

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—

青 井 未 帆[†]

はじめ

I 行為規範と権限規範，違憲審査

- 1 概 略
- 2 違憲審査

II 行政の行為

- 1 権限規範違反性
- 2 国賠訴訟で争われる権限規範

III 立法行為

- 1 基本権の行為規範性
- 2 判 例
- 3 検 討
- 4 憲法訴訟の手段として

おわりに

- 1 まとめ
- 2 今後の課題として

はじめに

本稿は、先にご批判を仰いだ「選挙権の救済と国家賠償法 ——立法不作為の違憲を争う方法として——」（信州大学法学論集9号（2007年）115頁，以下，前稿とし，引用の際は頁番号のみ記す）における一論点である，「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性」（以下，国家賠償を国賠と略すこともある）につき，

[†] 信州大学経済学部准教授（憲法学）。e-mail: aoi@shinshu-u.ac.jp

限定的に再論するものである[‡]。

すなわち、前稿では「違憲の立法行為はしてはならないという極めて抽象的なレベルで、国会議員の行為規範を捉えることも許されるだろう（139頁）」と、立法に関する国会議員の行為規範性を一般的に肯定するものであったが、その後の検討の結果、上記箇所を訂正し、原則としては否定の立場に与するに至った。

しかしながら、であるからといって立法行為の国賠請求訴訟対象性が否定されることになるわけではないと考える。というのも、法令の憲法適合性審査（以下、憲法判断とすることもある）を独立に議論する余地はあるであろうし、また裁判所が「立法行為の国賠法上の違法性を否定しながらも、同時に違憲判断をなす」ことは現実にも可能なのである¹。わが国における、権利救

‡ 前稿は多くの不十分な点を抱える論考にとどまってしまったが、それらの中でも最も大きな難点の一つは、「法的様相（位置）の理論（後掲（注4）」）を分析の背景において権限規範と行為規範との区別をする、新正幸教授のご論稿の検討を欠落させてしまったところにある。心より深くお詫び申し上げ、本稿にて——前稿の訂正の限りの部分的なものではあるが——検討を試みたい。

前稿の抱える不十分な点のうち、いまひとつとして、上記「法的様相（位置）の理論」の議論との関係で、R.アレクシー教授の議論や長尾一紘教授の議論（153-157頁）の再検討が必要となるところである。しかし、「法的様相（位置）の理論」の勉強が未だ不十分であることに起因し、考えをまとめることができいないため、他日を期すこととした。

さらに、この場を借りて前稿の訂正をしたい。124頁の脚注28に、本文で述べた「客観的な法秩序全体を考えれば、違憲でありながら違法とされないのは、極めて特殊な場合に限られるべきである」ということの例として、「たとえば定数不均衡訴訟における事情判決（最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁）が挙げられよう」としたが、これは主文で違法と宣言しながらも請求を棄却するものであり、甚だしい誤りであった。ご指摘くださった鶴澤剛助教に衷心より感謝申し上げます。

また、筆者は第73回公法学会第2部会における野呂充会員報告（「不作為への救済」）に対するコメンテーターを務める機会に恵まれた。本稿は、このコメントの内容を下敷きにしている。なお、コメントの草稿段階を含めて、野呂充教授にはご指導を賜り、幾つもの重要なご指摘を頂いた。また、コメントおよび本稿執筆に当たり又坂常人教授には今後の研究にも亘る貴重な指摘を頂いた。ここに記して感謝申し上げたい。

※ 以下、敬称は略す。

¹ 最一小判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁（小樽在宅投票制度廃止訴訟）。立法内容

済に用いる訴訟形式の限定性を前提とするなら、国賠請求訴訟を政策的に活用することは選択肢の一つと思われ、そうである以上は、国賠請求訴訟でなされる違憲判断を批判的に検討しうるロジックが必要であろう。この目的に資するものとして、前稿で示した図式、すなわち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自体は、本稿においても維持したいと思う。以下で、詳しく述べてゆく。

I 行為規範と権限規範，違憲審査

国賠法1条1項（「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」）にいう「違法」の意味をめぐる学説・判例の錯綜状況²を理論的に整理するにあたっては、〈行為規範と権限規範〉との間を区別する枠組みが役立つものと考え³。また違憲審査という作用をこの枠組みに照らしてみることは、立法行為の国賠訴訟対象性に関する議論において有益であると思われる。

新正幸はR.アレクシーの議論などを参照しながら、〈行為規範と権限規範〉との区別を分析の要とする「法的様相（位置）の理論」の精緻化を図っているところであり、この議論に学びたい。Iでは、行為規範と権限規範の性格の違いについての新的説明を概略し、その上で違憲審査という作用につ

の違憲と国賠法上の違法を区別することは、確立した判例である。そして、これらの間の違いを逆手にとり、違憲判断をなしながら違法性は否定する判例として、たとえば東京地判平成14・11・28判タ1114号93頁〔ALS訴訟〕（後述III2）。

² 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）52頁、藤田宙靖『行政法1（総論）〔第4版・改訂版〕』（青林書院、2005年）506頁など。

³ 同じく権限規範と行為規範の違いを踏まえて国賠違法の観念につき考察を加える論稿として、大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗14巻1号（2007年）171頁以下、神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について——行政救済法における『違法』性に関する予備的考察をかねて——」立教75号（2008年）67頁以下などがある。

いて、新^{あたらし}説の検討を通じて考察をなすこととする⁴。

1 概略

行為規範とは、「人間に一定の行為，すなわち作為または不作為を命じる規範⁵」であり，ある行為が命令されているということは，それをすることが義務づけられているということの意味する。「権利」，「義務」，「無権利」，「特権（自由）」の四つの様相からなるが⁶，それらは「法的反対（Jural Opposites）⁷」・「法的相関（Jural Correlatives）⁸」の関係にあるので，相互に論理的に還元可能である。法の本質を強制秩序とみる立場に立つなら，

⁴ 「法的様相（位置）の理論」に関する新の論稿には，新正幸「憲法的自由の構造——二つの自由権——」新正幸・早坂禧子・赤坂正浩編『公法思想と制度』（菅野喜八郎古稀）（信山社，1999年）55頁以下〔以下，新・1999とする〕，同「ケルゼンの権利論・基本権論(三)四」関東学園大学法学紀要10巻2号（2000年）169頁以下〔以下，新・2000とする〕，11巻1号（2001年）49頁以下，同「ケルゼンの基本権論(一)～（三・完）」金沢法学45巻2号（2003年）365頁以下，46巻2号（2004年）221頁以下〔以下，新・2004とする〕，47巻2号（2005年）97頁以下〔以下，新・2005とする〕，同「基本権の構造——『法的様相の理論』の見地から——」日本73巻2号（2007年）203頁以下〔以下，新・2007とする〕，同『憲法訴訟論』（信山社，2008年）特に195-204頁〔以下，新・2008-1とする〕，同「立法の不作為に対する違憲訴訟(1)——在宅投票制度廃止事件上告審」『憲法判例百選II〔第5版〕』（有斐閣，2008年）438頁以下〔以下，新・2008-2とする〕などがある。

なお法的様相（位置）の理論とは，「ホーフエルトの『法的基本関係』の分析に由来し，それを基礎にしてロスが，そこにおける八つの法的基本概念を義務論（deontology）の見地から法的『様相（modalities）』と捉えなおし，各様相の主体の『法的位置』ならびにその主体と他の主体（相手方）および様相の対象（行為）との『法的関係』として理論的に再構成し，さらにそれを基礎にしてアレクシーが，記号論理学的手法を用いて洗練したところの理論をいう。したがって，正確には，『法的位置と法的関係の理論』というべきである」と説明されている（新・2000，185-186頁）。

⁵ 新・2008-1，199頁。

⁶ 新・2008-1，202頁。

⁷ 「一方が他方の否定となり，その逆も成り立つという関係（新・1999，59頁）であり，たとえば，〈権利と無権利〉，〈義務と特権〉の間の関係のことである。

⁸ 「権利と義務の関係のように，ある一定の行為に関するXとYの関係が，Xの側からもYの側からも記述することができ，両者の間に等値（equivalent）の関係が成り立つ場合」のことである（新・1999，59頁）。

中でも基底的な様相は「義務」ということになる⁹。そして、その定義については「法秩序によって、ある一定の行為に強制行為（制裁）、即ち刑罰または損害賠償（窮極的には強制執行）が結び付けられているとき、その行為をしないように『義務』づけられていると捉える¹⁰」という H.ケルゼンの理論が紹介されている。

権限とは、「権限規範によって付与され、それに一致する行為（権限の行使）によって、一定の法的関係、すなわち権限規範のもとにある権限の名宛人の法的位置を変更し、創出する¹¹」ものである。したがって、権限規範とは法行為によって法的位置を変更・創出する「創設的」な法規範であり、権限の行使は「権限規範により構成される制度を前提とする制度的行為¹²」である。たとえば、契約、裁判判決、行政処分、議会の立法行為がそれに当る¹³。権限規範の領域は、「権限」、「責務」、「無能力」、「免除」という四つの様相からなり、これらも「法的相関」・「法的反対」の関係にある¹⁴。

両者の性格の違いに応じて、規範違反（法的保障の方法）が意味するところも違う。前者へは民事制裁（損害賠償制度、国家賠償制度、損失補償制度）と刑事制裁であり¹⁵、これら強制行為を回避する行為が「義務」づけられている。後者についていえば、無権限の侵害行為の法的効力の否認が挙げられる¹⁶。「憲法によって保障された自由を侵害する無権限の国家行為、とりわけかかる法律の効力を事後的に否認する制度が違憲審査制に他ならない。また、違法な行政行為の効力の否認（取消ないし無効）に関する行政争訟制度

⁹ 新・2008-1, 201頁。

¹⁰ 新・2008-1, 201頁（なおケルゼンの理論については、H.ケルゼン／清宮四郎訳『一般国家学』（岩波書店、1971〔1925〕年）101頁以下、同／横田喜三郎訳『純粋法学』（岩波書店、1973〔1934〕年）78頁以下、同／尾吹善人訳『法と国家の一般理論』（木鐸社、1991〔1945〕年）119頁以下が、同頁（脚注10）に引かれている）。

¹¹ 新・2008-1, 201頁。

¹² 新・2008-1, 202頁。

¹³ 新・2008-1, 201頁。

¹⁴ 新・2008-1, 202頁。

¹⁵ 新・2008-1, 202頁。

¹⁶ 新・2008-1, 203頁。

も、このような補強制度に属することは明らかである¹⁷⁾とされる。

通常、「権利」という言葉によって、これら二つの様相に跨る内容が語られることが多いであろうが、二つの性質の違いは重要と思われる。

以上から、本稿のテーマである立法行為の国賠訴訟対象性についてみると、行為規範と権限規範はそこに「重複・交錯して現れる」ことになるが、「しかしその場合でも両者が理論的には全く異なった様相であることに留意しなくてはならない¹⁸⁾」。すなわち、立法行為を違憲違法として損害賠償を請求する原告の主張には、法的様相（位置）の理論に則して分析すれば、二つの位相を異にする議論が存在することが、上記より指摘しうるのである。

2 違憲審査

(1) ^{あたらし}新説

次に違憲審査に目を転ずる。まずは^{あたらし}新説における違憲審査制という制度と「個人」の関係についての理解に注目したい。

新は権限の様相における法的自由たる憲法上の権利を、三層構造として説明する¹⁹⁾。核にあるのは、①「憲法的無従属（免除）としての自由」である。これは「個人の法位置の変更または創出について国家は権限をもたない、という国家の無権限の様相……に相関して、かかる無権限の国家による統制から免除されている、つまり統制に従属しないという様相」である。いわば裸の法的状態であり、実効性を持つためには、第1に②「国家に対してかかる自由の不侵害を求める権利」により、そして第2に③「この権利侵害を裁判上主張し侵害行為の効力の否認を求める権限」により、法的に補強される必要がある。第2の補強のための制度が違憲審査制である。

^{あたらし}新説の想定するところの、核①にある「個人の法位置の変更または創出

¹⁷⁾ 新・2007, 213頁。

¹⁸⁾ 新・2004, 235頁（脚注8）。なお、「この相違は、私見によれば憲法学において必ずしも明確に自覚されていない」と指摘されている。

¹⁹⁾ 以下、本段落の説明は、新・2008-1, 212-213頁による。

について国家は権限をもたない」という法的位置における「個人」とは、いかなる性質のものだろうか。これは、抽象的な個人であるはずである。というのも、新も別の文脈で述べるように²⁰、「個人の法位置の変更または創出」をする国家の権限行使たる法律制定は、一般的・抽象的な法規範の制定であり、具体的な個人に対して直接に具体的な影響を及ぼすものであってはならないことは、憲法41条の要請するところでははずだからである。そこで、「個人の法位置の変更または創出について国家は権限をもたない」、あるいは「個人が憲法的無従属としての自由を有する」とは、抽象的なレベルでの言明であることがいえよう。これに対して、第2の補強③における、裁判上法的効力の否認を主張しうる個人に付与された権限とは、具体的な個人のもつ具体的な権限である。

次に新によれば違憲審査制とは「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²¹」である。また、「憲法訴訟」の説明を見ると、「その観念は、憲法裁判所型と司法裁判所型では違いがあるが、しかし、いずれにせよ、裁判所が、裁判手続において、法律以下の法形式が最高法規たる憲法に適合するか否かを審査し、適合しないと判断する場合には、その効力を否認するところの訴訟である点において、共通する（下線は引用者）²²」とある。下線の作用は、憲法裁判所型にも司法裁判所型にも共通することも示すように、それ自体の性質としては、「抽象的な個人の法位置の変更または創出」についての権限規範違反性の判断をいうものと解することができる。なんとなれば、上で述べたことの繰り返しになるが、「個人の法位置の変更または創出」をする国家の権限行使たる法律制定は、一般的・抽象的な法規範の制定であり、具体的な個人に対して直接に具体的な影響を及ぼすもので

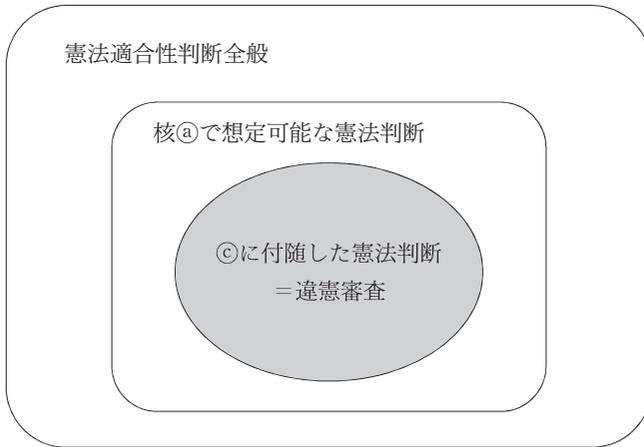
²⁰ 新・2008-1, 329-330頁。

²¹ 新・2008-1, 330頁。そこで立法不作為の場合は、「未だ存在もしない立法行為の『効力』を否認することは、ありえず、「原理上、違憲審査の対象とはなりえない」とされる。なおそこにいる立法不作為とは、立法の不存在の意味であり、立法の不備ではない。

²² 新・2008-1, 267頁。

あつてはならないことは憲法の要請するところで、そのような法律制定における国家の権限規範違反性が問われているのである²³。そこで、権限規範違反を争う訴訟という限定的な文脈でのみ有効な言い回しであるが、以下では個人が有する「具体的な権限」との対比で、立法府が立法に際して有する権限を「立法府の抽象的な権限」と呼ぶ。

以上より浮かび上がる新^{あたらし}説の構図とは、憲法判断という作用自体は、立法府の抽象的な権限違反性判断であり核④においても想定可能といえるのであるが、違憲審査制とは第2の補強③における制度と説明されている、というものである。ベン図でかけば、[図1]のようになろう。客観法規定に関する憲法判断も含めた憲法判断全般を最も外側の集合とするなら、核④において判断可能な憲法判断が中間の集合となり、第2の補強③に付随してなされる憲法判断は最も内側の網掛け集合ということになる。



[図1]

最も内側の網掛け集合についてのみ違憲審査を語りうるロジックは、新^{あたらし}説のとり日本国憲法76条および81条解釈に求められる。というのも新は裁判所を、「そこに提起される具体的事件を契機にして、あくまで受動的・消極的に、政治部門から独立して、一般的・抽象的・平等普遍的な法を発見し、

²³ 新・2008-1, 329-330頁。

あるいは法そのものに内在する客観的意味を確定し、それを具体的事件に適用することによって、その争訟を既判力をもって終局的に裁断し、もって法そのものの維持に仕える機関²⁴」としており、また憲法81条の規定する違憲審査制を付随的違憲審査制と解する以上、司法裁判所による憲法判断は、「原則として、それをしなければ裁判の結論が出せないという必要な場合に行われるべき²⁵」とするからである。

すなわち、「事件・争訟性の要件を『司法権』の本質的要素」とし、「司法審査権は、厳格に『司法権』の範囲においてのみ、したがって裁判所法3条1項のいう『法律上の争訟』においてのみ行使されうるもの」という²⁶、別言すれば違憲審査権の行使に事件性の要件を必要とする立場である²⁷。そこで、前頁〔図1〕の最内側の網掛け集合から離れて違憲審査を独立に論ずることは、論理を一貫させる観点からは、そもそもありえないこととなろう。

(2) 検討

憲法判断という作用の性質自体は、上で論じたように、立法府の抽象的な権限規範違反性の判断といえようが、具体的にどのような制度においてこれを現実化するかは、憲法・下位法令のつくり方に依存する。また付随審査制をとるとしても「個人」がその制度にどのような関わりを持つかは、制度及び制度の解釈により幅があるといえる²⁸。

²⁴ 新・2008-1, 17頁。

²⁵ 新・2008-1, 277頁。

²⁶ 新・2008-1, 特に, 40頁, 259-260頁など。引用は, 前者が40頁, 後者が259頁。

²⁷ 学説の多くは, この立場に立っているように思われるが, 事件性の要件を満たさない違憲判断(客観訴訟における違憲判断や, 後掲(III 2)平成17年判決にあるような憲法判断)に異を唱えないものが大勢を占めており, 確たることはいえない。なお参照, 「憲法判例の変更」『憲法の争点』(有斐閣, 2008年) 288頁。新の場合は, 本文で述べたように論理一貫しており, 客観訴訟における憲法判断や最高裁にドイツ的な抽象的違憲審査権を付与するという考え方に批判的である(新・2008-1, 40頁, 259-261頁など)。

²⁸ たとえば, 周知のようにアメリカ合衆国連邦憲法3条2節は「司法権は, 次の事件及び争訟に及ぶ」としており, 連邦司法権の発動要件として事件性の要件が必要であるものの, これを拡大することによって, 客観的憲法秩序維持機能を憲法訴訟が果すようにな

そこで、日本国憲法76条司法権の理解において、従来司法権行使にあたっての必須要件と学説により考えられてきた「事件性の要件」を外し、付随審査制を司法権の行使に付随して違憲審査する型と理解する学説がありうる解釈の一つであり、またそのような立場にたつならば²⁹、上記〔図1〕の中間および外側の集合を、具体的事件から独立に語ることも可能なのではないか。本稿はこのような立場にたつ³⁰。

っている。これはつまりは、規範統制自体を事件（紛争）として擬制しているものとの説明が可能であるように思われ、だとするとそこでは、個人の訴えは訴訟の切欠以上の積極的意味を持たない位置づけであるといえよう。

²⁹ たとえば、司法権を「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適切な手続の下に、最終的に裁定する作用」とする高橋和之「司法の観念」同『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、2006年）141頁以下、150頁〔初出は「司法の観念」樋口陽一編『講座憲法学第6巻——権力の分立(2)』（日本評論社、1995年）13頁以下〕参照。もともと、高橋説が本文で述べたような議論をするというわけではない。

³⁰ 筆者は、新説^{あたらし}を検討する前にものした別稿（「憲法訴訟論——付随的違憲審査制と『憲法上の権利』の救済——」『憲法学の現代的論点〔第2版〕（有斐閣、近刊予定））にて、憲法訴訟と憲法上の権利の関係について考察した。具体的には、アメリカの憲法学者である Matthew D. Adler のなした、「憲法上の権利とは、憲法に反する下位ルールに対抗する権利である」という議論（*e.g. Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH. L. REV. 1 (1998)）を参照して、その展開可能性を探ったものである。

そこで素描したのは、違憲審査が問題となる場合には、「道徳哲学的な憲法理論をも含む包括的な憲法上の権利論」に対し、「違憲審査との関係で限定的に捉えた憲法上の権利論」として捉える考え方である。このように捉えることにより、違憲性とは憲法と法令との適合性の問題に他ならないため、〈権利—違憲判断（権利の救済）〉の関係が直線的に捉えられることになる。そこで、違憲審査の平面においては、このように理解することが、概念として有用であり、議論の整理に資すると主張した。

要するに、新説^{あたらし}の図式でいうならば、違憲審査との関係では、権限規範の領域にて憲法上の権利を理解すべしとの議論であり、期せずして本文で紹介した氏のとられる「憲法的無従属権」ないし「憲法的免除権」としての憲法上の権利の構成と、極めて近い構成となった（他の論者として尾吹善人『日本憲法——学説と判例』（木鐸社、1990年）5-9頁、阪本昌成『憲法理論II』（成文堂、1993年）100頁など）。

氏の議論と私見との間のおそらく最も大きな違いは、本文で述べたような点ではないかと考えているが、その他の点についての更なる検討は他日を期したい。

なお、上記私見については——講演の記録であるが——、青井未帆「憲法訴訟・憲法判断を考える」信州大学経済学論集58号（2008年）25頁以下でも粗描したところである。

そもそも憲法判断とは基本的に法解釈の問題であり、違憲審査の中心にある下位規範の憲法適合性判断という作用は、具体的事実に依存するものではないから、これと具体的事件との間に論理必然的な関係は存しないはずである。したがって、個人の具体的状況とは、とりあえず無関係に判断しうるはずであり³¹、つまり、「立法内容の違憲」は訴訟形式とは別に、国会の無権限性につき観念し判断できる。換言すればこれは、違憲審査をするにあたり事件性の要件を必要としない立場といえる。

なお、立法府の抽象的な権限規範違反が認められた場合の「救済」について、ここで一言すると、立法が存在する通常の場合には「無権限＝違憲＝無効」であり、不作為の場合は「無権限＝違憲＝違憲判断」として考えておきたい。不作為の状態が憲法の要求する実体的内容に照らして違憲であるならば、〈不作為＝無権限〉である。「ない」立法の効力を否認することはできないが、実体的に違憲といえる場合には、少なくとも違憲判断を示すことができる。確かに、立法の不存在を違憲としたところで、それは確認にとどまるわけであるが、立法行為が裁判所の任務ではない以上、裁判所のなしうる最大限ともいえ、広義の「救済」と理解してもよいのではないか。

仮に違憲判断をもって「救済」と考えることができるとするなら、問題は「ない状態」が違憲かどうかという実体問題にあることになる。その判断は権利の性質にも依存し、防御権の場合は違憲という判断には通常ならぬだろうが、他方たとえば実現のために選挙制度を必要とする選挙権の場合は、制度不存在を実体判断できるとするのが、判例通説の立場であるといえる³²。

³¹ すべての憲法判断についてそういえるわけではない。たとえば法律の課す義務からの免除や、(法律の合憲性をさておいて) 行為が憲法的な保護の対象であるや否やの判断、あるいは各種人身の自由に見られるような実体的な自由を憲法が保護している場合などは、個人的具体的状況を踏まえて判断されることになる。

³² 前稿・138頁以下で、選挙権の内容について考察した。たとえば、選挙権につき、かつての通説たる選挙人名簿搭載請求権を実体的内容とするならば、現実に投票が可能な制度かどうかは法政策上の問題にとどまるが、今日多くの論者がとっているように、現実に投票する権利までも選挙権の内容として理解するならば、そのような制度が存在である場合には、憲法に違反するという判断が可能である。

もっとも、同じく制度を必要とする権利であっても、生存権などの場合は、必ずしも実体判断できるとは限らないだろう。

以下、抽象的なレベルでの立法府の権限規範違反性判断たる憲法判断は、具体的な訴訟形式から独立に観念しうることを前提に、国賠請求訴訟という主として行為規範の領域の話について議論を進めてゆきたい。

II 行政の行為

立法行為という特殊な分野の検討の前に、まずは国賠請求訴訟の主たる対象である、一般的な行政の作為・不作為の場合を念頭に、国賠法1条1項にいう「違法」につき検討する。

1 権限規範違反性

最初に注意を払いたいのは、国賠訴訟における行為規範と権限規範の関係である。

損害賠償は不法な行為への制裁であり、国賠訴訟は権限規範違反性を争う訴訟（法行為の効力の無効を争う訴訟）ではないが³³、国賠訴訟の場合、行為規範が「公務員の不法な行為＝行政機関の違法な行為」として設定されるため、権限規範違反性が行為規範違反性に内包された関係となっている。

行政法において「行政機関ないし公務員が行政活動に際して遵守すべき規範を広く『行為規範』と呼ぶことがあるが、そこには、次元の異なるものが峻別されずに論じられているのではないか³⁴」という問題提起をした上で、権限規範と行為規範との連動関係を理論的に整理した神橋一彦によれば、「行政機関のポストに就いている公務員が、根拠法令等の『権限規範』に違反して処分を行った場合、当該公務員は、公務員の職務上の『行為規範』に違反した³⁵」ことになり、したがって、「当該行政機関が行った処分は無効

³³ 遠藤博也『国家補償法上巻〔現代法律学全集61〕』（青林書院、1981年）166頁参照。

³⁴ 神橋・前掲論文（注3）72頁。

³⁵ 神橋・前掲論文（注3）74頁。

であるとともに、当該公務員の職務上の行為も違法（不法）と評価されることになる」のである。

神橋は、その行為規範の内容につき、行為規範として権限規範遵守義務だけを想定するのが、公権力発動要件の欠如をもって違法と解する「公権力発動要件欠如説」であり、その他公務員の職務上の注意義務のような権限規範遵守以外の行為規範も含めるのが、「職務行為基準説」であるとしている³⁶。これについて本稿の関心に従って確認したいことは、最小公倍数は「権限規範遵守義務」である点であり、すなわち、権限規範違反性が、本来的には行為規範の領域にある不法行為訴訟たる国賠訴訟においても、枢要であるといえる点である。

そこで権限規範違反性についてみるに、行政の作為の場合、通常は法令との適合性が判断されることとなり、たとえば行政処分について考えれば、根拠法令の定める要件が充たされているかどうかである。

他方、不作為の場合は——ここでは規制権限の不行使を念頭におくが——、若干語が複雑である。たとえば「△△の場合には、〇〇できる」という行政に規制権限を付与する規定について、字義通り読むならば効果裁量が認められている。しかしながら、特定の場合においては作為義務³⁷違反を認めるべきということで、学説・判例ともに大まかな一致を見ている。もっとも、作為義務導出の理論構成として、裁量権零収縮論³⁸、健康権説³⁹、裁量権消極

³⁶ 神橋・前掲論文（注3）75頁。なお、両説につき、宇賀・前掲書（注2）46頁参照。

³⁷ 正確には「義務」ではなく、「責務」というべきではあるが、通例に従い「作為義務」とする。

³⁸ 代表的学説として、原田高彦『行政責任と国民の権利』（弘文堂、1979年）97-98頁。この理論の構造分析として参照すべきは、森田寛二「行政裁量論と解釈作法（下）」判評328号（1986年）14頁以下、同「裁量零収縮論と“結合空間の費消的否定論”」菅野喜八郎・藤田宙靖編『憲法と行政法』（小嶋退職記念）（良書普及会、1987年）789頁以下である。判例として、東京高判昭和52・11・17高民30巻4号431頁〔千葉県野犬咬死事件〕、東京地判昭和53・8・3判時899号48頁〔東京スモン訴訟〕、熊本地判昭和62・3・30判時1235号3頁〔熊本水俣病三次訴訟〕など。

³⁹ 佐藤英善「食品・薬品公害をめぐる国の責任2」法時51巻7号（1979年）71頁以下、78頁、下山瑛二『健康権と国の法的責任』（岩波書店、1979年）265頁、三橋良士明「不作

的濫用論⁴⁰、公権力不発動要件欠如説⁴¹などが区別しうるところではある。なお、最高裁の立場は、行政便宜裁量論を前提として、当該規制権限を定めた法令の趣旨・目的及び当該規制権限の性質を考慮し、また具体的事実関係に即して、当該不行使が便宜裁量として許容される限度を超えて著しく不合理であると認められる場合に限り違法となるとしており、裁量権消極的濫用論の立場に近いと考えられる⁴²。

しかしいずれの理論構成においても、一般に作為義務が生ずる要件として考慮されることが指摘されるのは、裁量権零収縮論の示した①生命・身体・健康等に対する結果発生危険の切迫、②予見可能性の存在、③結果回避可能性の存在、④行政庁が権限を行使しなければ結果が回避しえないという補充性、⑤期待可能性の存在といった要件である。これらを「法益の重大性や危険性の程度によって、予見・回避可能性として要求される程度が変動する等、相関的・総合的に判断される判断基準として用いるという点に関しては学説における共通理解があるといつてよい⁴³」とされている。

このように違法性判断において、予測可能性や結果回避可能性といった過失判断と重なる要素を加味せざるをえず、また、被侵害法益の重要性も考慮されている点において、作為の場合と違った特殊性を不作為の場合は帯びて

為にかかわる賠償責任」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系 6 卷 国家補償』（有斐閣、1983年）151頁以下、171-172頁。

⁴⁰ 横山匡輝「権限の不行使と国家賠償法上の違法」西村宏一・幾代通・園部逸夫編『国家補償法大系 2 国家賠償法の課題』（日本評論社、1987年）127頁以下、144-145頁。

⁴¹ 宇賀・前掲書（注2）161-162頁。

⁴² 最二小判平成元・11・24民集43卷10号1169頁〔京都宅建業者事件〕、最二小判平成7・6・23民集49卷6号1600頁〔クロロキン薬害訴訟〕、最三小判平成16・4・27民集58卷4号1032頁〔筑豊じん肺訴訟〕など。

裁量権消極的濫用論に近い立場とするものとして、篠原勝美・判解・ジュリ953号（1990年）94頁以下〔京都宅建業者事件〕、野呂充・平成16年重判解（ジュリ1291号）46頁以下〔筑豊じん肺国賠訴訟〕。これに対して、判例が「裁量という用語の使用を避けているのは、」単なる偶然とも思われず、裁量権収縮の理論や裁量権消極的濫用論のアプローチを採らないという趣旨と解すべき」として、宇賀・前掲書（注2）162頁。

⁴³ 斎藤誠「薬事法制・薬務行政における国家責任の考察—— HIV 訴訟和解をめぐる」ジュリ1093号（1996年）62頁以下、64頁。

いるものの、規制権限の不作为の事案においても、規制権限不行使の権限規範違反性が問題とされている点に注目しておきたい。すなわち、結果不法的に「不作为により損害が発生し、それが国賠法上違法である」ということではなく、「規制権限不行使は無権限であり、法令順守義務に反し違法」という論理構成となっている⁴⁴。

以上を換言すれば、作為の場合も不作为の場合もいずれにおいても、民法不法行為法から区別される国賠制度の特質は、「行政の行為が法に基づいた権限のあるものか」という法治国家維持機能にあるということとなる⁴⁵。

2 国賠訴訟で争われる権限規範

次にその国賠訴訟で問題とされる権限規範の性質について注意を払ってみたい。

⁴⁴ もっとも、権限規範違反といっても、現実には第三者に対し損害が発生するからという理由で特別に、規制対象者への作為義務を、構成要件の解釈で導くのであるから、そこで、発生する作為義務は、当該事案限りで有効なアドホックな権限規範たるにとどまるはずである。したがって、不作为の場合の権限規範導出は、事柄の性質上、一般化可能な抽象的定型的思考になじまないというべきであろう。定型的思考へ疑問を呈する論稿として、又坂常人「規制権限の不行使と行政の責任（下）」季刊行政管理研究31号（1985年）3頁以下、7頁、村上義弘「行政権の行使における違法と国家賠償法上の違法——国家賠償法1条の『違法』の意義に関する一考察——」西村宏一・幾代通・園部逸夫編『国家補償法大系2 国家賠償法の課題』（日本評論社、1987年）95頁以下、111頁、山本隆司・判批・法協122巻6号（2005年）1092頁以下、1115-1116頁〔筑豊じん肺訴訟〕、横山・前掲論文（注）144-145頁など。

⁴⁵ 学説の多くが、抗告訴訟における違法性と国賠訴訟における違法性とを一元的に捉える違法性一元説に立っている理由も、ここにある。たとえば、宇賀・前掲書（注2）61-62（「国家賠償制度は、……制裁・違法行為抑止・違法状態排除（適法状態復元）という面では、行政争訟制度と機能を共通にし、法治国家原理担保制度の一環をなすもの」）、塩野宏『行政法II 行政救済法〔第4版〕』（有斐閣、2005年）289-290頁（違法性を一元的に捉えることにより「法律による行政の原理の支配する行政過程と国家賠償制度とを整合的に結合し、国家賠償制度の有する違法行為抑止機能を効果的に働かすのに適している」）、藤田・前掲書（注2）495頁（「国家賠償制度は、行政争訟制度と並び『法律による行政の原理』そして『法治国家』の実現を担保するための制度として位置付けられる」）、など。

不作為の場合についてであるが又坂常人は、規制権限不行使の違法性を論ずる前提としての作為義務には、「法理的機能をやや異にする2つのものを区別することができる⁴⁶⁾」と指摘している。一つが、「権限規範の行使を一般的に義務付ける」法益保護義務であり、その有無が反射的利益や否やを決する⁴⁷⁾。もう一つが、法益保護義務の存在を前提として、「その義務のいわば具体化として、具体的な事情の下で個別具体の者に対して行政庁が負うべき権限行使義務を内容とするもの⁴⁸⁾」であり、その成立要件は、「権限行使を授權する法規の構成要件の解釈問題として処理しうる範囲内でたてられるべき⁴⁹⁾」ものである、と。

この区別は作為の場合にも——規制権限の不行使の場合と違って前面に現れるものではないにしても——、基本的に妥当し、行政機関の権限行使をめぐっては抽象度の異なる次元を想定しうるように思う。組織法上の根拠という次元と、行政機関の行動を一般的に指示する根拠規範の次元、さらにそれを具体的な状況において当てはめる次元である⁵⁰⁾。そして、ある状況において組織法上の根拠や根拠規範の有無を客観的に判断しようとしたときに、ポイントとなるのは、国賠訴訟という事後的な損害の填補という訴訟形式を用いる以上は、具体的な者に対する具体的な権限違反性が必要である点である。すなわち、国賠法とは現実生じた損害の填補を目的とする訴訟形式であるから、無権限な国家行為の効力を否認する権限たる訴権は、具体的な権限違反を訴える個人が、裁判上持つのである。

確認しておきたいのは、国賠訴訟というルートを使う以上は、具体的な権限規範違反性が必要であることであり、この点が立法行為の国賠法上の違法

⁴⁶⁾ 又坂・前掲論文（注44）6頁。

⁴⁷⁾ 又坂・前掲論文（注44）6頁。

⁴⁸⁾ 又坂・前掲論文（注44）6頁。

⁴⁹⁾ 又坂・前掲論文（注44）7頁。

⁵⁰⁾ 権限規範における「組織規範」と「根拠規範」との区別の必要性と、Iで述べた新説における権限規範との異同につき、又坂教授より指摘を受けた。本稿では、具体的な個人との関係か否かという点において抽象度を分けた議論にとどまっているが、立法をめぐる国会の権限の性質について、今後さらに考えてみたい。

性を考える上で重要である。

III 立法行為

1 基本権の行為規範性

尾吹善人はH.ケルゼンの理論を参照して、一貫して立法行為を国賠で争う可能性を否定していた。「立法義務」なる概念は、制裁を結びつけることが殆ど不可能であるから存在しえず、したがって基本権は、強制という契機によって立法を義務付ける「行為規範」なのではない。立法権を立法府に授権する「授権規範」であるからだ、との理由による⁵¹。

尾吹に理論的支柱を与えたケルゼンの議論を考察して新正幸は、「国家賠償制度の憲法上の確立により『国家の義務』は否定しえないものとなったから」、「現代の法理論としては、貫徹しえない」とする⁵²。その結果、ケルゼンや尾吹らによって否定された行為規範の様相において基本権を構成する理論的可能性が肯定されることになり、基本権には行為規範としての性質と権限規範としての二重の法的性質が認められる⁵³。

行為規範としてみるに、「直接的補強は、国家賠償制度という訴訟形態をとり、違憲の主張は、国家の具体的措置がこの意味での憲法的自由を侵害している故に違法・違憲という形でなされる⁵⁴」という。しかしながら、「この補強形態は、原則として、憲法的自由を侵害する行政権・司法権の行使についてのみ妥当する」ものであり、「原則として、立法権に対しては、妥当しない⁵⁵」。その理由は、「法律は、原則として一般的・抽象的法規範である

⁵¹ 尾吹・前掲書（注30）357-360頁，同「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』（木鐸社，1991年）383頁以下，特に403-408頁〔同『憲法の基礎理論と解釈』（信山社，2007年）428頁以下に再録〕。なお，木村将成「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36号（2006年）23頁以下も参照。

⁵² 新・2008-1，329頁。

⁵³ 新・2008-1，329頁。

⁵⁴ 新・2005，163頁。

⁵⁵ 新・2005，163頁。

べく、特定個人に対する具体的な『処分』であってはならないことは憲法上の要請であるから、立法機関が立法権の行使について国民に対して負う義務は、国民全体に対する政治的責任であって、個々の国民に対して負う職務上の義務ではないからである⁵⁶】。

つまり新^{あたらし}説によれば、行為規範としての基本権規定は、法律の違憲な執行をなした公務員や違憲な裁判をなした裁判官により、憲法的自由が侵害された場合に、国賠訴訟によって争われる。違憲な法律を作ったということをもって国会議員に対し国賠請求を起こすことはできないということに、原則としてなる⁵⁷。

2 判例

次に判例についてみると、小樽在宅投票制度廃止事件最判（以下、昭和60年判決とする）⁵⁸は、立法行為の国賠法上の違法性を、「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^⑥に違背したかどうかの問題」であると、「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廉」から直ちに国賠法上の違法性が導かれることを否定する。そして、立法行為は本質的に政治的なものであって法的規制になじまないが、「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①」に、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものと示した。

その後、在外邦人選挙権剝奪訴訟最判（以下、平成17年判決とする）⁵⁹にお

⁵⁶ 新・2005, 163頁。なお、新・2008-1, 331-332頁では、これらに加え、立法不作為の国賠訴訟対象性の否定理由として、処分性をもつ場合、「憲法41条との関係において、原則に対する例外として是認されない限り、違憲の疑いが生じる」こと、そして「仮に立法不作為が国家賠償法上の違法性の評価の対象になると仮定しても、いかにして国会議員の『故意・過失』を立証しうるのか」ということが書かれている。

⁵⁷ 「法律の一般性・抽象性という憲法上の原則に対する例外として、個別法律ないし措置法律（処分的法律）が認められるなら可能かもしれないが」ということが留保されている。新・2008-1, 330頁。

⁵⁸ 最一小判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁。

⁵⁹ 最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁。

いて、上記下線部分の「例外的に違法の評価を受ける場合」として、「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^②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^③」が挙げられた。

3 検討

次に1, 2を踏まえ、立法行為へ損害賠償を請求することについて検討したい。

行政の規制権限行使の場合も、原告個人との関係での具体的な作為義務の存在がある場合に、〈権限規範違反→法令順守義務という行為規範違反→国賠償責任〉となるのであった。他方、立法についてみるに、憲法に適合した立法をなすことが、立法府に与えられた権限であるが、それは立法府の抽象的な権限規範にとどまる。〈立法府の行為という公権力の行使の違法性〉につき、賠償責任発生に必要な、原告個人との関係での「具体的な権限規範違反性」を観念しうることは、そもそも難しい。

実際のところ、上記で挙げた判例においても下線部分はいずれも、具体的な個人との関係で立法責務を語っているというよりむしろ、立法府の有する抽象的な立法権限の話をしているように見える。

すなわち、平成17判決の違法性要件についてみるに、②は実体的な憲法上の権利の要求する内容を指して、詳論しているものと読むことができる。防衛権など制度を前提とせずとも成立する権利は、「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」かどうかを、立法もしくは立法のない状態に照らして抽象的な判断が可能であろう。また、制度を前提とする権利については、権利の実体的意味内容によっては、「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」か

どうか判断可能である。

したがって、仮に判旨下線における「国民」を「原告ら」と読むとしても、行政の権限行使責務と同じようなレベルでの、個別具体的な憲法上の立法責務を認めるに足る特別な理由が何ら述べられておらず、そこに示されているのは「国民一般に対する抽象的な立法責務に関する議論」と解さざるをえないだろう。だとするならば、立法府の抽象的な権限違反性がなにもゆえに上記下線①②の場合に国賠法上違法となるのかについての理論的な説明にはなっておらず、最高裁の議論は成立しているとはいえない。

以上から、「立法行為の違憲性」、すなわち具体的な権限違反としての違憲なるもの、およびそれを前提とした行為規範違反性＝国賠法上違法、を観念するのは、ほぼ無理であると言わざるをえないように思われる⁶⁰。したがって不法行為法としての国賠請求訴訟という本来的用法においていえば、立法行為は原則として対象にはなりえないことになろう。本稿冒頭にて述べたように、この点につき前稿139頁では国会議員の行為規範につき一般的に肯定しうるものとしていたところであるが、見解の訂正をしたい。

4 憲法訴訟の手段として

(1) 立法府の抽象的な権限規範違反性判断

さて、違憲審査権の行使に当たり、事件性の要件を必要とする立場に立つならば、「立法行為の違憲性（＝国賠法上違法）」が問い得ない以上は、この時点で議論は終わることとなる。別途、立法内容（不存在）の客観的な憲法適合性を論ずる余地はなく、上記の立場を厳格に守るならば、これを論じてはならないはずである⁶¹。

しかし、違憲審査権の行使と事件性の要件を切り離す立場に立つならば

⁶⁰ もっとも、具体的な立法責務を語りうる特殊例外的な場合は別である（本稿（注57）参照）。

⁶¹ たとえば尾吹善人は一貫して憲法適合性判断の話に足を踏み入れなかった。たとえば、尾吹・前掲書（注30）（日本憲法）358-60頁。

——本稿の立場であるが（Ⅰ 2(2)）——，立法あるいは立法の不存在につき，立法府に与えられた権限に照らして，その規範違反性を議論することが可能である。

救済に用いる訴訟形式が貧困なわが国においては，本来的用法における国賠訴訟ではなく，抽象的な権限規範違反性についての判断を表に出すための憲法訴訟の形式として割り切って政策的利用可能性を認め，同時に批判的検討の枠組みを模索することも必要とされるのではないかと考える。

(2) 「立法内容の違憲」と「国賠法上の違法」の区別

実際のところ最高裁判例も，上に（Ⅲ 2）引用した箇所から明らかなように，「立法内容の違憲」と「国賠法上の違法」を区別しているところである。区別を前提とした，注目される判断手法としては，平成17年判決が個々の請求に対する判断に先立って，独立に違憲判断をなしていたことが挙げられる。すなわち，「在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性」において，次のような判断が示された。

在外国民は「そのままでは選挙権を行使することができないが，憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく，国には，選挙の公正の確保に留意しつつ，その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があるのであって，選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合に限り」，例外的に選挙権またはその行使への制限が許されるとする。つまり，《選挙権行使＝投票》を可能にするような制度構築が，憲法上の要請と解されているといえる。

その上で，本件改正前の公選法の憲法適合性の判断として，「本件選挙当時，在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったこと」は違憲であり，本件改正後の判断としても「遅くとも，本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては，衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外

国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということはできず」、公選法附則 8 項の規定のうち対象選挙を限定している部分は違憲（憲法15条 1 項及び 3 項、43条 1 項並びに44条ただし書）である、としたのであった。

もっとも、平成17年判決は、憲法判断を独立にした点において注目に値するとはいえ、「違憲であり国賠法上も違法」という判断であった点で平仄が合っていた。問題は、憲法判断を独立にしたうえに、「違憲だが国賠法上違法ではない」という判断を示す判決である。たとえば ALS 訴訟東京地裁判決⁶²は、「憲法が選挙権行使も保障しているといっても、その保障は絶対的なものではなく、これらの制約（予算的、人的・物的設備による制約—引用者）や要請（投票の秘密や選挙の公正—引用者）によってその行使に一定の制限を受けることは、憲法の予定するところであると解される」が、「一定の者が憲法で保障された選挙権行使の機会を奪われるような場合は、……そのような投票制度を採用し、あるいは維持するやむを得ない事由のない限り、その投票制度は、憲法15条 1 項、同条 3 項、14条 1 項及び44条ただし書に違反するものといわざるを得ない。」「少なくとも本件各選挙当時において、公職選挙法に原告ら（承継前）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ことについて」、憲法に違反する状態であったと判断された。

この違憲状態判断は、明確な違憲判断ではなく、また「少なくとも本件各選挙当時において」という言葉が付されているとはいえ、実質的には、選挙権行使の機会が保障されていない選挙制度（公選法）が違憲とされたに等しい。

ところが国賠法上の違法性の有無については、「本件各選挙当時、原告ら（承継前）が現行投票制度下で選挙権行使が不可能であったことも、一見し

⁶² 東京地判平成14・11・28判タ1114号93頁。ほかに、大きな注目を集めた例としては、首相の靖国参拝国賠訴訟で、政教分離原則違反としながら、被侵害利益を認めずに請求は棄却した大阪高判平成 4・7・30判時1434号38頁〔大阪靖国訴訟〕、福岡地判平成16・4・7判時1859号76頁〔九州靖国訴訟〕がある。また近時の例としては、名古屋高判平成20年 4 月17日判例集未搭載〔自衛隊イラク派兵違憲訴訟〕が挙げられる。

て明らかであったとはいえないから、本件各選挙当時、現行投票制度が憲法の一義的な文言に違反していたとまでは認めることはできない」と、昭和60年判決の要件を満たさないという理由で違法性が否定されたのであった。

(3) 判例の読み方

違憲審査権行使に事件性の要件を要求しない立場からみるに、憲法判断を訴訟形式から独立になすことが可能という点は首肯されようが、もし無制限にこのような「国賠上違法ではないが違憲」という判断が許されるとすれば、付随審査制を採用している意味が無に帰しよう。そこで、実際に裁判所が違憲判断を立法行為を争う国賠訴訟においてなすことを誰にも止められない以上、違憲判断を所与のものとしてこれを批判検討できるような根拠理論が必要なのではないか。

このような観点から、前稿で提示を試みた図式というのは、昭和60年判決を、「立法内容が違憲であり、その判断を司法府が表明するに適しているならば、国賠法上の違法とする」という違憲判断限定のルールを提示したものと読み(123頁)、そして、抽象的な権限規範違反たる違憲という実体判断を表に出すのが適当な場合が上記 III 2 で引用した平成17年判決の下線部分である、との位置付けである(128頁)。このような図式自体は、本稿においても基本的に維持したい。

もっとも、このような最高裁判例の読み方を維持するとはいえ、上掲昭和60年判決における破線①のいう「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」につき、個別の国民に負う法的義務(=行為規範)の理論的成立可能性を否定する以上、判例の読み方としては「無理」があると言わざるをえないであろう。しかし、一般的には行為規範性を肯定できないものの、「違憲判断をなすべき」場合には、原告との関係で行為規範が存するものと、高次の法的見地より政策的に、みなすものと理解したい。

なにゆえに、高次の法的見地なる概念が現れる必要があるかといえ、そ

これは、立法府の抽象的な権限規範違反性を裁判所が判断することが、一定の場合に「求められて」いるからであろう⁶³。客観的な憲法秩序が維持されることの保障を、裁判所の役割として求めることは、「市民の感覚」に沿うものでもあると思われる——例えば憲法訴訟において注目的となるのが裁判所の憲法判断であることが示唆するように——。憲法訴訟は、国家権力と私たち国民の、「憲法を守ろう」という相互作用的な不断の努力の結果という側面があるのではないか。だとすれば、憲法訴訟「論」は「市民の感覚」から乖離してはならないと考える。前稿では、「いかなる場合に裁判所は憲法判断を回避せずに踏み込むのが適当であるのかに係わる要件」を、「憲法判断に踏み込む要件」と呼び、これ自体は訴訟形式に依存しない独立の概念であることから、今後の課題としてこの要件を検討する旨をメモしたものである（130頁）。一定の場合に憲法判断（特に違憲判断）が必要とされるからこそ、「憲法判断に踏み込む要件」の検討が要求されるものと考えている。

おわりに

本稿でなした「立法行為の国賠訴訟対象性」の再検討をまとめて、今後の課題について記しておきたい。

1 まとめ

- ① 立法行為につき、個別具体的な個人との関係での「具体的な権限規範違反性」およびそれに従うべしという法令順守義務たる行為規範性を観念することは難しく、「立法行為の違憲＝国賠法上違法」を観念することは、ほぼ無理である。したがって、前稿で国会議員の行為規範性を一般的に肯

⁶³ この点につき、第73回公法学会第2部会における杉原則彦東京地裁判事の報告が示唆に富むものであった。氏は平成17年判決に調査官として関わったが、当該判決が出されるに至った背景に、〈国民の重要な権利の侵害が放置されてはならない〉という強く固い最高裁判事の信念と、それに基づく調査官への指示があったとのことである。興味深いのは、〈違憲という実体判断が所与であり、それを捨て置けないから理屈を立てた〉という点である。

定した部分は訂正する。

- ② しかし、独立に憲法判断はしうるのであり、訴訟形式の限定性と、現実に裁判官が「違憲であるが国賠法上違法ではない」という判断をなしうることを踏まえれば、憲法訴訟の形式として立法行為を争う国賠訴訟を政策的に活用する途を探るべきであり、前稿で示した枠組み自体は維持する。

2 今後の課題として

上記①にあるように、私見は行為規範の様相で立法行為を語りえないとするものであるが、しかし現実には、最高裁は立法行為の審査につき、「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っ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っても顕著であるケースについては、……既に国会の判断過程そのもの……への審査を開始している⁶⁴」とされている。そこで、「平成17年最高裁判決以降の最高裁判例の考え方を前提とする以上、そこには国会が一度制定した法律について何らかの『立法者の事後改善義務』という立法者の『行為規範』があると考えられるべきなのであろう⁶⁵」と指摘されているのである。これをどう考えたら良いかという問題がある。

⁶⁴ 大石・前掲論文（注3）192頁

⁶⁵ 神橋・前掲論文（注3）103-104頁。

⁶⁶ 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49巻1号（1999年）269頁、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53巻6（2004年）1541頁、大石・前掲論文（注3）189-192頁など。

⁶⁷ 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・ジャーナル4巻4号（2008年）3頁以下（行為審査とは、「議会をはじめ立法に関与した機関が正しく行動したか否か、つまり、事実の仮定、立法予測ないし期待が根拠のあるものか否か、なされた考量が適切で事実状態が十分解明されているか否か、確認される事実がその効果の点で適切に評価されているか否かなど、議会において法律制定に関して要求される行為準則が守られたかどうかの審査（26-27頁）」である）。

前稿で示した私見の枠組みにおいては、国会の判断過程についての考慮は、「憲法判断に踏み込む要件」の中で勘案されることになるが、上記の「立法の事後改善義務論⁶⁶」や違憲審査方法としての「行為審査 (Verhaltenskontrolle)⁶⁷」に関する学説の議論に学び、再考する必要を認識している。今後の課題として記し、いったん筆を擱きたい。