



## 研究ノート 立法不作為の違憲問題における立法義務 : 日独の判例理論を素材として

著者	青木 誠弘
雑誌名	筑波法政
巻	47
ページ	59-77
発行年	2009-09-30
その他のタイトル	<Note> Über die Pflicht zur Gesetzgebung in die Frage der verfassungswidrigen: Unterlassungen des Gesetzgebers
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00156149">http://hdl.handle.net/2241/00156149</a>

# 立法不作為の違憲問題における立法義務

一日独の判例理論を素材として

青木 誠弘

## 目次

- I 序
- II ドイツの判例理論
  - II-1 立法者の不作為に対する憲法訴願
  - II-2 立法義務の拡大傾向
- III ドイツの判例理論と日本の判例理論の比較検討
  - III-1 日本の判例理論
  - III-2 ドイツの判例理論との比較検討
- IV 結び

## I 序

法律の違憲性は、通常、既に制定された法律の内容が国民の憲法上の権利を侵害している場合に問題となる。しかし、場合によっては、一定の内容を持つ法律が制定されないことによって違憲問題が生じることがある。このような違憲問題を争う訴訟が立法不作為違憲訴訟であるが、この立法不作為違憲訴訟では、既存の法律についての違憲訴訟では検討されない特有の問題が生じることになる。例えば、三権分立原理に関する問題（特定の内容を持つ法律が制定されないことが違憲である旨を裁判所が判断すると、裁判所が当該法律を制定していることになる可能性がある）、出訴形式ないし判決形式の問題（国民はどのような形式で出訴することができ、裁判所はどのよ

うな形式の判決を下すことができるか、という問題）、出訴期間の問題（不作為が問題となる場面では、出訴期間の起算点の設定が難しい）、具体的争訟性及び原告適格に関する問題（具体的な侵害行為のないところに訴訟が提起される可能性がある。また、原告適格の範囲が国民全体に及ぶ可能性がある。尚、抽象的違憲審査が認められているところでは、具体的争訟性は問題にならない）、いわゆる「相当の期間」に関する問題（法律を制定するには時間がかかる等の理由から、判例・学説には、立法不作為の違憲性が認められるためには一定の期間の経過が必要であるとする見解が見られる）、立法義務の観念に関する問題（不作為の違憲性が争われる以上、作為義務が存在しなければならないが、立法に関してこれをどのように観念するのが問題となる）などである。これらの問題は、立法不作為違憲訴訟が認められるための要件に影響を与えるものであり、判例・学説において様々に議論されている。

本稿は、これらの問題のうち、立法義務に関する議論について、主に判例に登場した議論を中心に検討を行うものである。

立法不作為による違憲問題は、立法者の不作為に対する憲法訴願の形で、ドイツ<sup>1</sup>の連邦憲法裁判所において多く審理されている。そこでは、当初はそのような憲法訴

1 東西統一前の西ドイツに関して、「ドイツ」の名称を用いる。

願は原則として許されない旨の判断が示されていたが、その態度は時代が進むにつれて緩和されてきた。また、立法者の立法義務に関して、立法者の不作為に対する憲法訴訟願以外の形式によっても審理されており、そこでは、配分請求権論や国の保護義務論など、立法者の立法義務の範囲をより広範に認める内容の議論が判例上採用されるに至っている。これらの議論に関しては、第2章において概観する。

一方、日本においても、立法不作為違憲訴訟は数多く提訴されている。それらは主に国家賠償訴訟の形式で訴えられており、立法不作為の違憲性は国家賠償法上の違法性の問題として審理されている。最高裁は当初、不作為を含めた立法行為について違法性を認めることについて消極的であったが、後の事案ではその態度を緩和している。これらの判例の議論については、第3章第1節に概観する。

ところで、立法者の不作為に対する憲法訴訟願や立法者の立法義務に関するドイツの判例ないし学説の議論は、従来から日本の研究者によって多く紹介されている。これらの諸研究の成果は大きく、本稿もそれらの研究に依存するところが大きい。しかしながら、それらの研究の多くはドイツの判例ないし学説の議論それ自体を対象としたものであり、日本の議論との比較検討を行ったものは少ない<sup>2</sup>。おそらくは、ドイツの訴訟制度と日本の訴訟制度は大きく異なることが、両者の比較を困難にしているためであろう。しかしながら、訴訟制度の違いを念頭に置いた上でドイツの議論と日本の議論を比較し、両者の類似性等を検討

すること、あるいはドイツの議論のうち日本に導入可能なものを抽出し、必要な変更を加えた上で日本への導入を検討することは可能なはずである。本稿第3章第2節では、このような観点に基づいてドイツの議論と日本の議論の比較検討を行い、私見の展開を試みる。

## II ドイツの判例理論

### II-1 立法者の不作為に対する憲法訴訟願

ドイツにおいて最初に立法不作為権訴訟の可否が論じられたのは、1951年12月19日の連邦憲法裁判所判決<sup>3</sup>においてである。この事案では、連邦犠牲者援護法（*Bundesversorgungsgesetz*）憲法適合性が問題となった。

この事案は、戦争未亡人である訴願人が、それまで訴願人自身の基礎年金（*Grundrente*）40マルクと補償年金（*Ausgleichsrente*）50マルクに加え、3人の子供に対する基礎年金各10マルクと補償年金各21マルク、合計183マルクの年金を毎月受領していたところ、より高額の給付を求めたものである。その訴願理由を要約すると、以上の年金額は不十分であり基本法の規定に違反する、訴願人が自活能力のない母親であるところ、自活能力のある母親に比べなんらの優遇もされておらず、この点に基本法に違反する不平等がある、訴願人が自活能力のない母親である以上緊急援助法（*Soforthilfegesetz*）が適用されるべきであるが<sup>4</sup>、これが適用されていない、などである。

以上の理由から、訴願人は、①自活能力

2 このような比較検討を行った研究として、大須賀明『生存権論』（1984年（昭和59年）日本評論社）71頁以下、高田敏「生存権」阿部照哉編『判例演習講座 憲法』（1971年（昭和46年）世界思想社）157頁以下、戸波江二「立法の不作為と憲法訴訟」*The Law School* 25号（1980年（昭和55年））40頁以下、同「人権論の現代的展開と保護義務論」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力 上巻』（2003年（平成15年）、信山社、上巻）699頁以下等を参照。

3 BVerfGE 1, 97.

のない、あるいは失業した未亡人と扶養されていない子供により多くの給付が与えられていない不作為が基本法1条1項、2条2項、3条1項、2項、6条1項、2項及び4項に違反することの確認、②連邦政府には連邦犠牲者援護法を補足する法案を提出する義務が課せられていることの確認を求めた。

連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法（Bundesverfassungsgerichtsgesetz）の規定、三権分立原理、訴願の内容の不当性、訴願人が他の法的手段を使い尽くしていないこと、基本権の根本思想などを理由として、請求を退けた。

これらの点についての判決の議論のうち本稿の目的に関わりのある部分を要約すると、以下の通りである。

まず、連邦憲法裁判所法の規定に関して。同法は立法者の不作為に対する憲法訴願を予定していない。同法93条2項及び95条3項は法律に対する憲法訴願を認めており、95条からは不作為による基本権侵害が起りえることが認められる。また、95条には、ある法律が違憲であった場合には当該法律の無効が宣言されるべき旨が規定されている。しかし、立法者の不作為が違憲であった場合については規定がない<sup>5</sup>。

次に、三権分立原理に関して。国民は、一定の立法を要求する司法上の請求権を有しておらず、選挙権の行使によって間接的に立法に関与できるのみである。立法者の

不作為の違憲性を裁判所が審査することは、立法者の職務に属する事柄を裁判所の管轄に帰属させるという権限の変動をもたらす。

そして、基本法の根本思想に関して。基本法の根本思想は、国家に対する個人の防衛にあり、国家による生活扶助について個人に請求権を授与するものではない。基本法1条1項及び2項の規定は、人間の尊厳に対する侵害ないし攻撃からの保護を意味するものであり、物質的な窮乏に対する保護を規定するものではなく、国家からの支給を受ける個人の権利を規定するものでもない。

以上の議論に加え、判決は、「もっとも、このことは、個人は扶助を要求する憲法上の権利をなんら有していないということの意味するものではない」とした上で、基本法20条に規定されている「社会連邦国家」からの転換との関連において、立法者の憲法上の義務と国民の憲法上の請求権について以下のように述べた。

立法者は憲法上、社会的活動に際して、相対立する利害の調整、ならびに、ヒトラー政権の結果としてのあらゆる困窮に対する生活条件の適度な回復に向けた努力を義務付けられている。立法者が、これらの義務を、恣意に、即ち、客観的な理由なしに怠る場合には、個人には、憲法訴願において主張可能な請求権が生じる余地があ

4 訴願人の主張によれば、同法が適用された場合年金額は約20マルク多くなる。

5 1951年判決のこの説示部分に対する反論としては、レヒナーの見解が有名である。その大まかな内容は、法律が違憲であった場合の判決の効力に関する連邦憲法裁判所法95条3項は確かに立法の不作為が違憲であった場合に関する規定を置いていないが、一方では本来不作為についての規定がないはずの連邦憲法裁判所法95条2項が行政ないし裁判の不作為に対しても適用されており、また同法95条1項は立法、司法及び行政についてなんら区別を設けておらず、かつ同項は不作為についても適用のあることを明文において定めているのであるから、立法の不作為に対しては形成判決を下すことはできないものの、確認判決を下すことは可能である、というものである。Lechner, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, NJW 49, 1955, S. 1819.

る。しかしながら、本件の事案に関して、連邦議会には非難されるところはない。

以上が1951年判決の議論であるが、この判決では、立法の不作为に対する憲法訴願に関する初の事例であったためか、そのような憲法訴願が許容されるか否かについての議論に焦点が当てられている。

ある法律の内容の不存在を問題にする場合、その不存在、即ち立法の不作为の違憲性を主張することと、国民に当該立法を要求する請求権があるとした上でこれを要求することとは、論理の立て方が異なるはずである。前者であれば、当該法律の不存在が憲法の要求と矛盾することを論証できれば論理としては成り立つが、その違憲性を裁判によって是正しようとする上では、裁判所の権限に関する問題、即ち裁判所は立法の不作为の違憲性を審査できるのかという問題が障害となる。一方、後者の議論であれば、国民にそのような請求権があることを論証しなければならないが、裁判所の権限等は問題にならない。

このことを踏まえて1951年判決を見ると、連邦憲法裁判所がこれら両方のアプローチに配慮していることを読み取ることができる。連邦憲法裁判所法の規定や三権分立原理に関する議論は前者のアプローチに関するものであり、判決はこのようなアプローチに基づく憲法訴願の許容性について完全に否定している。一方、基本法の根本思想や立法者の憲法上の義務に関する議論は後者のものに関する議論である。ここでは、一定の場合に国民に立法を要求する請求権が生じる旨が述べられているが、判決の議論では立法者の裁量の幅は広いものといわざるをえず（立法者に義務付けられているものが「努力」ととどまること、立

法者がこれを恣意に怠った場合でなければ請求権が生じないことなどがその理由である）、この議論の下では、立法を要求する請求権が生じる可能性は低いものであるといわざるをえない。

いずれにせよ、立法者の不作为に対する憲法訴願を許容することや、立法者の憲法上の義務ないし立法を要求する国民の請求権を認めることについて、当時の連邦憲法裁判所は消極的であったといえる。しかしながら、立法者に憲法上の立法義務が課せられていることを認め、一定の場合にはそれが国民の請求権の根拠となりえることを認めた点は、注目に値する。

また、1951年判決は、基本権の性質についてそれが国家に対する防御権である旨を明言しているが、このことは後の判例に登場する配分請求権論や国の保護義務論との関係において、重要な意義を有するものである。これらの議論については後述する。

立法不作为に対する憲法訴願が次に問題となったのは、1957年2月20日の判決<sup>6</sup>においてである。

基本法131条には、終戦時（1945年5月8日）に公務員であった者の法律関係については連邦法律によって規律される旨が定められており、同条に基づく法律は1951年5月11日に制定されていた。しかしながら、そこには終戦時にドイツ赤十字の職員であった者の処遇についての規定は置かれていなかった。このことから、ドイツ赤十字の元職員だった者が、ドイツ赤十字は公法上の団体であり、これに関する規定の不存在は基本法131条違反であるとして、憲法訴願を提起した。

連邦憲法裁判所は、立法者の不作为に対する憲法訴願の許容性に関し、部分的不作

6 BVerfGE 6, 257.

為（*teilweise Unterlassen*）の事案においては許容される余地がある旨を認めた。この部分的不作為とは、ある一定の集団に利益を付与する法律が制定されている一方、同じように利益を与えられるべき他の集団については規定がなされていないことであり、平等原則との関係で違憲問題を生じえるものである。尚、既に制定されている法律の規定のことを「部分規定」と呼ぶことがある。また、「部分的不作為」ではなく「相対的不作為」の名称が用いられることも多い。

1957年判決はこのことを示す上で、1951年判決の事案との違い、立法者の不作為に対する憲法訴願を否定する議論への反論、判決の形式等を述べている。その概要は、以下の通りである。

・1951年判決の事案との違いに関して

本件は、基本法の明示的な委任が論じられている点において、1951年の事例と異なる。立法者が憲法上の責務を不適切に解釈し、その結果、立法義務に不完全にのみ従い、規律を尽くすことなく基本権を侵害した場合には、立法者の不作為に対する憲法訴願は許容される。

・立法者の不作為に対する憲法訴願を否定する議論に関して

連邦憲法裁判所95条の規定は、立法者の不作為に対する憲法訴願を否定する根拠とはならない。立法者に課せられた憲法上の責務が部分的にしか果たされず、そのため平等原則が侵害されている場合、国民は、立法者の部分的不作為に対して基本法3条1項に基づく憲法訴願を提起することができる。

この点について、以下のような議論、即ち、部分的不作為が平等原則に違反する場合、既に制定された部分規定が無効とされるべきであるという議論は、妥当ではな

い。基本法3条の観点の下では、貧困救済としてのそのような部分規定は無効とされるべきではない。

また、立法裁量を理由とする議論、即ち、立法者は、必要性、自由投票及び議会の広範な裁量に基づいて法を制定する義務を負うのであって、一定の内容の立法を義務付けられているわけではないという議論は、立法者の不作為に対する憲法訴願の可能性を否定する根拠にならない。立法者は、政治的判断について原則的に自由であるが、基本法、とくに基本権については常に遵守しなければならない。基本法3条1項及び憲法それ自体から導かれる義務を、立法者は全人民に対して負っている。

・判決の形式に関して

立法者の部分的不作為に対する憲法訴願においては、基本法3条1項に基づく基本権が侵害されていることの「確認」（*Feststellung*）のみが可能である。その結果、立法者は、以下の義務、即ち、他の基本権あるいは憲法規定への違反なしに可能である限りにおいて、合理的な期間内に従来の規定を拡大するか、あるいは、全ての人的範囲を包括する新たな規定を制定する義務を負う。立法者に対しこれ以上の干渉を行う権限は、連邦憲法裁判所にはない。

連邦憲法裁判所は以上のように述べ、訴願人の訴願を許容した（ただし、ドイツ赤十字が公法上の団体であったことを否定し、訴願には理由がないとした）。

既に述べたように、この事件において問題となったのは、立法者の部分的不作為に基づく平等原則違反である。

法律が一定の集団について規定する一方、他の集団については規定せず、それゆえに平等原則に違反する状態となっている場合、この不平等を解消する方法としては、2通りが考えられる。当該法律を違憲



無効として、既に規定対象に含まれている集団について法律がなかったものとして扱う方法と、反対に当該法律の規定対象を拡大し、従前は対象外であった集団を対象に含める方法の2つである。

そして、当該法律の内容が国民に利益を与えるものであり、規定対象が不平等であることの違憲性が裁判上主張されている場合には、前者の方法による解決は意味がない。このような不平等の是正を求めるのは通常は規定対象から除外されている者であるため、当該規定が無効となったところで救済にはならないからである（反対に、当該法律が個人に義務ないし不利益を課すものである場合には、前者の方法でなければ救済にならない）。このことは判決にも現れている<sup>7</sup>。

平等原則それ自体は、立法に関する限りでは、法律の制定にあたって不平等が生じないことを要求するものであって、一定の内容の立法を要求するものではない。しかしながら、以上のような理由により、平等原則から立法義務を導くことが可能となるのである。1957年判決は、このような問題が現れた最初の事案である。

判決は、立法の不作為に対する憲法訴願が許容されるか否かの審査において、「基

本法の明示的な委任」を問題にし、この委任による責務が部分的にしか果たされず、そのために平等原則が侵害されている場合には部分的不作為に対する憲法訴願の提訴が可能であるとしている。

この「基本法の明示的な委任」の要件は、後の連邦憲法裁判所の判決においても用いられるようになったが、当初の判決においては、連邦憲法裁判所はこの「基本法の明示的な委任」の存在を認定することについて、消極的であったといえる。例えば、職業軍人である訴願人から郵便投票が認められていないことの違憲性が主張された1961年2月7日の判決<sup>8</sup>では、憲法規定から立法義務が引き出されるのは「稀な場合」である旨が示されている。また、同年5月17日の判決<sup>9</sup>においては、立法者に一定の事項に関する法律を制定する権限を与える憲法規定に立法の義務は含まれない旨の判断が示されている。

一方、学説においては、通説的な見解としては、規定の文言を重視しそこから憲法の委任ないし立法義務を導くという態度、換言すれば、立法義務の根拠を基本法の条文に明記された範囲に限定するという態度が採られていた。例えば、1957年判決に先立って発表されたレヒナーの議論では、絶

7 この点は、当時のドイツの憲法学説においても議論されていた点である。

部分的な不作為の場合であっても既存の法律を無効とすべきと主張していた論者として、プファイファーらを挙げることができる。Vgl. G. Pfeiffer, Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, 1959, S. 12 f.

一方、適用対象の拡大を主張していた論者としては、ザイベルトラを挙げることができる。ザイベルトは、このような場合における平等の回復は立法の不作為の違憲性を確認する判決によってのみ可能である旨を述べる。J. Seiwert, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, 1962, S. 68.

8 BVerfGE 12, 139.

9 BVerfGE 12, 354.

この事案は、「有限会社フォルクス・ヴァーゲン工場に対する持分権を私人の手に移す法律」(Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand)の憲法適合性が争われた事案である。

判決は、基本法15条に関して、社会化 (Sozialisierung) についての立法者の権限を規定するものであり、それについての憲法上の義務を含むものではないと述べ、この点についての立法義務の存在を否定した。

対的立法不作為に対する憲法訴願が許容されるためには「具体的立法義務」(konkrete Pflicht zur Gesetzgebung)の存在が必要であるとされており、そこでは基本法6条5項、1条1項2文、6条1項、7条1項及び14条1項2文などが具体的立法義務を導きえる規定であるとされている<sup>10</sup>。また、イプセンは、基本法による立法の委任について、各条文の文言を元に委任の強度等を4つに分類する<sup>11</sup>。カルクブレンナーもまた、このイプセンの4分類を引用した上で、それらの各類型をさらに2分する議論を展開する<sup>12</sup>。

このように、立法の不作為に対する憲法訴願が問題とされた当初は、判例と学説の多数は、基本法の文言を重視して立法義務の範囲を限定的に解していた。国民の権利についての規定から解釈によって立法義務を導くという議論を、判例及び学説の多数は論じていなかった<sup>13</sup>。

## II-2 立法義務の拡大傾向

前節に見たように、当初（1950年代から60年代）の連邦憲法裁判所の判例及び学説の多数説は、立法義務の範囲を狭く解していた。しかし、1970年代に入ると、配分請求権論や国の保護義務論、さらには国の保護義務論から派生した改善義務論など、立

法義務の範囲を社会の変化に応じて拡大する理論が、判例上採用されるようになってくる。本節ではそれらについて概観するが、その前に伝統的人権観と立法義務との関係について若干の整理をしておきたい。

伝統的人権観の下では、基本的人権、とくに自由権的人権は国家からの不当な介入を防ぐ権利、即ち、国民の自由を不当に禁止ないし制限しないという不作為を求める権利であって、国家に対して積極的な行為を求める権利ではなく、したがって自由権的人権は国家の作為義務の根拠とはなりえない、とされていた。先に述べた1951年判決もこの立場に立っている。

これに対し、配分請求権論及び国の保護義務論は、自由権的人権から国家の作為義務を導くものである。

端的にいえば、配分請求権論は、国民が憲法に認められた自由権を行使するために一定の制度・設備等が必要であり、その創設が国家の手に委ねられるべきものである場合、国民は当該自由権を根拠として当該制度・設備等の創設を国家に対して要求することができるという理論であり、国の保護義務論は、国民の基本権が国家以外の者によって侵害されている場合、当該国民はその侵害からの保護を国家に対して要求することができるという理論である。また、

10 Vgl. Lechner, a.a.O., S. 1818.

11 その分類の第1は、基本法117条1項のように、明確な期限を定めて立法を命じる規定である。第2は、6条5項のように、立法者による法の制定を、「なされなければならない」という指示“Muß-Vorschrift („... ist zu ...“))によって命じる規定である。第3は、4条3項のように、当該分野に関する法制定を明示的に期待するものであり、第4は、117条2項のように、期限に関する定めはなく、不明確ではあるものの期待されたある時点を考慮しているものである。H. P. Ipsen, Verfassungsfragen zur Handwerksordnung, DVBl 71, 1956, S. 358 ff. [359f]

12 カルクブレンナーは、立法を委任する基本法の規定を、それが基本権の部に属するか否かによって分類する。これにより、イプセンの述べた4つのタイプのそれぞれがさらに2つに分類されることになり、基本法による立法の委任は、結果として8つに分類されることになる。H. Kalkbrenner, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DöV 2, 1963, S. 41 ff. [43]

13 このような見解に対する少数説として、ザイベルトを挙げることができる。その内容は、国民の基本権が私人によって侵害されている場合には国家には当該基本権を保護する義務があるとするものであり、後述する国の保護義務論同様、自由権に関する規定から国家の作為義務を導くものである。Vgl. Seiwerth, a.a.O., S. 50 ff.



改善義務論は、制定当時の事情の下では合憲であったといえる法律について、後の社会情勢等の変化により合憲性が疑われる状態に至った場合、国家には当該法律を改正する義務があるとする理論である。

配分請求権論は、1972年7月18日のいわゆる「大学定数判決」<sup>14</sup>を契機として登場した。

ドイツの大学入学制度の下では、ギムナジウムの卒業試験、即ちアビトゥーア（大学入学資格試験）の合格者は、原則として自身の望む大学の学部に入學できることとされていた。しかしながら、大学側の受入可能人数と志願者数の関係から、大学や学部によっては定数制を採用し、志願者の厳選を行うところもあった。尚、定数制に関する規定を行う権限は各州に属しており、各州は州法により大学法を制定していたが、志願者の選定に関しては各大学の決定に委任される部分もあった。このような入学制度の下、ハンブルク大学医学部への入學を拒否された志願者と、ミュンヘン大学医学部への登録を拒否された志願者が、それぞれの州の行政裁判所に対し拒否処分の違法確認及び取消しを求めていた。1972年判決の事案は、これら2つの訴えが連邦憲法裁判所に移送され、併合審理されたものである。

ところで、配分請求権は、国家給付制度の新たな創設ないし拡充を求める権利（本来的配分請求権）と、既存の制度への参加を求める権利（派生的配分請求権）とに分類できるところ、判決はこれらそれぞれについて論じている。以下では、1972年判決の議論のうち、配分請求権を認める根拠に関する部分、大学の新設・拡充を求める権利に関する部分及び既存の大学への入學を

求める権利に関する部分を概観する。

・配分請求権を認める根拠に関して

教育場所の選択についての基本法上の保護は、伝統的に認められていた、公権力による介入に対する保護機能においてのみ論じ尽くされるものではない。基本権は同時に、客観的規範としての価値秩序を定めるものであり、これは基本法上の原則的判断として、あらゆる法領域に要求されるものである。それゆえに、基本権は、単に国家に対する国民の抵抗権であるに過ぎないものではない。社会の安全や国民の文化的発展に国家が取り組むほどに、国民と国家の間には、国家に対する基本権的自由の保護という本来の要請に加え、国家による給付への参加についての基本権的保障という要請が生じるのである。

教育場所の選択の自由は、その性質上、設備への加入の自由を目的としている。この自由は、それを要求することを可能ならしめる前提がなければ、無価値なものとなる。

援助行政の分野において配分請求権（Teilhaberechte）が認められるか否か、認められるとしてどの程度まで認められうるかという問題は、原則として、裁判によって争うことのできない立法者の決定に委ねられている。しかしながら、国家が専門教育のための一定の施設を創設している場合には、そのような設備への参加についての請求権が、基本法12条1項と結びついた平等原則ならびに社会国家原理から導かれるのである。このことは、例えば大学教育の分野のように国家による事実上の独占が行われている場合や、大学における専門教育のように国家による給付への参加が基本権を実現するための前提条件となっている場合、とくに妥当する。

14 BVerfGE 33, 303.

・大学の新設・拡充を求める権利に関して絶対的入学制限の問題は、既存の大学の収容能力では、大学入学資格を有する全ての者に入学許可を与える上で不十分であることに、その特徴がある。したがって、憲法的考察を既存のものへの参加に限定するならば、問題の核心を外れることとなる。

配分請求権が既存のものに限定されないとしても、それは、個人が社会に対して道理にかなった範囲で要求できるという意味における、可能性の留保の下にある。このことは、財政事情及びその他を考慮し、第一次的には立法者が自らの責任において判断すべきことである。立法者は、専門教育の場についての需要に配慮しなければならないが、全ての入学志願者に対してその場を準備することまでは要求されていない。

これらの基準に照らせば、本件において憲法違反は認められない。国家機関の責任者は、可能性の範囲内で必要なことを行う義務を、無視していない。

・既存の大学への入学を求める権利に関して大学入学資格のある志願者の有する、自ら選択した学部へ入学する権利が制限されるものであることは、基本法12条1項1文に規定された規制留保（Regelungsvorbehalt）により、明らかである。このことは、既に設立されている専門教育の場を選ぶ権利にも同様に当てはまる。また、配分請求権としての大学入学への請求権について、これが制限されるものであることは、配分請求権が可能性の留保の下にあるものであり、かつ法的規制を必要とするものであることから導かれる。

入学権の制限は、法律又は法律の根拠によってのみ可能である。ここでは、法律の留保及び国家行為の法律適合性という法治国家原則は、通常は侵害行政にのみ妥当し、給付行政には妥当しないという問題は、検討する必要がない。なぜならば、本

件の事案では、国家による給付への参加が基本権実現の必要前提となっているため、法律の根拠が必要となるからである。立法者は、給付の収容力が不十分であることの結果として生じる重大な不平等の下において、給付範囲を決定することに由来する責任を、自ら引き受けなければならない。

連邦憲法裁判所は以上のように説示した上で、問題となったハンブルク大学法（Gesetz über die Universität Hamburg）については合憲、バイエルン大学入学法（Gesetz über die Zulassung zu den bayerischen Hochschulen）についてはバイエルン出身者を有利に取り扱っている限りにおいて違憲との判断を下した。

判決は、配分請求権論を採用するにあたって、基本権の性質は公権力による介入を排除することに限られない旨を述べた。これは、1951年判決が前提としていた伝統的人権観の枠を超え、基本権の保護の範囲を拡張するものである。

配分請求権論は、「請求権」の用語に現れているように、国民の主観的な権利について論じるものであって、立法義務を含めた国家の義務を議論の対象とするものではない。しかしながら、国家に対して一定の作為を求める国民の権利が観念されるのであれば、それに対応する形で国家の作為義務を導くことが可能であり、当該作為を行うために新たな立法が必要であれば、立法義務を導くことも可能となる。

配分請求権論についても一度整理すると、①国民が憲法上認められた権利を実現する上で、ある一定の制度に参加し又は給付を受けることが当該権利実現の必要前提条件となっており、②その前提条件たる制度の創設ないし給付が国家の手によって行われるものである場合には、③国民は国

家に対し、必要な制度の創設を要求し、また当該制度への参加や必要な給付を請求することができる、というものである。

既に述べたように、配分請求権は本来の配分請求権と派生的配分請求権に細分される。これらについても簡単に整理すると、本来の配分請求権とは新たな制度又は設備の創設ないし拡充を求める権利であり、派生的配分請求権とは既に創設されている制度・設備への参加ないし給付を求める権利である。

これらのうち、前述した意味における立法義務の直接の根拠となりえるのは本来の配分請求権であって、派生的配分請求権からそのような立法義務を導くことは難しい。派生的配分請求権が問題となる場面では、権利実現の前提条件たる制度又は設備は既に創設されており、そのために必要な法律も既に制定されているのであるから、必要な法律が制定されていない不作為の問題は生じにくい。しかしながら、派生的配分請求権が他の原理と結びつくことによって、当該原理のみでは立法義務を導くことができないような事案においても立法義務を導くことが可能となることはありえる。1972年判決のうち既存の大学への入学を求める権利に関する議論では、直接には法律の留保の原則から立法者の立法義務が導かれているが、この事案において法律の留保の要求を可能としたのは派生的配分請求権の存在である。即ち、国家が大学を創設して国民に教育を与えることが単なる給付行政であると解されるのであれば、侵害留保の原則に基づいて法律の留保は不要となる。ところで、判決は派生的配分請求権としての構成を採ることによって、法律の留保の原

則を適用しているのである。

一方、本来の配分請求権からは、前述の通り、一定の場合においては直接に立法義務を導くことが可能となる。

前述の通り、配分請求権が認められるためには、憲法上の権利を実現する上で一定の制度・設備への参加が前提条件となっていることと、そのような制度・設備が国家の手に委ねられていることが必要となる。判決はこれらの要件に加え、大学の新設・拡充を求める権利という意味での本来の配分請求権に関して、これが可能性の留保の下にあるとした。国家に課せられるのは、「可能性の範囲内で必要なことを行う義務」である。連邦憲法裁判所のこの判断は、妥当といえるだろう<sup>15</sup>。

第2の理論である国の保護義務論は、1975年2月25日のいわゆる「第1次墮胎罪判決」<sup>16</sup>において、連邦憲法裁判所の判決上、最初に採用された。

この判決の事案は、1974年の第5次刑法改革法（Fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts, 5. StrRG）が、一定の要件の下での妊娠中絶について不処罰とする規定を含むことについて、5つの州及び193名の連邦議会議員が違憲性を主張したものである。

連邦憲法裁判所は、基本法2条2項1文が規定する生命権の保障は胎児の生命（発達しつつある生命）にも及ぶとした上で、その生命権を保護すべき国家の義務と、その義務を刑罰法規によって達成することの妥当性に関して、以下のように述べた<sup>17</sup>。

国の保護義務は広範囲に存在する。それは、発達しつつある生命に対する直接の侵

15 尚、配分請求権論については、当時のドイツ法学説においては議論の対象となったものの、現在ではその議論は沈静化しているといわれている。当時の議論に関して、vgl. W. Martens und P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972.

16 BVerfGE 39, 1.

17 尚、反対意見が付されているが、これについては割愛する。

害を禁止するのみならず、国家に対し、万人について他者からの違法な侵害から保護することを命ずるものである。この要請の下、個人は法の規制に服せられている。国の保護義務は、基本法の価値体系の中においてもっとも優先されるべきものである。人間の生命は、憲法的秩序において、最も高い価値を有する。発達しつつある生命を保護する国家の義務は、原則として母親の権利に優先する。

国家が発達しつつある生命を保護する義務を果たすに際しては、立法者が第一にその決定をすべきである。そこでは、効果的な生命の保護を行う上での有効性及び必要性のために、どのような方法が採用されるかについての判断がなされる。

立法者は、原則として、以下のような義務を負っていない。即ち、既に生まれている生命の安全の確保のために採用される有効かつ必要な刑罰法規による対策と同様の対策を、まだ生まれていない生命の保護のためにも採用する義務である。

刑罰の任務は、社会生活における根本的な価値を保障することであり、個人の生命は法的道徳の中にあつて高い価値を有する。しかしながら、刑罰の採用は原則として立法者の決定に委ねられている。一方、憲法によって要求される保護が他の方法では達成不可能な場合には、立法者は、生命の保護のために刑罰による方法の採用を義務付けられるのである。刑罰法規を用いることは、立法者が採りうる方法の中で「最後の手段」(ultima ratio)である。どのような場合に刑罰法規を用いる義務が生じるかについては、総合的考察が必要である。

連邦憲法裁判所は、立法者に課せられた、胎児の生命を保護すべき義務とその保護のために刑罰を用いる義務について以上

のように述べ、第5次刑法改革法が一定の要件の下での妊娠中絶を不処罰としたことに関し、これらの義務が果たされていないとして、違憲の判断を下した。

国の保護義務論の概略を再び整理すると、この理論は、国民の自由権的人権が国家以外の第三者によって侵害されている場合やその侵害が予想されるような場合には、国家にはその侵害を排除する義務がある、とするものである。ここでは、国家・基本権侵害者・基本権被害者の三極構造が前提とされ、国家が基本権侵害者に一定の制限を課すことによって、基本権被害者の保護が図られるとされる。

そして、国の保護義務論はその性質上、国民の基本権を制限する根拠としても機能する。このため、保護が過剰であれば、侵害者の権利を不当に侵害することになる。反面、保護が過小であれば保護義務を達成することはできない。したがって、国家行為についての裁量は2つの面から限定されることになる。

先に配分請求権論について概観した際、配分請求権それ自体は国民の主観的な権利であつて国家の義務ではない旨を述べたが、国の保護義務論においてはこれとは対照的に、国民の保護請求権という形では論じられず、国家が負担する義務の問題として論じられる。

1975年判決の事案は胎児の生命権を主張する立場の者が原告となった事案であるが、このような訴えは胎児の生命権の保護を国家の義務として構成することによって可能になったといえる。胎児の生命に保護法益が認められるとしても、それが胎児の主観的権利に過ぎないとすれば、その権利を援用すべき立場にある母親が主張しない限り、原告の側から胎児の生命権を主張することはできず、妊娠中絶が問題となる事案においては母親が胎児の生命権を主張すること

はおよそ考えられないからである<sup>18</sup>。

国の保護義務論は後の連邦憲法裁判所判決においても認められており<sup>19</sup>、1981年1月14日のいわゆる航空機騒音決定<sup>20</sup>においては、保護義務論の派生原理である立法者の改善義務論が認められるに至っている。

1981年決定は、立法者には、保護義務として航空騒音の影響を防止する義務が課せられているだけではなく、最初に採られた騒音防止措置を改善する義務が課せられている、とする。また、立法者の判断の妥当性が法律制定の時点では予知できない新たな展開によって問題視されるに至った場合、立法者には憲法上、新たな事情の下でも当該判断を維持できるかどうかについて審査する義務が課せられる旨も述べている<sup>21</sup>。

### Ⅲ ドイツの判例理論と日本の判例理論の比較検討

#### Ⅲ-1 日本の判例理論

ドイツの連邦憲法裁判所の判例において、当初は狭く解されていた立法義務の範囲が徐々に拡大されていった経緯については前章に見たとおりである。一方、日本の判例においても、立法義務の拡大傾向を見ることができるとは。本節においてはその経緯について概観するが、その前に、日本にお

いてはどのような形で立法義務が裁判上争われるかについて、簡単に説明しておきたい。

既に述べたように、国会の立法義務は立法不作為違憲訴訟の形で争われるが、これは日本では、国会の立法行為（不作為含む）に対する国家賠償訴訟及び確認訴訟の形式で争われる。これらのうち確認訴訟に関しては、2004年（平成16年）に行政事件訴訟法が改正される前までは立法不作為違憲確認訴訟の形式で争われていたが、いずれの訴えも、日本において抽象的違憲審査制は採用されていないという理由によって却下されていた。このため、同改正以前の事案においては、立法義務は主に国家賠償訴訟によって争われていた。

一方、2004年（平成16年）の行政事件訴訟法の改正以後に判決が下された在外邦人選挙権訴訟上告審においては、最高裁は確認請求に関する訴えを公法上の法律関係に関する確認の訴えと解し、これを適法とした上で審理を行っている。

日本での立法不作為違憲訴訟のリーディングケースとされている判決は、1985年（昭和60年）の在宅投票制度廃止事件上告審判決<sup>22</sup>である。この事案は、在宅投票制度を廃止し復活しなかった立法不作為が問

18 尚、胎児の生命の保護を国家の義務と構成したとしても、抽象的違憲審査が認められていないところでは、この義務違反を理由に妊娠中絶に関する法の規定の違憲審査を裁判所に請求することは、理論上不可能である。

19 その例としては、いわゆる第2次墮胎罪判決（BVerfGE 88, 203）のほか、誘拐犯の支配下にある申立人の生命を保護する義務について、同人以外の市民の生命を保護する義務とともに認めた事例（BVerfGE 40, 160）、囚人が外部との接触を遮断された事案において囚人の自由権と市民の生命保護義務とが対置された事例（BVerfGE 49, 24）、労働者を深夜労働の有害な結果から保護する立法者の義務と女性の深夜労働禁止との関係が問題となった事例（BVerfGE 85, 191）、迷惑電話の発信者名を受信者に教えることが、当該迷惑電話の被害者の人格権についての保護義務履行のための暫定的措置として許されるとした事例（BVerfGE 85, 386）、ジエチレングリコール混入ワインのリストの公表について、消費者の身体についての保護義務を理由のひとつとして許されるとした事例（BVerfGE 87, 36）など、多数を挙げることができる。

20 BVerfGE 56, 54.

21 尚、1981年決定は、航空機の便数増加や騒音のより大きいジェット機の導入などを理由に改善義務の成立を認めているが、その義務違反については否定している。



題とされたものである。

第一審<sup>23</sup>においては在宅投票制度を廃止した作為についての国家賠償責任が問題とされたため、国会の立法義務に関する議論はなされていない。これに対し控訴審<sup>24</sup>では、同制度を復活しなかった立法不作為のみが争点となったため<sup>25</sup>、立法義務に関する議論が述べられている。

控訴審は、国会の立法義務について、「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って規定されているか若しくは憲法解釈上明白な場合には、国会は憲法によって義務付けられた立法をしなければならない」として、当該立法がなされない不作為は違憲であり、違法であるとした。尚、ここでは、国家賠償法上の違法性と立法内容の違憲性は区別せず、違憲があれば違法とする立場が採られている。

これに対し、最高裁は、国家賠償法上の違法性と立法内容の違憲性を区別する立場を採った上で、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、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1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」として、「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」こと等を理由に、違法性の成立を否定した。

最高裁の述べたこの要件論は後の判例においても引用され、そこでは、原告主張の内容を持つ立法を一義的に命じる憲法規定は存在しない、との理由によって、立法不

作為の違法性が否定されていた。次に見る関釜従軍慰安婦訴訟の控訴審判決<sup>26</sup>もそのひとつである。

在宅投票制度廃止事件上告審の基準を判例上最初に緩和したのが、関釜従軍慰安婦訴訟第一審<sup>27</sup>である。山口地裁は、国会の立法義務に関する議論も含め、違法性について以下の議論を展開した。

即ち、立法行為が国家賠償法上違法となるのは、「[[立法（不作為）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（行わない）というごとき]]場合に限られず、次のような場合、即ち、前記の意味（憲法秩序の根幹的価値に関わる人権侵害：引用者）での当該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（その場合に憲法上の立法義務が生じる。）しかも、国会が立法の必要性を十分認識し、立法可能であったにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなおこれを放置したなどの状況的要件、換言すれば、立法課題としての明確性と合理的是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」という議論である。

この議論の下では、立法義務の範囲は憲法の明文の規定に限定されず、人権侵害の重大性と救済の必要性から立法義務の範囲が決定されることになり、それらが明確であってかつ合理的期間を経過している場合には裁判によって争うことができるということになる。

22 最判1985(昭和60). 11. 21民集39巻7号1512頁。

23 札幌地判1974(昭和49). 12. 9。

24 札幌高判1978(昭和53). 5. 24。

25 控訴審がこのような判断を行った理由は、原告は同改正の時点では自ら投票に赴くことができ、在宅投票制度を必要としていなかったためである。

26 広島高判2001(平成13). 3. 29訟月49巻4号1101頁。

27 山口地判1998(平成10). 4. 27判時1642号24頁。



山口地裁のこの理論は、在宅投票制度廃止事件上告審と同様の態度を採った控訴審によって退けられた。

次の事案は、ハンセン病訴訟<sup>28</sup>である。

判決において熊本地裁は、在宅投票制度廃止事件上告審の基準を引用した上で、その基準は当該事件の事案には妥当しないことを述べ、さらにその基準について、違法性の範囲を広げる解釈を示した。即ち、同上告審が示した基準の本質は、容易に想定しがたい極めて特殊で例外的な場合に限って立法行為の違法性が認められるというものであり、「憲法の一義的な文言に違反」との表現はこれを強調するものにすぎない、という解釈である。

熊本地裁は、らい予防法の制定当初から同法の隔離規定は公共の福祉による合理的な制限を逸脱していたものであること、昭和30年代には国際的にも隔離政策が不要であることが認識されていたことなどから、「極めて特殊で例外的な場合」への該当性を認め、当該規定を改廃しない立法不作為の違法性を認定した。

第4の事案は、在外邦人選挙権訴訟上告審判決<sup>29</sup>である。

この事案は、1998年（平成10年）改正前の公職選挙法が在外投票制度を設けていなかったことと、同改正後の公職選挙法附則8条が、新たに導入された在外投票制度について、当分の間はその対象を両院の比例代表選出議員選挙に限定していたことの違憲性が争われた事案である。この事案は、国家賠償訴訟と違憲確認訴訟の形で争われている。

上告審は、国民の選挙権又はその行使を

制限することの違憲性について、そのような制限がやむをえないと認められる事由がある場合に限って合憲となり、このことは選挙権の制限が立法不作為に由来する場合でも同様であるという違憲審査基準を示した。この違憲審査基準の下で、1998年（平成10年）改正前の公職選挙法が在外投票制度を設けていなかった立法不作為に関しては、1984年（昭和59年）の時点で同制度創設が可能であることを前提に内閣が法改正案を提出していることと、それが廃案となってから10年以上が経過していることを理由に、やむをえない事由の不存在が認定された。また、同改正後の在外投票制度が両院の比例代表選挙に限定されていたことについて、同改正時においては理由を認められるものの、その後の通信手段の発達を理由に、遅くとも判決の言い渡し後最初に行われる選挙について、やむをえない事由は認められない、と判断した。

判決は、違憲性に関する以上の議論のうち、改正後の法律に関する部分を理由に、公法上の法律関係の確認の訴えを認容した。また、国家賠償請求に関して、最高裁は違憲性と違法性は区別されるとの立場を維持しつつも、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受ける」との違法性要件論を展開し、在外国民が選挙権を行使

28 熊本地判2001(平成13). 5. 11訟月48巻4号881頁。

29 最判2005(平成17). 9. 14民集59巻7号2087頁。

するためには在外投票制度が必要であること等を理由に違法性を認めた。

尚、以上の流れとは別に、近年に争われた国籍確認訴訟<sup>30</sup>もまた、立法不作為違憲訴訟のひとつであるとされている。

この事案は、日本国籍を持つ父とフィリピン国籍を持つ母との間に生まれた子が、日本国籍を有することの確認を求めて出訴した事案である。国籍法3条1項は、同法2条（出生による日本国籍の取得に関する規定）に該当しない者であっても、一定の要件があれば法務大臣への届出により日本国籍を取得できる旨が規定され、その要件には、父母が婚姻していることと、父母のうち日本国籍を有する者から認知されていることが含まれている。原告の父母は婚姻していなかったものの、原告は父から認知されていた。

この事案における主な争点は、以下の2点である。第1に、国籍法の上記規定が、父母の婚姻の有無によって認知を受けた子を区別していることは憲法14条1項に違反するか否か、第2に、国籍法3条1項が違憲無効となった場合、同項の要件を満たす者の国籍取得が不可能になるのであって、原告が国籍を取得できるということにはならないのではないか、という点である。

多数意見は、第1点に関して、国籍法3条1項の制定当初の事情の下ではこのような区別は合理的であったものの、その合理性はその後の社会的環境の変化等によって失われたとして、違憲と判断した。また、第2点に関しては、国籍法3条1項を全部無効とするのではなく、父母の婚姻を要件とする部分のみを除いて、同項の規定を合憲的に解釈することで、原告に日本国籍を

認める旨の判断を下した。

この判決は、国会の立法義務に関しては言及しておらず、その意味では本章の検討対象からは外れている。しかしながら、とくに部分的立法不作為が違憲と認められた場合における判決の形式に関して、重要な示唆を与えるものである。第1章第1節に見た連邦憲法裁判所判決では部分的不作為の場合には給付の範囲を拡大すべき旨が論じられているが、同様のことを日本の最高裁が論じ、かつ請求を認めたのはこれが初である<sup>31</sup>。

### III-2 ドイツの判例理論との比較検討

以上が立法不作為違憲訴訟に関する日本の判例理論の流れである。これを見ると、裁判上争うことのできる立法義務の範囲について、次のような拡大傾向を見て取ることができる。即ち、当初は国家賠償訴訟によって争いえる立法義務の範囲は憲法の一義的な文言に限定されていた、換言すれば国家機関に一定の作為を義務付ける文言を持つ憲法規定のみがそのような立法義務の根拠とされていたところ、在外邦人選挙権訴訟上告審判決の理論により、一定の要件は課されるものの、国民の権利に関する規定の解釈から導かれた立法義務を争いえるようになった、という拡大傾向である。

訴訟制度が大きく異なっている以上単純な比較はできないが、日本とドイツの判例理論を比較すると、以下のことを見出すことができる。

まず、ドイツにおいては配分請求権論や国の保護義務論、改善義務論などの憲法理論が論じられているのに対し、日本の判例理論においてはそのような詳細な議論はなされていないという点が挙げられる。事例

30 最判2008(平成20).6.4民集62巻6号1367頁。

31 以上のほか、一連の学生無年金障害者訴訟（最判2007(平成19).10.9裁時1445号4頁）も立法不作為違憲訴訟に含み得るが、これらについての検討は別稿に譲る。

の少なさも影響しているのであろうが、おそらくは立法不作為の問題を国家賠償訴訟の枠内のみにおいて審理し、立法義務そのものを議論の対象としてこなかったためであろう。

とはいえ、日本の判例理論の中にも、連邦憲法裁判所の判決に現れてきた憲法理論と同様の発想を見ることは可能である。在外邦人選挙権訴訟上告審においては、在外邦人が選挙権を実現するには在外投票制度が必要不可欠であることや、その制度の導入が可能であることが考慮されているが、このような考慮は、連邦憲法裁判所の判例理論に見られる配分請求権論に近いものといえる。また、ハンセン病訴訟や在外邦人選挙権訴訟上告審では、立法後に生じた事情を考慮した上で法を改正しない立法不作為の違憲性に言及しているが、ここには改善義務論と共通する思考を窺うことができる。

また、部分的不作為によって平等原則が侵害されている場合における判決の形式について、連邦憲法裁判所の1957年判決と日本の国籍確認訴訟との比較から、ドイツの連邦憲法裁判所と日本の最高裁とが同様の態度をとっていることを見出すことができる。

その一方、国の保護義務論のように、国民の人権を積極的に保護することを国家に対して要求するという論理は、日本の判例では認められていない<sup>32</sup>。

既に述べたように、国の保護義務論には、ある国民の人権に対する国の保護義務が、他の国民の人権を制限するための正当化根拠として用いられる可能性があり、この理論を日本に導入することについては賛否両論がありえるところである。

確かに、ドイツの判例においては、墮胎罪判決に見られるように、国の保護義務が国民の自由を制限する根拠として用いられているのは事実である。しかしながら、国の保護義務論が日本に導入された場合、同じような弊害を生じるだろうか。

日本の訴訟制度においては、抽象的違憲審査は認められておらず、違憲審査が行われるのは原告である国民の具体的な権利が制限されている場合に限られる。したがって、仮に国の保護義務論が日本に導入されたとしても、この理論は、次の2通りの形でしか用いられない。即ち、原告が自身の被った損害の違法性を主張する中で、保護義務が果たされないために損害が生じたという形で用いるか、あるいは被告である国が、原告に対する人権の制限を正当化するための抗弁として、原告以外の国民の人権を保護する義務を主張するという形で用いるかの2通りである。ドイツの墮胎罪判決のように保護されるべき権利の主体以外の者が裁判において保護義務違反を主張することは、日本の訴訟制度では不可能である。

そして、後者の論法に関しては、公共の福祉論による人権制限の正当化となら変わるところはない。換言すれば、日本では、既に多くの判例において、国の保護義務論による人権制限の正当化と同様の論理が用いられているのである。このような現状において国の保護義務論が導入されたとしても、人権制限の正当化という点では、あまり変化はないだろう。

その一方、国の保護義務論が導入されれば、国民の人権の積極的な保護を理由とする国家の作為義務を観念することが可能となり、不作為による人権侵害を是正する途が拡大されることになる。このような点か

32 ただし、訴訟当事者が国の保護義務を主張した事例は存在する。2007年（平成19年）12月18日の大阪地裁判決（判時2000号79頁）では、原告から、私人間の人種差別を禁止する国の作為義務が主張されている。尚、この論旨は判決では採用されなかった。

ら、私見としては、国の保護義務論の日本への導入は有意義であると考える。

ところで、ドイツにおける国の保護義務論が国民の請求権の形では議論されていないことは既に述べたが、これを国民の保護請求権論というべき形に構成することは不可能だろうか。

ドイツのように抽象的違憲審査が認められているところでは、ある概念を国家の作為義務とすることと国民の請求権とすることには大きな違いがある。国家の作為義務と構成した場合、自身の権利はならん侵害されていない者であっても訴訟を提起することが可能になるからである。しかしながら、既に述べたように日本において抽象的違憲審査は認められておらず、国家の作為義務違反を主張する原告は当該作為義務違反によって自身の権利が侵害されていることを主張しなければならないのであるから、国の保護義務を国民の保護請求権と構成しなしたところで、原告の範囲が限定されることにはならない。

また、国家が国民の人権を制限する上での正当化事由として用いるには、国家の義務という構成のほうが国民の請求権という構成よりもなじみやすいものとなるが、先述したように日本の判例においては公共の福祉論による同様の正当化が認められているのであるから、被告である国の抗弁の観点からも変わるところはない。

このように見ると、国の保護義務論を日本に導入するにあたって、国民の保護請求権論と構成しなすことは可能であるように思われる。結局のところ、国民の権利から国家の義務を導くか、あるいは国家の義務から国民の権利を導くかの違いでしかないが、原告の具体的権利を問題とする日本の訴訟制度には、国家の義務という構成よりも国民の請求権という構成のほうがなじみやすいのではないだろうか。

#### IV 結び

以上に見てきたように、ドイツの判例においても日本の判例においても立法義務の拡大傾向は見られ、国民の権利が保障される範囲は広がってきているといえることができる。また、両者には様々な点において違いがあるものの、ドイツの判例理論と日本の判例理論には共通する部分もあり、またドイツの議論に日本に導入しうるものを見出すこともできる。

ところで、以上に見てきた議論は、明文に規定されている解釈によって導かれるかの差はあれ、いずれも憲法を根拠として立法義務を導くものである。これらに加え、憲法以外の根拠から立法の作為義務を導くことは不可能だろうか。

確かに、立法機関に法律を制定・改廃する権限がある以上は、法律を根拠に立法機関の作為義務や不作為義務を観念することは難しい。仮に立法者に義務を課す法律が存在したとしても、義務を課せられている立法者自身の手でその法律を改廃することができるからである。このような点から、法の規定としては、憲法以外に立法義務の根拠たりえるものはない。

しかしながら、作為義務の根拠となりえるものは、法の規定に限定されるわけではない。刑法や民法の分野で不作為責任が問題とされる場面では、その前提となる作為義務は、法の規定のほかにも、先行行為によっても形成されることがある。このことを立法行為についても当てはめることはできないだろうか。即ち、立法者は、先行する行為によって国民の権利を侵害する状況を惹起した場合には、その状況を除去する作為義務が課せられる、という立論である<sup>33</sup>。

立法不作為権訴訟に関する日本の判例においては、国家の先行行為、とくに立法行

為によって原告が損害を受ける状況が発生した事案が多い。在宅投票制度廃止事件やハンセン病訴訟の事案においては、在宅投票制度の廃止や隔離規定の制定という先行する立法行為によって原告が被害を受ける状況が惹起されたものである。また、閔釜従軍慰安婦訴訟の事案においては、原告らの損害は戦争という先行行為によってもたらされたものであるが、そのほかに補償がなされないという状況が継続したことによって新たな損害が発生している。連邦憲法裁判所の1951年判決や1957年判決についても、同様のことを見出すことができる。

このような観点からすれば、損害の賠償を目的とする国家賠償訴訟においては、事案によっては、不作為の違法性の根拠となる作為義務を憲法規定に求めるより、先行行為に求めたほうが実態に合った判断が行える場合があるのではないだろうか。

本稿においてはこれ以上の詳述は控えるが、先に見てきた配分請求権論や国の保護義務論、改善義務論等と併せ、検討の余地はあるものと思われる。今後の研究課題としたい。

(本文中に掲げなかったその他の参考文献)

C. Starck, Grundrechtliche Schutzpflichten, in: ders., Praxis der verfassungsauslegung, 1994, S. 46 ff. (小山剛訳「基本権保護義務」名城法学49巻1号(1999年(平成11年))185頁以下)  
E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 27, 1989, S. 1633 ff.

H.H. Klein, Dir grundrechte Schutzpflicht, DVBl 9, 1994, S. 489 ff.  
P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983; W. Martens und P. Häberle, a.a.O., S. 43ff.  
R. Stettner, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl 27, 1982, S. 1123 ff.  
R. Schneider, Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AöR 89, 1964, S. 28 ff.  
青柳幸一「女性労働者の深夜労働を禁止する規定の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(1999年(平成11年)、信山社出版株式会社)81頁以下。  
青柳幸一「人間の尊厳と国家の保護義務」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(1996年(平成8年)、信山社出版株式会社)22頁以下。  
芦部信喜「人権論50年を回想して」公法研究59号(1997年(平成9年))1頁以下。  
小山剛「基本権の機能の拡充の可能性」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集25号(1987年(昭和62年))217頁以下。  
小山剛「第2次墮胎罪判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(1999年(平成11年)、信山社出版株式会社)46頁以下。  
小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」慶應義塾大学法学研究63巻7号(1990年(平成2年))54頁以下。  
島崎健太郎「胎児の生命と妊婦の自己決定」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(1996年(平成8年)、信山社出版株式会社)49頁以下。  
高田敏「高速増殖炉型原発の設置を許可する原子力法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(1996年(平

33 国家の先行行為によって国家の作為義務を導出する議論は、既に学説においても行われている。西瑛章「西ドイツ国家責任法体系における公法上の危険責任について」公法研究42号(1980年(昭和55年))170頁以下、同「中国残留孤児訴訟における国の不作為責任」法律論叢(明治大学)79巻4・5号(2007年(平成19年))343頁以下、人見剛「中国残留孤児・中国残留婦人が提起した国家賠償訴訟に係る最近の二つの地裁判決について(上)(下)」判時1932号(2006年(平成18年))17頁以下、1933号(2006年(平成18年))23頁以下等参照。尚、西瑛説においては、ある時点の行為によって形成された継続的な危険状態に関する危険責任という構成を採っている。

これらの議論は立法行為に限定してなされたものではないが、先行行為を根拠とする作為義務について、立法行為を除外する理由はないだろう。

- 成 8 年)、信山社出版株式会社) 295頁以下。
- 戸波江二「教育場所選択の自由と大学入学請求権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(1996年(平成 8 年)、信山社出版株式会社) 234頁以下。
- 中谷実「立法の不作為をめぐる司法積極主義と消極主義(一)(二)」南山法学30巻4・5号(2007年(平成19年)) 67頁以下、32巻2号(2008年(平成20年)) 41頁以下。
- 西原博史「基本権保護義務論の位相と『平等の法律による具体化』について」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力上巻』(2003年(平成15年)、信山社、上巻) 193頁以下。
- 西埜章「立法不作為と国家責任」法時76巻1号(2004年(平成16年)) 50頁以下。
- 松本和彦「身体の不可侵の権利と立法者の改善義務」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(1996年(平成 8 年)、信山社出版株式会社) 55頁以下。
- 真鶴俊喜「ドイツの憲法における立法の不作為(一)(二)(三)」上智法学論集39巻1号(1995年(平成 7 年)) 305頁以下、40巻1号(1996年(平成 8 年)) 189頁以下、43巻2号(1999年(平成11年)) 157頁以下。
- 山崎栄一「基本権保護義務とその概念の拡大」六甲台論集43巻3号(1997年(平成 9 年)) 189頁以下。

(筑波大学大学院人文社会科学研究所  
社会科学専攻)