

違憲国賠訴訟における判断構成

Le contrôle de constitutionnalité des lois et la responsabilité de l'État

井口 秀作

一 はじめに

2010年度の「新司法試験の採点実感等関する意見（憲法）」には、次のような記述があった。「在外邦人選挙権訴訟判決では、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置をとらないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合の立法不作為の実体的合憲性の問題と、立法不作為が国家賠償法上違法の評価を受けるための要件という問題を区別して検討しているが、この2つの問題の区別を意識しない答案が多く見られた。」

確かに、採点実感の引用する在外邦人選挙権訴訟判決（最大判2005年9月14日。以下、「05年判決」という）は、「二つの問題を区別して検討している」が、最高裁判例においてはそのような判断構成が主流であったわけではない。むしろ、同判決こそが、「異例の構成となっている」¹という指摘もある。また、憲法の教科書記述をみても、憲法判断と国賠法上の違法性判断は、必ずしも明確に区別されて論じられていない²。

この採点実感は、「選挙権の行使が妨げられたことについて、立法不作為の違憲を理由とする国家賠償請求訴訟の可能性に全く言及しない答案も相当数にあった」とも指摘している。しかし、そもそも問題文において、国賠訴訟を提起することが示されているわけではなく、また、どのような訴訟を提起するかも問われているわけではなかった。また、この問題は行政法学でも論じられている国賠法上の問題で（も）ある。したがって、「憲法上の問題」を論じること

1 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No1（2012年）81頁。

2 例えば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）385-386頁。

を求められた受験生が、これにあえて触れなかったということも考えられる³。さらに言えば、この司法試験の問題における当事者Xにとっても、国賠訴訟を提起するとしても、金銭賠償を得ることよりも、違憲判断を引き出すことによって制度改革を促すことこそが重要であったと考えられる。

いずれにしろ、上記の採点実感の指摘は、必ずしも受験生の実力不足のみに由来するものではないように思われる。

本稿は、憲法上の権利を制限する法律の違憲性を根拠とした国家賠償請求訴訟を「違憲国賠訴訟」として⁴、そこにおける判断構成、つまり、憲法判断と国賠法上の違法性判断の位置付けを、最高裁判例に即して検討するものである。

違憲国賠訴訟については、そのリーディングケースとなった、在宅投票制度廃止訴訟上告審判決（最一小判1985年11月21日。以下では、「85年判決」という）が、「違憲立法国家賠償死刑判決」⁵と指摘されるほど国賠法上の違法性が認められる要件を極めて厳格に解したため、立法行為の国賠法上の違法性の問題が注目を浴びた。他方で、国賠請求を認容した05年判決は、85年判決の「射程を実質的に限定し、国会の立法又は立法行為について国家賠償責任を肯定する余地を拡大した」⁶とする評価が一般的である。しかし、違憲国賠訴訟の実際上の機能を考えた場合、国賠法上の違法性の判断の要件と同様に、その判断構成も重要な意味をもっている。また、後述の2015年の二つの最高裁判決は、この点で、新たな展望の可能性を示すものと受け止めることができるものと思われる。

3 もっとも、文部科学省の「専門職大学院等における高度専門職業人養成推進プログラム」の調査研究班が提示した「共通到達目標（コア・カリキュラム）」の第2次修正案では、憲法における到達目標の一つに、「国会議員の立法行為（立法不作為を含む）」が、どのような場合に、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるかについて、在外国民の選挙権の行使を制限した場合及び在宅投票制度を廃止した場合など、具体的事例を挙げ、判例を踏まえて、考察することができる」ことが挙げられている。

4 棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992年）327頁以下は、事実行為による国家賠償訴訟も違憲国賠訴訟に含めている。

5 阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣、1989年）138頁。

6 杉原則彦「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）』（法曹会）657-658頁。

二 在宅投票制度廃止訴訟

1 下級審の判断

(1) 第1審判決

在宅投票制度廃止訴訟とは、1952年の公職選挙法改正により、選挙における投票においてそれまで認められてきたいわゆる在宅投票制度が廃止されたことにより、それ以後の選挙で投票をすることができなくなった身体障害者である原告が、在宅投票制度を廃止したことおよびこれを復活しないで放置していることが憲法に反するとして、国に対して提起した国賠訴訟である。

第1審判決（札幌地小樽支判1974年12月19日）は、「在宅投票制を廃止した立法措置」は、弊害除去という目的は正当であったとしても、「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って、憲法に反すると判断した。そして、国賠法上の違法性判断については、「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」とし、「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」としても、「立法をなすにあたっ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」と判断し、原告の請求の一部を認容した。

ところで、この訴訟の原告が選挙において投票できないのは選挙の時点で公職選挙法に在宅投票制度が存在しないことによるものであるが、第1審判決は、「在宅投票制度がないこと」、「あるべき立法の不存在」を憲法判断の対象とするのではなく、「在宅投票制度を廃止したこと」、「公職選挙法を改正し在宅投票制度を廃止した立法措置」、「右制度を廃止した法律改正」を違憲審査の対象としている。他方で、原告の「在宅投票制度を復活させないことの違憲の主張」

に対しては、「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」としている。

また、同判決は、上記の憲法判断を国賠法上の違法性を一体のもとしてとらえている。「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」としているのであるから、国賠法上の違法性の判断をするにあたって、憲法判断が論理的な前提となっている。そして、憲法判断の対象も国賠法上の違法性判断の対象も在宅投票制を廃止した立法行為であるが、そこでの立法行為とは、国会議員の立法行為ではなく「国会の立法行為」（傍点筆者）とされていることには注意が必要である。

（2）控訴審判決

この第1審判決に対して控訴審判決（札幌高判1978年5月24日）は、在宅投票制度が廃止された当時、原告は介添えを得て車いすを利用すれば投票所に行つて投票することができたのであるから、「在宅投票制を廃止した立法措置」は原告との関係ではもはや違憲・違法を問う余地はないとして、「在宅投票制度を設ける立法をしないこと」という立法不作為を問題にする。そして、立法不作為に対する違憲審査の可否について、「若し国会が憲法によつて義務付けられた立法をしないときは、その不作為は違憲であり、違法であるといわなければならない」が、「国会が憲法によつて義務付けられた立法を唯単にしないというだけでは、裁判所は国会の当該立法不作為の合憲性判断をすべきではない。しかし、「国会が憲法によつて義務付けられた立法をしないことにしたとき若しくは憲法によつて義務付けられた立法を少くとも当分の間はしないことにし且つその後合理的と認められる相当の期間内に当該立法をしなかつたときは、国会は憲法によつて義務付けられた立法を故意に放置するに至つたものといふことができ」、「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ふことができるから」、裁判所が当該立法不作為の違憲審査を行つても、「裁判所が憲法81条によつて既に制定された法律の憲法適合性を判断することと本質的に径庭のあるものではない」

とした。その上で、1969年以降在宅投票制度を設ける立法をしなかつたことは、「実際に投票の機会を与えるための立法をしなしていないことについての合理的と認められる已むを得ない事由はもはやなくなっていたものと認めるのが相当である」として、憲法に反し選挙権を侵害する違法なものであったとした。もっとも、「国会議員であつた者の殆んど大部分の者」が、本件立法不作為が「違憲、違法なものであることを全く認識してなかつたものと認められる」から、過失がないとして原告の請求は棄却すべきとした。

控訴審判決は第1審判決と異なり、立法行為ではなく立法不作為を問題にしているが、立法不作為の違憲性を国賠法上の違法性を一体のものとして捉えていること、そして、そこでの立法不作為も「国会の立法不作為」としている点で、両者は共通するところがある。

2 上告審判決

(1) 「違憲・違法区分論」

在宅投票制度廃止訴訟の下級審の判断は、憲法判断を国賠上の違法性判断と不可分に結合させている。上告審が、この両者を切り離したことは周知のことである。

同判決は、「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）」が国賠法1項1条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」とする。そのうえで、国会議員の立法行為の「本質的に政治的なもの」であるという性格から、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、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ものといわなければならない」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せず、さらには、憲法47条が投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せていることから、「在宅投票制度を廃止したことおよびこれを復活しなかつた本件立法行為は、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」と判断した。

この判決は、憲法判断と国賠法上の違法性の判断を峻別した。違憲・違法区分論である。そして、その結果、「違憲であるが国賠法上は違法ではない」という判断構成ではなく、「違憲かどうかは判断せずに国賠法上違法ではない」という判断構成をとった。このような判断構成をとった場合、訴訟の帰趨は、国賠法上の違法性の判断に集約されることになる。それゆえ、「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」国賠法上違法とならないという判示は、立法行為が国賠法上違法となる場合を極端に制限しているとして、多くの学説から批判を受けることになる。

(2) 憲法判断の位置付け

上告審判決は、下級審が憲法判断と国賠法上の違法性判断を一体のものとして捉えたのに対して、両者を区別し、それによって、当該立法行為が国家賠償法上違法ではないという判断のみを行っており、憲法判断をしていない。その点で、下級審とは異なる判断構成をとっている。

違憲国賠訴訟の機能を考えれば、「(i) 違憲であり違法でだが過失なしとされるのと、(ii) 違法性なし(憲法判断されず)とでは全く意味が異なる」⁷。控訴審判決では、過失が否定されその意味で原告の請求は棄却されているのであるが、違憲判断がなされたことによって、原告にとっても一定の意味があったことになる。控訴審判決も上告審判決も、原告の請求が棄却されるという点では同じであるが、判決理由の中で違憲の判断がなされているかという点で、決定的な相違がある。

違憲国賠訴訟も国賠訴訟である以上、原告の請求を認容するか否かは、国賠

7 青井未帆「選挙権の救済と国家賠償法」信州大学法学論集第9号(2007年)120頁。

法上の論理によって決定づけられる。立法行為の国家賠償上の違法性を当該立法行為にかかる立法の内容の違憲性とは区別されると構成する以上、立法行為の国賠法上の違法性は憲法判断なしに判断することができることになる。その点で、違憲・違法の区分論は、「本件立法行為の内容に関する憲法判断を回避するテクニックとして機能している」⁸ことになる⁹。また、立法行為が国賠法上の違法となるのは、「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」に限られるのだとすると、違憲国賠訴訟で立法行為の違法性を争うことはほとんど不可能となる。

上告審判決は、そもそも憲法判断を行っていないのであるから、立法不作為が違憲審査の対象となるかについては、何も語っていないことになる。しかし、立法不作為を訴訟で争う唯一の手段が違憲国賠訴訟であるとすれば、上告審判決の要件は、「立法不作為の違憲審査を否認するに等しいほどの厳しい制約を課した」¹⁰と評することも可能となろう。

下級審が国賠上の違法性の判断と違憲判断とを一体化していたのに対して、上告審は国賠法上の違法性判断から、憲法判断を切り離れた。この判断構成を前提する限り、違憲国賠訴訟で憲法判断をすれば、それは必然的に国賠法上の請求の判断とは「独立して」なされることになる。違憲・違法区分論は、違憲国賠訴訟において憲法判断を不要とする構造をもっているのである。したがって、冒頭で指摘した、05年判決の「異例の構成」も、同判決の固有の問題ではなく、85年判決にその遠因があると言うべきである。

もっとも、立法内容の違憲性と立法行為の違法性の区別は、論理的に違憲判断が常に回避されることになるわけではない。国賠法上の違法性と立法の内容の違憲性の問題が区別される以上、いわゆるALS患者選挙権訴訟東京地裁判決（東京地判2002年11月28日）のように、この区別を「いわば逆手にとって、国

8 棟居・前掲書320頁。

9 もっとも、仮に最高裁が憲法判断に踏み込んだと仮定して違憲判断がなされたかは明らかではない。調査官解説は合憲性を示唆している。泉徳治「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和60年度』（法曹会）379-383頁。

10 芦部・前掲書386頁。

賠法上の違法性を認めないという結論を維持する一方で立法内容の違憲性を明示する」¹¹判断構成をとることも可能である。このような判断構成をとったのが、後述の2015年の「再婚禁止期間判決」である。

三 判例の展開

1 85年判決以降¹²

85年判決以降、最高裁は、違憲国賠訴訟において、同判決の判断構成に沿った判決を重ねていく。戦傷病者戦没者遺族等援護法訴訟（最二判1987年6月26日）、西陣ネクタイ訴訟（最三小判1990年2月6日）、再婚禁止期間違憲訴訟（最三小判1995年12月5日。以下、「95年判決」という）等である。いずれも、85年判決が示す立法行為が国賠上違法となる「例外的な場合」には当たらないと判断する一方で、憲法判断は行っていない。

下級審においては、85年判決を引用して請求を棄却する判決が相次いでなされる一方で、関釜従軍慰安婦救済立法訴訟第1審判決（山口地下関支判1998年4月27日）、ハンセン病訴訟熊本地裁判決（熊本地判2001年5月11日）、学生無年金障害者訴訟東京地裁判決（東京地判2004年3月24日）のように、85年判決を「相対化する」¹³判決も出されていることが注目される。

2 05年判決

そのような展開の中で登場するのが、05年判決である。

同判決は、まず請求についての判断に先行して、「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ついて」判断をするという構成をとっている。その中で、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべ

11 常本照樹「選挙権行使の可能性と立法不作為の問題」ジュリストNo1269(2004年) 25頁。

12 85年判決以降の判例の動向については、松田聰子「『立法行為と国家賠償』に関する覚書」小高剛先生古希祝賀「現代の行政紛争」(成文堂、2004年) 389頁以下を参照。

13 同・403頁。

きである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認め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でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは」憲法に反するという判断枠組を示した。さらに、「このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」として、立法不作為による場合にも同様の枠組が当てはまるとする。

これを踏まえて、1998年改正前の公職選挙法について、1984年の時点で「選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に…法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」として、公職選挙法が憲法に反すると判断した。

そして国賠請求については、「国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない」として、85年判決の違憲・違法区分論に立脚する。その上で、立法行為が例外的に違法となる場合について、「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、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」という要件を示した。

これを踏まえて、在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、1984年に「在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない」として、請求を認容する判断を行った¹⁴。

この判決は、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めた点で画期的なものであった。それゆえ、立法行為が国家賠償法上違法となる例外要件に注目が集まった。判決は、わざわざ85年判決は「異なる趣旨をいうものではない」と断っているが、調査官解説が、上述の通り、85年判決の「射程を実質的に限定し、国会の立法又は立法不作為についての国家賠償責任を肯定する余地を拡大したもの」と述べるように、実質的な判例変更と評すべきであろう。

もっとも、判断構成については、憲法判断を行ったという点では85年判決との相違があるといえるが、違憲・違法区分論は維持されている。実際、1998年改正前の公職選挙法が違憲であるから国家賠償法上も違法であるという論理になっているわけではない。立法行為の国賠法上の違法性は立法内容の違憲性とは区別されるという85年判決に従って、違憲判断とは別に国賠法上の違法性を判断している。確かに、それぞれで違憲と違法となった理由は、いずれも、「1984年に内閣が法案を提出しているにもかかわらずこれが廃案となった後10年以上にわたって国会が放置している」点に求められている。違憲判断の箇所では、これが「やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」と評価され、国賠法上の違法性の判断においては、「国民に憲法上保障されている権利行使

14 この判決は、1998年改正後の公職選挙法について、附則規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分についても違憲と判断し、原告らが「次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にある」として確認の請求も認容している

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に該当すると判断されたものである。このように05年は85年判決の違憲・違法区分論の基本的枠組を維持しつつも、「判決の構成においては根本的に異なる」¹⁵構造を有している。

しかしながら、この05年判決によって、違憲国賠訴訟において憲法判断を先行させるという判断枠組が確立したとは言いがたい。実際に、翌年、不安神経症による外出困難者の選挙権制限に関して、最高裁は、先例として85年判決を引用せずに05年判決のみを引用しつつも、国賠法上の違法性の判断のみを行い、憲法判断をせずに、原告の請求を棄却している（最一小判2006年7月13日。以下、「06年判決」という）。その意味では、判断構成としては、85年判決に「回帰している」¹⁶ともいえるのである。

3 2015年の二つの判決

2015年12月16日、最高裁は二つの重要な憲法判断を下した。一つは、夫婦同氏を強制する民法750条の合憲性が争われた事件に関する判決であり（以下では、「夫婦別姓訴訟判決」という）、他方は、女性にのみ6ヶ月の再婚禁止期間を設ける民法733条1項の合憲性が争われた事件に関する判決（以下では、「再婚禁止期間判決」という）である。いずれも、違憲国賠訴訟であり、前者が合憲判決、後者が違憲判決であるが、本稿の関心からすれば、注目すべきは、両判決の判断構成である。

夫婦別姓訴訟判決は、民法750条の憲法判断を先行させ、その合憲判断を行い、そのことから「以上によれば、本件規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為は、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い」と直ちに判断し、立法行為が国家賠償法上違法となる要件について言及していない。立法の内容が合憲であれば、当然、それにかかわる立法行為又は立法不作為は国賠法上違法ではない、という論理にたっているのであろう。

これに対して、再婚禁止期間判決は、民法733条1項の合憲性が問題となる

15 新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社、2010年）327頁。

16 同・331頁。

点で95年判決の事案と同じであるが、憲法判断を先行させ、民法733条1項の「規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である」という枠組を設定し、同規定のうち「100日超過部分は、遅くとも上告人が前婚を解消した日から100日を経過した時点までには、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして、その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていた」として憲法に反すると判断した。

そして、これとは別個に「本件立法行為の国家賠償法上の違法性の有無について」を判断し、違憲・違法区分論を確認しつつ、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」という要件を設定し、先例として85年判決と05年判決との両方を引用している。そして、民法733条1項のうち「100日超過部分が憲法14条1項及び24条2項に違反するものとなっていたことが、国会にとって明白であったということは困難である」として、「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かかわ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」ず、したがって、「本件立法不作為は、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」と判断した。

いずれの判決も原告の請求を棄却するものでありながら、憲法判断を先行させている点で、注目すべき判断構成をとっているといえる。

四 憲法判断の対象と国賠法上の違法性判断の対象

1 立法不作為固有の問題か？

憲法学説においては、違憲国賠訴訟は主として立法不作為による権利侵害の救済手段として論じられてきた。例えば、立法不作為の特殊性からそれが違憲審査の対象となるかを問いつつ、その救済方法との関係で立法不作為の違憲確認訴訟と並んで立法不作為に対する違憲国賠訴訟が言及されるのが一般的である¹⁷。もっとも、立法不作為には多様な形があり、そのとらえ方によっては、立法不作為に対する救済としては、「立法の不作為違憲確認訴訟や立法不作為に対する国家賠償請求訴訟しか手段がないわけではない」¹⁸ことになろう。憲法学説は、確認訴訟や違憲国賠訴訟でしか救済できないような立法不作為を典型例として念頭においてきたと思われる。いずれにしろ、違憲国賠訴訟は主としてあるいは専ら立法不作為との関連で論じられてきた。この点では、行政法学の議論が、国賠法1条1項の「公権力の行使」に立法作用が含まれるとして、必ずしも立法に関する作為と不作為の区別を強調して論じていないことと対照的である¹⁹。

これに対して85年判決は、第1審判決が違憲・違法と判断した「在宅投票制度を廃止した」立法行為と控訴審判決が違憲・違法判断した「これを復活しなかつた」立法不作為の区別を特に問題とすることなく、「立法行為（立法不作為を含む。）」と定式化し、作為と不作為の区別を強調しない論法をとっている。さらに、例外的に国賠法上違法となる場合として、「あえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難い場合」という「不作為」ではなく「作為」の場合をあげている。違憲国賠訴訟を立法不作為に固有の問題としてみていないことは明らかである。

17 例えば、芦部・前掲書385頁-386頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）636-641頁。

18 市川正人『憲法』（新世社、2014年）362頁。

19 今村成和『国家補償法』（有斐閣、1957年）100頁-102頁、遠藤博也『国家補償法（上）』（青林書院、1981年）144頁。

2 二つの立法不作為

ところで、05年判決は、既に引用したところからも明らかなように、違憲・違法区分論に立脚しつつ、憲法判断の対象と国賠法上の違法性判断の対象について、85年判決とは異なる表現をしている。憲法判断の対象は「立法の内容又は立法不作為」と表現され、国賠法上の違法性判断の対象は「立法行為又は立法不作為」となっている。ここでは憲法判断の対象にも国賠法上の違法性判断の対象にも「立法不作為」という同じ語が用いられているが、違憲・違法区分論に立脚する限り、「立法の内容」と「立法行為」が区別されるべきとされている以上、二つの立法不作為も区別されなければならないことになる。「『区別される』べきものであるはずの両カテゴリーの中に『立法不作為』という共通の言葉が登場している」ことに着目した大石和彦は、憲法判断の対象としての立法不作為は「《法律上（の規定）の不存在》のこと」という「ある種の規範状態のこと」を指し、国賠法上の違法性判断の対象としての立法不作為は、「国会（議員）が、必要とされる《法律の制定改廃を行わないこと》、つまり必要な《立法行為の不存在》を指すとす²⁰。前者は、「立法の欠如としての立法不作為」であり、後者は「行為としての立法不作為」といえるであろう。

確かに、05年判決をみても、違憲と判断されたのは、「公職選挙法が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」であり、国賠法上の違法性とされたのは、「何らの立法措置も執られなかった」という「立法不作為」である。前者が「立法の欠如としての立法不作為」、後者が「行為としての立法不作為」となる。しかし、違憲判断においても、「国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」としているから、「放置」していることも問題とされていることがわかる。ここには、「行為としての立法不作為」の要素を見てとれる。これは、立法不作為の場合、法律の規定の不存在という規範状態を裁判所が違憲と判断するためには、合理的期間の徒過を要するという

20 大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学第14巻第1号（2007年）173-174頁。

判断に基づくものであろう²¹。

また、「行為としての立法不作為」は必ずしも、「立法の欠如」の放置だけを意味するわけではない。「再婚禁止期間判決」が示唆するように、違憲の法律——「立法の欠如」ではなく「違憲立法の存在」——の放置という「行為としての立法不作為」もある。

3 判断対象の区別

85年判決にとって重要なのは、立法行為か立法不作為かという区別ではなく、「当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべき」という言い回しからも明らかなように、「立法の内容」と「立法行為（立法不作為を含む）」との区別であった²²。言うまでもなく、前者は憲法判断の対象であり、後者は国賠法上の違法性判断の対象である。審査の対象が「立法の内容」と「立法行為（立法不作為を含む）」とで異なっているのであるから、前者の違憲性と後者の国賠法上の違法性が区別されるのは必然である。

このような憲法判断の対象と国賠法上の違法性判断の対象の区別は、在宅投票制廃止事件の下級審判決と対照的である。在宅投票制廃止訴訟第1審判決は、在宅投票制を廃止した立法行為が憲法判断の対象であり、かつ、国賠法上の違法性判断の対象でもあった。控訴審判決は、在宅投票制を復活させない立法不作為を問題にし、それが憲法に反するとともに国賠法上も違法であるとした。立法行為か立法不作為かで異なっているが、いずれも、憲法判断の対象と国賠法上の違法性判断の対象を同じであるという点では共通である。そのことが、違憲判断と国家賠償法上の違法性判断を一体化させる判断を可能にした。最高裁が国賠法上の違法性判断の対象を「立法行為又は立法不作為」としていることについて、大石和彦は、「原告の関心対象たる憲法上の争点を現行国家賠償制度が念頭に置く違法性判断対象たる『公務員…行為』の一つとして包摂するためであろう」と指摘する²³。しかし、そのような思考は、在宅投票制廃止事

21 青井・前掲論文132頁は、この合理的期間の徒過の要件を、立法不作為の違憲性の「実体的判断にかかわるもの」ではなく、「違憲という実体判断をなすべきかどうかにかかわるもの」としている。

22 大石和彦「立法不作為に対する違憲訴訟（1）」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿『憲法判例百選Ⅱ（第6版）』（有斐閣、2013年）421頁を参照。

23 大石・前掲「立法不作為に対する司法審査」176頁。

件の下級審判決も同様である。下級審判決も、国賠法1条1項の「公務員…の行為」として立法行為（第1審）又は「立法不作為」（控訴審）を想定している。そして、そこから、第1審はその立法行為の憲法判断を行い、控訴審は、その立法不作為の憲法判断を行ったのである。85年判決が否定したのは、そのような憲法判断の対象と国賠法上の違法性判断の対象との一体化である。

4 立法行為とは何か？

最高裁の違憲・違法区分論は、立法行為に対する違憲審査の否定を前提にしている。つまり、『立法内容が違憲』、それを制定した『立法行為が違憲』、したがって『当該立法行為は国賠法上も違法』という論理展開において、『立法行為が違憲』という可能性を否定することによって、「立法内容の違憲性」と「立法行為の国賠法上の違法性」の切断がなされるのである。85年判決は、「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て、当該法律の立法過程における国会議員の行動、すなわち立法行為が当然に法的評価に親しむものとすることはできないのである」としてこの旨を述べている。

ところで、「立法行為が違憲」というためには、立法行為の違憲審査が認められることが前提である。しかし、「立法行為の違憲審査」は、それほど自明の事柄ではない。法律に対する違憲審査の対象はあくまでも法律であって立法行為ではない。違憲の法律を制定した立法行為は違憲であるとして、立法行為の違憲性を立法内容の違憲性に従属させるのであれば、法律に対するの違憲審査とは別に立法行為の違憲審査という概念を立てる実益はほとんどない²⁴。

ここでも最高裁が、立法行為をどのようにみているかを確認する必要がある。既に引用したところからも明らかのように、85年判決は、「国会議員の立法過程における行動」を立法行為としている。この「国会議員の立法過程における行動」とは何を指すのであろうか。

24 但し、事後法による財産権の内容変更の合憲性が問われる場合のように、法律の改正という立法行為が憲法判断の対象となる場合がないわけではない。最大判1978年7月12日を参照。

ここでは「国会議員の」となっている点に注目すべきである。

「国会議員の立法行為」は、それを文字通りに理解すれば、個々の国会議員による、法案の作成・準備、(賛否を問わず) 審議のための調査も「国会議員の立法過程における行動」に含まれるであろう。もっとも85年判決もそのような広義の立法行為を想定しているのではないように思える。判決は、立法行為の政治性を強調するにあたって、「国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする」としている。ここでいう「国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るもの」とは、典型的には、憲法51条の「議院で行った演説、討論又は表決」ということであろう。要するに違憲の法律が制定されたとして、国会議員がその賛否についてとった行動というのである。それゆえ、同条の免責特権の規定が、「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」ないことの論拠となるのである。

しかし、違憲国賠訴訟で想定すべき立法行為とは、このような個々の国会議員の行動のことなのだろうか。最高裁が、「国会議員」の立法行為を想定するのは、国賠法1条1項の「公務員の…行為」と平仄を合わせるためであろう。つまり、「公務員=国会議員」である。この点では、在宅投票制廃止訴訟の下級審判決が、「国会」の立法行為あるいは立法不作為を想定していたことを想起すべきである。

そして85年判決は、立法行為として国会議員の立法行為を想定することによって、それが「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な」という、立法行為の政治性を導き出す。しかし、このことによって、なぜ、政治的な性格ゆえに法的規制になじまないといわれる立法行為が、「例外的な場合」には、国賠法上違法となるのかという論拠が問題とされることになる²⁵。

25 新・前掲書316頁以下、毛利・前掲論文86頁を参照。

実は、85年判決は、国会議員の立法行為が国家賠償法上の違法となる「例外的な場合」を「国会議員」の「立法過程における行動」から導いていない。85年判決は、国会議員の立法行為が国家賠償法上の違法となるのは、「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」としている（傍点、筆者）。ここで想定されているのは、個々の国会議員の「立法過程における行動」ではなく、「国会」が「当該立法を行う」という行為である。あえていえば、「国会」の立法行為であり、その立法行為とは、法律を制定することである。このように想定することによって「憲法の一義的文言に違反している」という「立法の内容」が国会議員の立法行為の国賠法上の違法性に結びつくという構成になっているのである²⁶。この点で、「立法内容の違憲と国賠法上の違法が分離されているとはいえ、実は、違憲判断をして法的責任を問う場合を、『立法の内容が憲法の一義的文言に違反している』に限ることにより、違憲と違法の繋がりが維持されている」²⁷という青井未帆の指摘は的確である。

要するに、85年判決は、国賠法1条1項の文言に合わせて、国賠法上の違法性の判断対象を「国会議員の立法行為」とすることで、「国会の立法行為」の結果である「立法の内容」の違憲性の判断と切り離す一方で、「国会の立法行為」を介在させることによって「国会議員の立法行為」が国賠法上違法となる場合を例外的に「立法の内容」と結びつけて判断するという枠組になっている。どのような場合を例外的な場合と捉えるかについては変遷があるが、最高裁のこのような姿勢は、85年判決以降も一貫している。

五 憲法訴訟としての違憲国賠訴訟

1 違憲国賠訴訟の判断構成の類型²⁸

違憲国賠訴訟における最高裁の判断構成を立法の内容の憲法判断と国賠法上の違法性判断の関係に即して類型化してみると、次のようになる。

26 この論理的な整合性をここでは問わない。

27 青井・前掲論文125頁。

①憲法判断回避型

この類型の判例は、立法行為の国賠法上の違法性判断のみを行い適法の判断をして、憲法判断を行わないものである。85年判決がその典型であるが、これに従う判例は多数存在する。最高裁の基本的な立場はこの類型であったことは明らかである。確かに、立法の内容の違憲性と国賠法上の違法性判を峻別しているのであるから、違法性の判断は、立法行為の国賠法上の違法性判断のみを行えばよいことになる

②憲法判断独立型

これに対して、違憲国賠訴訟において憲法判断を行うものは違憲・違法区分論からして、必然的に憲法判断を独立して行うことになる。この類型の判例を、憲法判断の結果(違憲・合憲)と国家賠償法上の違法性(違法・適法)の判断の組み合わせで、再分類すると、以下のようになる。

②A型：立法について違憲判断を行い、かつ、国賠法上も違法の判断をするものである。05年判決がこれにあたる。

②B型：立法について違憲判断を行い、しかし、国賠法上は適法の判断をするものである。2015年の再婚禁止期間判決がこれに該当する。

②C型：立法について合憲の判断を行い、それを理由に国賠法上の適法性を導くものである。夫婦別姓訴訟判決がこれに該当する。ここでは、立法内容の合憲性がストレートに立法行為の国賠法上の適法性に連動しているが、最高裁の違憲・違法区分論も、「立法の内容が合憲である場合には、当然に国会議員の立法行為は国賠法上も違法とならない」ということが前提とされているから、矛盾があるわけではない。

2 違憲確認訴訟の代替物としての違憲国賠訴訟

国賠訴訟として具体的事件の解決のみを考えるのであれば、最高裁の違憲・違法区分論に立つ限り、違憲国賠訴訟においては、立法行為の国賠法上の違法性の判断のみを行えばよく、あらゆる場合に、憲法判断は不要となるはずである。②A型の05年判決においても、立法行為の国家賠償法上の違法性判断のみ

28 類型化については、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」中央ロー・ジャーナル第4巻第4号(2008年)7頁以下を参照。

で請求認容の判断を下せるのであるから、1998年改正前の公職選挙法の違憲判断は不要であったはずである²⁹。さらに言えば、05年判決の1998年改正前公職選挙法に対する違憲判断は、国会に対して立法を促す契機を全くもっていない点にも注意が必要である。

ところで、違憲国賠訴訟に対しては、損害の補填を求めることよりも、裁判所による違憲判断を引き出し、それを通じて国会に対応を促すという「違憲確認訴訟の代替物」としての機能が指摘されることがある³⁰。この機能を肯定的にみるか、否定的にみるかは見解が分かれるであろうが³¹、「わが国において憲法上の権利の救済に用いることのできる訴訟ルートといのは極めて貧乏な状態にあり、国賠訴訟の重要性はなお高いといわざるをえない」³²ということは否定できない。そのような観点からすると、事件性との関係をどう折り合いをつけるかは問題が残るが、②の憲法判断独立型が好ましいということになりそうである。

しかしながら、憲法判断を独立にしたからといって違憲判断がなされるとは限らない。②C型のように合憲判断をすることもあり得るからである。①の類型の一連の判決も憲法判断に踏み込んだとしても、②C型の判断となるのがほとんどで、06年判決の泉補足意見のように「仮に憲法判断すれば違憲」という②B型となったのは例外的であったものと思われる。そのことは、逆にいえば、合憲判断がなされうる場合であっても、あえて憲法判断をしないということが、最高裁の判断の主流であったということを示す。

3 2015年の二つ判決の意味

以上のことからすると、2015年の二つの判決は、これまでとは異なる違憲国賠訴訟の可能性を示すものであることがわかる。

29 その点では、1998年改正後の公職選挙法に対する違憲判断が、確認請求の認容の論理的前提となっていることと事情が異なる。

30 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（2011年）62頁。青井は、「最高裁の判例は、国賠訴訟を違憲確認として用いる場合を、制限的に肯定したものと整合的に読むことができる」とする(傍点、原論文筆者)。

31 肯定的にみるものとして、棟居快行「憲法学再論」(信山社、2001年)463頁、否定的にみるものとして、戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』(有斐閣、2008年)150頁。

32 青井・前掲「選挙権の救済と国家賠償法」120頁。

違憲国賠訴訟の違憲確認訴訟の代替物としての機能を踏まえれば、違憲国賠訴訟の原告にとっては、裁判所の違憲判断が引き出されるかが重要な意味をもつ。最高裁の違憲・違法区分論は、憲法判断そのものを不要とする構造を有し、①型の判断構成と結びつくことで、違憲国賠訴訟の大きな壁として立ちはだかってきた。②A型の判断構成をとった05年判決は、国賠請求に関係する1998年改正前の公職選挙法について違憲判断を下したが、その違憲確認としての意味は極めて乏しかった。他方で、05年判決は、違憲国賠訴訟における判断構成が必然的に①型と結びつくものではないことも示した。この点を捉えて、最高裁の判例を「『違憲判断をなしうる場合に違法』との理解」³³する立場もある。このように判例を理解する青井未帆は、「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」³⁴ことを提唱する。この理解にたった場合、違憲国賠訴訟において違憲判断がなされるのは、立法行為が国賠法上の違法となる場合に限られることになる。

しかし、2015年の再婚禁止期間判決は、違憲判断がなされる場合は、立法行為が国賠法上違法となる場合に限られないことを示した。同判決は、国会が民法733条1項の規定を改廃する立法措置をとらなかったことが国賠法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たのであるから、①型の判断構成をとって原告の請求を棄却することが可能であった。そのような判断構成をとったのが、同じく再婚禁止期間に関する95年判決である。これに対して、2015年の再婚禁止期間判決は、国賠法上の違法性判断に独立・先行させて、民法733条1項の憲法適合性判断を行い、同規定のうち100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分を憲法14条1項及び24条2項に反すると判断した。この憲法判断は具体的事件の解決に直結しない傍論ということになる。これまでも、最高裁が傍論で憲法判断することは必ずしも珍しいものというわけではなかった。その点について、「最高裁は、たしかに違憲判断には消極的だが、憲法判断すること自体については、全体としてむしろ積極的」³⁵という評価があることからわかるように、傍論における憲法判断は常に合憲判断であった。その意味

33 同・137頁。

34 青井未帆「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論」信州大学法学論集第12号（2009年）3頁。

で、再婚禁止期間判決が、②B型の判断構成をとって、傍論で違憲判断を下したことは注目されるべきである。

この点について、調査官解説は、「本判決、国家賠償請求について棄却すべきものとしつつ、あえて本件規定の憲法適合性について判断をしたことについては、国家賠償責任が否定される場合に前提問題として憲法判断を行うか回避するかについて、論理的には、憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行すると考えられるところ、合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響力等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられているという立場にたったものと解されよう」。「特に、憲法判断を責務とする最高裁の判決においては、憲法適合性につき各裁判官に多様な意見があり得る事件等について、仮に立法府として違憲であることが明白でないことを理由に国家賠償請求を棄却すべきものとする場合であっても、憲法判断についての各裁判官の意見を明示的に示すために上記の必要性が認められることがあるものと考えられる」³⁶と説明している。

「論理的には、憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行すると考えられる」とは、違憲国賠訴訟で憲法判断する場合には、憲法判断が先行するという趣旨であって、違憲判断が国賠法上の違法性判断に論理的に結びつくという趣旨ではない。いずれにしろ、この解説によれば、違憲国賠訴訟における判断構成が「個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられている」ということになる。

これと同趣旨の調査官解説が夫婦別訴訟判決に対してもなされている³⁷ことからわかるように、同判決も、①型の判断構成をとることが可能であったにもかかわらず、あえて憲法判断を先行させて合憲判断を下した³⁸。①型の一連の判例は、あえて憲法判断に踏み込まず、国賠法上の違法性の判断のみにとどめてきた。その意味で、①型の判断構成は、違憲国賠訴訟における「憲法判断

35 樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、1998年）540頁。

36 加本牧子「判解」ジュリストNo1490(2016年)95頁。

37 畑佳秀「判解」ジュリストNo1490(2016年)104頁。

38 違憲国賠訴訟で合憲判断のみを行ったものとして、学生無年金障害者訴訟最高裁判決（最二小判2007年年9月28日）がある。

消極主義」を示すものといえる。それに対して、あえて①型をとらず②C型の判断構成をとったのが夫婦別姓訴訟判決ということになる³⁹。

以上のように、二つの判決には、違憲国賠訴訟における「憲法判断積極主義」の萌芽をみることができるように思える。もっとも、夫婦別姓訴訟判決のように、必ずしも違憲判断に結びつくものとは限らないから、違憲国賠訴訟における「憲法判断積極主義」をどう評価すべきかは、慎重に考慮する必要がある。また、このような判断構成が、抽象的違憲審査とならないかという理論的な問題もある。

いずれにしろ、違憲国賠訴訟において、どのような判断構成をとるべきかは、裁判所の裁量であるとしても、違憲国賠訴訟に期待される機能を踏まえて、今後も検討していく必要があるだろう。

39 もっとも、この憲法判断は傍論ではない。民法750条が憲法に反しないことが、「それを改廃する立法措置をとらない立法不作為」が国賠法上違法とならないことの根拠になっているからである。