

## 意見書

署名

駒木 圭吾



(慶應義塾大学法学部教授)

この文書は、いわゆる在外国民審査訴訟の上告審に向けて、同訴訟の事案が提起する憲法学上の重要問題、とりわけ「立法行為に対する違憲審査」について、憲法研究者の立場から意見を述べるものである。あらかじめ、本意見書において展開される主張の要点をまとめておくと、次のようになる。

1. 最高裁は、かねてから、立法行為に対する憲法的統制に腐心してきたのであり、とりわけ平成17年判決（在外国民選挙権事件）以来、その門戸を広げる方向に出ていること。☞1(1)
2. 近時の政治学や憲法学では、立法過程を動的にとらえ、議会内外からの関与を積極的に評価する熟議民主政 (deliberative democracy) の考え方が有力になってきており、その観点からも、立法行為の違憲審査ならびに国賠法上の違法判断に際して、議会内外の入力をその法的評価において重視すべきこと。☞1(2)および2
3. 原判決の示した立法行為への国賠法適用の考え方は、総じて、国会が裁判所に法令が違憲であることを議論の余地なきまでに明白に指摘され、かつ、是正のための措置を可能にする法案の提出等がなされない限り、立法行為の国賠法上の違法判断はあり得ない、ということに帰着し、だとすれば、国賠法上違法の判断を恐ろしく狭め、国会は何もせずにはかたくなとなり、また、従来の最高裁判例が行ってきた立法行為への憲法的統制の努力が無に帰するであろうこと。☞3
4. 国民審査の制度は、最高裁判所の民主的正統性に関わるものであり、とりわけ違憲審査権行使の正統性、ならびに法の支配と民主主義という統治の二大原理の調和を支える仕組みであり、そうだとすれば、最高裁は本件事案について格別の意識を抱懐していただきたいこと。☞4

## 1. 立法行為に対する憲法的統制 ―その意義と重要性

### (1)問題の所在と最高裁の姿勢

立法行為に対する統制は可能なのか、それは政治に全面的に委ねられ、法規範による統制は成り立たないのか。これがここで解明しようとする問いである。

(立法不作為を含む) 立法行為の違憲審査に関する先駆的判例である、在宅投票制廃止違憲訴訟上告審判決(最1小判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁)(以下、昭和60年判決と略す)が示した立法行為をめぐる国家賠償法上の責任の成立条件に関する、下記の有名な下りは、この問題について重要な示唆を与えてくれる。

「…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措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ことはできないのである。

以上のとおりであるから、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。」

この判示部分を読むと、①立法行為は「本質的に政治的なもの」であつて、「法的規制の対象にはなじま」ない、②法令の効力に対して違憲審査ができるとしても、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」、と述べて、立法行為に対する法規範的統制は望むべくもないかのような姿勢を示している。しかし、言うまでもなく、上記の引用箇所でも重要なのは、最後の部分(「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」)である。すなわち、「立法行為」は基本的に政治責任しか問われないが、「立法の

内容」が一義的に違憲であるような例外的場合には、「違法の評価」を受けるとされたのである。

この昭和 60 年判決によって、「立法の内容」の違憲性が強く明白である場合には、「立法行為」も、政治的責任は言うに及ばず、国賠法上の違法評価を受ける、そして同法に基づく責任が成立する可能性があることが明らかになった。そこで言われた「例外的な場合」はのちの最高裁平成 17 年判決（最大判平 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）（以下、平成 17 年判決と略す）によって緩和されることになるが（調査官解説同旨）、「立法の内容」と「立法行為」が違憲性の強度を媒介にして連結される場合がある、という構成は変わっていない<sup>1</sup>。平成 17 年判決は次のように述べている。

「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。」

まるでラクダを針の穴に通すかのような狭き門であった昭和 60 年判決と比べれば、平成 17 年判決はそれを緩和し、門戸を広げたと言えよう。そして、このような方向性を最高裁は、平成 27 年の再婚禁止期間違憲判決（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁）（以下、平成 27 年判決と略す）において踏襲しているのである。

しかし、果たして、「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」とはどのような場合なのか、「所要の立法措置を執ることが必要不可欠である状況とはどのようなものか、「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」とはどのような場合なのか、が解明されなければならない。

このように最高裁は、立法行為に対して一定の法規範的統制（そして「憲法上

---

<sup>1</sup> 平成 17 年判決は、昭和 60 年判決を引照しつつ、次のように述べていた。「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。」

保障されている権利」が問題になる以上、それは憲法的統制である)を想定してきており、政治の藪の中にすべてを丸投げするような立法行為観に立っていない。この点、そもそも、日本国憲法 98 条 1 項は次のように定めていることが示唆的である。

「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」

本条項は、法律や命令のような既存の法令そのもののみならず、「国務に関するその他の行為」として「行為」に対する憲法的統制があり得ることを想定しているのである。

## (2)熟議民主政(討議民主政)

立法行為に対して憲法的統制を及ぼそうとすることは、確かに立法ならびに民主政に対して重い負担をかけ、ややもすれば政治のダイナミズムを阻害しかねないとの不安を呼び起こすかもしれない。しかし、むしろ逆であり、怠惰な眠りにまどろむ立法過程を覚醒させ、ダイナミズムを取り戻すためにも、憲法的統制が与える緊張感は大切であるように思われる。それだけではない。立法過程に対する内外の諸アクターの関与が活性化することこそが、民主政そのものの正統性を支えるという役割を果たすのである。

ここでは、そのような民主政観を代表するものとして、熟議民主政 (deliberative democracy) (討議民主政とも訳される)を紹介しておきたい。

民主政あるいは民主主義という言葉は、それ自体では、「数の専制」をもたらしかねない危険性を帯びていることは、ワイマール共和国の専制化への転落という歴史的経験の教えるところである。したがって、この民主政・民主主義にはさまざまな形容詞が冠されてきた。その代表的なものが、「多数決民主主義」である。決定を支える数を過半数決 (重要な案件については 3 分の 2 以上などの特別多数決) によって担保する発想である。しかし、これだけでは、少数意見はどれだけ尊重されるべきか、数の多寡で決定を帰結するだけでは、決定に至るプロセスの質が保証されないのではないかと、といった批判が加えられることになる。このような民主政の形式的構想に対して、近年唱えられたのが、上に言及した「熟議民主政」の考え方である (以下、討議民主政と熟議民主政の二つの訳語のうち、後者を用いるが、下記の叙述において「熟議」に代えて「討議」の言葉を当てても本質には変わりはない)。

ある論者によると、熟議民主政として総称される理論群に共通する特徴として、①人々の選好は所与のものではなく熟議によって変更されうる、②人々は熟議を経ることによってコンセンサスを形成することができる、③民主主義的決

定の正当性は、結果として選択された選好によってではなく、熟議の過程を経て選択されたという手続的正当化によって担保される、の3点が挙げられる<sup>2</sup>。もちろん、討議や熟慮を重視することは従来の多数決民主政も同断であるし、また、熟議民主政と言っても「決定」という終局を見据えている点では「決定の民主政」をまるごと否定するわけではない。熟議民主政論が従来の民主政論に対して独自の意義を有するのは、民意の形成・修正・集積のプロセスに独自の公共性を認め、熟議と討議を民主的決定の条件ないし正当化要素としてだけでなく、むしろ、民主的決定に対置しうる独自の意義を強調する点においてである。熟議民主政は、継続される熟慮や議論に独自の公共的価値を与え、たとえ、民主的決定に至らなかったとしても、それが民主主義にもたらす固有の意義をするであろう。そして、制度論的には、立法過程の平穩無事な手続の履践ではなく、立法府内における熟議のダイナミズムを重視し、さらに、決定のプロセスとしての立法過程を超えて、行政過程や専門家集団、そして、市民の関与すらも、立法の論争アリーナの重要な構成要素としてみなすのである<sup>3</sup>。

これを別な観点から整理してみると次のようになる。民主政における「決定」の正統性を担保するものは、従来の考え方によれば、「合意」であった。合意がなされたことそれ自体が、決定に終局性を与え、それを受け入れることを正統化するのである。これを民主政の「合意モデル」と呼ぶとすると、熟議民主政論はこの「合意モデル」を洗練するものであると言えよう。しかし、熟議民主政の意義はそれにとどまらない。既に述べたように、合意による決定の正統化を支え、洗練するだけでなく、そもそも、民主的決定の正統性を強固かつ完璧に仕立てられた合意に求めるのではなく、むしろ決定が多様なチャンネルからの挑戦を生き延びたこと、あるいは多様な挑戦にさらされるダイナミズム自体に求める民

---

<sup>2</sup> 木下智史「アメリカ合衆国における民主主義論の新傾向」法律時報第73巻第6号70頁、72頁。熟議民主政に関する論稿としては、阪口正二郎「リベラリズムと討議民主政」公法研究第65号（2003年）、長谷部恭男「討議民主主義とその敵対者たち」法学協会雑誌118巻12号（2001年）、毛利透『民主政の規範理論—憲法パトリオティズムは可能か』（勁草書房、2002年）（特に第2章）、柳瀬昇「熟慮と討議の民主主義理論」法学政治学論究第58号（2003年）、山本龍彦「憲法の『変遷』と討議民主主義」法学政治学論究第61号（2004年）などがある。熟議民主政の思想的背景やそれが日本憲法学にもたらし得る示唆をかなり立ち入って詳細に論じた、本意見書執筆者自身の手になるものとして、駒村圭吾「討議民主政の再構築—民主主義をめぐる「合意モデル」と「挑戦モデル」」中村睦男=大石眞編・上田章先生喜寿記念論文集『立法の実務と理論』（2005年）がある。本意見書は外国の文献の参照を、意見書の性質上大幅に割愛したが、海外の論調については、この駒村論稿を参照されたい。

<sup>3</sup> 駒村・前掲2）I 2・3参照。

主政理解こそが熟議民主政の真骨頂であると思われる<sup>4</sup>。このような民主政観を「合意モデル」に対して「挑戦モデル」と呼びたい<sup>5</sup>。

以上のように、近時、民主政理解の有力バージョンとなっている熟議民主政の考え方、特にその核心である「挑戦モデル」の観点からすれば、立法過程を中心とする民主政のプロセスを、合意を形成している議席数のような成果物自体の静態的なカウントではなく、むしろ、より動的なものとして把握するのが基調となってきている。先に指摘したように、立法の制度論としては、立法過程の平穩無事な手続の履践ではなく、立法府内における熟議のダイナミズムを重視し、さらに、決定のプロセスとしての立法過程を超えて、行政過程や専門家集団、そして、市民の関与すらも、民主的な決定が受けて立つべき「挑戦」として位置づけられ、立法過程の重要な構成要素としてみなすことが広く共有されている<sup>6</sup>。

---

<sup>4</sup> 例えば、熟議民主政の論者の一人であるフィリップ・ペティット (Philip Pettit) は、民主政を「基本的には合意よりも異議申し立てに立脚するモデル (a model that is primarily contestatory rather than consensual)」として理解する必要があると言う。これによれば、「公的決定の無恣意性は、それが一定の合意形成プロセスに従って形成されて来たという条件を満たすか否かではなく、公的決定が人々のありうる利益や理念と衝突する際、人々が決定に有効に異議を申し立てることができる条件を充足するか否かで判断される」ものであり、「民主政の理念は、言われるところの人々の合意に依拠するのではなく、政府のやることにことごとく異議を申し立てることができるかどうかにかかっているものであり、従って、政府の行動が人民意思の所産であるかどうかではなく、人々の異議申し立てを生き延びる (survive) ことができるかどうかこそが重要なのである」ということになる。ペティットは、これを「異議申し立ての民主政 (contestatory democracy)」と呼ぶ。そこでは、異議申し立てのための多様なチャンネルが開かれることが要請される。以上については、Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* 185, 190, 277(8), 277(9) (Oxford University Press, 1997) 参照。彼は「対話的な挑戦を仕掛けることができる」ことの重要性を強調しており、筆者が主張する「挑戦モデル」はペティットの考え方に依拠するものである (駒村・前注2) II 4 参照)。

<sup>5</sup> 詳しくは、駒村・前掲2) II 3・4を参照。

<sup>6</sup> 挑戦モデル的民主政をよく描写するものが、わが国の法的言明の中にある。それは、在宅投票制廃止の立法不作為を争った、昭和53年の札幌高裁判決 (札幌高判昭和53年5月24日・高等裁判所民事判例集31巻2号231頁) に見られる。同判決は次のように述べている。

議会制民主主義は、全国民の意思を代表する議会が三権分立主義を基調とする国家統治機構の中で、他の機関の行為の準則を定める立法権を行使する政治体制を指称するが、議会は、多数決の

こうした観点に立って、立法過程・立法行為に対する憲法的統制も考察されなければならないと筆者は考える。

## 2. 立法行為の違憲審査のあり方

以上のような熟議民主政の考え方は、国内外の政治学・憲法学においては主流の思想になっており、また、実際、我が国の政治家や官僚にも浸透しつつあるものである。民主政や立法過程を、国会内外からさまざまなアクターによる関与・挑戦を通じて活性化させようとするこの発想は、実は、我が国の司法判断の中にも散見できるものである。立法過程を領域として司法の及ばないプロセスと見る立場に安易に傾かず、丹念に立法府における「判断過程」に対して違憲審査権を及ぼそうとしてきたのが最高裁であったし<sup>7</sup>、1（1）で見たように、とりわ

---

原理によつて運営され、右原理に基いて決定された議会の意思が政治的には国民多数の意思であるとされ、法的には国家意思とされる。国民多数の意思としての議会の意思は、その時々、歴史的、社会的状況に応じて一定の選択を採る。しかし一つの選択への固執は許されない。一つの選択への固執は各個の国民が個人として尊重されるべきことと矛盾する。多数の名においてある一つの選択への固執がなされたとき、仮令それがいかなる目的、いかなる動機のもとになされるにせよ、民主主義は終焉する。民主主義が生きていると言い得るためには、異なつた選択への可能性が常に留保されていなければならない。今日の少数意見は明日の多数意見となる可能性を秘めるものであり、異つた選択の可能性を保障するものである。民主主義のもとで少数意見が尊重されなければならない根本理由はここに在る。

この言明は、もちろん主として選挙制度のあり方に向けて語られたものであるが、挑戦モデルのイメージをよく表すものである。同判決は、上記に加えて、「この条件を充たすには、或るいは手間のかかるまどろこしい、或るいは費用のかかる選挙制度が要求されることになるかも知れない。しかし、我々は少数意見を尊重する民主主義ないし議会制民主主義を守護しようとするならば、そのまどろこしさや費用のかかることをおそれて、それからの逃避を考へてはならない」とも指摘する。選挙制度に限らず、挑戦モデルが要請する民主的討議は「或るいは手間のかかるまどろこしい、或るいは費用のかかる」ものになるだろう。

<sup>7</sup> 一例を挙げると、昭和 51 年の衆議院議員定数不均衡事件判決（最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁）が採用した「判断過程統制」が注目に値する。これは、もともと行政法における裁量統制法理として発達してきたものであるが、同判決はこれと同様の統制方法を立法過程にあてはめようとした。つまり、議員定数の配分を行う立法過程に着目して、考慮された（あるいはされなかった）諸要素を審査する手法である（行政法の分野では他事考慮とか考慮不尽と言われる審査がそれである）。昭和 51 年判決は、定数配分にあたり、国会が正当に斟酌できる諸要素として、人口数、都道府県・市町村という行政区画、面

け立法行為の違憲審査を果敢に行ってきたのである（平成 17 年判決や平成 27 年判決）。

しかし、立法過程や立法行為を憲法的に統制するといっても、平成 17 年判決や平成 27 年判決が国家賠償法上の責任が成立するための要件として掲げた諸要件は必ずしも明らかになっているわけではない。つまり、「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」とはどのような場合なのか、「所要の立法措置を執ることが必要不可欠である状況とはどのようなものか」、「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」とはどのような場合なのか、が解明されなければならない。が、この点に関するヒントも、実は我が国の裁判例の中に発見することができる<sup>8</sup>。

### (1) 請願

在宅投票制廃止違憲訴訟の札幌高裁判決（札幌高判昭和 53 年 5 月 24 日高等裁判所民事判例集 31 卷 2 号 231 頁）では、「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」との前提に立ち、「国会が憲法によつて義務付けられた立法をしない場合、それによつて損害を被る者は、国会に右立法をなすべく請願することができ…、かかる請願を受けたのを契機として、国会が憲法によつて義務付けられた立法をすることを期待することができなくはないから、かかる請願もなされていないような段階で、右損害を被る者に、裁判所が救済の手を貸すのは時期尚早ということもできる」として、立法行為に対する違憲審査権行使の前提として国民の請願権行使を位置づけるような構えを見せている。このような構え自体は議論の余地があろうが、それはともかく、これに続いて、同高裁判決は次のように述べている。

「…衆、参両議院に対して一定の立法をなすべきことを求める請願がなされ（憲法一六条、国会法七九条）、右請願にかかる立法をなすことが憲法によつて義務付けられている場合に、各議院の然るべき委員会が右請願について審査をし（国会法八〇条一項）、本会議に付するのを留保すると決定したとすれば、これにより当該議院がそれぞれ右請願にかかる立法を少くとも当分の間はしないことに決定したことになり、衆、参両議院がそれぞれ右のよ

---

積の大小、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状况、社会の急激な変化、人口の都市集中化の現象、等をあげ、それらを考慮してなされた配分ではあれば定数格差には合理性が認められるとしたのであった（同判決では、それら正当に斟酌し得る諸要素を考慮しても、一般的な合理性を有するとは到底考えられない程度に格差が達していると判断した）。

<sup>8</sup> 詳しくは、駒村・前掲 2) III を参照。また、駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛・駒村圭吾編『論点探求・憲法〔第 2 版〕』（2013 年、弘文堂）も参照。



うに決定したことになる以上、結局、国会が右のように決定したことになるといわざるを得ないから、その後合理的と認められる相当の期間内に国会が当該立法をしないときは、国会は憲法によつて義務付けられた立法をすることを故意に放置するに至るものということができる。」

これは、請願権行使そのものが、直接、立法ないし立法行為の違憲・違法性をもたらすことを言っているわけではないが、請願がなされたことに対する国会の応答が消極的なものである場合、単なる立法義務の懈怠が、請願審査とそれに続く本会議付託の留保を契機に合理的期間の徒過にカウントされ、故意の放置に変質するとともに、違憲・違法な行為になることを示唆している。

## (2)附帯決議

平成 13 年のハンセン病予防法違憲国家賠償請求事件に関する熊本地裁判決（熊本地判平成 13 年 5 月 11 日訟務月報 48 卷 4 号 881 頁）は、立法行為に対する国賠請求の途を極度に限定した、例の在宅投票制廃止違憲訴訟の昭和 60 年判決を「立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない」とし、同上告審判決が「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」との表現を用いたのも、立法行為が国賠法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを「強調しようとしたにすぎない」と理解して、一定の「門戸開放」を示した。

これに続いて、熊本地裁は、ハンセン病予防法に基づく隔離政策を改廃しなかったことの違法性について次のように述べた。

「新法の隔離規定は、新法制定当時から既に、ハンセン病予防上の必要を超えて過度な人権の制限を課すものであり、公共の福祉による合理的な制限を逸脱していたというべきであり、遅くとも昭和三五年には、その違憲性が明白になっていたのであるが、このことに加え、新法附帯決議が、近い将来、新法の改正を期するとしており、もともと新法制定当時から新法の隔離規定を見直すべきことが予定されていたこと、……を考慮し、新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和四〇年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である。」

このように、従来、それ自体としては法的拘束力が認められていなかった附帯決議という法形式が、立法行為の違法性を認定する際の一考慮要素になる可能

性が示唆された。

### (3) 挑戦の道を開く

以上のような裁判例動向の中で、立法行為、政令制定行為、内閣の法案提出権行使などの国賠法上の違法性等を認定する際の要素として、請願や附帯決議に言及する例が、原告の主張に頻繁に見られるようになった（例えば、ALS 患者選挙権訴訟における東京地裁平成 14 年判決（東京地判平成 14 年 11 月 28 日訟務月報 49 卷 8 号 2213 頁）、不安神経症等障害者選挙権訴訟における大阪地裁平成 15 年判決（大阪地判平成 15 年 2 月 10 日・訟務月報 49 卷 8 号 2341 頁）、参照）。

このように、立法行為の国賠訴訟について、下級審では意欲的な試みが散見される。こうした下級審裁判例において示唆された請願や附帯決議の新たな可能性は、「挑戦モデル」の観点からすると一定の評価に値するだけでなく、立法行為に対する憲法的統制を追究してきた日本司法にとっても大いに参照するに足るものではないだろうか。附帯決議は、野党あるいは与党が法案に見直しや修正の余地をあらかじめ組み込むことによって、法律の基礎となる合意を再編成する意味を持つし、また、請願は、立法の制度の外に位置する市民社会が政策形成のプロセスに参加することを可能にする<sup>9</sup>。

### (4) 近時の最高裁判例

さらに、ここで強調しておきたいのは、最高裁判例も、近時、果敢に立法過程の内外で生起する諸事情—熟議民主政の観点から評価に値する事実—を立法の合理性や必要性を検証する際に参照する傾向にある。

例えば、先に言及した再婚禁止期間を定める民法規定を違憲とした平成 27 年判決は、「立法不作為が国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けるか否か」に関する検討で以下のことがらを検討している。

「平成 7 年には、当裁判所第 3 小法廷が、再婚禁止期間を廃止し又は短縮しない国会の立法不作為が国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受け

---

<sup>9</sup> なお、立法過程への市民参加の文脈では、請願という形態を取らない陳情や市民運動なども重要な意味を持つ。ちなみに、ハンセン病予防法違憲訴訟の熊本地裁判決は、「…新法の隔離規定の違憲性を判断する前提として認定した事実関係については、国会議員が調査すれば容易に知ることができたものであり、また、昭和三八年ころには、全患協による新法改正運動が行われ、国会議員や厚生省に対する陳情等の働き掛けも盛んに行われていたことなどからすれば、国会議員には過失が認められるというべきである」と述べている。また、日本弁護士連合会の声明や意見表明もそのような同じような観点から評価することができよう。

るかが争われた事案において、国会が民法 733 条を改廃しなかったことにつき直ちにその立法不作為が違法となる例外的な場合に当たると解する余地のないことは明らかであるとの判断を示していた（平成 7 年判決<sup>10</sup>）。これを受けた国会議員としては、平成 7 年判決が同条を違憲とは判示していないことから、本件規定を改廃するか否かについては、平成 7 年の時点においても、基本的に立法政策に委ねるのが相当であるとする司法判断が示されたと受け止めたとしてもやむを得ないといえることができる。

また、平成 6 年に法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして法務省民事局参事官室により公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」及びこれを更に検討した上で平成 8 年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においては、再婚禁止期間を 100 日に短縮するという本件規定の改正案が示されていたが、同改正案は、現行の嫡出推定の制度の範囲内で禁止期間の短縮を図るもの等の説明が付され、100 日超過部分が違憲であることを前提とした議論がされた結果作成されたものとはうかがわれない。

・・・婚姻及び家族に関する事項については、その具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられる事柄であることに照らせば、平成 7 年判決がされた後も、本件規定のうち 100 日超過部分については違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において、我が国における医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等に伴い、平成 20 年当時において、本件規定のうち 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。」（下線部筆者）

この平成 27 年判決の上記判示は、再婚禁止期間の設定が、「我が国における医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等」を勘案した場合、合理性を失っていたとの違憲判断を前提に、国賠法の適用につき、述べられたものであるが、下線を施したところから明らかなように、①司法判断、②法制審議会答申等が適用の可否を決することがらとして挙げられている。もっとも、本判決は、①②のいずれについても、本事案の違憲性を国会にとって明白なものたらしめるには至っていないと結論付けている。

が、この点注意しなければならないのは、まず、①についてであるが、そこで言

---

<sup>10</sup> 最 3 小判平成 7 年 12 月 5 日判時 1563 号 81 頁。再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法 733 条の改廃をめぐる立法行為について、立法に関しては立法の内容が憲法の一義的な文言に反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うという容易に想定しがたい例外的な場合でない限り、国家賠償法上違法の評価を受けないとした。

及されている平成7年の最高裁先例は、(a)「憲法14条1項に違反するものではなく」と述べており、明白な“合憲判決”であったこと、(b)立法行為の違憲審査についてその射程を広めた平成17年判決以前のものであったこと、が留意されるべきである。そして、上記で引用した部分からも明らかのように、最高裁は「平成7年判決がされた後も、本件規定のうち100日超過部分については違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において」と述べているのであって、違憲性の明白性要件を判定する際に、司法判断に明確な違憲判断を求めているわけではない。要するに、「司法判断」（最高裁以外のものも含み得る）において「違憲の問題が生ずる」と指摘された場合は、国賠法上の責任が生じ得る可能性を本平成27年判決は示唆している。

同様に、②につき、法制審議会答申等についても、「100日超過部分が違憲であることを前提とした議論がされた結果作成されたものとはうかがわれない」としており、逆に言えば、「違憲の問題が生ずる」ことが示唆されていれば、違憲性の明白性を基礎づける一考慮要素になり得るのである。

このような可能性を見て取るべきであると筆者が主張する背景には、立法行為に対する国賠法の適用について、違憲性の明白性を求める要件を、行政行為に無効判断における「外見上一見明白説」のように捉えるのは適切でなく<sup>11</sup>、むしろ、上に引いた平成27年判決における千葉勝美裁判官補足意見が指摘するように、「もっと緩い程度を指すもの」と解すべきであると考えからである<sup>12</sup>。

このように、熟議のフォーラムである国会における立法行為の法的統制を考えるならば、上記のように、請願、付帯決議、司法判断、官庁や専門家団体からの答申等を適宜参酌し、憲法的疑義の認識の明白性を総合的に論じるのが適切であろう。そして、憲法99条が国会議員に憲法尊重擁護義務を課していることにかんがみれば、上記の諸動向をただ漫然と眺めているだけではなく、一定の積極的姿勢をもって対することが要請されているのであり、そのような99条の要求を実質化するためにも、ここで述べたような方向性に出ることが肝要であると思う次第である。

### 3. 原判決への適用

#### (1) 原判決の論理

それでは、以上の考察を原判決にあてはめてみたい。まずは、原判決の論旨で

---

<sup>11</sup> 横大道聡編著『憲法判例の射程〔第2版〕』（2020年、弘文堂）300-301頁〔岡田順太執筆〕参照。

<sup>12</sup> 千葉裁判官は、「一般的な用いられ方からすると、「明白である」というのは、通常は異論を生じない場合を意味するものであるが、ここでは、このような一般的な用法とは異なり、もっと緩い程度を指すものとして用いられているのではないか」と述べている。

あるが、国賠法関連の部分についてのみ簡略に触れておくことにする。

①原判決は、国民審査法の採用する「記号式による投票」を合理的だと認めた最高裁先例（割愛）を引いて、平成10年4月23日の参議院地方行政・警察委員会における政府委員（自治省行政局選挙部長）が指摘した「技術的に実施不可能に近いというような状況であるとして、現段階では見送ることとした旨」について、「この説明自体は、少なくとも、当時の説明としては、一定の合理性があったことは否定できない」とした。

②原判決は、平成17年判決（在外国民選挙権事件最高裁大法廷判決）が立法不作為を国賠法上違法と判断したことに触れている。この点、原判決は、平成17年判決は、「在外選挙制度を設けていない公職選挙法等の合憲性について判示するものであり、在外審査制度の当否について直接判示するものではなかった」とし、加えて、「選挙権と国民投票権とは、憲法15条1項を根拠とし、国民主権に関わる重要な権利である」との認識を示しつつも、「その意義や成り立ちが異なることは否定でき」ないとし、また、「その実施面において技術的な差異があることも事実である」と述べて、平成17年判決があるからと言って「直ちに在外審査を認めないことの違憲性が明白になったとはいえない」と断じている。

③原判決は、平成23年東京地裁判決につき、本件の憲法適合性について「重大な疑義がある旨の指摘をしていた」ものの、平成21年の時点においては、合理的期間を徒過していたとは言えないとして、「結論としては、憲法に違反するものとまではいえないと判示し」たのであるから、「在外審査制度の創設のための議論の契機になり得るものとしても、これをもって、国民審査法の違憲性が明白になったものともいえない」と断じている。

④原判決は、日本弁護士連合会による勧告（平成14年7月および平成24年3月にそれぞれ衆議院議長および参議院議長等に対してなされた）について、「法的拘束力はなく、在外審査創設のための議論の契機となり得るものとしても、これをもって、国民審査法の違憲性が明白になったとはいえない」と断じている。

⑤原判決は、「内閣から在外国民審査に関する法案が提出されたり、国会において在外国民審査について議論されたりしたような形跡もない」と断じている。

## (2)検討

上記のような原判決の論旨は、全体としてみると、要するに、裁判所に明白に違憲であることを議論の余地なきまでに指摘され、かつ、是正のための措置を可能にする法案の提出等がなされない限り、立法行為の国賠法上の違法判断はあり得ないことになろう。このことは、既に述べたように、国賠法上違法の判断における明白性要件をおそらく狭く解するものであって到底受け入れられない<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> 前掲11)ならびに12) およびそれに相応する本文参照。

のみならず、法律の憲法適合性に対する国会議員の感度をにぶくすることを促進しかねず、最悪の場合、憲法問題から距離を置き、なんらの措置も講じず、議論さえもしない方が安全であるという風土を生み出し、憲法 99 条が要求する憲法尊重擁護義務を棄損するおそれがある。これが、熟議民主政、あるいは従来の最高裁判例が行ってきた立法行為への憲法的統制の努力と逆行することは明らかであろう。「憲法的疑義については気が付かなかった」「違憲の可能性については知らなかった」と言って済むものなのだろうか。

さて、次に個別的に見てみることにする。

①についてであるが、「技術的支障」が在外国民審査への対応を鈍らせ、また、違憲性の明白な認識ができなかったことがそこでは判示されている。「技術的支障」が実は克服可能であることについては原判決も指摘しているので繰り返さないが、この説明がなされた平成 10 年当時、「少なくとも、当時の説明としては、一定の合理性があったことは否定できない」との判断は理解に苦しむ。まず、それに「一定の合理性がある」ことがどうして違憲性判断の明白性を減退させる理由になるのかが説明されていない。国民審査を在外ではできない（つまり審査権が剥奪されている状況であること）は指摘され、かつ論題になっていたわけであって、かかる問題状況を解決するための権利実現手段のあり方を検討する際に、「技術的支障」が指摘されたからと言って、問題状況の明白性は雲散霧消するわけではない。国民審査権の剥奪は、それ自体が違憲状態なのである。さらに、これは平成 10 年の時点の話であって、原判決が基準としている平成 21 年の時点で通用する考え方とは到底言えないだろう<sup>14</sup>。

次に、②についてである。原判決が、「選挙権と国民投票権とは、憲法 15 条 1 項を根拠とし、国民主権に関わる重要な権利である」と述べて、両者が同一条文を根拠とし、さらに背景的原理も共有するものと位置付けたにもかかわらず、両者の差異をことさらに数え上げて、平成 17 年判決で展開された憲法解釈をまるごと退けるかのごとき判示は不適切である。同判決で明示的に「この趣旨は国民審査の剥奪状況にも同様に適用され、したがって在外国民審査の未整備状況は

---

<sup>14</sup> 以上のような不徹底な判断の背後には、問題となっている国民審査権に対する原判決の認識が実は低いものであった可能性がある。原判決は、選挙権と比肩するものとして国民審査権を位置付けている点は正当であると思われる。しかし、国民審査の場合、間接民主制を前提とする日本国憲法の中でも、憲法改正国民投票と地方自治特別法に対する住民投票とともに、数少ない直接民主制的手段の一つとして考えられている（佐藤幸治『日本国憲法論〔第 2 版〕』（2020 年、成文堂）431 頁）。主権者が直接権力を発動できる直接制的手段の有する意味は重く、我が国の代表制が、公職選挙、国民投票、住民投票、そして国民審査の総体がきちんと発動されてこそ、主権在民が初めて実現できる。その中でも国民の直接参加という重要な局面において、その審査権が剥奪されている状況があるということは、我が国の国民主権の直接的発現が不能状況にあるということの意味する。

違憲である」と指摘でもされないかぎり、重要な憲法解釈を国会議員が生かすことはない、生かさなくても別段問題はない、ということになってしまうだろう。個別的効力に立つ立たないにかかわらず、平成17年判決の効力が本件に及ばないのは、事案が異なる以上、当然のことであるが、そのことと、同判決で示された憲法解釈が、選挙権と国民審査権の類似性に照らして、本事案にも及ぶと明白に認識すべきことは、まったくの別問題である。なお、原判決は、両者の権利につき、「その意義や成り立ちが異なることは否定でき」ないとするが、どうそれらが異なるかの説明はなく、またその差異が平成17年の憲法解釈の受け止め方にいかなる影響を及ぼすのかの説明も行っていない。

③の平成23年東京地裁判決の扱い方も問題がある。同判決は、「重大な疑義がある旨の指摘をしていた」わけであるが、平成21年の時点においては、合理的期間を徒過していたとは言えないとして違憲判断を回避したものである。これは、権利実体論としては違憲であるが、合理的期間内なのでいわば執行猶予となったにすぎず、基本的にその違憲性は明白であったと捉えるべきである。しかも、それは平成21年の時点での話であって、爾来、10年近くを経た現時点では同論することはできない。

④における日弁連勧告の取り扱いも不適切である。国会内外のさまざまなことがらを立法過程における熟議を可能にする多様な入力として捉えることが適切であることは先に指摘したが、そのような例として裁判例が挙げる、請願や附帯決議、法制審議会答申なども、法的拘束力（すくなくとも即時的なそれ）は持たない。司法判断でさえもその先例拘束性は事実上のものであり、事件当事者でなければ法的拘束力を持たない。日弁連勧告も同様であり、その意味では原判決は正しい。しかし、ここで問題となるのは日弁連勧告の「法的拘束力」の有無ではなく、勧告がなされた「事実」を不法行為の成立要件の観点からどう評価するかという問題である。勧告それ自体に法的拘束力があるかどうかではなく、国会に勧告がなされたという事実が国賠法の要件を充足すると評価されることによって、一定の法的意味を付与されるということである。日弁連勧告に法的拘束力があるのであれば、国賠法の適用を受けるまでもなく、立法行為は違法となるはずであろう。

⑤についてであるが、原判決の述べていること額面通り受け止めれば、国会は何もしなければ、つまり不作為を決め込めば、責任を問われないということになり、これが言語道断の論理であることは、本意見書の既に指摘してきたところである。

以上、縷々検討してきたが、総じて、指摘したいことは、本項の冒頭に述べたことに尽きる。原判決の論旨は、裁判所に明白に違憲であることを議論の余地なきまでに指摘され、かつ、是正のための措置を可能にする法案の提出等がなされ

ない限り、立法行為の国賠法上の違法判断はあり得ないことになる。有体によれば、最高裁に法令違憲判決を下されてもなお議論もしない場合にのみ、立法行為の国賠法上違法の判断が下されるということになるだろうか。違憲性の認識も、議論の形跡も、一切見当たらなければ、国賠法上の責任は問われないという法理が定着すれば、おそろしく他律的な憲法尊重擁護義務しか国会議員は果たさなくなる。熟議民主政、あるいは従来の最高裁判例が行ってきた立法行為への憲法的統制の努力は無に帰することとなる。

#### 4. 最高裁判所の正統性問題として 一国民審査にかかわる違憲審査の意味すること

最後に以下のことを簡単に述べて、本意見書を閉じることにはしたい。

国民審査の制度は、現行憲法が司法制度の民主的正統性を確保するための重要な憲法上の仕組みである。憲法学者の佐藤幸治は、その意義について次のように述べている。

最高裁判所が規則制定権（77条）や下級裁判所裁判官の指名権（80条）を有するとともに、先例拘束力（…略…）のある判決をなす立場にあり、また、何よりも違憲審査権を行使する終審裁判所で（81条）、格別の憲法保障機能を託されていることを考慮するならば、憲法が特に最高裁判所裁判官の適否について有権者団に判断させることにしたのは十分な理由があると解されるべきであろう。つまり、相互に依存的でありながら、同時にときには反発し合う、法の支配の原理と民主主義の原理との微妙な調和を達成維持しようとする1つの試みとして評価されうる<sup>15</sup>。

国民審査の意義は、司法制度に対する民主的正統性の確保にあるが、その核心的意義は、他の権力機関と異なり、最高裁が「違憲審査権を行使する終審裁判所」であり、「格別の憲法保障機能を託されている」からであり、また、憲法の両輪ともいえる「法の支配の原理と民主主義の原理」の接点にあたる国家機関として両者の「微妙な調和」を維持する立場にあるからである<sup>16</sup>。

---

<sup>15</sup> 佐藤・前掲14) 438頁。

<sup>16</sup> 原判決も国民審査の意義について、「憲法は、主権が国民に存することを宣言し（前文、1条）、その上で、公務員の選定及び罷免の権利を国民固有の権利としている（15条1項）ところ、最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所であり（81条）、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限があり（77条1項）、



だとすれば、最高裁判所におかれては、本事案が自らの民主的正統性と違憲審査権の負託にかかわる最高度の憲法問題との認識を持たれた上で、その賢察を示されんことを期待したいのである。

以上

---

また、下級裁判所の裁判官については、最高裁判所の指名に基づいて内閣が任命するとされている（80条1項）など、重要な地位と権能を有していることから、憲法は、国民審査制度を設けて、主権者であって公務員の選定罷免権を有する国民に、最高裁判所の裁判官について、定期的に解職の可否という形で任命についての審査をする機会を付与することによって、その民主的統制を図ろうとしたものと理解できる」と述べており、同趣旨に出るものと解される。