

立法者の事後的正義の意義と展開

入 井 凡 乃

- 一 はじめに
- 二 法律の見直しに関する日本の状況
- 三 ドイツにおける立法者の事後的正義論
- 四 日本の先行研究
- 五 まとめにかえて

一 はじめに

諸行無常というように、社会・経済状況の変化や科学技術の発展などに伴って、法律もまた時代遅れとなる。最高裁は、そのような現象に対して、主に「事情の変化」論として合理性が失われてしまったことを説明してきた。一方、ドイツの判例・学説では、同様の現象に対して、法律が合理性を失うことのないよう見直しが要請されるという「立法者の事後的正義」が論じられてきた。事後的正義論は事情の変化論とは「やや趣きを異にするテーマ」⁽¹⁾ではないか、つまり、用いられる場面や議論の次元が違うのではないか、という指摘もあるが、

事情の変化論を含む、法律の見直しに関連する日本の議論を統合的に考察することで、二つの議論の関係そして、日本で事後的是正義義務を論じる意義がみえてくるように思われる。本稿では、まず、日本における法律の見直しに関する課題、すなわち、事情の変化論や判決形式論などの裁判所の課題、及び、国会・行政の課題について考察する(後述「二」)。そして、ドイツの判例法理である事後的是正義義務論の判例及び学説における展開を概観し(後述「三」)、日本における先行研究について検討する(後述「四」)。

二 法律の見直しに関する日本の状況

(一) 裁判所における課題

1 「事情の変化」による違憲判断

近年、日本の最高裁判所は、多くの判例で「事情の変化」論を用いて違憲判断をしている。例えば、在外国民選挙権違憲判決(最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁)、国籍法違憲判決(最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁)、婚外子法定相続分違憲決定(最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三二〇頁)、再婚禁止期間違憲判決(最大判平成二七年一月一六日民集六九卷八号二四二七頁)において「事情の変化」論が用いられており、穴戸常寿は「違憲判決の定石的手法」⁽²⁾と評する。もともと、小山剛が「その中には、説得力のないものが含まれており、解釈論を放棄した事情の変化論への逃避と思われるものや、肯定論と否定論との間の水掛け論に陥っている例も見受けられる」⁽³⁾と指摘するように、多くの論者が事情の変化論について批判的検討を加えている。「最高裁が違憲性の論証の前提となる規範的要件の具体化を先送り」⁽⁴⁾していると異智彦が指摘するように、事情の変化論では要件が示されない。裁判所の統制手法を再現可能な理論へ昇華しようとする違憲審査基

準論や三段階審査論といった憲法解釈学の従来の取り組みを一蹴するような、裁判所にとって使い勝手の良い「マジックワード」として事情の変化論が機能しており、その恣意性が批判されている。

もつとも、たしかに事情の変化論に対する批判には首肯すべき点が多いが、批判されているのは、メルクマーが明示されない点であり、法律が時代遅れになり合理性が失われるという現象自体ではない。そして、最高裁自身、その現象を指摘するのみならず、法律の見直しが要請されていることを前提とするような説示を行っている。例えば、在外国民選挙権違憲判決では「国会が、一〇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」たとして、法律の見直しが必要であったことを示した。さらに、婚外子法定相続分違憲決定では「その定め合理性については、……不断に検討され、吟味されなければならない」として、性同一性障害性別取扱決定（最決平成三十一年一月二三日集民二六一号一頁）においては、「規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきである」として、法律の見直しの必要性に言及している。このような言及につき、山本真敬は「事後は正義を国会に課すもの」と述べる。また、山田哲史は、事情の変化論の背景に「立法事実の変化に対する配慮義務」が存在することを指摘する。⁽⁷⁾

さらに、櫻井智章らによって一票の較差訴訟⁽⁸⁾、国家賠償訴訟⁽⁹⁾、立法不作为といった、法律の見直しが関連する様々な論題との関係で「事後は正義」の存在が指摘されている。合理性の喪失が問題となる場合における統一的な規範的要件を事後的正義から抽出し⁽¹¹⁾、日本の違憲審査手法を精緻化するための示唆を得たい。

2 判決形式の弾力的運用

また、婚外子法定相続分違憲決定に顕著にみられるように、事情の変化が問題となる場合、判決の後処理にも留意が必要である。そして、事情の変化の場合を含め、法律の見直しが必要となる場合、長年適用されてきた法律の無効によって遡及的あるいは将来的に不都合が発生しうること、また、是正方法が複数あることなどから、

「合憲有効・違憲無効」二元論に馴染みづらく、最高裁は新しい判決形式を生み出してきた。

例えば、昭和五十一年衆議院議員定数不均衡判決（最大判昭和五十一年四月一四日民集三〇巻三三二二三頁）で、最高裁は、時の経過を積み重ねた既成事実の重みから事情判決を創出し、また、同判決以来、合理的是正期間を考慮した違憲状態判決を創出した。⁽¹²⁾ 違憲状態判決については違憲判決を先送りする手法であるとの批判も根強く、⁽¹³⁾ そのような観点からすれば、あつてはならない「譲歩」であろう。他方、国籍法違憲判決のように、長年適用されてきた形成的法律であっても、実効的な権利救済という観点から、裁判所による是正によつて訴訟を終結することがある。選択肢が複数ある場合、原則的には、国会に是正をゆだねる必要がある、あつてはならない「越権」とも思われかねないが、法律の見直しが問題となる場合、裁判所は果たしてどのように訴訟を終結させるのか。その際、法廷意見や補足意見において最高裁は法律の見直しの必要性に関する「メッセージ」を国会に送ってきた。もつとも、違憲判決についてはともかく、⁽¹⁴⁾ 合憲判決のなかで散逸的に発せられるメッセージを国会は十分には受け取れていないという。⁽¹⁵⁾ このようなメッセージは憲法訴訟以外でもみられ、⁽¹⁶⁾ 山本龍彦は、ドイツで「立法者の事後的是正義務」が示されることを踏まえて、日本でもメッセージを体系化し国会と裁判所の対話方法を整備する必要があることを指摘している。⁽¹⁷⁾

法律の見直しが必要である場合、最高裁は、新しい判決形式を創出して、時には最高裁自身による見直しを行い、あるいは、見直しの必要性を知らせるメッセージを国会に送つて、法律の見直しを実現するための判決形式を模索している。加えて、事情の変化が認定されたにも関わらず合憲判決が下された酒類販売免許制事件判決（最判平成四年一二月一五日民集四六巻九号二八二九頁）⁽¹⁸⁾ のように、事情の変化を考慮した適切な判決形式があれば違憲と判断された可能性がある事例もみられ、⁽¹⁹⁾ 理論上峻別しつつも事情の変化論と判決形式論の相互作用がまた考慮されなければならないだろう。国会が法律の見直しという「するべきこと」を行わないという憲法上所期し

ない事態に際しての、裁判所の「可動域」がまさに問われており、国会と裁判所の権限配分を動態的に考察する必要がある。法律の見直しに関する憲法上の義務という視点から、違憲審査手法のみならず判決形式をも同時に考察することが求められている。

(二) 国会・行政の課題

さらに、「事情の変化」と表現しうる事例が裁判所に多数漂着するという状況は、見直しがなされていない法律が複数あること、そして法律の見直しをめぐって、構造的問題が上流である国会・行政にあることを意味するようにも思われる。

例えば、ハンセン病熊本地裁判決（熊本地判平成一三年五月一日判時一七四八号三〇頁）は、「新法の廃止は、国会のみの責任で行われ得るものではなく……国内外におけるハンセン病の専門的な知見やより詳細な治療の状況に関する情報を入手することが可能である厚生省の新法廃止へ向けての積極的な作業が必要」であったが、国会のみならず行政も法律の見直しに関する作業をなさなかったと指摘している。また、川崎政司によれば、見直し条項が付されていても軽視されて、法律の見直しが機能しない場合も多いという。そして、日本の政策評価制度には基本権の観点は含まれないものの、政策評価や見直しプロセスの形骸化やその構造的要因が行政内部からも指摘されて、見直し制度の見直しが議論されている⁽²⁰⁾。

たしかに、従来、法律の見直しについては、立法学などにおいて議論されてきたが、神橋一彦は、法律、省令、通達につき「法令の事後改善義務」を論じている⁽²²⁾。そして、命令等の見直しについては、行政手続法三八条二項が、命令等制定機関の役割を規定している⁽²³⁾。これとパラレルに考えるのであれば、法律の見直しについてはその上位規範である憲法に国会の役割として規定があってもおかしくないだろう。法律の見直しに関する憲法上の義

務は、国会の権能も議論の射程に含みうる。また、立法実務における見直し制度や見直し条項⁽²⁴⁾といった具体的な制度への要請についても議論の射程に含みうる。各論として、例えば穴戸常寿は、情報公開制度につき、状況の変化に応じた「事後改善義務」の存在を指摘している。⁽²⁶⁾ 法律の見直しに関する憲法上の義務から、立法・行政への規範的要請もまた明らかになるだろう。

そして、AIなどテクノロジーの発達が著しい昨今においては、社会・経済状況や科学技術の目覚ましい変化を反映し法律のPDCAサイクルを迅速に回転させるための国家机关間の連携が現代的課題としてより重要性を増す。法律の見直しに関する憲法上の義務についての議論が進み、例えば、見直し体制の整備という要請が明らかになり、早期の段階での法的統制が可能になれば、時代遅れの法律による弊害も予防しうるだろう。

法律の見直しに関する憲法上の義務の全体像を明らかにし、立法及び行政に具体的な要請を呈示し、さらに、裁判所による再現性のある違憲判断や判決形式によって裏打ちすることは、基本権保障のみならず国益の確保にとっても急務である。

三 ドイツにおける立法者の事後的是正義義務論

日本において、法律の見直しに関する憲法上の義務を検討する必要性があるところ、ドイツに目を転じれば、「立法者の事後的是正義義務」という判例法理が確立している。ドイツ連邦憲法裁判所（以下、「連邦憲法裁判所」という）によれば、「法律の前提となる事実、もしくは、法律の効果について、十分に信頼のおける決定を法律の制定時点ではまだなしえなかった場合、立法者は、さらなる展開を監視し、そして根底にある想定がもはや妥当しないと判明した際には、規範の再検討と是正を行わなければならない⁽²⁷⁾」という。例えば、科学技術的知見に基

づく決定や、新たな基準の策定、経済的予測に基づく決定など、時の経過の中で合理性を失いやすく、法律の見直しが必要となる可能性が特に高い決定を行った場合、立法者は、監視義務を負う。そして、状況に応じて再検討（評価）・是正義務を負う。監視義務は、法律制定時における統計取得の決定や適切な機関への委任などの情報収集体制の構築を要請する。再検討義務については、その定義が長らく判然としなかったが、最近の判例から、法律に関する疑念が法律執行時に明らかになった場合に、法律の文面及び執行状況に関する調査や評価を行う、評価義務として理解されている。そして、是正義務は、法律を支える事実を失った法律を改廃する義務をいう。⁽²⁹⁾

なお、スイス連邦憲法一七〇条が、「有効性の評価」と題して「連邦議会は、連邦政府の施策が有効性の観点から評価されることを確実にするものとする」と規定し、フランス第五共和国憲法二四条が「国会は、法律を議決する。国会は、政府の行為を監視し、公共政策について評価を行う」と規定しているのに対し、ドイツ基本法は政策あるいは法律の検証について明文規定を有さない。ドイツでは、連邦憲法裁判所による解釈で法律の見直しに関する憲法上の義務が導出されており、同じく条文を有さない日本にとってドイツの議論は参照に値するだろう。

（二）ドイツ連邦憲法裁判所による判例の展開

1 「判決形式」としての事後的是正義務

まず、日本と同様に、ドイツにおける議論の端緒は、判決形式における「合憲有効・違憲無効」二元論の限界であった。⁽³⁰⁾ ドイツ連邦憲法裁判所法は、当初、「合憲有効判決」⁽¹⁾ 及び「違憲無効判決」⁽²⁾ だけを予定していた。そして、違憲無効判決の場合、その判決と同時に法律が改廃されると規定している。しかし、違憲無効判決では、状況によっては法的混乱を招き立法者の形成余地が侵害されることから、連邦憲法裁判所は自ら

「違憲確認及び新規義務付け判決」(③)という判決形式を創出し、法律の見直しを立法者に託した。さらに、連邦憲法裁判所は、合憲有効判決が有する法律の正当性を肯定するメッセージ性を懸念し、合憲判決の種類も拡張した。そのひとつが、すでに法律への疑念があるが「まだ合憲」である場合に、近い将来に違憲になること警告し立法者に法律を改正するよう促す「警告判決」(④)である。そして、もう一つが、事情の変化の兆候はまだみられないが法律が合理性を失うことがないように監視し、状況に応じて是正する義務が存在することを立法者に指摘する「立法者の監視義務及び是正義務の宣告判決」(⑤)である。この判決形式はさらに発展を続け、近時では、時限法律について後継法律の制定を視野に是正ではなく評価を要請する、⑤の亜種ともいべき「立法者の監視義務及び評価義務の宣告判決」が創出されており (BVerfGE 150, 1)、また、③においては、法改正期限経過後の無効があらかじめ判示されることもある (BVerfGE 130, 240)。法律の見直しに関する憲法上の義務の存在を、⑤、④、③、そして、②と、見直しの必要性の切迫度に応じて、立法者に段階的に伝える判決形式がカタログ化され、発展し続けている。

2 事後的是正義義務違反の審査

事後的是正義義務に関して、多くの場合、連邦憲法裁判所は、「立法者の監視義務及び是正義務の宣告判決」(⑤)などによって、立法者に法律の見直しの必要性が存在することを指摘するにとどまってきた。しかし、一九六〇年代後半の製粉所決定 (BVerfGE 25, 1) にその萌芽がみられる事後的是正義義務は、判決形式であると同時に実体判断の基礎となる行為規範でもあり、一部の判例においては、事後的是正義義務違反が審査されている。

例えば、診療報酬決定 (BVerfGE 33, 171)、航空機騒音決定 (BVerfGE 56, 54) では、法改正の内容が審査されて是正義義務違反は認められずに法律が合憲と判断された。他方、教授報酬判決 (BVerfGE 130, 263) では評価報告書や統計といったデータに基づいて追証可能な形で是正義義務違反による違憲判決が下されており、説得的な違

憲審査手法がとられている。また、より早期の段階での違憲審査手法も考案されており、例えば、第二次墮胎判決 (BVerfGE 88, 203) や第一次対テロデータファイル法判決 (BVerfGE 133, 277) では、法律制定時における情報収集体制の不備について監視義務違反に基づく違憲判決が出された。さらに、第二次刑務作業報酬判決 (BVerfGE 166, 196) では、法律執行時に調査や學術研究を開始していないことをもって再検討 (評価) 義務違反による違憲判決を導くという手法も切り拓かれている。

法律の制定時における情報収集体制の整備、法律の執行時における情報収集の実行、そして、状況の変化に応じた法律の修正に至るまで、つまり、時系列上途切れることなく、監視・再検討・是正の各段階に応じて、事後的是正義務違反を審査する手法が確立されている。

なお、多くの場合、見直し条項の作成及び運用が問われており、行為審査ではなく、法律審査という形での違憲審査手法が採られている。また法律制定時及び執行時における議会・行政の役割分担や、立法実務への具体的な要請が明らかになっている。⁽³²⁾

3 “Nachbesserungspflicht” の意義

さらに、事後的是正義務違反による違憲判決では、通常、直ちに無効とすることの不利益や、是正方法が複数あることなどを考慮し、判決形式としては「違憲確認及び新規律義務付け判決」(③) が選択されやすい。⁽³³⁾ そして、是正義務と新規律義務は法改正という同一作業を要求しており、“Nachbesserungspflicht (法改正義務)” という同じ用語でしばしば表記されてきた。むしろ、「違憲確認判決及び新規律義務付け判決」(③) は、是正義務違反の場合に限らず広く用いられるため、法律制定後の法改正義務 (是正義務) と違憲確認判決に付随する法改正義務 (新規律義務) は理論上峻別されるべきである。しかし、合憲、違憲といった裁判所による折々の判断に左右されることなく法改正義務が存在すること、ひいては、法律の制定時から実際の改廃に至るまで切れ目な

く、状況に応じて形を変えながら法律の見直しに関する憲法上の義務が網羅することを、この用語法は意味しているようにも思われる。なお、是正義務違反と同様、新規律義務違反の審査も行われうる。

このように、法律の見直しに関する憲法上の義務は、監視・再検討(評価)・是正義務、そして、新規律義務と状況に応じて内容を変えながら、法律制定時から改廃時まで網羅的に立法者を拘束する。議会および行政は、例えば、見直し条項の作成と運用を通じて、法律制定時から改廃時まで各段階の義務を履行しなければならない。そして、裁判所は、この義務の存在を見直しの切迫度に応じた段階的な判決形式によって立法者に知らせ、そして、その義務違反について法律制定時から実際の改廃に至るまで段階に応じて審査して、法律のPDCAサイクルの一翼を担っているのである。

(二) 学説

連邦憲法裁判所による判例法理の展開に対して、学説はどのように反応してきたのであろうか。まず、事後的是正義務は「最適な立法方法」の一部として議論された。一九七〇年代、シユベルトフエーガー⁽³⁴⁾は、資料収集評価義務と衡量義務を「最適な立法方法」として憲法上の義務であると主張した。しかし、立法過程に立ち入りすぎているとして、多くの学者から反発を招き、特に、グージー⁽³⁵⁾は、事実関係調査義務、比較衡量義務、予測義務、監視義務、是正義務を連邦憲法裁判所判例から抽出したうえで、各々を詳細に検討することなくひとまとめに「法的義務」ではなく「政治的責務」にすぎないと一蹴した。その結果、事後的是正義務の法的義務性の有無が学説における中心的な論点となってきた。

事後的是正義務自体については、まず、シユタインベルク⁽³⁶⁾やマイヤー⁽³⁷⁾などによって新規律義務と一体的に主題化された。初期の議論では、ムルスヴィーク⁽³⁸⁾のように、連邦憲法裁判所の審査対象は行為ではなく法律であると

して、事後的是正義は判決形式としての機能しうるとの議論もあった。しかし、フスター⁽³⁹⁾が、是正義について「もともと合憲であった法律が合理性を失って違憲となる場合に憲法規範への拘束という一般原則から導かれる行為義務」としてその法的義務性を問わなかったこともあり、以後の議論では、是正の前提をなす監視義務の法的義務性が議論の中心となる。フスターは、監視義務とは、「高次の法益の回復不可能な損害」が問題となる場合を除き、立法者が実現できない単なる政治的言明であり政治的責務にすぎないとして厳しく批判した。⁽⁴⁰⁾他方、ナゲルやビッケンバッハ⁽⁴¹⁾、キースリング⁽⁴²⁾などは、監視義務とは、十分に信頼のおける決定を法律制定時にしえなかった場合に、立法者の形成余地が認められることの「代償」として発生する法的義務であると指摘した。なお、両者は政治的責務が法的義務へと転化する条件に相違点があるが、一定の条件において法的義務と解する点では一致している。

また、再検討義務については、その概念の不明確性もあって長らく議題には上らなかったが、近時、連邦憲法裁判所が「評価義務」として概念を明確化したことを受けて、学説でも論じられるようになってきている。シュリューター⁽⁴⁴⁾は、監視義務についてフスターと同様の見解に立ち、真新しい評価義務に対して懐疑的でありながらも、評価義務違反の審査という手法が今後も用いられる可能性があること、そして、「(連邦憲法裁判所が)……監視、評価、是正という三つの要素によって、立法者の憲法秩序への関与を時間的な連続体として構築し、柔軟な法的行為形式の理想形として『学習する法』を描き出している」と指摘した。

「学習する法」⁽⁴⁵⁾とは、連邦憲法裁判所の判事でもあったホフマン・リームが提唱した議論であり、立法者が法律制定時に十分な知識を有しない場合に、法律執行時に得た経験を行政が議会にフィードバックし、議会が法律の執行から学習したことを法律に反映することで、決定責任、そして、法律の民主的正統性が確保されうるという考え方をいう。法律制定時に十分な知識を得られずに、⁽⁴⁶⁾不確実な決定を行わざるを得ない場合、法律の制定時

と改廃時とで決定責任が分割され、併せてはじめて果たされうるのだろうか。詳しくは別稿に譲るが、「学習する法」が明らかにした、決定責任を一度では完結できないという現代的課題を踏まえて、事後的公正義務を肯定的に解する学説が増えたように思われる。例えば、アルバースは「学習する法」に照らして、基本権適合性をその評価項目に含む立法事後評価制度を重視し、その憲法上の根拠として事後的公正義務を支持する⁽⁴⁸⁾。この議論は、議会・行政の現代的役割及び見直し制度への憲法上の要請を論じるにあたっても参照されうる。

さらに、新規律義務については、ビッケンバッハが、是正義務と新規律義務は、従来、法改正義務として一体的に扱われてきたが、ドグマーティク上区別して議論されうると指摘し、現在では、例えば、シヨメツカーなど⁽⁵⁰⁾が、分化された新規律義務について、違憲確認判決に付随するその独自性にフォーカスした議論を展開している。

このような議論の展開を振り返ると、学説においても監視・再検討(評価)・是正義務、そして、新規律義務の連続性が認識されているといえよう。そもそも「Nachbesserungspflicht」として同一名称・作業内容であった是正・新規律義務は一体的に法的義務として把握されてきた。また、「学習する法」の影響もあって、監視・再検討(評価)・是正義務の連続性も認識されている。

一九六〇年代後半から連邦憲法裁判所によって展開されてきたこの判例法理は、最近の連邦憲法裁判所による判決形式の発展や新しい違憲審査手法の開拓を受けて、そして、学説における関連議論の展開を受けて、学説の注目を集めている。ドイツの判例および学説によれば、法律の見直しに関する憲法上の義務は、法律の見直しが必要となる可能性が特に高い場合を顕著な例としつつも、法律の見直しが必要となる場合を広く網羅して、法律制定時から改廃時まで、監視・再検討(評価)・是正・新規律義務と内容を変えながら連続的に存在し、その裁判所による統制を可能にしている。法律の見直しの統制を様々な可能にするこの憲法上の義務は、今後の展開も含め日本において参照する価値が十分ある。しかしながら、この分野における日本の先行研究は十分であるとは

いえない。

四 日本の先行研究

まず、ドイツの議論のうち、「最適な立法方法」への批判を日本に紹介したのが、高見勝利や西村枝美⁽⁵¹⁾である。もっとも、ドイツの議論と同様に、一つ一つの義務が詳細に検討されることもないままに、裁判所による憲法判断の対象となる「法的義務」ではなく「政治的責務」にすぎないとされた。その結果、憲法学において法律の見直しに関する憲法上の義務についての議論が活性化することはなかった。また、租税法学者である、手塚貴大⁽⁵³⁾は、国家財政及び経済の現況を政策に忠実に反映すること、そして、専門技術性が高い領域における裁判的統制の必要性を重視し、「最適な立法方法」の法的義務性を肯定していたが、租税法分野における「最適な立法方法」の有用性を示唆するにとどまった。

日本の学説において最初に事後的是正義務自体に着目したのは、小山剛であった。小山剛⁽⁵⁴⁾は、基本権保護義務を論じる際に、第二次堕胎判決において「事後的是正義務」違反を理由に法律が違憲と判断されていることを発見した。また、宮地基⁽⁵⁵⁾も同時期に、警告判決とは異なって将来の事情の変化への対応を要求する新しい判決形式をカルカー決定に見出したが、両者はともに事後的是正義務を正面から論ずるものではなかった。その後、合原理映⁽⁵⁶⁾が「改善義務」として主に判決形式の観点から論じた。国家機関間の協働を指摘する重要な先行研究であるが、事後的是正義務と新規律義務を峻別しないまま一体的に論じており、ドイツの判例・学説の蓄積を経た現在からみれば、特に、規範論としての検討が不十分である。

それ以降、包括的な研究は見られないが、事後的是正義務が語られる必要のない些末な事項かといえれば決して

そうではない。数々のドイツ憲法研究において事後的是正義義務が付随的に言及されてきた。例えば、実験法律、主張可能性の統制⁽⁵⁸⁾、治安法制における立法事後評価制度⁽⁵⁹⁾、平等原則⁽⁶⁰⁾、評価大権⁽⁶¹⁾、偽情報対策などとの関係で「事後的是正義義務」は扱われてきた。これらの議論は事後的是正義義務が分野を問わず一般法理として存在することを示唆する。なお、新規律義務については、宮地基⁽⁶³⁾と山本真敬⁽⁶⁴⁾がドイツにおける新展開を考察しているが、判決形式論にとどまっている。

そして、穴戸常寿⁽⁶⁵⁾は、立法者の事後的是正義義務と事情の変化論との類似性を指摘していた。穴戸は、ドイツの事例と比較すると、日本では長期間の不作为が問題となっていて最高裁もより踏み込んだ判断をしていると指摘し、国会が「事後改善義務」を果たすための制度を国会に構築すること、さらに、裁判所による審査手法を開拓すること、その両輪の必要性を指摘していたが、詳細な検討は行っていない。

このように、日本における先行研究は、判決形式論、他の議論における付随的な指摘、あるいは、問題提起にとどまっており、議論を前進させる必要がある。

五 まとめにかえて

本稿は、日本において事後的是正義義務を論じる意義を示すべく、日本の関連する議論を検討し、ドイツ連邦憲法裁判所の判例法理である事後的是正義義務とその日本における先行研究を概観してきた。

日本で、法律の見直しに関する憲法上の義務を論ずる必要性があるところ、ドイツには、監視・再検討・是正・新規律義務と状況に応じて内容を変えながら存在する、法律の見直しに関する憲法上の義務が存在する。この義務は、法律の見直しが必要となる可能性が特に高い場合を顕著な例としつつも、法律の見直しが必要となる

場合を広く対象として網羅する。そして、法律制定時から改廃時まで立法者を拘束する継時的な「一本線」として存在し、裁判所による法律の見直しの総合的統制を可能にできた。

日本の論点を法律の見直しという軸によって統合していくと、日本においてもドイツと同様の「一本線」が見されるだろう。言いかえると、事情の変化論・立法不作為・国家賠償訴訟・一票の較差訴訟にみられる時の経過が関係する違憲審査手法の精緻化、判決形式のカタログ化、あるいは、国会の権能や国会・行政・裁判所の権限配分の再考、立法実務における見直し制度の再編、行政手続法三八条二項や見直し条項の意義付けなどといった法律の見直しに関連する諸課題を、統合的に考察することを事後的は正義務論は可能にする。

事後的は正義務論と事情の変化論は、法律が時の経過の中で合理性を失うという現象をとともに対象とするが、事後的は正義務論は、その現象を網羅的かつ体系的に考察することを可能にするという点において、事情の変化論のアップデート版であるといえるだろう。

事後的は正義務は基本権保護義務とは別個の独立した議論だが、私人間効力論や憲法適合的解釈、行政法の三面関係などを小山剛が基本権保護義務論によって説明したように、事後的は正義務論もまた「従来は切断されていた諸問題の内在的連関の回復に貢献⁽⁶⁶⁾」し、新たな視座の獲得と議論の深化に寄与する。

本稿は、紙幅の都合上、鳥瞰図を示すにとどまり、日本・ドイツの判例・学説について深く立ち入ることはできなかった。小山剛先生に賜った多大なるご学恩に比すると拙きに失するが、ご薫陶を少しでも活かせるよう、今後も精進してまいりたい。

(1) 江島晶子、山元一、卷美矢紀、村西良太、栗島智明「2024年学界回顧 憲法」法律時報九六卷一三三号（二〇二四年）四頁以下「村西良太」。

- (2) 穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開(第二版)』(二〇一四年、日本評論社) 六四頁。
- (3) 小山剛『憲法上の権利』の作法(第三版)』(二〇一六年、尚学社) 二六〇頁。
- (4) 例えば、櫻井智章「時の変化——社会状況の変化は違憲の理由になるか?」大林啓吾・柴田憲司『憲法判例のエンigma』(二〇一八年、成文堂) 一四一頁以下、山田哲史「立法事実の変化の検討の仕方と救済の観点」横大道聡編『憲法判例の射程(第二版)』(二〇二〇年、弘文堂) 三九四頁以下、尾形健「立法裁量と司法審査——アメリカ憲法論の一視点から」石川健治、山本龍彦、泉徳治『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』(二〇一九年、弘文堂) 三五頁以下、江原勝行「憲法訴訟におけるいわゆる『立法事実の変化』論に関する若干の覚書」LAW AND PRACTICE 一七号(二〇一三年) 一三頁以下、御幸聖樹「憲法訴訟における『事実』」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』(二〇一三年、日本評論社) 一〇一頁以下など。また、立法事実論を超えた議論である可能性を指摘する、大林啓吾「生ける憲法と憲法訴訟」法学研究九一巻一号(二〇一八年) 三九五頁以下、渡辺千原「訴訟による政策形成と法形成」立命館法学五・六号(二〇一九年) 五六一頁以下も参照のこと。なお、伊藤健は、事情の変化を上告人が主張していた場合裁判所の公知の事実の認定として事情の変化論を肯定しうるといふ。伊藤健「再婚禁止期間規定の憲法適合性」自治研究一八三巻三号(二〇一八年) 九七頁以下。
- (5) 異智彦「立法事実論の再構成——事実認定論からみた違憲審査」石川ほか・前掲注(4) 一頁以下。
- (6) 山本真敬「憲法判断を含む判決とその事後処理」山本龍彦・白井誠・新井誠・上田健介『国会実務と憲法——日本政治の「岩盤」をみる』(二〇二四年、日本評論社) 一〇五頁以下。
- (7) 山田・前掲注(4) 二八八頁。
- (8) 「改善義務」として、櫻井智章「参議院『一票の格差』違憲状態」判決について」甲南法学五三巻四号(二〇一三年) 六一頁以下。「是正義務」として、棟居快行「参議院議員定数配分をめぐる近時の最高裁判例——最高裁平成26年11月26日大法廷判決を中心として——」レファレンス平成二七年七月号(二〇一五年) 一頁以下。
- (9) 「事後改善義務」として、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——」立教法学七五号(二〇〇八年) 六七頁以下、および、青井未帆「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」信州大学法学論集一二号

- (11) 必要に応じて「行為規範」型から「権利侵害」型へ再転換することもできよう。櫻井・前掲注(4)一五六頁参照。
- (12) 違憲状態判決に伴う法改正の「責務」について憲法上の義務と解するものとして、佐々木雅寿「最高裁判所と国会との『対話』と『違憲状態・結論合憲判決』」法学館憲法研究所 Law Journal 二九号(二〇二四年)一六二頁以下参照。
- (13) 例えば、安念潤司「いわゆる定数訴訟について—4—」成蹊法学二七号(一九八八年)一三一頁、山本真敬『立法裁量と過程の統制』(二〇二二年、尚学社)など。
- (14) 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(二〇一三年、三省堂)。
- (15) 川崎政司「違憲審査をめぐる国会の対応等」山本龍彦ほか・前掲注(6)九二頁以下、および、山本真敬「憲法判断を含む判決とその事後処理」山本龍彦ほか・前掲(6)一〇五頁以下。なお、川崎によれば、「違憲状態判決」の場合、形式的には合憲判決であるが、実質的には違憲判決として国会において検討が行われることがほぼ慣例化しているという。
- (16) 渡辺千原は、凍結精子による死後生殖事件(最判平成一八年九月四日民集二〇卷七号二五六三頁)や代理懐胎事件(最判平成一九年三月二三日民集六一卷二号六一九頁)での「立法による速やかな対応が強く望まれる」という最高裁の判示を挙げる。渡辺千原「司法改革期移行の家族法判例の展開 立法府との対話の観点から」市川正人、大久保史郎、斎藤浩、渡辺千原『現代日本の司法——「司法制度改革」以降の人と制度』(二〇二〇年、日本評論社)八頁参照。
- (17) 山本龍彦・上田健介(司会)、橘幸信、川崎政司、白井誠、赤坂幸一「座談会」国会実務と憲法学」山本龍彦ほか・前掲注(6)二四七頁以下。
- (18) 大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学一四卷一号(二〇〇七年)一七一頁以下、同「判批」法学六四卷六号(二〇〇一年)一四二頁以下参照。なお、西陣ネクタイ判決事件と事後的是正義務につき石塚壮太郎「生糸

の輸入制限と経済活動の自由」憲法判例百選Ⅰ〔第八版〕(二〇二五年) 一九四頁以下。

(19) 川崎政司『法を考えるヒントⅠ キーワードから現代の法を読む』(二〇一六年、日本加除出版) 二二七頁以下。

(20) 行政改革推進会議「アジャイル型政策形成・評価の在り方に関するワーキンググループ提言…行政の「無謬性神話」からの脱却に向けて」(二〇二二年五月) など参照。

(21) 川崎政司「立法における法・政策・政治の交錯とその『質』をめぐる対応のあり方」井田良、松原芳博編『立法学のプロンティア3 立法実践の変革』(二〇一四年、ナカニシヤ出版) 六一頁。政策の見直しにつき、西出順郎『政策はなぜ検証できないのか 政策評価制度の研究』(二〇二〇年、勁草書房)、村上裕一『アジャイル・ガバナンスの新規性』北大法学論集七五巻一—二号(二〇二四年) 一頁以下など。具体的な統制手法の検討に当たっては行政学との連携が有用であると思われ、村上也立法及び裁判所によるアジャイル・ガバナンス統制の重要性を指摘するところである。

(22) 神橋・前掲注(9) 一〇一頁以下参照。

(23) 行政手続法三八条二項は「命令等制定機関は、命令等を定めた後においても、当該命令等の規定の実施状況、社会経済情勢の変化等を勘案し、必要に応じ、当該命令等の内容について検討を加え、その適正を確保するよう努めなければならない」と規定するが、この努力義務は状況次第で法的義務と解され(高木光、常岡孝好、須田守『条解行政手続法(第二版)』(二〇一七年、四四五頁)〔常岡孝好〕、「随時適合化義務」とも呼ばれる(児玉弘「福島第一原発事故国家賠償請求訴訟の現状と展望」山下竜一編『原発再稼働と公法』(二〇二二年、日本評論社) 二二〇頁以下)。なお、多くの事項が命令等に委任される日本では、法律のみならず命令等(あるいはガイドラインなど)をも念頭に、見直しに関する憲法上の要請が考察されうる。たとえば、鉄道運転士の受験資格につき、鉄道営業法の「動力者操縦者運転免許に関する省令」(昭和三十一年制定)は、石原式検査表(一九一六年考案)による色覚の「正常」を要求していた。二〇二四年の省令改正を受けて、新しい検査方式(一九四七年考案のパネルD五一テスト)が採用されて、ようやく従前の不合格者の約半数に門戸が開かれるに至っているという。職業の自由という基本権の問題であり、定期的な見直しが不可欠であろう。川端裕人『新版「色のふしぎ」と不思議な社会 2020年代の「色覚」原論』(二〇二五年、筑摩書房) 参照。

- (24) 国会による政策評価について、木下和朗「立法評価——立法の質を向上するための制度及び手法に関する考察」法律時報九七巻五号（二〇二五年）二〇頁以下、只野雅人「憲法の政治機構と国会制度」法学館憲法研究所『Law Journal』二六号（二〇二二年）四二頁以下、糖塚康江『代表民主制と民主主義』（二〇一〇年、日本評論社）など参照。
- (25) 見直し条項の意義も再考されうる。見直し条項をめぐる最近の議論として、小川有希子「フランス生命倫理法における『見直し条項』——その法的位置づけと機能に関する憲法学的考察」帝京法学三四巻二号（二〇二二年）一七一頁以下、山下瞬「多変量解析による見直し条項の定量分析——『応答的法』に向けて——」社会法学九一号（二〇二五年）一七〇頁以下、岡本哲和「政策デザインとしての見直し条項——国会における利用とその規定要因」政策創造研究一〇号（二〇一六年）一頁以下など参照。
- (26) 渡辺康行、宍戸常寿、松本和彦、工藤達朗『憲法Ⅰ 人権（第二版）』（二〇二三年、日本評論社）二六一頁「宍戸常寿」。
- (27) BVerfGE 110, 141 (158)。
- (28) 立法者の事後的是正義務が問題となる状況について、詳しくは、拙稿「立法者の予測と事後的是正義務——ドイツ連邦憲法裁判所判例を中心に」法学政治学論究九六号（二〇一三年）三四三頁以下参照。なお、ここでいう「不確実性」は、リスクマネジメント領域に限定されず、より広く事情の変化のしやすさを意味する。
- (29) 以下、監視・再検討・是正義務の各内容とその法的義務性について詳しくは、拙稿「立法者の事後的是正義務の法的構造——ドイツの判例・学説を中心に」法学政治学論究一三九号（二〇二三年）一頁以下参照。
- (30) 畑尻剛、工藤達朗編『ドイツの憲法裁判（第二版）連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』（二〇一三年、中央大学出版部）「有澤知子」など参照。
- (31) 法律の一生における時系列につき、拙稿「法律制定後における立法者の憲法上の義務——事後的是正義務を中心に」憲法理論研究会編『対話的憲法理論の展開』（二〇一六年、敬文堂）一五九頁以下参照。
- (32) 以下、見直し条項や立法事後評価制度について詳しくは、拙稿「立法者の事後的是正義務と『見直し条項』」法学政治学論究一四四号（二〇二五年）一頁以下参照。

- (33) 以下、判決形式と事後的に正義務について詳しくは、拙稿「事後的に正義務と新規義務」法学政治学論究 10 号 (二〇一四年) 103 頁以下参照。
- (34) *Gunther Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, S. 171 ff.
- (35) *Christoph Gusy*, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, ZRP, 1985, S. 291 ff. (S. 292 ff.).
- (36) *Rudolf Steinberg*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Der Staat 26 (1987), S. 161.
- (37) *Christian Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1995.
- (38) *Dieterich Murswiek*, Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 188.
- (39) *Stefan Huster*, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, Zeitschrift für Rechtssoziologie 24, 2003, Heft 1, S. 3 (S. 15 f.).
- (40) Vgl. *Wolfram Höflig / Andreas Engels*, Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, *Winfried Kluth, Günter Krings* (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, S. 851.
- (41) *Peter Nagel*, Problemaffinität und Problemvergangenheit - Eine Betrachtung zur Beobachtungspflicht des Gesetzgebers -, DÖV, 2010, Heft 6, S. 265 (269 f.).
- (42) *Christian Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 364.
- (43) *Andrea Kiebling*, Beobachtungs- und Evaluationsaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 2018, 38 (1), S.60 (60 ff.).
- (44) *Alix Schlüter*, Das „lernende Gesetz“? Zur Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, *Sandra Lukosek, Alix Schlüter* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Band 7, 2024, S. 25 ff.
- (45) *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR, Band 130, 2005, S. 5 ff. 1990 年代以降、ホフマン・リーム、シホミント・アスベン、フォスターらの改革派行政学者は、「新しい行政法学」として、「保障国家論」を提唱してきた。「学習する法」はその潮流の一

- 部をなす。「新しい行政法学」及び「保障国家論」を論じる邦語文献として、板垣勝彦『保障行政の法理論』（二〇一三年、弘文堂）、高橋雅人『多元的行政の憲法理論——ドイツにおける行政の民主的正当化論』（二〇一七年、法律文化社）。また、その批判として三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（二〇一三年、尚学社）など参照。
- (46) 不確実性下における立法者の知識生成過程について、帆足優希「知識の動態化と議会留保の変容（一）（二・完）：日独医薬品法を例として」九大法学一二四号（二〇二四年）八三頁以下、同一二五号（二〇二五年）一〇九頁以下参照。
- (47) *Marion Albers*, Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen: Schritte von der symbolischen Politik zum lernenden Recht, *Verw Arch*, 99 (2008), S. 481 (485).
- (48) 立法事後評価制度は、事後的是正義務の実現に資する見直し制度として議論されている。Vgl. *Nagel*, a. a. O., (Anm. 41), *Eda Tekin*, Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht, 2013, 4. *Daniel Oliver-Lanana*, Due Post-legislative Process? On the Lawmakers' Constitutional Duties of Monitoring and Revision, *Klaus Meßerschmidt, A. Daniel Oliver-Lanana* (eds.), *Rational Lawmaking under Review - Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, 2016, S. 257 ff. *Eda Tekin*, Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht, 2013, 行政が主体である立法事後評価制度に加え、議会における委員会や研究機関や大学への外注による見直しも議論されている。Vgl. *Ulrich Smeddinck*, Gesetzgebungsmethodik und Gesetzestypen, *Kluth, Krings* (Hrsg.), a. a. O., (Anm. 40), S. 69, *Margyit Seckelmann*, Evaluation und Recht, 2018, S.184 ff.
- (49) *Bickenbach*, a. a. O., (Anm. 41), S. 364.
- (50) *Iris Schomäcker*, Die Neuregelungsverpflichtung des Gesetzgebers bei erkannter Verfassungswidrigkeit, *Daniel Bernhard Müller, Lars Dittrich* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* Band 6, 2022, S. 743.
- (51) 高見勝利はグーリーの論考を引用し、「最適な立法方法」の法的義務性を否定した。高見勝利『現代日本の議会制と憲法』（二〇〇八年）二五二頁以下。

- (52) 西村枝美は「最適な立法方法」とは憲法上の規範であると結論付けるが、その裁判規範性を否定する。西村枝美「立法過程への法的アプローチ」東北学院大学論集五七号(二〇〇〇年)一頁以下。
- (53) 手塚貴大『租税政策の形成と租税立法』(二〇一三年)二九七頁以下。
- (54) 小山剛『基本権保護の法理』(一九九八年、成文堂)五三頁。
- (55) 宮地基「西ドイツ連邦憲法裁判所による規範統制判決の展開と機能——『違憲宣言判決』および『警告判決』をめぐって」神戸法学雑誌三九卷四号(一九九〇年)九三九頁以下。
- (56) 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」阪大法学四九卷一号(一九九九年)二六九頁以下、同「立法者に対する法改正の義務付け——改善義務に関するドイツの学説の考察——」阪大法学五三卷六号(二〇〇四年)一五三頁以下。
- (57) 大橋洋一『対話型行政法学の創造』(一九九九年)二八〇頁。
- (58) 岡田俊幸「判断過程統制の可能性」法律時報八三卷五号(二〇一一年)五五頁以下、山本真敬・前掲注(13)二〇九頁。
- (59) 植松健一「ドイツの治安法制における立法事後評価(一)」立命館法学三七九号(二〇一八)一〇六一頁以下、同「ドイツの治安法制における立法事後評価(二・完)」立命館法学三八三号(二〇一九年)一二二頁以下。
- (60) 辛島了憲「ドイツ一般平等原則における審査モデルの一検討・フスター・モデルを中心に」一橋法学一九卷二号(二〇二〇年)二七一頁以下。
- (61) 高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所の『三段階説(Drei-Stufen-Lehre)』——『比例原則』・『機能法的アプローチ』との結びつきを中心に——」一橋法学一七卷三号(二〇一八年)八八三頁以下。
- (62) 西土彰一郎「デジタル空間における健全性の確保に向けて」法学館憲法研究所二〇二三年二月一八日 https://www.jiclp.jp/articles/opinion_20231207.html。
- (63) 宮地基「ドイツ連邦憲法裁判所における判決形式の新展開——将来無効判決をめぐって」広島法科大学院論集二一号(二〇二五年)四五頁以下。
- (64) 山本真敬「いわゆる継続的妥当命令について——ドイツにおける違憲確認判決(憲法不適合宣言)の効果論の現

在——」愛敬浩二、蟻川恒正、阪口正二郎編『憲法学の領分 中島徹先生古稀記念論集』五〇六頁（二〇二五年、日本評論社）。

（65） 宍戸常寿「立法の『質』と議会による将来予測」西原博史編『立法学のフロンティア2 立法システムの再構築』（二〇一四年、ナカニシヤ出版）六〇頁以下。

（66） 小山・前掲注（54）六頁。