

# 事情の変更による違憲判断について

櫻井智章

- 一 はじめに
- 二 最高裁判例を中心とした《問題》の現状
- 三 おわりに

## 一 はじめに

近時、最高裁判所における「違憲審査の活性化」が指摘されている<sup>①</sup>。実際、ここ数年で多くの重要な違憲判決が下されている<sup>②</sup>。それだけでなく、結論として合憲と判断された判例においても、非常に特色のある個別意見が付される例が数多くみられるところである。

こうした最近の憲法判例の大きな特色の一つとして指摘しうるのは、「制定当時は合理性を有していた法律が、

その後の社会状況の変化によって合理性を喪失したが故に憲法違反である」という判断手法である。こうした判断手法は、「いまや違憲判決の定石的手法」<sup>(3)</sup>とさえ評されている。本稿は、このような「法律制定後における事情変更を考慮して違憲判断を下す」という判断手法の《問題》について考察することを主たる目的としている。

とはいえ、本稿の意図は「最近の判例における判断手法を主題化する」ということにとどまるものではなく、未だ試論的な習作の域を出ない備忘メモ的なものにすぎないことは十分承知しつつも、本稿筆者なりに、「憲法訴訟」への新たな展望を開く一里塚としようと試みるものである。

以上の点につき本稿筆者の個人的な問題関心から若干敷衍すれば、かつての「憲法訴訟論」は、一時隆盛を極めたものの、アメリカ判例の直輸入に過ぎるという批判や技術論に過ぎるという批判等を受け、さらに最高裁判例との乖離もあって、その後いったん下火になっていった。<sup>(4)</sup>その上、憲法学に限らず法学全般（更に風呂敷を広げて言えば「学問」全般）の趨勢に倣い、伝統的に西洋諸国の先進的な「知」を受容することによって発展してきた（憲）法学にとって、コモン・ローやエクイティーといった「英米法」的な背景を共有せず、かといって特別な「憲法裁判所」という大陸法的な制度を受容しなかった戦後日本において、アメリカやドイツの憲法判例のあり方は、当然にそのまま妥当するものでは勿論なく、「比較憲法的な行き詰まり」の観を呈していたように見受けられる。

しかし、「憲法訴訟論」という問題領域自体の重要性が低下したわけではなく、かつての諸批判を克服した憲法訴訟論の構築が要請されていたことは言うまでもないことであった。その意味では、憲法訴訟論が今日再び活況の観を呈している状況は、ある意味では当然のことであつたということができるであろう（しかし、その際にアメリカ型司法審査基準論かドイツ型三段階審査か、という新たな「模範国」<sup>(7)</sup>を模索するかのような近時の議論は

不毛な対立であると考えている)。

以上のような学問的状況とともに、近時において憲法訴訟論が再び脚光を集めるようになった原因としては、より大きな時代背景が指摘されるべきであろう。即ち、「学説(理論)と実務(実践)の架橋」を掲げるロースクルの設置である。これによって憲法学のあり方が、旧来のものとは大きく変わったように思われる(学説における変化)。加えて、ロースクルの設置をもたらした司法制度改革に際して強調されたのは「立法・行政に対する裁判所のチェック機能の充実・強化の必要」であり、この点が近時における最高裁判所の判例の大きな展開の一因であることは、一般に指摘されているところである(判例における変化)<sup>(8)</sup>。憲法訴訟論が新たな段階に踏み出そうとしていることが実感される昨今の状況にあつて、こうした近時の判例の動向を踏まえて、そのあり方を検討することは、学説側に課せられた大きな役割だと考えられる。

また、ロースクル時代にあつて、「学説と実務の架橋」とともに重要なのが、「公法」としての「憲法と行政法の統合(融合)」である。<sup>(9)</sup>戦前においては、担い手の同一性によって担保されていた「憲法と行政法の統合」が、戦後それぞれ専門分化する過程で生じた憲法と行政法のギャップを埋める作業も、近時の公法学においては非常に大きな課題だといえることができる。本稿で扱う「事情の変更による違憲判断」という《問題》については、例えば最近出版された新しい教科書において「近時の重要な違憲判決では、当初は合憲であった法令が、その後の立法事実の変化(在外日本国民選挙権訴訟では、通信手段のめざましい発達などがそれにあたる)によって違憲になった(なる)と判断されていることにも注意しておきたい」<sup>(10)</sup>と述べられているように、旧来の憲法訴訟論の文脈では、「立法事実論」とよばれる問題領域と密接に関連していることは、容易に看取しうるであろう。しかしここで指摘されるべきは、この《問題》が「違憲(性)判断の基準時」という問題と密接に関連しているという

ことである。そして、この「違憲性判断の基準時」という問題は、在外邦人選挙権訴訟の調査官・杉原則彦も述べているように、「あまり論じられたことがなく、困難な問題である」。こう指摘した杉原は、「この問題を考えるにあたって参考になるものとして」行政法学における違法（性）判断の基準時に関する議論を取り上げている。<sup>(11)</sup> 実際、行政法学においては、「違法（性）判断の基準時」に関して多くの概説書・体系書で論じられている。<sup>(12)</sup> それに対して「違憲性判断の基準時」については、「憲法訴訟」と題する書物においても、それ自体として主題化して論じられることはない。そのこと自体、憲法学と行政法学の相違として興味深いところである。とはいえ、そもそも「行政の行為が法律に反するか否かに関する裁判所の審査」（行政訴訟）と、「法律が憲法に反するか否かに関する裁判所の審査」（憲法訴訟）は、構造上類似しているように見えるにもかかわらず、両者を同様に考えるべきか否かは、それ自体非常にコントロールバーシカルな問題である。<sup>(13)</sup> 更に、この問題は、「憲法と法律の関係」と「法律と行政の関係」の相違という問題と切り離して考えることはできないであろう。<sup>(14)</sup> しかし、主として第二次大戦後によりやく普及した憲法訴訟に対して、「法律による行政」の原理（国民代表議会による行政の事前的・一般的コントロール）並んで、「法治国家」の礎石と位置付けられてきたのが、「行政裁判」制度（独立の裁判所による行政の事後的・個別的コントロール）である。行政訴訟に関しては、憲法訴訟以上に議論の蓄積があるといえる。行政訴訟の技術論・原理論は、本来的には、憲法訴訟にとって有益な視座をもたらずである。実際、比例原則や裁量統制などに関して行政法上の概念が導入されている現状に鑑みれば、行政訴訟との異同を考察することは重要な作業であると考えられる。

本稿は、以上のような問題関心から、「事情の変更による違憲判断」（及び「違憲性判断の基準時」という《問題》）について検討を加えようとするものである。

## 二 最高裁判例を中心とした《問題》の現状

(1) 近時の憲法判例において大きな役割を果たしているのが、「事情の変更による違憲判断」という判断手法である。以下、具体的にみていくこととする。

①在外邦人選挙権訴訟(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) 本判決については、憲法上・行政法上の重要な論点がいくつもあり、既に評釈・解説も多数出されているので、詳細には立ち入らない。本稿に関連する点のみを挙げれば、平成一〇年の公職選挙法の改正により、在外選挙制度を比例代表選挙に限ったのみ認めたことは、改正当時の事情に照らせば「全く理由のないものであったとまでいうことはできない」としつつも、その後の在外選挙実施の実績や通信手段の発達等という事情の変化を指摘して、憲法違反と判断したのであった。この判例については、調査官であった杉原則彦の見解も含めて、後に検討することとする。

②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) 本判決についても、多くの論点があるが、本稿に関連する点のみを挙げれば、準正のあった場合に限り日本国籍の取得を認めたことは、昭和五九年の国籍法改正「当時の社会通念や社会的状況の下においては」合理的な根拠があったとしつつも、その後の「社会通念及び社会的状況の変化」(家族生活や親子関係に関する意識の多様化、出生数に占める非嫡出子の割合の増加等、家族生活や親子関係の実態の変化・多様化)、国際化の進展に伴う国際的交流の増大、条約の批准や諸外国の法改正等の国際的な社会的環境の変化を指摘して、「立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法三条一項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっているというべきである。……本件区別は、遅くとも上告人

が法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、立法府に与えられた裁量権を考慮してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていたと解される。したがって、上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法三条一項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法一四条一項に違反するものであったといふべきである」と結論づけた。

③非嫡出子の相続分（民法九〇〇条四号但書前段）を巡る一連の判例 結論としては憲法違反という判断にはならなかったものの、法律制定後の事情の変更が重要な役割を果たしているのが、非嫡出子の相続分を巡る一連の判例である。その出発点である最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁においては、周知のように、多数意見は「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと」と位置づけて合憲と判断したのに対して、中島敏次郎ら5裁判官の反対意見は、「法律が制定された当時には立法目的が合理的でありその目的と手段が整合的であると評価されたものであっても、その後の社会の意識の変化、諸外国の立法の趨勢、国内における立法改正の動向、批准された条約等により、現在においては、立法目的の合理性、その手段との整合性を欠くに至ったと評価されることはもとよりあり得る」との一般論を前提とした上で、「少なくとも今日の時点において、婚姻の尊重・保護という目的のために、相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重及び平等の原則に反し、立法目的と手段との間に実質的関連性を失っている」と述べていた。それだけでなく、合憲論に与した裁判官にあっては、千種秀夫・河合伸一裁判官の補足意見において「一般に、ある法律の規定について、制定当時においては合理的理由があったが、その後の時の経過とともに対象とする事柄をめぐる諸事情が変化し、その合理性が疑問とされる事態の生じること、あり得るところである」と述べられ、大西勝也裁判官の補足意見（園部逸夫裁判官も同調）でも、旧法制定時及び昭和二二年改正時においては「それなりの合理性を有していた」としつつ、

社会事情の変化、国民感情の変化、国際的環境の変化を根拠として「制定当時有した合理性は次第に失われつつあ[る]」とされていた。これらの補足意見においては、事情の変更による合理性の喪失を認めつつも、その場合に対応すべきは第一次的には立法院（国民代表議会）である、と結論づけている点にも注目しておく必要がある。ともあれ、こうした見解はその後の諸判例における個別意見で繰り返し返されることとなる。即ち、最一判平成二年一月二七日判時一七〇七号一二一頁における藤井正雄裁判官の補足意見、最二判平成五年三月二八日判時一八二〇号六二頁における梶谷玄・滝井繁男裁判官の反対意見、最一判平成一五年三月三十一日判時一八二〇号六二頁における島田仁郎裁判官の補足意見、深澤武久裁判官の反対意見、最一判平成一六年一〇月一四日判時一八八四号四〇頁における才口千晴裁判官の反対意見、最二決平成二一年九月三〇日判時二〇六四号六一頁における竹内行夫裁判官の補足意見が挙げられる。特に最後の竹内補足意見は、相続が発生した平成一二年六月三〇日を基準時とすることが示されており、後に扱う「違憲性判断の基準時」問題にとっても重要である。

④最大判平成二三年三月二三日裁判所時報一五二八号一頁 本判決は、いわゆる「一人別枠方式」について、導入された当時においては「国政における安定性、連続性の確保を図る」必要性を考慮し、更には「何よりもこの点への配慮なくしては選挙制度の改革の実現自体が困難であった」といった事情を考慮して、「合理性があった」としつつ、「新しい選挙制度が定着し、安定した運用がなされるように」なっていた平成二一年八月三〇日の選挙当時においては「合理性は失われていたものというべきである」とし、「憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたものといわなければならない」と判示した。もともと、「憲法上要求される合理的期間内に是正がされなかったもの」という理由から、結論においては合憲との判断となった。本稿との関係では、一連の定数不均衡問題は重要な位置を占めるので、後に改めて扱うこととする。



⑤最三判平成一七年四月二六日判時一八九八号五四頁 本判決では、農作物共済の当然加入制について、農業災害補償法が制定された昭和三二年当時は「その必要性和合理性を有していた」としつつ、「その後、社会経済の状況の変化に伴い」米が供給過剰となつて生産調整が行われたことや食糧管理法が廃止されたといった事情にもかかわらず、「その必要性和合理性を失うに至つていたとまではいえない」と判示された。ここでは、一般に経済状況の変化には顕著なものがあるため、「事情の変更による違憲判断」という判断手法は、本判決に限らず経済的自由の領域でもしばしば見られるものであることを指摘するにとどめる。

以上、網羅的ではないが、最近の主要な判例において事情変更を考慮に入れた憲法判断が非常に重要な役割を果たしていることについて確認した。その他、学生無年金訴訟の第一審判決（東京地判平成一六年三月二四日判時一八五二号三頁）をはじめとして、下級審までも視野に入れると、かなりの数の裁判例において重要な役割を果たしているが、本稿ではとりあえず最高裁判例に限定して、以下若干の検討へと移ることとする。

(2) ①④については、選挙権が問題となつた事案であり、②③については、非嫡出子が問題となつた事案である。

③の諸判例については、②判例の影響により、判例変更の可能性も示唆されていたが、前掲・最二決平成二一年九月三〇日においては、なお合憲と判断された。もともと、未だ先行き不透明な状況であり、今後の判断が注目される。

①判例については、選挙権の重要性を理由として厳格な審査が行われたという解説が多くなされており、最高裁の判例のみを読むとそのように理解するのが自然であろう。しかし、④判例をも踏まえて再考すると、そもそ



も選挙権の権利としての重要性もさることながら、選挙制度を議会が創設するという選挙事項法定主義の固有の問題性に、最高裁判所が着目している点に注意すべきであろう。即ち、選挙権は重要な権利であるから国民を代表する国会において法律で定めなければならない。しかし、選挙は国会議員の身分・利害に関わる事柄であって、ここには利益相反状況が発生しているのであり、立法者に対する信頼をそもそも語り得ない局面である。④判例においては、一人別枠方式は法律を成立させるための妥協的・過渡期的な措置であると位置づけ、「おのずからその合理性に時間的な限界があるものというべき」であると時間的な限界を設定した。こうした観点から①判例を読み直すと、調査官解説において、新聞記事の引用という形ではあるが、政府・与党が在外選挙制度に否定的だったのは、在外邦人には都市部出身の者が多く、在外選挙を認めることは野党に有利になるといった背景事情に触れられていることが注目に値するであろう。<sup>16</sup>在外選挙制度を比例代表選挙に限定したことも、法律を成立させるための妥協的・過渡期的な措置であると位置づけ、時間的な限界を設定し、安定した運用がなされるになったことから違憲判決を下した、と評価することも可能となる（このように理解すれば、在宅投票制度に関する最一判昭和六〇年一月二二日民集五九卷七号二〇八七頁、最一判平成一八年七月一三日判時一九四六号四一頁との相違も、従来の説明とは違った様相を呈してくるものと思われる）。

更に④判例は、「事情の変更による違憲判断」という判断手法を採用することによって、平成一一年判決（最大判平成一一年一月一〇日民集五三卷八号一四四一頁）、平成一九年判決（最大判平成一九年六月一三日民集六一卷四号一六一七頁）等において下していた合憲判断と矛盾・抵触することなく、「違憲状態」になっているとの判断を下すことができたことにも、注意する必要がある。

(3) こうした「事情の変更による違憲判断」という判断手法については、「新しい違憲判断の手法である」という評価がなされることもある。しかし、最高裁判例においては、古くから扱われてきた《問題》だといえることができる。

例えば、「生命は尊貴である。一人の生命は、全地球よりも重い。」という有名なフレイーズで始まる死刑合憲判決（最大判昭和二三年三月一二日刑集二卷三号一九一頁）においては、島保裁判官らが「ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によつて定まる問題である。而して国民感情は、時代とともに変遷することを免がれないのであるから、ある時代に残虐な刑罰でないとされたものが、後の時代に反対に判断されることも在りうることである。したがつて国家の文化が高度に発達して正義と秩序を基調とする平和的社会が実現し、公共の福祉のために死刑の威嚇による犯罪の防止を必要と感ぜない時代に達したならば、死刑もまた残虐な刑罰として国民感情により否定されるにちがいない。かかる場合には、憲法第三一条の解釈もおのずから制限されて、死刑は残虐な刑罰として憲法に違反するものとして、排除されることもあろう」と述べ、国民意識の変化によつて違憲となりうることを示唆していた<sup>(18)</sup>。

もっとも、他方でチャタレー事件（最大判昭和三二年三月一三日刑集一一卷三号九九七頁）のように「かりに一步譲つて相当多数の国民層の倫理的感觉が麻痺しており、真に猥褻なものを猥褻と認めないとしても、裁判所は良識をそなえた健全な人間の観念である社会通念の規範に従つて、社会を道徳的頹廢から守らなければならぬ」という国民意識の変化によつては左右されないという立場も存在していたし、尊属殺違憲判決（最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号二六五頁）においては、外国法の変化や日本における法改正の動向といった要素は、旧来の合憲判決を見直す契機となつてはいるものの、違憲判決を導く際の決定打とはされていない。

しかし、見逃すことができないのは、議員定数不均衡に関する初の違憲判決である昭和五一判決（最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三号二二三頁）である。この判決では「一般に、制定当時憲法に適合していた法律が、その後における事情の変化により、その合憲性の要件を欠くに至つたときは、原則として憲法違反の瑕疵を帯びることになるというべきである」という一般論が示され、その下で人口の異動によって拡大した投票価値の不平等を憲法違反と判断したのであった。

（４）そして、この昭和五一年判決において、既に「違憲性判断の基準時」という《問題》についても、既に一定の解答が与えられていた。即ち、法律制定時説は採用しないという最高裁判所の見解が示されていたのである。ここで、行政訴訟（特にその中心をなす／なしてきた取消訴訟）における違憲性判断の基準時に関する議論へと目を移してみることにする。この「違憲性判断の基準時」という問題点は、『行政法の争点（新版）』で「違憲性判断の基準時の問題は……行政実体法、手続法の問題に解消されるべき問題である。今後は何故わが国で違憲性判断の基準時が争点になったのか、この点こそ学説史上の『争点』になる必要があるまいか」<sup>(19)</sup>と述べられ、第3版においては項目すら消えている「争点」である。しかしながら、戦後行政法学において圧倒的なプレゼンスを誇った田中二郎の見解が通説ではなかったという点においても、非常に興味を引かれる「争点」である。<sup>(20)</sup>そこでは、それぞれ若干の留保や修正を伴いながらも、処分時説と判決時（事実審の口頭弁論終結時）説が唱えられていた。その上で、田中二郎らが主張する判決時説<sup>(21)</sup>ではなく、処分時説が判例・通説であり、しかもその際に、伝統的には「判決時説を採用することは行政権の侵害である」ことを主たる根拠として処分時説が説かれていた<sup>(23)</sup>のである。現在では、このような大上段の論拠を振りかざすことは避けられているが、ともかく処分時説とは「裁

判所が行政処分の違法・適法を判断するに当っては、行政庁自身がその処分を行うに際し利用し得た範囲の法令・事実のみを、判断のための資料として用いるべきである、という考え方<sup>(24)</sup>である。

こうした状況に鑑みれば、「法律制定（立法）時説でなければ立法権の侵害である」「裁判所が法律の合憲・違憲を判断するに当っては、国会自身が立法を行うに際し利用し得た範囲の法令・事実のみを、判断のための資料として用いるべきである」という主張が登場しても、本来は不思議ではないはずである<sup>(25)</sup>。しかしながら、そのような批判は寡聞にして聞かない。

判例上は、定数不均衡昭和五一年違憲判決において、先述のように「一般に、制定当時憲法に適合していた法律が、その後における事情の変化により、その合憲性の要件を欠くに至つたときは、原則として憲法違反の瑕疵を帯びることになるといふべきである」としつつも、違憲と断ずるためには、「合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われぬこと」をも要件とし、立法者への「敬讓」を示していた。そのため、逆に政治部門への過度の配慮が批判されることはあつても、立法権の侵害として批判する見解が見受けられないのではないかと思われる。

学説上は、「立法事実」論の導入が重要であろう。そして、この点では、自身「とくに立法事実のアプローチは、その後一般に広く認められ、憲法訴訟のあり方を大きく規定する意義を持つようになってきた<sup>(26)</sup>」と述べるように、立法事実論が憲法訴訟において決定的に重要となる契機となつた芦部信喜の論文「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査<sup>(27)</sup>」が、やはり逸することのできない文献である。同論文において芦部は「裁判所が立法当時議会の利用できなかった経験と知識にもとづいて憲法上の主張を衡量できる能力をもつということ、ここにこそ司法部に法律を独立に審査させる一つの主要な理由が存するといつてよい<sup>(28)</sup>」と述べ、裁判所が「後知恵<sup>(29)</sup>」を用いて審査す

ることを正面から全面的に肯定していた。また別の論文でも「立法事実とは、法律の基礎にあつて、それを支えている——法律の背景となる社会的・経済的事実——であるが、憲法訴訟で問題となるのは、立法当時の過去の事実そのものではなく、現在すなわち裁判時において、立法を支える事実に合理性があるか否かを明らかにすることである。したがつて、ある法律または法律の規定を支えるポリシーが変転する社会の事実状態に適合しなくなった場合は、立法時の立法事実の合理性が認められるものであつても、現在合理的根拠が存在しないことを主張・立証して、合憲性を争うことができる<sup>(30)</sup>」と述べていた。このように、裁判所が「後知恵」を用いて審査することこそが、「立法事実」論のポイントの一つとされていたのである。芦部と並ぶ憲法訴訟論のパイオニア・時國康夫も「立法の必要性を裏付ける立法事実が立法時に存在していると認められる場合にも、その立法の必要性を裏付ける立法事実が現在迄に存続を止めるに至つたということを立証し、その禁止規定を違憲と攻撃することも出来る<sup>(31)</sup>」と述べていた。

以上のように、立法事実論を採用するということは、違憲性判断の基準時に関して言えば、法律制定時説を採用しないことを意味する。それにもかかわらず、「立法権の侵害」であるという批判は起こっていない。そうした原因として、立法事実論の紹介・導入のあり方を挙げることができるのではなからうか。先述のように、この点について大きな影響力を持った芦部信喜の論文は、題名からして「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」であつたように、立法事実論を合憲性推定の原則と結びつけて紹介・導入が試みられていた。そもそも立法事実論自体が、立法者への一定の「敬讓」をビルト・インしているものとして導入されたのである。なかでも、立法事実の変更を指摘して違憲判決を下す場合には、「法律制定当時は合憲であつた」と述べることによって、立法者（国民代表議会）の面子を立てているようにも見える。実際、宍戸常寿は、近時の法令違憲判決に含まれる三つ

の特徴として、①目的達成手段の合理性・必要性の否定、②立法事実の変遷の強調、③部分無効判決を挙げ、「これらの特徴はいずれも裁判所の立法府に対する敬讓で相互に結びついている」と指摘している<sup>(32)</sup>。

しかし、長谷部恭男が鋭く指摘しているように<sup>(33)</sup>、「司法積極主義」との批判を浴びかねない正面からの違憲判断を避けることは、必ずしも政治部門の判断への敬讓を払うものとはいえない場合があることにも注意する必要がある。「事情の変更による違憲判断」という判断手法においては、立法者は一見面子を立てられているように見えながら、実のところ有権的な事実認定権を奪われているのである。しかも、こうした判断手法による違憲判断においては、後述のように、単に客観的な違憲性のみが問題となるのではなく、「責任」の領分とも交錯する「違憲の主観化 (Subjektivierung des Verfassungsverstößes)」<sup>(34)</sup>を指摘しうるであり、立法者は放置・怠慢を責められているのである。実際には「敬讓」とは程遠い判断がなされていると評価しうるのではあるまいか？

更に、それで問題は終わらない。先に触れた杉原則彦は次のように述べていた。即ち、「最高裁が違憲立法審査権を行使する場合に、例えば、臨時の措置として定められた法律の規定が事情の変化のために合理性を失い、現時点では違憲無効というべきものになったが、原審の口頭弁論終結時にはいまだ違憲であるとまではいえなかったという場合に、当該法律の規定がなお有効であることを前提として判断するのが相当でないことは明らかであろう。憲法判断の基準時の問題は、事実審の口頭弁論終結時を判決の既判力の基準時とするという訴訟法上の判決の効力の問題とは別の問題である。そうすると、最高裁判所大法廷が違憲判断を下す際の違憲性判断の基準時は最高裁の判決言渡し時であるというべきである」<sup>(35)</sup>。このように述べて、事実審の口頭弁論終結後の事情をも考慮に入れて最高裁が違憲判断を下したことを正当化した。

行政法における判決時説も実際には事実審の口頭弁論終結時を基準時としていた<sup>(36)</sup>。ここで杉原は、既判力の基



準時との相違を強調しているが、それは最高裁判所が事実審の口頭弁論終結後の事情をも考慮に入れることを正当化しうる論拠たりうるのであろうか？ 立法事実とは司法事実とは異なるとはいえ、政府側に何ら反論の機会なく、最高裁判所が一方的に（公開法廷で当事者の吟味・弾劾の機会を経ずに）立法事実を認定し、それに基づいて判決を下すことまでも容認するもののであろうか？

更に、国籍法違憲判決においては、多数意見と横尾和子裁判官らの反対意見で立法事実の評価が分かれていた。このように、最高裁の内部でも立法事実の評価が分かれることはありうるのである。しかも、反対意見が数字を挙げて論拠を示しているのに対して、多数意見は「全体として具体性と実証性に乏しく、やや印象論的な論証になっている」<sup>(37)</sup>「多数意見の論証は説得力に欠ける点があることは否定できない」との評価も存するところである。

立法事実の認定のあり方には更なる検討が必要であるように思われる。<sup>(38)</sup>加えて、同様の立法事実の変遷は、既に見たように、非嫡出子の相続分に関する諸判例においても問題となっており、しかも相続分に関する事件においては、政府が一方の当事者にならない私人間の紛争において憲法問題が争われるのである。既に森林法（違憲判決（最大判昭和六二年四月二二日民集四一卷三号四〇八頁））において問題とされていた点ではあるが、<sup>(39)</sup>政府が関与しない憲法訴訟において、異論の余地のありうる立法事実を最高裁判所が一方的に認定することには大きな問題があるように思われる。<sup>(40)</sup>

他方逆に、杉原の立論を前提とするなら、非嫡出子の相続分に関する前掲・最二決平成二二年九月三〇日における竹内行夫裁判官の補足意見では、なぜ最高裁の判決言渡し時を基準時としなかったのであらうか？ 同補足意見においては、論理の構造上、最高裁の判決言渡し時を基準時としていれば、違憲という結論になり得たのであって、最高裁は、事情変更を考慮に入れるか否かについて裁量（考慮に入れても入れなくてもよいという



自由」を有するのであるか？ 換言すれば、立法事実論とは、立法事実の変遷を裁判所が「後知恵」を用いて審査することを「許容」するにとどまる見解なのか、それとも「要請」する見解なのか？ 戸松秀典は「立法事実についての判断は、原則として裁判所の裁量的判断に委ねられる」と述べるが、<sup>(41)</sup>そもそもそれで適切なのだろうか。また、たとえ一般論としては適切であるとしても、いかなる場合に例外が認められるのであろうか？

(5) 以上のような裁判所の権限に関する問題とともに、「法律」概念についても再検討する必要があるように思われる。法律にとって「法的安定性」は、法内在的な道德とすら指摘されうるほど重要な要素である。<sup>(42)</sup>しかしながら、法律の合憲性審査について、「目的・手段」図式に従って必要性・合理性を審査するという合憲性判断方法が導入されたことは重大な意味をもつように思われる。一定の目的を達成するために最適な手段を選択するという目的・手段思考に従った決定においては、目的の達成の成否を常に状況依存的に問われ続けることとなる。そのため、本来は法的安定性を保障するはずの「法律」といえども今や“*clausula rebus sic stantibus*”（事情同一存続条項＝事情変更の原則）<sup>(43)</sup>に服するのである。合憲的に制定された《法律》であったとしても、その後の状況の変化（事情の変更）によって行為基礎（立法事実）が喪失すれば違憲となりうるのである。

とはいえ、目的志向的な《行政》こそが、本来的に“*clausula rebus sic stantibus*”に服するものである。<sup>(43)</sup>行政訴訟において処分時説が採られ続け、憲法訴訟において法律制定時説が採られないという点にバランスの悪さを感じるのは本稿筆者だけであろうか？

(6) 本稿筆者には以上のような多くの疑問点が浮上してくる「事情の変更による違憲判断」という判断手法で

あるが、違憲性を主張する当事者や弁護士立場からは、攻撃のツールが増えることになるため、歓迎されることは間違いないであろう。

更に、こうした手法に基づくのであれば、例えばハンセン病訴訟（熊本地判平成一三年五月一日判時一七四八号三〇頁）について、既に多く指摘されているように、<sup>(4)</sup> 違憲な法律を改廃・除去しなかった「立法不作為」と構成するのではなく、端的に立法の行為基礎の喪失として位置付ければ十分であるといえるだろう。

とはいえ、「事情の変更による違憲判断」という判断手法には、いまだなお多くの理論的・実際的な問題点が残されているように思われる。思いつくままに挙げていくこととする。

第一に、事実の変遷や国民の意識の変化が法規範の効力に影響を与えるという現象は、それ自体大いに興味深い問題である。<sup>(45)</sup> しかし突き詰めれば様々な論点に深入りすることになりかねないこうした大問題に答える用意は、本稿筆者には今のところない。

第二に、「当初合憲だった法律が事情の変更によって違憲となる」という論理構成を採用すれば、どの程度の変化がおれば違憲となるのか、いつから合憲から違憲へと変わったのか、といった疑問が直ちに出てくることは当然である。現に最高裁も、既に何度も取り上げている定数不均衡昭和五一年違憲判決において、「一般に、制定当時憲法に適合していた法律が、その後における事情の変化により、その合憲性の要件を欠くに至ったときは、原則として憲法違反の瑕疵を帯びることになるというべきである」との一般論に続けて「右の要件の欠如が漸次的な事情の変化によるものである場合には、いかなる時点において当該法律が憲法に違反するに至ったものかと断すべきかについて慎重な考慮が払われなければならない」と述べていたし、昭和五八年衆議院判決（最大判昭和五八年十一月七日民集三七卷九号一二四三頁）においては、より直截に「較差の拡大による投票価値の不平等状

態がいかなる時点において憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に達したのかは、事柄の性質上、判然と確定することはできない」と表明されていた。また、前掲・最一判平成十二年一月二七日の藤井補足意見のように「制定後の事情の変化により現在では憲法上容認し得ないと評価されるとしても、そのような評価に至った時点すなわち合憲から違憲へと飛躍的な移行を裏付ける劇的な社会変動をどこに捕らえるかは、甚だ困難である」と述べるものもある。

事実の漸次的な変化という程度問題（量的問題）が、合憲／違憲という質的問題へと転化することを肯定する以上不可避免的に発生する問題であって、こうした判断手法を採用する以上やむを得ないことであろう。とはいえ、程度問題しか語ることのできない事柄によって合憲／違憲を判断するものであるが故に、憲法判断が極めて明確になってしまいうように思われる。

更に、どの程度の社会的変化が生じれば違憲状態となるのか明確ではないため、最高裁判所において一度は合憲と判断を下された後にも、「もはや合理性が失われた」「もはや合理性が失われた」という主張によって憲法訴訟が提起され続けることとなる。非嫡出子の相続分に関する一連の事件がまさにそうであるが、同様の事態は酒税法に関する一連の訴訟についても起こっていた。即ち、リーディング・ケースである最三判平成四年二月一日民集四六卷九号二八二九頁において、昭和一三年酒税法改正「当初は、その必要性と合理性があったといふべき」としながらも、「その後の社会状況の変化と租税法体系の変遷に伴い、酒税の国税全体に占める割合等が相対的に低下するに至った本件処分当時の時点においてもなお、酒類販売業について免許制度を存置しておくことの必要性及び合理性については、……いまだ合理性を失うに至っているとはいえない」という形で合憲判断が下された。そのため、その後、「今や合理性は失われ、憲法二二条一項に違反する」という主張が相次ぐこととなった

（最三判平成一〇年三月二四日刑集五二卷二一五〇頁、最一判平成一〇年三月二六日判時一六三九号三六頁、最一判平成一〇年七月一六日判時一六五二号五二頁、最三判平成一四年六月四日判時一七八八号一六〇頁。なお、これらの諸判例において、免許不許可処分取消訴訟においては処分時、無免許営業の刑事訴訟では犯罪行為時が、それぞれ違憲性判断の基準時とされている）。

同じ憲法問題が立法事実の変化による合理性の喪失を争点として繰り返し争われるという事態は、たとえ判例変更の可能性がありうるとはいえ、果たして望ましいことであろうか？

更に酒税法に関して言えば、そもそも学説側が目的二分論との位置づけに混乱していた点にも問題がなくないが、薬事法違憲判決（最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁）の趣旨からすれば、主観的許可条件である酒税法一〇条一〇号（経営基礎の薄弱）と客観的許可条件である一一号（需給均衡）の相違は、結論を左右するほど重要な相違であると思われる。にもかかわらず、前掲・最一判平成一〇年七月一六日にはその点に関する考慮がほとんど見られない。主たる争点が立法事実の変化による合理性の喪失となつてしまつたがために、一〇号と一一号という本来であれば重要と思われる相違が捨象されてしまつたのだとしたら、憲法訴訟論にとっては残念なことである。

第三に、現在のところ、おそらくは事情の変更が不可逆的だという想定があるため、問題が顕在化していないが、例えば地方への人口回帰が進み、あるいは酒税の割合が増大するような事態が発生しないわけでもない。理論的には、合憲的に制定された法律が、状況の変化によつて違憲となり、更に状況の変化によつて再び合憲となるという事態が起りうるのである。<sup>46</sup> 確かに、「裁判所も『真空』の中で機能しているわけではない」<sup>47</sup>し、憲法解釈も「真空」の中で行われるものではない。とはいえ、法律の憲法適合性がこのように状況依存的になつてしま

つてもよいのであろうか？

第四に、合憲的に制定された法律が後発的な事情変更により違憲へと転化する場合にも、原始的に違憲である場合と同様に考えて、裁判所は直ちに違憲と断じてよいものなのか、という問題、換言すれば、立法事実の変化により違憲状態が発生した場合、第一次的に是正すべき権限を有しかつ責務を負うのは立法府ではないか、という問題がある。この問題については、周知のように、最高裁判所は一連の定数不均衡訴訟において、客観的な違憲状態の発生だけでなく、是正のための「合理的期間の経過」という要件を加えることによって、立法者に「猶予期間」を与えている。在外邦人選挙権においても、「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」憲法違反である、と期限を設ける形ではあるが、立法者に改正のための「猶予期間」を与えている。

こうした中で、国籍法違憲判決においては、立法事実の変化による違憲判決という判断手法が採られているにもかかわらず、国会に何ら改正のための「猶予期間」を与えていない点が注目される。「合理的期間論」のような形で立法者に一定の「猶予期間 (Grace)」を与えることが「事情変更による違憲判断」という判断手法に必然的に伴うものではないとしたら、定数不均衡訴訟において「合理的期間の経過」という要件が要求されるのはなぜなのか。また、合理的期間の経過という要件は、立法の不作為の局面でも述べられていたものである。<sup>(48)</sup> 実際、在外邦人選挙権訴訟においても、平成一〇年改正前に在外選挙制度を認めなかったという立法不作為について「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」ていたという点が重要な考慮要素となっていた。先述のハンセン病訴訟でも問題となった点であるが、事情の変更による違憲への転化という論理構成は、違憲状態になった法令を改正（是正）しない立法の不作為と構成することも不可能ではないため、両者

の判断構造が類似するのは当然のことともいえるであろう。こうした点も考えれば、ますます合理的期間論の射程を検討することが必要となるであろう。

最後に、既に触れた「違憲の主観化」という問題である。この問題については、既に安念潤司が西ドイツの諸判例を参考にしつつ、定数不均衡訴訟における「合理的期間の経過」という要件に関して、主観的違憲要素として理解する方向性を示していた。<sup>49)</sup> 実際、事情変更による違憲判断や立法不作為の違憲判断においては、単に客観的な違憲状態だけでなく、立法者による違憲性の認識可能性や正可能性、さらには放置・怠慢といった要素、即ち、立法者に対する非難可能性が重要な役割を果たしている。「法律が違憲か否かを判断するに当たって、立法作業の難度が測定され、さらにその前提として、社会情勢や法意識の変化に対する認識可能性など様々な主観的要素が斟酌されるとすれば、そうした議論がきわめて重大な理論的含意を持つことはいうまでもない。そこでは、違憲とは、もはや法律の規範内容が憲法のそれに客観的に違反することに止まらず、立法者の、不作為を含む行為 (Verhalten) に対する非難可能性 (Vorwerfbarkeit) に意味の転換を余儀なくされるからである」<sup>50)</sup>。

もっとも、客観的に違憲状態となっただけでは憲法違反にならず、非難可能性をも要求するという二元的な違憲性判断には、多いに異論がありうるところである。しかしその場合、問題解消の方向性としては、更に進めて、専ら立法者に対する非難可能性のみを問題とする「主観的違憲要素一元論」という方向性もありうるのであって、そのような考え方が現れてきても不思議ではない。<sup>51)</sup> 一連の定数不均衡訴訟に関する最高裁の判例理論を最も統一的に説明できるのは、実はこの「主観的違憲要素一元論」ではないかとすら思われる。即ち、投票価値の不平等といった客観的な違憲性よりも、立法府（国会）が不均衡是正のために誠実に対応したか否かという観点からの考察である。このように捉えていけば、最大格差が何対何にまで拡大すれば違憲状態となるのか、合理的期間の

長さとはどれくらいなのか、という理論的には解決不可能な問題は解消することが可能である。更に、いつから客観的違憲状態になったのか（合理的期間の起算点はいつなのか）という實際上確定不可能な問題についても、厳密に確定する必要性はなくなってくる。「理論志向の衰退<sup>(2)</sup>」との批判はもつともであるとはいえ、検討に値する方向性であるといえよう。

また、違憲性判断の基準時の問題についても、「主観的違憲要素一元論」の観点から、即ち立法者の是正可能性といった観点から、統一的に説明できるのではないかと考えられる。今後の検討課題としたい。

### 三 おわりに

近時の最高裁判決に特徴的に見られる「法律制定後における事情変更を考慮して違憲判断を下す」という判断手法の《問題》について瞥見してきた。思いつくままに問題点・疑問点を羅列しただけであり、この点に関する考察は別の機会に譲らざるを得ない。

先述のように「違法性判断の基準時」という問題点は、現在では「違法判断の基準時の問題は……行政実体法、手続法の問題に解消されるべき問題である。今後は何故わが国で違法判断の基準時が争点になったのか、この点こそ学説史上の『争点』になる必要があるまいか」とすら述べられている。同様に「違憲性判断の基準時」という問題も仮象問題すぎないと評されることになるのであろうか。

確かに、憲法問題が提起されたのが選挙訴訟か、国賠訴訟か、公法上の確認訴訟か、といった訴訟類型によって基準時が異なってくることは、むしろ当然のことかもしれない。しかし、だからと言って無駄な議論ということにはならないはずである。「違法性判断の基準時」という問題が争われた背景には、「行政」の特質、行政訴訟



（取消訴訟）の特質、行政（行政庁）と司法（裁判所）の関係といった大問題が横たわっていた。同様に、「違憲性判断の基準時」という問題の背後には、「法律（立法）」の特質、憲法訴訟（違憲立法審査権）の特質、立法（国会）と司法（裁判所）の関係といった大問題が横たわっているように思われる。近時の行政法学には、こうした大上段の議論から具体的な結論を演繹することを忌避し、個別具体的な実定法解釈問題へと解消する傾向があるように見受けられる。しかし、公法理論としてそれで十分なのかは、更に検討を要する問題だと思われる。当初は、行為基礎論と違憲審査論という増額評価問題<sup>(53)</sup>において交錯している両者の関係如何という問題（更に行為基礎論の確立者パウ・エルトマンとそのゲッティンゲン大学の同僚ゲルハルト・ライプホルツの関係）にも立ち入るつもりであったが、この点は今後の課題としたい。

- (1) 多くの文献の中から特に、宍戸常寿「最高裁と『違憲審査の活性化』」法律時報八二巻四号（平成二二年）五七頁以下、同「憲法訴訟の今を知る」法学セミナー六七四号（平成二三年）二頁以下を参照。
- (2) 参照、最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁（在外邦人選挙権）、最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁（国籍法）、最大判平成二二年一月二〇日民集六四巻一号一頁（砂川市空知太神社）。「違憲状態」と判断した最大判平成二三年三月二三日裁判所時報一五二八号一頁（二人別枠方式）もここに挙げるべきであろう。
- (3) 宍戸常寿「憲法解釈論の応用と展開」（日本評論社、平成二三年）六二頁。
- (4) 奥平康弘「憲法訴訟の軌跡と理論」（昭和五八年）同「憲法裁判の可能性」（岩波書店、平成七年）五四頁以下。
- (5) 小林直樹「憲法保障と裁判所」法学セミナー増刊（総合特集シリーズ）『現代の裁判』（昭和五九年）三九頁以下。
- (6) 参照、石川健治「Leachin」法学教室三〇八号（平成一八年）一頁、宍戸常寿「司法のプラグマティク」法学教室三二二号（平成一九年）二四頁以下。
- (7) 参照、山室信一『法制官僚の時代』（木鐸社、昭和五九年）。
- (8) 例えば、滝井繁男「わが国最高裁判所の役割をどう考えるか」法律時報八二巻四号（平成二二年）五五頁、大沢秀介「司法

- 積極主義とわが国の最高裁」初宿正典先生還暦記念『各国憲法の差異と接点』（成文堂、平成二年）二九五頁以下、土井真一「憲法判断の在り方」ジュリスト一四〇〇号（平成二年）五一頁など。司法制度改革も含め、より広い視野からの分析・検討として、見平典「最高裁判所をめぐるポリティクス」法律時報八二巻四号（平成二年）六三頁以下をも参照。
- (9) この点で、法学教室三一九号（平成一九年）一三四二号（同二年）の石川健治、駒村圭吾、巨理格による連載「憲法の解釈」は非常に「lehrreich」である。
- (10) 毛利透ほか『憲法Ⅰ統治』（有斐閣、平成二年）三五一頁（松本哲治）。
- (11) 杉原則彦「判解」法曹時報五八巻二号（平成一八年）七〇六頁、七三六頁注（36）。
- (12) 田中二郎『新版行政法・上巻（全訂第二版）』（弘文堂、昭和四九年）三四八頁以下、塩野宏『行政法Ⅱ行政救済法（第五版）』（有斐閣、平成二年）二〇〇頁以下、芝池義一『行政救済法講義（第三版）』（有斐閣、平成一八年）七四頁以下、藤田宙靖『行政法Ⅰ（第四版改訂版）』（青林書院、平成一七年）四四六頁以下等。
- (13) Vgl. Ernst Forsthoft, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, S.138, 142f.
- (14) この点では、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、昭和六二年）一〇八頁以下が参照されるべきである。
- (15) 例えば、高橋和之ほか『国籍法違憲判決めぐって』ジュリスト一三六六号（平成二〇年）七五六頁（早川真一郎）、近藤敦「判批」判例セレクト二〇〇八（法学教室三四二号、平成二一年）三頁など。
- (16) 杉原・前掲「判解」七八頁注（12）。
- (17) 近藤博徳『立法事実の変遷』を読みとった国籍法違憲最高裁判決「法と民主主義四三三号」（平成二〇年）二二〇頁。
- (18) 実際、この問題は最判平成五年九月二二日裁判集刑事二二二号四二一頁における大野正男裁判官の補足意見（大野正男『弁護士から裁判官へ』岩波書店、平成二年、一六八頁以下にも再録）で取り上げられ、「昭和三年から約半世紀を経た今日、一方では死刑を残酷な刑罰と考える方向の重大な立法的事実が生じているが、なお……我が国民の死刑に対する意識にみられる社会一般の寛容性の基準及び我が国裁判所の死刑の制限的適用の現状を考えるならば、今日の時点において死刑を罪刑の均衡を失した過剰な刑罰であって憲法に反すると断ずるには至らず……」と述べられている。
- (19) 鈴木庸夫「違法判断の基準時」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、平成二年）二一九頁。塩野宏もこうした見解に賛同している。参照、塩野・前掲『行政法Ⅱ』二〇一頁。

- (20) この点については、櫻井智章「行政と司法の理論的区分に関する試論」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理論と展開』（信山社、近刊）において簡単ながら扱った。
- (21) 田中二郎・前掲『行政法・上巻』三四八―九頁、同『行政争訟の法理』（有斐閣、昭和二年）一一七頁以下。
- (22) 最判昭和七年一月二五市民集六卷一号二頁、最判昭和八年一〇月三〇日行集四卷一〇号三二六頁、最判昭和三年七月一五市民集一三卷七号一〇六二頁等。
- (23) 参照、可部恒雄「違法判断の基準時」鈴木忠一『三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座⑧行政訴訟Ⅰ』（日本評論社、昭和四五年）二四一―二頁、二五一頁注（3）（4）。
- (24) 藤田・前掲『行政法Ⅰ』四四七頁（強調は引用者）。
- (25) ドイツでは実際に問題とされた。参照、阿部照哉「憲法訴訟における事実認定と予測のコントロール」杉村敏正先生還暦記念『現代行政法と法の支配』（有斐閣、昭和五三年）四五〇頁以下、高見勝利「立法府の予測に対する裁判的統制について」菅部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、昭和六〇年）四一頁以下。
- (26) 菅部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、昭和四八年）「はしがき」五頁。
- (27) 菅部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」（昭和三八年）同・前掲『憲法訴訟の理論』一一七頁以下。
- (28) 菅部・前掲「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」一一九頁。
- (29) 石川健治「判批（最大決平成七年七月五日）」法学協会雑誌一一四卷二二号（平成九年）一〇八頁、同「営業の自由とその規制」大石眞『石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、平成二〇年）一一一頁。
- (30) 菅部信喜「憲法裁判の問題点」（昭和四一年）同・前掲『憲法訴訟の理論』一八二―三頁（強調は引用者）。
- (31) 時國康夫「憲法事実」（昭和三八年）同『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規出版、平成八年）四一五頁。
- (32) 宍戸常寿「司法審査」（平成二年）辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、平成三年）一九五頁。
- (33) 長谷部恭男「司法の積極主義と消極主義」同『憲法の理性』（東京大学出版会、平成一八年）一九四頁以下。
- (34) Vgl. Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, S. 138.
- (35) 杉原則彦「活性化する憲法・行政訴訟の現状」公法研究七一号（平成二二年）一九九頁。同・前掲「判解」七〇五―七頁をも参照。

- (36) 田中二郎・前掲『行政法・上巻』三四八頁。
- (37) 佐野寛「国籍法違憲判決と国籍法の課題」ジュリスト一三六六号（平成二〇年）八九頁。この佐野の評価に賛同する評釈として、佐藤やよひ「判批」私法判例リマックス三九号（平成二一年）一三三頁。
- (38) 佐久間健吉「国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」法律のひろば（平成二〇年）六一頁。一般論としては、「争いの余地のある立法事実の認定は、極度の慎重をもつて当たるとともに、少なくとも被告人には反論の機会を十分に与えるべきであろう」という芦部信喜の指摘（芦部・前掲「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」一六三四頁、強調は原文）が改めて読み直されるべきである。
- (39) 柴田保幸「判解」『昭和六二年度最高裁判所判例解説民事篇』二九四頁。
- (40) この点につき、戸波江二「国の関与しない違憲判決？」法学教室一六六号（平成六年）五九頁以下、戸松秀典「憲法訴訟論〔第二版〕」（有斐閣、平成二〇年）九四―五頁。
- (41) 戸松・前掲「憲法訴訟論」二四四頁（強調は引用者）。
- (42) 多くの文献の中から、やはりGustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932 (Studienausgabe hrsg. von Ralf Dreier / Stanley L. Paulson 2. Aufl. 2003), §9（田中耕太郎訳『法哲学〈ラートブルフ著作集1〉』（東京大学出版会、昭和三六年）第九章）；Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. ed. 1969, ch.2（稲垣良典訳『法と道徳』（有斐閣、昭和四三年）第二章）。
- (43) この点につき、櫻井智章・前掲「行政と司法の理論的区分に関する試論」を参照。
- (44) 小山剛「判批」ジュリスト一二一〇号（平成一三年）一五四―五頁、土井真一「判批」平成一三年度重要判例解説（ジュリスト一二二四号、平成一四年）二六頁等。一般論として、戸松・前掲「憲法訴訟論」一五―二頁。
- (45) 参照、石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐる（3・完）」法学教室三四六号（平成二一年）一二三頁。
- (46) この点は古くから指摘されていた問題である。Vgl. Forsthoef, a.a.O., *Der Staat der Industriegesellschaft*, S.141-2.
- (47) 佐藤幸治「地裁判決を読んで」法律時報編集部編『新たな監視社会と市民的自由の現在』（日本評論社、平成一八年）五四頁。
- (48) 参照、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第五版）』（岩波書店、平成一三年）三七五頁、佐藤幸治「憲法（第三版）」（青林書院、平成七年）三四六―七頁、戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟・第一巻』（有斐閣、昭和六二年）三六二頁、三六八頁以下。

- (49) 参照、安念潤司「いわゆる定数訴訟について（三）（四）」成蹊法学二六号（昭和六三年）三九頁以下、特に五八頁以下、同二七号一三一頁以下、特に一六二頁以下。
- (50) 安念・前掲「いわゆる定数訴訟について（四）」一六二頁。もっとも、安念自身はこうした傾向に批判的であった（参照、同一六八頁）。
- (51) 参照、安念・前掲「いわゆる定数訴訟について（四）」一六七頁。
- (52) 同右一六七頁。
- (53) 参照、広渡清吾『法律からの自由と逃避』（日本評論社、昭和六一年）二〇一頁以下、畑尻剛『憲法裁判研究序説』（尚学社、昭和六三年）七九頁以下、穴戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、平成一七年）六五頁以下。この点で、郵便貯金目減り訴訟（最一判昭和五七年七月一五日判時一〇五三三九三頁）は見直されるべき事件ではないかと考えられる。