慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	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
Sub Title	Die Prognose und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers -mit Schwerpunkt auf die Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts
Author	入井, 凡乃(Irii, Namino)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.96, (2013. 3) ,p.343- 372
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130315-0343

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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――

入井凡乃

一　はじめに
二　事後的是正義務の所在
(一)　事後的是正義務論とは――事情の変化論に照らして
(二)　事後的是正義務の指標
三　事後的是正義務の実現
(一)　実現主体及び実現形式
(二)　事後的是正義務の貫徹
四　おわりに
(一)　本稿のまとめ
(二)　残された基本問題

一　はじめに

「立法者が法律制定の際に遵守すべき義務」を主題化する背景には以下の疑問がある。立法者を名宛人とする義務は、基本権によって導かれる限界や、基本権保護義務、また、法律の留保といった義務に限られるのか。立法プロセス全体を視野に入れて立法者の義務を動態的に考察する必要があるのではないかということである。この点、昨今裁判所は、長らく未墾の地であった領域への統制に乗り出していることが窺える。例えば、我が国では、平成一六年参議院議員定数不均衡訴訟判決[1]の補足意見二によって立法裁量領域に行政裁量の統制手法である判断過程統制[2]の手法が採用された。学説においても、この手法は「裁量統制の厳格化という方針を明確に示したという意味で、これもまた枠組み形成的な意義を担い得るものだと考えられ[3]」るとして好意的に受け止められ、さらに、裁量権行使に着目する統制手法が徐々に整理されつつある[4]ように思われる。また、ドイツでは学説によって「憲法義務としての立法の最適な方法」が提唱され[5]、連邦憲法裁判所判例では「立法者の事後的是正義務」の統制もまた行われている[6]。

事後的是正義務における「事後的」とは、法律の制定後のことを指す。我が国においても、制定当初合憲であった法律が時の経過のなかで違憲となるという現象はよく知られ[7]、口頭弁論終結時点ないし判決言渡し時点において法律[8]が事情の変化ゆえに違憲となるに至っているということを確認する手法が一般的になっている。他方、ドイツ連邦憲法裁判所は、事情の変化の結果に着目するのみに留まらない。むしろ、法律制定後もまた立法プロセスの一部と捉え、その際に問題となる立法者の作為義務、という側面に焦点を当てている。立法者には、制定直後から法律をとりまく環境に変化の兆しがないかを監視する義務が存在し、また、時の経過のなかで法律の合理性が喪失されうる兆候や懸念が生じた場合には、法律を再検討し適宜是正する義務が存在するとの理解である。連邦憲法裁判所は次のように述

べる。「立法者が、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の時点ではまだなしえなかった場合において、立法者は、さらなる展開を監視し再検討することが義務付けられる。また、根底にある想定がもはや妥当しないと判明した際には修正することを義務付けられうる」[9]。

この「十分に信頼のおける決定を法律の制定時点においてまだなしえない」とは、簡潔に言えば「よくわからない」ということである。このような事態は種々の場面で生じうるが、特にリスク社会[10]において顕著である。そこでは、専門家[11]でさえも「わからない」ことが多く、決定の合理性の確保は非常に困難な作業である。このような事態に直面した決定者として一つ考えうるのは、何が正解かはわからなくとも、より正解に近づけるべく永続的に力を尽くすということである[12]。事後的是正義務論は、法律の制定後をまた立法プロセスの一部と捉え、その際とりわけ、「よくわからない」を内包した決定に着目している。

本稿では事後的是正義務論の前提的考察として、事後的是正義務とは何か、また、どのような事例において問題となるのかにつき、ドイツ連邦憲法裁判所判例を中心に事後的是正義務の所在を明らかにすることを主眼に置く。それに加えて、そのような事後的是正義務の実現に際し、各機関が如何なる役割を担い、また、裁判所がその貫徹のために如何なる手法を採りうるかについて概観することとする。

なお、裁判所による立法事実の認定に際しては、立法者による事実認定（制定当時の資料に対する評価）と立法者の予測（法律に期待される効果ないし将来的事実[13]）とを、両者は厳密に峻別することができないことから「予測」もしくは「事実認定」として一括りに扱うこともあるが[14]、本稿では、それらを区別して扱うこととする[15]。また、本稿は、違憲となった法律の処理問題、つまり、判決の出口問題（判決形式）における「改善義務」[16]（違憲確認判決に付随する法改正の義務付け[17]）を扱うものではないことを予め断っておく。

二　事後的是正義務の所在

㈠　事後的是正義務論とは――事情の変化論に照らして

まず、事後的是正義務論とは何かについて事情の変化論に照らし簡略に説明する。

上述のように、ドイツ連邦憲法裁判所判例における事後的是正義務論とは、「立法者が、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の時点ではまだなしえなかった場合において、立法者は、さらなる展開を監視し再検討することが義務付けられる。また、根底にある想定がもはや妥当しないと判明した際には修正することを義務付けられうる」[18]という考え方を意味する。事後的是正義務論は、いわゆる事情の変化論と、一部において共通しまた一部において異なっている。

前提として、事情の変化論とは、「簡単に言えば、時の経過によって社会情勢が変化し、立法当時には認められた合理性が失われるに至った、という議論である」[19]。このような手法による法律の違憲の認定はドイツにおいても見られる[20]。例えば、職員と労働者とを区別し、労働者に対し職員よりも短い解約告知期間を定める民法典六二二条二項が、基本法三条一項の一般的平等原則と両立しうるかが問題となった解約告知期間決定[21]が存在する。この決定において連邦憲法裁判所は、労働者の短い解約告知期間の根拠として挙げられた製造分野における人員効率上の柔軟性の要求という根拠は、以前は説得的であったものの、サービス業に従事する労働者の増加に伴い、労働者の活動分野を製造業と同一視することはもはや不適切であるとして、法律の一部違憲を指摘している[22]。

以上を踏まえた上で、事後的是正義務と事情の変化論の相違を指摘したい。

両者はともに、「事情の変化」の状況[23]、つまり、「当初は合理性を有していた法律が、時の経過のなかでの事情の変化によってその合理性を喪失しうる」という状況に関わる議論であるという点で共通している。他方、このような状況について何を主体として着目するかにおいて両者は異なっている。事情の変化論が、既に「法律」が違憲になっているという「結果」を捉えているのに対し、事後的是正義務論は、「立法者」には、法律の制定後において法律を監視し、また法律が違憲となる兆候が生じた際[24]には法律の憲法適合性を再検討し、また場合によっては是正する「義務」が存するとして[25]事態を把握する。加えて、両者は事情の変化のどの段階を捉えているかにおいて異なる。事情の変化論が、法律の合理性を喪失したないし事情が変化したという「事後」を捉えているのに対し、事後的是正義務論は、法律が合理性を失わないよう法律制定後における立法者による対応を要求する。事後的是正義務は、この点でいわば「事前」的である。

また、「点」と「線」というイメージを用いて簡略化して示すとすれば、以下のように説明できる。仮に、法律の制定時点をA時点、その後時の経過のなかで違憲の疑義ないし徴候が生じた時点をB時点、さらに、違憲となるに至った時点をC時点としよう[26]。その場合において、事情の変化論が法律の合理性が失われるに至ったという「点」（C時点）しか捉えていないのに対し、狭義の事後的是正義務論はB時点からC時点までの「線」（再検討義務、及び、是正義務）を捉えており、また、ドイツ連邦憲法裁判所による事後的是正義務論はA時点からC時点までの「線」（A～B時点においては監視義務、B～C時点においては再検討義務、是正義務）を問題としているといえよう[27]。

(二)　事後的是正義務の指標

以上、事後的是正義務論について事情の変化論に照らしながら概略を説明してきたが、以下では、連邦憲法裁判所判例をもとに事後的是正義務の指標について明らかにしたい。まず一項及び二項においては、事後的是正義務論が問

題となる「十分に信頼のおける決定を法律の制定時点においてまだなしえない」場合とは具体的にどのような場合を指すのかについて考察する。またそれを踏まえ、三項において事後的是正義務の指標を整理したい。

1　事実認定と事後的是正義務

(1)　科学技術的知見に基づく決定

まず、ドイツ連邦憲法裁判所によって事後的是正義務論が持ち出されるのは、科学技術的知見に基づく決定がなされた場合である。

例えば、高速増殖炉型原子炉の設置許可に関し、高速増殖炉型原子力発電の許可をも可能にする原子力法七条が問題となったカルカー決定では、法律の留保原則及び基本権保護義務との関連で事後的是正義務が扱われている。

「……現在の状況における法律の留保に基づく憲法上の要請は、充たされている。……しかしながら、これでもまだ、立法者が、高速増殖炉の設置・運転の法的要件について改めて判断しなければならないのか否か、また場合によっては何時それをしなければならないかについては述べられていない。立法者が、法律の制定時点ではまだ予見されえない新たな展開によって決定的にその根拠が疑問視されるような決定を行った場合には、立法者は、憲法により、変化した事情の下でも当初の決定が維持されるべきか否かについて審査しなければならない。……上級行政裁判所によって懸念された性質の危険が生じるか生じないかが理性的に問題となりうる状況において、国家機関は、とくにまた立法者は、公共の福祉に奉仕するという憲法上の義務に基づき、とりわけ基本法一条一項二文から導かれる人間の尊厳を保護する全ての国家機関の客観法上の義務ゆえに、起こりうる危険を早期に認識し、それを憲法に適った必要な手段によって対処するために全ての努力をすることが義務付けられている。万一、将来において、高速増殖炉型の原子力発電所からこの性質での危険が高度の蓋然性をもって生じるという徴候が生じた場合には――これは上述のようにまず第一に政治的機関の責任において評価されるにふさわしいものである――、立法者は再度の行為を義務付けられ

ている」[28]と指摘されている。この決定では、「法律の制定時点ではまだ予見されえない新たな展開によって決定的にその根拠が疑問視されるような決定を行った場合」における事後的是正義務が指摘されており、具体的には高速増殖炉型原子炉の危険性という発展中の学問的知見に基づく決定と事後的是正義務との結びつきを見ることができる。他にも、基本権保護義務が問題となって事後的是正義務が指摘された事例としては、空港周辺の騒音の受忍限度が問題となった航空機騒音決定が有名であるが、ここでは「航空機騒音受忍限度に関する信頼できる科学的な知見がまだ存在しない」[29]ことが事後的是正義務とともに指摘されている。

なお、初期の判例は一見すると単に、狭義の事後的是正義務（再検討義務及び是正義務）に言及しているにすぎないと解釈することもできるが、危険な犬種の輸入及び運搬の禁止が基本法一二条一項に基づく職業の自由を侵害するものとして争われた最近の事例において、ドイツ連邦憲法裁判所は以下のように判示している。「立法者が、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の時点ではまだなしえなかった場合において、立法者は、さらなる展開を監視し再検討することが義務付けられる。また、根底にある想定がもはや妥当しないと判明した際には修正することを義務付けられうる。それはとりわけ、信頼できる学問的知見がまだ存在しないにもかかわらず複雑な危険状況が評価されなければならないときに妥当する（参照：BVerfGE 25, 1 [12f.]; 49, 89 [136]; 95, 267 [314]）」[30]。そこでは、カルカー決定（BVerfGE 49, 89）や、後述する製粉所決定（BVerfGE 25, 1）や旧債務決定（BVerfGE 95, 267）が引用され同趣旨であることが示されている。なお、本事例において具体的には、犬の攻撃的な行動の原因に関する学問的知見にまだかなりの不確実性があることを理由に事後的是正義務が指摘されている[31]。

他にも、科学技術的知見に基づく決定と事後的是正義務の結びつきを見ることのできる判例が存在する。刑事捜査におけるＧＰＳ観測に基づく情報の使用について情報自己決定権に照らし問題となった事例において、連邦憲法裁判

所は、「明確性の要請は、立法者に、立法者が技術的な介入道具を精確に指定し、それにより、名宛人が規範の内容をその都度ごとに認識しうることを保障することを要求する。しかしながら、明確性の要請は、犯罪捜査技術上の革新のあらゆる含入を除外するような法律上の定式化を要求するわけではない。急速で、基本権保護にリスクのある情報技術上の変化のため、専門家、教授、博士らが法廷での口頭審理において説明した、情報自己決定権に対するこの危険について、立法者は技術的な展開を注意深く監視し、誤った展開の場合においては、開かれた法律概念の具体的な充塡に関して、刑事訴追当局及び刑事裁判所によって、場合によっては補足的な法定立によって、修正的に干渉しなければならない。……立法者は、現に存在する手続法上の安全措置が将来的な展開に直面してもなお、基本権保護を効果的に保障するのに適切であるかどうか監視しなければならない」[32]と判示している。この判例では、今後の技術の発達により法律の修正の余地があること、また、技術の進展に伴い現存の保護措置が時代遅れになりうることを理由として監視義務付きの事後的是正義務の存在が指摘されている。また、大麻の（少量使用での）有害性といった学問的知見に関し、その不確実性と事後的是正義務との結びつきをみることのできる判例も存在する[33]。

(2)　新たな基準の策定

(1)の諸判例は、学問的技術的知見の不確実性が問題となった事例であったが、ここで扱うのは、資料が不足するなかで新たな基準を設定するという類型である。

まず、健康保険医の診療報酬基準が問題となった判例を取り上げる。この事例では、一九六〇年五月二八日に定められ一九六〇年六月一日から二年間適用された、健康保険医協会の報酬配分基準が憲法異議の対象となった。一九六〇年五月二八日の基準では、健康保険医の過剰な仕事を防止するために、三か月間の診療報酬請求につき一二〇〇〇マルクを超えた額についてほぼ一律に減額の対象とし、一二〇〇〇マルクを超えた額については一〇〇〇マルク上回るごとに一〇〇マルクを減額するとした。異議申立人は、この基準につき、多様な専門分野と診療事例数に関する差

異が全く考慮されておらず、平等原則に反すると主張した。それに対し連邦憲法裁判所は、「平等原則は規範定立者に広い形成の余地を委ねている。規範定立者がそのつど合目的的で、理性的で、公平な解決策を見出したかどうかは、連邦憲法裁判所によって後に審査されえない。むしろ、立法者の形成の余地は、規律される事情の不同一な取扱いが公平性へと向けられた考察方法（am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise）[34]ともはや両立しえず、納得のゆく根拠を欠いているために恣意的と評価されなければならないときにはじめて終了する。その際、複雑な事情の場合に、立法者にさしあたり経験を収集するための相当な期間が認められ、また、立法者は最初の段階においておおまかな類型化及び一般化で十分である、ということを是認しうる。……そのような場合において、そのような規律に伴う有害性は、立法者が後になってからの再検討、及び進行に合わせた細分化を事柄に即した解決策のための十分な経験資料にもかかわらず怠ったときにはじめて憲法上の異議にとっての理由となる」[35]とし、立法者の形成の余地が広いことを指摘したうえで、初期段階における基準の一律性を認容するとともに、立法者に事後的是正義務を要求している。

このような手法は最近の事例でも見られる。教育研究の価値評価システムにおける新基準が学問の自由に照らし問題となった事例において、「いずれにせよ、〔確実性が〕実証された学問評価の実施方法に関する、地方的・国家的・国際的レベルの議論やテスト、および、ようやく始まったそのゆるやかな形成の現時点の段階ではまだ、立法者が、その基準をしっかりと記述することを憲法的に要請されていない。むしろ立法者は、自身の判断余地と予測余地の範囲内で、基準形成を大学内部の手続きに委ねるような一つのモデルを構築することができる。この〔基準形成の〕プロセスは、ブランデンブルク高等教育法の規定を通じて形成されており、結局のところ、学問を自由に行使する機会に対する構造的な危険は存在しない。しかしその点で、立法者には監視義務が生じ、例えば学問に適合的でない基準の適用により学問の自由に対する危険が生じた場合には、直ちに是正義務が生じる（さらに詳しくは、BVerfGE 95, 267

[314]）」[36]と指摘されているところである。

これらの判例では、新基準設定に際し、そのための十分な資料がまだ存在しないという「わからない」のもとで、初期段階の基準は「おおまか」にならざるをえず、その基準が細分化されていないからといって法律が違憲になることはないが[37]、かといって、それは、細分化するための資料が集まった後にも以前の基準が合憲であるということを意味するわけではないということが指摘されている。そこでは、その後の制度運用のなかで資料が集積し、法律の合理性を失わせるような新事実が容易に出現するであろうということが想定されている。そして、そのような当初の決定の信頼性の低さに対し、事後的是正義務論が持ち出されている。そこでは、立法者に対してどこまで要求できるかという視点が存在し、制定時に過剰な要求をするのではなく、また、制定時の基準に満足するのでもなく、立法者の制定後における不断の尽力を要求している。他にも、大学入試制度における平均評定調整基準が平等原則の観点から問題となった事例[38]等において初期の基準設定段階での立法者の広い形成の余地とともに、事後的是正義務が指摘されている。

以上、(1)及び(2)においては、科学的技術的知見に基づく決定及び新基準の策定と事後的是正義務との結びつきを見てきた。ここで指摘しうるのは、発展中の事柄に基づいて、または、資料不足のなかで（信頼できる知見のないなかで）立法者が決定を下す際には、法律の継続的コントロール（監視、再検討、是正）が要求されるということである。「揺れ動く事実」や「不足する事実」のもとで決定を下さねばならないということが重要である。

2　法律の効果に関する予測と事後的是正義務

なお、制定時からの継続的コントロールの要請は、法律の存続を左右する新たな事実が時の経過のなかで出現し、法律の根拠となっていた事実が覆りうるという場合のみならず、法律制定時の法律の効果に関する予測が誤っていたことが時の経過のなかで初めて判明しうるという場合においても指摘されている[39]。

なお、この予測の誤りの判明という場合では、そもそも誤りは当初から存在していたのであり、立法者ないし第三者がその予測の誤りを認識したときに初めて憲法違反が生じたわけではないのであって、本来的には当初から違憲とも考えられる。しかしながら、連邦憲法裁判所は、誤った予測に基づいた法律の憲法適合性を時の経過のなかで事情に通じた裁判官の観点から事後的に（ex post）評価するのではなく、立法者の観点から事前的に（ex ante）に評価する[40]。つまり、予測の誤りは憲法上いわば無害であるが、その際、立法者は事後的な「復旧義務、適合義務」を負うのである[41]。

(1) 経済的展開に関する予測

このような「予想外れ」という類型を、特に、経済的展開に関する予測が問題となっている場合に見ることができる。

まず、製粉所決定という事例では、「製粉業の死」[42]及び緊急時の食糧供給困難という将来発生しうる危険を予防するための立法者の措置が問題となった。この措置は、ドイツ製粉業経済に構造的に存在する過剰生産能力を緩和し、また、食料供給管理の観点から製粉所を各地・各規模の製粉所に分散するという経済政策上の措置であった。そして、製粉所新設とその製粉能力増強を許可制とした製粉所法が、基本法一二条一項により保障された職業選択の自由・職業遂行の自由に反しないかが争われた[43]。連邦憲法裁判所は、「立法者にとって法律の制定の際に入手可能であった状況の判断が出発点とされなければならない。立法者がさしあたり予想しえた物事の成り行きが、別の理由から予期しえない展開を遂げうるという限界のなかで、……経済上の展開の推移に関する誤りは、甘受されなければならない。誤った予測に基づいてなされた措置は、それゆえに憲法違反であると評価され得るわけではない。立法者はただ、事実の展開の認識に基づいて、事実の展開に沿うように廃止もしくは変更する義務を負っている[44]」と判示した。そして、「過剰な製粉生産能力が本質的に排除されると同時に、製粉業における自由な職業遂行についての法律上の制限は、

根拠がなくなるということが強調されなければならない。それゆえ、場合によっては、この時点以降での制限の継続は、これまでに述べられた論拠ではもはや裏付けられえないかもしれない[45]」として、将来的な事情の変化、及び、それによる法律の合憲性の根拠の喪失の可能性が決定の最後に確認されている。

また、旧債務免責決定では、旧東ドイツ農業生産協同組合が農業経営及び農場経営のために旧東ドイツ国家銀行から得ていた借入金（旧債務）について、旧債務の免責の代償として契約の自由が制限され、基本法二条一項に基づく契約の自由が問題となった。ここでは、「清算に関する規律は、目下のところ、憲法上異議を申し立てられえない。しかし、立法者は統制義務、場合によっては事後的是正義務を負っている。……農業生産組合及びその承継人の経済的な行動の自由を旧債務規律によって制約している立法者は、憲法上、この決定の効果を緩和することが義務付けられている。その際、どのような措置を――経営外の投資のために利用される貸付分の債務免除と並んで――講じるかは、立法者の裁量に任されている。選択された措置が実際に十分な免責作用をもっているかのみが、憲法上重要である。旧債務は、相当な期間内に、該当する農業生産組合の大半によって規定に従った経営管理のもとで返済されうる。この期待は、清算に伴う免責と結びついている。それが実現されるかどうかは、目下のところまだ見極めることができない……清算に伴う免責の有効性は、この状況のもとでまだ不確定である。しかし、この不確定性は、立法者の負担にはならない。将来の経済上の展開の評価の際に、立法者は評価優先権及び予測の余地を持っている。規律が、個々の農業生産組合だけでなく全体的にその目的を達するかどうか、そして、過度な負担を課すものとなるかどうかは、ドイツマルク清算法律の制定時には予測しえない。口頭審理においてあらゆる角度から確認されたように、一九九〇年の支配的な見解において、農業経営の経済上の困難性の大きさについては、極めて不十分にしかイメージされていなかった。この状況のなかで、信託公社の債務免除を超えるさらなる債務免除を今まさに行うことを、立法者は義務付けられてはいない。しかし、目的達成の不確実性ゆえに、立法者はさらなる展開を監視し、場合によっては規

律の事後的是正を行わなければならない（Vgl. BVerfGE 25, 1 [13]; 49, 89 [130]; 50, 290 [335]; 57, 139 [162 f.][46]）」とされている。法律が狙い通りの効果を発揮するのか、経済的予測の「不確実性」とともに、それゆえの事後的是正義務が指摘されている。

一般に不確実性を有する予測的決定のなかでも[47]、特に経済的予測に関しては、「計量不可能な要素の累積のために類型的に低い合理性[48]」しか有しないことが指摘され、その予測の困難性ゆえに、裁判所においては判断代置型ではなく判断過程審査型の主張可能性の統制[49]が採用されている。その際、経済政策の効果に関する予測の比較的高い不確実性と、事後的是正義務との結びつきもまた見ることができる[50]。

(2) その他の法律の効果に関する予測

なお、ある手段によって目的が達成されるか、制定当初に予測された効果が実際に得られるかにつき、「予想外れ」になりかねない、つまりその予測に関しての将来的な懸念ないし不確実性がある程度高いということは何も経済領域には限らない。

例えば、第二次堕胎判決においては、「立法者は、法律が実際に適切かつ効果的な保護を果たすことにまで責任があり、『修正または事後的是正の義務』を負う。……事後的是正義務は、立法者による法律の制定時からの継続的コントロールを一般に命じるものではない。……しかしながら、すべての国家機関に対する長期の義務を意味する生命に対する保護義務から、特別な要求が導かれる。保護法益の高い地位、未出生生命に対する危険の性質、中絶についての社会情勢・社会的見解の変遷が認められるゆえに、立法者は法律の保護構想が現実の社会において果たす作用の監視を要求される[51]」と指摘されている。

また、選挙原則（自由選挙、及び、秘密選挙原則）に照らして郵送投票制度の悪用の可能性が懸念されていた郵送投票判決においても、「立法者及び規則制定者は、郵送投票制度のこれまでの規律及び運用を、選挙の不可侵性に対し

て予想外の危険をもたらしうる新たな展開に鑑み、常に点検しなければならない。選挙の自由及び選挙の公正を不可避的に危険にさらすような濫用が明るみになった際には、もともとの規律を是正の方法で補足ないし変更すべき憲法上の義務が生じる[52]」として、法律が選挙の不可侵の確保のために適切な効果を果たしているかが問題となっている[53]。

3　中間考察

以上考察してきた判例から次のことを読み取ることができる。

(1)　一定レベルでの「不確実性」

まず、如何なる場合にドイツ連邦憲法裁判所が事後的是正義務を指摘しているかという点について、一項と二項で確認した判例に共通[54]しているのが、当初の判断についての信頼性の低さである。一項の類型では、「揺れ動く事実」ないし「事実の不足」ゆえに、法律の合理性への信頼性が低く、また、二項の類型では、そもそも法律の効果に関する予測は一般に不確実性を有するものの、そのなかでも特に、「予想外れ」になりかねないケースが問題となっている。ドイツ連邦憲法裁判所による事後的是正義務論は、法律の制定時点において十分に信頼のおける判断をなしえない場合、ひいては、法律の合理性がその後失われる可能性が比較的高いと考えられる場合に確認できる。

なお、第二次堕胎判決において指摘されるように、保護法益の重大性もまた、事後的是正義務が課せられる要件とされることがある。しかしながら、確かに、高速増殖炉型原子炉の設置許可が問題となったカルカー決定や航空機騒音決定、第二次堕胎判決など、生命、身体、健康といった特に重大な法益が問題となっている場合もあるが、健康保険医の診療報酬基準の平等性が問題となった事例においても事後的是正義務論は用いられている。また、第二次堕胎判決においても社会情勢・社会的見解の変遷の可能性は指摘されているのであって、やはり、ドイツ連邦憲法裁判所による事後的是正義務論の指標として重要なのは、法律の制定後において不合理となるないし不合理であると判明する可能性が比較的高いと制定時に想定されること、つまり、事実認定ないし予測に伴う一定レベルの「不確実性」な

いし「わからなさ」であるように思われる。

(2) 法律の制定後における適切な作為

次に、以上の場合において立法者には「さらなる展開を監視し再検討することが義務付けられる。また、根底にある想定がもはや妥当しないと判明した際には修正することを義務付けられうる」。不確実性ゆえに信頼性の不十分な決定を立法者がなした場合において、立法者には、そのような決定の合理性をできる限り確保するために、法律の制定後における適切な作為（監視、再検討、是正）が要求される。その際、「わからない」以上、制定当初において立法者がなしうることに限界があることが「まだなしえない」として留意されつつも、それゆえに「免責」されるわけではなく、立法者は、引き続きなしうるすべを尽くすことが求められている。

なお、どの時点において再検討がなされるべきかについては、少なくとも法律の合理性が失われる兆候ないし懸念を検知したときにはなされなければならないと考えられるが、再検討すべき目安となる時期が連邦憲法裁判所または法律によって指摘されることもある。例えば、旧債務決定[55]では、「立法者の構想では、約二〇年間で大多数のケースで負債の弁済が達成されるとしている。この点につき、ドイツ統一の確立及び清算のための免責の導入から一〇年の期間が適当であると思われる。この期間の経過後に、獲得されようとする目的が、採用された方法で、その後の一〇年間のうちに達成されうるのかどうかの再検討が行われなければならない[56]」と指摘されている。また、診療報酬基準決定[57]では法律上一年ごとの再検討が明記されており、そこでは、実際の再検討の結果、二年後に改正されたことが連邦憲法裁判所によって評価されている。

また、「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」場合以外であっても、少なくとも法律の合理性が失われうる兆候ないし懸念が生じた際には適切な作為（再検討、及び是正）がなされなければならないだろう。

(3)　特定法益との結合の不存在

なお、上述の判例が示すように、事後的是正義務は特定の基本権や義務と結びついているわけではない。事後的是正義務は基本権保護義務に固有のものであるとの指摘[58]もあるが、先に挙げただけでも、基本権保護義務、平等原則、学問の自由、職業の自由、契約の自由、選挙原則といった様々な規定において事後的是正義務の存在が指摘されており、どの憲法条文が問題となっているかは、事後的是正義務の指標とはなりえないことがまた確認されよう[59]。

三　事後的是正義務の実現

以上、第二章では、事後的是正義務の所在について、主としてドイツ連邦憲法裁判所判例を基に確認してきた。以下では、この事後的是正義務の実現のために各機関が如何なる役割を負っているかについて概観していく。まず、義務の実現主体ないし実現形式について確認し、次に、この義務の貫徹のために裁判所はどのような統制手法を採りうるのかについて、簡単に指摘する。

(一)　実現主体及び実現形式

1　「立法者」――法律による是正

事後的是正義務の名宛人は、事後的是正義務が「Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers」[60]と表記されるように、「立法者（Gesetzgeber）」である。この「立法者」として考えられるのが、まず第一に、議会である。議会は、自らが定立した法律が制定後もなお合理性を有しているかにつき責任を負っている[61]。なお、カルカー決定に関連して「決定的な状況の変化の重大な根拠が現れたときには、議会は早期に自ら情報を入手し判断を形成しようと努めるだ

ろう。このための突出した特別な集中的手段として、連邦議会議員規則五六条に基づく研究委員会の設置が挙げられよう」[62]との指摘があるが、同様に監視についても議会の内部において適切な機関が設置されうる。

他方、シュテルンによれば、立法過程ないしは立法者とは、議会だけではなく、連邦政府を含む立法作業の全過程を指すものであり[63]、またシュタインベルクによれば、「この義務の名宛人は、立法に大きく関与している国家機関、すなわち政府と議会である。その際、――立法手続におけるのと同様に――審査の主導権は通例、議会に必要な情報を提供する行政府にある」[64]とされる。議会のみならず行政府にも法律についての事後的是正義務が課せられる[65]。

また、行政府のなかでも、改正案を提出するような高級官庁だけではなく、実情をより詳しく知ることのできる下級官庁にも、法律の永続的な合理性の担保についての責任が及ぶと考えられる。先に挙げた郵送投票の合憲性が秘密選挙及び自由選挙の原則に照らして問題となった事例において、連邦憲法裁判所は立法者の事後的是正義務を指摘した上で「同様に、規律の施行権限のある選挙組織及び地方自治体当局は、それ〔郵送投票制度の執行状況〕について監視し、郵送投票において選挙の秘密及び選挙の自由が保障され続けるために自身の能力の範囲内で配慮することを義務付けられている[66]」としている。下級官庁についても、高級官庁への働きかけなど、その「能力の範囲内」で「事後的是正義務」が及んでいると考えられる。さらに、行政庁の内部において、法律の制定及び改廃に重要な役割を果たす各種委員会等についても、事後的是正義務は及ぶであろう。議会のみならず、行政庁もまた、立法者の一端として、法律の改廃に対して責任を負うと考えられる。

2　行政庁及び裁判所――法律以外の形式での是正

なお、「開かれた法律概念の具体的な充塡に関して、刑事訴追当局及び刑事裁判所によって、場合によっては補足的な法定立によって、修正的に干渉しなければならない[67]」ともされるように、是正をどの形式によってなすべきか、つまり、法律か、行政立法か、それとも判決（合憲限定解釈など）かは個々の是正対象に依存しており、必ずしも、

法律で是正されなければならないわけではない。特に、行政庁は、法律の改廃のみならず、むろん、本来の守備範囲である解釈適用の変更[68]にも責任を負っており、「行政府の事後的是正義務」が存在しうる。行政府は、法律の解釈適用のために自らが定立した法規命令や行政規則が、定立後もなお合理性を有しているかにつき責任を負っていると考えられる。

(二)　事後的是正義務の貫徹

最後に、裁判所は事後的是正義務をどのように統制しうるかについて簡単に確認しておきたい。

1　事後的是正義務違反の統制

まず裁判所としては、立法者の事後的是正義務違反の有無を審査するという統制手法を採ることが考えられる[69]。その際、裁判所の審査としては、客観的要素とともに主観的要素も考慮するのか（総合評価型）[70]、それとも、主観的要素に一本化するのか[71]、が問題となりうる。なお、主観的要素の判断に踏み出すとしても、その際、どのような手法及び順序で義務違反を認定するかによって、裁判所の立法者に対する干渉の度合いも異なってくると思われる。既に客観的要素において違憲であるにもかかわらず立法者の事情に配慮する形で主観的要素を汲むことで審査が緩まる場合[72]もあろう。また、どこまで事情の変化が進めば違憲なのか客観的に判断が難しい場合において判断代置型審査をするのではなく主観的要素の判断をすることで敬譲の度合いが高まる可能性もあろう。むろん、裁判官の恣意的な介入が生じるおそれがあるような手法も想定しうるかもしれない、といったように様々に想定されうる。また、審査義務違反、是正義務違反のみならず監視義務まで見るか、によっても裁判所の介入度合は異なる。他方、事後的是正義務が存在するにしても、裁判所としては主観的要素の判断には踏み込まず、これまで通り客観的要素、つまり結果の妥当性の判断（事情の変化論のように法律が違憲に至っているという結論の有無の審査）のみに留めるという手法も考えら

れる。[73]

このような違憲性判断要素についての議論[74]は、事後的是正義務に固有の議論というわけではないが、事後的是正義務論において特に顕著である。

なお、どのような審査手法を採るにせよ、事後的是正義務違反統制の審査基準ないし統制尺度の問題[75]もまた存在するところである。

2 「立法者の監視義務及び修正義務の宣告」

また、裁判所による統制は、事後的是正義務違反統制に限らない。ドイツ連邦憲法裁判所は、「事後的是正義務違反の審査」のみならず、判決形式による統制を行っており、以上詳述してきた判例の多くは判決形式による統制が行われたケースである。これは、当該法律を現状において合憲であると判断したうえで、立法者に対し事後的是正義務の存在を宣告するものである（「立法者の監視義務及び修正義務の宣告」[76]）。この手法は、一種の判決形式として分類されている。[77]このような宣告は、将来においても合憲性が担保されるかはっきりしない法律に対して単に合憲であると判決することによる積極的なお墨付き効果を避け、立法者に注意を促すものであり、[78]事後的是正義務に固有の判決形式であるといえる。

なお、以上のような統制手法については紙幅の都合上、別稿にて詳述することとする。

四　おわりに

㈠　本稿のまとめ

以上、本稿では事情の変化論との比較及びドイツ連邦憲法裁判所判例を基に、事後的是正義務の所在を明らかにするとともに、この義務の実現のために各国家機関にどのような役割が要求されるかについて確認してきた。

ドイツ連邦憲法裁判所による事後的是正義務論は、法律の制定後における時の経過のなかで法律の合理性が失われうることを前提に、特に事情の変化が起こりやすいと考えられる一定の決定、すなわち、「揺れ動く事実」や「不足する事実」を基にした決定、または、特に「予想外れ」になりかねない予測的決定といった決定と結びついている。それらの決定に共通するのは、ともに一定レベルの「不確実性」を含んでいるということである。そのような決定を行った場合、立法者には、法律の制定時点から当該法律をとりまく環境及び執行状況について監視し、また、遅くとも法律の合理性を喪失しうる兆候ないし懸念が生じた際には再検討し、さらに場合によっては、是正することが要請される。そこでは、「わからない」という問題が抽出され、またその際、「わからない」ゆえに「免責」されるのではなく、むしろ、「わからない」のであるからなおさら法律の合理性をできる限り確保するために尽力することが要請される。

そして、このような事後的是正義務を実現するために、各国家機関には、それぞれの役割が割り当てられる。そこで特筆すべきは、「立法者」とは議会のみならず行政庁もまた含み、行政庁もまたその能力の範囲内で法律の合理性確保のために義務を負うということである。加えて、事後的是正義務論は、裁判所の審査の在り方や違憲審査の対象

といった問題を同時に提起している。

㈡　残された基本問題

最後に、残された基本問題について簡潔に指摘しておく。

事後的是正義務は、上述のように多様な憲法上の規範（例えば、基本権保護義務、職業の自由、平等原則、学問の自由、契約の自由）と関連して登場するが、この義務は一体どこから導出されるのか、問題となる。

また、「立法者」とはだれかという問題に関連して、そもそも、立法府及び行政府においてどのような内部統制が現在行われているのか、また、憲法上どのような内部統制が要求されているのか、現状把握とともに、行為規範としての事後的是正義務についても何らかの指摘をすることができるだろう。

加えて、裁判所による統制という点について補足すると、そもそも裁判所は事後的是正義務のような「立法者の義務」を統制する権限を持っているのか（例えばそれは憲法上の権利の問題に近いのか、議院の賢慮の問題に近いのか）、裁判所権限の機能的限界ないし違憲審査権の意義が明らかにされなければならないようにも思われる（裁判規範[79]としての事後的是正義務）。

いずれにせよ、各々詳細な検討を要するが、その検討は別稿に譲り本稿では問題の所在の指摘によって稿を閉じることとしたい。

（1）　平成一六年一月一四日民集五八巻一号五六頁。

（2）　判断過程統制については多くの論考があるが、その中でも本稿の関心からは、「憲法義務としての立法の最適な方法」について扱った、岡田俊幸「判断過程統制の可能性」法律時報八三巻五号（二〇一一）五五頁以下が特に重要である。

（3）高橋和之・佐藤幸治・棟居快行・蟻川恒正「〔座談会〕憲法60年――現状と展望」ジュリスト一三三四号（二〇〇七）二頁以下（二五頁蟻川発言）参照。

（4）小山剛『基本権の内容形成――立法による憲法価値の実現』（二〇〇四）二二七―二五三、二八二―二八五、三〇六―三〇八頁、同『「憲法上の権利」の作法新版』（二〇一一）一七三―一八六頁、渡辺康行「立法者による制度形成とその限界――選挙制度、国会賠償・刑事補償制度、裁判制度を例として」法政研究七六巻三号（二〇〇九）二四九頁以下、矢口俊章「立法裁量論――平成23年衆議院議員定数訴訟判決を契機に」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（二〇一二）二一二頁以下参照。特に、防禦権以外の権利においては、訴訟における実効性という観点から、裁量統制手法が有効であるように思われる。

（5）ドイツでは、「立法の最適な方法」の内容として、シュベルトフェーガーが、決定のための資料の収集評価義務、及び衡量義務を憲法上の義務として捉えた。*Gunther Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Rolf Stödter/Werner Theieme (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa- Beiträge zum deutschen und eurpäischen Verfassungs-, und Verwaltungs-und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag. *Ralf Stödter und Werner Thieme*, 1977, S. 173ff.（178–182）、西原枝美「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）一頁以下。また、グージィは、事実確定義務、比較衡量義務、予測義務、監視義務、是正義務を挙げたが、それらを憲法上の義務ではなく政治的責務ないし立法の作法として捉えた。*Christoph Gusy*, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, ZRP 1985, Heft 11, S. 291ff.（292–295）、高見勝利『現代日本の議会制と憲法』（二〇〇八）二五二頁。なお、西村は憲法上の義務と解するもの、このような義務を裁判所によって統制することに対しては疑問を示している。また同時に西村によっては、憲法義務としての立法の最適な方法に関する議論が、未整理かつ非生産的な議論であったことも指摘されている。

（6）その他の義務については、岡田・前掲注（2）参照。

（7）なお、裁判所によって採られた事情の変化論が、本当の変化に基づくものなのか、むしろ、先例との衝突や救済問題を回避するための手法に過ぎないのではないかという疑問については、本稿における議論の対象ではない。

（8）「違憲性判断の基準時」という点を含め（八〇五―八一〇頁）、事情の変化論における違憲判断の問題点については、櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学五一巻四号（二〇一一）七九五頁以下が示唆に富む指摘を行っている。

（9）BVerfGE 110, 141（158）. このような議論は我が国においても、とりわけ一人別枠方式違憲状態判決（平成二三年三月二

三日最大判民集六五巻二号七五五頁）田原裁判官反対意見において、見ることができるように思われる。

（10）リスク社会と法については、今日多くの議論が存するところである。代表的なものとして、長谷部恭男「法律とリスク」長谷部恭男編『リスク学入門3　法律からみたリスク』（二〇〇七）一―八頁参照。

（11）むろん、専門家は一番「わかっている」人であるが、かといって全てをわかっているわけではなく、彼らもまた「わからない」問題を克服できているわけではない（長谷部・前掲注（10）参照）。

（12）むろん、理性的な立法者であれば、「わからない」問題に限らず、常識的な振る舞いをするであろう。合理的な判断をなしうる者というひとつの理念的な立法者像を前提に、よりよき立法のための方法（事後的是正義務を含む）を考察するものとして、高見勝利「あるべき立法者像と立法のあり方――立法学研究への一視座」公法研究四七号（一九八五）九五頁以下。

（13）*K. J. Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 29ff., 56ff.「将来的事実」とは、「既存の事実に基づく合理的予測により将来現実化せられうることが期待せられる『事実』」を指す。高見勝利「立法府の予測に対する裁判的統制について――西ドイツにおける判例・学説を素材に」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（一九八五）三五頁以下（四〇頁）参照。

（14）Vgl. BVerfGE 110, 141 (156).

（15）このように区別して考えるものとして、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『現代行政と法の支配』（一九七八）四四七頁以下参照。その他、立法者の予測について、詳しくは高見・前掲注（13）に加え、岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」慶應義塾大学大学院法学政治学論究一四号（一九九二）六七頁以下、小山剛『基本権保護の法理』（一九九八）一〇七―一〇九頁以下、原竹裕『裁判による法創造と事実審理』（二〇〇〇）八六―九七頁以下参照。

（16）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」阪大法学四九巻一号（一九九九）二六九頁以下、同「立法者に対する法改正の義務づけ――改善義務に関するドイツの学説の考察」阪大法学五三巻六号（二〇〇四）一五三頁以下参照。

（17）「違憲確認及び法改正の義務付け判決」という判決形式はドイツ連邦憲法裁判所によって多用される。簡潔にいえば、法律を無効とすることによる不都合が大きく、また無効では違憲を除去しえず如何に是正するかは立法者に任されている旨を指摘する判決形式である。

この判決形式における法改正義務はNeuregelungspflichtと表記されるのに対し、事後的是正義務はNachbesserungspflichtと表現される（Vgl. *Christian Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1995, S. 52ff.）。また、この法改正義務は「事情の変化」との関係でいえば、既に違憲となっている場合に問題となりうるものである。

なお、ドイツの判決形式については、畑尻剛『憲法裁判研究序説』（一八八八）一七九―二三八頁、有澤知子「判決・決定・命令　判決手法」工藤達朗編『ドイツの憲法裁判　連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』（二〇〇二）一八一―二一〇頁、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」神戸法学雑誌三九巻四号（一九九〇）九三九頁以下、野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（一九九五）、畑尻剛「違憲判断の具体的処理方法――違憲確認判決を中心に」中央ロージャーナル七巻一号（二〇一〇）六五頁以下、など数多くの先行研究がある。また、「事情の変化」と判決形式については、特に、畑尻剛「憲法訴訟における立法府と裁判所との協働――立法事実の変化とその対応をめぐって」日本法学七二巻二号（二〇〇六）三〇一頁以下参照のこと。

（18）BVerfGE 110, 141 (158).

（19）小山・前掲注（4）『憲法上の権利』の作法新版』七九頁。

（20）なお、日本の最高裁による事情の変化論がともすれば「真に事情の変化があったというよりは、先例との抵触の回避や、違憲判決の影響の限定を忖度したためではないかと思われる」（小山・前掲注（4）同八二頁）と指摘されるのに対し、ドイツ連邦憲法裁判所による事情の変化論では、より本質的な、つまり当該法律の合理性にとって致命的な事情の変化が指摘されているように思われる。

（21）BVerfGE 82, 126.

（22）BVerfGE 82, 126 (153).

（23）なお、この「事情」については、ドイツでは、法律の合憲違憲を左右するような法律をとりまく環境として、立法事実だけでなく、ものさしである憲法の解釈の変化や改正もまた含めるという考え方も存在する。「事情の変化」につき、事後的是正義務研究の第一人者であるクリスチャン・マイヤーは、「憲法と両立しうる法律の憲法違反への転換は、審査基準である憲法と審査対象である法律との関係が変化しうるということを前提として、基準である憲法、もしくは、審査される法律、もしくは、その両方が変化することによって生じる」（*Mayer*, a.a.O., S. 123）と述べるが、本稿においては、ひとまず「事情の変化」とは、立法事実の変化として扱うこととする。

(24) 一人別枠方式違憲状態判決田原裁判官反対意見では、「当該法規の憲法適合性について疑問が生じ、あるいは国会以外のところから疑問が投げ掛けられるに至ったとき」とされている。

(25) 立法者が、再検討や是正を怠った場合には、事後的是正義務違反となり法律は違憲となる。

(26) それぞれの時点間に「経験を収集するための相当な期間」(Vgl. BVerfGE 95, 267 (314)) が考慮されうる。法律を直す（改正する）場合のみならず、一から法律を作る場合にも調査や統計による情報収集は必要なのであって、この期間の考慮は事後的是正義務の作為義務としての性格に由来するものと考えられる。日本の合理的是正期間論（本来これは、ドイツでいう違憲確認及び義務付け判決に近いと思われる）もまた、作為義務に伴うものと考えられるが、この点については事後的是正義務違反の問題とともに次稿以降にて詳述することとする。

(27) なお、このB時点とC時点の間は、何年もかかる場合もあれば、同時であるという場合も考えられる。また、点と線の審査どちらにするかによって、この時点の表記は変わってくるのであって、あくまでイメージであることを断っておきたい。

(28) BverfGE 49, 89 (127ff.). 高田敏「高速増殖炉型原発の設定と原子力法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（二〇〇三）三六九―三七六頁参照。

(29) BVerfGE 56, 54 (82). 松本和彦「身体の不可侵の権利と立法者の改善義務――航空機騒音決定」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（二〇〇三）七八―八二頁参照。

(30) BVerfGE 110, 141 (158).

(31) BVerfGE 110, 141 (166).

(32) BVerfGE 112, 304 (317ff.).

(33) BVerfGE 90, 145.

(34) 平等原則の審査基準について詳しくは、井上典之「平等保障の裁判的実現（1）（2）（3）――平等審査の方法とその権利保護」神戸法学雑誌四五巻三号（一九九五）五五三頁以下、四六巻一号（一九九六）一二七頁以下、四六巻四号（一九九七）六九三頁以下、特に四六巻一号一四三―一六四頁、西原博史『平等取扱の権利』（二〇〇三）特に二五四―二六二頁参照。

(35) BVerfGE 33, 171 (189).

(36) BVerfGE 111, 333 (360). 栗島智明「大学の経営合理化と学問の自由――ブランデンブルク高等教育法判決（BVerfGE

111, 333)」法律学研究四八号（二〇一二）三七頁以下参照。

(37) また、初期段階のまだ資料の不足した状態で細分化した基準を設けると逆に不都合が生じるおそれもある（BVerfGE 33, 171）。

(38) BVerfGE 37, 104.

(39) BVerfGE 33, 171 (189f.). なお、立法者の予測が当初から明白に誤りである場合と区別される。高見・前掲注（13）六二頁参照。

(40) *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1, 1976, S. 459ff. (516f).

(41) *Ossenbühl*, a.a.O., S. 517.

(42) BVerfGE 25, 1 (17).

(43) BVerfGE 25, 1. 高見・前掲注（13）五二頁。

(44) BVerfGE 25, 1 (11f.).

(45) BVerfGE 25, 1 (23).

(46) BVerfGE 95, 267 (313ff.).

(47) 制定時における予測全般の不確実性については、高見・前掲注（13）四七頁参照。

(48) *Ossenbühl*, a.a.O., S. 504ff. 岡田・前掲注（15）八〇頁参照。

(49) 岡田・前掲注（15）八六頁、高見・前掲注（13）五二頁、及び、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（二〇〇五）二六二頁参照。

(50) 経済領域と同様に租税領域においても事後的是正義務が指摘される（Vgl. BVerfGE 55, 274; 57, 139）。経済領域、租税領域ともに、立法者の予測の統制尺度として主張可能性の統制が用いられ、また、主張可能性の統制と事後的是正義務とが結びついていることが指摘されている（宍戸・前掲注（49）二六二頁及び二五二頁参照）。

(51) BVerfGE 88, 203 (309). 小山剛「第二次堕胎判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（二〇〇六）六一―六六頁参照。

(52) BVerfGE 59, 119 (127).

（53）なお、この郵送投票の事例は、法律の効果に関する予測の誤りの例（選挙原則保護機能を果たしているか）として分類しているが、制定時に資料が不足しており制度の開始後に資料が集積し、制度の悪用という新事実が判明した場合であると説明することもできる（新基準設定との類似性）。上述のように、そもそも「立法事実」における事実と予測とは厳密には峻別することができないが、典型例、例えば、カルカー決定と第二次堕胎判決とを比較すると、「わからない」ものの対象という点で差異が明らかであるため、本稿では、事実（制定当時の資料及びその評価）と予測（法律に期待される効果）とを区別して扱っている。

（54）なお、一項と二項は、前者が、制定時の決定に用いた資料が不十分ないし不確定なことを前提に、制定後に新しい資料が得られるであろうことが予定されるという類型であるのに対し、後者は、制定時に予想した「将来的事実」と、実際に制定後において生じた事実にズレがあるという類型であり、制定後に実際に生じた事実と、どの事実との間にズレがあるか、つまり、制定時までの過去の事実（の不存在）か、それとも「将来的事実」かという点において異なっているといえる。

（55）BVerfGE 95, 267.

（56）BVerfGE 95, 267 (315).

（57）BVerfGE 33, 171.

（58）*Peter Badura*, Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebenden Parlaments zur “Nachbesserung von Gesetzen”, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Einschenberger zum 60. Geburtstag, *Georg Müller, Rene Rhinow, Gerhard Schmid und Luzius Wildhaber* (Hrsg.), 1982, S. 481 (484).

（59）ムルスヴィークによれば、事後的是正義務は「基本権保護義務の場合と同様に従来通りの侵害法律の場合にもあてはまる」。*Dietrich Murswiek*, Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, verfassungsrechtliche Grundlage und immissionsschutyrechtliche Ausformung, 1985, S. 186.

（60）*Mayer*, a.a.O.

（61）*Murswiek*, ebenda.

（62）*Rudolf Steinberg*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, Der Staat 26, 1987, S. 161ff. (166).

（63）*Klaus Stern*, Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland, Band 3, 1.Halbband, 1988, S. 1353.

(64) *Steinberg*, ebenda.

(65) この点神橋一彦は、「国会が一度制定した法律について何らかの『立法者の事後改善義務』という立法者の『行為規範』があると考えるべきであろう。……勿論、立法機関そのものは国会であるとしても、現在、内閣提出立法が多数を占め、また内閣の（とりわけ総務省）が選挙制度に関わる専門的知見を有していることに鑑みれば、内閣等の行政機関も選挙制度を合憲的に維持する法的責任を負うのか否かが、――判決はそこまで踏み込んではいないものの――一つの問題となりうる」と指摘している（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）三八頁以下（六七頁）参照）。また、大橋洋一も「現実の行政過程においては、国の行政機関は自己を拘束する法律の制定準備過程に深く関与している。……法律の企画立案と法律の執行活動との間には連続的な関係が認められ、立法過程と行政過程とは密接な形で連携している」と指摘している（大橋洋一「法律による行政の原理」法学教室二三七号（二〇〇〇）一〇頁以下（一三頁）参照）が、これらの議論は、「立法」における議会と行政庁の協働を示唆するものである。なお、議会と内閣の協働関係を「執政」概念を中心に指摘し、権力分立を国家指導における機関間の適切な協働秩序を構築する積極的な制度原理として捉え直そうとするものとして、村西良太『執政機関としての議会――権力分立論の日独比較研究』（二〇一一）がある。

(66) BVerfGE 59, 119 (127).

(67) BVerfGE 112, 304 (317).

(68) 我が国の行政手続法三八条二項においては、命令等を定める場合の一般原則として「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」として、「行政立法の立法者」の事後的是正義務が規定されている。

(69) なお、そもそも、違憲審査の対象は法律か行為かという問題が存在するが、そのどちらにせよ、審査の際に違憲性判断要素として客観的要素をみるのか主観的要素をみるのかという問題が生じうる。本稿ではひとまず、違憲審査対象は法律の憲法適合性かそれとも立法者の行為規範違反かという点については割愛し、詳しくは別稿にて扱うこととする。

(70) 日本でのこのような議論については、大石和彦「『立法不作為に対する司法審査』・再論」立教法学八二号（二〇一一）一三〇頁以下（一六〇頁）参照。

(71)「主観的違憲要素一元説」について、櫻井・前掲注（8）八一五頁参照。

(72) このような手法を批判するものとして、安念潤司「いわゆる定数訴訟について（四）」成蹊法学二七号（一九八八）一六七頁以下（一六八頁）参照。

(73) *Murswiek*, a.a.O., S. 188. それでも事後的是正義務論には、事情の変化論を規範的に説明することができるという意義を見出すことができるだろう。簡潔に言えば、なぜ、事情の変化によって法律が違憲になるのかといえば、それは、事後的是正義務違反があったからであるということである。

(74) なお、その際、少なくとも訴訟の入口の議論と、訴訟での攻撃防御手段の議論を区別した上で再検討される必要があるように思われる。

(75) この点、事後的是正義務違反の統制密度について、基本権保護義務が問題となった航空機騒音決定では、「国家の積極的な保護義務及び行為義務を導き、立法者の能動的措置を通じてそれを実現する方法は、通常、極めて複雑な問題であり……決定の責任は、……立法者にある。連邦憲法裁判所は通常、……限定的にしかこういった決定を審査できないのである。この考慮は、立法者が基本権から導かれた保護義務に違反したかどうかという問いに関するときのみならず、むしろさらに、立法者が事後的是正義務の不作為によってこれに違反したかどうかというさらなる問いに議論の余地があるときに、ますます重要である。連邦憲法裁判所がこの種の憲法違反を確認することができるのは、もともと適法であった規律がその間の状況の変化ゆえに憲法上甘受できないことが明白であり、立法者がそれにもかかわらず引き続き何もしないでいたか、もしくは明らかに誤った事後的是正措置を採った場合だけである」（BVerfGE 56, 64（80f.））として、基本権保護義務の審査基準を受け継いだ形で明白性の統制という統制密度が支持されている。詳しくは次稿以降にて扱うが、事後的是正義務違反の審査基準は、事後的是正義務の前提となる第一次的義務（各種の基本権や平等原則など）の審査基準に左右され、必ずしも明白性の統制に服するわけではないと思われる。

(76) *Dieter Hömig, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtgesetz 38, Stand 2009, §95, Rn71.

(77) *Hömig*, ebenda.

(78) なお、ドイツにおいて、そもそも事情の変化による法律の合理性喪失問題は、具体的な後発的違憲状況を如何に処理すべきかという観点のもと、判決形式に関する議論のなかで意識されてきた（前掲注（16）及び前掲注（17）で挙げた論文を参照のこと）。例えば、法律がグレーゾーンにあり将来的に違憲になることが予想されるという状況（まだ合憲）では警告判

決が、法律が事情の変化により既に違憲となっているが無効とすることの不都合が大きい場合には違憲確認判決及び改正の義務付けという判決形式が用いられてきた。その中でこの「立法者の監視義務及び修正義務の宣告」という判決形式は、事情の変化が現前にあるという具体的な後発的違憲状況においてではなく、むしろ、将来において事情の変化が起こりうる場合に選択される。この判決形式が選択されたカルカー決定についての、「この判決では、立法者が高速増殖炉の導入に関してあらためて決定を下すべき憲法上の義務が、将来このタイプの原子炉から重大な危険が生じる兆候が現れることを条件として指摘されている。そのうえ、はたして将来そのような兆候が現れるのか否かはまったく不確実であるとされている。この点で、立法者に対してただちに立法を行うように警告するこれまでの『警告判決』とは異なる傾向を示している」として、カルカー決定を警告判決に分類しつつも、このような疑問を呈している宮地基の指摘は、まさに、「立法者の監視義務及び修正義務の宣告」という判決形式の独自性を示している。宮地・前掲注（17）一〇〇七頁参照。

（79）　ここではひとまず、統制規範ないし裁判規範にのみ憲法規範を限定する解釈手法（枠秩序）ではなく、行為規範と裁判規範を区別しともに憲法規範であると解釈する立場に立つこととする。行為規範と裁判規範との区別については、宍戸・前掲注（49）二六七―二八二頁参照。

入井　凡乃（いりい　なみの）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　憲法理論研究会、全国憲法研究会
専攻領域　憲法