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

Title	事後的是正義務と新規律義務
Sub Title	Die Nachbesserungspflicht und die Neuregelungspflicht
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	2014
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.101, (2014. 6) ,p.103- 133
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20140615-0103

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.

事後的是正義務と新規律義務

入井凡乃

一　はじめに
二　二つの“Nachbesserungspflicht”
(一)　差　異
(二)　判別――ATD法判決を素材に
三　“Nachbesserungspflicht”と新規律義務
(一)　「事情の変化」と違憲確認判決の親和性
(二)　“Nachbesserungspflicht”＝法改正義務
四　本稿のまとめ
(一)　事後的是正義務と新規律義務
(二)　法律制定後の統制と違憲判断後の統制

一　はじめに

非嫡出子法定相続分差別違憲決定[1]、国籍法違憲判決[2]、在外国民選挙権制限違憲判決[3]、一人別枠方式違憲状態判決[4]、ハンセン病熊本地裁判決[5]、など、様々な判決で見られる「事情の変化」の法理について、その違憲判断の手法に関しての議論はあるものの[6]、違憲になるまでの統制手法や裁判所による違憲判断ののちに立法者が改正を怠っている場合[7]の統制手法については未解決のままであるように思われる[8]。その際、「立法者の事後的是正義務」を中心とする議論は、違憲判断の統制手法のみならず、そのような議論についても有用である。

立法者の事後的是正義務とは、「立法者が、法律制定後の法律が合憲な段階において、事態の推移をモニタリングし適宜法律を改正する義務」である。この立法者の事後的是正義務について、ドイツ連邦憲法裁判所は「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]」と述べるが、そこでは「事情の変化」を念頭に、そのような変化に対して立法者が動態的に対処するということが想定されており、この義務は通常“Nachbesserungspflicht”と表記される[10]。

しかしながら、“Nachbesserungspflicht”という単語によって、しばしば事後的是正義務とは異なる義務が意味されることがある[11]。その義務とは、「違憲確認判決に付随する、立法者が違憲な法律を改正する義務」である[12]。これは違憲確認判決の際に立法者に対して下される義務であり、違憲確認判決とは、法律が違憲であるにもかかわらず、無効とはせずに違憲を確認するにとどめるという、ドイツ連邦憲法裁判所の判決形式のことをいう[13]。この義務は通常、

“Neuregelungspflicht”（新規律義務）と表記される。[14]

この時点においてもすでに分かるように、この二つ義務は全く異なった義務である。にもかかわらず、この二つの義務は学説において古くから“Nachbesserungspflicht”という同じ用語によって表記され[15]、また判例においても新規律義務が“Nachbesserungspflicht”と表記されることがある。[16]そこで、本稿では、まず、これらの義務がそもそもどのような義務であるかを明らかにし、その考察を踏まえて具体的事例における“Nachbesserungspflicht”の意味を実際にどのように判別するかを示す。さらに、このような用法が生じる要因を推察することで、事後的是正義務論の射程を明らかにする。

そして最終的には以上の考察を通じて、当初は合理性を有していた法律が違憲に至るまでの統制や、裁判所による違憲判断ののちに立法者が改正を怠っている場合[17]の統制という可能性を示そうとするものである。

二　二つの“Nachbesserungspflicht”

㈠　差　異

1　定義・特徴

(1)　事後的是正義務

a　定　義

通常“Nachbesserungspflicht”と表記される事後的是正義務は、「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]とされるように、細かく分けると、「監視義務」、「再検討義務」、「法改正ないし是正義務（狭義の事後的是正義務）」に分けることができる。これらのすべてが一括して“Nachbesserungspflicht”と表記されることもあれば、監視義務“Beobachtungspflicht”[19]、再検討義務“Überprüfungspflicht”、法改正ないし是正義務（狭義の事後的是正義務）“Nachbesserungspflicht”とそれぞれ表記されることもある[20]。

b　合憲判決の一種としての「立法者の監視義務及び是正義務の宣告」

監視義務、再検討義務、及び、法改正義務は、まず、合憲判決のなかで連邦憲法裁判所によって立法者にその存在が告知される。例えば、旧債務決定では、異議の対象となっている規範は「憲法上異議を申し立てられえない。しかし、立法者は……事後的是正義務を負っている」[21]と指摘される。合憲判決にいわば「留保」[22]のようなものが付く形になる。このような指摘は、合憲判決における判決形式の一つとして数えられる[23]。合憲判決には、①「合憲宣言」、②「立法者の監視義務及び是正義務の宣告」そして、③「警告判決」という三種類の形式がある[24]。①合憲宣言は、法律の正当性を強く保障する[25]。③警告判決は、判決時点においては「まだ合憲」であるものの近い将来に違憲になりうるということを警告する[26]。つまり、判決時に「事情の変化」の兆候が存在する場合であって、立法者に対してただちに法改正するよう命じるものである[27]。それに対し、②「監視義務及び是正義務の宣告」という判決形式は、判決時において合憲であり、その時点で合憲性に対する疑義はなく、また、判決時に事情の変化の兆候もない段階で「一般的な可能性」[28]を指摘して、将来的に事情の変化による違憲が生じることのないよう立法者が監視すること（その結果場合によっては再検討及び是正すること）を義務付けるものである。

c　「立法者の監視義務及び是正義務の宣告」判決と「事情の変化」

以上のように、②「立法者の監視義務及び是正義務の宣告」判決は、今後の事情の変化の可能性ゆえに、法律の合

憲性を強く保障することはできないという点で単なる①合憲宣言とは異なり、また、事態がまだ違憲の方向へ動いてはおらず、将来その兆候が生じるかも不明な段階で将来的なコントロールが義務付けられる点において③警告判決とも異なる。

事後的是正義務の存在が連邦憲法裁判所によって立法者に対し宣告されるのは、合憲であって、これから事情の変化がある可能性が比較的高く[29]、しかし判決の時点ではまだその変化の兆しは全くないという場合である。

この「事情の変化があるかもしれない」という状況は、様々な分野において認定されている。一般的行為自由（大麻使用[30]、債務免除に伴う契約の制限[31]）、情報自己決定権（国勢調査[32]、GPS捜査[33]）、生命及び人身の自由（堕胎の適法性[34]、原発の設置許可[35]、航空機騒音[36][37]）、一般的平等（健康保険における診療報酬配分基準[38]）、学問の自由（新しい大学制度の創設[39]）、職業の自由（「減反」政策に伴う製粉所の設置制限[40]、闘犬の輸入禁止[41]）、選挙原則（郵送投票制度[42]）といった幅広い事例において、事後的コントロールの要請が見られる。そこでは、「事情の変化」の可能性への着目がなされ、また、そのような展開について立法者が対応することが予定されている[43]。

(2) 新規律義務

次に、“Nachbesserungspflicht”と呼ばれることもある、通例“Neuregelungspflicht”と表記される新規律義務であるが、この義務を説明するにあたっては、違憲確認判決とは何かについて説明する必要がある。そこで、以下ではまず、違憲確認判決とは何か、また、なぜその判決形式が選択されるのかについて少し詳しく見ることにする。

a 違憲確認判決[44]

(a) 違憲確認判決の登場

当初、連邦憲法裁判所は、法律の憲法適合性審査の結果、審査した法律が合憲のときは有効とし、違憲のときはその法律を無効としてきた[45]。そしてその判決の効果としては、有効判決は当該法律の正当性を強く保障する機能を営み[46]、

他方、無効判決は遡及的に（ex tunc）当初から（ipso jure）法律を無効とすることで、法律の効力が失われ、法律の適用も排除するとされてきた[47]。しかしながら、次第に無効判決をとることが不適切な場合が存在することが判明し、ドイツ連邦憲法裁判所は、違憲な法律を無効とするのではなく法律の違憲を確認するにとどまる判決形式、すなわち、違憲確認判決を生み出すに至った[48]。

(b)　違憲確認判決を選択する理由

無効判決が不適切な場合とはいかなる場合か。連邦憲法裁判所が違憲確認判決を選択するのは、主に、①立法者の形成の自由に抵触する場合、②規範の喪失によって著しい不都合が生じる場合、また、③規範の欠缺が問題となっている場合である[49]。

①立法者の形成の自由が問題となるケースは平等原則に限らないが、例えば、一部のグループに利益を与え、他のグループにこれを与えないことによって平等原則が侵害されている場合には、違憲は規範そのものではなく規範と規範のあいだに存在し、通常、解決策が複数存在する。そしてどの解決策を選択するかは立法者の形成の余地に属する[50]。

②規範の喪失によって著しい不都合が生じる場合とは、問題となっている（違憲な）規範を無効とし規範の適用が排除されると、「より合憲的秩序からかけ離れた法的状態[51]」が生じることになる場合である。まずは、請求の法的基盤の喪失である。大学入学制限法判決[52]においては、当該規定は白紙委任であって基本法に適合しないとされたが、無効とすると他の志願者の勉学の機会を奪うことになるとして、違憲確認判決が選択された。また、国政への重大な影響も理由となる。この理由付けは、当初は、第二次世界大戦の戦後処理に関する法律について使われていた[53]が、次第に、租税法の分野において使われるようになった。租税法上の規定の無効が争われた判決[54]において、無効判決を下すと一定期間の税収について連邦とラントの財政を直撃し、その結果国家の機能が深刻に脅かされるとして、違憲確認判決が選択された。簡潔にいうと、規範がなくなってしまうと困る場合である。

また、③必要な規範が存在しないことが違憲であるとき、無効宣言は当然に不適切である。規範がないことが違憲なのであるから、規範を無効にすることもできない。

(c) 違憲確認判決の法的効果

この違憲確認判決の効果は、①裁判所に対しては裁判の中断、②行政庁に対しては原則的な適用停止、そして、③立法者に対する法改正の義務付け（新規律義務）である。[55]

まず、①であるが、当該事案に関しては原審の判決の破棄、また、類似事例に関しては裁判の執行が停止される。[56] また、②行政庁に対する適用停止であるが、無効判決回避の理由として、引き続きの適用が必要な場合がある一方で、違憲な法律が引き続き適用されることに対する懸念から、連邦憲法裁判所は、暫定的な適用可能性かそれとも適用停止かという点で揺れ動いてきた。[57] 現在では、原則として、適用は停止され、例外的に新規律までの過渡的な規律が許容されることとなっており、裁判所が明文にて主文で新規律までの過渡的な使用可能性及び使用可能規律を指示した場合に限り、新規律までの継続的な規律の適用が可能となっている。[58] 暫定的に規律を適用し続けることが必要な理由として挙げられるのは、「法的安定性」、また租税分野においては「秩序立った金融財政計画」である。[59] そして、③立法者に対しては新しく規律することが義務付けられ、一定の期間のあいだに立法者が法改正することが義務付けられる。[60]

b 定 義

違憲無効判決ではなく、違憲が確認されるにとどまる場合、この判決によっては憲法適合的な状態は回復されないため、同時に立法者に新たな規律をなす義務が課せされる。これが新規律義務である。この義務は、無効の代わりに違憲を除去する方法であり、「憲法違反な状況を除去する立法者の義務」[61]とされ、立法者は速やかに法改正をしなければならない。

2　義務の内容と履行期限

以上、二つの義務について簡潔に説明してきたが、以下ではその内容や履行期限について少し詳しく見ることにする。

(1)　事後的是正義務

a　内　容

連邦憲法裁判所は、事後的是正義務の内容、つまりどのように履行すべきかについて具体的な指示は与えないとされる[62]。例えば、「従来の組織形態を批判的に監視し、時宜にかなうよう改良することを、立法者はまさに義務付けられている（vgl. BVerfGE 35, 79 [117][63]）」といったように、監視義務と事後的是正義務の存在をまさに宣言するのみである。その具体性のなさに対しては、内容が不明確であり、義務の体をなしていないという批判もあるが[64]、「その際、立法者には、まさに新しい組織形態の適性に関して、評価大権及び予測余地を有している（vgl. BVerfGE 50, 290 [332 f.]; 88, 203 [262][65]）」とあるように、立法者の形成の余地が大きいということが示されていると思われる。立法者は、特にどのように是正するか（法改正義務）について形成の余地を有する。

なお、監視義務に関しては、監視義務を履行するための制度を構築する義務が監視義務には含まれているということが明らかにされている[66]。連邦憲法裁判所は、妊娠初期の中絶の不処罰を認める妊婦及び家族扶助法が問題となった第二次堕胎判決において以下のように判示する。「事後的是正義務は、立法者による法律の連続的コントロールを一般的に含むものではない。それは、法律の憲法違反が認識される、もしくは少なくとも明らかに認識しうるときにはじめて、さまざまに現実化される。しかし、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（vgl. BVerfGE 49, 89 [130, 132]）。保護法益の高い地位、未出生生命に対する危険の性質、この領域において確認される社会情勢及び社会的見解の変遷は、どのように法律上の保護構想が社会的現実のなかで

作用しているかについて、立法者が監視することを必要とする。[67] 立法者は、適切な時間的間隔において、ふさわしい方法で――例えば定期的に行われる政府による報告によって――、法律が期待された保護作用を実際に発揮しているかどうか、もしくは、過少保護禁止原則の違反を理由付ける、構想やその実現についての瑕疵が明らかになっていないかどうかを確認しなければならない（vgl. BVerfGE 56, 54 [82 ff.]）。この監視義務は、保護構想の変更に基づいて存在する。[68]」「監視義務は、立法者が自らの権限の枠のなかで、法律の作用の評価のために必要なデータを計画的に収集し、蓄積し、評価することへの配慮を含む。……十分な証言能力のある信頼のおける統計は、そのために欠くことができない。……妊娠中絶に関するあらゆる国家統計を放棄することは、保護義務と両立しえない。立法者はそれによって、保護構想の作用を監視するために必要な資料を放棄している。それに対して、今日までの統計上の基礎が信頼できるものではなかったと判明したことを反論として挙げることはできない。[69]」

b　履行期限

まず、監視義務に関しては、第二次堕胎判決の上述の引用部のように、政府の報告など[70]による定期的なコントロールが企図されている。

再検討義務及び法改正義務の履行期限についてはたいてい明示されず、指摘されるにしても「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[71]」として、「相当な期間」との指摘にとどまる。

ただし、それに加えて、再検討までの期間が指摘されることもある。例えば、旧債務決定では「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。その際、立法者に対して、対象の複雑性ゆえに、経験を収集するための相当な期間が当然に与えられるべきである。立法者の構想によれば大半のケースで負債の弁済が達成されるはずの約二〇年の期間のもとで、このために、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、達成されようとしている目的が採用された方法でさらなる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」[72]という指摘がある。なお、この決定では、目標達成に必要と考える期間の半分が提示されているが、再検討すべき時期は事物の性質に照らして様々でありうる。[73]

なお、警告判決の形で、法改正義務の履行期限が近付いていることが示されることがある。[74]「事情が変化しつつあり、近い将来に違憲になりうる」という判決である。つまり、たとえ裁判所が一〇年後に再検討といっていても、それはあくまで特段の変化のない状況における目安であり、事情の変化の状況によって履行期限は変動しうるのである。[75]

(2)　新規律義務

a　内　容

他方、新規律義務の場合、事後的是正義務に比べて立法者の形成の余地が限定される。違憲な部分を除去する義務である以上、どの箇所が違憲か、すなわち、どの箇所を除去すべきか、改正内容を裁判所が比較的具体的に指示することになる。それゆえ、違憲除去という任務に即して形成の余地は縮減する。なお、どのように除去ないし法改正するか、その方法は自由である。[76]

b　履行期限

義務履行の期間は大体、一年から三年程度であり、〇年〇月〇日[77]と固定された期日が指定されることが多い。[78]その期限に間に合うよう、立法者は、改正作業に取り組み、また改正することが義務付けられている。例えば、一九九〇

年五月三〇日の解約告知期間判決では「……立法者は、法的状況を遅滞なく基本法と一致させなければならない。……立法者に対し、新たな規律のために一九九三年六月三〇日までの期日を設定することが適当であると考えられる[79]」とされている。

3 義務違反の判断・法的効果

次に、これらの義務に違反した場合について、義務違反の判断方法もしくは義務違反の効果について比較検討する。

(1) 事後的是正義務違反

事後的是正義務違反の有無について、立法者が実際に義務を満たしたかどうか評価することはあまりないとされるが[80]、いくつかの事例を挙げることとする。

例えば、健康保険の診療報酬配分基準が専門科目ごとの差異を考慮していないとして平等原則に違反するかが問題となった診療報酬決定では、「憲法上の評価にとって重要なのは、〔報酬基準を決定する〕収益段階が年に一度、それが現在の状況にまだ合致しているかに照らして審査されることが最初から明文で規定されているのみならず、むしろ、収益段階が実際にもすでに二年後に根本的に変化し、それに引き続いて、今となっては不十分な細分化であって意義が認識できない方法ではあるものの、改良されたということである。この事情の場合において、当初の規定は不十分な細分化にもかかわらずまだ憲法に合致すると評価されうる[81]」として、立法者が、事情の変化に対応して規準を改訂したことが評価されている。

また、航空機騒音決定では、基本権保護義務から事後的是正義務が導出されると述べたうえで、事後的是正義務の不作為によって基本権保護義務に違反したかどうかについて、以下のように判断する。「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。その際、航空機騒音抑制の分野において受忍限度に関する信頼できる科学的な知見がまだ存在せず、また、航空輸送は国際的に結び付いており、立法者に適切な経験の余地及び適合の余地が当然に与えられるにふさわしい、複雑なテーマがこの規律に関して問題となっていることが顧慮される。[82]」とした上で、その具体的な審査においては、事情の変化の有無を確認するのではなく、「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[83]」かどうかを審査する。「連邦政府及び国際委員会がしばらく前から一貫して航空機騒音問題に対して関心を抱いてきたと異議申立人が認めるように、……すでに一九七一年に、航空機騒音からの保護のために法律が制定され、これに基づいて一九七四年にデュッセルドルフ空港に対し騒音保護範囲が確定された。それによって立法者の完全な不作為は否定される。もっとも、初期においてこの法律は、消極的な騒音保護のための措置（建築禁止、建物の遮音）にとどまっていた。異議申立人の見解によれば、立法者はそのような措置だけでは立法者の事後的是正義務を十分に果たしていないとされる。……もっとも、航空機騒音保護のための法律は、異議申立人によって不十分であるとみなされた消極的な騒音保護措置に尽きるわけではない。……既に一九七五年に航空輸送規則に関する改正規則（……異議申立人らによって危惧された超音波速度での民間航空機の飛行を原則的に禁止する改正規則）が制定された。この法的根拠及び一九七四年三月一五日の連邦環境汚染防止法三八条は、ヨーロッパ共同体の決議によって一九七九年に可決された亜音速航空機の騒音公害の減少に関する指針を、必要な場合に国内的法的秩序として公布することを、より早く可能にする。この指針は、積極的な保護措置によってエンジンによる騒音発生の緩和を優先するものであり、異議申立人の要望に合致するものである。なぜなら、この指針が決定するのは、航空機の新たな許可に際して、ただちに国際民間航空機関の明らかに厳しい最新の限界値が拘束力を持ち、一九八六年一二月三一日以降全ての航空機がこの限界値に合致しなければならないということであるからである[84]」。そして、「この既になされた諸措置、もしくは、法律上の規律によってなされうる諸措置の考慮のもと、立法者が事

後的是正義務という場合によって生じうる義務に明白に違反したという訴えは、明らかに理由がない」[85]。

以上から明らかであるのは、平等、基本権保護義務といった審査尺度が比較的緩やかな分野であっても、少なくとも、立法者が全く何もしていない状況では違憲となりうるということである[86]。また、監視義務については、第二次堕胎判決は、前述の通り、制度構築義務が監視義務に含まれるとした上で、統計を廃止したことにつき制度構築義務違反を認定し、違憲との判断を下している[87]。立法者の制定後の実際のコントロールの有無が審査[88]されるだけでなく、法律制定の段階から事後的コントロールの体制が整備されているかどうかもまた審査されうる。いずれにせよ結果としては、法律の違憲が生じる。つまり、合憲か違憲かという段階の話である。

(2) 新規律義務違反

それに対して、すでに違憲であるがゆえに課せられた新規律義務について、その義務違反があった場合、すなわち、期限までに法改正がなされなかった場合、その判断方法は一見明白であるものの、その法的効果については、暫定的な適用可能性がそこで終了するのか、また、執行停止が解除されるのか問題となる。

その点について連邦憲法裁判所は、「そのような未解決の状況があまりに長く続く場合は、それ自体が憲法違反となりうる。基本法は、効果的な法的保護を民事法上の訴訟においても保障する（基本法二〇条三号；vgl. BVerfGE 74, 228 [234]）。憲法違反な法的状況を理由とする裁判手続の停止は、それゆえ、限定的な期間のあいだのみ甘受されうる。立法者が、憲法違反を適切な期間内に解決しない場合、諸裁判所は、……諸裁判所に係属中の係争を継続し、憲法適合的解釈を行わなければならない[89]」と述べている[90]。もっとも、そこでの「憲法適合的解釈」については、特に、立法者の形成の自由ゆえに違憲確認判決が下されていた場合に、憲法適合的解釈ができるのであれば、そもそもできたはずなのではないか、要するにその「憲法適合的解釈」は、ほとんど立法に近いのではないかという当然の疑問が湧くであろう[91]。

4　小括

以上の考察を簡潔にまとめると以下の結論が得られる。事後的是正義務は、合憲判決そして「事情の変化」によって特徴付けられ、新規律義務は、違憲確認判決、つまり何らかの「無効回避の必要性」によって特徴付けられる。また、義務自体については、前者と後者を比較すると形成の余地については前者のほうが広く、また履行期限についても前者は変動的であり後者は固定的である。加えて、義務違反に関しても、その判断方法も法的効果も異なり、前者は、義務違反が発生しているか、つまり違憲が発生しているかという段階の話であるのに対して、後者は、違憲の後もなお立法者が法改正をしないという段階の話である。以上から明らかであるのは、事後的是正義務と新規律義務には別異の義務として扱う相応の理由があるということである。差異の決め手となるタームは、「事情の変化」、そして、「違憲確認判決」である。事後的是正義務違反は違憲のトリガーであるが、その際違憲確認判決が選択されるか、違憲無効判決が選択されるかはケースによりけりである。新規律義務は、「事情の変化」の有無には関係なく、違憲確認判決が選択される場合に付随する。事後的是正義務と新規律義務は別異の義務であり、その間には何らの論理的必然性もない。

(二)　判別——ＡＴＤ法判決を素材に

以上明らかにしたように、「事情の変化」や「違憲確認判決」というタームがこの二つの義務を判別するポイントであるが、実際にはこのタームは明示されないこともある。ここでは以上の考察を踏まえて、具体的事例における“Nachbesserungspflicht”の意味を実際にどのように判別するかを示す。

1　対テロデータファイル法判決[92]

今回、具体例として取り上げるのは対テロデータファイル法（以下ＡＴＤ法とする）に関するドイツ連邦憲法裁判所

の判例である。対テロデータファイル（以下ＡＴＤ）とは、秘密情報機関と警察機関の情報共有を容易にするデータファイルのことである。[93] 本判決は、情報共有が情報自己決定権への介入に当たるとし、また、情報自己決定権から秘密情報機関と警察との情報の分離原則を導出した。[94] そして、データファイルの基本構造を合憲とした上で、個々の規定においていくつかの違憲性を確認した。[95]

2 “Nachbesserungspflicht”

本稿の関心においては、監督的コントロールについての判示が重要である。監督的コントロールにつき、ＡＴＤ法一〇条一項は、「データ保護の実施のコントロールは、連邦データ保護法二四条一項に基づき、連邦データ保護・情報自由監察官が義務を負う。州官庁によるデータの入力及びクエリのデータ保護法上のコントロールは、州のデータ保護法に従う」とする。

秘密情報機関と警察機関との間での、データ当事者に通知されることなく行われる情報交換を規律するＡＴＤ法に関して、連邦憲法裁判所は、監督的コントロールの重要性を述べた上で、[96] 立法者及び監督官庁に課せられる義務について以下の通り指摘する。「個人の権利保護の希薄性に対して監督的コントロールが有する補正的な機能にかんがみ、このようなコントロールの定期的な実施は特別な意味を持ち、そのようなコントロールは、適当な間隔――この期間は特に最大で、約二年間を超えてはならない――で実施されなければならない。このことは、監督的コントロールの整備の際に考慮されなければならない。効果的な監督的コントロールという憲法上の要請を保障することが、立法者及び諸官庁に共通に義務付けられている。……一定の間隔で定められた義務的コントロールの必要性に関して、十分な法律上の規準が、欠けている。この点で立法者に Nachbesserungspflicht が該当する。その他の点で、立法者はさしあたり、協力体制が整った諸官庁の実務において効果的に諸規定が画定されていることを信頼することができる。もっとも、立法者は〔監督的コントロール機関間の〕協力という点に関して、法律上の明白化もしくは訴訟管轄の撤廃

といった係争解決メカニズムの導入を必要とする紛争が生じていないかどうかをbeobachtungしなければならない。透明性の保障及びコントロールの保障のために、最終的に、報告義務の法律上の規律が必要である。……ＡＴＤ法に基づくデータの蓄積及び利用が、対象者の保護及び公開性から広範囲に免れ、また、効果的な裁判的コントロールが十分には行われえない以上、データストック及びＡＴＤの利用に関しての、連邦刑事局による議会及び市民に対する定期的な報告が法律上確実にされなければならない。報告は必須であり、ＡＴＤによって実行されるデータ交換に関する公の議論を可能にし、データ交換を民主的コントロール及び審査に服せしめるよう十分に内容豊かでなければならない」[97]。

すなわち、立法者及び監督官庁に対して、効果的な監督的コントロールを保障すること、監督官庁に対して二年ごとの定期的コントロールをすること、そして立法者に対しては、効果的なコントロールを保障するために、①定期的なコントロールに関して法律上明記すること（Nachbesserungspflicht）、②新しい訴訟制度などの導入の必要性の有無について監視すること（Beobachtungspflicht）、③議会及び市民に対する定期的な報告義務の法律上の明記である。

この①②③の義務のうち、事後的是正義務、新規律義務はどれか。結論を先取りすると、③及び“Nachbesserungspflicht”の表記のある①は新規律義務であり、②が事後的是正義務であると判断できる。以下その判断方法を記述する。

まず、判決主文は、監督的コントロールに関して、「ＡＴＤ法三条一項一文一号b及び一〇条一項は、判決理由に述べたところに従って、補足的規律が不足している限りで、基本法一条一項と結びついた二条一項と合致しえない」とする。規律の不足ゆえに違憲ということは、本稿において確認したように無効では解決できず、この部分に関して違憲確認判決及び新規律の義務づけ判決であることが推察される。また、三条一項一文一号を見ると、規律が不足しているという記述はあるものの違憲とは明記されていないが、主文では違憲であることを示しており、一〇条一項に

関しても、規律が不足しているという記述しかないことも考えられる。そして、一〇条一項に関して、この部分以外に法改正義務に当てはまるものはない。とすると少なくとも一つは、新規律義務が存在するはずである。

以上を踏まえ引用部に戻ると、①と③は規律の不足ゆえに法律上の明記すなわち法改正が必要であるという点で同じ義務であるといえる。また、②の義務は今後の制度の必要性について注視する義務であるところ、違憲であれば即座に是正が必要であるはずであるから違憲確認後の義務ではありえない。以上のことを勘案すると、①と③はともに新規律義務であると推定できる。そして、「事情の変化」の有無も確認すると、②には今後の「事情の変化」（今後の制度の必要性）が想定されており、いかにも典型的な事後的是正義務（狭義には監視義務）であるが、①と③の場合には、もともと当初の法律の記載がなかったことが違憲なのであって「事情の変化」がないことからすると、①と③は未履行状態の事後的是正義務でもない。以上から①と③が（事後的是正義務違反を伴わない）新規律義務、また、②が事後的是正義務であるといえるのである。

以上から、“Nachbesserungspflicht”の表記自体から、すなわち事後的是正義務と判断することはできず、若干の考察が必要であることを確認できよう。そして、本稿で見出した「違憲確認判決（ないし無効判決回避の必要性）」と「事情の変化」というメルクマールがその判断の際に重要であること、そしてまた、そのメルクマールが明文で存在しない場合にいかなる要素をもってそのメルクマールの有無を確定することができるかも、確認できたであろう。

三　“Nachbesserungspflicht”と新規律義務

では、以上の考察から明らかになった二つの義務の差異にもかかわらず、なぜ新規律義務をも“Nachbesserungspflicht”と表記するのだろうか。新規律義務を“Nachbesserungspflicht”と表記する要因を推察してみたい。

㈠　「事情の変化」と違憲確認判決の親和性

上述のように、事後的是正義務は、「事情の変化」によって、新規律義務は、「違憲確認判決」によってそれぞれ特徴付けられる、全く異なる義務である。しかしながら、この二つの義務は、ある文脈において一致を見る。

唐突ではあるが、ここでは「事情の変化」を辿るある法律の一生を想定する。

まず、合憲に制定されてしばらく、あるいは「監視義務及び是正義務の宣告判決」ののちに立法者に監視される。その後、事情の変化の兆候が生じて再検討義務及び是正義務が具体化するが、立法者によって是正されることのないまま裁判所に持ち込まれると、まだ合憲であるが近い将来に違憲となることが予見されるとして、立法者に事後的是正義務の履行期限が近付いているということが警告される[98]。そしてその後事情の変化が進むと、事情の変化が認定される[99]、あるいは、立法者の不作為が認定され、違憲の法律となる。

そして、違憲判決のうち違憲確認判決もしくは違憲無効判決が選択されることになるが、そのとき、「事情の変化」による違憲は違憲確認判決と結び付きやすいのである。確かに理論上は「事情の変化」ないし事後的是正義務違反による違憲も、違憲無効判決となりうる。しかしながら、事情の変化で違憲となる場合（事後的是正義務違反の結果の一類型）、無効による不都合が生じることが多いと推察することができるのである[100]。なぜならば、例えば、事情の変化ゆえに規範的評価が変化することがしばしば見られる平等の例[101]であれば、先にも説明したように、形成の余地が問題となる。また、違憲判決まで合憲な法律として長年使われてきた以上、それを無効とすることが法的安定性を損なうと判断されることも考えられる。

事情の変化ないし事後的是正義務違反ゆえに違憲という場合、違憲確認判決が選択されやすいというこのような状況のなかで、しかも、具体的な改正の内容を同じくする[102]法改正義務であるということもあって、ひとつながりの義務

として[103]、事情の変化、ないし、事後的是正義務を基軸とする論文のなかで新規律義務を“Nachbesserungspflicht”と表記するようになったのではないかと思われる[104]。

(二) “Nachbesserungspflicht”＝法改正義務

また、新規律義務を“Nachbesserungspflicht”と呼ぶことは決して間違いではないことも、このような混用が続くことの一因であるように思われる。“Nachbesserungspflicht”の直訳は、あとで（nach）直す（bessern）義務（pflicht）、つまり、立法者に向けられるこの文脈で言うと「法改正義務」であるが、新規律義務もまた、法改正義務であることには変わりない。事後的是正義務における“Nach”の意味が、法律の制定後という意味であるのに対し、新規律義務の“Nach”は、法律の違憲宣言後という意味（それはもちろん法律の制定後であるわけだが）で用いられており、「あとで」の意味は違うものの、両者ともにNach（あとで）立法者の法改正が必要という意味では共通している。事後的是正義務とは関係のない文脈において、新規律義務が“Nachbesserungspflicht”と表記されることもあるが[105]、「あとで」のスタート地点は違うものの、間違いなく「あとで」直す義務であって、差異を踏まえていれば特にその用語法に問題はなく、表記にこだわる必要は全くないのである。

ただし、筆者が主に議論の対象とするのは、新規律義務のほうの“Nachbesserungspflicht”ではない。二つの義務は、上述のように、内容も履行期限も義務違反の判断手法も異なり、そしてまたその出自も異なってくるだろう。

四　本稿のまとめ

㈠　事後的是正義務と新規律義務

以上示してきたように、“Nachbesserungspflicht”と表記される、事後的是正義務と新規律義務という二つの義務は別異の義務である。事後的是正義務とは、立法者が、制定後においても法律が「事情の変化」により合理性を失わないようコントロールする義務をいう。新規律義務は、裁判所が何らかの理由で違憲無効を回避する必要性を認め「違憲確認判決」にとどめる場合において、立法者に課せられる違憲を除去する義務のことをいう（以上二㈠）。そして、両方の義務が“Nachbesserungspflicht”と表記され、また「事情の変化」、「違憲確認判決」というタームは必ずしも明記されないことから、実際の判例における判別には若干の検討を伴う（以上二㈡）。また、なぜ“Nachbesserungspflicht”という単語が多義的に使用されるかについては、「事情の変化」と「違憲確認判決」の親和性（以上三㈠）、及び、“Nachbesserungspflicht”という単語の有する意味、すなわち“Nachbesserungspflicht”とは法改正義務である（以上三㈡）ということに理由が見出せよう。“Nachbesserungspflicht”とは法改正義務のことであり、事後的是正義務も新規律義務もともに法改正義務であるという点では共通する。

以上から、事後的是正義務論の本来の射程が明らかになる。

㈡　法律制定後の統制と違憲判断後の統制

同時に、裁判所は、法律が違憲になる前、そして違憲になった後も統制しうること、また、その統制手法は各々議

論されるべきことを本稿は示している。

確かに、「事情の変化」という文脈で事後的是正義務と新規律義務を眺めてみれば、この二つの法改正義務はひとつながりに見え、同じ義務として扱うことも可能かもしれない[106]。しかしながら、本稿で明らかにしたように、事後的是正義務と新規律義務[107]は全く異なる義務であり、法律が合憲の段階か違憲の段階かで、立法者の形成の余地も、裁判所による統制手法も異なるのである。

本稿は、事後的是正義務と新規律義務の差異を描くことを通じて、当初は合理性を有していた法律が違憲に至るまでの統制、また、裁判所によって違憲判断がなされた後の統制、といった可能性を示唆するものであり、つまり、「法律の一生」の統制のうち、法律制定後の統制、違憲判断後の統制[108]という可能性を示すものである。

（1）最大決平成二五年九月四日判時二一九七号一〇頁。
（2）最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三六七頁。
（3）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。
（4）最大判平成二三年三月二三日民集六五巻二号七五五頁。
（5）熊本地判平成一三年五月一一日訴月四八巻四号八八一頁。
（6）「違憲判断の基準時」を中心に「事情の変化」論における違憲判断の問題点を指摘するものとして、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）。そこで櫻井は、違憲性判断要素に関して「主観要素一元説」の可能性を指摘する。ほかにも、違憲性判断手法ないし違憲性判断要素に関しては、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）六一頁以下、駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛・駒村圭吾編『憲法論点探究第二版』（二〇一三）三五八頁以下、山本龍彦「立法過程の脱『聖域』化――主観的憲法瑕疵への注目」法学セミナー六八五号（二〇一二）六六頁以下、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）一三〇頁以下などの論考がある。なお、「事情の変化」における判決形式に関しては、すでに畑尻剛による論考

がある。畑尻剛「憲法訴訟における立法府と裁判所の協働――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。

（7）いうまでもないが、違憲判決後における立法者の懈怠という問題は、「事情の変化」の問題と論理的必然性はない。ただし、事実上つながりやすいと思われる。詳しくは後述する。

（8）筆者の関心は、どの観点ないし要素をもって違憲を判断するべきかではなく、「法律の一生（政策立案から改廃まで）」をめぐって何らかの規範が存在するのではないかという点にある。

（9）BVerfGE 110, 141 (158). 我が国では、一人別枠方式違憲状態判決（最大判平成二三年三月二三日民集六五巻二号七五五頁）田原裁判官反対意見において、類似の議論がみられる。

（10）“nachbessern”の代わりに“korrigieren”と表記されることもある。Vgl. BVerfGE 73, 40 (94); 82, 322 (338 f.).

（11）*Christian Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1995, S. 141; *ders.*, Der Umfang der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers bei der Vermögens-, Erbschafts- und Schenkungsbesteuerung – Konsequenzen aus den Beschlüssen des BVerfG vom 22.6.1995, DB-Heft 37, 1995, S. 1831; *Stefan Huster*, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, Zeitschrift für Rechtssoziologie 24, 2003, S. 3; *Herbet Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtgesetz, §31, Rn. 213 (Stand: 2008).

（12）*Stefan Korioth*, Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Auflage, 2012, Rn. 403.

（13）*Korioth*, a. a. O., Rn. 396. ドイツの判決形式について詳しくは、畑尻剛『憲法裁判研究序説』（一九八八）一七九頁以下、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）二六三頁以下、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、有澤知子「判決の手法」畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判第二版』（二〇一三）二二六頁以下など。

（14）*Mayer*, Die Nachbesserungspflicht, a. a. O., S. 41.

（15）*Mayer*, Der Umfang der Nachbesserungspflicht, a. a. O., S. 1831 ff.; *Dieter Hömig*, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtgesetz, §95, Rn. 49 (Stand: 2009).

（16）BVerfGE 87, 114 (136); BVerfG U. v. 24. 4. 2013 -1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499.

（17）前掲注（7）参照。

（18）BVerfGE 110, 141（158）.

（19）BVerfGE 123, 186 のように Nachbesserungspflicht を伴わず、Beobachtungspflicht だけが指摘されることもある。

（20）初期の判例・学説では、まとめて事後的是正義務 Nachbesserungspflicht と呼称されることが多かったが（例えば、BVerfGE 49, 89; 56, 54; *Rudolf Steinberg*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, Der Staat 26（1987）, S. 161 ff.（166）. 近年は Beobachtungspflicht 及び Nachbesserungspflicht と表記されることが多いように思われる（例えば、BVerfGE 111, 333; *Peter Nagel*, Problemaffinität und Problemvergessenheit – Eine Betrachtung zur Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, Die Öffentliche Verwaltung, 2010, S. 268）。

（21）BVerfGE 95, 267（313）. ほかには「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」（BVerfGE 25, 1［11 f.］）など。

（22）もし監視義務が履行されなかったらもともとの判決が違憲になるのではなく、新しくその時点で違憲が生じるという形であるため、厳密には「留保」とはいえない。

（23）*Hömig*, a. a. O., Rn. 71.

（24）*Hömig*, a. a. O., Rn. 69 ff.

（25）*Hömig*, a. a. O., Rn. 70. 合憲判決には、法律の合憲性を保障する積極的な意味が存する。野中・前掲注（13）二九八頁注五一参照。

（26）*Hömig*, a. a. O., Rn. 72. 憲法違反に至る展開がすでに予見可能な状態とされる。宮地・前掲注（13）九九〇頁以下参照。

（27）警告判決には、事情の変化がまだ決定的でないパターンが本来的ではあるが、すでに事情の変化が決定的なのに、立法者の主観的要素を勘案して、警告にとどめるというパターンも存在する。本来の警告判決の例としては、寡夫年金判決（BVerfGE 39, 169）を挙げることができる。「事情の変化」に関しては、「一定の発展の傾向は認められるが、それが今後も直線的にかつ急速に進展してゆくか否かは予見し得ない」（BVerfGE 39, 169［191］）としている。寡夫年金判決について詳しくは、宮地・前掲注（13）九九七頁参照。他方、第二次入学定数判決（BVerfGE 43, 291）は、「客観」上の疑義が進みもはや正当化しえないと認定しているにもかかわらず立法者の主観的な事情を考慮して違憲を宣言することを控えている。客観的にすでに違憲であるにもかかわらず主観的要素を勘案して合憲判決にとどめるというこのような手法に関しては、「違

憲の主観化」問題として批判がある。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。

（28）宮地・前掲注（13）一〇五頁以下参照。

（29）この点に関しては、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」慶應義塾大学法学政治学論究九六号（二〇一三）三四三頁以下参照。

（30）BVerfGE 90, 145 (193).

（31）BVerfGE 95, 267 (313 ff.).

（32）BVerfGE 65, 1 (54 f.). 平松毅「自己情報決定権と国勢調査」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）六〇頁以下。

（33）BVerfGE 112, 304 (316 f.). 川又伸彦「自動車の位置監視システムの合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（二〇〇八）三七五頁以下。

（34）BVerfGE 88, 203 (308 ff.). 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）六一頁以下。

（35）BVerfGE 49, 89 (130). 高田敏「高速増殖炉型原発の設置の許可と原子力法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注（32）三六九頁以下。

（36）BVerfGE 56, 54 (78 ff.). 松本和彦「身体の不可侵の権利と立法者の改善義務」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注（32）七八頁以下。

（37）この三つの判例では基本権保護義務が問題となり、そこから事後的是正義務が導かれている。

（38）BVerfGE 33, 171 (187 f.).

（39）BVerfGE 111, 333 (354 f.). 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（二〇一一）三七頁以下。

（40）BVerfGE 25, 1 (12 f.). 岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」慶應義塾大学法学政治学論究一四号（一九九二）六七頁以下参照。

（41）BVerfGE 110, 141 (158). 門田孝「いわゆる『危険犬』の輸入・繁殖の禁止」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注（33）二

九八頁以下。

(42) BVerfGE 59, 119 (126).

(43) ここでいう「事情の変化の可能性」ないし「不確実性」は、科学技術や経済などの典型的なものだけでなく、有効な統計が制定時に存在しないなかでの新たな基準の策定といったものも含まれており、限定的なものではない。詳しくは、拙稿・注(29)参照。

(44) 畑尻・前掲注(13)二〇一頁以下、宮地・前掲注(13)九六一頁以下、有澤・前掲注(13)二三五頁以下、野中・前掲注(13)二七二頁以下参照。

(45) *Mayer,* Die Nachbesserungspflicht, a. a. O., S. 52 ff.、畑尻・前掲注(13)一七九頁、有澤・前掲注(13)二二六頁参照。

(46) 前掲注(25)参照。

(47) 当初無効論については、畑尻・前掲注(13)一八三頁以下参照。現在は取消説も有力であるが(畑尻・前掲注(13)一八七頁以下参照)、いずれにせよ、無効判決は、法律としての効力を有する(連邦憲法裁判所法三一条一項二項)。

(48) なお、この裁判所自らによって生み出された判決は、その後、連邦憲法裁判所法の改正を経て、連邦憲法裁判所法三一条二項二文及び三文、七九条一項で規定されている。

(49) 詳しくは、有澤・前掲注(13)二三六頁など参照。

(50) 宮地・前掲注(13)九六六頁。

(51) *Mayer,* Die Nachbesserungspflicht, a. a. O., S. 67 ff. 宮地・前掲注(13)九六九頁参照。

(52) BVerfGE 33, 303. *Mayer,* Die Nachbesserungspflicht, a. a. O., S. 68. 事例については、戸波江二「教育場所選択の自由と大学入学請求権――定数制判決」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(32)二八三頁以下参照。

(53) 宮地・前掲注(13)九六二頁。

(54) BVerfGE 72, 330. *Mayer,* Die Nachbesserungspflicht, a. a. O., S. 68.

(55) *Korioth,* a. a. O., Rn. 413 ff.

(56) *Korioth,* a. a. O., Rn. 413 ff.

(57) *Korioth,* a. a. O., Rn. 417 ff.

(58) *Korioth,* a. a. O., Rn. 421. その際、議会ないし行政による何らかの措置を必要とする場合としない場合がある。後掲のA

TD法判決は、違憲確認判決に関する部分で（ほかにも合憲宣言の部分、憲法適合的解釈の部分がある）、一定のデータのアクセスを遮断するという措置を講じることで利用可能になるとしている。

(59) *Korioth*, a. a. O., Rn. 422.

(60) *Korioth*, a. a. O., Rn. 423 ff.

(61) Vgl. BVerfGE 87, 114 (136). *Korioth*, a. a. O., Rn. 423. 裁判所による立法委託としてその適法性を論じるものとして、*Matthias Kleuker*, Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts, 1993, S. 20 ff.

(62) *Nagel*, a. a. O., S. 268.

(63) BVerfGE 111, 333 (356).

(64) *Nagel*, a. a. O., S. 268.

(65) BVerfGE 111, 333 (356).

(66) *Nagel*, a. a. O., S. 269.

(67) このうちどの要素が決定的であるかについては、拙稿・前掲注（29）を参照のこと。

(68) BVerfGE 88, 203 (310).

(69) BVerfGE 88, 203 (310 f.).

(70) 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」（BVerfGE 59, 119 [126].）としている。

(71) BVerfGE 33, 171 (189).

(72) BVerfGE 95, 267 (314).

(73) 問題状況に応じた（事実認定か予測か、また、いかなる分野のどのような決定かによって）適切な再検討の時期も異なってくるだろう。

(74) 例えば、平均評定調整に関する基準につき、ある時点においては実体上是認できたために「立法者の監視義務及び是正義務の宣告」という判決形式がとられたものの（BVerfGE 37, 104）その後事態の進展により憲法上の疑義が深刻となったと

して警告判決が出されている（BVerfGE 43, 291）。第二次大学定数判決（BVerfGE 43, 291）の警告判決には問題点があり典型例ではないため、例として不適切ではあるが、本来の典型例においてもそのような推移を辿りうるということが容易に推測できよう。

(75) 信頼できる統計がない状況での新制度設計の場合であった診療報酬請求判決の場合は、事情の変化に対応して二年後に実際に改訂されたことが評価されている。詳しくは、二㈠3(1)参照のこと。

(76) 改正方法について選択肢が示されることも多い。野中・前掲注（13）二七六頁参照。

(77) 後述のＡＴＤ法判決では、判決は、二〇一三年四月二三日に下され、二〇一四年一二月三一日が期限として定められている。

(78) Vgl. BVerfGE 33, 303 (304 f.); 61, 319 (320 f.); 84, 239 (284 f.); 98, 169 (215); 107, 133 (148 f.); 109, 64 (95 f.); 121, 108 (131).

(79) BVerfGE 82, 126 (156).

(80) *Nagel*, a. a. O., S. 269.

(81) BVerfGE 33, 171 (187 f.).

(82) BVerfGE 56, 54 (81 f.).

(83) BVerfGE 56, 54 (81).

(84) BVerfGE 56, 54 (82 ff.).

(85) BVerfGE 56, 54 (86).

(86) 航空機騒音決定では、「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」のみ、連邦憲法裁判所は、事後的是正義務の不作為による基本権保護義務違反を確認できるとしている。なお、統制尺度がそのまま引き継がれるのか、それとも新たに設定されるのかについては検討の余地がある。事後的是正義務は作為義務であるが、統制尺度が厳格な防御権の事例においても、事後的是正義務は問題となりうる。憲法と法律がどのような関係にあるか（親和的か対抗的か、作為義務か不作為義務か）ということと、実際にその義務を果たす際に立法者に課せられる義務の性質は必ずしも一致しない。

(87) BVerfGE 88, 203 (311). *Nagel*, a. a. O., S. 269. 二㈠3(1)参照。

（88）本稿では審査手法については詳しく触れないが、コントロールの有無の審査については、観点（「主観」・「客観」）、強度（厳格・中間・緩やか）によってバリエーションがあるだろう。「客観」審査の例としては、BVerfGE 82, 126 が挙げられる。事後的是正義務という単語は出てこないものの、なぜ事情の変化で違憲になるのかというと、それは事後的是正義務に反しているからであろう。

（89）BVerfGE 82, 126 (155).

（90）後掲注（107）・（108）参照。

（91）その際、立法者の形成の自由と、裁判を受ける権利ないし具体的事案の解決はどちらが優先するのだろうか。国籍法違憲判決藤田宙靖裁判官意見が思い起こされる。

（92）BVerfG U. v. 24. 4. 2013 -1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499.

（93）ドイツでは、「秘密情報機関と警察機関の分離原則」が憲法上存在すると考えられてきており、秘密情報機関と警察機関の、機関・権限・情報の分離が法律上なされてきた。本データファイルができるまでは情報共有は限定的にのみ行われ、どの機関にどの情報があるかを知るのも困難であり、また、規格不統一のため照合するにも時間がかかった。本データファイルは、官庁間の情報共有を簡易化し促進するものである。

（94）「秘密情報機関と警察機関の分離原則」の根拠については長らく学説の議論があり、権限規定から導出されるとされてきた。本判決は「秘密情報機関と警察機関の情報の分離原則」が情報自己決定権から導出されるということを初めて明言した。そして、情報分離原則と目的拘束原則との関係は明示されていないものの（目的拘束原則に関して詳しくは、小山剛「『戦略的監視』と情報自己決定権――BVerfGE 100, 313 を中心に」法学研究七九巻六号（二〇〇六）一頁以下）、情報分離原則をもとに情報共有の限界を示している。本判決について詳しくは、拙稿「ドイツ憲法判例研究（一五八）対テロデータファイル法による情報機関・警察の情報共有と情報自己決定権〔ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷二〇一三年四月二四日判決〕」自治研究九〇巻六号（二〇一四）一四八頁以下参照のこと。

（95）参加官庁の範囲、データファイルに含まれる人物の範囲、データファイルに含まれるデータの内容、データの利用方法につき、いくつかの部分で違憲判断がなされている。

（96）「比例原則は、透明性、個人の権利保護、及び、監督的コントロールも要請する。……監督的コントロールの要請が、データ処理の比例性に適合した形成のための条件の一つでありうることは（vgl. BVerfGE 100, 313 [361] unter Verweis auf

BVerfGE 30, 1 [23 f., 30 f.]; 65,1 [46]; 67, 157 [185]）、データの蓄積及び利用が、しばしば対象者が直接的に知覚することができない介入であって、また、介入の有する自由への危険という意味が、むしろ間接的にのみもしくは後になってはじめて追加的な諸措置との関連作用のなかで発揮されるという事情を顧慮している。それゆえ、情報自己決定権への介入は、十分に効果的な監督的コントロール体系によって側面から支援されていないとき、比例原則に不適合でありうる。このことは、主観的コントロールがわずかにしか保障されえないのであればあるほど重要な意味を持つ。……ＡＴＤ法によるデータ処理の透明性及び個人の権利保護の可能性が、かなり限定的にしか保障されないがゆえに、効果的な監督的コントロールの保障はそれだけ一層大きな意味を持つ。それゆえ、比例原則は、このコントロールの効果的な形成を、法律のレベルでも行政実務でも高く要請する。」

(97) BVerfG U. v. 24. 4. 2013 -1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499.

(98) *Hömig*, a. a. O., Rn. 72.

(99) 事情の変化による違憲とは、事後的是正義務が履行されなかった結果である。なぜ事後的是正義務の状況として理解することが可能であるかというと、裁判時点よりも前の（合憲性が怪しくなった）時点で法律を是正しなければならなかったにもかかわらず立法者が何もしなかったために（事後的是正義務違反）、憲法上維持されえなくなった法律がいまだ（裁判時点で）存在しているという結果が生じているからである。

(100) 事情の変化の場合における違憲無効判決の不都合について、「立法事実に変化があり、これによって憲法上問題のある状況が生じているとの認識を共有するのであれば、裁判所と立法府が協働してこの問題に対応することが求められる」（畑尻・前掲注（6）三二一頁）。

(101) Vgl. BVerfGE 82, 126.

(102) 本文では、違憲になるまでの合憲の段階が事後的是正義務の領域、そして違憲をきっかけに新しい義務として新規律義務が発生すると説明したが、事後的是正義務（特に法改正義務）が、最初は「抽象的」に、次に事情の変化の兆しによって「具体的」に、そして最後に事情の変化によって違憲が発生し「未履行」ないし義務違反の状態で存在し続け、他方で、新規律義務が違憲の際に発生する、すなわち、違憲の状態で二つの義務が併存することで混用が生じたのではないかとも説明できるように思われる。

(103) Huster は、"Nachbesserungspflicht" は意味が過剰であるとした上で、「すでに違憲な場合の Nachbesserungspflicht」「ま

だ合憲の場合の Nachbesserungspflicht」に分けて議論をしている。その際、Nachbesserungspflicht に違反してすでに違憲となった場合、違憲無効判決の代わりに違憲確認判決が選択され、真正の Nachbesserungspflicht が生じると述べている。*Huster*, a. a. O., S. 9 f. 確かに、違憲の場合において、事後的是正義務も新規律義務も、同じポイントを改正する義務である以上（前者は、事情の変化によって違憲とならないよう法改正する義務であり、後者は、違憲を除去する義務であるが、具体的に改正すべき内容は同じであろう）、区別する必要はないのではないかとも考えられるが、新規律義務はそもそも「事情の変化」に限られた話ではなく、対象の異なる義務でもある以上、義務の根拠や射程を考える上では区別することが必要であろう。

(104) Mayer は、"Nachbesserungspflicht" というタイトルのもと、事情の変化を軸とした論文のなかで Neuregelungspflicht（新規律義務）という表記をした上で、それを Nachbesserungspflicht とも呼んでいる。*Mayer*, Die Nachbesserungspflicht, a. a. O., S. 141.

(105) *Bethge*, a. a. O., Rn. 213. BVerfG U. v. 24. 4. 2013 –1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499.

(106) 合原理映は、"Nachbesserungspflicht" を改善義務とした上で、事後的是正義務と新規律義務を改善義務として同様に扱う。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（一九九頁）。

(107) 本稿は、ドイツ連邦憲法裁判所において違憲確認判決とともに明示される「新規律義務」について扱うものであるが、立法者の措置がなければ違憲が治癒できないという状況においては、裁判所による明示があろうとなかろうと、立法者の法改正の義務が憲法から導出されるように思われる。ドイツにおいて無効判決は法律と同じ効力を有するところ（連邦憲法裁判所法三一条一項及び二項）、裁判所による確定的な「違憲」が発生した際の除去義務が、事物の性質に照らしてどちらに（裁判所か立法者か）どのような形で（無効か法改正か）生じるかの差異にすぎないと考えることも可能かもしれない。

(108) 我が国においても本稿の指摘は有用であると思われる。工藤達朗は、事情判決の法理を違憲確認判決と同視できるとし、また、在外国民選挙権制限違憲判決に関して「最高裁は違憲判決によって国会が立法義務を負うと考えている」と指摘する。工藤達朗「『違憲判決の効力』論の再検討」法政理論三九巻四号（二〇〇七）一八六頁以下参照。また、蛯原健介も、違憲判決によって「違憲とされた法律の改廃が要請されるとみるべき」と指摘する。蛯原健介「違憲判決の効力と再審開始決定」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ（第六版）』（二〇一三）四二八頁参照。無効とされた法律であっ

ても立法者が改廃することが必要とされる我が国では（畑尻・前掲注（6）三一九頁など）、無効判決であっても「違憲判断後の統制」を論じる余地があるだろう。以上の点について詳しくは今後の検討課題としたい。

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
慶應義塾大学大学院法学研究科助教
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　日本公法学会、全国憲法研究会、憲法理論研究会、ドイツ憲法判例研究会
専攻領域　憲法
主要著作　「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』第九六号（二〇一三年）