

Title	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
Sub Title	Die rechtliche Struktur der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers -mit Schwerpunkt auf den deutschen Entscheidungen und Lehren
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	2023
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). No.139 (2023. 12) ,p.1- 42
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20231215-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20231215-0001</a>

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.

# 立法者の事後的是正義務の法的構造

——ドイツの判例・学説を中心に——

入 井 凡 乃

- 一 はじめに
- 二 立法者の事後的是正義務の基本構造
  - (一) 本稿の検討対象
  - (二) 事後的是正義務を構成する義務
- 三 監視義務
  - (一) 監視義務の発生
  - (二) 監視義務違反の統制
- 四 再検討義務
  - (一) 再検討義務の発生
  - (二) 再検討義務違反の統制
- 五 是正義務
  - (一) 是正義務の発生
  - (二) 是正義務違反の統制
- 六 我が国への若干の示唆
  - (一) 事後的是正義務論と事情の変化論
  - (二) 命令等制定機関の事後的是正義務——行政手続法三八条
- 七 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

制定時は合理性を有していた法律が時の経過のなかでその合理性を失うという「事情の変化」論は、多くの判例において用いられ「違憲判決の定石的手法」とも評されるが、そのなかで「不断の検討」の必要性が指摘されることがある<sup>(4)</sup>。

婚外子相続分差別違憲判決（最大決平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三〇頁）では「事柄は時代とともに変遷するものであるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下の平等を定める憲法に照らして、不断に検討され、吟味されなければならない」（傍点筆者）とされる。さらに近時では合憲判決においても、例えば、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律についての決定（最決平成三一年一月二三日集民二六一号一頁）では「配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については、不断の検討を要するもの、とすべきである」（傍点筆者）とされている。このような判示について学説では「継続的な配慮を立法者に求めたものなのか、裁判所による審査が求められるとただけなのか判然としない」という指摘がある一方で、ドイツの議論を参考に「事後是正義務を国会に課すもの」と評すものもある<sup>(6)</sup>。

ドイツでは法律制定後に立法者が当該法律を監視し場合によっては再検討と是正をすべき義務があると考えられており、これは「立法者の事後的是正義務」と呼ばれる。ドイツ連邦憲法裁判所による確立した判示によれば「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、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が命じられる<sup>(7)</sup>。

もつとも、この義務が法的義務といえるのかについては、ドイツの学説では従来批判的な見解が根強く、我が国でも疑問が呈されてきた<sup>(9)</sup>。近時の我が国においても「『立法者の観察・事後是正義務』を憲法論として積極的に展開すべき<sup>(10)</sup>」としながらもドイツの学説を引用して理論的な難点を指摘する学説がある<sup>(11)</sup>。

本稿では、理論的な難点、すなわち、事後的是正義務とは法的義務ではなく政治的責務にすぎない<sup>(12)</sup>という批判に對しての応答を試みたいと考えている。ドイツ連邦憲法裁判所判例及びドイツの最近の学説を分析的に検討し、事後的是正義務は法的義務といえるのか、法的義務であるとして裁判所はどのように統制しうるのか、明らかにしたい。

なお、事後的是正義務論は、法律制定時に立法者がいかなる法律を制定したのかという視点から出発する。したがって、本稿の検討対象には、法律制定時に法律を支えていた事実と予測、つまり、法律制定時の「立法事実」<sup>(13)</sup>も含まれている。同時に、法律を支える事実が変化することによって法律が合理性を失うという現象も扱うことから、裁判時における「立法事実の取扱い」にも本稿は関係する<sup>(14)</sup>。

以下、二において事後的是正義務の基本構造を概観したうえで、三から五において具体的な検討を行い（監視義務、再検討義務、是正義務）、六にて我が国の議論に触れたい。

## 二 立法者の事後的是正義務の基本構造

ここでは本論に立ち入るまえに、事後的是正義務の基本構造について示し、理解の一助としたい。まず、事後的是正義務と混同されがちであるが区別されるべき義務について、次に、事後的是正義務を構成する義務について示す。

## (一) 本稿の検討対象

## 1 ドイツ連邦憲法裁判所の判決形式

事後的に正義務と判決形式には密接な関わりがあることから、まずは、ドイツ連邦憲法裁判所の判決形式について紹介する。<sup>(15)</sup>

ドイツの合憲判決の形式には、①合憲宣言、②立法者の監視義務と是正義務の宣告判決、③警告判決の三種類がある。①合憲判決は、法律の合憲性を保障する。②立法者の監視義務と是正義務の宣告判決は、判決時において法律は合憲であり、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、将来的に法律が合理性を失うことのないよう監視し、そして、必要に応じて再検討及び是正をする義務を立法者が負っていることを指摘する判決形式のことをいう（その際、一〇年、二年などと再検討までの期間が指示されることもある）。典型的には「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、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が命じられうる」という判示が確認される場合この判決形式であるといえる。③警告判決は、判決時に事情の変化の兆候が存在する場合であって、判決時においては「まだ合憲」であるものの近い将来に違憲となりうることを警告し、立法者に再検討と是正を促す判決形式のことをいう。

また、ドイツの違憲判決の形式は、大別すると、④違憲無効判決と、⑤違憲確認及び法改正の義務付け判決とがある。④違憲無効判決は、連邦憲法裁判所法に基づき、無効とした法律を廃止する効果を有する。⑤違憲確認及び法改正の義務付け判決は、違憲な法律を無効とすることに何らかの不都合がある場合に、法律を無効とせず法律の違憲を確認するにとどめる判決形式である。何らかの不都合とは、例えば、法律を無効とすることで立法者の形成の自由

に抵触する場合、また、規範の喪失によって著しい不都合が生じる場合、また、規範の不存在が問題となっている場合をいう。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、この判決自体によっては憲法適合的な状態は回復されえないため、同時に立法者が新たな規律をなす義務（新規律義務）、すなわち、法改正をして違憲を除去する義務が明示される（なお、〇年〇月〇日と法改正の期限が指定されることが多い）。

## 2 事後的是正義務と新規律義務の区別

本稿がその検討対象とする事後的是正義務（Nachbesserungspflicht）は、⑤違憲確認及び法改正の義務付け判決における新規律義務（Neuregelungspflicht）と混同されやすいため注意が必要となる<sup>17)</sup>。

事後的是正義務は、法律制定後において法律が合理性を失わないよう監視、再検討、是正する立法者の義務である。他方、新規律義務は、違憲確認判決に付随する法改正義務であり、違憲判決後において憲法違反な状態を除去する立法者の義務である。本来、両者は問題となるフェーズを異にするが以下の理由により外形上一体化しうる。

まず、事情の変化のケースの場合、すでに使用されてきた法律であることからそれを無効とすることで法的安定性を損なう場合があったり、また、時代に即した解決策を選択するにあたって立法者の形成の自由が問題になったりするため、論理的に必然ではないが事実上「違憲確認及び法改正の義務付け判決」が選択されやすい。また、このような事実上の結びつきに加え、改正すべき対象事項を同一にすることから、法律制定後において法律が合理性を失うことのないよう立法者が法改正する義務と、違憲確認判決後において立法者が違憲を除去するため法改正する義務は、ひとつながりの法改正義務のように見える。「是正義務は、流動的に移行していくため、除去義務と区別することは実質上困難である。憲法違反な規範を立法者は廃止しなければならないが、市民にとっては、まだ合憲である規定の是正も、すでに違憲である規定の除去も、規定の改正を意味する。是正と除去はドグマティック上区別されるべきも

のだが、外見上一致しうる<sup>(18)</sup>」。

以上のような理由から混同されがちな二つの義務であるが、本稿が対象とするのは、違憲判決後の除去義務（新規律義務）ではなく法律制定後の是正義務である。本稿は、違憲判決後の処理問題<sup>(19)</sup>ではなく、法律制定後に立法者が行うべきことの法的性質について検討し、その義務違反は裁判所による違憲判断を導きうるのかを検討する。

## (二) 事後的是正義務を構成する義務

以上、法律制定後の義務である事後的是正義務と違憲判決後の義務である新規律義務を区別し本稿の議論の射程を限定してきたが、以下では、事後的是正義務は、三つの義務の複合体であり質的に異なる義務を内包しているということを確認していく。

「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、そして根底にある想定がもはや妥当しな」と判明した際には、規範の再検討<sup>(20)</sup>とは正が命じられよう<sup>(20)</sup>」（傍点筆者）という繰り返し引用している判示から明らかなように、事後的是正義務は監視義務、再検討義務、是正義務という三つの義務によって構成されているが、特に監視義務とは正義務との区別が重要である。

連邦憲法裁判所は、妊娠初期の中絶を不処罰とし代わりに助言によって胎児の生命保護を行うという胎児の保護コンセプトの変更が問題となった第二次堕胎判決で、以下のように判示する。「是正義務は、立法者による法律の継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、全ての国家機関に対する永続的な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（参照 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。……この監視義務は、保護構想の変更に基づいて存在する<sup>(21)</sup>。本判示は以下のことを述べているといえよう。まず、是正義務は、立法者に対して法律の継続的コントロールを一般的に要求するものではなく、憲法違反が認識されるもしくは認識しうる場合に生じる。しかしながら、第一次的義務である基本権保護義務の性質、保護法益の重大性、及び、事情が変化する蓋然性から、監視義務が保護構想の変更に伴って生じる。より一般化すると、通常の場合、憲法違反を認識した場合（もしくは認識しうる場合）にはじめて是正義務が生じるのであって、制定当時から是正義務を立法者が負っているわけではない。しかし、制定当時の決定の性質によって制定当時から監視義務が生じる、ということである。以上から、事後的是正義務論は、特殊なケースにおいて発生する監視義務と、あらゆるケースにおいて事情が変化した場合に発生する是正義務という、二つの議論を含んでいるということが読み取れる。

なお、第二次堕胎判決では再検討義務については触れられておらず、最近の学説判例では「監視義務及び是正義務」という形で再検討義務なしに主題化されることが多い<sup>(22)</sup>。再検討義務の位置付けについても以下の議論において適宜触れていきたい。



## 三 監視義務

### (一) 監視義務の発生

#### 1 監視義務

三つの義務のうちまずは監視義務であるが、この監視義務とは一体何をすることを命じるのか。

第二次墮胎判決において連邦憲法裁判所は、以下のように述べる。「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」(傍点筆者)。この判示によれば、監視義務とは、議会が、データの収集、蓄積、評価をすることに配慮すること、つまり、情報収集体制を整備する義務であるといえよう。<sup>(24)</sup>

また、対テロデータファイル法(以下ATD法)判決において連邦憲法裁判所は以下のように述べる。「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、十分な法律上の規律が欠けている。この点で立法者に新規規律義務が該当する。<sup>(25)</sup>……立法者は、「監督的コントロール機関の」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手法の導入を必要とする紛争が生じていないかどうかを監視しなければならぬ。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を広範囲に免れ、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、A T D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ぬ<sup>(26)</sup>」(傍点筆者)。この判示から以下のことが読み取れよう。まず、立法者は定期的な義務的コントロールについて法律上明記しなければならない(見直し規定の挿入)。また、立法者によるコントロールを可能とするため、定期的な行政による報告義務も法律上明記されなければならない(行政による報告義務規定の挿入)。そして、行政は、十分な内容を兼ね備えた報告を行う義務を負う(行政による運用状況の報告)。また、行政による報告を前提として立法者が監視するという流れは第二次堕胎判決からも読み取れる。「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つて——、法律が期待された保護作用を實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づける、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」(傍点筆者)<sup>(27)</sup>。

以上の判示を併せて考えると、実際の監視活動においては行政がデータの収集、蓄積、評価を行つて議会への定期的な状況報告を行い、議会が状況報告を確認するという流れが想定されているといえよう。議会が法律制定時において果たすべきは、監視体制の構築であり、具体的には、見直し規定や行政による報告規定の条文化や、場合によっては、統計の取得の決定のような情報収集体制の決定<sup>(28)</sup>などであろう。また、再検討義務として整理すべきかもしれないが、議会が法律制定後において果たすべきことは行政からの監視状況に関する報告を確認することである(この意味で再検討義務は監視義務に吸収して扱われうる)。このような点を除けば、具体的な監視手法については、立法者の形成の自由に委ねられている<sup>(29)</sup>。

## 2 監視義務が登場する典型的な状況

さて、このような監視義務は、いかなる状況で問題となるのか。「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」には大きく分けて二つの類型がある<sup>(30)</sup>。

まず、事実の確実性が乏しいという類型である。発展中の科学的技術的知見に基づく決定や資料不足のなかで新基準を設定する場合など、根拠となる事実が薄弱ななかで立法者が判断を下さなければならず、根拠となった事実がのちに覆りかねないという類型である。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科学的知見に基づく決定<sup>(31)</sup>、や、航空機騒音の受忍限度に関して科学的知見がまだ存在しなかつた決定<sup>(32)</sup>、G P Sという発展中の技術を検査に利用するという決定<sup>(33)</sup>、また、教育研究の価値評価システムにおける新基準の策定<sup>(34)</sup>が挙げられる。

もう一つは、予測の確実性が乏しいという類型である。法律の効果に関する予測のうち、将来的に「予想外れ」となりかねない場合、つまりその予測の確実性に関して制定時においてすでに懸念されているという類型である。例えば、経済的展開に関する予測については「計量不可能な要素の累積のために類型的に低い合理性<sup>(35)</sup>」しか有しないことが学説によって指摘されており、判例としては、製粉業における製粉生産能力に関する予測<sup>(36)</sup>、や農業生産組合の清算に伴う免責の有効性についての予測<sup>(37)</sup>といった例がある。また、第二次墮胎判決<sup>(38)</sup>では、胎児の生命を助言によって保護するという構想に関する予測が問題となった。

なお、特定の基本権との結びつきは確認されず、契約の自由<sup>(39)</sup>、情報自己決定権<sup>(40)</sup>、学問の自由<sup>(41)</sup>、職業の自由<sup>(42)</sup>、選挙原則<sup>(43)</sup>など、さまざまな憲法上の規定と関連して、監視義務が指摘されている。例えば、危険な犬種の輸入及び運搬の禁止が職業の自由を侵害するとして争われた闘犬判決において、

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つた場合において、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が命じられうる。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：35:1 [12F.]; 49, 89 [136]; 95, 267 [314]）」（傍点筆者）として、生命・身体といった重大な保護法益が問題となった例を引用して判示している。<sup>(38)</sup>

不確実性以外に保護法益の重大性もまた監視義務発生の要件として指摘されることがある。第二次墮胎判決において「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」<sup>(39)</sup>（傍点筆者）と判示されているように、その他、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<sup>(40)</sup>（56:24）や高速増殖炉型原子炉の設置が問題となったカルカー決定<sup>(41)</sup>（9:88）においても、生命・身体の保護といった重大な法益が問題となっている状況で監視義務が指摘されている。

### 3 監視義務の発生条件

多くの判例において重大な法益は問題となっておらず「不確実性の帰結」<sup>(40)</sup>として監視義務が指摘されているが、それに対しフスターは、この世に不確実性を伴わない決定は存在しえないと批判する。フスターによれば、監視義務とは立法者が実現できない単なる政治的言明にすぎず、例外的に「高次の法益の回復不可能な法益」が問題となっている場合にのみ監視義務は法的義務として存在しうる。以下では、フスターの議論を批判的に検討し、如何なる場合に監視義務は法的義務として成立しうるのかを明らかにしたい。

(1) フスターの見解

まず、フスターは憲法裁判所の審査対象は法律であり義務違反ではないといった伝統的見解<sup>(41)</sup>に立脚するわけではない。「判例において監視義務は、是正義務の不可欠な前提条件とされているが、監視義務が独自の義務なのか否か、すなわち、裁判所によって貫徹しうる義務なのか、それとも、立法者が継続的な監視を行わない場合、単に法律が憲法違反に陥る危険が生じるだけなのか、依然として明らかではない。長らく、後者の見解が支配的であったが、……憲法上の評価はもっぱら規範の内容次第であるというテーゼは、すでにカルカー決定及び航空機騒音決定において疑問視されている。……監視義務が、……独立した法的義務でありうることは、第二次墮胎判決において既に明らかである<sup>(42)</sup>」。

フスターは、監視義務違反によって法律が違憲となることを前提にしつつも、監視義務の一般的な法的義務性を否定し、監視義務が存在するにしてもそれは「高次の法益の回復不能な瑕疵の回避が問われる場面」に限定されるとする。生命保護が問題となった第二次墮胎判決や、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、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といったケースのような、高次の法益が回復不能な状態になることを予防する場合であって、事後的に法律を違憲とすることは効果的な法益保護が行えないという場合において例外的に、法律の内容上のコントロールの代替として監視義務は法的義務としての独自性を有しうる。特別に高い法益がなくとも監視義務が命じられている判例もあるが、現代社会において不確実性を有する決定は例外ではなく通例であり、監視義務を特徴づける不確実性という概念は区分力を失っている。この義務は原則的に立法者の責務であり、この義務の懈怠は、憲法違反な法的状況の制裁によって間接的にのみ咎められ<sup>(43)</sup>うる。監視義務に対するフスターによる批判については、簡明な要約があるため、以下引用する。

① 観察義務の具体的内実が基本法からは読み取れない。② 社会的変化を踏まえた法律の事後検証と是正が『政府内部の法案作成過程』(Inner Gesetzgebungsverfahren)における立法技術上の『立法の最適化』の要素だとしても、それは基本法上の義務ではない。にもかかわらず連邦憲法裁が観察義務に言及するのは、立法者予測に対する実体的統制からの撤退を手続的要請によって補うためである。この場合、手続的要請としての観察義務が実体的な憲法上の要請と連関を保っているのであればともかく、それと無関係に『合理性の公準』や『立法手続の最適化の要請』として実体規定の内容とは独立して主張することには、解釈上の難点が伴う。③ 立法者は現代社会の不確実な条件下での決定を求められるわけであるから、その後の条件変化に不断に対応するのは当然であり、わざわざ『観察義務』と定式化する必然性は乏しい。④ 仮に観察義務を語るにしても、高次の法益の回復不能な瑕疵の回避が問われる場面(例えば妊娠中絶判決 [BVerfGE 88, 203])のような生命の保護が争点の事案)に限定すべきであり、立法者が影響評価や立法事後評価<sup>(44)</sup>を行う憲法上の義務一般なるものは存在せず、せいぜい違憲状態の是認が政治的に非難されるという意味での責務 [Obliegenheit] が存在するにとどまる(ところが現下の実務では、社会保険上の所得認定変更の平等原則違反性が争点となった事案においてまでも不当にも観察義務が援用されている [BVerfGE 97, 271 (294f.)])。⑤ 立法府の有限な政治的注意力に憲法裁が優先順位を付ける根拠の提供が観察義務論の役割なのだろうが、そうした順位付けは政治過程で行われるべきである。立法者が社会的現実の変化や法定立の影響に鈍感だという想定は、立法者が常に選挙を意識する存在である以上、妥当ではない。他方、裁判過程での観察の優先順位設定は、結局は憲法裁で勝訴するだけの原告(市民や政治的諸勢力)の努力や力量に偶然的に左右されるものにすぎない。法解釈的には非合理的で経過観察を要するような法律でも、政治的には幸福な妥協の成果として、当面は改正を論じない方が合理的 (rational) な場合もある。⑥ 観察義務とは理論上の帰結として導出されたものではなく、プラグマティックな観点から憲法裁が採用してきた法理である。すなわち、この法理は憲法裁内の意見対立の先鋭化を回避しうる。本来は個別意見で違憲判断を書きたい裁判官も、今後の解釈変更に開かれた立法者の観察義務を留保した合憲判断であれば、これに与しやす(憲法裁は外部的には全会一致の体裁が保てる)。さらに、この法理は、憲法裁の判断の時間的限定性を強調することで——敗訴した当事者の主張も将来の事情変化次第で認容される余地がある——憲法訴訟に不可避の政治的緊張を緩和しうるのかもしれないが、その結果、憲法裁の政治的な判断余地も拡大してしまうのではないか。<sup>(45)</sup>

## (2) フスター見解への疑問

一言で表すとすれば、フスターによれば、監視義務とはあくまでも政治的でプラグマティックなものにすぎないということであろう。しかしながら、この見解には例えば以下のように検討の余地がある。

まず、フスターは、監視義務は法的義務ではなく政治的義務にすぎないと主張するが、厳密には、法律制定後のコントロールは一般的に政治的義務にとどまるが、ある一定の条件下においては法的義務に転化しうる、と述べていると思われる。フスターも連邦憲法裁判所も、一般的には政治的義務にとどまるが、一定の条件下において法的義務と解される、という点においては一致がみられる。その一定の条件については、フスターは「高次の法益の回復不能な瑕疵の回避が問われる場面」としてごく限られたケースへと限定する。他方、連邦憲法裁判所は「立法者が、十分に信頼のおける決定を法律制定の時点ではまだなしえなかった場合」とフスターよりも広く記述する。両者の違いは、一定の条件をどのように解するかに存する。ごく限られたケースにのみ法的義務性を認めるフスターの見解は一見するときわめて常識的な落としどころのようにも思われるが、なぜ「高次の法益」の場合に法的義務と化するのか、そして、なぜ「高次の法益」以外の場合においては法的義務ではなく政治的義務にとどまるのか、その根拠は判然としないようにも思われる。

また、連邦憲法裁判所は「立法者が、十分に信頼のおける決定を法律制定の時点ではまだなしえなかった場合」として立法者の決定に付着した欠点に着目しているが、フスターの見解はこの点を見落としている。確かに、裁判所による審査という観点から考察すると主張可能性の統制とセットで登場することも多く、裁判所と立法者の間におけるある種の取引（審査基準を緩やかにする代わりのバーター）のように見えるかもしれないが（フスター見解②参照）、主張可能性の統制と必ずセットで指摘されるわけでもない<sup>(46)</sup>。裁判所による審査という視点ではなく立法者が形成の自由を行使する際の視点から見れば、判例において事後的は正義義務が登場する場面とは、十分に信頼のおける決定をできな

いにかかわらず「問題上、時間上、ひっ迫する中で」<sup>(47)</sup> 決定を行わざるをえないという困難な場面であるが、このことを無視してよいのか。

そして、フスターは、現代社会においては不確実性のない決定はないと指摘するが、果たして本当に相対化して同じように扱ってよいのか。出来損ないかもしれないと思いつながら世に出すものと、ある程度自信をもって世に送り出せるもの、は区別されるべきではないのか。以上の点について以下検討していきたい。

### (3) 検討

まず、不確実性による区別に関しては、時限法律<sup>(48)</sup>の一種である、生命や人間の尊厳を除く一定の領域において許容される実験法律<sup>(49)</sup>に関する議論が参考になる。実験法律については、およそ法律一般がもつ実験という性格を踏まえたうえで、それでもなお類型化して議論がされてきた。大橋洋一によれば「法律は元来実験としての性格を内在するものである。それにもかかわらず、近時、実験法律とあえて『実験』という形容を強調して議論がなされている趣旨は、法律一般とは区別された類型の法律を対象としているからに他ならない」<sup>(50)</sup>。法律一般が不確実性という性格を有していることは、不確実な決定を区別して扱うことを否定する理由にはならないように思われる。

また、実験法律は事後的是正義務論との関連が指摘されてきた。実験法律は、期限を定めて暫定的な法律を制定して経験を蓄積し、経験の成果を踏まえて確定的な法律を制定しようとするという法律の類型であり、データや経験を体系的に収集、評価し、それに基づき改正作業に入ることを立法者に義務付ける。「実験の目的で制定された法律以外の法律をも広く対象に含む点で、修正義務〔筆者注…本稿での事後的是正義務〕は実験法律の議論そのものではない。しかし、その議論の根底にある視点には、実験法律の基本思想と共通するものがある。……立法者は事実関係の発展が不確実であるからといって、不作為を決め込むわけには行かない」<sup>(51)</sup>。立法者がその生産物の効力を調査し、評価し、場合によっては修正しなければならないという原則は、将来の状況の展開について不確実性が存在するにもかかわら



ず立法できるという立法者の権限と表裏の関係にある」<sup>(52)</sup>。

以上のように実驗法律に関する議論で不確実な決定と事後的に正義義務は表裏の関係にあると指摘されていたが、近時、この不確実性と事後的に正義義務との関係はキースリングによって分析が進められてきた。<sup>(53)</sup>

キースリングはまず、監視義務の憲法上の位置づけを理解すべく、連邦憲法裁判所が監視義務を語っている状況を整理し監視義務の引き金となる事象を大きく二つのケースに類型化する。

一つ目の類型は、リスクマネジメントの領域である。すなわち、科学技術の現在の到達点ゆえに立法者の知識不足を解消することができない場合、例えば、カルカー決定<sup>(49, 89)</sup>、移動無線設備によるリスクに関する決定<sup>(NJW2002, 1638)</sup><sup>(54)</sup>、闘犬の輸入・移動の禁止に関する決定<sup>(110, 141)</sup>である。もう一つの類型は、規制や保護のコンセプトを変更したり新しいコンセプトを導入したりする場合である。その場合、既存の制度についての経験に基づくことができない変更を行うがゆえに、立法者が十分に確実な知識をもつことができない。そのような場合は経済、労働市場、社会政策に限られず、さまざまな判決がこのカテゴリーに属す。例えば、共同決定法判決<sup>(50, 290)</sup><sup>(55)</sup>、第二次墮胎判決<sup>(89, 203)</sup>、高等教育法の改革<sup>(111, 333)</sup>、教授給与の改革<sup>(130, 263)</sup><sup>(56)</sup>、健康保険の基本保険料の導入<sup>(123, 186)</sup>、重度の障害者に対する負担調整税<sup>(57, 139)</sup>である。また、政治的な問題状況は基本的に不確実性によって特徴づけられるが、リスクマネジメントの領域や規制コンセプトの変更時、特に経済・社会の変化を予測する場合には、とりわけ不確実性が大きくなると指摘する。

そして、立法者に形成の余地が認められることの代償としての監視義務、という小見出しのもと、裁判所が立法者の義務を明示的に「見返り」<sup>(130, 263)</sup>と指摘する判例などを挙げて「いくつかの判決において裁判所は評価大権が認められるか否かを、監視義務及び場合によっては正義義務に直接的に結び付けている」<sup>(57)</sup>と指摘する。さらに、学説につき、監視義務は、「予測の性格に伴う不確実性の下での立法者の判断に対して補完的に」<sup>(58)</sup>振る舞う、また、「立法

者の評価の余地に関する市民の客観的な担保<sup>(60)</sup>である、との見解を引用して、「裁判所は、監視義務を、立法者の予測の余地の代償もしくは予測の余地と対を成すものとして理解していると、連邦憲法裁判所の判例から読み解ける<sup>(60)</sup>」と結論付ける。

加えて、「そのような密接な関係から、法律の成立時に存在した不確実性が大きければ大きいほど、遵守すべき義務がより強固になることは明らかである (Biedack, Nagel<sup>(61)</sup>も同様)。なぜなら、そのような場合、予測が持ちこたえられないと事後的に明らかになる危険が特に大きいからである。このことは、監視義務をさらに強固なものとする出発点となりうる<sup>(63)</sup>」とする。

以上のようなキースリングに代表される指摘を踏まえると、不確実な決定という先行行為を行った場合、それと「引き換え」に監視という後行行為が要求されると説明できよう。十分に信頼のおける決定ができなかった場合、それ自体を非難することはできないが、立法者の予想と実際の展開との間にズレが生じるという帰結を導く蓋然性が大きく、そして、その予期されるズレが招来する結果を回避すべく、立法者は監視手段をインストールし追跡機能をオゾンにしておくことが要求される<sup>(64)</sup>。言い換えるとするならば、法律の土台をなす事実が脆弱な場合、監視という杭を打って補強することが必要となる、ともいえよう。法律には法律を支える事実が必要であるからこそ、法律を支える事実が脆弱な場合が殊更に取り上げられて部分的な議論がなされてきたように思われる。この意味で監視義務とは、法律には法律を支える事実が必要であることの亜種であるといえる。立法者が不確実性のなかに逃げ込むことを許せば、憲法拘束の優位は失われるのである<sup>(66)</sup>。

そして不確実性が大きければ大きいほど法的義務としての完成度が高まり、立法者への要求もより強度を増し、裁判所による統制もしやすくなるであろう。不確実性のグラデーション、濃淡については今後の課題ではあるが、「予測監視義務は、具体的な評価措置という手段に置き換えられる。原則として、評価密度は、元の予測結果の確からし

さの度合いに依存する」との指摘もあるように、監視の優先順位は、裁判所の独善や原告の熱量で決まるのではなく、不確実性の大きさが決するように思われる。

#### (4) 小 括

たしかに、フスターの見解のなかでも、監視義務は裁判所内部の多様な意見に対する譲歩であるといった指摘は否定できないであろう。<sup>(69)</sup> しかしながら、連邦憲法裁判所は「高次の法益」のみを審査対象としているわけではなく、また、「高次の法益」の場合に限って政治的責務が法的義務へと転化するということを説明するのは容易ではないように思われる。裁判所が重要であると考えたときであればいつでも裁判所が審査に立ち入るのであれば、それこそ、プラグマティックな政治的な振る舞いなのではなからうか。そして、現前にある立法者の形成の自由の精巧さを無視して、理念的な立法者像を前提とした従来型の観念論に終始することは許容されるのか。本稿は代替的な立法者像を提示するものではないが、連邦憲法裁判所は立法者の形成の自由の構造に関する精緻な議論を行っているように思われる。実体的統制を断念することないし審査基準を緩やかにすることをめぐる立法者と裁判所との間のその場しのぎの「取引」ではなく、本来的には、憲法ひいては市民と立法者との間に立法権限をめぐる「取引」があるといえよう。また、以上の議論からは、監視義務の議論は、立法者に無謬性を求めるという方向性のものでなく、立法者の新しい挑戦を後押しする議論であることが明らかである。監視義務は、根拠が薄弱あるいは「立法者が知識不足」であつても立法者がとりあえずやってみることを許容する。「監視・是正義務を立法者の意思決定範囲の制限と捉えるのは短絡的であり、……監視・是正義務は立法者の自由、及び、必然的に示唆される誤りを犯す自由を尊重する<sup>(70)</sup>」の追跡機能をオフにするという自由を失うかもしれないが、制定時においていかなる内容の法律を定めるかの自由が制限されることはない。なお、上述の議論からは「確実性が十分な決定」とは何かとの問いが派生しうるが、本稿においては立法過程におけるその他の立法者の義務（事実調査義務や理由付け義務<sup>(71)</sup>）には立ち入らない。

## (二) 監視義務違反の統制

さて、このように法的義務としての監視義務が発生するとき、裁判所はどのように監視義務違反を統制しうるのか。連邦憲法裁判所は、第二次墮胎判決で、「監視義務は、まさに保護構想が変更された場合に成立するため、中絶に関する国家統計を代替措置なしに廃止するのは、保護義務に違反する<sup>(2)</sup>」として、保護コンセプトの変更という内容自体ではなく、国家統計を廃止した部分について違憲無効判決とした。また、A T D 法判決でも、A T D によるデータ交換を可能とする決定の内容自体ではなく、見直し規定、及び、行政による報告義務規定の不在の部分について違憲と判断され、違憲確認及び法改正の義務付け判決が下された。両判例はともに、確実性の乏しい決定の内容自体ではなく、制定時に監視義務から要求される規範の不存在を拾い上げ、規範と規範の矛盾抵触という形に落とし込んで、監視義務違反による法律の違憲判断を行っている。

不確実な決定と引き換えに課された監視義務に違反したとき、なぜ法律が違憲と判断されるのか、それは、法律の土台をなす事実が脆弱な場合、監視という杭を打って補強することが法律を支えるために必要であるにもかかわらず、杭による補強がされていないからと説明しうる。制定時において杭による補強がなかった場合、一見全体が違憲となりそうではあるが、十分に信頼のおける決定はしえないが何らかの決定をしなければならなかったという事情から決定内容自体の非難はされえず、補強用の杭がないこと自体のみが違憲と評価されうる。

遂行中の監視義務違反、すなわち、実際の監視が行われていない場合、学説では、比例原則の適合性審査において目標を達成する可能性の有無という観点で遂行中の監視義務違反の審査を行うことができ、監視義務違反による違憲判決を導きうるとの指摘がある。もともと、実際の監視活動は行政に委ねられることを考えると、遂行中の監視義務違反については、現実的には立法ではなく行政の不作为の違法性が指摘されるという場面のようにも思われる。なお、

行政による報告を立法者が確認する義務に関しては、再検討義務違反の項目にて扱う。

以上、監視義務違反について検討してきたが、連邦憲法裁判所は、合憲判決の判決形式によって義務の存在を指摘するという手法にとどまらず、監視義務違反により法律の違憲を導くという手法も用いている。

## 四 再検討義務

### (一) 再検討義務の発生

再検討義務とは、当初の決定がいまだ合理性を有しているか否かを見直す義務である。先に指摘したように、行政による報告を確認する義務ともいえる。判例では古くから再検討義務の存在が指摘されてきた。<sup>(74)</sup> 確かに近時は「監視義務及び是正義務」という形で主題化されることも多いが、再検討義務について検討することは理論上実務上有意義であるように思われる。

#### 1 定期的な再検討義務

再検討義務が生じる状況としては二つの類型が考えられる。一つ目として、監視義務が発生するような場合、すなわち、確実性に乏しい決定がなされた場合「適切な時間的間隔」での再検討が義務付けられる。第二次墮胎判決において連邦憲法裁判所は「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實際に發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づける、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ぬ」<sup>(75)</sup>

(傍点筆者) としている。

この「適切な時間的間隔」は連邦憲法裁判所によって明示されることがある。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)を免責する代償として、契約の自由が制限された旧債務免責判決において、連邦憲法裁判所は「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ためには約二〇年の期間が必要であるという場合において、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るのかどうかの再検討が行われなければならない」とする。また、ATD法に関して、連邦憲法裁判所は「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」とする。<sup>(17)</sup>

確実性の乏しい決定をした場合、監視義務とともに定期的な再検討義務も発生するといえよう。不確実な決定という先行行為と引き換えに一定期間経過後の再検討という後行行為が要求される。監視を行っていても定期的な再検討をせず情報収集をしているだけでは無意味であり、一定の期間が経過しある程度情報が集まった時期で確認しなければならぬ。この意味で再検討義務は監視義務に吸収され、ATD法判決のような「一定の間隔で定められた義務的コントロール」といった表現がなされることになる。

## 2 新展開時の再検討義務

二つ目の類型として、確実性の乏しい決定をした場合、新たな展開の発生によって再検討義務が発生しうる。

連邦憲法裁判所は、郵送投票制度の導入が問題となった郵送投票判決において以下のように述べる。「立法者……は、郵送投票の従来の規律及び運用を、選挙の公正潔白さに対する予想外の危険をもたらしうる、新たに生じる展開にかんがみて常に再検討しなければならぬ」(傍点筆者)。本判示における「常に」の意味するところは、四六時中という意味ではなく新たな展開が生じた場合には必ず再検討義務が発生するということであろう。また、「新たな展開」とは、法律の合理性を疑わせる事象の発生、といえるだろう。法律の合理性に何らの影響も与えない事象や合理性を基礎づける事象の発生は、再検討義務を生じさせないし、また、法律の合理性を喪失させる決定打となる事象が発生していたとすれば、その事象は、再検討義務を超えて是正義務を発生させうる。

また、連邦憲法裁判所は、カルカー決定のなかで再検討義務の法的義務性について以下のように述べる。「立法者が、増殖炉技術の利用及びその結果として起こりうる影響、いわば不安除去問題を考慮して今日まで再検討を必要なものと考えなかった場合には、それについて、憲法異議を申し立てることはできない。……増殖炉の利用という決定が有益となるか損害をもたらすかは将来になってはじめて明らかになる。当然に不確実性を負ったこの状況において、自らの権限の範囲内で自らの目的にかなうと考えた決定を行う立法者と政府の政治的責任が何よりも重要である。政治的機関の地位で評価を行うことは裁判所の任務ではない。なぜなら法的基準を欠いているからである」(78)。再検討の対象が不安除去問題である場合、立法者は再検討の政治的責務を負う。それに対し、いずれにせよ裁判所ではなくまず立法者によって評価がなされなければならないものの、安全性に関する高度の蓋然性を有する新展開があつた場合は、立法者は再検討義務を負う。「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「上級行政裁判所によって懸念された」性質での危険が高度の蓋然性をもって生じるといふ兆候が生じた場合においては——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」(傍点筆者)。

確実性の乏しい決定を行った場合、適切なタイミングでの再検討という後行行為が必要となり、疑義の発生という条件の成就によって後行行為の履行期限が到来する、と説明できよう。疑義を認識したにもかかわらずそれを見逃すのであれば情報収集をする意味がなく、監視義務とセットで新展開時の再検討義務も発生するようになる。この意味でまた、再検討義務は監視義務に吸収されて扱われうる。なお、定期的な再検討義務の存在は新展開時の再検討義務の発生を妨げない。<sup>(81)</sup>

他方、通常の決定の場合、「合理性を疑わせる事象」の発生だけで再検討義務単体を発生させることはできないようにも思われる。さまざまに検討の余地があるが、ひとまず「高度の蓋然性」を超える疑義が必要とされるのであれば、再検討義務にとどまらず是正義も発生させるように思われ、この意味では正義に吸収されうる。

以上、再検討義務の発生について検討してきたが、確実性の乏しい決定は監視義務と同時に定期的、及び、新展開時の再検討義務を発生させる。

## (二) 再検討義務違反の統制

さて、このような再検討義務に関して、再検討義務違反を裁判所で独立に主張することは可能なであろうか。裁判所は、立法者が見直し作業を行っていないということをもって、法律を違憲と判断することができるのか、という問題である。

再検討義務違反の統制について、連邦憲法裁判所は、再検討義務違反を認定して違憲判断を導くという手法はとらずに、合憲判決の判決形式によって義務の存在を指摘するという手法にとどまる。法律の合理性に疑義が生じており



当該法律が近い将来違憲となることを警告し、立法者に再検討、是正を促すという手法である(③警告判決)。

このような対処方法をとった理由としては、特に疑義発生の場合において再検討義務の発生を認定することが技術上難しいという問題<sup>(28)</sup>に加え、「規範内容の憲法上の評価」から離れて立法者が周辺作業を怠ったことをもって法律を違憲にできるのかという懸念もあるように思われる。連邦憲法裁判所による監視義務違反の認定や是正義務違反の認定をみると、広い意味では「規範内容の憲法上の評価」から実はあまり離れていない。上述のように監視義務については制定時に必要とされる規範の不存在につき規範と規範の抵触を認定するという形で監視義務違反による法律の違憲を導いている。是正義務については後述するが、是正義務違反の認定は「規範内容の憲法上の評価」と重なるようにも思われる。

もっとも、連邦憲法裁判所による合憲か違憲かの判断が行われていないという状況については、理論的背景以上に実際の条件に注目すべきであろう。というのも、立法者が実際にどのように履行しているかについて詳しくは稿を改めたいが、事後的に是正義務関連で登場するケースは、立法者による再検討、是正がすでに行われている、または、予定されており、制定時における規範の不備はともかく、制定後の実際の不履行はそもそも争点となりづらいのである。例えば、ATD法に関しては、判決以前にすでに、共通データベース法に基づく施行後五年の事後評価義務によって、内務省統括のチームによって、二〇一三年判決の一月前に報告書が連邦議会に提出されていた。そして二〇一三年の判決において、裁判所は二年ごとの定期的コントロールの必要性についての指摘を行ったが、その後の二〇一五年の法改正では、連邦データ保護・情報自由監察官等による二年ごとの見直し義務を定める規定(二〇条二項)と連邦刑事庁による連邦議会への報告義務及びウェブサイトでの公表義務を定める規定(九条三項)が導入されて監視義務に関する法整備が行われており、その後、連邦刑事庁は二〇一七年八月一日付で報告書を公表している、といった状況がある<sup>(29)</sup>。その他、是正義務の項目において扱う航空機騒音決定や診療報酬決定においても、法制定後、判決に至る

までに数度の法改正があったことが指摘されており、立法者による再検討の痕跡がうかがわれる<sup>(84)</sup>。立法者が正常に機能している状況においては、連邦憲法裁判所が実際の不履行を認定するということも行われえないであろう。

仮に、立法者による再検討が行われえないという憲法が所期しない事態が発生した場合、どのような統制手法を採りうるのか。再検討義務違反により法律の違憲を判断するとすれば、「規範内容の憲法上の評価」から離れないという考慮を踏まえて、例えば定期的な再検討義務に関しては憲法上の監視義務の具体化といえる見直し規定を足掛かりにする<sup>(85)</sup>など、規範と上手に関連付けるといふ手法が考えられる。また、判決形式としては、違憲確認判決に伴って立法者が負う義務が違憲を除去する義務である以上、再検討義務違反ゆえに違憲となるのであれば、立法者は再検討をしていないという状況を除去しなければならぬにとどまるとも考えられる。その場合、「違憲確認及び法改正の義務付け判決」ではなく、「違憲確認及び再検討の義務付け判決」となるだろう。再検討義務付け判決を出して、○年○月○日までとの期限を設けてまず第一に立法者の判断を待ち、それでもなお再検討が行われない場合は、裁判所が憲法適合的再検討、場合によっては暫定的規律<sup>(86)</sup>を行うという手法を採るといふことも可能であるかもしれない。

以上、再検討義務違反について検討してきたが、連邦憲法裁判所は立法者に再検討義務の存在を知らせるとどまる。その背景には理論的な問題とともにドイツでは立法者が再検討義務を実際に履行しているという正常な状況がある。憲法が所期せぬ事態が発生した場合、再検討義務違反を認定して違憲と判断することは技術的には不可能ではないようにもみえるが、詳しくは今後の課題としたい。

## 五 是正義務

### (一) 是正義務の発生

最後に、是正義務である。まずは正義務とは何かであるが、通常、法律の改正、廃止、もしくは新法を制定する義務である。修正義務といわれることもある。なお、是正の形式として法律レベルである必要があるかは、事案によって異なり、命令等や判決による場合もありうる。<sup>(87)</sup> 是正内容については、立法者に形成の自由が存する。<sup>(88)</sup>

「是正義務は、立法者による法律の継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」<sup>(89)</sup>との指摘からも読み取れるように、是正義務の発生については、制定後にどのような事象が生じたか、が鍵となる。「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」とは、法律にはそれを支える事実がなければ違憲と評価されるところ、法律を支える事実を失ったとき、といえよう。法律を支える事実を失うという場合、法律には法律を支える事実が必要である、ということからより直接的に法的義務としての是正義務が生じる。<sup>(90)</sup> 是正義務は、法律には法律を支える事実が必要であるという前提のもと、法律制定という先行行為の後に、成果物である法律を支える事実が消失し、その結果、成果物を是正するという後行行為が必要になるという構造を有する。監視義務のような発生メカニズムの説明は迂遠であり、確実性の乏しい決定は、是正義務のフェーズでは、義務発生の蓋然性が大きいという点で意味をもつ。

是正義務が発生する場合、再検討なしに是正をすることはできない以上、再検討義務も是正義務と共に発生する。決定の性質を問わず再検討義務は是正義務と一体化し「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

の再検討と是正が命じられうる」と表現されうる。

## (二) 是正義務違反の統制

連邦憲法裁判所は、是正義務違反を以下のように判断している。

航空機騒音決定において「是正義務の不作為によって保護義務に違反したか……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、その後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、明らかに誤った是正措置をとった場合だけである。航空機騒音抑制の分野において、要求しうる航空機騒音受忍限度に関して信頼できる科学的な知見がまだ存在せず、また、航空運輸の国際的なつながりゆえに、この規律のために立法者に適切な経験の余地及び適合の余地が与えられることがふさわしいような複雑な問題であることが顧慮される。この審査基準によれば、是正の不作為によって立法者が健康を危険にさらす航空機騒音から市民を守る義務に明白に違反したと認識することはできない<sup>(91)</sup>」とする。「連邦政府及び国際委員会は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。……（一九七一年、一九七四年の改正により…筆者）立法者の完全な不作為の批判が否定される。……一九七五年の航空輸送規則に関する改正規則……及び……ヨーロッパ共同体の勧告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要綱……は異議申立人の要望に合致した、積極的な保護措置による、駆動装置の騒音発生緩和を意図する。……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、立法者が是正義務に明白に違反したという非難は明らかに理由がない<sup>(92)</sup>」。

また、健康保険医協会が適用した診療報酬配分基準が平等原則に照らして問題となった診療報酬配分基準決定においては、「収益段階につき、年に一度の見直しが明文で規定されていただけでなく、実際にわずか二年後には根本的

に変更され、その後、今では、不十分な差別化という観点で懸念がもはや認識できない方法でさらに改正され<sup>(93)</sup>ているとして合憲とする。是正義務違反の認定方法の詳細については別稿に譲るが、上記の二例は合憲判断ではあるものの、連邦憲法裁判所は規範内容に焦点を当てて是正義務違反の有無によって合憲か違憲かの判断をしている。

是正義務違反とは、法律制定という先行行為の後に、成果物である法律を支える事実を失うという事象が発生し、その結果、成果物を是正する後行行為が必要とされるも、後行行為が行われなかった、という現象をいうだろう。

「もともと適法であった規律が、その後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とった場合<sup>(94)</sup>」という判示からも読み取れるように、状況の変化によって法律がその合理性を支える事実を失った場合、立法者が何もしなければ、法律は違憲となる。

以上、是正義務、是正義務違反について検討してきたが、法律を支える事実の喪失という事象の発生によって是正義務が発生する。連邦憲法裁判所は是正義務違反を審査し法律が合憲か違憲かどうかの判断をしている。

## 六 我が国への若干の示唆

### (一) 事後的是正義務論と事情の変化論

以上のドイツの議論の検討を踏まえ、我が国の議論にも少し触れておきたい。

まず、事情の変化により法律が合理性を失って違憲と判断されるに至るのは、法律の合理性を支える事実が失われるという事象が発生したにもかかわらず法律がそのままの状態で存在し続けていたからであるが、なぜそのような事

態が生じたのかといえ、当該事象の発生に伴って是正が必要であったのにもかかわらず是正がなされなかったからである。たしかに、裁判所と議会との関係を巡る日独の制度の差異や実際の議会の対応状況の差異といったパラメーターの違いはあるが、ロジック自体についてみれば、ドイツにおいては是正義務違反によって法律が違憲となるロジックと、日本において事情の変化によって法律が違憲となるロジックとは同様の構造を有するであろう。ドイツにせよ、日本にせよ、法律にはそれを支える事実が必要であるという前提のもと、法律制定後に、法律を支える事実が喪失するという事象が発生し、是正が必要になったが行われなかった、ということである。「立法事実の変化を根拠に違憲性を認定することは、立法府に立法事実の変化に対する配慮義務を課すこととも同視しえ<sup>(95)</sup>」るとも指摘されるように、事情の変化による違憲の背後には立法府の義務と義務違反が隠れている。

我が国の判例における「不断の検討」の意味については詳しくは今後の判例において明らかになっていくであろうが、違憲審査権の担い手たる我が国の裁判所が「事情の変化」の理論構造を分析するなかで監視・再検討という憲法上の義務をも発見するに至ったとしても不自然ではない。土台となる事実が脆弱であるのに補強もなしに法律を制定し存続させるのであれば、法律にはそれを支える事実が必要であるという要請は霧散し、憲法上の権利の保障は瓦解していくだろう。事後的是正の要請は、議会の議事手続のような問題ではなく、どちらかといえば憲法上の権利の問題である。

## (二) 命令等制定機関の事後的是正義務——行政手続法三八条二項

そして、我が国で法的義務としての事後的是正義務を語る場合<sup>(96)</sup>、行政手続法三八条二項に関する議論の参照は不可避である。

我が国の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。

常岡孝好によると、この規定は、「命令等の内容が社会・経済情勢等に適合的かどうかを必要に応じて検討し、場合によっては修正するなどする努力義務を命令等制定機関に課したものであり」、「命令等が制定された時点から年月が経つと、命令等の内容が、社会情勢、経済情勢、新たな人権状況と大きくずれ、その内容が妥当でなくなる可能性がある。こうした事態が起こらないよう、命令等制定機関は、命令等の内容が社会・経済情勢等に適合的であるかどうか不常に検討してゆくことが望まれる<sup>(97)</sup>」。そして、行政手続法三八条二項は、「見直しの努力義務について定めているが、判例においては、一歩進んで、一定の状況の下では、見直しの法的義務があると解される判断を示すものがある」と、常岡は指摘する<sup>(98)</sup>。そこで挙げられているのは、規制権限不行使の違法が争われた、水俣病関西訴訟（最判平成一六年一〇月一五日日民集五八卷七号一八〇二頁）、筑豊じん肺訴訟（最判平成一六年四月二七日日民集五八卷四号一〇三三頁）であり、また大阪泉南アスベスト訴訟（最判平成二六年一〇月九日日民集六八卷八号七九九頁）である。大阪泉南アスベスト訴訟において最高裁は、省令制定後、石綿肺の医学的知見や局所排気装置について実用性のある技術的知見が確立し、また、粉じん濃度を測定する技術及び有用な粉じん濃度の評価指標が確立するに至ったという事情を指摘した上で、以下のように述べる。「本件における以上の事情を総合すると、労働大臣は、昭和三十三年五月二六日には、旧労基法に基づく省令制定権限を行使して、罰則をもって石綿工場に局所排気装置を設置することを義務付けるべきであったのであり、旧特化則が制定された昭和四十六年四月二八日まで、労働大臣が旧労基法に基づく、上記省令制定権限を行使しなかったことは、旧労基法の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、著しく合理性を欠くものであって、国家賠償法一条一項の適用上違法であるというべきである<sup>(99)</sup>」。この判示は本稿の関心からすると、命令等制定機関による是正義務違反の認定といえよう。

以上によれば、規範形成作用に関して、我が国の行政法領域では、努力義務という形で事後的是正義務について明文の規定があり、そして、その努力義務が一定の状況において法的義務へと転化し是正義務が発生するという構造及び、裁判所による是正義務違反の認定が確認できる。

なお、ここで本稿が意図するのは行政手続の立法手続への準用ではなく「相似」の指摘である。立法者の形成の自由と行政裁量とは次元が異なり準用ができないことは言うまでもない。本稿は、立法者の規範形成作用につき、一定条件下において立法者の政治的責務が法的義務へと転化するという構造を発見したと思われるが、同様の構造が同条件下の行政の規範形成作用において我が国で既に発見されている。

このような命令等制定機関の是正義務に関する日本の学説判例は、少なくとも転化という帰結が的外れではないこととの傍証にはなるだろう。さらに、行政手続法三八条二項は憲法上要請される事後的是正義務の具体化とも考えうる。規範制定の際に、法律、命令いずれの形式で規律するのかは、立法者の選択次第であって、事後的是正が我が国の立法においても要請される実質的理由が存在する。

## 七 おわりに

### (一) 本稿のまとめ

本稿では、ドイツ連邦憲法裁判所の判例法理である事後的是正義務につき、それは法的義務といえるのか、そして法的義務であるとして裁判所はどのように統制しうるのか、監視義務、再検討義務、是正義務へと事後的是正義務を細分化したうえで検討してきた。法律制定後における監視、再検討、是正という要請は、一般には政治的責務にとど



まるが、一定の条件下で法的義務へと転化する。監視義務は法律を支える事実が薄弱な場合に、是正義務は法律を支える事実が失われた場合に発生する。再検討義務は、監視義務とともに、もしくは、是正義務とともにそれぞれ生じうる。そして、連邦憲法裁判所はこの法的義務の統制について、判決形式で義務の存在を立法者に知らせるという方法以外に、規範と規範の抵触という形で義務違反を認定し法律を違憲と判断するという方法も採っている。

振り返ってみると本稿は、事後的是正義務の法的性質を考察することを通じて、事情の変化という具体的な条件下で立法者の形成の自由がどのような動態を見せるのかを観察してきたようにも思われる。立法者が法律制定時どのような決定を行ったのか、法律制定後にどのような事象が発生したのかを具体的に検討することで、裁判所による統制の根拠と手法が明らかになる。そのような一例として、国会との対話のための場所ではなく、終局的な権利利益救済の場所である裁判所に期待できることを少しでも明らかにできていたとすれば幸いである。

## (二) 残された基本問題

最後に、未検討の主な課題について簡潔に指摘しておく。まず、立法者の事後的是正義務の憲法上の根拠については引き続き検討を要する。また、裁判所による具体的な義務違反の認定方法についても種々検討が必要であろう。そして、立法者が実際にどのように事後的是正義務を履行しているのかについても明らかにしたい。各々詳細な検討を要するためその検討は別稿に譲り、ここでは問題のみ指摘して稿を閉じることとする。

(1) 「事情の変化」論とは「時の経過によって社会情勢等が変化し、立法当時には認められていた合理性が失われるに至った」という議論(小山剛『憲法上の権利』の作法〔第三版〕(二〇一九)二六〇頁)、「制定(あるいは改正)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(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）四一頁）のことをいう。
- (2) 例えば、在外国民選挙権違憲判決（最大判平成一七年九月二四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）、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）、衆議院議員定数不均衡訴訟（最大判平成二三年三月二三日民集六五卷二号七五五頁）など。
- (3) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開（第二版）』（二〇一四）六四頁。
- (4) 本稿で扱わなかったその他の「事情の変化」論に関する諸問題については、前掲注（1）櫻井一四一頁以下、また、時の経過による立法目的の変化の認定手法につき、武田芳樹「立法事実の変更——立法事実を変更することはできるのか？」大林啓吾・柴田憲司『憲法判例のエンigma』（二〇一八）三頁以下を参照。
- (5) 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』（二〇一七）二八三頁以下（二八八頁、婚外子相続分差別違憲判決に関する指摘）。
- (6) 山本真敬「憲法判断を含む判決とその事後処理」法律時報九五巻五号（二〇二三）五三頁以下（五六頁、性同一性障害者の性別の取扱いに関する法律についての決定に関する指摘）。
- (7) BVerfGE 110, 141 (158).
- (8) 古くは、シムネルトフェーガーによる「憲法義務としての立法の最適な方法」(Günther Schwendfeger, Optunale Methode der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70 Geburtstag, 1977, S. 171ff.) の提唱を契機として、事実認定についての義務、衡量義務、予測義務といったその他の「最適な立法方法」(Christoph Gusy, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, ZRP, 1985, S. 291ff. (S. 292 ff.)) とまとめて議論されてきたが、これらの議論は、「最適な立法方法とは何かについて生産的な意見を述べあうものではなく、逆にこれを批判することが中心」(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）一頁以下（三頁）)であった。
- (9) 法的義務ではなく政治的責務にすぎないとするグジーの見解につき、高見勝利「現代日本の議会制と憲法」(二〇〇八)二五二頁以下。また、行為規範であるとしても裁判規範としては慎重に解するものとして、西村・前掲注（8）参照。なお、シムネルトフェーガーの見解については、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、手塚貴大「租税政策の形成と租税立法」(二〇一三)一九七頁以下参照。

- (10) 植松健一「ドイツの治安法制における立法事後評価(二・完)」立命館法学三三八号(二〇一九)二二頁以下(六八頁)。
- (11) 法律の事後評価制度に関する論考において、「仮に事後評価が憲法上の要請だとすれば、すべての法律は事後評価規定を備えなければならないのだろうか。仮に立法者が法適用状況を観察し必要に応じての法律の改善を講ずることが、立法という事柄の本質上、当然の事理だというならば、取り立てて「憲法上の義務としての事後評価」を語る必然性はあるのだろうか。さらに、判例法理としての観察義務(本稿でいう監視義務・筆者)自体にしても、S. フスターの鋭い批判があるように、理論的にも難がないわけではない」とする。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(二〇七五頁)。
- (12) 「政治的責務か法的義務か。法的義務であるとして行為規範にとどまるのか、それとも裁判規範といえるのか」とすべきであるかもしれないが、後述するドイツの議論において「政治的責務か法的義務か」と対置されていること、また、議論の簡明さへの配慮から政治的責務か法的義務かと記述する。行為規範、裁判規範の区別に関して詳しくは、宍戸常寿『憲法裁判権の動態「増補版」』(二〇二一)二五〇頁以下参照。
- (13) 「立法事実」とは「立法目的及び立法目的を達成する手段(規制手段)の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実」芦部信喜『憲法(第八版)』(二〇二三)四〇九頁)とされ、裁判所がその有無を認定できるといふ観点から議論が行われてきた。なお、「立法事実」とはその語源においては立法作用における法形成を支える事実をいうのであり、司法による法創造を含め、法形成を支える事実へ目を向ける必要があるとの指摘がある(淺野博宣「立法事実論の可能性」高橋和之先生古希記念『現代立憲主義の諸相(上)』(二〇一三)四一九頁以下)。本稿は、法律制定時において法律の合理性を支える事実、もしくは、立法作用において法形成を支える事実、を出発点とすると説明しうる。
- (14) 事情の変化論は立法事実論を前提とする。「社会状況の変化は違憲の理由になるか」という問いに対してはYesと答えることができる。その理論的根拠を提供したのが『立法事実論』である。……裁判所が立法後の事情、つまり「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1つ」とされる(櫻井・前掲注(一)一四五頁)。仮に立法者が法律制定時に用いえた事実を裁判所が審査時に拘束されるとすれば、法律制定後に生じた事情による法律の違憲は判断されえない。
- (15) 連邦憲法裁判所の判決形式に「*Dieter Hönig, in: Maunz/Schmidt-Bleiten/Klein/Behge (Hrsg.), Bundesverfassungsgesetz, §95, Rn. 69 ff., 61. EL Juli 2021, Stefan Korioth, in: Schlach/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. neu bearbeitete Auflage, 2021, Rn. 370 ff. 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[有

- 澤知子<sup>1)</sup>、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、拙稿「事後的是正義務と新規律義務」法学政治学論究一〇一号（二〇一四）一〇三頁以下を<sup>2)</sup>。
- (16) BVerfGE 110, 141 (158).
- (17) Christian Bickelbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 364. 事後的是正義務と新規律義務の区別に ついて詳しくは、拙稿・前掲注(15) 参照。
- (18) Bickelbach, a. a. O. (Amn. 17.), S. 364.
- (19) ドイツの判決形式を参考に、我が国における違憲判決後の処理方法について論ずるものとして、山本真敬「憲法判断を含む判決の類型」山本龍彦・横大道聡『憲法学の現在地』（二〇二〇）四〇二頁。
- (20) BVerfGE 110, 141 (158).
- (21) BVerfGE 88, 203 (310).
- (22) 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 Steinhilber, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, Der Staat 26 (1987), S. 161 ff.）近年は監視義務及び是正義務『Beobachtungspflicht und Nachbesserungspflicht』と表記されるものが多くように思われる（例えば、本稿で引用した最近の論文に加えBVerfGE 111, 333を<sup>3)</sup>）。
- (23) BVerfGE 88, 203 (310 f.). 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2版）』（二〇〇六）六一頁以下参照。
- (24) Marion Albers, Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen: Schritte von der symbolischen Politik zum lernenden Recht, VerwArch, 99 (2008), S. 481 (485).
- (25) 本判決のこの箇所では、報告規定が条文化されていないことにより当該箇所の監視義務違反による違憲が確認され、その結果、法改正の義務付け（新規律義務）がなされている。BVerfGE 133, 277 (371). 詳しくは拙稿・前掲注(15) 八頁参照を<sup>4)</sup>。
- (26) BVerfGE 133, 277 (371 f.). 拙稿「情報機関・警察の情報共有と情報自己決定権——テロ対策データファイル判例決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（二〇一八）四六頁以下参照。

- (27) BVerfGE 88, 203 (310).
- (28) なお、データ収集と評価に関する一定の制度の利用を決定することに伴って、一定の追加調査や追跡調査が必要となるなど、そのシステムに内在する条件に拘束されることはある。Karl-Jürgen Bieback, Beobachtungs- und Evaluationsaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2018, 38 (1), S. 42 (S. 51).
- (29) Bieback, a. a. O. (Anm. 28), S. 46; Peter Nagel, Problematik und Problemveressenheit – Eine Betrachtung zur Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2010, Heft6, S. 265 (269 f.).
- (30) 制定時の「立法事実」に関して、そもそも事実と予測とを厳密に峻別することはできないが、典型例、例えばカルカー決定と第二次墮胎判決とを比較すると、前者は、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という事実が、後者は、胎児の保護構想が実際に社会の中で効果的に作用するのかわかるといいう予測が問題となっており、対象に明らかな違いがあるといえよう。事実とは、制定時の資料及びそれに対する評価であり、予測とは、将来その法律によって達成されるべき効果のことである。事後的是正義務と事実及び予測について詳しくは、拙稿「立法者の予測と事後的是正義務——連邦憲法裁判所判例を中心に——」法學政治學論究九六号(二〇一三)三四三頁以下参照のこと。
- (31) 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——カルカー決定」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(二〇〇三)三六九頁以下参照。
- (32) 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2版)』(二〇〇三)七八頁以下参照。
- (33) 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)三七五頁以下参照。
- (34) 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(二〇一三)三七頁以下参照。
- (35) Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Christian Strack (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. 1, 1976, S. 459 ff. (504).
- (36) 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『ドイツの憲法判例Ⅲ』(二〇〇八)二九八

頁以下参照。

- (37) BVerfGE 110, 141 (158).
- (38) 判決形式でいうと②の監視義務及び是正義務の宣告判決が下されたパターンである。「現在の科学的知見をもってしても、遺伝的原因による犬の危険性が立証できない場合、特定犬種が危険だとする立法判断には、一応の理由はあるものの、その科学的根拠が不確実である以上、立法者は、今後のさらなる展開を見守り、問題の法規定を新しい科学的知見に適合させる義務を負っている」(門田・前掲注(36)三〇二頁)。
- (39) BVerfGE 88, 203 (310).
- (40) *Bickenbach*, a. a. O. (Ann. 17.), S. 361.
- (41) 「立法者は一定の行為をなす義務を負っているのではなく、法律に対して義務を負っているのである。法律の基本法との両立性を審査することが、規範統制における憲法裁判所の任務であり、あくまで審査対象は法律でなければならない……立法者が憲法適合的な法律を制定するという義務に違反した場合においても連邦憲法裁判所による審査の対象は法律であるということと同様に、変化した状況下で法律と憲法とを両立した状態に保つという義務に違反した場合においても、この事後的是正義務違反という状態のもとに存在する法律こそが、憲法裁判所の審査の対象である。連邦憲法裁判所は、この「間接的な」方法のみ、立法者は「当初の決定が変化した状況においても維持されるかどうか審査するよう憲法上義務づけられてくる」という点について制裁を下すことができる」とする見解である。Steinberg, a. a. O. (Ann. 22.), S. 177.
- (42) *Stefan Huster*, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, *zeitschrift für Rechtssoziologie* 24, 2003, Heft1, S. 3 (S. 15 f.).
- (43) *Huster*, a. a. O. (Ann. 42.), S. 17 ff.
- (44) 行政内部において法律制定後の影響をモニタリングする制度である。詳しくは、植松・前掲注(10)・(11)、手塚・前掲注(9)二六一頁以下、及び、片桐直人「ドイツにおける政府提出法案の起草過程とその規律」川崎政司・大沢秀介「現代統治構造の動態と展望——法形成をめぐる政治と法」(二〇一六)一八六頁以下参照のこと。
- (45) 植松・前掲注(11)一五頁注56。
- (46) 山本真敬『立法裁量と過程の統制』(二〇一三)二〇九頁。
- (47) *Armin Steinbach*, *Gesetzgebung und Empirie*, *Der Staat* 54, 2015, S. 267 (283).
- (48) 時限法律は、法律に明記された有効期限の到来によって法律の効力が失われるという形式の法律であり「立法者は、そう

した法律上の政策の有効性をその有効期間経過後に審査する。そして、実効性を確認できた場合には、立法者は有効期間を延長させることもありうる」(手塚・前掲注(9)三二二頁)。時限法律は、制定後の監視、再検討、是正というサイクルが性質上要求される法律形式であり、事後的に正義務論を織り込み済みの議論といえる。有効期間経過前の是正の可否(有効期限到来よりも前の時点で是正が必要となった場合、信頼保護原則・平等原則の観点からは正の可否が問題となる)等を含め、ドイツにおける時限法律に関する議論については、手塚・前掲注(9)三二八頁以下参照のこと。なお、我が国においては、時限法や見直し規定(検討条項)が付された法律が数多く制定されているが、実際には、日本では、時限法とされながら、その必要性が十分に吟味されることなく簡単に期限が延長される例が多い。検討条項についても、政治的な妥協の産物として付されることも少なくなく、付されただけで何事もなく期間が経過するものがある一方で、それを梃にして、立法事実や法律の効果の十分な検討が行われないままに改正が行われてしまうような例もみられる」と指摘されている(川崎政司「法を考えるヒントー キーワードから現代の法を読む」(二〇一六)二二七頁)。

- (49) 実験法律は、「確実性が乏しい決定」の一つの類型といえよう。実験法律は、新しい政策を導入する際に制定される。生命や人間の尊厳、ないし、回復不能な重大な損害が問題となっている場合は、「実験」にはそぐわないと考えられているが、それ以外、例えば、教育、メディア、交通、住宅政策といった領域において、期限を定めて仮の法律を制定し(時限法律)、評価及び修正を経て、最終版の法律を制定するというサイクルがとられてきた。例えば、メディア領域では二年ないし三年の期限付きで、ドイツ放送史上はじめての私的事業者による放送が実験目的の下で許可された。また、法曹教育モデルの変更にあたって、その試行が一〇年間の期限付きで行われた。データを取得し正式な法律を制定するために暫定版の法律を期限を区切って実際に施行してみるとい手法である。実験法律について詳しくは、大橋洋一『対話型行政法学の創造』(一九九九)二八〇頁以下参照。

(50) 大橋・前掲注(49)二八二頁。

(51) 大橋・前掲注(49)二九四頁。

(52) *Rupert Schtutner*, *Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers*, NVwZ 1989, S. 806 ff. (808). 大橋・前掲注(49)二九五頁。

(53) *Andrea Kiebling*, *Beobachtungs- und Evaluationaufträge an den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2018, 38 (1), S. 60 (60 ff.).

- (54) 松本和彦「高周波電磁場による健康危殆化と国家の保護義務」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（二〇〇八）六九頁以下。
- (55) 栗城壽夫「所有権等の規制と立法者の予測」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（二〇〇三）三〇二頁以下参照。
- (56) 松原光宏「ハッセン州教授給与違憲事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（二〇一八）三二二頁以下。
- (57) その他「」の点で」（BVerfGE 111, 333）「形成の余地の「帰結」（NJW 2011, 1578, 1572, BVerfGE 95, 267 [314 f.]、133, 168 [235 f.]。Kießling, a. a. O. (Anm. 53), S. 65.
- (58) *Bickenbach*, a. a. O. (Anm. 17), S. 159. その際「ツッケンハッハは「評価大権のはじめに、不確実性と不確定性があり、評価大権のおわりに、監視、場合によっては、介入する義務がある」とも述べる。
- (59) *Bickenbach*, a. a. O. (Anm. 17), S. 364, *Steinbach*, a. a. O. (Anm. 47), S. 283.
- (60) *Kießling*, a. a. O. (Anm. 53), S. 65.
- (61) *Bieback* a. a. O. (Anm. 28), S. 54 ff.
- (62) *Nagel*, a. a. O. (Anm. 29), S. 274.
- (63) *Kießling*, a. a. O. (Anm. 53), S. 65.
- (64) *Steinbach*, a. a. O. (Anm. 47), S. 281.
- (65) Vgl. *Ossenbühl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 459 ff.
- (66) *Bickenbach*, a. a. O. (Anm. 17), S. 498.
- (67) 実験法律に「立法者の自由を拡大すると同時に、監視及びは正義が強化されることを指摘するものとして」*Bieback*, a. a. O. (Anm. 28), S. 56.
- (68) *Simone Ruf*: Die legislative Prognose, 2012, S. 130. なお、本記述は文脈上行為規範についての指摘と解釈しうる点に注意を要する。
- (69) *Kießling*, a. a. O. (Anm. 53), S. 64. 監視義務が「政治的に非常に議論の多い問題に関する決定」において憲法規範の解釈に「もっとな」解決策があるという性格を有することは否定しがたいであろう（*Bieback*, a. a. O. (Anm. 28), S. 44）。
- (70) *Bieback*, a. a. O. (Anm. 28), S. 53.



- (71) キースリングによれば、連邦憲法裁判所は、そのような義務をこれまで認めていない(参照 BVerfGE 143, 246; 140, 65)。Kießling, a. a. O. (Anm. 53), S. 65, Fn. 3. 理由付け義務については、宮村教平「立法過程の構造と解釈(一)——その序論的考察」自治研究九九巻二号(二〇二三)一三七頁以下、同「立法過程の構造と解釈(二・完)——その序論的考察」自治研究九九巻三号(二〇二三)一二八頁以下参照。
- (72) 小山・前掲注(23)三頁。
- (73) Ruf, a. a. O. (Anm. 68), S. 170. の指摘は本稿のいう再検討義務に関するものでありうるようにも思われるが、今後の検討課題とした。
- (74) Vgl. BVerfGE 55, 274 (308); 72, 330 (423); 82, 159 (181).
- (75) BVerfGE 88, 203 (310).
- (76) BVerfGE 95, 267 (314); Vgl. BVerfGE 25, 1 (13), 49, 89 (130).
- (77) BVerfGE 133, 277 (370f.). なお、ATD法が確実性が乏しい法律と評価されるのは、データ処理の流れが透明性を欠き、また、個人の権利保護を十分に行うことができないためである。「ATD法によつては、データ処理の透明性及び権利保護の可能性がかなり限定的にしか保障されていないがゆえに、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もつ。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強く要請する」(BVerfGE 133, 277 (369))。法律が、情報自己決定権の保護という観点において適切な効果を果たしているか、制定当初に予測された効果が実際に得られるかについて、「予測が外れる可能性が高い」というパターンといえよう。もしくは、キースリングの分類によればコンセンプトの新規・変更パターンといえる。
- (78) BVerfGE 59, 119 (126).
- (79) BVerfGE 48, 89 (130 f.).
- (80) BVerfGE 49, 89 (130 f.).
- (81) 第二次ハルツIV決定において連邦憲法裁判所は、「家庭用電力の価格変動など、急激で極端な価格上昇により受給者の生存を脅かすような不足が発生することが否定できない場合、立法者は、標準的な需要水準の定期的な更新を待つことは許されな」(BVerfGE 137, 34 (100))と述べる。確実性の乏しい決定をした場合、監視義務及び定期的な再検討義務が発生するが、新展開が生じた場合別途再検討が要求されうる。なお、社会的変動の大きい分野については、価格変動のほか人口変

- 動や為替変動も考えられる。
- (82) 本稿において詳しくは立ち入れないが、是正義務違反の場合における合理性喪失の判断以上に、新展開時の再検討義務違反の場合における再検討義務発生（疑義発生）の判断は、時期についても、情報認識源の評価に關しても、裁判所にとつては難題でありうる。なお、情報認識源としては、法案提出、請願、国際機関による勧告、裁判所による問題の指摘、「専門家鑑定書の公刊」(Rzf, a. a. O. (Ann. 68), S. 128, 山本・前掲注(6)五七頁)など、多種多様な契機が考えられる。
- (83) A T D法をめぐる立法実務について詳しくは、小西葉子「テロリズムに対抗するためのデータに関する立法と立法評価」一橋法学一八巻一号(二〇一九)一六九頁以下、及び、植松・前掲注(10)二二頁以下参照のこと。ドイツにおいて実際に立法者がどのように事後的是正義務を履行しているかについては、別稿にて改めたい。
- (84) 再検討義務の履行は第一義的には立法者によつてなされなければならないが、A T D法における連邦データ保護・情報自由監察官への委任のように行政に委任することが可能な場合には立法者ではなく行政による不作為の違法性が問われうる。なお、連邦データ保護・情報自由監察官は、行政官庁の監督を受けない連邦最上級官庁で、連邦政府の提案を受けて、連邦議会により選任され、連邦議会による統制を受ける。平岡秀夫「ドイツの情報機関に対する個人情報保護の制度から日本のそれを考える」『法と民主主義』五五七号(二〇二二)二六頁以下(二八頁)。
- (85) 立法者の自己拘束論については今後の課題としたいが、手塚・前掲注(9)三二八頁以下、また、栗島智明「平等取扱いの要請と行政・立法の『自己拘束』」法学セミナー八二二号(二〇二二)七七頁以下参照。
- (86) 裁判所による暫定的規律について、櫻井智章「代替立法者としての憲法裁判所」川崎政司・大沢秀介『現代統治構造の動態と展望』(二〇一六)二〇九頁以下参照。
- (87) BVerfGE 112, 304 (317). 詳しくは、拙稿・前掲注(30)三五九頁参照。
- (88) *Nagel, a. a. O.* (Ann. 29.), S. 269f, *Steinberg, a. a. O.* (Ann. 22.), S. 183 f.
- (89) BVerfGE 88, 203 (310).
- (90) 「事実状況が法的状況を支えることができないうとき、……遅くとも立法者が介入しなければならぬときに達している」。  
*Bickenbach, a. a. O.* (Ann. 17.), S. 532.
- (91) BVerfGE 56, 54 (81 ff.).
- (92) BVerfGE 56, 54 (84 ff.).

- (93) BVerfGE 33, 171 (188).  
(94) BVerfGE 56, 54 (81).  
(95) 山田・前掲注(5)二九二頁。  
(96) 参照すべき議論は多岐にわたるが、本稿との関係において特に重要な文献として、事後的是正義務と立法裁量との深い関係を指摘する、大石和彦「『違憲の主観化』について」筑波ロージャーナル二四号(二〇一八)二九頁以下参照。  
(97) 高木光、常岡孝好、須田守「条解行政手続法(第二版)」(二〇一七)四四五頁「常岡孝好」。  
(98) 常岡・前掲注(97)四六四頁。

入井 凡乃(いりい なみの)

所属・現職 駒澤大学法学部非常勤講師

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科公法学専攻後期博士課程単位取得退学

所属学会 日本公法学会、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」『法学政治学論究』第九六号(二〇一

三)

「事後的是正義務と新規律義務」『法学政治学論究』第一〇一号(二〇一四)

「法律制定後における立法者の憲法上の義務」憲法理論研究会編『対話的憲法理論の展開』(二〇一六)