

空襲被災者の救済と立法不作為の違憲

—— 国家賠償責任について ——

青 井 未 帆*

目次

0 おことわり

序

I 立法不作為違憲国賠訴訟

1 課題設定

2 客観的な法秩序違反と国賠法上の違法性

3 立法行為の「違憲性」

(1) 違憲審査とは何か

(2) 司法権と違憲審査の関係

4 国賠法1条1項にいう「違法性」

(1) 行政の行為・不作為の場合

(2) 立法行為の場合

5 違憲確認訴訟の受け皿？

6 判例法理

(1) 在宅投票事件最高裁判決

(2) 違憲判断限定のルール

(3) 在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決

(4) 精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決

7 「憲法判断が可能であること」と「いつ憲法判断をするのが適当であるか」

8 検討

- (1) 立法行為を国賠法で争うことの可能性
- (2) 立法府の抽象的な権限規範違反性判断
- (3) 「立法内容の違憲」と「国賠法上の違法」の区別
- (4) 憲法判断が一定の場合には要請されていること

小括

(II 特別犠牲を強制されない憲法上の権利)

III 国家賠償責任

- 1 憲法判断に踏み込むか否か
- 2 違憲判断に踏み込むのが適当であるか
 - (1) 戦争被害者援護制度
 - (2) 立法措置の必要不可欠性
 - (3) 国会が立法をなしうる客観的状况にあったこと

小括

結語

0 おことわり

本論文は、いわゆる東京大空襲訴訟について、2010年12月6日に東京高等裁判所に提出した意見書(意見書①とする)に、修正を加えたものである。2点につき予めおことわり申し上げておきたい。

第1点目として、意見書①は筆者が過去に公刊した諸論文に依拠したが、中でも議論の骨組みとなっているのは、「選挙権の救済と国家賠償法——立法不作為の違憲を争う方法として」信州大学法学論集9号(2007年)115頁以下

* 学習院大学教授(憲法学)。20100067@gakushuin.ac.jp

〔青井・2007〕とする〕と、「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論——権限規範と行為規範の区別をふまえて」信州大学法学論集12号（2009年）1頁〔青井・2009〕とする〕である。したがって、本論文はこれらの論考と重複している。

そして第2点目として、意見書①を基にした原稿を「成城法学」へ投稿後、刊行手続きに入るまでに半年ほど時間を有したが、この間に未曾有の大惨事となった東日本大震災（2011年3月11日）が発生した。そこで天災被災者の救済との比較検討という観点から、意見書①の第Ⅱ章が対象としている議論を再論する必要が生じ、東京高等裁判所に追加で意見書を提出する機会をもつこととなった（2011年6月24日提出）。そこでは大規模な補足的検討を加えているため、別稿にて意見書①第Ⅱ章と併せて、改めて詳論することとした**。しかしながら意見書①内での第Ⅰ章の独立性は高く、また学説の展開を踏まえたアップデートを試みていること、そして第Ⅲ章については、第Ⅱ章の議論がない状態であっても、少なくとも資料提供という一定の意義があるものと考えていることにより、たいへん変則的ではあるが、意見書①の第Ⅱ章該当部分を削除し、別稿の参照をお願いするかたちでここに公表し、ご批判を仰ぐこととした。

意見書執筆にあたっては、内藤雅義弁護士、吉村清人弁護士をはじめ空襲訴訟弁護団の先生方から、多々御教示にあずかった。御厚情に心より感謝申し上げます。

序

第二次世界大戦中、日本各地が空襲に見舞われた。原爆が落とされた広島市、長崎市、そして地上戦も戦われた沖縄県下の都市を除いても、空襲で100名以上が犠牲となった都市は、74市に及んでいる（総務省「全国戦災史実調査報告書」）。本件についていえば、東京への空襲は、昭和19年11月24日から昭和20年8月15日にかけて、アメリカ軍B29重爆撃機により行われたが、中でも昭和20年3

** 青井未帆「(仮題) 戦争被害受忍論について」戸松秀典=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年刊行予定）〔以下、〔青井・別稿〕とする〕。

月10日午前0時7分から行われた空襲の規模は大きく(「東京大空襲」)木造家屋が密集する東京下町を標的にして、325機のB29が絨毯爆撃を行ったのであった。周囲に火の壁を作って逃げ場を奪った上で、その中に焼夷弾約33万発(1665トン)を投下した。爆撃は約170分間に及び、火災の凄まじさは、重さ60トンの爆撃機が上昇気流のために、飛行中に600メートルも吹き上げられたことから窺える。東京は強い冬型の気圧配置であり、北風によって延焼が助長され、約6時間で約10万人の一般市民が死亡、約100万人が被災したとされる。

本意見書は、かかる空襲被災者の救済をめぐり、戦争被害を補償する立法を国会がなさずに放置し続けてきた立法不作為を訴える国家賠償請求(以下、国家賠償を国賠とする)の、理論的検討を行う。結論を予め述べれば、立法不作為の責任を追及する訴訟は、例外的場合にのみ肯定されるどころ、本件はまさにかかる場合にあたり、違憲・違法とされるべきであり、また過失の存在も肯定されるため、国の賠償責任が認められるべきである。

本稿の構成及び要旨は次の通りである。

Iでは、立法不作為違憲国賠訴訟の可能性を検討する。そもそも法律は、原則として一般的で抽象的な法規範であり、個人の具体的な権利・義務に関する「処分」ではない。そこで国会議員のなす立法行為(不作為を含む、以下同じ)を国賠請求の対象とすることは、多大な理論上の困難を伴う。しかしながら、立法行為の結果を憲法に照らして判断することは、訴訟の形式とは離れて独立になしうるのであり、それは挙げて憲法の要請する内容に依る。たとえば在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決¹⁾(以下、平成17年判決とする)も、個々の請求への判断に先だって、独立に憲法判断をなしていたのであった。

裁判所は、市民や政治部門等との間のダイナミックな相互作用を通じて、憲法秩序の形成維持をなしていると理解するならば、「一定の場合」には、違憲判断を示すことが社会的使命として裁判所に課せられていると解される。そして、裁判所から違憲判断を得る訴訟形式が限定されている現状の下

1) 最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁。

では、立法行為を国賠法で争うことの理論的な困難を、プラグマティックな判断により「一定の場合」において、このルートにより違憲判断を示すことは、必要とされているだろう。在宅投票訴訟最高裁判決²⁾（以下、昭和60年判決とする）と平成17年判決は、その「一定の場合」についての具体的なルール（違憲判断限定のルール）を示しているものと理解しうる。

以上が正しいとすると、本件において問われるべきは、違憲という実体判断が可能であるか、そして、その問題が肯定的に判断されるとして、かかる判断を表に出すことが適当であるか、となる。

そこでⅡでは、本件で問題となっている権利は、共同体全体の利益のために特別の犠牲を強いられない権利であり、具体的な補償立法が不存在という状態（無補償状態）につき、違憲という憲法的評価が可能であることを論じる。特別犠牲を強いられない権利というコンセプトについて、本論で後述するように、高橋和之説を参照している。すなわち日本国憲法は、価値の源泉を個人に置き、すべての個人が等しく尊重されることを謳っている（憲法13条）。ここから当然に、一部の者に特別な負担を強いてはならないことが導かれる。憲法13条の「特別犠牲を強いられない権利」は、生命、身体、財産を保護対象とする。この保障を財産の面において明文で定めた条項が憲法29条3項であり、冤罪事件での生命および身体への自由への補償については憲法40条で定められている。そして違法な公権力の行使に係る損害への賠償、すなわち税金という形での公平負担については、憲法17条に定められている。

本稿が対象とする生命、身体、財産被害を内容とする空襲被害を考えると、実体的な憲法上の権利を実現するためには、財産被害についても、補償のためには相応の立法措置を必要とする。しかし、財産のどこまでが補償されるかについて、わが国の財政状況等を鑑みながら精確な線引きをなすことは、司法府の判断に馴染みにくい問題である。司法府がまったくこの問題に立ち入ることができないとは思われないものの、財産的損害への補償についての考察は今後の課題としたい。本稿では、代替不可能で一人一人が等しい価値を有する生命、

2) 最一小判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁。

身体を、主たる議論の対象とする。

特別犠牲を強いられない権利は、まさに人が人たることにより有する天賦の人権であり、日本国憲法が創設した権利ではなく、明治憲法下で人々に制約されていた権利が、日本国憲法制定により回復されたものというべきである。「個人の尊重」原理より考えれば以上のようになるはずであり、これとは逆の内容を含むところの、いわゆる戦争被害受忍論は、戦前のイデオロギーの無批判な継承であって、日本国憲法の下で維持しえない。

ただし、全体の利益のために個人を犠牲にしてはならないという憲法上の要請は、たぶん抽象的な性質を有しており、生じてしまった損害への補償の方法等へ具体化するには、立法行為が必要であることが多い。これをなすには、国家財政等の理由を十分に考慮する必要がある、その結果として実現されるまでに時間がかかることはありうる。しかしながら、憲法上の要請が消滅することはないのであり、また、かかる要請が憲法上のものである以上、客観的に要請を満たさない状態を、憲法に照らして判断することは可能である。これを一般被災者について見るに、少なくとも生命、身体への犠牲について、補償対象から除外され無補償の状態にとどめ置かれていることは、違憲というべきである(上述のとおり、IIについては、[青井・別稿]のご参照を乞う)。

次に、そのような違憲という実体的な判断を、裁判所が本件でなすことが妥当である旨を、IIIで論ずる。平成17年判決が示したこの点に関する判断要素として、①立法措置を採ることの必要不可欠性、②国会が立法をなしうる客観的状态にあったこと(立法課題、合理的期間)を取り出し、本件をあてはめる。国は戦後の戦争被害援護法制度を、一般被災者へ救済が及ばないよう意図的に構築してきている。したがって戦後65年を経過する今日、無補償状態という本件での憲法的争点は裁判所が違憲と判断するに充分に機が熟していること、またかかる違憲判断は裁判所の社会的使命に照らして求められていることを、主張する。そして、このような例外的な場合において過失の存在が否定できない以上、国は賠償責任を負うことは明らか、との結論を得るものである³⁾。

Ⅰ 立法不作為違憲国賠訴訟

1 課題設定

損害賠償とは、人に一定の行為を命ずる規範（行為規範）違反により生じた損害を填補させるものである。国賠法1条1項を、立法行為の違憲を訴える憲法訴訟として用いる場合、次のような主張をなすことになる。

「国会議員には、違憲な立法行為をなしてはならない義務があり、この義務より生じた損害の金銭賠償を国に求める」と。

しかし、たとえば「国会議員が表現の自由を侵害する立法をなしたこと」へ慰謝料を請求する訴訟は考えにくいところである。立法作用を国賠訴訟の対象とすることは一般に認められているとはいえ、「違憲な立法行為をなしてはならない」という行為規範を国会議員に観念することがそもそも可能であるのかは、今なお、理論的な検討を要する。Iでは、立法の不作為を中心にしながら、立法行為を国賠訴訟で争うことの孕む理論的問題を考察する⁴⁾。

3) 東京大空襲訴訟に関する論考として、たとえば、内藤光博「空襲被災と憲法的補償—東京大空襲訴訟における被災者救済の憲法論」専修法学論集106号（2009年）1頁以下、原田敬三「東京大空襲訴訟で何が争われたか—東京地裁の全面棄却判決を批判する」軍縮問題資料2010年4月号58頁以下、柿沼真利「東京大空襲訴訟第一審判決」法と民主主義445号（2010年）73頁以下、中山武敏「東京大空襲訴訟判決報告」軍縮問題資料2010年9月号56頁以下などがある。

4) 本章の議論の骨子は、[青井・2007]、[青井・2009]と同じくする。また本章執筆の基礎にしているその他の論考として、国賠訴訟に関しては、青井末帆「判例研究：ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」信州大学経済学論集54号（2006年）153頁以下が、選挙権に関しては「ALS患者の選挙権行使の保障」法学教室282号（判例セレクト2003）（2004年）9頁、「在宅障害者の選挙権の保障と立法不作為の国家賠償請求」法学教室318号（判例セレクト2006）（2007年）3頁、「重度身障者の選挙権—在宅投票制度廃止事件1審」別冊ジュリスト187号（「憲法判例百選Ⅱ【第5版】」）（2007年）332頁以下が、そして憲法訴訟に関しては「憲法訴訟・憲法判断について考える」信州大学経済学論集58号（2008年）25頁以下、「憲法判例の変更」『憲法の争点 新・法学の争点シリーズ3』（有斐閣、2008年）288頁以下、「憲法訴訟論—付随的違憲審査制と『憲法上の権利』の救済」安西文雄他『憲法学の現代的論点【第2版】』（有斐閣、2009年）191頁以下、「憲法判断の対象と範囲について（適用違憲・法令違憲）—

2 客観的な法秩序違反と国賠法上の違法性

国賠法1条1項は、公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体が賠償する責任を負うとするが、ここには性質の異なる二つの法的様相⁵⁾が混交しており、これに起因して理論的な説明が本来的に困難となっている⁶⁾。

法的様相の一つは、権利・義務にかかわる、「行為規範の様相」である。一般に、道徳的義務と法的義務のあいだの大きな違いの1つは、法的義務の履行が強制的に担保されていることにありと指摘されている。刑罰や損害賠償（強制執行）が、ある行為に結び付いているときに、かかる行為を回避することが、人に法的に義務づけられている。そこで国賠訴訟は、公務員という自然人に課せられた義務違反が関わる訴訟であるといえる。

いま一つは、法により国家機関に与えられた権限にかかわる、「権限規範の様相」である。すなわち、国家機関の行為は、法によりその国家機関に与えら

近時のアメリカ合衆国における議論を中心に」成城法学79号（2010年）41頁以下、がある。

- 5) ここで念頭に置いている議論は、R.アレクシーの議論を参照した、「行為規範と権限規範」の区別を分析の要とする「法的様相の理論」である。「法的様相の理論」について、精緻化を図る議論として新正幸による次の論考を参照した。「憲法的自由の構造—二つの自由権」新正幸他編『公法の思想と制度』（菅野喜八郎古稀祝賀）（信山社、1999年）55頁以下、「ケルゼンの権利論・基本権論（三）（四）」関東学園大学法学紀要10巻2号（2000年）169頁以下、同11巻1号（2001年）49頁以下〔のちに『ケルゼンの権利論・基本権論』（慈学社、2009年）所収〕、「ケルゼンの基本権論（一）～（三・完）」金沢法学45巻2号（2003年）365頁以下、46巻2号（2004年）221頁以下〔〔新・2004〕とする〕、47巻2号（2005年）97頁以下〔〔新・2005〕とする〕のちに『ケルゼンの権利論・基本権論』（慈学社、2009年）所収〕、「基本権の構造—『法的様相の理論』の見地から」日本法学73巻2号（2007年）203頁以下、『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010年）特に181-90頁〔〔新・2010〕とする〕、「立法の不作为に対する違憲訴訟（1）—在宅投票制度廃止事件上告審」『憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕』。
- 6) なお、同じく、権限規範と行為規範の違いを踏まえて、国賠違法の観念を検討する論考として、大石和彦「立法不作为に対する司法審査」白鳩法学14巻1号（2007年）171頁以下、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75号（2008年）67頁以下〔〔神橋・2008〕とする〕、同『職務行為基準説』に関する理論的考察—行政救済法における違法性・再論』立教法学80号（2010年）1頁以下がある〔〔神橋・2010〕とする〕（なお、〔神橋・2010〕は、〔神橋・2008〕での議論を若干変更している）。

れた権限の範囲内でなされた場合に限り、正統で効力のあるものとみなされる。権限規範に「一致する行為（権限の行使）によって、一定の法的関係，すなわち権限規範のもとにある権限の名宛人の法的位置を変更し，創出⁷⁾」することになるのが，権限行使の意味である。そこで，たとえば行政処分の取消訴訟では，《なされた行政処分が行政庁に与えられた権限の範囲内であるか》を，そして裁判所による違憲審査は，典型的には《法律が立法府に与えられた権限の範囲内であるか》を，裁判所が審査することになる。後者を例にとれば，立法府に憲法が立法権限を付与しているが，裁判所の違憲審査の結果，もし人権を侵害する立法であるとされた場合には，無権限の法行為であるとして，法律等の効力が否認されることとなる（違憲＝無効）。注意すべきは，権限規範違反は，法行為の効力の無効を帰結する点である。

さて，国賠法で公務員の公権力の行使へ損害賠償が求められるときには，これらの二つの様相が絡み合うこととなる。たとえば，行政処分についていえば，「行政機関」（行政庁）のなした行政処分が，のちに取消訴訟で裁判所により違法と判断されて取消されたとして（権限規範の様相），それが国賠法1条において当該「行政機関」を構成する「公務員」の職務上の行為の違法（不法）となるのである（行為規範の様相⁸⁾）。このように行為規範と権限規範はそこに「重複・交錯して現れ」ているが，「しかしその場合でも両者が理論的には全く異なった様相であることに留意しなくてはならない⁹⁾」。

これら二つの様相をどのように接合するかは，非常に難しい問題である。そして，この点についての理論的な整理はいまだ十分にはなされていないのであり，それが国賠法1条1項にいう違法性の意味をめぐる学説・判例の錯綜状況¹⁰⁾

7) [新・2010] 187頁。

8) ここで，違法性同一説にたつならば，取消訴訟の違法は国賠法1条の適用においてもそのまま違法となる。違法性相対説にたつ場合でも，少なくとも違法性の判断要素の一つとなるものと思われる以上は，やはり両者は関係しているといえよう。

9) [新・2004] 235頁。なおそこでは，「この相違は，私見によれば憲法学において必ずしも明確に自覚されていない」と指摘されている。

10) 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣，1997年）52頁，藤田宙靖『行政法1（総論）』（第4版・改訂版）』（青林書院，2005年）506頁など。

の要因の1つと思われる。

ところで国家賠償制度展開に際して、歴史上障害となった理屈の一つは、法治国原理に由来している。というのも、これはそもそも違法な行為は国家に帰属しえず、責任を負ういわれはないとするためであった¹¹⁾。すなわち、違法な行政処分あるいは違憲な立法（権限規範の様相）をなした公務員の職務行為上の義務違反について、なぜ国家が責任を負うのか（行為規範の様相）という問題である¹²⁾。これら二つの様相をつなぐ論理の不在のため、「どこまでを国家の責任において損害賠償するか」は、一義的には確定しえない。

たとえば、判例の採る立場である職務行為基準説¹³⁾は、客観的な法秩序違反性に「職務上尽くすべき法的義務」違反性を加えて、国賠法上の違法性を判断している（「取消違法」≠「国賠違法」）。これは一定のプロセスを踏んで国家権力の行使がなされる場合に、その帰結の客観的な違法性と発生した損害とを考える時、プロセスに携わる複数の自然人の負う義務と、客観的な違法に対して国家が責任を負うことが、一致するわけではないとの理解を示しているものといえる¹⁴⁾。したがって職務行為基準説は、本来、違法が帰属しうるはずのない国家が、どのくらいの責任を負うかについて、裁判所により設定された基

11) 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第5版〕〕290頁。たとえばケルゼンは「国家機関の法義務」と「国家の義務」とは別なのであり、前者の義務違反（不法）はあくまでも国家機関たる「人間」に帰属し、これを「国家の義務」とすることへは論理の飛躍があることを指摘した（〔新・2005〕125頁）。

12) たとえば、〔神橋・2010〕は、一連のプロセスの結果としてなされた結果としての処分が違法であっても、それに至るプロセスに関与した個々の公務員の行為に職務上の義務違反がなかったとする判例（東京地判平成元・3・29判時1315号42頁）等を検討することにより、「公務員の職務上の義務違反に還元できない違法」が存在することを明らかにしている。

13) 最判昭和53・10・20民集32巻7号1367頁〔芦別国賠訴訟〕、最判昭和60・11・12民集39巻7号1512頁〔在宅投票訴訟〕、最判平成5・3・11民集47巻4号2863頁〔所得税更正処分国賠訴訟〕ほか。

14) 〔神橋・2010〕24頁。また、小早川光郎「課税処分と国家賠償」稲葉馨=巨理格編『行政法の思考様式』（藤田先生退職記念）（青林書院、2008年）421頁以下、431頁以下では、職務行為規範の複合的・重層的な仕組みを前提としたときに、課税処分について取消違法と国賠違法の不一致が生じ得るとする。なお、同436-37頁注16では「本稿が取った立場も、ことによっては、“職務行為基準説”であるかもしれない」としている。

準であり、すなわち「職務上尽くすべき法的義務」が違反される範囲内で、国家が責任を負うとされたもの、と理解し得る。

以上のように、「客観的な違法性」と「国賠法上の違憲性」が分けられることについて、本章の考察対象である立法行為を当てはめれば、前者が「客観的な違憲性」、そして後者が「国賠法上の違法性」となる。

この区別に密接に関連する概念について注意を払っておきたい。すなわち、従来、「客観的な合憲性についての判断」と、「かかる判断を裁判所がなすかどうか」は、少なくとも「立法不作為」を論じる際に、概念的に区別されてきたとは言い難い。しかし、これらは概念上区別されるべきであり、違憲判断をなすに当たっての立法府への謙譲などの考慮は、後者にかかわる問題である。上述の通り、国賠訴訟には二つの法的様相が併存していることを考えれば、「客観的な合憲性についての判断」と「かかる判断を裁判所がなすかどうかの判断」が一致するわけではないことは、当然であろう。

たとえば、学説では「立法不作為の違憲」の要件として、「憲法により明文上ないし解釈上一定の立法をなすべきことが義務づけられているにもかかわらず、正当な理由もなく相当の期間を経過してもなお国会が立法を怠ったような場合には、その不作為は違憲と言わざるを得ない¹⁵⁾」、「一般的にいつて、国会が立法の必要性を十分認識し、立法をなそうと思えばできたにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなお放置したというような状況の存する場合に、その立法の不作為が具体的に違憲となるものと解される¹⁶⁾」とされる¹⁷⁾。

15) 芦部信喜／高橋和之補訂『憲法〔第5版〕』（岩波書店、2011年）374-75頁。

16) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）346-47頁。

17) 他にも、戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟（第1巻）』（有斐閣、1987年）355頁以下、362頁（「憲法上の立法義務、および相当の期間の猶予、という二つの要件は、学説でも一般に認められているところである」）など。

また、このような要件に影響を与えたのが、在宅投票制度廃止違憲訴訟控訴審判決の「国会が或る一定の立法をなすべきことが憲法上明文をもって規定されているか若しくはそれが憲法解釈上明白な場合には、国会は憲法によって義務付けられた立法をしなければならぬものというべきであり、若し国会が憲法によって義務付けられた立法をしないときは、その不作為は違憲」という判断である（札幌高判昭和53・5・24高民集31巻2号231頁）。

これらは立法の不作为が、たとえば国賠法上「違法」と判断される要件について語っているのではなく、訴訟形式を問わずに一般的に「立法の不作为」が「違憲」と判断される要件について述べており、ある状態が客観的に憲法に照らして合憲か違憲かを判断できる時点（立法義務の生ずる地点）から、合理的期間を徒過してはじめて「立法の不作为」が違憲となるという。

しかし、正確に言えば合理的期間の考慮は、ある立法（不作为の状態）が憲法に適合しているかどうかという実体判断にかかわるのではなく¹⁸⁾、これを前提とした上で違憲という実体判断をなすべきかどうかにかかわるものである¹⁹⁾。

なぜ学説が「立法不作为の違憲」を、実体的な違憲性とは別に論じてきたかといえば、その理由の一つは、《立法が存在する場合と異なり、立法府の第一次的な選択がなされていない状態で司法府が判断していいのか、実現方法は多様であるはずなのに、司法府に判断できるのか》という疑問からであろう。しかし、たとえば、生存権実現立法について考える場合、憲法適合性判断は「しえない」、すなわち実体的に権利侵害が認められない場合も多いと思われるが、これと「実体判断は可能にも拘らず、憲法判断はなされない」という場合との違いは、重要である。すなわち権利の問題として客観的に立法の不存在について憲法に照らしての判断が可能かという問題と、憲法判断を回避せずになすべきかどうかという裁判官の裁量を含む問題は、区別すべきなのである。

18) 安念潤司は「客観的に憲法の何らかの条項に反しているにもかかわらず、なお違憲ではないという法律構成には理論的な基礎づけが欠けていると判断せざるを得ない」、「法律は、その規範内容が憲法の規範内容に客観的に抵触していれば、……当然に憲法に違反する」と指摘する。「いわゆる定数訴訟について（四）」成蹊法学27号（1988年）131頁以下、168頁。

19) 井上典之は、「この合理的期間の経過という要件は、必ずしも憲法の規定する実体的権利の内容とのみ関係を有するものではない」、「立法不作为を違憲と評価するための憲法上の実体的要件というよりも、憲法上保障されている個人の権利・自由の実体内容とは別の、立法府の裁量権に対する配慮が前面に押し出された統治機構内部の権限配分の問題が考慮されたものとして」、「立法不作为の違憲審査のために展開される基準であると考えておく方が適切かもしれない」とする。「立法不作为と違憲審査」赤坂正浩=井上典之=大沢秀介=工藤達朗『ファーストステップ憲法』（有斐閣、2005年）277頁以下、281頁、282頁。

以上から、「立法行為の違憲性」をめぐることは、「立法された内容（あるいは立法不作為の状態）が違憲と判断できるか」、「違憲とすべきか」という二つの要素に分解できることがわかる²⁰⁾。そしてこのことを前提としながら、客観的な法秩序違反性に、「職務上尽くすべき法的義務」違反を加味することにより、国賠法上の違法性が判断される、という構造をとっているのが、立法行為への国賠責任をめぐる職務行為基準説であるといえよう。

その際、立法作用については、行政作用の場合とは異なる配慮あるいは考慮が必要とされよう。仮に同じく職務行為基準説と呼ぶとしても、行政作用の場合と立法行為を同列に扱うべきではない。というのも、「客観的な違反行為」という結果を前提にしての「国賠法上の合法」という結果は、立法作用についてはいうべきではないと考えられるからである。たとえば所得税更正処分訴訟最判²¹⁾のいう「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではない」という判断は、客観的な違反行為としての結果を前提にしていた²²⁾。しかし、これと平行に《違憲という憲法判断を前提とした合法という結果》とすること、すなわち違憲でありながら違法とされないことは、客観的な法秩序全体を考えた時に、極めて特殊な場合と思われる、避けるべきと考える。行政活動の法律適合性と法律の憲法適合性とは、質的に相違した議論のはずである²³⁾。

以上を図式化すれば、次の〔図1〕のとおりである。

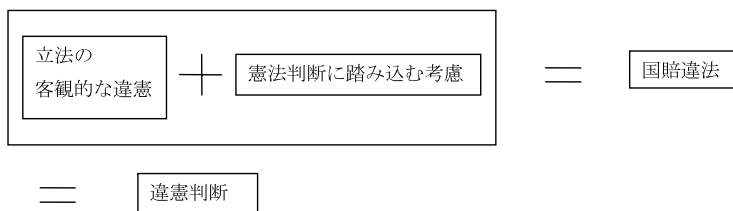
このように、立法行為の「違憲性」と国賠法上の違法性については、行政作

20) なお、このように二つの要素に分解するならば、立法を作為と不作為に分けることの意味は小さくなる。

21) 最一小判平成5・3・11民集47巻4号2863頁。

22) ほかに、たとえば住民票非嫡出子続柄記載訴訟最判（最一小判平成11・1・21判時1675号48頁）のいう、「市町村長が住民票に法定の事項を記載する行為は、たとえ記載の内容に当該記載に係る住民等の権利ないし利益を害するところがあったとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではない」という判断など。

23) なお、宍戸常寿「法秩序における憲法」安西文雄他『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）27頁以下、38頁参照。



〔図1〕

用の場合とは異なった特殊性を抱えているのであり、この点に留意しながら、違憲性と違法性それぞれについて、更に検討を進める。

3 立法行為の「違憲性」

(1) 違憲審査とは何か

上述のとおり、立法行為の「違憲性」は、「立法された内容（あるいは立法不作為の状態）が違憲と判断できるか」と、「違憲という判断を表に出すべきか」に分解可能である。まずは、前者について考察する。

戦後のわが国で違憲審査について検討が深められてきた事実からすると、いささか驚きであるが、学説で「違憲審査」の厳密な定義づけがなされることは少ない。数少ない定義の一つを見ると、違憲審査制とは「最高法規たる憲法のもとで、それを解釈・適用することによって、その具体化・実現化としてなされる国家行為（特に法律）が、憲法規範に適合するか否かを事後的に審査し、それが憲法規範に適合しないと判断される場合には、その効力を何らかの形で否認する制度²⁴⁾」とされており、「憲法訴訟」については、「その観念は、憲法裁判所型と司法裁判所型では違いがあるものの、しかし、いずれにせよ、裁判所が、裁判手続において、法律以下の法形式が最高法規たる憲法に適合するか否かを審査し、適合しないと判断する場合には、その効力を否認するところの訴訟である点において、共通する²⁵⁾（下線は引用者）」とある。この理解は、幅広い賛同を得ることができるだろう。

24) [新・2010] 217頁。同頁脚注1でも「多くの著作において、必ずしも明確な概念規定はなされていない」と指摘されている。

25) [新・2010] 249頁。

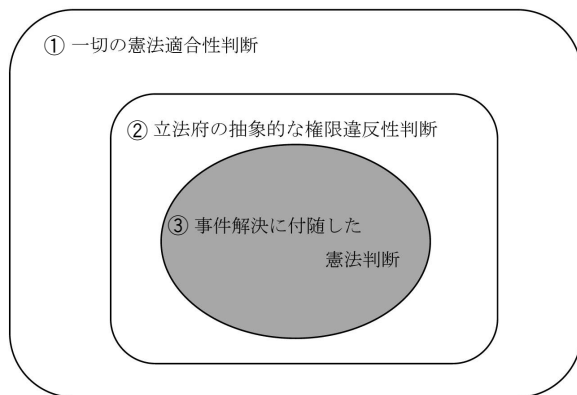
検討したいのは、次の点である。上の文章で下線を引いた作用は、具体的な事件を必要としない憲法裁判所型違憲審査——たとえばドイツの連邦憲法裁判所のなす抽象的規範統制のような——とも共通することが示すように、それ自体の性質としては、立法機関が有する一般的・抽象的な法規範の制定にかかる、権限規範違反性をも意味している。そして学説は一般に、違憲審査の類型には、アメリカ型とドイツ型の二つのモデルがあるとする。そうである以上、違憲審査について、これら類型を包括する定義を採用しているものと思われ、学説の多くの立場は、立法府の立法権限違反性判断を違憲審査の中核的意味とする、上記理解に立っているものと思われる。

また立法府の権限行使たる法律制定は、一般的・抽象的な法規範の制定であり、具体的な個人に対して直接に具体的な影響を及ぼすものであってはならないことは、憲法の要請するところである。典型的には、違憲審査でそのような法律制定における国家の権限規範違反性が問われている²⁶⁾。すなわち、法律そのものとしては、具体的な個人へ、具体的な損害を発生させるものではない。たとえば行政処分のように、法律が執行されて初めて、かかる損害が発生するというのが、基本的な想定である。

そこで、権限規範違反を争う訴訟という限定的な文脈でのみ有効な言い回しであるが、以下では立法府が立法に際して有する権限を「立法府の抽象的な権限」と呼び、具体的な個人との関係で観念しうる「具体的な権限」と対比して捉えたい。具体的な権限とは、たとえば、法律で定められた要件を充たす場合に行政庁が有する、特定の個人に対する規制権限が挙げられよう。そして憲法判断という作用自体は、ドイツの抽象的規範統制がそうであるように、個人の具体的な損害発生を待たずしてなしうる、「立法府の抽象的な権限」違反性を判断することをも含む点に注意を払いたい。

以上により、憲法判断の異なる三つのレベルをベン図で表せば、〔図2〕のようになろう。①立法についての判断のみならず、事実行為を含め一切の国家行為の憲法適合性判断全般を最も外側の集合とするなら、②立法府の抽象的な

26) [新・2010] 198-99頁。



〔図2〕

権限規範違反性判断たる憲法判断が中間の集合となる。この部分集合が、③法律が執行された結果として生起する具体的な事件の解決に付随してなされる憲法判断であり、最も内側の網掛け集合である。

(2) 司法権と違憲審査の関係

法令そのものについての憲法判断という作用の性質自体は、上で論じたように、「立法府の抽象的な権限」規範違反性の判断といえようが、具体的にどのような制度においてこれがなされるかは、憲法・下位法令の制度のつくり依存する。また付随審査制をとるとしても「個人」がその制度にどのような関わりを持つかは、制度及び制度の解釈により幅がある²⁷⁾。

27) たとえば合衆国法典42編1983条は、「憲法及び連邦法によって保護された権利を州法に基づく権限行使であるとの外観の下で剥奪された場合に、連邦裁判所に救済を求めよう」と規定しているが、州法に反して公務員が連邦憲法上の権利を侵害した場合にもこれを用いることができることが連邦最高裁により明らかにされてから(Monroe v. Pape, 365 U.S. 167 [1961]), 1983条を利用した宣言的判決や差止め(あるいは両方)を求める憲法訴訟が数多く提起されるようになってきている。しかしこれは、なぜ事件性を充たすといえるのか。というのもアメリカ合衆国連邦憲法3条2節は「司法権は、次の事件及び争訟に及ぶ」としており、連邦司法権の発動要件として事件性の要件が必要なのである。これは事件性の概念が拡大されて、規範統制自体を事件(紛争)として擬制しているがゆえに憲法上の要件が満たされていると説明されるよりほかないように思われる。だとするとそこでは、個人の訴えは訴訟の切欠以上の積極的意味を持たない位置づけであるといえよう。

わが国では通常、日本国憲法76条の規定する司法権の理解において、司法権行使にあたっての必須要件として「事件性の要件」が挙げられる。すなわち、たとえば、司法権とは「当事者間に、具体的事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基き、一定の争訟手続きによって、紛争解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用²⁸⁾」とされてきたのであった。

では、違憲審査権の行使の際にも、事件性の要件を必要とするのであろうか。「事件性の要件」を司法権発動要件として要求する立場を理論的に首尾一貫させるならば、違憲審査にあたって「事件性の要件」が必要とされることになる。しかし、定義からして「事件性の要件」を満たさない客観訴訟での憲法判断や、「念のため」判決の傍論部分が判例法理とみなされているところなどをみると²⁹⁾、違憲審査権の行使に必ずしも「事件性の要件」を必要とはされていないようにも思われる³⁰⁾。また、学説の中には「事件性の要件」を外し、付随審査制を司法権の行使に付随して違憲審査する型と理解するものもある³¹⁾。

理論的説明はともあれ、現在のところ、判例・学説ともに、具体的事件から独立に憲法判断を下すことに、さして大きな抵抗が表されていない以上³²⁾、

28) 芦部・前掲書(注15)326-27頁。

29) 「念のため」判決として、最大判昭和28・12・23民集7巻13号1561頁〔皇居前広場事件〕、最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁〔朝日訴訟〕など。逆に、事件の解決に必要な場合以外は憲法判断をしてはならないとの立場を示した裁判例として、札幌地判昭和42・3・29下刑集9巻3号359頁〔恵庭事件〕がある。

30) 事件性の要件を満たさない違憲判断(客観訴訟における違憲判断や、後掲(16(3))平成17年判決にあるような憲法判断)に異を唱えないものが大勢を占めている。

31) たとえば、司法権を「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適切な手続の下に、最終的に裁定する作用」とする高橋和之「司法の観念」同『現代立憲主義の制度構想』(有斐閣、2006年)141頁以下、150頁〔初出は「司法の観念」樋口陽一編『講座憲法学第6巻—権力の分立(2)』(日本評論社、1995年)13頁以下〕参照。

32) なお〔新・2010〕241-42頁は、具体的事件から独立に憲法判断をなすことには批判的である。しかし、現実に裁判所が独立に憲法判断をなしている状況を前に、「論理一貫させるならば」「首尾一貫した立場からは、疑問だ」という些か歯切れの悪い言い方をしている。

前掲〔図2〕の中間および外側の集合を、具体的事件から独立に語りうること自体は、確立された法理と理解することができるだろう。つまり、「立法内容の違憲」は訴訟形式とは別に、立法府の抽象的な権限規範違反性につき観念されうるものであり、また判断されうるのである。もっとも、判断できるとはいえ、司法がかかる判断を自己抑制することは、大いにありえ、一般論としていえば、そうすべき場合も多い。

なお、立法府の抽象的な権限規範違反が認められた場合の効果について、ここで一言すると、立法が存在する通常の場合には「無権限＝違憲＝無効」であるところ、不作為の場合は「無権限＝違憲＝違憲判断」として考えておきたい。不作為の状態が憲法の要求する実体的内容に照らして違憲であるならば、すなわち《「権限行使をしないでいること」はできない》ことを意味するのであり、〈不作為＝無権限〉である。「ない」立法の効力を否認することはできないが、実体的に憲法の要請を充たさない場合には、少なくとも違憲判断を示すことができる。確かに、立法の不存在を違憲としたところで、それは違憲を確認するにとどまるわけであるが、立法行為が裁判所の任務ではない以上、裁判所のなしうる最大限ともいえ、広義での違憲判断の効果と理解してもよいものとする。まとめると、以下のとおりである。

立法行為が違憲である場合 → 無権限 = 違憲 = 無効
立法行為の不存在 = 不作為 → 無権限 = 違憲 = 違憲判断

このようにいえるなら、問題は《「ない状態」が違憲であるか》という実体問題にあることになる。この問題は権利の性質にも依存し、自由権の場合は違憲という判断には通常ならないだろうが、他方たとえば実現のために選挙制度を必要とする選挙権の場合は、制度不存在を実体的に判断できるとするのが、判例・通説の立場であるといえる³³⁾。もっとも、同じく制度を必要とする権

33) 選挙権の内容について、詳しくは〔青井・2007〕138頁以下を参照されたい。選挙権につき、かつての通説たる選挙人名簿登載請求権を実体的内容とするならば、現実に投票が可能な制度かどうかは法政策上の問題にとどまる。他方、今日の判例や多く

利であっても、生存権などの場合は、必ずしも実体判断できるとは限らない。

以下、抽象的なレベルでの立法府の権限規範違反性判断たる憲法判断が、具体的な訴訟形式から独立に観念しうることを前提に、国賠請求訴訟という、主として行為規範の領域にある制度の話について議論を進める。

4 国賠法1条1項にいう「違法性」

立法作用は、国賠訴訟の対象としては特殊であることが一般に認められているところであり、まずは国賠訴訟の主たる対象である行政作用の場合を、検討する。

(1) 行政の行為・不作為の場合

I 2で述べたように、判例の立場である職務行為基準説をとるとして、国賠訴訟において権限規範違反たる客観的な法秩序違反性が、そのまま国賠法上の違法を導くわけではない。「職務行為基準説」における国賠法上の違法は、「《国家賠償に値する非難可能性》といった漠然とした概念として捉えられる可能性があり、民法不法行為の実務取り扱いに近似することはありうる³⁴⁾。

しかしながら、通常、職務行為基準説が結果不法説に対置されるものである以上、発生した法益侵害ではなく行政庁に与えられた権限規範が順守されたかどうか、少なくとも一定の重要度を占めるはずである。「国家賠償制度は、行政争訟制度と並び『法律による行政の原理』そして『法治国家』の実現を担保するための制度として位置付けられる³⁵⁾」との指摘や、客観的な違法性へ国賠事件における違法性を合致させることは、「法律による行政の原理の支配する行政過程と国家賠償制度とを整合的に結合し、国家賠償制度の有する違法行為抑止機能を効果的に働かすのに適している³⁶⁾」といった指摘は重要であ

の学説のように、「現実に投票すること」までも選挙権の内容として理解するならば、そのような制度が存在しない場合には、憲法に違反するという判断が可能である。そして実際に平成17年判決では、制度の不存在について違憲という判断がなされたのであった。

34) [神橋・2010] 25頁, 27頁。

35) 藤田・前掲書(注10) 495頁。

ろう。そこで、行政法学説の多くが違法性を一元的に捉えていることも踏まえ、行政庁に与えられた権限という観点から、国賠法上の違法性を考えてみたい。

行政の作為の場合、通常は法令との適合性で違法性が判断されることとなる。たとえば行政処分について考えれば、根拠法令の定める要件が充たされているかどうかで、客観的な違法性が判定される。他方、不作為の場合は——ここでは規制権限の不行使を念頭におくが——、若干話が複雑である。たとえば「△△の場合には○○できる」と、行政に規制権限を付与する規定について、字義通り読むならば、効果裁量が認められている。しかしながら、特定の場合においては作為義務違反が認められるべきということで、学説・判例ともに大まかな一致を見る。

そして作為義務導出の理論構成としては、裁量権零収縮論³⁷⁾、健康権説³⁸⁾、裁量権消極的濫用論³⁹⁾、公権力不発動要件欠如説⁴⁰⁾などが区別しうるところである。なお、最高裁の立場は、行政便宜裁量論を前提として、当該規制権限を定めた法令の趣旨・目的及び当該規制権限の性質を考慮し、また具体的事実関係に即して、当該不行使が便宜裁量として許容される限度を超えて著しく不合理であると認められる場合に限り違法となるとしており、消極的裁量濫用論の立場に近いと考えられている⁴¹⁾。

36) 塩野・前掲書(注11)321頁。

37) 代表的学説として、原田尚彦『行政責任と国民の権利』(弘文堂、1979年)97-98頁。この理論の構造分析として、森田寛二「行政裁量論と解釈作法(下)」判評328号(1986年)14頁以下、同「裁量零収縮論と“結合空間の費消的否定論”」菅野喜八郎=藤田宙靖編『憲法と行政法』(小嶋退職記念)(良書普及会、1987年)789頁以下を参照。判例として、東京高判昭和52・11・17高民30巻4号431頁〔千葉県野犬咬死事件〕、東京地判昭和53・8・3判時899号48頁〔東京スモン訴訟〕、熊本地判昭和62・3・30判時1235号3頁〔熊本水俣病三次訴訟〕など。

38) 佐藤英善「食品・薬品公害をめぐる国の責任2」法時51巻7号(1979年)71頁以下、78頁、下山瑛二『健康権と国の法的責任』(岩波書店、1979年)265頁、三橋良士明「不作為にかかわる賠償責任」雄川一郎=塩野宏=園部逸夫編『現代行政法大系6巻 国家補償』(有斐閣、1983年)151頁以下、171-72頁。

39) 横山匡輝「権限の不行使と国家賠償法上の違法」西村宏一=幾代通=園部逸夫編『国家補償法大系2 国家賠償法の課題』(日本評論社、1987年)127頁以下、144-45頁。

40) 宇賀・前掲書(注10)161-62頁。

41) 最二小判平成元・11・24民集43巻10号1169頁〔京都宅建業者事件〕、最二小判平

しかしいずれの理論構成においても、一般に作為義務が生ずる要件として考慮されることが指摘されるのは、裁量権零収縮論の示した①生命・身体・健康等に対する結果発生の危険の切迫、②予見可能性の存在、③結果回避可能性の存在、④行政庁が権限を行使しなければ結果が回避しえないという補充性、⑤期待可能性の存在といった要件である。これらを「法益の重大性や危険性の程度によって、予見・回避可能性として要求される程度が変動する等、相関的・総合的に判断される判断基準として用いるという点に関しては学説における共通理解があるといつてよい⁴²⁾」とされている。

このように不作為の場合は違法性判断において、予測可能性や結果回避可能性といった過失判断と重なる要素を加味せざるをえず、また、被侵害法益の重要性も考慮されている点において、作為の場合と違った特殊性を帯びている。しかし、規制権限の不作為の事案においても、一定の場合には規制権限が「義務」づけられるという構成になっている点が注目される。単に、結果不法的に「不作為により損害が発生したから」ではなく、ロジックとしては、作為の場合と同様に権限行使にかかわる要件が考えられているのであり、《規制権限を不行使でいることが許されない(=無権限)》⁴³⁾となるのである。だとするな

成7・6・23民集49巻6号1600頁〔クロロキン薬害訴訟〕、最三小判平成16・4・27民集58巻4号1032頁〔筑豊じん肺訴訟〕など。

裁量権消極的濫用論に近い立場とするものとして、篠原勝美・判解・ジュリ953号(1990年)94頁以下〔京都宅建業者事件〕、野呂充・平成16年重判解(ジュリ1291号)46頁以下〔筑豊じん肺国賠訴訟〕。これに対して、判例が「裁量という用語の使用を避けているのは、単なる偶然とも思われず、裁量権収縮の理論や裁量権消極的濫用論のアプローチを採らないという趣旨と解すべき」として、宇賀・前掲書(注10)162頁。

42) 斎藤誠「薬事法制・薬務行政における国家責任の考察—HIV訴訟和解をめぐる」ジュリ1093号(1996年)62頁以下、64頁。

43) もっとも、権限規範違反といっても、現実に第三者に対し損害が発生するからという理由で特別に、規制対象者への作為義務を、構成要件の解釈で導くのであるから、そこで、発生する作為義務は、当該事案限りで有効なアドホックなそれにとどまるはずである。したがって、不作為の場合の権限規範導出は、事柄の性質上、一般化可能な抽象的定型的思考になじまないといふべきであろう。定型的思考へ疑問を呈する論稿として、又坂常人「規制権限の不行使と行政の責任(下)」季刊行政管理研究31号(1985年)3頁以下、7頁、村上義弘「行政権の行使における違法と国家賠償法上の違法—国家賠償法1条の『違法』の意義に関する一考察」西村宏一=幾代通=園部逸夫

ら、ここにいる作為「義務」とは、権限規範の領域の話であり、正確に言えば「作為責務」というべきであろうが、通例に従って作為義務と呼ぶこととする。行政の作為も不作為の場合もいずれにおいても、国賠法上の違法性にとって、行政庁に与えられた権限規範に行政の行為が合致していることが重要であると、以上から確認できよう。その上で、国賠訴訟で問題とされる権限規範の性質について注意を払っておきたい。

規制権限不行使の違法性を論ずる前提としての作為義務について、「法理的機能をやや異にする2つのものを区別することができる⁴⁴⁾」との指摘がある。一つが、「権限規範の行使を一般的に義務付ける」法益保護義務であり、その有無が反射的利益や否やを決する⁴⁵⁾。もう一つが、法益保護義務の存在を前提として、「その義務のいわば具体化として、具体的な事情の下で個別具体的に者に対して行政庁が負うべき権限行使義務を内容とするもの⁴⁶⁾」であり、その成立要件は、「権限行使を授権する法規の構成要件の解釈問題として処理しうる範囲内でたてられるべき⁴⁷⁾」ものである、と。

この区別は作為の場合にも——規制権限の不行使の場合と違って前面に現れるものではないにしても——、基本的に妥当し、行政機関の権限行使をめぐるのは抽象度の異なる次元を想定しうるように思う。組織法上の根拠という次元と、行政機関の行動を一般的に指示する根拠規範の次元、さらにそれを具体的な状況において当てはめる次元である。

そして、ある状況において組織法上の根拠や根拠規範の有無を客観的に判断しようとしたときに、ポイントとなるのは、国賠訴訟という事後的な損害の填補という訴訟形式を用いる以上は、具体的な者に対する具体的な権限規範違反性が必要である点である。すなわち、国賠法とは現実^に生じた損害の填補を

編『国家補償法大系2 国家賠償法の課題』（日本評論社、1987年）95頁以下、111頁、山本隆司・判批・法協122巻6号（2005年）1092頁以下、1115-16頁〔筑豊じん肺訴訟〕、横山・前掲論文（注39）144-45頁など。

44) 又坂・前掲論文（注43）6頁。

45) 又坂・前掲論文（注43）6頁。

46) 又坂・前掲論文（注43）6頁。

47) 又坂・前掲論文（注43）7頁。

的とする訴訟形式であるから、無権限な国家行為の効力を否認する権限たる訴権は、具体的な権限違反を訴える個人が裁判上持つはずである。客観的な法秩序違反が一般的に判断可能であること（一般的な法益保護義務）は、当該事件において、彼／彼女に対する権限の行使（不行使）が無権限（違法）であることを、直接に導くわけではないのだ。

以上により、国賠法上の違法について、(i)行政庁の権限規範違反性が重要であること、また(ii)国賠訴訟というルートを使う以上は、具体的な権限規範違反性が必要であることを、検討の結果として抽出したい。これらを立法行為の国賠法上の違法性を考える上での参照点とする。

（２）立法行為の場合

尾吹善人はH.ケルゼンの理論を参照して、立法行為を国賠で争う可能性を一貫して否定していた。「立法義務」なる概念は、制裁を結びつけることが殆ど不可能であるから存在しえず、したがって基本権は、強制という契機によって立法を義務付ける「行為規範」なのではない。立法権を立法府に授権する「授権規範」であるからだ、との理由による⁴⁸⁾。

これについて、尾吹に理論的支柱を与えたケルゼンの議論を考察して新正幸は、「国家賠償制度の憲法上の確立により『国家の義務』は否定しえないものとなったから」、「現代の法理論としては、貫徹しえない」と指摘する⁴⁹⁾。その結果、ケルゼンや尾吹らによって否定された行為規範の様相において基本権を構成する理論的可能性が肯定されることになり、基本権には行為規範と権限規範との、二重の法的性質が認められるとする⁵⁰⁾。しかしながら、国家賠償

48) 尾吹善人『日本憲法 一学説と判例』（木鐸社、1990年）357-60頁、同「憲法規範の変性？」新正幸=鈴木法日兄編『憲法制定と変動の法理』（木鐸社、1991年）383頁以下、特に403-08頁〔同『憲法の基礎理論と解釈』（信山社、2007年）428頁以下に再録〕。なお、木村将成「憲法の『行為規範』化か—『立法不作為』を認容した最近の裁判例について」日本大学大学院法学研究年報36号（2006年）23頁以下も参照。

49) 〔新・2010〕307頁。

50) 〔新・2010〕307頁。

は「原則として、憲法的自由を侵害する行政権・司法権の行使についてのみ妥当する」ものであり、「原則として、立法権に対しては、妥当しない⁵¹⁾」とするのである。その理由は、「法律は、原則として一般的・抽象的法規範であるべく、特定個人に対する具体的な『処分』であってはならないことは憲法上の要請であるから、立法機関が立法権の行使について国民に対して負う義務は、国民全体に対する政治的責任であって、個々の国民に対して負う職務上の義務ではないからである⁵²⁾」,と⁵³⁾。

たしかに、先にも述べたように、法律それ自体は、具体的な個人へ具体的な損害を発生させるものではなく、たとえば行政処分のように、法律が執行されて初めて、かかる損害が発生するというのが基本的想定である。行政処分をなした公務員について、それによる「具体的な損害」を被った個人への国賠責任は、この基本的な想定内で説明がつく。I 2で論じたように、それは具体的な法益侵害を受けた個人との関係で無権限の国家行為であるために、効力が否定されなければならない、またそれについて国が責任を負うことになっているのだ。

そこで次に立法行為について考えるに、具体的な個人との関係では、立法府は立法するについて責務を何ら負っているものとはいえない。とするなら、具体的な権限規範違反性を引き出し得ず、立法府について作為義務を想定することはできないというべきである。したがって、立法行為について国に損害賠償を求めることは、本来、理屈に合うものではないだろう。

実際のところ、これまでも国賠訴訟が立法不作為の違憲を争う受け皿としてそもそも適当であるかについては、夙に疑問が呈されてきている⁵⁴⁾。しかし、

51) [新・2005] 163頁。

52) [新・2005] 163頁。

53) 「法律の一般性・抽象性という憲法上の原則に対する例外として、個別法律ないし措置法律(処分的法律)が認められるなら可能かもしれないが」ということが留保されている。[新・2010] 307頁。

54) 今後にかかわる立法論的検討として、宇賀・前掲書(注10)112頁以下がある。また、塩野・前掲書(注11)322頁でも、「今後の立法政策との関係でいえば、国会議員の立法作用、裁判官の裁判作用等について一般的に国家賠償法を適用するという現行法制そのものの妥当性も考慮されねばならない」とされている。

わが国では憲法判断を裁判所から引き出す訴訟形式が限定的にとどまっているため、特に、法の不存在（あるいは不十分な立法）の違憲を訴えるために、国賠訴訟の「活用」が試みられてきたのである。すなわち、立法不作為を争う違憲国賠訴訟が、国賠訴訟本来の目的というよりも、違法性判断の中で裁判所から違憲判断を得るといふ、一種の違憲確認の目的で用いることが試みられてきたのだ。

5 違憲確認訴訟の受け皿？

そのような「受け皿」機能を、どう評価したらよいか。これを考える際に留意すべきこととして、第一に、憲法訴訟としてみる場合、立法行為が国賠法上「違法」であったという認定がなされるよりも、「違憲」という判断が下されるかどうかの方が重要である。たとえば、(i) 違憲であり違法だが過失なしとされるのと、(ii) 違法性なし（憲法判断されず）とでは、全く意味が異なる。すなわち、両者とも請求が棄却される点では同じであるが、(i) では違憲判断が下されているのであり、賠償責任が生じないだけで、憲法訴訟としては一定の効果を有している。個別事案における賠償責任の有無という点からみれば、「過失という枠組みか違法性という枠組みか、いずれで判断するのが国家賠償法や行政法の体系上妥当かの認識の違いによる⁵⁵⁾」のであり、大きな違いはない。しかしながら、憲法訴訟という観点からみるに、違法性の要件でいかなる判断がなされるかは決定的に重要なのである。

第二に、金銭賠償は、損害が生じてしまった後にその損害を填補する救済手段であり、憲法上の権利についていえば、多くの場合で必ずしも最善の結果を齎すものではない。たとえば広く知られているように、アメリカ合衆国の場合、憲法上の権利の救済に際しては、事前的な救済手段であるインジャンクションや宣言判決が求められることが多い⁵⁶⁾。そこで国賠を違憲確認として用いる

55) 北村和生「国家補償の概念と国家賠償法における違法性」公法研究67号（2005年）252頁以下、260頁。

56) 憲法上の権利とインジャンクションの利用について、たとえば、DOUGLAS LAYCOCK, THE DEATH OF THE IRREPARABLE INJURY RULE (1991), 青井未帆「憲法上の権利の司法的

ことについては、救済手段の適切性という観点からの批判的な指摘がなされてきている。たとえば平成17年判決の国賠請求に関する判示に対する泉徳治反対意見では、次のように述べられていた。

「上告人らの上記精神的苦痛は国家賠償法による金銭賠償になじまないもので、本件選挙当時の公職選挙法の合憲・違憲について判断するまでもなく、上告人らの国家賠償請求は理由がないものとして棄却すべきであると考える」。そもそも「本件国家賠償請求は、金銭賠償を得ることを本来の目的とするものではなく」、国家賠償請求は「選挙権回復の方法としては迂遠」である。選挙権が行使できなかったことによる「上告人らの精神的苦痛は、金銭で評価することが困難」である、と⁵⁷⁾。

また、学説においても、「訴訟の主目的が損害の補填、しかも金銭的補填であることは、憲法価値の実現ないし憲法秩序の形成と合致しないものといわざるを得ない⁵⁸⁾」との指摘がなされている。また、権利の裁判的救済の実効性という観点からの疑問として、「救済の実効性は、侵害される実体的権利・利益の内容を無視しては語れない」ため、「国賠法上の違法性の評価を導き出すために、公権力の行使の違憲性が主張され、違憲とされても損害賠償という金銭の支払いで権利保護を実現する手法として、そのような手法が権利救済の実効性を有するものか否かを検討することも必要となろう」との指摘もある⁵⁹⁾。

救済—インジャンクション類似的救済手段利用に向けて予備的考察」本郷法政紀要7号(1998年)33頁以下参照。なお本稿脚注27も参照。

57) なおこの見解に対しては福田博補足意見が、「選挙後帰国してしまった人々に対しては、心情的満足感を除けば、金銭賠償しか救済の途がない」とし、金銭賠償による救済の必要性を述べ、賠償金が税金から支払われることが国民に広く知らしめられる点は大きな意味を持つとしている(最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁)。

58) 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』(有斐閣, 2008年)150頁。

59) 井上典之「実効的な権利保障」小山剛=駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂, 2005年)238頁以下, 246-47頁。他にも、三浦一郎「立法不作為と国家賠償」後藤光男編『憲法と行政救済法』(成文堂, 2002年)147頁以下, 149頁など。また、平成17年判決につき、「選挙権の行使が本来の目的であり金銭的评价になじみにくい本件のような場合には、確認請求の認容だけで十分であったように思える」という指摘として、米沢広一「在外選挙権と立法不作為」ジュリ1313号(平成17年度重判解)(2006年)7

第三に、そもそも立法行為を国賠で争うことができるのかという論点を措いたとしても、更に問題がある。というのも、この訴訟形式を用いるならば、何らかの損害が認められる限り訴訟要件を充たしやすい構造であるからだ⁶⁰⁾。これはすなわち、既存の訴訟要件のレベルで適切に憲法的争点の限定ができないという問題を孕んでいることを意味している。その結果として、全ての立法について、立法行為の違憲・違法性を争う手段にもなりかねないわけである⁶¹⁾。

国賠法で立法行為の憲法適合性を問うるとすれば、精神的損害を訴えることにより、しいては全ての立法の違憲審査が可能となり、「実質的に抽象的違憲審査を認めることになってしまわないか」⁶²⁾ という懸念である。付随審査制を前提にした場合、国賠訴訟という形式を用いて、実質として違憲確認訴訟を無限定に起こせることは、到底、妥当とはいえない。

そこで、一つの考え方は、この国賠ルートによる訴訟提起を認めないというものである。すぐ後ろで詳しく扱う、この種の問題についてのリーディング・ケースである昭和60年判決、すなわち在宅投票制度の廃止に関わり国会議員の責任が追及された訴訟の最高裁判決は、この考え方をとっているというのが、——少なくとも平成17年判決以前において——一般的な理解であったろう⁶³⁾。平成17年判決は、しかし、このルートを、少なくとも在外邦人の選挙権剥奪という事例において、肯定したのであった。

そのほかに利用可能なルートはどうかであろうか。平成16年の行政事件訴訟

頁以下、8頁。

60) 古崎慶長「立法活動と国家賠償責任」判時1116号(1984年)15頁以下、20頁、戸波・前掲論文(注17)378頁など。

61) 棟居快行は、このような「違憲国賠訴訟」を、「従来型訴訟の枠組みに止まりながら、実質的には現代型訴訟の機能を果たしうるもの」と位置づけている。『憲法学再論』(信山社、2001年)463頁(初出「現代型訴訟としての違憲国賠訴訟」神戸法学雑誌44巻4号(1995年))。

62) 下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房、1973年)123頁、野中俊彦=江橋崇=浦部法穂=戸波江二『【ゼミナール】憲法裁判』(日本評論社、1986年)(戸波江二発言)246頁。

63) たとえば、芦部・前掲書(注15)375頁(「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほど厳しい制約を課した」)。

法改正を受けて、平成17年判決によって確認訴訟の可能性が拓かれてはいる⁶⁴⁾。それでも、総じて、わが国において憲法上の権利の救済に用いることのできる訴訟のルートというのは極めて貧困な状態にあり、国賠訴訟の重要性はなお高いといわざるをえない⁶⁵⁾。したがって、このルートをうまく活用する途を探ることも必要ではないかと考える。

そして、そのような理解として最高裁の判例は、国賠訴訟を違憲確認として用いる場合を、制限的に肯定したものと整合的に読むことができる。すなわち、「違憲判断をなしえ、なすことが適当である場合に国賠法上違法となる」という《違憲判断を裁判所が示すことを限定するルール》を明らかにしているものである、と。次に、この点について論ずる。

6 判例法理

(1) 在宅投票事件最高裁判決

昭和60年判決は、次のように議論を展開していた。

(イ)「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときは、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。」

(ロ)「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であっ

64) 改正行訴法4条「公法上の法律関係に関する確認の訴え」につき、たとえば中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性—改正行政事件訴訟法の理論的インパクト」民商130巻6号(2004年)963頁以下参照。

65) 選挙権の司法的な救済という問題においても第一人者として重要な問題提起をなしてきた野中俊彦は、確認訴訟の可能性を前に、「私見では、従来、違憲を争う適切な訴訟手続が見つけにくく国家賠償請求訴訟がいわば最後の違憲確認訴訟の代替物になり得たという意義をより大事にしたい」と述べている。「在外選挙制一部違憲判決の意義と問題点」ジュリ1303号(2005年)18頁以下、23頁。

て、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、①仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

(ハ)「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制の対象になじま」ない。

(ニ)「国会議員は、立法に関しては、原則として、②国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、③立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

(段落番号、下線及び数字は引用者)

これは、職務行為基準説をとり(判旨(イ))、違法性相対説をとるもの(判旨(ロ))と一般に理解されている。本稿は先に述べたように、立法作用を行政作用と並列に並べることへは否定的である。その理由を繰り返せば、立法行為についての客観的法秩序違反性とは、違憲という判断のことを意味するが、行政活動の法律適合性と法律の憲法適合性とは、質的に相違しているため、違憲でありながら違法とされないのは、極めて特殊な場合に限られるべきと考えるからだ。

そこで、この判決は立法作用について、次のようなルールを明らかにしているものと理解したい。すなわち、昭和60年判決は、《違憲＝違法》というロジックを前提とした《違憲判断「限定」の試み》であり、立法行為の特殊性に鑑み、「立法内容が違憲であり、その判断を司法府が表明するに適しているならば、国賠法上の違法とする」というルールである。立法作用の場合、違法性判断をなすには、「公務員として職務上尽くすべき注意義務」には還元しえない考慮要素も必然的に含まざるをえないものと思われ、かかる意味において、同じ職務行為基準説という位置づけをするとしても、立法作用と行政作用におい

て別の考慮が必要なのである。

以下、判例の示すルールが、立法行為について、「違憲判断をなしうる場合に違法となる」という理解を詳説する。

(2) 違憲判断限定のルール

昭和60年判決が、違憲判断を「限定」する試みであるとは、こうである。

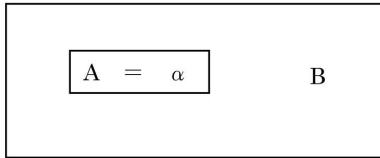
I 6 (1) で引用した昭和60年判決の下線①及び②は、国賠法上の違法性判断の対象として、違憲判断をなしうる事件を絞ったものと理解できる。注目したいのは、「立法内容の違憲」と「国賠法上の違法」が分離されているとはいえ、実は、違憲判断をして法的責任を問う場合を、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」に限ることにより、「違憲→違法」という繋がりが維持されている点である。この判決の論理からいえば、限定的に違法の評価を受ける場合であるところの、「憲法の一義的な文言に違反している」という立法内容の違憲性が存在する場合にのみ、政治責任のみが問われる状況(下線②)から法的責任が問いうる状況へと変化するのであり、そのような場合以外は司法が扱いうる領域の外にある。

まとめれば、昭和60年判決のいう「違憲」とは、次の二つの場合である。

- (i) [A : 立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているという違憲] = [法的責任を問いうる違憲] = 「 α : 国賠法上の違法」
- (ii) [B : (i)以外の政治責任しか負わない違憲] = [国賠法上違法ではなく、違憲判断も表に現れない]

すなわち、「 $A + B =$ 立法内容の違憲」であり、A、Bと α は分離されているが、 $A = \alpha$ (違憲=違法)である(下図〔図3〕参照)。

昭和60年判決において、上記のように分けられていた理由を本稿では、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」場合に、国賠訴訟のルートによる違憲という憲法判断を限定する趣旨と理解する。《違憲=違法》を維持したまま、「法的責任を問いうる違憲」という間口を狭めたのである⁶⁶⁾。



【図3】

昭和60年判決では、重度身障者が投票権を行使しようとする在宅投票制度の不存在について、実体判断がなされなかったのであるが、これはそもそも制度を用意していない公職選挙法（以下、公選法とする）それ自体が選挙権を侵害し違憲であるとは、必ずしも捉えられていなかったためと理解することもできる⁶⁷⁾。とすると、実体的に選挙権の内容が拡張されて、制度の不存在が違憲となるならば、法的責任を問いうる「違憲＝違法」として、違憲判断が表に現れる可能性も出てくるはずであり、次に見るように実際に、平成17年判決では違憲判断が下されたのである。

さて、本判決から読みとれるのは、違憲判断が表に現れることを限定する姿勢だけであり、《いかなる場合に違憲判断が可能か》という問題は残されてい

66) このように理解するとしても、昭和60年判決は違憲判断の機会の限定が極端に狭いため、実態は憲法判断の「回避」というべきではある。棟居快行は、「例外的な場合にのみ憲法適合性が違法性と結びつく」ことによる、「本件立法行為の内容に関する憲法判断を回避するテクニックとして機能している」と指摘している。棟居快行・判評330号（判時1194号）（1986年）40頁以下、42頁（昭和60年判決評釈）。しかし、本稿では配慮自体の妥当性を認めるため、敢えて限定という言葉を用いた。

なお、昭和60年判決の違憲判断の限定の狭さを乗り越えようとした下級審判例として、たとえば、山口地下関支判平成10・4・27判時1642号24頁〔関釜訴訟〕、熊本地判平成13・5・11判時1748号30頁〔ハンセン病熊本訴訟〕、東京地判平成14・11・28判タ1114号93頁〔ALS訴訟〕、新潟地判平成16・10・28賃金と社会保障1382号46頁〔学生無年金障害者訴訟〕、広島地判平成17・3・3判タ1187号165頁〔学生無年金障害者訴訟〕などがある。

67) 野中俊彦＝浦部法穂『憲法の解釈Ⅱ 人権』（三省堂、1990年）「最高裁は、投票権の侵害はないという前提に立って、損害賠償を否定しました（258頁・野中発言）」、「在宅投票の場合には、投票権が憲法上保障されているという前提に立てば、その不存在によって、身障者等の投票権が侵害されていることとなります。しかも具体的な侵害です。その侵害を認めないということは、投票権は憲法上保障された権利ではないということとなります（259頁・浦部発言）」。

る。この点について答えたものとして、平成17年判決と精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決(以下、平成18年判決とする)⁶⁸⁾を読むこととしたい。

(3) 在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決

在外邦人が選挙権を実際に行使し得る制度が存在しなかったことについて国会議員の責任が問われた在外邦人選挙権剥奪訴訟で最高裁は、国賠法1条1項の違法性につき、次のように判示した。

(イ)「国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

(ロ)「しかしながら、①立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、②国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

(ハ) 昭和60年判決は「以上と異なる趣旨をいうものではない。」

(段落番号、下線及び数字は引用者)

本判決は昭和60年判決を、事実上「緩和したもの」⁶⁹⁾、「変更したもの」⁷⁰⁾

68) 最一小判平成18・7・13判時1946号41頁。

69) たとえば、北村和生「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」ジュリ1303号(2005年)25頁以下、27頁、野坂泰司「在外日本国民の選挙権—在外選挙権訴訟違憲判決」法教315号(2006年)77頁以下、88頁など。

という位置づけが、一般的になされている。しかし、平成17年判決の判旨（ハ）に引用した通り、昭和60年判決とは「異なる」とある以上は、二つの判決の連続的な理解が試みられるべきであろう。そこで、昭和60年判決との違いよりもむしろ、I（2）で述べたロジックを維持した上で、違憲判断を表に出す例外的な場合について述べている点に注目したい。

平成17年判決が、公選法の違法確認の請求、国賠請求といった個別の請求についての判断に先だて、選挙権が制限されていることの憲法適合性判断をなしていることから分かるように、憲法の要請に照らして「立法府の抽象的な権限」違反性は判断可能なのである（I3参照）。そこで、平成17年判決の意義は、昭和60年判決を更に展開して、違憲判断が裁判所によって明示的になされて国賠法上違法となるのは、上記判旨（ロ）における下線①と②の場合であることを明らかにしたところにある、と理解したい。すなわち、違憲という憲法判断をいつ表に出すかは裁判官の裁量であるが、この裁量にかかわるルールが下線①と②である。

本件についていえば、「在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当た」とされたのだった。

ところで本判決では、在外国民の選挙権の行使を制限することについて、違憲という判断が示されており、本稿が注目しているところの、違憲判断を「限定」する仕組みという点でいえば、次に扱う憲法判断を示さなかった平成18年判決の方が、より興味深い。

（4）精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決

70) たとえば、小山剛・受新659号（2006年）20頁以下、20頁、内藤光博「立法不作為に対する違憲判断の新しい基準—在外選挙権訴訟大法廷判決」専修ロージャーナル1号（2006年）147頁以下、158頁など。

本判決は平成17年判決の違法性に関する判示を参照し、精神的原因によって投票所において選挙権を行使しえない場合にも、国には所要の措置を執るべき責務があるとする。

しかしながら、上記平成17年判決判旨(ロ)下線①と少なくとも何らかの関係がある言明として、(i)「身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではない」ことを述べ、また下線②に係ることとして、(ii)「少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取り上げられる契機があったとは認められない」ことを指摘するのである。

そして、「選挙権行使の機会を確保するための立法措置については、今後国会において十分な検討がされるべきものであるが」、「所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などに当たるということはできない」ため、平成17年判決の示した例外的に違法という評価を受ける場合ではないとされたのであった。

本判決でも、平成17年判決と同じく、投票を可能とするような立法措置自体は憲法上の要請と考えられているのであり、この点だけからすれば、抽象的に公選法の憲法適合性判断は「可能」である。実際に、泉徳治補足意見は「憲法に反する状態にあった」と述べている。

その上で、上述の(i)(ii)から考えるに、法廷意見においては、どのような制度が可能であるかが一見して明白ではない現状において、裁判所が憲法判断をなすのは時期尚早であるとの判断をして、憲法判断には踏み込まなかったものとする。

つまり、平成17年判決の示した、国賠訴訟で違憲判断をいつ表に出すかという裁判官の裁量に係るルールの判断において、《憲法判断に踏み込むか否か》につき、憲法判断をなすに十分に機が熟しているかを判断のポイントとしたのである。この点につき項を改めて扱う。

7 「憲法判断が可能であること」と「いつ憲法判断をするのが適当であるか」

いかなる場合に裁判所は憲法判断を回避せずに踏み込むのが適当であるかを、本稿筆者は「憲法判断に踏み込む要件」と呼んでいるが、これ自体は、訴訟形式には依存しない独立の概念というべきである⁷¹⁾。本稿でこれまで述べてきたところの、立法不作為を争う国賠訴訟における違憲判断の「限定」の仕組みは、これの国賠訴訟における現れと理解することができる⁷²⁾。

「客観的な合憲性についての判断及びその要件」と、「判断をするか否かにかかわる要件」は、少なくとも「立法不作為」を論じる際に、従来、概念的に区別されてきたと言い難いが、これらは区別されるべきであり、違憲判断をなすに当たっての立法府への謙讓などの考慮は、後者にかかわる問題である。

憲法訴訟としての国賠訴訟では、違法性要件の中で、憲法判断に踏み込むことの適当性が考慮されることになる。そこでまず、立法行為への国賠請求の違法性判断の基準について見てみると、昭和60年判決前に下級審判例のとりどころは次のようであった⁷³⁾。また、これらは学説においても、基本的に受け

71) なお、君塚正臣は、一般的な事件争訟性（司法の問題として裁判所が取り上げる要件）とは区別して「憲法事件争訟性（裁判所が具体的事件の審理の中で憲法判断を行う要件）」という概念を立てている。君塚正臣「最高裁は違憲の法律を消せるか—憲法訴訟・憲法保障」君塚正臣=藤井樹也=毛利透『VIRTUAL憲法』（悠々社、2005年）173頁以下、178-79頁、同「裁判所」川岸令和他『憲法〔新版〕』（青林書院、2005年）287頁以下、312頁。

72) ところで、本節で示す論理は、「違憲審査の問口の問題と実体判断のあり方の問題」（佐藤・前掲書（注16）337頁）を分けて考えている（なお佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）246-47頁も参照）。これらを別に考える指摘として他にも、たとえば駒村圭吾「違憲審査制の類型」加藤一彦=只野雅人編『現代憲法入門ゼミ50選』（北樹出版、2005年）289頁以下、293頁。（「違憲審査とは、国家行為の正当性を多数決民主主義とは異なる原理で統制しようとするアイデアであり、司法権固有の任務とは別次元の仕組みである」）、戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」曹時51巻5号（1999年）1頁以下、26頁（「違憲審査の観念は、事件性を内実とする司法権の観念とは切り離して把握できるし、また、すべきものであるように思われる」）がある。

73) 大藤敏「議員定数は正の遅延」村重慶一編『裁判実務大系18 国家賠償訴訟』（青林書院、1987年）257頁以下、268頁。なお、関釜訴訟地裁判決（山口地下関支判平

入れられている⁷⁴⁾。

- (a) 立法行為に係る権利が、憲法上保障された重要な権利であること。
- (b) 立法行為が、個人の具体的な権利利益に法律上の影響を及ぼす処分的性格を有する権利に係るものであること。
- (c) 立法行為が立法裁量の範囲を逸脱・濫用して著しく合理性を欠き、あるいは立法行為の違憲性が明白であること。
- (d) 立法に要する合理的期間ないし相当期間が徒過していること。

ここではこれら要件の妥当性について検討することなく、沿って考えるに、(a)(b)(c)が、先述した「違憲と判断できるかどうか」にかかわり、(d)が「憲法判断をなすべきか」に係わるといえる(前掲〔図3〕も参照)。前者については検討を終えているとして、(d)に注目する。これは、「憲法上の要請である立法がなされていない客観的に違憲な状態だが、合理的期間の間は違憲と判断することを留保する」という意味であり、いわば憲法判断を下すに十分なほどに、機が熟していることを要求する。

そこで平成18年判決に戻ると、そこでなされたのは、精神的原因による投票困難者が投票をなす制度の設営をめぐることは、判断をなすに当たり、機が充分には成熟していないという判断であり、したがって抽象的には可能でありながら、憲法判断が回避されたのだといえる。

10・4・27判時1642号24頁)は、昭和60年判決の「例外的な場合」につき、「立法不作為に関する限り、これが日本国憲法秩序の根幹の価値に関わる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができるものと解する」とし、国賠法上違法とされる要件として次の4つを挙げた。①人権侵害の重大性、②救済の高度の必要性、③立法課題としての明確性、④合理的是正期間の経過である。

- 74) たとえば、佐藤幸治の挙げる国賠訴訟が適法に提起される要件は、「①憲法規範上一定内容の立法をしない義務ないし立法義務が明確であって、②憲法に違反する立法行為ないし違憲状態を放置する立法不作為が国民の具体的権利に直接影響を及ぼす処分的性格をもち、③そのような立法行為ないし立法不作為と損害との間に具体的・実質的な関連性が認められることが必要であり、④立法不作為の場合には、さらに、……違憲状態の放置ということだけではならず、一定の『合理的期間』の経過という要素が必要となる」、である。佐藤・前掲書(注16)350頁。

8 検討

(1) 立法行為を国賠法で争うことの可能性

以上をまとめて、検討する。行政の規制権限行使の場合も、原告個人との関係での具体的な権限行使における規範がある場合に初めて、国賠法上の責任が発生するのであった。他方、立法についてみるに、憲法に適合した立法をなすことが、立法府に与えられた権限であるが、それは立法府の有する「抽象的な立法権限」ととどまる。前述の通り、《立法府の行為という公権力の行使の違法性》につき、賠償責任発生に必要な、原告個人との関係での「具体的な権限規範違反性」を観念しうることは、そもそも難しいと言わざるを得まい。

実際のところ、上記で挙げた判例に引いた下線部分はいずれも、具体的な個人との関係で立法責務を語っているというよりむしろ、立法府の有する抽象的な立法権限について述べているように見える。

すなわち、平成17判決の違法性要件についてみるに、下線②は実体的な憲法上の権利の要求する内容を指して、詳論しているものと読むことができる。自由権などの、制度を前提とせずとも成立する権利は、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」かどうかを、立法もしくは立法のない状態に照らして抽象的な判断が可能であろう。また、制度を前提とする権利については、権利の実体的意味内容によっては、「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白」かどうか判断可能である。

したがって、仮に平成17年判決判旨（ロ）の下線における「国民」を「原告ら」と読むとしても、行政の規制権限行使責務と同じようなレベルでの、個別具体的な憲法上の立法責務を認めるに足る特別な理由は何ら述べられておらず、そこに示されているのは、「国民一般に対する抽象的な立法責務に関する議論」と解さざるをえないだろう。だとするならば、立法府の抽象的な権限違反性が、なにゆえにその下線①②の場合に国賠法上違法となるのかについての理論的な説明にはなっておらず、最高裁の議論は難を抱えている。

「立法行為の違憲性」, すなわち具体的な権限違反としての違憲なるもの, およびそれを前提とした行為規範違反性=国賠法上違法, を観念するのは, ほぼ無理であると言わざるをえないように思われる⁷⁵⁾。したがって不法行為法としての国賠請求訴訟という本来的用法においていえば, 立法行為は原則として対象にはなりえないことになるう。

(2) 立法府の抽象的な権限規範違反性判断

さて, 違憲審査権の行使に当たり, 事件性の要件を必要とする立場に立つならば, 「立法行為の違憲性 (=国賠法上違法)」がそもそも問い得ない以上は, 立法行為の国賠対象性が否定されたならば, 議論は終わることとなる。別途, 立法内容 (不存在) の客観的な憲法適合性を論ずる余地はないのであり, 上記の立場を厳格に守るならば, これを論じてはならないはずである⁷⁶⁾。

しかしながら, 先に述べたように, 現在のわが国で, 違憲審査権の行使は, 具体的な事件と厳密に結びつけられているわけではないのであり, 立法あるいは立法の不存在につき, 立法府に与えられた権限に照らして, その規範違反性を裁判所が判断することについて, 可能性を追求しうるものとする。

実際に, 裁判所は国賠法上の違法性とは別に, 違憲判断を下しているのであり⁷⁷⁾, 誰もそれを現実に止めることはできない。憲法上の訴えを提起する訴訟形式が貧困なわが国においては, 本来的用法における国賠訴訟ではなく, 抽象的な権限規範違反性についての判断を表に出すための憲法訴訟の形式として, 割り切って, 国賠訴訟の政策的利用可能性を認め, 同時に批判的検討のための枠組みを模索することも, 必要であろう。つまり, 実質的な違憲確認訴訟である。

75) もっとも, 具体的な立法責務を語りうる特殊例外的な場合は別である。

76) たとえば尾吹善人は一貫して憲法適合性判断の話に足を踏み入れなかった。たとえば, 尾吹・前掲書 (注48) [『日本憲法』] 358-60頁。

77) 東京地判平成14・11・28判タ1114号93頁 [ALS訴訟], 大阪高判平成4・7・30判時1434号38頁 [大阪靖国訴訟], 福岡地判平成16・4・7判時1859号76頁 [九州靖国訴訟], 名古屋高判平成20・4・17判時2056号74頁 [自衛隊イラク派兵違憲訴訟]。

(3) 「立法内容の違憲」と「国賠法上の違法」の区別

実際のところ最高裁判例も、上に（I 6）引用した箇所から明らかなように、「立法内容の違憲」と「国賠法上の違法」を区別している。そして注目されるのは、この区別を前提とする判断手法として、平成17年判決が個々の請求に対する判断に先立って、独立に違憲判断をなしていた点である。すなわち、「在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性」において、次のような判断が示されたのだった。

在外国民は「そのままでは選挙権を行使することができないが、憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく、国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があるのであって、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不可能いし著しく困難であると認められる場合に限り」、例外的に選挙権またはその行使への制限が許される、と。

つまり、《選挙権行使＝投票》を可能にするような制度構築がなされることを、憲法上の要請と解しているのだ。

その上で、本件改正前の公選法の憲法適合性判断として、「本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったこと」は違憲であり、本件改正後の判断としても、「遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということはず」、公選法附則8項の規定のうち対象選挙を限定している部分は違憲（憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書）である、とした。すなわち、平成17年判決は、憲法判断を独立にしたとはいえ、その場合が、「違憲であり国賠法上も違法」、と平仄が合っていたことに注意を払いたい。

(4) 憲法判断が一定の場合には要請されていること

判例によって、立法内容（立法の不存在）の違憲が国賠法上の違法性とは別に、

語られているのはなぜか。それは、立法府の抽象的な権限規範違反性を裁判所が判断することが、一定の場合に「求められて」いることを反映しているのではないか。社会における裁判所の役割を、どう解すべきかには複数の立場があるだろうが、裁判所と市民や政治部門等との間のダイナミックな相互作用が、憲法秩序の形成維持にとって重要であり、一定の場合には客観的な憲法秩序が維持されることを、裁判所の役割として求めるのは、「市民の感覚」に沿うものでもあると思われる。この点につき、公法学会第73回大会の第2部会における杉原則彦東京地裁判事の発言は示唆に富む。杉原判事は平成17年判決に調査官として関わったが、当該判決が出されるに至った背景には、国民の重要な権利の侵害が放置されてはならないという強く固い最高裁判事の信念と、それに基づく調査官への指示があったとのことである⁷⁸⁾。

すなわち、杉原調査官が当初提出した調査報告書記載の結論は、「憲法問題については違憲の疑いがあるとしつつも、本件各確認請求の適法性等については問題がある」とするものであったところ、主任裁判官から次のような内容の再調査指示があったという。

「このように重要な憲法上の問題がある事件が最高裁に上がってきているのに、憲法判断をしないで処理してしまうのは全く不適切である。きちんと憲法判断をすることができるように、知恵を出せ」と。

興味をそそられるのは、《違憲という実体判断が所与であり、それを捨て置けないから理屈を立てた》という点である。

かかる見地から、国会議員の立法における責任を問うことが孕む理論的な困難をおして、平成17年判決の判旨(ロ)における下線①②という一定の場合(「違憲判断をなすべき」場合)には、原告との関係で行為規範が存するものと、高次の法的見地より政策的にみなし、国賠法を用いて違憲判断を表すルートが確

78) 以下の記述は、学会での杉原報告及びこれを活字化した杉原則彦「活性化する憲法・行政訴訟の現状」公法研究71号(2009年)196頁以下、197頁に基づく。

保されているものと理解したい⁷⁹⁾。

小括

繰り返しになるが、国賠訴訟という形式が、立法不作為の違憲を争う受け皿として適当であるかには、疑問の余地がある。目下の状況は「立法行為や司法行為をも一律の要件で扱っているという点から出発せざるを得ず、そのため特に『違法』要件に様々な問題が投げ込まれて、いわば過重な負担に喘いでいるという印象を受ける⁸⁰⁾」との指摘もなされている⁸¹⁾。

それでも救済手段の貧困な現状にあっては、国賠訴訟というルートを最大限に活用する途を探らなければならないと思われる。であるがゆえに、実際に金銭賠償という救済手段の有する法秩序維持機能を最大限に発揮させる理論的道筋が、判例により開拓されたのだと理解したい⁸²⁾。本章で論じた違憲判断を限定するルールは、こうであった。

立法行為が違憲であるとの主張がなされる国賠訴訟において、それが(i)実体的に違憲と判断でき、(ii)違憲判断を裁判所が表明すべきと考えられる例外的な場合であるならば、違法とされるべきである。そして、(i)では客観的な法規範違反の有無が判断され、(ii)では憲法判断に踏み込むや否やにかかわる考慮が加えられる、と。

79) もっとも、このような最高裁判例の読み方を維持するとはいえ、上掲昭和60年判決における「国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務」につき、個別の国民に負う法的義務(＝行為規範)の理論的成立可能性を否定する以上、判例の読み方としては「無理」があると言わざるをえないであろう。

80) 稲葉馨「立法」ジュリ993号(1992年)61頁以下、66頁。

81) なお宇賀・前掲書(注10)112-14頁では、制度改革訴訟としての実質に鑑み、国賠ルートでの違憲判断が可能となるようにとの考慮から、立法論的検討を加えている。主張の骨子はこうである。公権力発動要件欠如説を採用しながら、「合憲性の判断を中間判決でできるような制度を設け、そこで違憲判決が出たときは、一定期間内に法改正により違憲状態が是正されないときに限り、終局判決で損害賠償を命じうることではどうであろうか(113頁)」と。

82) アメリカの学説を参照しながら国家賠償に、積極的に国家機関の違憲・違法な行為に対する抑止効果という意義を認めるべきという議論として、飯田稔「国家賠償の抑止効果—在外国民選挙権制限違憲判決を契機として」亜細亞法学41巻1号(2006年)13頁以下がある。

さて、以上の議論が正しいとすると、本件東京大空襲訴訟で空襲被災者の救済を立法不作為違憲国賠で求める際のポイントは、次の通りとなる。(i)実体的な憲法適合性判断が可能であるか、(ii)仮に違憲の場合、それを表にだすことが適当な例外的場合に当るか、と。

実際のところ、東京大空襲訴訟東京地裁判決は、救済立法をなすことが「いかなる根拠に基づいて、憲法上の義務だといえるのか」と問うていたのであった(東京地判平成21・12・14訟月56巻9号2211頁)。そこで、次章において、空襲被災者の救済への権利は憲法上の権利であり、無補償状態は違憲と判断できること、そして第Ⅲ章において、本件は裁判所が違憲判断をなすことが適当な例外的場合に当ることを論じる。

II 特別犠牲を強制されない憲法上の権利

※ 以下、第Ⅱ章を削除するが⁸⁴⁾、この部分で論述していたことを、参考までに元原稿の「1 課題設定」と「小括」を引用すれば、次の通りである。

1 課題設定

東京大空襲の被災者が提起しているのは、共同体の一部の集団が被った戦争被害に、共同体全体として、どのように向き合えばよいのか、という問題であると理解することができる。これについて、これまで判例はいわゆる戦争被害受忍論(以下、受忍論とする)を採ることが多かった。これは、国民のすべてが、多かれ少なかれ、その生命、身体、財産の犠牲を耐え忍ぶべく余儀なくされていたと、国民に受忍を迫る理屈である。戦争被害者援護行政実務は一貫してこの受忍論を前提に、意識的に空襲被災者など一般戦災者を、援護対象から外してきたのであった。

しかし日本国憲法の拠って立つ原理よりすれば、このような議論はもはや採ることができないはずである。本意見書は、高橋和之に倣い、憲法13条により、「特別犠牲を強制されない権利」が保障されているとの立場を採る⁸³⁾。何人も自らの生命、

84) 本稿冒頭でも述べたように、本章については追加意見書において考察を深める機会をもったため、[青井・別稿]にて、本章と併せて詳論する。

83) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』(有斐閣、2010年)141-42, 248-49頁。

身体、財産を全体の利益の為に犠牲にさせられない憲法上の権利があり、特別犠牲に対し補償をなすことは憲法の要請するところである。そして、戦争被害は特別犠牲であり、補償立法の不存在は違憲であると、以下本章では論ずるものである。

小括

本章では、「超実定法的な原理」と「具体的な請求権」との間の中間項として、「憲法上の要請」を確認することが重要であるという観点から論じた。全体の利益のために生命、身体、財産について特別犠牲を強いられない権利は憲法13条から引き出され、立法府の立法権限に限定を附している。

先の大戦において、当時の国民は防空活動をなすよう動員されていたのであり（国家総動員法、防空法など参照）、戦争被害者は国家防衛という公共の利益のために犠牲をはらったものといえる。もはや総力戦の下で、前線と銃後の間の区別は軍事的に消滅している。いかなる理由があろうとも、公共目的による生命、身体への損害を受忍すべきとは、本来、決していえないはずだ。人の生命、身体は一律に等しい価値をもつ。本件でいうならば、空襲被災者は空襲被害という特別の犠牲につき、皆で負担されることについての権利を憲法上有しているというべきである。そこで、立法府が何らかの補償立法をなすことは、憲法上要請されていることになる。したがって、一般被災者へ無補償である現在の状況は、憲法の要請を充たさず、実体的に違憲である。

Iで論じたように、最高裁は例外的な場合においては、国賠訴訟を通じて裁判所がそのような違憲判断を表す方途を認めている。そこで、次に問題となるのは、本件訴訟が、かかる違憲という実体判断を裁判所が表すのに適当であるか、という問題であり、本稿は肯定的に理解している。これを次章で扱う。

III 国家賠償責任

1 憲法判断に踏み込むか否か

本章では、本件において、違憲という実体的な判断を裁判所が表明することが適切であり、補償立法をなしてこなかったという立法不作為は、国賠法上違法と判断すべきであると、論ずる。

予め主張骨子を述べれば、こうである。補償をなすことが憲法上の要請であるといっても、通常の場合において立法府は、どのような補償をどのような計画でなすかについて、財政上の理由等を加味しながら立法する、広い権限を有している。しかしながら詳しくは後述するように、戦後65年を迎えた今日においてもなお、一般戦災者については、受忍論を基礎として積極的に無補償の状態にとどめ置くことが続いており、旧軍人軍属をはじめとして何らかの形で救済を受けている集団との差が開いている以上、司法府が違憲判断を下した請求を認容することにより、事態打開へ刺激を与えることは社会的に要請されていよう。すなわち今日、違憲判断を司法府がなすに適当な状況に至っているものと考ええる。

さて、憲法適合性判断は客観的な法規範違反に関する判断である一方、憲法判断に踏み込むか否かの考慮は、何らかの意味で責任の領域にかかわる点で、まず注意を払いたい⁸⁵⁾。Iで検討した平成18年判決は、立法府が課題として取り上げていなかったという事実を重視したが、これも一つの例である⁸⁶⁾。また、昭和60年判決について、違法性認定のハードルを高くするにあたり、「憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行う」という、故意を要求するような文言を用い、政治的性格を述べることにより違法性要件に故意過失の要素を入れていることは、既にこれ迄にも指摘されているとおりである⁸⁷⁾。

思うに、立法行為を争う憲法訴訟としての利用が予定されているわけではない国賠訴訟というルートを活用する以上、違法性要件への責任要素の混入は致

85) 安念・前掲論文(注18)168頁でも、「立法者の立法義務、ないしは、いつ立法を行うかについての裁量権なるもの」は、「何らかの意味での『責任』の分野に属する事柄であ」ることが指摘されている。

86) 橋本勇・Lexis判例速報11号(2006年)90頁以下、92頁でも、平成18年判決のこの点を故意過失要件が違法性要件と混同されていると指摘し、故意過失要件を「否定することによって違法性を否定している」のであり、判決の結論はともかく、論理としてはすっきりしないものがある」とする。

87) 宇賀・前掲書(注10)106-07頁。故意重過失を要求しているという理解として、藤井俊夫・ジュリ862号(昭和60年重判解)(1986年)17頁以下、19頁(昭和60年判決評釈)、棟居・前掲評釈(注30)43-44頁。

し方ないことである。ただし、違憲判断をなすことと関係のない事柄の考慮については、違法性要件内ではなく、責任要件においてなすべきと考える。違憲と判断できる場合であるならば違法（違憲＝違法）というロジックは維持される必要があるためである⁸⁸⁾。

2 違憲判断に踏み込むのが適当であるか

違憲判断をなすのが適当であるかの判断にあたっては、平成17年判決で示されたところが参考となる。そこでは、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」とされた。そして、在外邦人が投票するための制度が不存在であったことについて、「在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当た」とされたのであった。

選挙権以外へ射程をどのくらい及ぼすことができるかは別途問題になりうるが、ここでは、この判決から、①立法措置を採ることの必要不可欠性、そして②国会が立法をなしうる客観的状态にあったこと（立法課題、合理的期間）を、判断要素として取り出し、本件について検討することとする。

88) この点で、違憲状態と判断しながらも違法性を否定したALS訴訟東京地裁判決（東京地判平成14・11・28判タ1114号93頁）などには疑問がある。

(1) 戦争被害者援護制度

そこで、考察するにあたっての前提として、第二次世界大戦に起因した被害について、どのような制度的な手当がなされているかを概観しておく⁸⁹⁾。

歴史を振り返るなら、わが国では昭和10年代以降、戦争遂行のため、人的資源を保護し、民心を安定させるべく、厚生立法が進展し始めたとされる⁹⁰⁾。具体的にいうと生活扶助、医療、生業扶助などを定めていた救護法(昭和4年)の一部改正(昭和12年)、戦没者の遺家族援護を目的とする母子保護法(同年)、社会事業の統一基準を定める社会事業法(昭和13年)、医療扶助を統合する医療保護法(昭和16年)、一般戦災者保護のための戦時災害保護法(同年)^{90a)}などが相次いで制定された。これらが、戦後の社会保障法体系の基礎となっている。

第二次世界大戦に起因する損害への援護(補償)を考える際に重要と思われるのは、以上の制度のうちで、軍事的色彩を帯びているものについて、一般戦災者保護のそれを含め、GHQが日本の非軍事化との関係で、廃止した点である。すなわち、当初は一般的な社会保障法によって、戦争犠牲者への救済を行うことが想定されていたのであった。もっとも、その後、以下に述べるような犠牲者への援護法体系が、社会保障制度法体系とは別に展開したのであるが、これについては、占領政策への反動から「占領終結とともに戦争犠牲者への国家補償と生活補償の要求が急速に盛り上がってきたという事情」や、「援護法は戦争犠牲者への国家的補償という要素を多かれ少なかれ含まざるをえない」という理由が指摘されている⁹¹⁾。

89) 戦争被害者援護制度に関する論考として、荒木誠之『社会保障の法的構造』(有斐閣、1983年)263頁以下〔初出は沼田稲二郎=小川政亮=佐藤進編『現代法と社会保障』(総合労働研究所、1982年)〕、田中伸尚他『遺族と戦後』(岩波書店、1995年)81頁以下、日弁連編『日本の戦後補償』(明石書店、1994年)227頁以下、など。

90) 荒木・前掲書(注89)267頁。

90a) 本稿脚注116aを参照されたい。

91) 荒木・前掲書(注89)276-77頁、また赤澤史朗「日本人の民間戦争犠牲者の補償問題に関する政治史的研究」(平成3・4年度科学研究費補助金〔一般研究(C)〕研究成果報告書)3頁以下、5頁(「占領軍の指令に基づく戦後改革の否定と戦前への復帰の志向が、軍人恩給を当然視させ、また少なくとも当初は軍人恩給復活要求の一部は、再軍備への動きとも結びついていたのであった)。

以下、援護法制を概観する。

①戦傷病者戦没者等援護法

援護法制の中心にあるのが、戦傷病者戦没者遺族等援護法（以下、援護法とする）である。これは昭和27年4月28日にサンフランシスコ平和条約が発効して主権回復した僅か2日後に公布施行されたもので、軍人軍属及び準軍属の公務上の疾病及び死亡等に関し、「国家補償の精神」に基づき、障害者本人に障害年金を、死亡者の遺族に遺族年金・遺族給与金及び弔慰金を支給し、援護を行うことを目的としている。翌、昭和28年に軍人恩給法が復活し、軍人については恩給法が適用されるため、援護法の対象は、恩給法に該当しない軍人、軍属及び準軍属並びにその遺族となっている⁹²⁾。

問題とされるべきは、対象に含まれている「準軍属」なる概念である。戦後の援護法制は「国家との身分関係の存在」と「内地は戦場ではなかったこと」をロジックとして維持されてきた。この点から考えるに、そもそも「準軍属」とは、軍属ではない以上、本来的には援護法の対象とはならなかったはずの集団である。具体的には、国家総動員法で徴用された者、動員された学徒、女子挺身隊員、国民義勇隊員、満州開拓青年義勇隊員（満州青年移民）、特別未帰還者、防空従業者などがこれに当る。また沖縄戦で旧陸軍・海軍の要請に基づく「戦闘参加者」は「準軍属」扱いとされているところ、更に昭和56年からは「それまで、6歳未満では個人の意思は働かず戦闘能力もない。政府との雇用関係もなかった」として援護法の適用から除外されていた6歳未満児についても、「保護者と一体となって行動せざるを得なかったため、保護者の戦闘参加の実態により戦闘参加者として援護法を適用し処遇する」ことが認められた⁹³⁾。

したがって、第71回国会参議院社会労働委員会における齋藤邦吉厚生大臣（当時）が「何かしら理屈をつけて・・・警防団の問題とかいろいろまあ拾って

92) 独立後短期間で軍人恩給が復活した理由の一つとして、戦後占領軍が否定したのは旧軍人に対する恩給で、文官への恩給は支払われ続けたことへ、「不公平だ」という議論がなされたことが挙げられている（赤澤・前掲論文（注91）13頁）。

93) 昭和56年9月21日琉球新報朝刊。

きている」という言葉を用いているように⁹⁴⁾、対象拡大は、いわば後付けの理屈によるものという側面がある。

とすると6歳未満の子どもへの適用に見られるように、援護法制で鍵となっている「国家との身分関係の存在」とは、一義的な答えを導く「要件－効果」思考を採るルールではなく、一定の方向へ導く「原則－例外」思考を採る原理(プリンシプル)であったのではないか。もしそうであるなら、法的要件を充たす集団へ与えられてきた法的効果(すなわち手厚い援護)が、要件を充たさない集団の状況(空襲被害者の無補償など)に対して、いかにして正当化可能なのだろうか。「国家との身分関係の存在」が完全に伸縮自在な原理であるわけではないにせよ⁹⁵⁾、区別指標としての正統性に疑問が抱かれよう。

なお、援護の主な内容は次のようにまとめられている⁹⁶⁾(〔表1〕:厚生労働省HPより)。

94) 第71回国会参院社労委会議録16号7頁。

95) 戦時遭難船舶犠牲者、戦争マラリア犠牲者、戦闘参加者に該当しない沖縄戦一般被災者には、援護法が適用されず、学童疎開船「対馬丸」、「戦争マラリア」犠牲については、別途救済措置がとられている(これら制度について宍戸伴久「戦後処理の残された課題－日本と欧米における一般市民の戦争被害の補償」レファレンス平成20年12月号111頁以下、124-25頁など参照)。

96) 厚生労働省・HP「戦傷病者及び戦没者遺族への援護」(<URL:<http://www.mhlw.go.jp/bunya/engo/seido03/index.html>>)なお、「ですます調」を「である調」に改めた。

援護の主な内容

(平成21年10月現在)

	障害給付（本人に支給）	遺族給付（遺族に支給）
援護の内容	障害年金 公務傷病 （特別項症）（第5款症） 9,729,100円～961,000円	遺族年金 （軍人軍属 の遺族）
	勤務関連傷病 （特別項症）（第5款症） 7,417,100円～743,000円	遺族給与金 （準軍属 の遺族）
	障害一時金 （年金に代え選択した場合）	遺族 〔配偶者、子、父 母、孫、祖父母〕
	公務傷病 （第1款症）（第5款症） 6,088,000円～2,855,000円	先順位 後順位 公務死亡 1,966,800円 72,000円 勤務関連死亡 1,573,500円 56,400円 平病死亡 1,573,500円 56,400円 平病死亡 541,450円 （公務軽症、勤関重症）
	勤務関連傷病 （第1款症）（第5款症） 4,640,900円～2,177,100円	平病死亡 440,250円（勤関軽症） 併発死亡 440,250円（公務） 318,850円（勤務関連）
	公務傷病または勤務関連傷病により死亡した者の遺族（三親等以内） に対しては、弔慰金（5万円の記名国債）が別途支給される。	

(参考)

1. 障害の程度は、特別項症，第1～第6項症，第1～第5款症の12区分である。
2. 公務傷病は，戦闘による受傷や事変地・戦地におけるり病などで，勤務関連傷病は，主に本邦等における疾病などである。これらの傷病による死亡を公務死亡または勤務関連死亡という。
3. 平病死亡とは，障害年金受給者が障害年金の支給事由以外の傷病により死亡し

た場合をいう。遺族には、障害年金受給者が受給していた障害年金の種類(公務・勤務関連の別、障害の程度)に応じて年金が支給される。

4. 併発死亡とは、死亡の原因が公務傷病や勤務関連傷病によることが明確に立証できない場合や、戦地勤務終了後一定期間内の死亡で、勤務の影響により死亡したものと推測される場合をいう。

〔表1〕

②戦傷病者特別援護法

戦傷病者特別援護法(昭和38年)は、①を補完するもので、「軍人軍属等であつた者の公務上の傷病に関し、国家補償の精神に基づき、特に療養の給付等の援護を行なうことを目的とする」(法1条)法律である。援護とは、次の通りである⁹⁷⁾。

軍人軍属であつた者が、公務上疾病にかかり今なお一定程度の障害を有する場合や療養の必要がある場合に、戦傷病者手帳を給付して、療養の給付、療養手当の支給(1年以上の長期入院者で傷病恩給等の年金を受けていないものに月額29,400円)、葬祭費の支給(療養の給付を受けている者が死亡した場合にその遺族に199,000円)、補装具の支給及び修理(一定程度以上の障害を有する戦傷病者に義手、義足等を支給・修理)、JR無賃乗車船(障害の程度により、一定回数、JR乗車船を無賃扱い)、そして戦傷病者相談員の設置(戦傷病者の更生や職業、その他生活上の問題について相談に応じ、助言指導、全国882人)である。

③特別給付金・特別弔慰金

戦没者の妻、父母、戦傷病者の妻に対する給付としては、戦没者等の妻に対する特別給付金支給法(昭和38年)、戦没者の父母等に対する特別給付金支給法(昭和42年)、戦傷病者等の妻に対する特別給付金支給法(昭和41年)がある。

戦没者等の遺族に対する特別弔慰金支給法(昭和40年)は、戦後20周年、30

97) 数字は平成20年度のもの。厚生労働省HP・戦傷病者及び戦没者遺族への援護による(前掲注96))。

周年、40周年、50周年、60周年という節目の年に、特別弔慰金（国債）を支給するもので、昭和54年からは特例的な措置として、それぞれの節目の年の4年後にも、新たに対象となる遺族に対して支給がなされている。

なお、特別給付金及び特別弔慰金のこれまでの支給実績は次の〔表2〕の通りである（厚生労働省HPより）⁹⁸⁾。

④未帰還者留守家族等援護法

未帰還者留守家族等援護法（昭和28年）は、旧陸海軍人で未復員者、未復員者以外で外地から帰還していない者、戦争犯罪裁判により外地に拘禁され、又は拘禁を解かれて帰還していない者につき、未帰還者の配偶者、子、父母、孫、祖父母の範囲での家族に対して、援護を行っている。具体的には、留守家族手当、帰郷旅費、葬祭費、遺骨引取経費、障害一時金の給付である。平成15年から20年間の同法による援護状況は下記〔表3〕のとおりである⁹⁹⁾。なお、昭和34年に制定された未帰還者に関する特別措置法は、戦時死亡宣告を受けた未帰還者の遺族に対し、弔慰金を支給するものであった。

⑤引揚者給付金等支給法

敗戦により、旧植民地や占領地から引き揚げた一般市民は、それまで居住していた地での生活基盤を全て喪失した。元居住地で接収された財産の処分を、日本政府は対日講和条約により外国政府に委ねるとともに、賠償請求権を放棄し、かつ補償義務を認めなかったことから、引揚者は困難な状況におかれることとなった。そこで補償を求める運動が広く展開されたのである。

引揚者団体の強い政治力により、「在外財産問題調査会」が、そして後に、「在外財産問題審議会」が計三次に亘り設置された。第二次在外財産問題審議会答申（昭和31年12月10日）の要旨によれば、「在外財産の補償に関して条約上、憲法上、国が責任を有するか否かについては断定できないが、引揚者がその全

98) 厚生労働省HP (<URL: <http://www.mhlw.go.jp/bunya/engo/seido03/jisseki.html>>).

99) 平成21年度社会保障統計年報第Ⅲ部社会保障関係統計資料編第294表 (<URL: http://www.ipss.go.jp/s-toukei/j/21_s_toukei/10/294.html>).

種別	対象	給 付								
戦没する者等の特別給付に金	妻	20万円(10年償還、国庫) 昭和38年に措置 支給件数 419,740人	60万円(10年償還、国庫)継続 昭和48年に措置 支給件数 388,230人	120万円(10年償還、国庫)2回目継続 昭和58年に措置 支給件数 346,541人	180万円(10年償還、国庫)3回目継続 平成5年に措置 支給件数 272,054人	200万円(10年償還、国庫)4回目継続 平成15年に措置 支給件数 159,019人				
		10万円(5万円)(10年償還、国庫) 昭和41年に措置 支給件数 121,968人	30万円(15万円)(10年償還、国庫)継続 昭和51年に措置 支給件数 102,986人	60万円～30万円(30万円～15万円)(10年償還、国庫)2回目継続 昭和61年に措置 支給件数 86,722人	80万円(45万円)または60万円(30万円)または30万円(15万円)(10年償還、国庫) 平成8年に措置 支給件数 61,956人	100万円(60万円)または90万円(45万円)または60万円(30万円)または30万円(15万円)(10年償還、国庫) 平成18年に措置 支給件数 20,443人				
戦没する者等の特別給付に金	妻	5万円(2.5万円)(5年償還、国庫) 昭和54年に措置 支給件数 6,983人	2万円(1万円)(2年償還、国庫) 昭和59年に措置 支給件数 7,502人	15万円(7.5万円)(5年償還、国庫) 平成3年に措置 支給件数 1,465人	15万円(7.5万円)(5年償還、国庫) 平成13年に措置 支給件数 393人					
		<p>平病死した戦傷病者等の妻に対する特別給付</p> <p>5万円(5年償還、国庫) 昭和61年に措置</p> <p>5万円(5年償還、国庫) 平成3年に措置</p> <p>5万円(5年償還、国庫) 平成8年に措置</p> <p>5万円(5年償還、国庫) 平成13年に措置</p> <p>5万円(5年償還、国庫) 平成18年に措置</p> <p>(注)内の妻は軽症者の妻 支給人数 49,334人</p>								
戦没する者等の特別給付に金	父母 祖父母 兄弟	10万円(5年償還、国庫) 昭和40年に措置 支給件数 16,675人	30万円(5年償還、国庫)継続 昭和48年に措置 支給件数 14,505人	60万円(5年償還、国庫)2回目継続 昭和55年に措置 支給件数 10,098人	60万円(5年償還、国庫)3回目継続 昭和58年に措置 支給件数 6,596人	75万円(5年償還、国庫)4回目継続 昭和63年に措置 支給件数 3,700人	90万円(5年償還、国庫)5回目継続 平成5年に措置 支給件数 1,665人	100万円(5年償還、国庫)6回目継続 平成10年に措置 支給件数 675人	100万円(5年償還、国庫)7回目継続 平成15年に措置 支給件数 223人	100万円(5年償還、国庫)8回目継続 平成20年に措置 支給件数 67人
		3万円(10年償還、国庫) 昭和40年に措置 支給件数 664,583人	20万円(10年償還、国庫) 昭和50年に措置 支給件数 1,008,953人	12万円(6年償還、国庫) 昭和54年に措置 支給件数 117,461人	30万円(10年償還、国庫) 昭和60年に措置 支給件数 1,297,362人	18万円(8年償還、国庫) 平成元年に措置 支給件数 75,108人	40万円(10年償還、国庫) 平成7年に措置 支給件数 1,376,786人	24万円(6年償還、国庫) 平成11年に措置 支給件数 58,863人	40万円(10年償還、国庫) 平成17年に措置 支給件数 1,269,910人	24万円(6年償還、国庫) 平成21年に措置 支給件数

(表2)

(単位 金額：千円)

区 分	平成15年度 (2003)		16 (2004)		17 (2005)		18 (2006)		19 (2007)		20 (2008)	
	件数	金額	件数	金額	件数	金額	件数	金額	件数	金額	件数	金額
合 計	43	2,517	103	8,094	273	25,915	389	40,165	319	23,635	286	28,953
葬 祭 料	22	20	10	8	19	17	3	3	0	0	0	0
葬 祭 料	13	2,457	48	8,870	131	25,283	195	39,197	160	31,840	147	29,253
遺骨引取経費	8	40	45	215	123	615	191	965	159	795	139	700

資料：厚生労働省社会・援護局調べ

(表3)

生活の基盤を失ったという観点から特別の政策的措置を講ずることが適切である。その内容としては、(1) 給付金を支給すること、(2) 生業資金の貸付、職業の斡旋および補導、住宅事情の緩和等の援護更生措置を講ずること、が挙げられるが、その実施に際しては国家財政全般の事情を勘案し、引揚者の現状に照らし適切な措置を講ずることとし、しかもこれらの措置は引揚者の生活基盤の再建に資し得るよう資金の効率的使用について配慮するとともに、所得が一定金額以下である者等現に生活基盤の再現をなし得ない者を対象とすべきこと」とある¹⁰⁰⁾。これを受けて、「引揚者給付金等支給法」(昭和32年)が制定された。

同法は、原則として終戦の日まで引続き6カ月以上外地に居住していた者で、同日以降に本邦に引き上げた者等に対し、昭和32年4月1日現在において日本国籍を有する者に引揚者給付金を支給するものであった。なお、受給には所得制限があることが、援護制度の中で異色となっている¹⁰¹⁾。

同法が制定を見たものの、依然として十分な補償がなされていないとして引揚者らの運動は衰えず、政府は第三次審議会を設置した。第三次審議会答申によれば、法律論として補償義務はないが、引揚者の在外財産の喪失は他の財産損害と比較して苛酷であることから、特別の措置として、特別の交付金を支給する措置を講じ、在外財産問題の最終的収束を図るとされた(昭和41年11月30日)。これを受けて昭和42年に引揚者等に対する特別交付金の支給に関する法律が制定され、政府の認識としては、「同法をもって、戦後処理が一切終了した」というものであった¹⁰²⁾。

なお、この在外財産問題処理が政治的に解決されるのと同時並行で、司法の場でも財産の補償義務につき争われていた。その結果として下されたのが、戦

100) この要旨は昭和32年版厚生白書第3章第4節一(二)「引揚者給付金」による。

101) 所得税額が88,200円を超える者およびその配偶者には、引揚者給付金および遺族給付金を支給しないとされた。

102) たとえば、「戦後処理問題懇談会報告」(昭和59年)でも、政府は「その段階段階に応じて戦後処理を行ってきたところであり、その結果、昭和42年、在外財産問題の決着をもって戦後処理は一切終了したことを政府与党間において了解したところである」と述べられている。

争被害に関する初の最高裁判決となったのである(最大判昭和43・11・27民集22卷12号2808頁)。このような政治的な力をもった集団の提起していた財産問題の解決についての判断が嚆矢となったことは、生命・身体被害の補償問題の解決にとっては、不幸な始まりであったように思われる。

⑥原爆被爆者援護

いわゆる原爆二法として、原子爆弾被爆者の医療等に関する法律(昭和32年)と原子爆弾被爆者に対する特別措置に関する法律(昭和43年)が存在したが、原子爆弾被爆者に対する援護に関する法律(平成6年、以下、被爆者援護法とする)が制定施行されたことで、廃止されている。

被爆者援護法は、前文でその目的を「核兵器の究極的廃絶に向けての決意を新たにし、原子爆弾の惨禍が繰り返されることのないよう、恒久の平和を念願するとともに、国の責任において、原子爆弾の投下の結果として生じた放射能に起因する健康被害が他の戦争被害とは異なる特殊の被害であることにかんがみ、高齢化の進行している被爆者に対する保健、医療及び福祉にわたる総合的な援護対策を講じ、あわせて、国として原子爆弾による死没者の尊い犠牲を銘記するため(強調引用者)」としている。具体的には、被爆者に対する健康管理、医療給付¹⁰³⁾、手当等の支給、居宅生活支援等の福祉事業である。

なお最近5カ年の原爆被爆者対策は下の〔表4〕の通りである¹⁰⁴⁾。

被爆者援護は、放射線による被害という特殊な理由があるということにより、例外的に「内地」での被害者救済を図るものである。すなわち、政府の理解によれば、「内地」は戦地ではないことが、国の内と外で第二次大戦被害者の扱いを区別する理由なのであるが、大量破壊兵器である原子爆弾による被災であり、そしてまた被災の様相が特異であることから、被爆者援護は例外という位

103) 原子爆弾の傷害作用に起因して負傷し、又は疾病にかかり、現に医療を要する状態にある被爆者に対するものである。ただし、当該負傷又は疾病が原子爆弾の放射能に起因するものでないときは、その者の治癒能力が原子爆弾の放射能の影響を受けているため現に医療を要する状態にある場合に限るとされている(同法10条)。

104) 平成21年度社会保障統計年報第]部社会保障関係統計資料編第298表(<URL:
http://www.ipss.go.jp/s-toukei/j/21_s_toukei/10/298.html>)

(単位 金額：千円)

区 分	平成15年度 (2003)	16 (2004)	17 (2005)	18 (2006)	19 (2007)	20 (2008)
健康手帳交付	273,918	266,598	259,556	251,834	243,692	235,569
認定被爆者(再掲)	2,271	2,251	2,280	2,242	2,188	4,415
健康診断受診者証交付	12,782	12,863	12,715	12,462	12,189	11,914
医療給付総額	20,073,800	19,788,217	19,735,496	19,284,755	19,376,926	19,906,265
原爆疾病						
支払総額	185,148	137,180	154,652	149,722	134,362	213,581
件数	5,571	5,110	4,799	4,465	3,685	4,633
1件当り金額(円)	33,234	26,845	32,226	33,532	36,462	46,100
一般疾病						
支払総額	19,888,652	19,651,037	19,580,844	19,135,033	19,242,564	19,692,684
件数	3,224,257	3,328,780	3,435,616	3,520,410	3,607,439	3,470,761
1件当り金額(円)	6,168	5,903	5,699	5,435	5,334	5,674

(注) 健康手帳交付数は年度末現在。
資料：厚生労働省健康局調べ

〔表4〕

置づけがなされたのである。そのような事情から、日本国籍が受給要件とはなっておらず、居住関係により放射線被害への救済がなされる仕組みである¹⁰⁵⁾。

なお、この点について、原爆二法見直しのための厚生大臣私的諮問機関として設置された「原爆被爆者対策基本問題懇談会」の意見書でも、次のように、他の戦争被害と一線を画する特別性が強調されたところであった¹⁰⁶⁾。すなわち、上述した原爆医療法の根底に国家補償的配慮があることを認めた最高裁判例¹⁰⁷⁾を踏まえて、「原爆被爆者対策は、原爆被害という特殊性の強い戦争損害に着目した一種の戦争損害救済制度と解すべきであり、これを単なる社会保障制度と考えるのは適当でない」という。そして、「他の一般の戦争損害とは一線を画すべき特殊性を有する『特別の犠牲』であることを考えれば、国は原爆被爆者に対し、広い意味における国家補償の見地に立って」措置を講ずべきである。それは具体的には、結果責任として、戦争被害に相応する「相当の補償」であり、「他の戦争被害者に対する対策に比し著しい不均衡」が生ずるようであってはならない、と。そしてこれが旧軍人軍属に対する援護とは、法的性格を異にすることに注意を促している。

105) 最判昭和53・3・30民集32巻2号435頁参照。

106) 以下、本段落の内容は、原爆被爆者対策基本問題懇談会「原爆被爆者対策の基本理念及び基本的在り方について」(昭和55年12月11日)による。

107) 最一小判昭和53・3・30民集32巻2号435頁〔孫振斗事件〕。

ところで、当時、非公開で開かれた懇談会であり、議事録が長い間、保存されていないとされていたのであるが、昨年末(2009年末)に、情報公開請求の結果として見つかっている。議事録には、被爆者援護を機に旧軍人・軍属への補償を超えて広がってゆくことへ、強い懸念と抵抗が示され、補償拡大がなされるべきではないとの立場について、懇談会委員からも異論が示されなかった様子が残されている¹⁰⁸⁾。

また、被爆者援護法制定の過程においても、原爆被害への国家補償は一般市民との均衡を欠くことが、法案を消極的に解する理由として挙げられたところであった。たとえば、次のような発言がなされた。

「・・・空襲や艦砲射撃、さらには外地で親族を失われた方々もたくさんいらっしゃるのです。被爆者対策が、結局は何らかの戦争被害をこうむっている国民の租税負担によって賄われていることを考慮するならば、被爆者の遺族にのみ特別に個人的な給付を行うことは、国民的合意が到底得られないのではないかと考えるのであります¹⁰⁹⁾」、と。

このように、被爆者対策では民間人も含められるに至ったのではあるが、通常の戦争被害については国民の受忍が余儀なくされるという基本的スタンスは維持され、原子爆弾、放射線被害の特別性が強調されている点に注目しておきたい。

⑦台湾住民である戦没者の遺族等に対する弔慰金に関する法律

昭和62年に、台湾人日本兵に対する給与未払いと無補償が問題とされ、「人

108) たとえば、東京新聞平成22年8月1日朝刊、朝日新聞平成22年10月25日朝刊など。紹介されている発言を一つ引用すれば、第4回会合(昭和54年10月11日)で橋本龍太郎厚生相(当時)は「非常に厄介なのが(空襲被害者への補償を求めている)名古屋を中心としたグループ、及び東京の下町を中心としたグループ(中略)率直に申しまして、国家補償という言葉のできるだけ使いたくない」、とある。

109) 第123回国会平成4年4月21日参議院厚生委員会会議録7号39頁〔前島英三郎議員発言〕。

道的精神に基づき」(法1条)、台湾住民である戦没者の遺族等に対する弔慰金に関する法律が議員立法された。また、翌、昭和63年に特定弔慰金の支給の実施に関する法律が制定された。なお弔慰金額は戦没者又は戦傷病者一人につき200万円である。

⑧平和条約国籍離脱者等である戦没者遺族等に対する弔慰金等の支払に関する法律

援護法の援護対象者は日本国籍を有する者に限定され、日本国籍の喪失をもって権利が消滅する事由と定められた。また日本国政府は、日韓請求権協定(昭和40年)によって、在日韓国人の軍人軍属に対する補償問題も法的には完全かつ最終的に解決されたとの立場をとり、大韓民国政府は、在日韓国人戦傷者の補償請求権は同協定の解決対象に含まれていないとの立場をとった結果、平和条約国籍離脱者である旧軍人軍属は、日韓両国のいずれからも補償を受けられないこととなっていた。

これについて、平成12年に議員立法により平和条約国籍離脱者等である戦没者遺族等に対する弔慰金等の支給に関する法律が制定され、「人道的精神に基づき」(法1条)、平和条約国籍離脱者等である戦没者等遺族及び重度戦傷病者遺族に対して、死亡した者一人につき弔慰金260万円を支給し、また重度戦傷病者に対し、一人につき見舞金200万円及び重度戦傷病者老後生活設計支援特別給付金200万円を支給するものとされた。

⑨平和祈念事業特別基金・戦後強制抑留者特措法

昭和59年の「戦後処理問題懇談会報告¹¹⁰⁾」では、(1) 恩給欠格者問題¹¹¹⁾、(2) 戦後強制抑留者問題、(3) 在外財産問題の3点を検討し、(1) について、「政府の命令により事実上戦務に参加した準軍属その他多数の一般人との関係にお

110) 昭和56年12月設置。残された戦後処理課題として、恩給欠格者の救済、シベリア抑留補償、引揚者の在外財産問題を検討した。

111) 最短恩給年限(兵・下士官12年、准士官以上13年)に満たないために恩給を受けられない者の問題である。

いて権衡を失することとなる」こと、(2)についても「(新たな措置は) 他の戦争犠牲者との間の衡平という観点からも問題があろう」こと、そして(3)についても「一般戦災者の被った損害と比較し特別であったと考えられる限りにおいては、その公平化が図られたと考えられる」ことから、これ以上国において措置すべきものはないという結論に達していた。しかしながら、「今次大戦における国民の尊い戦争犠牲者を銘記し、かつ永遠の平和を祈念する意味において、政府において相当額を出捐し、事業を行うための特別の基金を創設することを提唱する」ともされた。これを受けて、恩給欠格者、戦後強制抑留者、引揚者の労苦に関する資料収集、展示、出版等の事業を行う「平和祈念事業特別基金」が昭和63年に創設され、昭和20年8月9日以来の戦争の結果、同年9月2日以後旧ソ連邦またはモンゴル国の地域において強制抑留された者¹¹²⁾で、本邦に帰還した者(戦後強制抑留者)に、10万円の慰労金を支給することとなった(平成15年に独立行政法人として発足)。

ところで、本年(平成22年)、戦後補償問題について大きな潜在的影響力を持つと思われる展開が、戦後強制抑留者との関係であった。議員立法によりこの問題に関する特別措置法が成立したのである(公布施行6月16日)。この法律は、戦後、シベリアなどの酷寒の地で長期間に亘って劣悪な環境の下で強制抑留され、過酷な強制労働に従事させられたこと等の「特別の事情」に鑑み、労苦を慰藉するための特別給付金¹¹³⁾を支給することなどを目的とする。

同法に基づき、平和祈念事業特別基金は本邦に帰還した戦後強制抑留者で本法施行日において日本国籍を有する生存者に、特別給付金を支給する事務を行うこととなった。なお、同法施行に伴って、この特別給付金の支給業務以外の業務について、行わないこととなっている(本基金は平成25年4月1日までの政令で定める日に解散する予定)。

112) つまり、ソ連軍が満州及び内蒙古に侵攻開始した以降で、日本と連合国との降伏文書が調印されたにも拘らず強制連行されて、ソ連及びモンゴル人民共和国で強制抑留された者である。

113) 戦後強制抑留者で平成22年6月16日に日本国籍を有する生存者に対し、帰還の時期によって異なるが、25万円から最高で150万円という一時金を支給するもの。

⑩まとめ

以上のように、戦後に採られてきた援護制度は、徐々に援護対象を拡大してきたものといえる。しかし、拡大してきたとはいえ、民間被災者にはごく一部の例外を除き、適用が及んでいない¹¹⁴⁾。軍との間に雇用関係がある軍人軍属あるいはこれに準じる立場にある準軍属へ、国が使用者の立場から補償をしているのであり、一般戦災者に対しては社会保障施策の中で福祉を充実させると、国により説明されてきたのであった¹¹⁵⁾。放射線との関係での被爆者、引揚者、沖縄戦犠牲者、シベリア抑留者については、一定の要件を充たす場合に、例外とされてきたものの、救済の対象が広がることへ限定を付す理屈として一般国民との均衡論が使われてきた。つまり、一般戦災者へ救済が及ばないように、注意が払われてきたのである。その結果、わが国は「今日の世界的な補償に関する国民平等主義の流れにそむくものであるだけでなく、かえって第2次世界大戦中に存在した（民間人戦争犠牲者援護のための——引用者補）戦時災害保護法による援護措置より後退したものであること・・・は、1つの矛盾と言わねばならない¹¹⁶⁾」と指摘される有りようとなっている^{116a)}。

なお、「人道的見地」から一定の援護を受けた、台湾人兵士や平和条約国籍離脱者である戦没者遺族に対する弔慰金、あるいはシベリア抑留者への特別給付金に明白なように、援護の対象に入れられたとはいえ給付金額が極めて低額にとどまっている点については、強調されるべきであろう。

114) 民間被災者への補償問題についての論考として、池谷好治・本件訴訟意見書、同「一般戦災者に対する援護施策—自治体の論理・国の論理」歴史評論641号（2003年）61頁以下、宍戸・前掲論文（注95）、荒木・前掲書（注89）など。

115) たとえば、戦時災害援助法案についての質疑における政府の回答として、第77回昭和48年7月3日国会参院社会労働委員会会議録16号4-5頁（「現在、私どもの実施いたしております遺族援護法でございますが、これは先生御存じのとおり、国との間に被用関係のある軍人軍属、あるいはそれに準ずる立場にある準軍属、こういった者につきまして、国が使用者の立場から補償している制度でございます」〔高木玄厚生省援護局長発言〕）。

116) 赤澤・前掲論文（注91）26頁。

116a) 戦時災害保護法とは、1942年に制定されたもので、既に開始されていた第二次世界大戦に伴う空襲などによる戦災被害に対して、一般的保護をなす法律であった。戦時災害による被害の態様によって、救助、扶助及び給付金支給の3種の援護が規定されていた。

以上のように、戦争被害への救済は、一見すると全ての者に受忍を説く受忍論の下で、政治力を発揮できた集団には受忍義務を解除してきた結果、政治力の弱い者が取り残されるという状況にある。

しかしながら同時に、全ての者に受忍を迫ることが、現実にはできなかったという点にも注意を払うべきである。本年、シベリア抑留者へ特別給付金が支給されることとなったことから明らかなように、「戦後処理につきもはや国で措置すべきものはない」と、いくら国が明言したところで¹¹⁷⁾、補償が要求され続けることを国には止められないのである¹¹⁸⁾。少なくとも生命、身体が全体の利益のために犠牲を強いられて、かつ無補償にとどめ置かれることは、人格において対等である以上、あってはならないはずなのであり、これを「特別の犠牲」ではないとするのは、強弁というべきだろう。わが国のように援護の対象を狭く限る以上は、そこから漏れる人々の問題が常に理論的な未解決事項として残り、解決を迫るのだ。

援護の対象が拡大してきたのは、かかる「特別犠牲を強いられない」権利に衝き動かされたためであろう。援護の法的な性格は、「国家補償の精神」あるいは「人道的精神」という言葉が象徴するようにはやかされているが、弔慰金に対応するものは社会保障に見出すことはできないのであり、「特別の犠牲を強いられない権利」への救済という性格を直視すべきと考える。

(2) 立法措置の必要不可欠性

次に、上述した援護制度を前提に、空襲被害に対する補償を考察しよう。名古屋空襲訴訟で最高裁は、空襲被害について、補償は憲法の予測するところではないとしたが⁵(最二小判昭和62・6・26判時1262号100頁)、その意味は裁判によ

117) 昭和42年に引揚者等に対する特別交付金の支給に関する法律を提出したときに、自民党と政府の間で「本件措置をもって、あらゆる戦後処理に関する諸措置は一切終結したものとする」という了解事項があったことは、様々な機会に明らかにされている。

118) なお、廣末彰彦「シベリア抑留者に特別給付金―議員立法の戦後強制抑留者法が成立」立法と調査308号(2010年)3頁以下、13頁は、「シベリアにおける三重苦などの『特別な事情』ということだけで国民の理解を得られるのか。この法案の国会審議の過程で質疑・答弁が行われなかったこともあり、その回答は立法府の宿題として抱えたまま残っている」と指摘する。正当であろう。

り損失が填補されることを求める個人的な権利としての、憲法に直接基づく補償請求権を否定したものであり、法的議論の可能性を否定する受忍論を、文字通りの意味で採用しているのではないと捉えるべきである（詳しくは〔青井・別稿〕を参照されたい）。したがって、補償請求権を憲法から引き出しうるかという問題は措くとしても、憲法の要請に照らして判断すること、あるいは立法裁量の逸脱濫用を問う余地はあると考える。

①必要性

「特別の犠牲を強いられない権利」が憲法13条から引き出されるとしても、具体的な補償のあり方について、多くの場合、立法措置を必要とする。それは金銭填補をなす場合、国家財政的な理由を加味しなくてはならず、国民が税金という形で負担する以上、国民的な納得を得る必要もある。補償の時期や内容が憲法から引き出されるわけではない。しかし、立法府が意識的に一般被災者への救済を排除・除外してきた結果として無補償状態におかれていることの憲法適合性は、憲法に照らして判断しうるはずだ。少なくとも、生命、身体を全体の利益の為に犠牲にさせられた被災者が、補償立法不存在のために、無補償にとどめ置かれている状態は、「特別犠牲を強いられない権利」の要請するところに反する。立法措置は「必要」であることがいえる。

また、この点について、野田正彰（精神科医・比較文化精神医学）が本件裁判において指摘しているところが、「特別犠牲を強いられない権利」の救済のあり方にとって示唆深い¹¹⁹⁾。すなわち、原告らが被った精神的外傷は、PTSDという比較的短期間の破局的体験を中心とした概念をはるかに超える負荷であり、その苦しみを社会全体が負わない限り、軽減されないという。すなわち、とりわけ目の前で家族の死ないし死につながる事態を見た者は、その場面を何度となくフラッシュ・バック（侵入性回帰）させると同時に、無力感、家族を助けられなかった自責感を持っていること、重い外傷を負った者は、医療的、社

119) 原田・前掲論文（注3）64-65頁で紹介されている。以下、この段落は、この記述に負う。

会の援助もなかった戦後日本の中で更なる負荷を重ねていること、学童期で両親を失った子どもについて、国や自治体は戦争孤児問題を正面から扱わなかったことに起因して、虐待が際立っていること¹²⁰⁾、そして多くの空襲被害者が、晩年になって再び外傷体験を想起するようになっていくことが指摘されている。

特別犠牲を強いられない権利とは、まさしくかかる意味での心の痛みを分かち合うことを背景にしていると理解できる。これらの精神的な外傷を、共同体全体の問題として向き合うことが必要である。すなわち、共同体構成員による公平負担が有する、精神的苦痛の慰謝という側面が重要な点であろう。この点にも、少なくとも生命、身体に生じた犠牲への補償の必要性を、確認できる。

②不可欠性

また、本意見書の理解では、同じ状況におかれていた他の集団との比較により不平等であるという理由から補償への権利が発生するというよりむしろ、個人的な権利として、人は自らの生命、身体を社会全体の利益のために供出させられることがない権利を有し、したがって補償立法の不存在（無補償状態）は違憲となる。更に、かかる客観的な違憲性に加え、補償対象に含まれる別の集団へ補償がなされるなどして、集団間に格差が生じることで、憲法14条の保障する平等処遇への権利に照らすに、司法府が違憲と判断する「不可欠性」が格段に高まる。以下の点に照らすなら、もはや格差の拡大は立法措置を不可欠としているというべきと考える。

すなわち、最大の被援護集団である軍人・軍属（遺族）に対しては、毎年のように援護法、恩給法が改正・拡充され、年金給付が継続されているのであり、無補償である一般戦災者との間で格差拡大が指摘されうる¹²¹⁾。昭和27年の援護法、そして翌年の恩給法の改正で軍人恩給が復活してから平成21年までの

120) この問題について、逸見勝亮「第二次世界大戦後の日本における浮浪児・戦争孤児の歴史」日本の教育史学37号（1994年）99頁以下、同「敗戦直後の日本における浮浪児・戦争孤児の歴史」北海道大学大学院教育学研究院紀要103号（2007年）11頁以下など参照。

121) 池谷・本件意見書・前掲（注114）76頁。

56年間に、旧軍人の本人と遺族に対し、48兆6261億円の軍人恩給が支出され、現在に至っても毎年1兆円ほどが給付され続けている¹²²⁾。上述の通り、援護法による年金最高額は約972万円であるが、一般戦傷病者については、社会保障制度の中で障害基礎年金の最も障害の重い一級の人でも約99万円である¹²³⁾。このように、同じく戦争により負った犠牲の処遇に、大きな差がついてしまっている。

政府がこれまでこのような援護法制を維持するに依拠してきたロジックは、前述の通り、「国家との身分関係の存在」と「内地は戦場ではなかったこと」にあり、世界的傾向である国民平等主義及び内外人平等主義はとるところではなかったが、Ⅲ 2 (1) で粗描したようにロジックに合致しない者への援護もなされるに至っているのであって、適用における恣意性あるいは論理破綻が指摘されうる。そのように、国の施策が、論理一貫していないところで、上記のような差が正当化されるのは困難である。

以上の点から、一般被災者の犠牲への無補償状態は、多くの援護立法がなされるに至った今日、憲法13条に加え14条に照らしても殊更に特別なものとなっており、立法が不可欠であると認められる。

(3) 国会が立法をなしうる客観的状況にあったこと

立法課題の特定性について、立法に当っては、廃止された戦時災害保護法や、現行の援護法、戦傷病者特別援護法が準拠点になりうる。また、これらに準ずることが原審原告らの求めていることでもある。

また、援護立法の必要性の認識や、国会に与えられた立法の猶予（合理的期間）をめぐっては、下記の事実等を考慮するべきであろう¹²⁴⁾。すなわち、一般戦災者の援護要請として国会等への陳情・請願が、昭和30年代、40年代になされていること¹²⁵⁾、昭和40年代には全国戦災障害者連絡会が衆参両院議員

122) 柿沼・前掲論文（注3）73頁。

123) 21年度年金額であり、なお18歳到達年度の末日までにある子（障害者は20歳未満）がいる場合は、これに子の人数によって加算される。

124) 援護・補償要求の歴史的経緯について、赤澤・前掲論文（注91）15頁以下。

125) 池谷・本件意見書・前掲（注114）28頁。

に対するアンケート調査を行い、250名の議員から回答が寄せられていること、そして昭和48年の第71回国会から、いずれも廃案となっているが、社会党など野党議員が民間人戦争犠牲者の援護のための法案（「戦時災害援護法案」）を、計14回提出していること、昭和48年の援護法一部改正に附帯してなされた参院社労委員会決議には、「一般戦災者に対し、戦時災害による負傷、疾病、障害及び死亡に関する援護の検討を目途として、その実態調査を実施すること」が含まれていた点、昭和40年代の終わりから昭和50年代のはじめにかけて、各地方自治体で一般戦災者の被害の実態調査と「戦時災害援護法」の早期立法成立に関する請願が決議されていること¹²⁶⁾、などである。

中でも一点注目したいのは、昭和56年4月14日の参院社労委員会における園田直厚生大臣（当時）の答弁である。

すなわち、「(戦後処理に関する措置は昭和42年の時点で終了したという)了解事項は、私も拝見しております。しかし厚生大臣としては、戦後の処理が終わったと、行政府としてはもうこれ以上は手が出ませんというか、あるいは一応終わったというのわかりますが、また大変な災害で戦地に行った人よりもひどい思いをした人はたくさんおるわけでありますから、戦後処理が終わったなどという傲慢な考え方を持っておりません。今後、なかなかこれは現実の施策としては困難ではありますけれども、やはり日本の戦前処理じゃなくて戦後処理でありますから、戦前処理なら別であります。戦後の処理でありまして、もう二度とこういうことをやっちゃならぬということが一貫して政治になきゃならぬ。そういう理論から言うと、国家から召されていったから、あるいはそうじゃなかったからということで本当は区別するのは理論的には間違いであって、やはりひどい日に遭われた程度によって区分するのが本当の私は理屈だと思います。しかし、現状としてはなかなか現在ではそれは困難であることは私も承知しております¹²⁷⁾」、と。

126) 赤澤・前掲論文（注91）22-23頁、池谷・本件意見書・前掲（注114）56頁。

127) 第94回国会昭和56年4月14日参院社労委員会会議録7号7頁。

これは「政府の公式見解とは正反対に近い認識¹²⁸⁾」とされ、政府が立法の必要性を正式に認識していたとはいえないが、主任の国務大臣がかかる見解を公にしていたことは重視すべきであろう。

したがって、昭和40年代における被害補償要求の高まりと園田答弁を前提にすれば、遅くとも昭和56年の段階で、国会は立法をなしうる客観的状況にあったものと思われる。

小括

なにゆえに一般戦災者への援護がなされずきたかの理由の一つには、一般戦災者が利益集団として脆弱であったことが挙げられる¹²⁹⁾。昭和42年の段階で、在外財産問題についての第三次審議会答申について、圧力団体が強いところだけが保護を受けるようでは平等原則に反するという旨の指摘がなされていたが¹³⁰⁾、結果として戦後65年を経て見えてくるのは、まさにそのように危惧されたところが実現している姿ではないか。

政治過程をどのように理解するかは、必ずしも学説において見解の一致するところではないが、一つの有力な見方によれば、様々な利益集団が拮抗し協力するというものである（多元主義的民主主義観¹³¹⁾）。わが国の判例でも、時にその採用が示されている「二重の基準」は、アメリカ連邦最高裁が1938年に下

128) 池谷・本件意見書（注114）49頁。

129) たとえば、第104回国会参議院社会労働委員会で昭和51年5月13日に片山甚一議員は次のように述べている。「その三点（「戦後処理問題懇談会」で論じられた三つの議題〔恩給欠格者、シベリア抑留者、在外財産〕——引用者注）のことも事の重要性はともかく、声の大きい組織、票の集まる組織、全国的に影響を持つ組織を背景にしたなら、政府・与党は何でも聞くという欲ばけの問題ではないか。本気でそう思っておるのだろうか、選挙を日当てにしたものでないかということでもあります。確かに全国戦災者の諸君は、数は表面的に少ないです。財力もない、体力もない、家計もそう豊かでない。ですから、自民党のところへ押しかけてくるほど力がないかもわかりません」と（同委員会会議録13号22頁）。ほか、阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣、1988年）329-30頁参照。

130) 伊藤正己=金沢良雄=桑田三郎=佐藤功=宮崎繁樹「座談会 在外財産問題審議会答申について」ジュリ362号（1967年）25頁以下、46-47頁〔佐藤発言〕。

131) 松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、1994年）26頁。

した判決である *United States v. Carolene Products Co.*¹³²⁾ の脚注4に遡る。そこでは、多元主義的な政治過程から排除されがちな人たちの保護に関心が示されていたことに、注意を向ける必要がある。後にこの脚注4で示された考えを足掛かりに、一定の場合には積極的に司法審査することを認める考え方が展開・確立してゆき、わが国にも「二重の基準」論として紹介されて導入が図られたのであった。

この「二重の基準」の起源が関心とした事に鑑みるならば、司法府が空襲被災者の救済について判断する際には、彼らが戦没者遺族等他の利益集団に比して声が小さかったことを重視し、権利の実現という見地から厳格に判断すべきであろう。

シベリア長期抑留補償請求事件最高裁判決(最一小判平成9・3・13民集51巻3号1233頁)では、「補償の要否及び在り方」をめぐる立法裁量には限界があることも仄めかされている。戦後に経過した月日や旧軍人・軍属等への補償に費やされた金額を考えれば、一般戦災者が無補償状態にあることについて、立法府の裁量内であるとして司法府が静観しているべきではない。憲法の要請を確認することは、社会的使命として裁判所に課せられている任務であると考えられる。

したがって、本件において、①少なくとも生命、身体を全体の利益のために犠牲にさせられた空襲被災者へ補償立法をなす立法措置を執ることが、憲法13条の「特別犠牲を強いられない権利」に照らし必要であったにも拘らず、何の立法措置も取られなかったこと、また②補償を受けた集団との格差が著しい現在の状態は憲法14条に照らして、救済の不可欠性がいよいよ高まっていることにより、遅くとも園田厚生大臣の答弁のあった昭和56年以降について、立法の不作为は国賠法上違法となすべき例外的場合に当ると解すべきである。

また、戦争被害者への援護法制度は、一般被災者へ補償が及ばないよう均衡が図られてきたのであり、被害の実態が救済を必要とすることを認識しながら意図的に無補償にとどめて置いた。このような場合において過失の存在を否定することはできない。

132) *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

以上により、国は賠償責任を免れない。違法な立法不作為を理由とする国家賠償請求は認容されるべきである¹³³⁾。

結語

まとめれば、本意見書の主張は以下の通りである。

空襲被災者は、天賦の人権として、少なくとも自らの生命や身体について、公共の利益のために犠牲を強いられない権利を有しているというべきであり、憲法は被災者へ金銭填補等による補償をなすことを要請している。金銭による補償についていえば、これが税金により支払われる以上は、国家財政等諸般の事情に鑑み、立法府は実現に当り合理的期間という猶予や一定の裁量を有するが、権利自体、あるいは憲法の要請自体が消滅するはずはない。

立法行為に対して国賠請求をなすことは、通常は理論的に難点を抱えるが、例外的にこの訴訟形式により違憲であることの確認が裁判所によってなされることを、最高裁は許容している（I）。すなわち、立法不作為違憲国賠訴訟は、違憲確認訴訟という側面を持っているのである。

本件は、まさにかかる例外的場合に当るのであり、裁判所は無補償状態を違憲と判断すべきである。無論、裁判所が違憲と判断したところで、補償立法の不存在という状況が解決するわけではないが、違憲判決を受けて、立法府での議論を後押しするという重要な機能を果たすことができる。

最後に、「共同体の一部の集団が被った戦争被害に、共同体全体としてどのように向き合えばよいのか」という、本件で私達が問われている問題は、少なくとも次の二つの意味において、つとめて今日的な課題であることに留意すべきである。すなわち第一に、多くの被災者にとって、いまだに先の大戦は過去の出来事になってはいない。総力戦下で行われる都市空襲は、生活基盤を徹底的に破壊する。家族を亡くし、住居を失った結果、辛酸をなめながら戦後を生き、今も戦災の凄惨な記憶に苦しめられ続けている被災者の負担は、現在進行形である。

133) 本稿では、精神的損害の程度についての議論は措く。

そして第二に、これから先、国際的な緊張の高まりから、わが国が空襲被害を受ける可能性はゼロではないが、現在の法制度には、一般的な戦災補償は存在していないのである。武力攻撃事態等における一般国民への補償は、協力を要請されてそれに応じた国民が死亡又は負傷した場合に限られている¹³⁴⁾。

したがって、空襲被災者の高齢化が進む今、われわれの共同体において、一般市民の戦災被害を、どのように共同体全体で負担してゆくかの議論をなすことは、急務である¹³⁵⁾。そこで、司法府が、この議論において憲法に照らした判断の道筋を示すことは、社会的責務であるといえよう。

134) 国民保護法160条。なお同法42条, 70条, 80条, 115条, 123条, 武力攻撃事態対処法8条も参照。

135) この点について、「戦争中に遭った空襲などによる一般市民被害への国家補償、戦時災害保護法は復活をしないまま一般人は放置されたという事態があります。この点についてはやっぱり余りに不公平ではないか」という福島みずほ議員の指摘に対して、「基本的に、戦病者や戦没者に対する援護年金その他の制度というのは、国が使用者としてその軍隊の、軍人の方々を使ったということの関係でなっているので、我が国には民間の、例えば外国の軍隊による空爆の被害者についての特段の措置はございません。こういうものについてどうするのかと、これはやっぱり我々が、今日はたくさん戦後処理の問題が出てきましたけれども、これはきちんと議論をすべき課題であると思います」という舛添要一厚生労働大臣(当時)の答弁が注目される(第169回国会参院厚生労働委員会平成20年4月10日会議録5号14頁)。