



Title	立法者に対する法改正の義務づけ：改善義務に関するドイツの学説の考察
Author(s)	合原，理映
Citation	阪大法学. 2004, 53(6), p. 153-179
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55365">https://doi.org/10.18910/55365</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 立法者に対する法改正の義務づけ

——改善義務に関するドイツの学説の考察——

合 原 理 映

一 はじめに

二 改善義務についての判例——概観

三 学 説

四 おわりに

## 一 はじめに

日本国憲法第八一条は、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定している。違憲審査の対象は、学説上、法律、命令、規則、処分のみならず、一切の国内法規範とされ、さらに個別・具体的な公権力行為もその審査対象になるとされる。<sup>(1)</sup>また、立法・行政の積極的な国家行為のみならず、消極的な国家行為も審査対象と解されている。<sup>(2)</sup>

このように、審査の対象とされる国家行為が極めて広範囲であるということからしても、違憲審査制は国民の権利保護さらには憲法の最高法規性の担保にとって非常に重要な機能を有している。また、わが国の違憲審査制が通

説のように付随的違憲審査制であるという前提の下であつても、違憲審査というのは主観的な利益保護のみならず、客観的な法秩序の維持・形成を行うという効果もある。とりわけ、違憲審査が法律に向けられるとき、法律を制定する際に汲み取ることのできなかった少数派の権利を擁護する、いわば民主主義を補正する役割もあると考えられる。<sup>(3)</sup> 違憲審査制は、裁判所に対して、立法者と協働しながら違憲な法状態を排除し、憲法適合的な法秩序を作り出す役割を負わせているといつても過言ではないだろう。

立法者と裁判所が憲法適合的な法秩序の構築ために協働するという点で興味深いのは、ドイツ連邦憲法裁判所(以下では「憲法裁判所」とする)における憲法裁判であろう。憲法裁判所は一九五一年に設立されて以来、社会的に議論を呼ぶ裁判において違憲判決を下してきた。憲法裁判所の積極的な姿勢が「憲法裁判権の危機」と呼ばれるほど批判の対象となった時期もあるが、多くの裁判を通じて、憲法裁判所は立法者と協働しながら憲法適合的な法秩序の形成を目指してきた。<sup>(4)</sup> このような憲法裁判所の姿勢は現在の憲法裁判所の様々な側面に見られる。とりわけ特徴的なのが、判決形式を多様化させることにより立法者に対する働きかけに強弱をつけているという点である。中でも「改善義務(Nachbesserungspflicht)」と呼ばれる憲法裁判所による立法者に対する法改正の義務づけは、現在のドイツにおける憲法裁判を特徴づけるものであろう。

ここでわが国の現状を顧みると、裁判所、とりわけ最高裁判所はその役割を果たしてきたのであろうか。すなわち、憲法を解釈することにより民主主義を補完し、また社会の中で憲法を具体化するといった役割を十分に果たしてきたと評価できるのであろうか。最高裁判所に向けられる「司法消極主義」や「違憲判決消極主義」という表現自体が、最高裁判所はその機能を発揮していないことを表しているのではないだろうか。<sup>(5)</sup>

憲法裁判所が立法者の改善義務を判例でどのように論じてきたかという点について、筆者は別稿において既に検

討を行った。<sup>(6)</sup>そこで本稿では、改善義務についての学説を考察することによって、裁判所が合憲状態を回復するためにかかる役割を果たすことができるのか、またそのためには立法者との協働が必要なのかということを考察していきたいと思う。<sup>(7)</sup>

## 二 改善義務についての判例——概観

ドイツ連邦共和国基本法<sup>(8)</sup>（以下では「基本法」とする）や連邦憲法裁判所法<sup>(9)</sup>の中に、改善義務について明記する条文は全く存在しない。改善義務は憲法裁判所における判例の中で創出された概念である。そのため、憲法裁判所の判例それ自体が改善義務についての学説をリードしている。後に見る学説の議論が多分に判例の動向を意識したものとなっている理由はここにある。

そこで、改善義務についての学説上の議論を見る前に、いかなる背景の中で改善義務が生み出されてきたかについて概観したい。ただし、本稿の目的は改善義務に関する学説上の議論を中心として取り上げることであるため、あくまでもその目的の範囲内での言及となることを付言しておきたい。限られた記述ではあるものの、憲法裁判所が立法者に対して改善義務を課すようになったことが、決して特異な状況のもとで生じたのではないということが分かるだろう。<sup>(10)</sup>

連邦憲法裁判所法が制定された一九五一年当初、憲法裁判所の判決手法は、違憲の規範に対して合憲有効とするか、ないしは違憲無効とするかという二者択一であった（連邦憲法裁判所法七八条一文、八二条、九五条三項一文、三二条二項二文<sup>(11)</sup>）。その後、憲法裁判所は判例の展開の中で、連邦憲法裁判所法がもとも想定していなかったよう

な、争われている規範を違憲であるが有効と宣言する、いわゆる違憲確認判決を用いるようになった。これを受けて一九七〇年に連邦憲法裁判所法は改正され、三一二条二項二文、七九条一項において、違憲確認判決が新たな判決方式の一つとして正式に加わった<sup>(12)</sup>。さらに、憲法裁判所は、合憲性を疑われている法律が「いまだ」憲法に適合していることを宣言しながらも、立法者に対して、当該規定を、場合によっては期間を設定した上で、修正するように警告するという警告判決をも生み出した<sup>(13)</sup>。

このように、様々な判決形式が用いられるようになる中で、憲法裁判所は、成立時点では憲法に適合した規範が状況の変化に応じて違憲となり、それゆえに立法者がその改善を義務づけられるという法理を語るようになる。これが改善義務である。その基本枠組みは、一九七八年のカルカー決定<sup>(14)</sup>において以下のように判示されている。

「立法者の下した決定の根拠が法律を公布した時点ではまだ予測できないような新たな展開により決定的に問題視されるようになった場合、立法者は、憲法上、本来の決定が変化した状況のもとにおいても維持されうるか否かについて審査する義務を有している」<sup>(15)</sup>。

カルカー決定において、憲法裁判所は一般的な立法者の立法義務に付随するものとして改善義務を説き、改善義務違反を理由とする憲法異議を認めないという立場をとっていた。

ところが、一九八一年の航空機騒音決定<sup>(16)</sup>において、憲法裁判所は改善義務の法理を一步前進させた。この航空機騒音決定事件では、航空機騒音に対する基本権侵害が絶えず増加しているにもかかわらず立法者が法律上の保護義務を果たさなかったという申立ての部分に関して憲法訴願が認められた。憲法裁判所は、カルカー決定における改

善義務の定義を用いながら、改善義務違反が認められるのは、そもそも適法であった規律が状況の変化によって憲法上許容できなくなり、そのことが明白になったにもかかわらず立法者が何もしないでいた場合や、明らかに誤った改善措置をとった場合に限られると判示した。結論としては、憲法裁判所は立法者の改善義務違反を認めなかったものの、立法者の改善義務違反の有無、改善義務違反が認められるのがどのような場合かということについて判決本文で説いたことによって、改善義務についての学説の議論を喚起することとなった<sup>(17)</sup>。

憲法裁判所がこのような義務を立法者に対して課すようになったのは、靜的な法が動的な社会に存在するための不可避的な帰結であると解されている<sup>(18)</sup>。すなわち、制定当初は合憲であっても、制定後の状況の変化が規範の合憲性の評価を変化させるということである。また、立法者も立法に際して将来の見込みを見誤る可能性もある<sup>(19)</sup>。このような場合には、憲法裁判所は争われている法律を単に違憲無効とするのではなく、立法者に対し改善を義務づけている。すなわち、規範全般ないしは個々の条文の中に改善を要する箇所がある場合に、憲法裁判所は当該規範を単に違憲無効とするのではなく、改善義務を課すことにより立法者に合憲状態の回復を促すのである。

上述した航空機騒音決定の後、憲法裁判所は様々な裁判において立法者に対する法改正の義務づけを行っており、義務の課される場合も飛躍的に拡大を見せている<sup>(20)</sup>。リーディングケースとされる航空機騒音決定は単なる改善義務の枠組みを示したものに過ぎないと評する者もあるほどである<sup>(21)</sup>。

このように、憲法裁判所は判例を通じて様々な判決の形式を生み出しており、改善義務が語られるようになったことも特異なことではない。しかし、改善義務はいまだ基本法や連邦憲法裁判所法に明文の規定がないということから学説上の議論の対象となっている。

以下では、学説を参考にしながら、(一)改善義務の基本法上の根拠、(二)どのような場合に立法者は改善義務

を課されるか、(三) 改善義務が課された法律の合憲性、(四) 改善義務によって立法者はいかなる行為を要求されるか、(五) 改善義務違反になる場合、について考察したい。

### 三 学 説

#### (一) 改善義務の基本法上の根拠

基本法の中に改善義務に直接つながる条文は存在しない。しかし、改善義務を法的な義務と解するには基本法の根拠が必要であるという観点から、その根拠についてはこれまで色々に論じられている。すべての論者に共通しているのは、改善義務を立法者の立法義務と結びつけて論じるという点である。法律が事後的に発生した事実によって改善を必要とされるならば、連邦憲法裁判所は基本法上の義務として改善義務を立法者に対して課すことができるということである。以下のような基本法の条文により、改善義務は基本法上根拠づけられると論じられている。

#### ① 基本法二〇条三項―立法者の憲法拘束と法治国家原則

改善義務を立法義務と解する場合、一般に立法者が有するとされている立法に際しての形成の自由は、基本法上、一定の制限があるという前提に立たなければならない。そこで、立法者の形成の自由を制限する基本法の条文として、基本法二〇条三項の立法の憲法拘束・法治国家原則があげられている。<sup>(22)</sup>

基本法二〇条三項は、「立法は憲法的秩序に、執行権および裁判は法律および法に拘束されている」と規定する。基本法の明文上、唯一この条文が立法における立法者の形成の自由を制限する。

しかし、この二〇条三項だけで改善義務を根拠付けるのは困難であろう。先に述べたように、改善義務は立法義

務と結びつけて議論される。すなわち、基本法上立法者に立法義務があるからこそ法律に対する改善も義務づけられるのである。しかし、基本法二〇条三項の規定は具体的な立法義務を導き出すには抽象的であらう。すなわち、基本法二〇条三項から立法義務の一般的可能性を引き出すことはできるが、いかなる場合にいかなる立法が要求されるかというを読み取ることは困難である。そこで、多くの学説は、基本法二〇条三項を個々の事例で問題となる基本権と組み合わせるで説明している。

## ② 基本権保護義務と法律の留保

各論者に共通しているのが、個々の基本権規定から改善義務が導かれるということである。とりわけ、基本権保護義務から改善義務は導かれると主張されている。<sup>(23)</sup>

基本権は主観的権利であるのみならず、客観的な機能も持つ。この基本権の客観的側面から、国家はその行動・決定についての裁量の範囲を制限される。立法権も当然に恣意的に行使できず、基本権に認められる範囲においてのみ行使することができる。個々の基本権は立法権限の裁量の範囲を限定する機能も併せ持つ<sup>(24)</sup>。

また基本権は、立法者の権限を限定するのみならず、立法者に基本権の保護を義務づけ、個々の基本権に応じた国家の制度・給付・手続のための基準設定を義務づける。<sup>(25)</sup> 保護義務により国家は一定の作為を義務づけられる。<sup>(26)</sup> 立法義務として改善義務を解する場合に重要となるのは、保護義務のなかでもとりわけ法律の制定を求めるという側面である。基本権保護義務が法律を制定することにより履行されるという基本権領域にのみ立法者の立法義務は存在し、ひいては改善義務も存在することとなる。換言すると、すでに立法化されているが基本法上それが不十分であると評価できるような場合に、憲法裁判所は改善義務を課すことができるということである。



このように、諸学説によると、改善義務は法律を制定するという立法者の作為を前提とする。全くの不作為に對しては改善の客体自体が存在しないため、そもそも改善義務の対象とすることはできない。では、基本法上のいかなる基本権が、改善の客体となりうる法律を制定することが要求されているのか。法律の制定が要求されているということはすなわち、改善義務の対象となりうるということでもある。法律を制定することによる基本権保障の議論として、法律の留保の議論がある。<sup>(27)</sup>

基本法上明文で付された「法律の留保」という文言により基本権を区別すると、①単純な法律の留保を伴う基本権（基本法八条二項の屋外で集会をする自由<sup>(28)</sup>など）、②特別の法律の留保を伴う基本権（基本法一一条二項の移転の自由<sup>(29)</sup>など）、③法律の留保を伴わない基本権（基本法五条三項一段の芸術・学問・研究・教授の自由<sup>(30)</sup>など）があるとされる。①や②の基本権に介入する場合には当然法律によらなければならない。③のような基本権に介入する場合についても、法律の形式によることが求められている。すなわち、法律の留保に関する通説・判例の立場によると、あらゆる基本権制約に際して法律という形式が要求されることとなる。

ドイツでは、法律の留保についてはいわゆる本質性理論が妥当する。<sup>(31)</sup>本質性理論によると、基本権の本質的内容に介入する場合、立法者は法律という形式で定めなければならない、そこに実質的な内容も規定することを求められる。この本質性理論は基本権介入に際して立法者に法制定を要請する議論であり、その点では改善義務の出発点となりうる議論でもある。<sup>(32)</sup>すなわち、法律の根拠となるものが本質的に変わったのならば、立法者は憲法に適合しているのか否かを審査し必要があれば改善しなければならないのである。<sup>(33)</sup>

上述したように、改善義務は立法者の基本権保護義務が法律の制定という形式において果たされる領域に存在する。法律の留保という考えと基本権保護義務を組み合わせるならば、改善義務は、法律の留保が基本法上明文で付

されている基本権にはもちろんのこと、基本権の解釈上法律の制定が求められる領域にも向けられることとなる。

③ 手続法的な根拠づけ

以上に見たように、改善義務を基本法上根拠づける場合には基本法の実体法的な側面が重視される。これに対して、改善義務は基本法二〇条二項の権力分立原則の間接的な効果であるとする学説もある。<sup>(34)</sup>

連邦憲法裁判所法三一条二項一文によると、憲法裁判所の判決は法律としての効力を有する。<sup>(35)</sup>憲法裁判所が争われている法律を単に違憲無効とせず立法者に対し改善を義務づけることは、強い効力を与えられた判決を下すことのできる裁判所だからこそ求められる権限の調整なのである。この見解によると、改善義務は、憲法裁判所の自己抑制の表れであるとされる。

(二) どのような場合に立法者は改善義務を課されるか

前述したカルカー決定によると、制定された時点では予測できなかったような新たな展開によって法律の合憲性に決定的な問題が生じたとき、立法者は、基本法上、本来の決定が変化した状況においても維持されるか否かについて審査しなければならない。このような状況において、憲法裁判所は立法者に対して改善義務を課することができる。改善を義務づけられた法律は、将来的に違憲と評価されうる可能性がありながらもさしあたりは合憲と判断される。法律についての合憲性の評価が将来的には不安定な状況においても、立法者は自らの権限の範囲内において、合目的的と考える決定を行うことができる。憲法裁判所自身も、このような状況において裁判所が政治的機関にかわって評価をすることはできないと判示している。<sup>(36)</sup>

では、どのような場合に、憲法裁判所は、争われている法律を違憲無効とせず合憲とした上で改善を義務づけるべきなのであろうか。

立法者の基本権保護義務違反の事実が生じたということから改善義務を導く説もある<sup>(37)</sup>。しかし、多くの学説によると改善義務が課されるのは、第一に立法者が法律を制定する際に行った予測が誤っている場合であり、第二に法律が制定された後にそれを取り巻く状況が変化した場合であるとしている<sup>(38)</sup>。

立法者の予測の誤りは、①立法者が法律の公布の時点において誤った事情を考慮した場合、②立法者が将来の事実に関して、法律を公布する時点で明らかに誤った予測を行った場合、③立法者が法律を制定した時点では認識できなかったが、状況が変化したことにより後になって初めて立法者の予測の誤りが明らかになった場合とに分類することができる<sup>(39)</sup>。

学説上、①や②の場合には憲法裁判所は、争われている法律を違憲無効とすべきであり、③の場合にだけ改善義務を課すべきであると主張されている<sup>(40)</sup>。すなわち、規範を制定した時点では立法者の予測に誤りはなかったが、後になって初めてその予測に誤りがあることが明らかになった場合、憲法裁判所は少なくともさしあたり当該法律を合憲と判断すべきであると解されている。このような場合に、改善義務が課されるべきとされる<sup>(41)</sup>。

状況が変化したという点について、学説では、単に立法者の予測した状況が変化したというだけでは十分でないとされている。すなわち、法律を制定した時点ではまだ予測できなかったような新たな展開により、法律を制定する際に行った判断の根拠に重大な問題が生じたということが必要であるとされている。ここでいう「重大」とは、現実の状況の展開と立法者が法制定に際して行った将来についての予測や見込みまたは期待との間に生じた矛盾が相当程度大きいことを意味する。このような矛盾が明らかになるのは法律が目指していた目的が全くないしは十分

に達成されていない場合や、それとは対照的に法律が期待に反してまたは期待されていたよりもより強く第三者や一般の利益を侵害している場合である。<sup>(42)</sup>

(三) 改善義務が課された法律の合憲性

改善義務はどのような法律に課されるのであろうか。すなわち、制定当初は合憲である必要があるのか、それとも、制定当初から違憲の法律であっても改善を課することができるのであろうか。

多くの学説は、上述してきたように、改善義務が課される法律は、制定当初は合憲である必要があるとしている。このことは、カルカー決定で示された改善義務の本来の概念に基づいている。

これに対し、改善義務は制定当初から違憲であった法律にも課されうると解する説も有力である。<sup>(43)</sup> この見解は、法律がそもそも合憲に成立しているといういわば改善義務の本質的な要素に加えて、制定された段階で違憲であった法律にまで改善義務の対象を拡大するものである。

この説は、一九八三年の国勢調査法一部違憲判決を考慮しながら説かれており、憲法裁判所の判例の動向を意識したものと言うことができる。本判決主文において、憲法裁判所は、「立法者は、理由に付された基準に従って、国勢調査の組織や手続に関する補充規定を制定しなければならない」と判示している。<sup>(45)</sup> この判示から明らかにするのは、補充規定の制定を立法者に義務づけるという改善義務が、法律を公布した後の状況の展開によって導かれたのではないということである。そもそも必要な規定が欠けているからこそ補充が求められるのであり、本来ならばそのような必要な規定を欠いた法律は違憲無効と判断されるべきである。しかし、憲法裁判所は違憲無効とせず立法者に対し改善を義務づけるにとどめた。制定当初から違憲であった法律にも改善義務を課できると説く

論者は、この事例こそが違憲無効とされるべき規範に対しても改善義務が課される場合があるということの証左であると主張している。

(四) 改善義務によって立法者はいかなる行為を要求されるか

立法者が立法に際して行った予測が後になって重要な点で誤っているということが明らかになった場合、立法者は改善を義務づけられる。では、改善義務によって立法者にどのような行為が要求されるのであろうか。憲法裁判所が立法者に改善義務を宣告することによって、立法者は段階的に以下のような作業を行わなければならない。<sup>(46)</sup>

まず、立法者は立法化に際して行った予測が、状況が変化した場合にも維持できるか否かを再検討しなければならない。<sup>(47)</sup> 立法者が法の効果をできるだけ確実にするために十分な調査を行ったかどうかということも考慮に入れない。立法者が法の効果は行われる。このような再検討が行われるのは、立法者が早い段階で基本権侵害の危険を認知するためであり、必要な基本法上の措置で対応するためでもある。このような再検討の作業に携わるのは、行政府と立法者である。立法作業それ自体は立法者が行うが、行政府も立法に必要な情報を議会に提供する。すなわち、行政府と立法者という立法に際しての重要な役割を負う機関こそが、再検討の作業にも関与する。

再検討が終わったら、立法者は検討を行った法律を改正するのか、補充することにより改善するのか、もしくはそのまま維持するのかを選択しなければならない。後者の結論に至る理由としては、現実の状況の変化が、規範を憲法違反の故に維持できなくなったという程に影響を与えていないと評価できる場合が挙げられる。または、そもその予測を新たな予測によって補充するということも挙げられるであろう。このような再検討に際しても立法者は自由に予測を行うことが出来る。改善をしないことにより新たな基本権侵害の危険があるか否かの判断・評価は、

まずは政治的な機関が行うべきものである。<sup>(48)</sup>

立法者が改善を必要ではないという結論に至る場合には、再検討された法律について何らかの形式的な手続をとる必要はない。<sup>(49)</sup>基本法においても連邦議会規則においても、特定の場合にだけ追認をするといった手続を予定していないからである。これに対して、立法者は、例えば宣言を行ったり決議をとったりするというような積極的な措置をとることにより、初めて法律をそのままの形で維持することができると主張する学説もある。<sup>(50)</sup>この説は、憲法裁判所がカルカー決定や航空機騒音決定の中で述べた立法者と行政府の協働義務<sup>(51)</sup>という点から次のように説いている。国家が許可要件を設定し許可を与えるという領域においては、基本権侵害についての責任は行政府と立法権者が共有している。立法者が改善を要しないと判断する場合、立法者はこのような行政府と立法者の協働義務を形式的な法律の制定よりもより緩やかな手続の活動によって果たすことができるのである。

再検討に携わる行政府と立法者が改善を要すると判断する場合に初めて法改正へと向かう。しかし、このような場合においても必ずしも常に法改正が行われるわけではない。改善義務の履行方法は様々あり、例えば、命令や行政規則またはその他の法形式によって実行することもできる。さらには、例えば安全基準をより厳格に運用したり追加条項で補ったりといった方法によって法の解釈そのものをかえる場合もあり得るであろう。既存の法律の条文を改正せずその扱いを変更していくという形で改善義務を果たすという方法は、科学技術などの進展の早い領域を規律する法律であればあるほど必要とされよう。

#### (五) 改善義務違反になる場合

上述してきたように、憲法裁判所が立法者に改善を義務づけた場合、立法者は当該法律を審査・再評価し、場合

によっては法改正しなければならない。

立法者が憲法裁判所による改善義務の宣告にどのように対応すべきかということについて、憲法裁判所は立法者に対して指示することはできない。違憲状態を排除するために法律を改正したり必要に応じては廃止したりすることは立法者の役割である。<sup>(52)</sup>改善義務の履行方法についての法的な基準が存在しないのであれば、憲法裁判所は立法者の判断を尊重しなければならない。

では、改善義務違反とはどのような場合を意味するのであろうか。改善義務違反として考えられるのは、憲法裁判所が立法者に改善義務を課したにもかかわらず法改正など必要な措置を一切行わなかったという場合と、改善を行ったが十分ではなかったという場合が考えられるであろう。いずれの場合であっても、憲法裁判所は改善を義務づけられた法律に対して立法者がどのように対応してきたかという経過を考慮する必要はなく、改善を義務づけられた法律がどのような形で存続しているのか、または改正されたのかという結果だけを基本法との適合性という観点から判断する。

現実の状況が変化したために法律が違憲となったという場合には、憲法裁判所は改善義務を課された法律が基本法と永続的に一致しうるのかということについて審査を行う。カルカー決定において、憲法裁判所は「立法者が、憲法上、本来の決定が変化した状況のもとにおいても維持されうるか否かについて審査する義務を果たしたか」<sup>(53)</sup>否かという観点から審査すると判示している。違憲の法状態を排除して変化した状況においても適用可能な法律を制定するという義務を立法者が怠るのであれば、それはまさに改善義務に違反したことになる。立法者が改善義務をどのように果たすのかということについて憲法裁判所自身は具体的に指示できないという意味では、立法者の改善義務の履行についての憲法裁判所の関与は間接的なものとどまる。

次に、憲法裁判所は改善義務違反の有無をどのように判断すべきなのであろうか。

憲法裁判所は、審査に際して以下の三点から改善義務違反を確認することができる。<sup>(54)</sup> ①立法者が法制定に際して下した決定の根拠は本質的に変わったのか、②立法者は本来の決定が変化した状況のもとにおいても維持できるか否かについて審査するという義務を果たしたのか、③法改正をする義務は立法者になかったのかという点である。これらは、改善義務によって立法者に要求される一連の作業である。憲法裁判所は改善義務から導かれる立法者に対する要請が十分に果たされたのかどうかを審査することができる。

しかし、①や②の点を憲法裁判所が判断することには一定の限界があることが指摘されている。<sup>(55)</sup> ①の点については、確かに憲法裁判所も事実関係の確認を自ら十分に行うことができるであろう。しかし、この点については行政府や立法者も独自の観点から調査を行っており、憲法裁判所以外の機関が行った事実確認はどのように扱うのかという問題がある。<sup>(56)</sup> ②については、行政府や立法者は様々な観点から変化した状況の下でもその決定が維持しうるか否かを判断していることを勘案すると、ある特定の手段や方法だけが最善であると憲法裁判所が立法者に要求できるのかという疑問である。<sup>(57)</sup>

そこで、③が重要となる。航空機騒音決定において、憲法裁判所は以下のように判示している。

「この種（改善義務違反、括弧内筆者）の憲法違反を憲法裁判所が確認できるのは、本来は適法であった規律が状況の変化によって憲法上許容でなくなり、そのことが明白になったにもかかわらず、立法者がその後何もしない場合や、あるいは明らかに誤った改善措置をとったという場合だけである」<sup>(58)</sup>



憲法裁判所によると、基本権保護義務を具体化する法律において効果的な基本権保護のためにどのような措置が合目的で必要とされているかを判断するのは、第一次的には、行政府と立法者であるとされている。従って、高度の意義を有する法益が問題にならない限り、基本権に体现された根本決定から憲法解釈の手法によって国家の積極的な保護・行為義務を導き、立法者の能動的措置によりそれを実現するという問題について、憲法裁判所は限定的にしか審査できないと判示している<sup>(59)</sup>。このような観点から憲法裁判所は、明白性の基準により改善義務違反を審査すると示しており、多くの学説も航空機騒音決定における憲法裁判所の見解を支持している。

#### 四 おわりに

今日、憲法裁判所は立法者に対して単に法改正を義務づけるだけではなく、具体的な立法の指針を示すこともあ<sup>(60)</sup>る。このように憲法裁判所が立法者に改善義務を課すことには、立法過程において法政策的な意義があると指摘する論者もいる<sup>(61)</sup>。

政治・社会・文化・経済・科学技術などの領域を規律する法は、常にそれらの変化に追隨する必要がある。しかし、とりわけこれらの領域の展開は速く、時にそのダイナミズムは法の合憲性を脅かすこともある。むしろこのような領域の法については、常にその合憲性に不確実性が伴っているとも言える。適法状態を維持することは第一義的には立法者の責務であるが、基本法の解釈・適用という観点からは立法者のみならず裁判所の協働も必要不可欠である。このような観点から、ドイツでは立法者に改善義務が課されるのみならず、場合によっては裁判所が立法者の改善義務違反を宣告するということもまた当然のことと論じられている。

しかし、改善義務については次のような問題点も指摘されている<sup>(62)</sup>。①改善義務違反には法的な効果が無く、改善

義務違反に対してどのような制裁があるのかは基本法からは明らかにならない。<sup>(63)</sup> ②憲法裁判所が法的な効果がないにもかかわらず法改正を義務づけることは裁判所による立法活動であり、権力分立原則を侵害することになる。③憲法裁判所が改善義務を課し立法者に具体的な立法の指針を示すことにより、立法者は憲法裁判所による新たな法制定の単なる補助者となる可能性がある。④その結果、立法者が憲法裁判所によって改善義務を課されるまで自ら進んで法改正をしなくなってしまうという危険性を生み出しかねない。

これらの問題点の指摘については、改善義務のそもそもの目的から、以下のように答えることができるのではないだろうか。

改善義務をはじめとして憲法裁判所が様々な判決形式を生み出してきた理由の一つは、憲法裁判所による裁判の効力の強力さを回避すると同時に、違憲無効とされることによる法的な空白を回避することである。<sup>(64)</sup> とりわけ、時の経過の早い領域を規律する法律の合憲性が争われる場合に憲法裁判所に求められるのは、単に当該法律を違憲無効と判決することではなく、立法者に対して迅速な法改正を促すことである。法改正こそが、憲法に適合した法状態を創出することにつながるからである。憲法裁判所は立法者に対して能動的に改善義務を課すのではなく、何らかの形式で憲法裁判所に求められた基本権解釈の一環として改善義務を課す。ここでの憲法裁判所の役割は、あくまでも受動的なものである。立法の主導権は常に立法者にあり、憲法裁判所は、求められた範囲内だけで法律の合憲性を審査しうるのである。立法者が憲法裁判所によって改善義務を課されるまで自ら進んで法改正をしなくなってしまうという懸念は、憲法裁判所に向けられるべきではなく、むしろ立法者の立法への姿勢が問われているのである。

改善義務に対しては以上に見たような問題点が提起されているが、これらは、憲法裁判所の改善義務の広がり

批判し、義務づけの縮小を求めるという議論ではないように思われる。これらはむしろ、憲法裁判所の立法活動への協働の必要性を前提とした上で、権力分立の中での憲法裁判所と立法者の均衡のあり方を再考しながら、改善義務を基本法上さらに根拠づけることの必要性を説いているように思われる。

ドイツにおいては、憲法裁判所が積極的に違憲判決を下してきたことから、憲法裁判所と立法者との間には一定の緊張関係が存在する<sup>(65)</sup>。このような関係の中で憲法裁判所が改善義務を立法者に課すということは、立法者にとつては当該法律が次は違憲無効と判断されうるといふ緊張感を持つて受け止められているのではないだろうか。これまで、憲法裁判所が改善義務違反を確認した事例がないということがこのことを証明しているように思われる。

憲法裁判所は、憲法に関する争いを排他的に裁定する機関である。その権限は非常に大きく、抽象的規範審査<sup>(66)</sup>、具体的規範審査<sup>(67)</sup>、憲法訴願をはじめとする規範審査に加え、政党の禁止なども行う。中でも、今日の憲法裁判所を特徴づけるのは憲法訴願であろう。憲法訴願は憲法裁判所で行われる全訴訟の九六%にのぼり、年間約四五〇〇件以上が提起されている<sup>(70)</sup>。憲法訴願では、公権力による基本権侵害について争われる。そこでは基本権論が展開され、しばしば基本権保護義務が論じられる<sup>(71)</sup>。このような状況においては、憲法裁判所が改善義務を語る余地は必然的に広がるのである。

ここでわが国における裁判所と立法者との間の協働関係について顧みると、ドイツとは大きく異なっていることが分かる。

わが国の裁判所、とりわけ最高裁判所を特徴づける表現は様々あるが、その中でも興味深いのは「消極的司法審査と積極的傍論<sup>(72)</sup>」や「メッセーシ型<sup>(73)</sup> 合憲判決<sup>(73)</sup>」という表現ではないだろうか。これらの表現は、最高裁判所が争われた法令を判決主文では合憲と判断しながらも、傍論においてあるべき法改正や立法政策を語るといふことに

ついで表したものである。これらの論者に共通しているのは、最高裁判所が極端に違憲判決を嫌う、いわゆる「司法消極主義」という現状においては、判決傍論の中で最高裁判所が立法論を語っても立法者に対しては直接的なインパクトがないということである。むしろこのような現状において裁判所が「メッセージ型」合憲判決を用いるならば、立法者は「合憲」という結果だけに満足し、立法者の更なる対応を引き出すことは極めて困難であるとも指摘されている。<sup>(74)</sup>

最高裁判所での裁判は立法者に対して「訴訟外的な効果」<sup>(75)</sup>を与えているという指摘もある。最高裁判所において争われたということで社会的な注目・批判が集まり、立法者が法改正や制度のあり方そのものについての再考を余儀なくされるということである。最高裁判所における裁判にこのような効果があることについては否定しえない。しかし、このような効果はあくまでも二次的なものであり、やはり最高裁判所の判決の内容それ自体が重要なのではないだろうか。

本稿では、ドイツにおける改善義務論を取り上げながら、法改正について裁判所がいかに立法者と協働できるのかという点についての考察を試みた。ドイツにおいて改善義務が機能している背景には、ドイツ特有の憲法裁判制度ということもあるだろう。しかし、何よりも憲法裁判所が立法者と連携して憲法に適合した法状態を創出するという協働関係が築かれているということが、改善義務が機能する背景にあるのではないだろうか。わが国においても憲法に適合した法秩序を構築するためには、このような協働関係を築くことが極めて重要であると言えよう。このような協働関係がないままにどのような判決形式を用いようとも、また、どのような合憲性判断基準を用いようとも、憲法八一条が保障する違憲審査権の機能は十分に発揮できないのではないだろうか。わが国における裁判所と立法者の関係を考える際、裁判所、とりわけ最高裁判所に期待される役割は大きいものであると言えよう。

(1) 野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利『憲法Ⅱ第三版』二五八頁(二〇〇一年)。

(2) 立法と行政の積極的な行為(作為)が違憲審査の対象となることについては学説上異論ない。しかし、消極的な行為(不作為)、とりわけ、立法不作為が違憲審査の対象となりうるか否かについては議論の分かれるところである。行政庁の不作為については、行政事件訴訟法三条五項に抗告訴訟の一形態として不作為の違法確認訴訟が規定されているこれに対して、立法不作為については特定の訴訟形態がない。そこで、立法不作為は、国家賠償法一条一項の違法な「公権力の行使」にあたるとして訴訟が起こされている。判例においてはこのような立法不作為が国賠法一条一項の違法の評価を受けるのはきわめて限定的な、むしろ憲法上例外的とも考えられるような場合に限りされるとされている。リーディングケースとされる在宅投票制度廃止訴訟(最判昭和六〇年一月二日民集三九卷七号一五一二頁)において、最高裁判所は、「国会議員の立法行為は、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、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」と判示している。近年では、旧らい予防法の強制隔離政策の違憲性を指摘し、ハンセン病患者の強制隔離規定を改廃しなかった立法の不作為について国家賠償が求められた事例がある(熊本地裁判平成一三年五月一日、判時一七四八号三〇頁)。この事例において、熊本地方裁判所は在宅投票制度に関する最高裁判所判決を踏まえながらも、在宅投票制度廃止が「もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないようなきわめて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする」としている。また、在宅投票制度最高裁判所判決に言う「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」とは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件ではなく、立法の不作為に対して国家賠償が認められるのは「極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎないものというべきである」と判示した。その上で、旧らい予防法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法の不作為は、国家賠償法上、違法と評価するのが相当であると判決した。この熊本地裁判決に対して、国は被害者救済という観点から控訴を断念したため、判決が確定している。この旧らい予防法の改廃を怠った立法者の不作為についての訴訟は、判決が示すように、らい予防法が「他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する」法であったために、立法不作為の違法・違憲が認められているといえるであろう。これまでの判例を踏まえると、極めて例外的な判決とも言えるもの

であり、立法の不作為の違憲性について前進があったと評するには不十分である。立法不作為についての判例の動向を論じたものとして、西瑩章「立法不作為と国家責任」法律時報七六卷一五〇頁（二〇〇四年）。

(3) 奥平康弘『憲法裁判の可能性』一三三頁（一九九五年）。民法九〇〇条四号ただし書前段、いわゆる非嫡出子相続差別について争われた最高裁判成一九五年三月三十一日第一小法廷判決（判時時報一八二〇号六二頁（二〇〇三年））において、泉徳治裁判官は反対意見の中で、民法九〇〇条四号ただし書前段が憲法一四条一項に違反するということについて次のように述べている。「本件（自己の意思によらず、出生によって非嫡出子という地位になり、それ故に嫡出子の相続分の二分の一になるという差別、括弧内筆者）が提起するような問題は、立法作用によって解決されることが望ましいのは言うまでもない。しかし、多数決原理の民主制過程において、本件のような少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり、司法による救済が求められている」。具体的な事例の中で違憲審査制が民主主義を補完する役割を持つという点について論じられたことは興味深い。

(4) 憲法裁判所に対するドイツ国内での様々な議論・批判については、Josef Isensee, Bundesverfassungsgericht quo vadis?, 同著の邦訳として、ヨーゼフ・イーゼンゼー（名雪健二訳）「連邦憲法裁判所よ、さよう（一・二）」東洋法学四三卷一〇一三九頁（一九九九年）・四四卷一〇一七頁（二〇〇〇年）、Richard Häubler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, 1994, 渡辺康行「概観：ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』三頁（二〇〇三年）、元ドイツ連邦憲法裁判所長官の立場から憲法裁判所を擁護する議論を展開しているものとして、ユッタ・リンバッハ（青柳幸一・栗木壽夫訳）『国民の名において―裁判官の職業倫理』（二〇〇一年）、同著（青柳幸一訳）「ドイツ連邦憲法裁判所の五〇年」ジュリスト一二二号五六頁（二〇〇一年）、服部高宏「法と政治の力学と憲法裁判―ドイツ連邦憲法裁判所批判を手がかりに」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界「I」法的思考の再定位』一〇三頁（一九九九年）、畑尻剛「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所（上・下）」ジュリスト一一〇六号七四頁・一一〇七号七九頁（一九九七年）、永田秀樹「西ドイツにおける憲法裁判と政治（一・二）」大分大学経済論集三八巻六号五九頁・三九巻二号八一頁（一九八七年）。

(5) 平成一四年の最高裁判所判例の動向については、戸松秀典「憲法問題と裁判―最近の最高裁判例の動向に照らして―」法曹時報五五卷十一号一頁（二〇〇三年）。

- (6) 拙稿「立法者に対する法改正の義務づけ——ドイツ連邦憲法裁判所における改善義務論——」阪大法学四九卷一号二六九頁（一九九九年）。
- (7) 立法者が立法に際して行う将来の予測に関するドイツの判例・学説を論じたものとして、岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制——一九七〇年代（旧西）ドイツにおける学説・判例の検討——」法学政治学論究一四号六七頁（一九九二年）、高見勝利「立法院の予測に対する裁判的統制について——西ドイツにおける判例・学説を素材に——」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』三五頁（一九八五年）。
- (8) ドイツ連邦共和国基本法の邦訳として、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第三版〕』（二〇〇一年）。
- (9) 連邦憲法裁判所法の邦訳として、初宿正典・須賀博志編訳『原典対訳・連邦憲法裁判所法』（二〇〇三年）。
- (10) 憲法裁判所の判決方式のみならず、憲法裁判の全体像を含めた考察をした邦語の文献として、ホルスト・ゼッカー（生天目忠夫訳）『概観ドイツ連邦憲法裁判所』（二〇〇二年）、工藤達朗編『ドイツの憲法裁判——連邦憲法裁判所の組織・手続・権限——』（二〇〇一年）、畑尻剛『憲法裁判研究序説』（一九八八年）。
- (11) *Klaus Schlaich/Stefan Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen* 5. Aufl., 2001, S.269 f.
- (12) 今日、違憲確認判決は違憲無効判決と同程度に頻繁に用いられている。違憲判決が多用されることについて、シュライヒは、違憲無効判決により生じる法的な空白を避けるということを理由として挙げている。Klaus Schlaich / Stefan Korioth. a.a.O., S.269 f. 違憲確認判決についての論文として、Jens Blüggel, Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, 1998 ; Peter Hein, Die Unvereinbarkeitserklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988 ; Jörn Ipsen, Nichtigerklärung oder „Verfassungswidrigkeitserklärung“ - zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis, JZ, 1983, S.41 ff. ; ders., Die Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S.107 ff. ; Hermann Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW, 1982, S.257 ff. 我が国におけるドイツの判決手法について論じたものとして、有澤知子「4. 判決の手法」工藤達朗編・前掲書註（10）一八一頁、野中俊彦「西ドイツにおける違憲判決の方法」同『憲法訴訟の原理と技術』二六三頁（一九九五年）、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——神戸法学雑誌三九卷四号九六二頁（一九九〇年）、阿部照哉「西ドイツにおける違憲確認判決の効力」今村成和教授退官記念『公法と経済法の諸問題（上）』一九七頁（一九八一年）、永田秀樹「西ドイツにおける法律の憲法判断の方法」大分大学経済論集三三三卷三号八六頁（一九八一年）。

- (13) *Martin Schulte*, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl., 1988, S.1200 ff.; *Christoph Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S.205 ff.; *Peter Badura*, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung“ von Gesetzen, in: Festschrift für Eichenberger, 1982, S.481 ff.; *Christian Pestalozza*, „Nach verfassungsmäßige“ und „bloß verfassungswidrige“ Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976, S.540 ff.; *Rupp von Brünneck*, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S.355 ff. 憲法裁判所の生み出す新たな決定方式は、立法者の形成の自由を侵害するよう批判的な見解もある。Otto Bachof, Der Richter als Gesetzgeber?, in: ders., Wege zum Rechtsstaat, 1979, S.344 ff.; *Apostolos Gerontas*, Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl., 1982, S.486 ff.; *Christoph Gusy*, a.o., 1985, S.188.
- (14) BVerfGE 49,89. 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・前掲書註（4）三六九頁、村上淳一「科学技術の水準と裁判——ドイツの実務と法理論——」同『現代法の透視図』四三頁（一九九六年）。
- (15) BVerfGE 49,89(130).
- (16) BVerfGE 56,54. 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——」前掲書註（4）七八頁。
- (17) 改善義務を扱った論文として、*Christian Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1987; *Rudolf Steinberg*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, Der Staat Bd.26, 1987, S.161 ff.; *Rupert Stettner*, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl., 1982, S.1123 ff.



- (18) *Rudolf Steinberg*, a.a.O., S. 170.
- (19) *Rupert Stettner*, a.a.O., S. 1123.
- (20) 改善義務は当初、警告判決や違憲確認判決に結びつけられて説かれていたが、今日では、違憲無効判決においても用いられている。また、改善義務の内容も一般的な法改正の義務の提示にとどまらず、具体的な立法への示唆・枠組みの提示をも含むものへと変化している。拙稿・前掲論文註(6)二八四頁。
- (21) *Christian Mayer*, a.a.O., S. 19.
- (22) *Wolfgang Heyde*, Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrigkeitserklärung von Normen, in: *Festschrift Hans Joachim Faller*, 1984, S. 54 ff.; *Klaus Stern*, Staatsrecht III / 2, 1994, S. 1159.
- (23) *Alexander Roßnagel*, Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Atomrecht, JZ, 1985, S. 715.; *Rupert Stettner*, a.a.O., S. 1126.; *Peter Badura*, a.a.O., S. 482.
- (24) *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 18. neubearbeitete Aufl., 2002, S. 21. 同著の15版の邦訳として、ピエロート＝シュリンク(永田秀樹＝松本和彦＝倉田原志訳)『現代ドイツ基本権』三〇頁(二〇〇一年)。
- (25) *Pieroth/Schlink*, a.a.O., S. 21. ピエロート＝シュリンク・前掲訳註(24)三〇頁(一九九九年)。
- (26) シュテルンに於て、基本権の客観法的な側面はまさに立法者に向けられるものであるとされる。*Klaus Stern*, Staatsrecht III / 1, 1988, S. 89.
- (27) *Pieroth/Schlink*, a.a.O., S. 60. ピエロート＝シュリンク・前掲訳註(24)八七頁。法律の留保については、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(二〇〇一年)。
- (28) 基本法八条二項は以下のように定める。「屋外の集会については、この権利は法律により、または法律の根拠に基づいて、これを制限することができる」。
- (29) 基本法十一条二項は以下のように定める。「この権利は法律によって、または法律の根拠に基づいてのみ、かつ、十分な生活基盤がなく、その結果公衆に特別の負担が生ずる場合、または、連邦もしくはラントの存立もしくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するために必要な場合、伝染病の危険、自然災害、もしくは特に重大な災害事故に対処するために必要な場合、少年が放置されないように保護し、もしくは犯罪行為を防止するために必要な

場合にのみ、これを制限することが許される」。

- (30) 基本法五条三項一段は以下のように定める。「芸術および学問、研究および教授は自由である」。
- (31) 松本和彦・前掲書註(27)五二頁。
- (32) *Peter Badura, a.a.O., S.482.*
- (33) *Alexander Roßnagel, a.a.O., S.715.*
- (34) *Wolf-Rüdiger Schenke, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW, 1979, S.1327.*
- (35) 憲法裁判所の判決の効力についての詳細は、林屋礼二『憲法訴訟の手続理論』(一九九九年)。
- (36) *BVerfGE 49,89(131).*
- (37) *Peter Badura, a.a.O., S.486.* バドゥーラは改善義務を基本権保護義務に根拠付けるため、改善義務が課されるもの、立法者の改善義務違反の事実が生じた場合に限定されるとしている。
- (38) *Rupert Stettner, a.a.O., S.1125.*
- (39) *Rupert Stettner, a.a.O., S.1125 f.*
- (40) *Rudolf Steinberg, a.a.O., S.161; Rupert Stettner, a.a.O., S.1125; Rüdiger Breuer, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat Bd.16, 1977, S.21 ff.*
- (41) 憲法裁判所も当初③のような場合に改善義務を説き、①や②の場合には、争われている法律を違憲無効と判断してきた。しかし今日では、本来ならば違憲無効と判決されるべき場合でも立法者に対して改善義務を課す場合がある(例えば、*BVerfGE 80,1; BVerfGE 82,322; BVerfGE 88,203.*)。
- (42) *Rudolf Steinberg, a.a.O., S.165.*
- (43) *Klaus Schlaich/Stefan Korioth, a.a.O., S.293.*
- (44) *BVerfGE 65,1.* 平松毅「自己情報決定権と国勢調査―国勢調査法一部違憲判決―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書註(4)六〇頁。
- (45) *BVerfGE 65,1(3).*
- (46) *Rudolf Steinberg, a.a.O., S.165.*

- (47) BVerfGE 49,89(130). ; BVerfGE 56,54(79).
- (48) BVerfGE 49,89(132).
- (49) *Alexander Roßnagel*, a.a.O., S.717.
- (50) *Rudolf Steinberg*, a.a.O., S.167.
- (51) BVerfGE 49,89(133) ; BVerfGE 56,54(84).
- (52) *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, a.a.O., S.286.
- (53) BVerfGE 49,89(130).
- (54) *Rudolf Steinberg*, a.a.O., S.177.
- (55) *Rudolf Steinberg*, a.a.O., S.178.
- (56) *Fritz Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S.458 ff.
- (57) *Rudolf Steinberg*, a.a.O., S.178 ; BVerfGE 56,54(X 81).
- (58) BVerfGE 56,54(81).
- (59) BVerfGE 56,54(81).
- (60) 拙稿・前掲論文註(6)二八二頁。
- (61) *Rudolf Steinberg*, a.a.O., S.183.
- (62) *Rudolf Steinberg*, a.a.O., S.183.
- (63) 憲法裁判所の判例において、現在まで、改善義務違反を認めた判例はない。判例上、改善義務違反の制裁がどのような形になるのかということも明らかにっていない。
- (64) 連邦憲法裁判所法第三一条二項前段は以下のように定める。「§一三条第六号、第一一号、第二二号及び第一四号の事件では、連邦憲法裁判所の裁判は、法律の効力を有する。§一三第八a号の事件において、連邦憲法裁判所が一の法律を基本法に適合する若しくは適合しない又は無効であると宣言する場合も、同様とする」。憲法裁判所の違憲判決の効力については、林屋礼二・前掲書註(35)一六頁。

- (65) ドイツでは一九五〇年代、一九七〇年代、一九九五年に社会的に高い関心を引いた事案に次々に違憲判決を下したことから、「憲法裁判権の危機」と呼ばれるほど、憲法裁判所に対する批判が高まった。この点について考察した論文としては、前掲註(4)。
- (66) 基本法九三条一項二号。
- (67) 基本法二〇〇条一項。
- (68) 基本法九三条二項に基づき、連邦憲法裁判所法九〇条一項。
- (69) 基本法二二条二項。
- (70) 憲法裁判所のホームページによると、憲法裁判所が設立された一九五一年九月七日から二〇〇二年末までに、憲法裁判所には一四一、三二四件の申立てが行われているが、そのうち一三五、九六八件が憲法訴訟である。また、二〇〇二年だけでも、憲法裁判所に持ち込まれた憲法訴訟は、四五二件である。<http://www.bundesverfassungsgericht.de>。
- (71) 松本和彦「ドイツ基本権論の現状と課題」ジュリスト二二四四号一八八頁(二〇〇三年)。
- (72) 奥平康弘・前掲書註(3) 一五三頁。奥平教授は、「ほとんど確信的といえる司法消極主義者からなる最高裁判所裁判官が、なぜか傍論となるととても積極的で、あるべき立法政策をはなだ雄弁に語り行政措置の是正を要請する」と論じている。
- (73) 蛭原健介「合憲性審査と立法的対応に関する一考察―違憲判決と『メッセージ』型合憲判決にたいする対応―(一・二)」立命館法学二二五七号二四頁・二五八号二六頁(一九九八年)。
- (74) 蛭原健介・前掲論文註(73) (二) 二五八号六三頁。
- (75) 奥平康弘・前掲書註(3) 一三五頁。