

# 立法不作為の違法性

——戦後補償を中心として——

西 埜 章

戦後補償訴訟において、原告側は、国の責任を追及する法的理論として、しばしば立法不作為の違法性を挙げている。戦傷病者戦没者遺族等援護法（援護法）上の援護の対象に民間人被災者を含めるような立法をしないのは違法であるとの訴訟、シベリア抑留者に対する補償措置（立法）を講じないのは違法であるとの訴訟、元日本国軍属であった在日韓国人に対して日本国籍を有する者と同一の内容の援護のための立法措置を講じないのは違法であるとの訴訟などであり、このほか、行政訴訟としての立法不作為の違憲（違法）確認訴訟も少なくない。本稿においては、立法不作為に関する判例動向を批判的に分析しながら、戦後補償訴訟における立法不作為の違法性について考察することにする。

## I 判例の動向

### 1 否定的動向

#### (1) 在宅投票制度廃止等違憲国賠訴訟最判昭和60年以前の動向

いくつかの裁判例をみれば、一般民間人戦災訴訟の一審判決（名古屋地判昭和55・8・29判時1006号86頁）は、援護法は憲法14条1項、11条、13条に違反しないとしたうえで、「原告らが被告国に対して援護法が憲法14条1項、11条、13条に違反し、ひいては原告らに対し援護法と

同様な補償措置を立法上講じないことが違法であるとして慰籍料の支払及び謝罪を求める本訴請求はその前提を欠き、結局被告国の機関たる国会、国会議員、内閣総理大臣及び国務大臣が援護法を改廃しない行為及び同法と同等な補償を民間被災者に与えることを内容とする法律を発案しない行為又は制定しない行為は、何ら違法な職務行為を構成しないこととなるから、国家賠償の成立の余地はないといわなければならない」と判示しており、その控訴審判決（名古屋高判昭和58・7・7判時1086号111頁）も、ほぼ同趣旨である。

行政訴訟である立法不作為違憲（違法）確認訴訟においても、台湾人元日本兵訴訟の控訴審で、控訴人（一審原告）らは、予備的請求として、被控訴人（国）が台湾人元日本国軍人軍属の戦死傷に関して日本人に対するのと同等の補償をなすべき補償立法を制定しないことは違憲・違法であることの確認を求めた。控訴審判決（東京高判昭和60・8・26判時1163号41頁）は、このような訴訟は講学上の無名抗告訴訟の1類型である義務確認訴訟に属するものと解したうえで、前記国賠訴訟の判決とはほぼ同趣旨の判断を示している。すなわち、同判決は、「この種訴訟が許容されるには、①行政庁ないし立法府において一定内容の作為をなすべきことが法律上二義を許さないほどに特定していて、行政庁ないし立法府の第一次的な判断権を重視する必要がない程度に明白であること、②事前の司法審査によらなければ回復し難い損害を生じ、事前の救済の必要性が顕著であること、③他に適切な救済方法がないこと、の各要件が満たされることが必要である」としたうえで、これを本件について検討して、補償立法を行うには国民感情、社会・経済・財政事情、さらには外交環境等をも考慮して、受給範囲、支給金額、支給時期、支払方法等を国会において決定しなければならないが、これらについて憲法上一義的に特定しているとはいえないから、本件予備的新訴は前記要件を欠き不適法である、と判示している。

## (2) 在宅投票制度廃止等違憲国賠訴訟最判昭和60年以降の動向

戦後補償訴訟における立法不作為責任の追及に大きな影響を与えたのは、在宅投票制度廃止等違憲国賠訴訟の上告審判決(最判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁)である。同判決については、後に改めて分析することにして、ここではとりあえず、この最判昭和60年以降の判例動向を概観することにする。

最判昭和60年以降の裁判例は、議員定数不均衡違憲訴訟判決をはじめとして、大体この最高裁判例に従っている。戦後補償訴訟判決についてみれば、一般民間人戦災訴訟の上告審判決(最判昭和62・6・26判時1262号100頁)は、最判昭和60年を引用したうえで、「上告人らの前記主張にそう立法をしなかった国会ないし国会議員の立法不作為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はないものというべきであるから、結局、右立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである」と判示している。また、シベリア抑留訴訟の一审判決(東京地判平成元・4・18判時1329号36頁)は、立法上の不作為も国賠法の適用対象となり得るとしながらも、「不作為が違法となるためには作為義務の存在が必要であって、国会は全国民を代表するところの国権の最高機関として立法権を有し、立法権の行使には裁量が伴うから、国会が特定の立法をしないことが違法とされるためには、右の作為義務が憲法上明文をもって定められているか又は憲法解釈上その義務の存在が明白な場合でなければならぬと解される。しかるところ、前叙のとおり、原告らが被った本件損害は戦争損害に外ならず、これに対する補償は憲法の予定しないところと解されるから、憲法上又は憲法解釈上原告ら被抑留者に対する補償立法義務が存在するとはいえないといわなければならない」と判示している。その控訴審判決(東京高判平成5・3・5判時1466号40頁)と上告審判決(最判平成9・3・13民集51巻3号1233頁)も、これを是認している。さらに、韓国人強制徴兵訴訟の一审判決(東京

地判平成8・11・22訟月44巻4号507頁）も、「国会がいつ、いかなる立法をなすべきか、あるいは立法しないかの判断は、国会の裁量事項に属するのであって、仮に国会議員の立法不作為又は内閣の法律案の不提出が国家賠償法上違法であると評価される場合があるとしても、日本国憲法の一義的な文言に違反している場合に限られるところ、憲法上はもとより憲法解釈上もこのような補償立法義務が存在するとはいえないことは、右に述べたとおりである」と判示している。

元日本国軍属として徴用され負傷した在日韓国人が援護法に基づく障害年金請求却下処分取消しと損害賠償を請求した事件においても、大阪高判平成11・10・15（判時1718号30頁）は、最判昭和60年を引用したうえで、立法不作為について次のように判示している。「援護法の国籍条項及び戸籍条項が立法当時にはそれなりの合理的な根拠があったこと、同法に基づく障害年金等を受給する権利は、その本質は国家補償に基づく権利と解すべきであるが、社会保障的な側面をも有する権利であって、社会保障的な権利の内容をどのように定めるかは一般的には国会の立法裁量に属する事柄と考えられていること等を勘案すると、国会が、日韓請求権協定の締結あるいはB規約の批准後も、国籍条項及び戸籍条項をそのまま存置したのは、国籍条項及び戸籍条項が憲法14条あるいはB規約に違反する疑いがあるとは判断していなかったことによるものと推認されるのであって、国籍条項及び戸籍条項が憲法14条あるいはB規約に一義的に違反することを認識しながら、あえて国籍条項及び戸籍条項を存置したものとまで認めるのは困難である。」

韓国併合・元従軍慰安婦訴訟の控訴審において、控訴人（一審原告）らは、予備的請求として、立法不作為による国家賠償を追加請求し、最判昭和60年を前提としたうえで、「立法の不作為に関する限り、その不作為が憲法秩序の根幹的価値にかかわる基本的人権の侵害をもたらしているときには、その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べきである」と主張した。これに対して、東京高判平成11・8・3(判時1704号54頁)は、最判昭和60年を引用したうえで、「憲法前文その他の規定のどれ一つを取り上げても、右立法の作為義務を一義的に定めた規定であるとは解することはできないのであるが、また、それらの条項を総合的に解釈してみても、立法義務が一義的に定められていると解することは到底できない」「控訴人らは、従軍慰安婦に対する補償立法についての文言が一義的でなくても、その不作為が憲法秩序の根幹的価値にかかわる基本的人権の侵害をもたらしている場合には、国会議員に立法義務が生じ、その是正を図るのが裁判所の固有の権限と義務であり、単に国会議員の政治的責任を問うのみでは解消されないというが、既存法規の憲法適合性の審査ではなく、憲法秩序の根幹的価値にかかわる基本的人権の侵害があり、かつ、これを救済する立法をすべきであるとの司法判断を、民事訴訟等の場において裁判所が行うことを憲法が予定しているとは解することはできない。憲法は、三権分立の原則を採用し、その制度の下において、それらの立法の要否、内容、立法の時期等については、憲法の一義的な文言に違反していない限り、原則として立法府の裁量に委ねていると解するのが相当である。したがって、右立法の不作為をもって国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものということとはできない」と判示している。

フィリピン性奴隷損害賠償請求事件の控訴審においても、控訴人(一審原告)らは、立法不作為の違法を理由とする損害賠償請求を追加請求して、「一般的にある被害の救済のための立法をすべきかどうかは基本的には国会の裁量であるとしても、控訴人らが性奴隷として受けた被害の重大性と救済の高度の必要性からして、本件は憲法秩序の根幹的価値に関わる重大な人権侵害の救済に関する事柄であり、憲法はその救済のための立法をなす義務を国会議員に課していると解すべきであるから、その違反は昭和60年判決がいうところの国家賠償法1条

1項の適用上違法と評価される例外的場合に該当する」と主張した。これに対して、東京高判平成12・12・6（判時1744号48頁）は、最判昭和60年に依拠したうえで、「憲法前文その他の規定のどれ一つを取り上げても、右立法の作為義務を一義的に定めた規定であるとは解することができないし、それらの各条項に反映されている憲法の平和主義、国際社会の尊重、基本的人権の擁護、国の賠償責任、財産権の保障と正当な補償、刑事補償等の規定の趣旨及び目的を総合してみても、控訴人ら主張のような立法をすることが憲法上必須な要請であり一義的に立法義務が定められていると解することは到底できない」と判示している。

## 2 肯定的動向

### (1) 関釜訴訟判決

このような消極的判例動向の中で、関釜訴訟の一審判決（山口地下関支判平成10・4・27判時1642号24頁）は、原告らの主張を容れて、立法不作為の違法を理由に元従軍慰安婦3名の賠償請求を認容した。この訴訟において、原告らは、日本国憲法前文、9条、14条、17条、29条1項・3項、40条及び98条2項の各規定を総合すれば、憲法解釈上、国会議員らに戦後賠償ないし補償の立法制定義務が課されていることが明らかであるにもかかわらず、戦後50年を経た今日に至るまで立法をしないまま放置してきたのであるから、立法をなすべき合理的期間を十分徒過しており、少なくともこのことにつき過失があったものというべきである、と主張していた。

一審判決は、立法不作為の違法性について、最判昭和60年を引用したうえで、次のように判示している。「しかし、右結論部分における『例外的な場合』についてはやや見解を異にし、立法不作為に関する限り、これが日本国憲法秩序の根幹的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。」「これが国家賠償法上違法となるのは、単に、『立法(不作為)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(行わない)というごとき』場合に限られず、次のような場合、すなわち、前記の意味での当該人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であって(その場合に、憲法上の立法義務が生じる。)、しかも、国会が立法の必要性を十分認識し、立法可能であったにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなおこれを放置したなどの状況的要件、換言すれば、立法課題としての明確性と合理的是正期間の経過とがある場合にも、立法不作為による国家賠償を認めることができると解するのが相当である。」「遅くとも右内閣官房長官談話が出された平成5年(1993年)8月4日以降の早い段階で、先の作為義務は、慰安婦原告らの被った損害を回復するための特別の賠償立法をなすべき日本国憲法上の義務に転化し、その旨明確に国会に対する立法課題を提起したというべきである。そして、右の談話から遅くとも3年を経過した平成8年8月末には、右立法をなすべき合理的期間を経過したといえるから、当該立法不作為が国家賠償法上も違法となったと認められる。」(一審判決は、上記のように説いて、立法不作為の違法を理由に元従軍慰安婦3名につき国の責任を肯定したのであるが、その控訴審判決(広島高判平成13・3・29判時1759号42頁)は、一転して、一審判決を取り消し、原告側の請求を棄却した。控訴審判決は、最判昭和60年を引用したうえで、本件において立法義務の存在が一義的に明白であるか否かについて検討し、「憲法の前文及び各条文のいずれを個別的にみても、また、それらを総合的に考慮しても、憲法の文言解釈上、元従軍慰安婦及び元女子勤労挺身隊員に対する謝罪と補償についての立法義務の存在が一義的に明白であるとはいえず、したがって、国会議員による右立法の不作為は、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ではないというべきである」と判示している。)

## (2) ハンセン病国賠訴訟判決

戦後補償訴訟ではないが、立法不作為についての最近の注目すべき判決は、ハンセン病国賠訴訟の熊本地判平成13・5・11（判時1748号30頁）である。同判決は、最判昭和60年を引用しながら、次のように判示して、立法不作為の違法性を肯定している。「しかしながら、右の最高裁昭和60年11月21日判決は、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極めて重大な自由の制限を課する新法（昭和28年の「らい予防法」のこと、筆者注）の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする。右判決は、その論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かしかねない危険性が内在されているのであって、右論拠は、本件に全く同じように妥当するとはいえない。また、その後の最高裁判決の事案も、……本件に匹敵するようなものは全く見当らない。もともと、右一連の最高裁判決は、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのは、容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合に限られるべきである旨判示しており、その限りでは、本件にも妥当するものである。ただ、右判決の文言からも明らかのように、『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』ことは、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とは解されない。右一連の最高裁判決が『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、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。」

同判決は、このような基本的視点から本件について具体的に検討し、新法の隔離規定は遅くとも昭和35年にはその違憲性が明白になってい

たとして、「他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和40年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である」と判示している。

## II 判例の検討

### 1 最判昭和60年の射程距離

関釜訴訟一審判決とハンセン病訴訟熊本地判は、最判昭和60年を引用しつつ、立法不作為の違法性の判断基準を弾力的に理解したものである。このような考え方は、すでに文献の一部においても説かれていたところである(例えば、中村陸男「在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決」ジュリ855号88頁)。

最判昭和60年については、文献の大半は批判的であり、私もまたこれに反対するところである(西埜『国家賠償法〔注解法律学全集〕』76頁)。しかし、一步譲って、最判昭和60年に依拠してみても、憲法前文をはじめとして、憲法の諸条項からすれば、日本軍の残虐非道行為による被害について戦後補償立法をしないことは、最判昭和60年の「例外的な場合」に当たるものと理解することができる。また、日本軍の残虐非道行為による被害の救済については、立法裁量はきわめて狭く、単なる政治的責任の問題ではないから、最判昭和60年の射程はこれに及ばないと理解することもできる。

最判昭和60年の「例外的な場合」を緩やかに解したり、その射程距離を制限的に解したりすることが、果たして最判昭和60年の本来の趣旨に適合するものであるか否か、疑問の余地がないわけではない。しかし、最判昭和60年を前提にして考える限りは、そのような解釈方法は、最良のものと評価することができる。ただ、それは、あくまでも

最高裁判例の枠内での解決であり、基本的には依然として、立法内容の違憲性と国賠法上の違法性を区別する考え方（区別説）に立脚したものである。したがって、次に、この区別説自体の妥当性が検討されなければならない。

## 2 最判昭和60年と職務行為基準説

### (1) 本来の職務行為基準説

最判昭和60年は、一般に、職務行為基準説に立つものであると説明されている。もしそうであるとすれば、立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性を区別すること（区別説）が、職務行為基準説の当然の帰結であるか否か、疑問となるところである。

最高裁判例が職務行為基準説に立つものであるとすれば、そこには「職務行為基準説」の理解の仕方についてやや混乱した状況があるように思われる。「職務行為基準説」は、本来、刑事事件における公訴の提起や有罪判決の違法性の判断基準についての学説として命名されたものである（原田尚彦「松川国家賠償請求事件」ジュリ482号・昭和45年度重要判例解説28頁）。結果違法説が、無罪判決が確定した場合には公訴提起等は結果的に違法であると説くのに対して、職務行為基準説は、公訴の提起等の違法性を、無罪という結果からではなくて、公訴提起等の行為自体が法の許容するものであるか否かという観点から判断しようとする。それは、刑事事件の特殊性を考慮して説かれたものであるから、立法行為（立法不作為）の場合を念頭に置いておらず、それを立法行為にまで及ぼすことについては、慎重でなければならない（長尾一敏「在宅投票制度の立法の不作為と国家賠償法1条の適用」民商95巻2号272頁、芝池義一『行政救済法講義〔第2版〕』216頁、北村和生「所得税更正処分と国家賠償責任」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅱ〔第4版〕』315頁等参照）。

ところが、いつのまにか、職務行為基準説は立法行為についてまで

拡大適用されるようになってきた。それは、判例においてだけではなく、文献においても同様である（例えば、寶金敏明「立法作用に対する国家賠償請求訴訟」村重慶一編『現代裁判大系27〔国家賠償〕』6頁以下）。なるほど、検察官の公訴提起や裁判官の有罪判決が、被告人が最終的に無罪となった場合でも直ちに国賠法上違法となるものではないのと同様に、違憲内容の立法がなされたとしても直ちにその立法行為が国賠法上違法となるものではない、といえそうな気がしないでもない。もしそうであるとすれば、違憲即違法説は結果違法説であり、区別説は職務行為基準説であるということになる（寶金・前掲4頁は、「違憲即違法説は、公訴提起の違法を理由とする国家賠償請求訴訟や、刑事裁判の違法を理由とする国家賠償請求訴訟において主張されている結果違法説……と親和性を有しているように思われる」と説いている。内野正幸「立法行為・司法行為と国家賠償責任」西村宏一ほか編『国家補償法大系2〔国家賠償法の課題〕』8頁も、「違憲即違法説は結果違法説的、最高裁60年判決の見解は職務行為基準説的であると考えられることができる」と説いている。なお、棟居快行「在宅投票制度国賠訴訟上告審判決」判評330号42頁（判時1194号204頁）参照）。

## (2) 職務行為基準説と行為不法説

違法性の判断基準については、結果不法説と行為不法説の基本的な対立がある（西埜『国家賠償責任と違法性』49頁以下参照）。国賠法1条については、行為不法説が通説・判例であり、私も行為不法説に立っている。刑事事件における公訴提起等の違法性については、この対立は結果違法説と職務行為基準説との対立として具体化されるから、行為不法説に立てば、当然のことながら、職務行為基準説が支持されるべきこととなる。したがって、立法行為について、職務行為基準説ではなくて違憲即違法説を支持することになれば、論旨が一貫しないとの謗りを受けかねないことになる。しかし、違憲即違法説が結果違法

説であり、区別説が職務行為基準説であるという対応のさせ方は、大いに疑問となるところである。また、職務行為基準説は、相対的違法性説に立つものであるといわれているが、このような結合の仕方も大いに疑問となるところであろう。

職務行為基準説は、本来行為不法説を基本として成立した考え方であり、違法性を行為それ自体を基準として判断しようとするものである。また、職務行為基準説は、本来一元的違法性説に立つものであり、最判昭和60年のように相対的違法性説に結びつくものではない。そもそも、相対的違法性説は、行政訴訟と国賠訴訟との違法性の異同についてのものであり、最判昭和60年を相対的違法性説に立つと見ること自体が疑問となるのである。職務行為基準説を立法行為に拡大適用する場合には、このことに留意すべきである。

国会議員が立法行為を行うに際しては、憲法の規定に拘束される。したがって、憲法に違反する立法を行うことは、職務行為基準説の立場からしても違法となるはずである（違憲即違法説）。宇賀克也教授の説明によれば、「国会議員は、憲法を尊重し擁護する義務を負うから（99条）、違憲の法律を制定してはならないという行為規範の遵守義務を課されているし、法律を制定しない状態が違憲であれば、合憲状態を創出するために法律を制定すべきという行為規範の遵守義務も課されている。違憲の法律を制定するということは、国会の立法裁量の範囲を逸脱しており、立法という公権力の発動要件が欠如していることになる。また、不作為状態が違憲であれば、国会にとって、立法という公権力の不発動要件が欠如していることになる。したがって、立法の国家賠償法上の違法についても、公権力発動要件欠如説が成立しうる」ということである（宇賀『国家補償法』104頁）。このような考え方を違憲即違法説と呼ぶか、「公権力発動要件欠如説」と呼ぶかは、名称の問題であり、本質的な問題ではない。要するに、職務行為基準説、違憲即違法説、公権力発動要件欠如説は、いずれも行為不法説を

基礎とするものであり、類似した考え方である。

職務行為基準説をこのように理解したうえで、職務行為基準説に立って考えれば、国賠法上違法となるのは、「憲法の一義的な文言に違反」している場合に限定される理由はないはずである。このような加重要件は、職務行為基準説とは直接の関係はない。最高裁判例は、結局、違法性の問題と故意・過失の問題を混同しているものというべきである(棟居・前掲42頁参照)。

### (3) 戦後補償訴訟と違憲即違法説

立法行為(立法不作為)については、違憲即違法説に立つべきである。職務行為基準説という紛らわしい学説名は、立法行為や行政処分については、使用されるべきではない。

違憲即違法説に立って戦後補償について考えてみると、戦後補償立法の不作為が憲法に違反するか否かだけが問われることになる。「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行為をおこなうというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」に限定されない。どのような場合に立法不作為が憲法に違反するかについては、次に項を改めて検討することにする。

## Ⅲ 立法不作為違法の要件

立法不作為が違法(違憲)となるためには、立法義務の成立と、立法に要する合理的期間の経過が必要である(戸波江二「立法の不作為の違法確認」芦部信喜編『講座・憲法訴訟(第1巻)』362頁参照)。以下、それぞれの要件について考察することにする。

## 1 立法義務の成立

### (1) 判例の動向

憲法上の「立法義務の成立」の要件については、学説は、一般に、違憲状態の放置が明らかに基本的人権保障規定に違反する場合には立法義務が発生する、と解している。裁判例においても、例えば、衆議院議員定数配分規定違憲国賠訴訟において、東京地判昭和61・12・16（判時1220号47頁）は、「昭和58年11月7日の時点において、本件議員定数配分規定が憲法の選挙権の平等の要求に反するものとして、憲法の一義的な文言に違反することが明白となった」と述べて、このような場合に立法義務の成立を認めている。

これを関釜訴訟一審判決で見れば、「当該人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合」には憲法上の立法義務が生じるとして、次のように判示している。「法の解釈原理として、あるいは条理として、先行法益侵害に基づくその後の保護義務を右法益侵害者に課すべきことが一般に許容されている。そうであれば、日本国憲法制定前の帝国日本の国家行為によるものであっても、これと同一性ある被告には、その法益侵害が真に重大である限り、被害者に対し、より以上の被害の重大性をもたらさないよう配慮、保証すべき条理上の法的作為義務が課せられているというべきであり、特に、個人の尊重、人格の尊厳に根幹的価値をおき、かつ、帝国日本の軍国主義等に関して否定的認識と反省を有する日本国憲法制定後は、ますますその義務が重くなり、被害者に対する何らかの損害回復措置を採らなければならないはずである。」「遅くとも右内閣官房長官談話が出された平成5年（1993年）8月4日以降の早い段階で、先の作為義務は、慰安婦原告らの被った損害を回復するための特別の賠償立法をなすべき日本国憲法上の義務に転化し、その旨明確に国会に対する立法課題を提起したというべきである。」

また、ハンセン病訴訟熊本地判で見れば、「立法義務」という言葉

を使用してはいないが、「遅くとも昭和35年には、新法の隔離規定は、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白となっていたというべきである」と述べているから、この時点で立法義務（立法廃止義務）が成立したということであろう。

立法義務と立法廃止義務とは、その義務の成立については、全く同様に考えることはできないにしても、基本的にはそれほど相違しないであろう。関釜訴訟一審判決は、「重大な人権侵害」と「救済の高度の必要性」を挙げており、ハンセン病訴訟熊本地判は、「違憲性の明白性」を挙げており、これは表現の相違にすぎないものと理解すべきである。ハンセン病訴訟判決も、判決全体を読めば、人権侵害の重大性と救済の高度の必要性を要件としているのである。

## (2) 戦後補償の立法義務

従軍慰安婦訴訟を含めて、戦後補償一般についてみれば、我が国が戦前・戦中に中国人や韓国・朝鮮人等に対して行った残虐非道行為による損害を戦後長期間にわたって放置してきたことは、憲法前文、憲法13条（個人の尊重）、14条（法の下での平等）等に違反することは明白である。とりわけ、憲法前文は、「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し」「日本国民は、恒久の平和を念願し」「国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ」と宣言しており、「日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ」と結んでいるのである。この前文からすれば、国会は戦後補償立法をなすべき義務を負っていると解することは、極めて素直な理解というべきである（古川純「憲法と戦後補償—個人補償の実現を求めて—」専修大学法学研究所紀要20「公法の諸問題Ⅳ」53頁、内藤光博「『従軍慰安婦』問題と平和憲法の原理」専修大学法学研究所紀要25「公法の諸問題Ⅴ」148頁、石村修「戦争犯罪と戦後補償—戦争犠牲者への補償—」全国憲法研究会編「憲法問題10」132頁参照）。

加害行為がなされたのが戦前・戦中で、現行憲法施行前ではあるが、戦後補償立法を制定すべき義務は戦後発生するものであるから、現行憲法の規定を立法義務の根拠とすることができることはいうまでもない。これらの前文や諸条項から直接立法義務を引き出すことに対しては強い抵抗が予想されるが、それは、これまでこの点についての理論的検討がなされてこなかったためである（古川・前掲54頁参照）。

### （3）憲法前文の裁判規範性

憲法前文の裁判規範性については、否定説と肯定説が対立している。東京高判平成11・8・30（判時1704号54頁）は、「憲法前文は、憲法の基本原理を宣言するものであるにとどまり、それ自体において裁判規範性はなく、同前文から謝罪と賠償について一義的な立法義務が生じているとは到底解されない」と判示して、否定説に立っている。東京高判平成12・12・6（判時1744号48頁）も、「憲法前文は憲法の基本原理を宣言するものであるにとどまり、それ自体から戦争に伴う加害行為の被害者に対する謝罪と賠償についての一義的な立法義務を導き得るものではない」と判示している。否定説が裁判例の動向であるが、学説上は、近時、肯定説も有力になってきている。しかし、両説の対立は、現在では決定的なものではなく、いずれにしても、「前文の裁判規範性の問題は、そのそれぞれの規定に即して、その内容の特定性・具体性いかんという場面で、論議されるべき性質の問題」（樋口陽一ほか『憲法I〔注解法律学全集〕』42頁（樋口陽一執筆））と考えるべきである。

このように考えると、憲法前文の前掲部分は、単に基本原理を宣言するだけでなく、具体的に我が国が行うべき行動を特定しているものと解すべきである。前掲部分は、戦争犠牲者の救済立法を命ずる具体性を有しているのである。「戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意」ということは、「過去の克服」によってのみ可能

となるのであり、したがって、戦後補償なしには不可能である。戦争犠牲者がきわめて多数にのぼることを考慮すれば、戦後補償は補償立法によって行わざるを得ないことになる。しかも、日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげて、この崇高な理想と目的を達成することを誓ったのである。

戦後補償の立法をするか否かは、単なる立法裁量の問題ではない。仮に立法裁量があるとしても、それはどのような戦争損害を対象にするか、補償の範囲をどのようにするかというような細かな点についてのみである。

戦争損害を戦後長期間にわたって無救済で放置してきたことは、現行憲法の前文や前掲諸条項からして、到底許されることではない。平成13年8月15日の全国戦没者追悼式における式辞として、小泉首相が、「先の大戦において、わが国は、多くの国々、とりわけアジア諸国の人々に対して多大の損害と苦痛を与えました。国民を代表して、ここにあらためて深い反省の意を表するとともに、犠牲となられた方々に謹んで哀悼の念をささげます」「国際社会から孤立しないよう、近隣諸国との友好関係を維持発展させ、世界の恒久平和を確立する責任を負っております」と述べているのは、この憲法前文の趣旨を再確認したにすぎない。

#### (4) 戦後補償立法の必要性に触れた裁判例の意味

これまでの戦後補償訴訟の裁判例をみると、戦後補償立法の必要性について触れているものが少なくない(石村・前掲131頁、内藤・前掲128頁注(20)参照)。例えば、元日本国軍属であった在日韓国人の提起した障害年金請求却下処分取消・損害賠償請求訴訟において、大阪高判平成11・10・15(判時1718号30頁)は、「国会には、今後できるだけ速やかに、援護法の国籍条項及び戸籍条項を憲法14条及びB規約26条の趣旨に適合するように改廃したり、新たな立法措置を行うなどし

て、在日韓国人である軍人軍属等に対する差別的取扱いを憲法14条あるいはB規約に適合するように是正することが要請されているというべきであるが、国会が、日韓請求権協定後あるいはB規約批准後も国籍条項及び戸籍条項をそのまま存置した立法不作為それ自体を国家賠償法1条1項の違法な行為と評価することはできないというべきであり、国会の右立法不作為が国家賠償法上の違法な行為と評価され得るとしても、それは、国会が今後も何らの是正措置を行わず、その是正に必要な期間を経過したような場合に限られると解するのが相当である」と判示している（その後、平成12年に、「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」が制定された）。戦後補償立法の必要性に触れているこれらの裁判例は、いずれも未だ立法不作為を違法とするものではないが、判決の中でこのような趣旨を述べるといことは、漠然とはしているにしても、憲法の前文や諸条項、あるいは条理のような何らかの法的根拠を念頭に置いているものと推測することができる。

## 2 合理的期間の経過

### (1) 判例の動向

立法（立法廃止）のための「合理的期間の経過」の要件については、衆議院議員定数不均衡是正訴訟の最（大）判昭和51・4・14（民集30巻3号223頁）と最（大）判昭和58・11・7（民集37巻9号1243頁）が、「合理的期間」として採用して以来、裁判例はこれに従っている。最判昭和58年は、「制定又は改正の当時合憲であった議員定数配分規定の下における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数又は人口の較差が、その後の人口の異動によって拡大し、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至った場合には、そのことによって直ちに当該議員定数配分規定の憲法違反までもたらすものと解すべきではなく、人口の異動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されてい

るにもかかわらずそれが行われないうちに、初めて右規定が憲法に違反するものと断定すべきである」と判示している。この判例理論は、学説においても、一般に支持されているところである。問題は、この合理的期間が具体的にどの程度の期間を意味するものであるかということであるが、議員定数不均衡是正訴訟の判例動向では、この期間は5年と捉えられている。

これを関釜訴訟一審判決でみれば、「(内閣官房長官) 談話から遅くとも3年を経過した平成8年8月末には、右立法をなすべき合理的期間を経過したといえるから、当該立法不作為が国家賠償法上も違法となったと認められる」として、合理的期間は3年とされている。また、ハンセン病訴訟熊本地判でみれば、合理的期間という言葉は使用されていないが、隔離規定は遅くとも昭和35年には違憲性が明白になっており、「遅くとも昭和40年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である」とされているから、合理的期間は5年と考えられているものといつてよい。

合理的期間は個々の事例に応じて個別的に検討されるべきであるから、関釜訴訟一審判決が合理的期間を3年とし、ハンセン病訴訟判決が5年としたことについては、あまり問題はないものと思われる。ただ、これらの事件で立法(立法改廃)義務成立の始期をどの時点で捉えるべきかについては、異論もあり得るであろう(内藤・前掲151頁参照)。

## (2) 合理的期間の始期

戦後補償訴訟においては、立法義務が何時頃に発生したかが問題となる。意見の分かれるところであるが、一般的にみれば、遅くとも、戦後補償訴訟の提起が相次ぎ、文献においても戦後補償に言及するものが増加してきた1990年代はじめ、さらに一步譲っても、日本弁護士

連合会が補償立法の提言を行った1993（平成5）年（日本弁護士連合会編『日本の戦後補償』391頁（1994年））、あるいは、「戦後補償立法を準備する弁護士の会」が「外国人戦後補償法」（試案）を公表した1995（平成7）年（今村嗣夫ほか編『戦後補償法』237頁以下（1999年））には、立法義務が発生していた解すべきであろう。

いずれにしても、ほとんどの戦後補償訴訟においては、立法義務が発生してから合理的期間（3～5年）が経過している。本件における立法不作為が違法であり、立法義務が発生していることを国会は認識し得たのであるから、国会に過失があることも明らかである。

（本稿は、中国人戦後補償訴訟について、2001（平成13）年9月に東京地裁に提出した「意見書」に若干の加筆修正をしたものである。）