

判例研究

いわゆる学生無年金障害者

東京訴訟控訴審判決

川野 祐司

東京高等裁判所平成一七年三月二五日判決（平成一六年（行）第一七七号各障害基礎年金不支給決定取消等請求控訴事件）

賃金と社会保障一三九四号六四頁、判例時報一八九九号四六頁

【事実の概要】

昭和三四年に施行された国民年金法（以下、昭和三四年法とよぶ。）では、学生は、国民年金への強制加入の対象外とされており、この取扱いは、昭和六〇年施行の改正法（以下、この法律による改正後の国民年金法を昭和六〇年法とよぶ。）によっても変更されなかった。障害を原因とする障害福祉年金（昭和六〇年改正前）または障害基礎年金（昭和六〇年改正以後）を学生が受給するためには、国民年金に任意加入し、保険料を納付する必要がある。なお、任意加入者には、保険料免除制度の適用がなかった。また、昭和六〇年の改正によって、従前の障害福祉年金を受給していた者は、昭和六〇年法による障害

基礎年金を受給することとなった。

原告 X_1 は昭和六〇年より前、 X_2 、 X_3 は昭和六〇年以後、それぞれ大学在学中の疾病または傷害によって、身体障害者一級に相当する障害を負った。原告らは、国民年金に任意加入しておらず、よって保険料の納付もしていなかった。原告らは、平成一〇年一〇月、東京都知事および千葉県知事に対して障害基礎年金の支給裁定申請をした（なお、いわゆる地方分権推進法（平成一一年法律八七号）により、処分庁は社会保険庁長官に変更された）。両知事は、当時の国民年金法の規定に基づき、障害基礎年金を支給しない旨の決定をした。これに対する審査請求及び再審査請求が、最終的に平成一三年四月に棄却されたため、平成一三年七月、原告らは、東京地方裁判所に訴えを提起した。

第一審においては、被告社会保険庁長官に対して、前記各処分の取消しを求めるとともに、被告国に対して、国民年金制度に任意加入しなかったために障害基礎年金を受給できなくなる者が生じないようにするための適切な立法措置を怠ったことにより損害をこうむったとして各自二〇〇〇万円の損害賠償を請求した。第一審判決は、遅くとも昭和六〇年改正の時点で学生を強制加入の対象外とする制度は不合理な差別にあたり憲法一四条に違反するとした。そのうえで、取消請求については、是正措置を特定できないとして棄却し、損害賠償請求については、何らの立法もしない不作為が国家賠償法一条の違法にあたる

して認容した。

これに対して、原告、被告国ともに控訴したのが本件である。同様の事実関係に基づく訴訟が、本件を含め、全国九地方裁判所に一〇件提起され、平成一七年一〇月末日現在で第一審八件、控訴審三件の判決が言渡され、第一審二件、控訴審一件が係属している。

なお、本件第一審判決を受け、特定障害者に対する特別障害給付金の支給に関する法律（平成一六年法律一六六号）が議員立法として制定され、平成一七年四月一日より施行された。これによって、国民年金制度への加入が任意であったときに未加入であったため障害基礎年金等の受給権のない障害者は、福祉的措置として性格をもつ特別障害給付金を受給することができることとなった。

【判旨】第一審判決を取消し、原告の請求を棄却。

昭和三四年法立法当時において「二〇歳に達しながら稼得活動に従事することなく自ら学生であることを選択した者はいわゆる「エリート」であり、…あえて社会の保護の手を差し伸べる必要がないという社会通念が存し」ており、「立法者がそのような社会通念を前提として年金制度を設計したことを不合理であるということとはできない」。

以上のような学生の「不利益の程度と立法の前提とされた…社会の実情ないし社会通念の内容からすると、任意加入に伴う保険料免除制度がなかったことも含めて、…憲法一四条若しく

は二五条に違反するものとはいえない」。

「昭和三四年法制定当時、障害福祉年金の受給につき二〇歳前に障害を負った者と二〇歳以後に障害を負った学生との間に取扱いの差違を設けることが不合理であったということはできず…昭和六〇年法制定時において、結果として立法的手当がされなかったことが憲法一四条に違反する状態となっていたものと認めることはできない」。たしかに、「二〇歳前に障害を負った者については、…制度の根幹ということもできる障害基礎年金の受給を受けられることとなったのであり、二〇歳以後に障害を受けた学生との取扱いの差違が拡大したといえる」。しかし、「この差違は、…国民年金法による障害給付の種類が障害基礎年金に一本化されたことによるものであり、いずれも被保険者になり得る前の事故による障害に対する給付であることに変わりがない」。さらに、「昭和五〇年ころまでには大学への進学が特殊なことであるとの社会通念も薄らいだことが推認され…昭和三四年法が前提とした社会の実情ないし社会通念は、確かに薄れたことは容易に想像されるが、もはや通用ないし妥当しなくなつたということとはできない」。

「また、当該制度において一部の者のみに救済が与えられ、救済が必要とされる者に対して何らの救済も与えられていない場合には、代替する制度において同等の救済が付与され」な「い限り、平等原則違反による違憲違法の問題が生ずる…との考え方は、…採用することができない」。

「さらに、障害による稼得能力の喪失に対する備えは、本来、各個人又はその扶養義務者においてなすべきものであり、国家がこれに救済措置を講ずるのは、社会福祉的措置」である。「たとえ社会福祉的措置であっても、国家が行うものである以上はそれが平等原則に反するものであつてはならないが、昭和六〇年法における取扱いの差違は、立法者による裁量の範囲内の制度選択の結果である」。

「昭和六〇年法制定時に憲法一四条に違反する状態が生じていたと認めることができないから、憲法違反を前提にして本件不支給処分各取消しを求める各請求は、いずれも理由がない」。

「昭和三四年法の制定、昭和五一年ころまでに又は昭和六〇年法の改正又は平成元年法においてそれぞれ控訴人らの主張するような措置を講じなかつたことが違法であると認めることができない。したがつて、控訴人らの国家賠償法に基づく損害賠償請求は、その余について判断するまでもなく、いずれも理由がない」。

【研究】

一 本件の第一審判決は、昭和六〇年改正法制定時において、学生について在学中の障害を原因とする年金の受給がより容易となるような制度を設けなかつたことが憲法一四条に違反し、よつて国家賠償法一条との関係で立法不作為による違法が存在するとした。これに対して、本判決は、昭和六〇年法は国会の

立法裁量の範囲内において制定されたものであるから、憲法違反の問題を生じないとして、原判決を取消した。このため、昭和六〇年法自体の違憲性、あるいは、昭和六〇年法制定時に何らの救済措置もとらなかつた立法不作為の違憲性を根拠として原告が請求した不支給処分の取消しおよび損害賠償請求は棄却された。

本稿では、第一審判決と対比しながら、重要な論点を含む次の三点について検討する。第一点は、二〇歳前障害者と二十歳以降に障害を負つた学生とで、異なつた取扱いをすることが平等原則違反とならないかという問題、第二点は、違憲無効とされた法律に基づいてなされた不支給処分を裁判所が取消すことの是非の問題、第三点は、立法不作為を理由とする国家賠償の請求に関する問題である。

二 第一点について、第一審は、以下の二点を一般論として挙げた。すなわち、一部の者にのみ給付がなされ、それと同様の理由から同様の給付を必要とする者に対して何らの措置も執られない場合には、平等原則違反の問題が生じうることを、また、例え恩恵的な制度であっても、国家が公金を用いて行うものである以上は、それが平等原則に反するものであつてはならないことである。そして、昭和六〇年法において、無拠出で障害基礎年金を受給することができる二〇歳以降に障害を負つた学生とを比較し、この両者について、合理性のない差別的取扱いが認め

られ、平等原則違反にあたると判示した。³⁾

これに対して、本判決では、昭和六〇年法に基づく年金制度は、立法者が多様な利害を調整して判断した結果として形成されたものであり、二〇歳前障害者と二〇歳以上で障害を負った学生との間の取扱いの差異が憲法一四条違反の状態にあるとはいえない、と判示された。

つまり、本判決は、憲法二五一条一項に基づき年金制度をどのように具体化するかということは、立法者の広範な裁量に委ねられる事柄であると判示したのである。本判決が、第一審と結論を異にするに至った最も重要な点は以下の点である。第一審は、昭和三四年法の依拠した、大学生はエリートであり、あえて社会の保護の手を差し伸べる必要がないという社会通念が存しており、立法者がそのような社会通念を前提として年金制度を設計したことを不合理であるということはできないとしても、昭和六〇年法改正時においてそのような立法事実が消滅しており、昭和六〇年改正法制定時において、二〇歳前に障害を負った者と、二〇歳以後に障害を負った者との間の取扱いの差異を少なくとも縮小させるべきであったにもかかわらず、実際には、これを拡大させている点に、昭和六〇年法が違憲であることの最大の原因を見いだしている。これに対して、本判決は、昭和六〇年改正法の段階においても、昭和三四年法が前提とした社会の実情ないしは社会通念、すなわち、学生がエリートであるという社会通念は、通用しなくなつたということではできず、

二〇歳前に障害を負った者と、二〇歳以後に障害を負った学生との取扱いの差異も、拡大しているとはいえるものの、基礎年金制度導入という制度設計の変更に伴つたものにすぎないとしたのである。

なお、「拠出制の年金制度(年金保険制度)を基本とする制度の下では、保険料を納付しなかつたため無年金になつた者に金銭給付を行うか否かは、立法裁量の範囲内の問題と考えるべき」であり、特に拠出制年金と同額の障害基礎年金が支給されるようになった後では、第一審判決のいうような「同等の救済が与えられるべき」という考えは、社会保険を全否定するに等しいとする、社会保険理論からする反論がある。しかし、国民年金制度は保険としてのみならず、社会福祉制度としてもとらえられるべきものであり、この批判は妥当しない。少なくとも、保険料によつてではなく、国庫負担によつてまかなわれている部分の給付について、任意加入しなかつたために保険料を納付せず無年金となつた者に一切の給付をしないという制度を、保険原理に則つて正当化するのは無理があろう。

三 第一審判決は、昭和六〇年法を平等原則違反として違憲としつつ、それを是正する措置が一義的に定まるものではないため、不支給処分の適否を裁判所として判断することはできないとして、該処分の取消請求を棄却した。これについて、ある行政処分の根拠規定が違憲であれば、当該処分は無効な法的根拠に基づくものであり、当然、取消されるべきであるとする反論

がある。⁶⁾ また、業事法距離制限事件に関する最高裁判所判決をはじめとして、ある行政処分⁷⁾の根拠とされた法律が違憲無効とされた場合に、該処分を違法な法令に基づくものとして取消した事例は多く存在する。それにもかかわらず、本件第一審判決が不支給処分を取消さなかった。これが、妥当といえるか否か検討する。

本件は、取消を求められているのが不支給処分、つまり、違憲か否かが争われている法律自体を根拠とし、その法律によって創設された受給権を具体化するための受益的処分の拒否処分である点で、他の一般的な事例とは異なる特殊な事例であるように思われる。すなわち、このような不支給処分の取消に関わる場合には、争点となっている法律によって初めて、支給処分の要件が創設されることとなるため、このような不支給処分を取消す場合には、本来なされるべき処分は一義的には決定し得ない。この点で、業事法距離制限事件のような事例において、憲法上保障された権利を制限する処分の根拠となる法律が違憲無効とされ、処分の効力が否定されることによって、憲法上の権利に対する法律上の制約を消滅させ、国民の権利の存在または義務の不存在を端的に確認することとなる場合とは異なる。

他方で、裁判所がある法律を無効と判断し、それに基づくものとされていた受益的処分の拒否処分を取消すことは国会の立法権との関係でも問題を孕む。なぜなら、唯一の立法機関たる国会の立法権の発動がない領域について、裁判所があるべき立

法を指定して、それを基準として判決するような事態は、新たな立法をなすごとき——裁判の形式を借りた、裁判所による立法権の篡奪という——事態として許されないからである。つまり「法律の」ある規定が存在しない場合に、違憲立法審査権の名の下に、その規定が存在するものとして適用する権限は、裁判所に与えられていない⁸⁾のである。もちろん、憲法八一条によって司法審査権を付与されている裁判所が、憲法違反の法律を無効とすること自体が、ある種の消極的立法であるとすれば、そのこと自体は何ら立法権の篡奪といふべき事態ではない。それでもなお、本件第一審が取消判決をすることを避けたのは、損害賠償という手段によって救済がなされうるとともに、いやしくも、立法不作為部分に支給要件が存在しているという想定をしているかのようにみられることを回避するためであったと思われる。

しかし、本件のような事例について、常に裁判所がこのような消極的姿勢を取らなければならないとするのは、疑問の余地がある。憲法違反の法律の事例ではなく、法律の委任の範囲を超えた政令の事例だが、児童扶養手当法施行令違憲訴訟⁹⁾では、婚外懐胎児童に対する児童扶養手当支給について、単に認知されたというだけで児童扶養手当を支給しないとしていた児童扶養手当法施行令一条の二第三号の規定につき、「認知された児童を児童扶養手当の支給対象から除外するという判断が違憲、違法なものと評価される場合に、同号の規定全体を不可分一体

のものとして無効とすることなく、その除外部分のみを無効とすることとしても、いまだ何ら立法的判断がなされていない部分につき裁判所が新たに立法を行うことと同視されるものとはいえない」として、この部分が児童扶養手当法の委任範囲を超えたものとして無効とし、同施行令の該当部分に基づく児童扶養手当支給資格喪失処分を取消した。

この事案に沿って論じられたものに、次のような分類をするものがあり、示唆に富む。それによれば、該規定部分が①一つの支給対象範囲を定めた規定（これを「積極要件」と呼ぶ。）であれば、その一部だけを無効とすることは、立法者の予定しない新規規定を創設することになるが、②まず一定範囲の支給対象範囲を定め、ここからある種の類型のものを除外するという趣旨の規定（同様に「消極要件」と呼ぶ。）であれば既存の法律に基づくものとして、その処分を取消しうるとするものがある。¹¹⁾

このような整理をしたうえで、昭和六〇年法が憲法違反であるとして認定された場合、本件不支給決定を取消すべきか否かについて検討する。本件第一審判決は、「立法府によって）採用されるべき是正措置が特定できない限り、…各処分の適否は判断できない」と述べ、取消請求を棄却した。これに対して、本件と同様の事例について広島地方裁判所判決は、「強制適用除外規定及び受給除外規定が…憲法一四条に違反」するものであり、不支給処分は「強制適用除外規定に基づいてなされた行政処分

である」として取消請求を認容した。両者ともに昭和六〇年法を平等原則違反としながら、取消認容の点で結論が異なるのは、国民年金法における受給資格要件を、それぞれ、前者は積極要件として、後者は消極要件としてみているからであると考えられる。また、同様に昭和六〇年法を憲法一四条違反としつつ、取消請求を棄却した新潟地方裁判所判決は、「二〇歳以上の学生等を強制適用から除外した点において憲法一四条に違反したことを前提としても…障害基礎年金の支給…を実現するためには、新たな立法が必要である」としており、該規定を積極要件と解したものと思われる。

本件の支給資格規定は、広島地方裁判所判決のように、消極規定と解することが十分可能であろう。立法権に対する配慮から、本件のような事例においては取消判決を控えるべき要請が強いとしても、それは、争点となっている要件が積極要件の場合に妥当するものと解される。本件第一審判決は、取消請求を棄却するに際して、本件で争点となった受給規定が消極要件であるか積極要件であるかという点についての十分な検討を欠いていると言わざるをえない。

四 最後に、第三点について検討する。国家賠償法との関係で違憲とされる立法不作為について、類型的に整理した分類として以下のようなものを挙げることができる。¹²⁾つまり、①立法がなされていない状態で国の作為義務があるとする場合（絶対的立法不作為あるいは純粹不作為とよばれる。）と、②既存の改

廢されるべき法律が改廢されないという場合（相対的立法不作為であるいは作為起因性不作為とよばれる。）とを區別するものである。そして、自由制約立法が②にあたる場合には、(a)現行法の改正によって不作為義務違反の問題が解消されうるとい場合と、(b)現行法の端的な廢止によってのみ不作為義務違反の問題が解決されうるとい場合とを分けて考えることができる。裁判所は②(b)にあたる事例については、国会の裁量の逸脱・濫用を容易に認定しえ、かかる立法不作為を違憲だとする判断を容易になすことができる。

①にあたる場合に立法不作為を違憲とするためには、少なくとも、立法すべきこと、およびどのような立法がなされるべきかということが明確になっている必要がある。これに対して、②にあたる場合とは、すでになされている立法が憲法違反の状態にあり、これを改正して憲法に適合する状態にすることを国会が怠ったと評される場合である。内容から、立法を憲法上の自由を制約することを目的とするもの（以下、「自由制約立法」と呼ぶ。）と憲法上の国の責務を果たすため国民に権利を付与することを目的とするもの（以下、「積極的施策立法」と呼ぶ。）とに分けて考察した場合、自由を制約する立法が存在しない状態である自由が侵害されるということがありえない以上、①にあたる場合が違憲となりうるのは積極的施策立法のみである。これに対して、②には、自由制約立法も積極的施策立法も、ともに該当しうる。そして、法律を廢止することによってのみ違

憲状態を解消することができるという②(b)にあたる場合がありうるのは、自由制約立法についてのみで、積極的施策立法の場合には、端的に法律の廢止によって違憲状態を解消することは觀念しえないといえる。よって、本件は②(a)にあたる事例である。

この枠組みに沿って、第一審判決を見ると、その判旨は必ずしも明確ではないが、違憲状態を解消するために何らかの改正行為を行うべきであったにもかかわらず、それを怠ったことに立法不作為の違法性を見いだしていると解することができる。つまり、どのような内容の立法をするかということは、立法裁量の範囲内の問題だが、もはや何らかの措置を講じなければならぬという点は、裁量の広狭の問題ではなく、明確な立法作為義務が存在したとみたものと解される。このような理解から前述した枠組みを再検討すると、本件は、②(a)にあたるものの、作為義務があること自体は明確であったという点に着目すると、むしろ②(b)に類似する事例であるとみることができると(20, 21)。

本判決は、国会の執った措置が立法裁量の範囲内の選択の結果として是認されるという判断をするにとどまっている。しかし、国会の立法裁量によって決せられるべき内容が、内容それ自体としては裁量の範囲内のものであっても、その措置が執られるまでに合理的期間を経過し、あるいは、すでに何らかの措置が執られなければならない状態になっていたのにそれがなされなかった場合、この点で違憲・違法の評価を受けることがあ

りうると解される。本判決はこれについての十分な検討を欠くものと思われる。

(1) 東京地方裁判所には、身体障害に関わる訴えのほかに、精神障害に関わる訴えが提起され、合わせて二件の訴えが提起された。本件のほか、第一審判決として、新潟地裁平成一六年一月二八日判決、広島地裁平成一七年三月三日判決、福岡地裁平成一七年四月三日判決、京都地裁平成一七年五月一八日判決、札幌地裁平成一七年七月四日判決、岡山地裁平成一七年八月二三日判決、東京地裁平成一七年一〇月二七日判決(精神障害)、控訴審判決として、東京高裁平成一七年九月一五日判決(前記新潟事件の控訴審)がある。そのほか、岩手、大阪の各地方裁判所と広島(前記広島事件の控訴審)、大阪(前記京都事件の控訴審)の各高等裁判所に係属中である。これらのうち、新潟、広島、福岡、東京(精神障害)の各地方裁判所判決において原告の請求が認容された(ただし、福岡、東京(精神障害)の両地方裁判所判決においては、国民年金法についての憲法判断をするまでもなく、原告の受給者資格を認めるものである)。本件は、本件の原審判決および新潟、広島の両地方裁判所判決で示された国民年金法を憲法違反とする判断を控訴審段階で覆した事例として重要な位置を占める。

(2) 東京地裁平成一六年三月二四日判決、判例時報一八五二号三頁、判例タイムズ一一四八号九四頁

なお、第一審判決に関わる判例評釈または解説として、他にあげるもののほか、以下のものがある。愛敬浩「法学セミナー

一五九七号一六頁、村田尚紀・関西大学法学論集五五卷二二号二八頁、田中明彦・賃金と社会保障一三七八号四頁、田中明彦「国民年金制度の歴史的考察と学生障害無年金訴訟(1)」、(3)「賃金と社会保障一三九四号四頁、一三九五号一八頁、一三九七号五七頁、君塚正臣「学生無年金障害者問題と憲法学」法律時報七七卷八号七五頁、加藤智章「学生無年金障害者訴訟の検討」法律時報七七卷八号八〇頁、植木淳「平等原則と社会保障」北九州市立大学法政論集三二卷二・三合併号一頁。

(3) なお、第一審判決は、具体化された所得保障制度としての具体的な年金受給権が憲法二五条一項から導かれるという主張は退けている。

(4) 堀勝洋・判例評論五五〇号一三頁(判例時報一八七〇号一六七頁)

(5) 国民年金が拠出制の社会保険制度であることに、特に障害福祉年金・障害基礎年金については、検討の余地がある。昭和三四年法では、「国庫は、福祉年金の給付に要する費用を負担する。」(昭和三四年法八五条二項)とし、昭和六〇年法でも「当該年度における第三十条の四の規定による〔無拠出制〕障害基礎年金の給付に要する費用の百分の四十に相当する額」(昭和六〇年法八五条一項三号)は国庫が負担するものとし、それに加え、残りの一〇〇分の六〇についても、三分の一は国庫負担としていた(昭和六〇年法八五条一項一號)。このため、結果として、昭和六〇年法においては、無拠出制障害基礎年金の支給額のうち、一〇〇分の六〇(四〇/一〇〇+六〇/一〇〇×一/三+六〇/一〇〇)は国庫負担であった。こ

のことから、障害福祉年金・障害基礎年金事業は純粋な社会保障制度ということではできず、多分に社会福祉制度としての側面を持っているといえる。

また、拠出制の障害年金・障害基礎年金についても、昭和三四年法では二分の一に相当する額(昭和三四年法八五条一項)、昭和六〇年法では三分の一に相当する額(昭和六〇年法八五条一項一号)については国庫負担となっており、単なる保険制度というよりは、社会保障制度としての側面を持っている。なお、予算の範囲内で事務の執行に要する費用にも国庫負担で賄われている部分がある(昭和三四年法八五条三項、昭和六〇年法および現行法八五条二項)。

(6) 岡田正則「違憲法令を根拠とする行政処分は適法な処分か」法学セミナー六〇二号一九九頁、岡田正則・石口俊一・南野雄二「学生無年金訴訟の経緯と論点」法律時報七七卷八号七三頁。

(7) 最高裁大法廷昭和五〇年四月三〇日判決、民集二九卷四号五七二頁

(8) 東京高裁昭和五七年六月二三日判決、判例時報一〇四五号七八頁

当時の国籍法が父性血統主義を採っていたことによつて日本国籍を得られなかった原告が日本国籍を有することの確認を求めた事例である。東京高裁は、母が日本国民であるときに国籍を付与するとする規定がないことが憲法違反であるとしても、裁判所はそのような規定があるものとして適用する権限は与えられていない、として請求を棄却した。

(9) 最高裁第一小法廷平成一四年一月三一日判決、民集五六卷一四二四六頁、判例時報一七七六卷四九頁

(10) 最高裁判所判例解説二六八四—二六八六(法曹時報五六卷一七号二八頁以下)

(11) なお、この論理は、必ずしも、無効とされた法律による処分の取消のみに妥当するものではなく、処分が介在せず、法律上一定の事実の発生によつて当然に権利・資格を取得・喪失する場合にも同様に妥当する。例えば、前註(8)において、国籍取得要件のうち、原告の国籍取得を阻む要件が、積極要件ではなく消極要件と解されるならば、裁判所は現行法の適用として、原告が日本国籍をもつことを確認することができたと解される。

(12) 広島地裁平成一七年三月三日判決、賃金と社会保障一三九四号四三頁

(13) 新潟地裁平成一六年一〇月二八日判決、賃金と社会保障一三八二号四六頁

(14) 阪本昌成「憲法理論I第三版」(成文堂、一九九九)四三四頁、大石眞「ハンセン病訴訟と憲法上の立法義務」(判例時報一七四八号五頁)。

(15) 大石・同所

(16) ハンセン病訴訟熊本地裁判決(熊本地裁平成一三年五月一日判決、判例時報一七四八号三〇頁)はこれにあたる事例であると解される。(大石・同所)

(17) 本件の事案に即していえば、憲法二五条から直接国会の立法義務が導き出されるという理解に立たない限り、単に立法しないことをもつて違憲と評することはできないと解される。(阪

本・前掲書四三四頁)

(18) なお、立法府ではなく、行政府の裁量について述べたものが、「理論的に言えば、裁量権の幅が零になるということと自体は、行政府が当該の権限を行使するか否かの判断の自由を失い、「行使しなければならぬ」か、「してはならない」かのいずれかになる、というだけのことであって、当然に行使しなければならぬ、ということの意味するものではない」(藤田・前掲書・四九六頁)と解しうる。ある決定について、広く裁量が認められているということ、その決定を行うこと自体が明確な義務であるということは、何ら矛盾しない。

(19) 工藤達郎「学生無年金障害者訴訟」(判例セレクト二〇〇四(憲法三三)・法学教室二〇九号別冊付録)は、「判決は Wise(どのような手段・方法を採用するか)については立法府に広い裁量が認められるが、Ox(逆意状態を是正するか否か)については裁量の余地がなく、必ず是正しなければならないから、何もせずに放置するというのは一義的な文言に違反したのと同視できるというのであろう」としている。また、愛敬・前掲一九頁は、同様の趣旨として「憲法の文言が一義的でない場合、国会はどんな内容の法律をいつ作るのかについて広い裁量権を持つのかかもしれないが、内容等が不公正な立法をする権限まで有しているわけではない」と論じている。

(20) なお、このような枠組みに依つてはじめて、積極的施策立法について、国会による立法不作為の違憲性を論じることが可能になろう。この観点から、本件第一審が、「社会権の場合は広汎な立法裁量が認められるので、立法不作為の憲法訴訟が成立

することはほとんどあり得ない」(芦部信喜著・高橋和之補訂「憲法 第三版」(岩波書店、二〇〇二)三五六頁)とされてきた社会福祉分野の立法に関して法律自体や立法不作為を違憲としたことは注目に値する。

(21) 在外日本人選挙権剥奪違憲法確認等請求事件(最高裁大法廷平成一七年九月一四日判決、判例時報一九〇八号三六頁)で、憲法が国民に対して直接保障している選挙権について、最高裁は「立法の内容また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関わらず、国会が正当な理由なくこれを怠る場合などには、国会議員の立法行為または立法不作為は」国賠法一条上違法の評価を受けるとし、「国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為」が憲法違反にあらんと判示した。

この事例は、一〇年以上の長きにわたつて是正措置を執ることを怠つた点も考慮したうえ、国会が法律改正をなす作為義務が存在すること自体は明白であるとしたものと整理できる。

なお、これを本件と比較すると、自由権に対する侵害を除去するため法律の端的な廃止が求められる事例ではないという点では同一だが、対象となっている権利の性質について事案を異にする。この事例で問題となったのは、憲法によって直接保障され、より強い保障が及ぶ選挙権であり、本件よりも立法作為義務を認定しやすい事例であったといえる。