

立法行為に関する国家賠償責任について

白石 圭佑

(小山研究会4年)

はじめに

I 判例及び学説の状況

- 1 学説の動向
- 2 判例の流れ

II 国会議員の負うべき義務の性質について

- 1 政治的責任と法的責任の峻別
- 2 免責特権との関係

III 合議制機関における過失の認定について

- 1 問題の概要
- 2 合議制機関における過失

総括

はじめに

我が国には国家作用の違憲を問うための訴訟類型がいくつか存在するが、それらは必ずしも憲法秩序に対する全ての違背を是正しうるほど網羅的であるとまではいえない。本稿で取り扱う立法行為に係る違憲の問題は、あるいはその網目に半分だけ引っかかっているものだと表現できるかもしれない。

憲法上要求される立法が存しないこと、あるいは憲法に反する立法の存することの一事のみをもって司法審査を要求することは、付随的違憲審査制を取る我が国においておよそ不可能であるといわざるを得ない。しかしながら、これらの「憲法違反」によって何らかの損害が発生しているとすれば、国に対しその賠償を求める文脈において付随的違憲審査を要求する余地が存在する。すなわち、あ

る立法をなし、あるいはなさなかったという国会（議員）の作為または不作為（これらを総称して、以下「立法行為」という。）が憲法第17条にいう「公務員の不法行為」に当たるとして、同条の規定を受けて制定された国家賠償法（以下「国賠法」という。なお、国家賠償自体を指して「国賠」ということがある。）第1条第1項に基づき係る不法行為によって発生した損害の賠償を求める、というのが本稿の関心対象である立法行為に関する国家賠償請求の大まかな構造である。

本稿においては、このような請求が抱える理論的な問題点を取り上げ、まずこれらに関する学説を整理する。次いで在宅投票制度事件及び在外国民選挙権事件の各判決を検討しながら、これらの問題に対する裁判所の態度を考察する。そして、立法行為について国会議員の負うべき義務の性質と合議制機関における故意ないし過失の認定という二つのテーマについて若干の見解を述べることにしたい。

I 判例及び学説の状況

1 学説の動向

(1) 概説

立法行為に関する国家賠償責任については、当初はそもそもこれに否定的な見解が多かったが、有倉遼吉教授¹⁾の問題提起やこれに続く古崎慶長判事²⁾らの積極的な見解を嚆矢として、近年では判例の流れも相まってこれを肯定する説が支配的である。ただし、新正幸教授は、純粋法学の観点からこれが成立しないことを原理的な観点から主張しており、これをどのように受容あるいは克服するのかは大きな問題であるといつてよいだろう。こうした学説の推移については、西埜章教授の論考に詳しい³⁾。また、当該論考では立法不作為に関する充実した考察がなされているので併せて参照されたい。

なお、本稿は立法行為に関する作為及び不作為のいずれの義務違反についても特段の区別を行わずに検討するものである。また、近時議論となっている違法性の認定基準についても本稿の検討対象ではない。

(2) 立法行為は不法行為を構成しうるか

まず、このテーマに関する最初期の論争は、文理的かつ観念的な次元において立法行為が不法行為を構成しうるかというところにあった。すなわち、国賠法第1条第1項にいう「公権力の行使」に立法行為が含まれるか否か、さらに同項に

いう「公務員」に国会議員が含まれるかに関する疑義である⁴⁾。

しかしながら、この問題についてはもはや学説に争いは見られないといっても過言ではないだろう。有倉教授が当初から「国家賠償法第一条の『公権力の行使』の中には、『国家統治権にもとづく優越的な意思の発動たる作用』が含まれていることには争いがなく、立法行為もまさにかかるものとして公権力の行使に該当する⁵⁾とされているとおりである。「公権力の行使」の解釈にも広狭の二説がありうるが、前記引用部はその狭義説の定義から論じたものであり、広義説を取った場合に立法行為がここから除外されることはもちろんない⁶⁾。

また、同項の「公務員」に特別職国家公務員たる国会議員が含まれることは今日的な視点からは当然であり、国会議員の故意または過失を論ずる限りにおいてこの部分も何らの問題を生じない。

さらに、立法行為が同項にいう「その職務を行うについて」のものかという点も、後掲在外国民選挙権事件第一審判決の判示するとおり、問題なくこれに該当するといえるであろう。なお、「その職務を行うについて」の意義は前記の代位責任説と自己責任説それぞれの立場に立てば若干異なる解釈となるが、これは「どう解しても、結論が異なる訳ではない」というべきである⁷⁾。

(3) 国賠法に基づく国の責任は代位責任か

次に、これ以降の問題点を検討するまでの先決問題として、いわゆる代位責任説を取るのか自己責任説を取るのかというものがある。

この問題の要点は、国賠法第1条第1項に基づく国の責任がいかなる性質か、より具体的には国家賠償責任の第一次責任主体は誰かというところに帰着する。この点については代位責任説と自己責任説の両説があり、前者は「不法行為責任は第一次的には公務員個人に帰属するが、それを国又は公共団体が代位する」ものであり、後者は「公務員は、国又は公共団体の手足として行動したにすぎず、不法行為を行ったのは国又は公共団体自身であり、損害賠償責任も第一次的に国又は公共団体に帰属する」とそれぞれ説く⁸⁾。このいずれを採るべきかについて学会も未だコンセンサスを見るには至っておらず、立法者意思も不明確で過去の下級審裁判例にも混乱がある⁹⁾。近年ではその理論的再構築を説くもの¹⁰⁾もあるが、少なくとも在宅投票制度事件最高裁判決の時点までには最高裁の認識としても代位責任説が判例・通説となっていたといえよう¹¹⁾。

なお、この両説のいずれを採用するにしても結論に差はなくなりうる¹²⁾と説

くものもあるが、少なくとも立法行為の国賠責任を検討する限りにおいてはなお理論的な問題を生じるといふべきであろう。

そして、両説のいずれが理論的に正当か、あるいはこの対立を克服しうる第三の途があるのかは極めて重要な論点ではあるが、本稿の検討に当たっては判例・通説とされる代位責任説を前提とする。

そして、代位責任説は必然的に自然人たる公務員の故意ないし過失を前提とするものであるが、このことが生じさせる問題については第Ⅲ章で検討する。

(4) 国会議員の負うべき義務の性質について

(a) 権限規範と行為規範の理論

次に、国会議員¹³⁾の負う義務の性質がいかなるものかという点が問題となる。この問題は二段に分割することができる。すなわち、その第一が、立法不作為の違憲審査をなしうるかについて、尾吹善人教授が本邦に紹介し、新正幸教授が精緻化した権限規範と行為規範の理論である。なお、これらの議論は基本的に立法不作為のみを射程に入れたもので、立法作為の違憲性については妥当しない部分もあることを予めお断りする。

立法不作為が国賠責任の対象となることに早くから強く反対した代表的な論者である尾吹教授は、ケルゼンらドイツの純粋法学の議論を紹介しつつ、要旨次のように主張する。すなわち、「義務」概念は精緻化して検討する必要がある、他人の積極的権利及びこれと表裏をなす給付義務は裁判を通じてその違反が制裁されうら必要がある。これは「国家機関たる人」に向けられた憲法上の義務といえども同様であり、憲法は議会の構成員に対して制裁を背景に義務付けをなしていることは通常ないのだから、「いわゆる『国家の義務』とは、法秩序に向けられた憲法上の保障の政治道義的要請を意味するにすぎない¹⁴⁾」のであると¹⁵⁾。なお、尾吹教授はさらに、責任肯定派たちが引用するドイツの状況についても、立法行為への賠償を認めた裁判例はごく少数であり、学説¹⁶⁾にしても有力なものは見られないことを指摘する¹⁷⁾。

この観点について、さらに進んで精緻な検討を加えたのが新正幸教授である。新教授はケルゼンの議論を、「立法権は、憲法による立法の『授権』であって、立法の『義務』づけではない¹⁸⁾」との見出しに約言した上で、立法義務は法的な意味での義務として存在しえないというケルゼンの議論は他方で「現代の法理論としては貫徹しえない。なぜなら、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である。その限りで、基本権規定は、権限規範であると同時に行為規範であるという二重の法的性格を有することになる」と指摘する。しかしながら、これに従い行為規範の領域において検討してもなお立法不作為は原則として国賠訴訟の対象とはならず、その例外は「立法不作為が特定の個人の具体的な権利・義務を直接に規律する『処分』としての正確を有し」、しかも「このような処分の性質が憲法41条が指定する法律の一般性に対する例外として憲法体系上正当化される場合に限られる」とするのである¹⁹⁾。

新教授の理論を受けて、青井未帆教授も「『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。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ろう。』²⁰⁾ (傍点原文ママ)として、従前の立場²¹⁾を転換している。

なお、青井教授は、その上でなお「救済に用い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政策的利用可能性を認め、同時に批判的検討の枠組みを模索することも必要とされるのではないか²²⁾」と主張する。確かに、違憲審査の途が限られている現下の状況において、そのような必要性を認めることができないわけではないが、必要性に留まらずそのような「割り切り」をなすという理論的根拠は必ずしも明らかではない。

それでは、新教授、遑てはケルゼンの理論がもたらす障害は克服しえないのだろうか。これを試みたものとして、大石和彦教授の合計4本にわたる論考がある^{23) 24) 25) 26)}。その中で大石教授は、権限規範と行為規範を区別する理論と立法行為への国家賠償責任の発生を矛盾なく理解するための理論を展開している。

さらに、土井真一教授は「実践的観点からすれば……権限の範囲を超える行為を行わないように命じ、その違反行為に対して何らかの法的非難・制裁を行うことを前提にしなければ、法で国家機関の権限を定め限定するという実践の実効性は十分なものとはならない。それゆえ……法令を遵守することを求める行為規範が定められるのであって、日本国憲法99条も、『天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ』と定めている。権限規範と行為規範は、認識論的には区別されるとしても、一定の相関関係を有さなければ、法秩序は実践的に機能し得ないのではないだろうか。』²⁷⁾

として、憲法第99条を行為規範とする法的義務が存在する可能性を示唆しているが、この点についての議論はなお収束したとはいえないであろう。

このように、純粋法学の立場からの国賠責任否定説は、簡単に否定できない強い説得力を有するものとして、また規範としての憲法を論理的に理解する上で重要な問いかけとして深い意義を有するものである。しかしながら、この理論を基に国賠責任をほぼ完全に否定する考え方は今日においては少数説に留まるといえよう。本稿においては、この問題については以上のとおりその大要を紹介するに留める。

なお、傍論として一点付け加えておく。指摘され尽くしていることではあるが、国賠訴訟は立法権の審査によく適する訴訟形式ではあるとは到底いえない。その一つが「違憲であるものの国賠法上合法であるため請求を棄却する」という判決の問題点である。すなわち、かような判決は主文において原告の請求を（国賠請求に関する限り）全部棄却することになるため、被告国は理由中に示された違憲の判断に係る不服をもって上訴することができなくなる。とりわけ、原告が実質的には賠償ではなく違憲の判断自体を求めて出訴に及んでいるような場合には、下級審における違憲・請求棄却の判決を確定させるために敢えて上訴しない蓋然性が高く、この場合下級審の違憲判決が半ば宙吊りの状態で確定することになる。このような状態が存在しえること、そして現に存在している²⁸⁾ことは、国賠の「迂回ルート」としての不適合性を顕著に示しているといえよう。

この意味において、新教授の「しばしば立法不作為に対する国家賠償請求訴訟が、その本来の筋から離れて、実質的な違憲確認訴訟・制度改革訴訟として用いられることもあるが、それは、本来の違憲審査制を歪めるだけでなく、この訴訟形態そのものをも歪めることになろう」²⁹⁾との指摘は重い。

(b) 国会議員の負う義務の性質

第二段の問題が、国会議員の負う義務の性質についてである。

新教授は、「国会が立法権の行使について国民に対して負う義務は、原則として、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法的義務ではない。なぜなら、法律は原則として**一般的・抽象的法規**規範であって、特定の個人に対する具体的な権利・義務に関する『**処分**』ではないからである」³⁰⁾（太字原文ママ）と明快に主張する。前掲の立場から演繹すれば、これは当然に導かれる主張であろう。なお、国会議員が憲法尊重擁護義務を負う以上、立法行為を憲法に従ってなす政治的責任もまた負うこととなるという点につき異論

はないであろう。

それでは、その上で国会議員は何らかの法的義務を負うだろうか。これは、この問題を考える上で極めて重要な論点である。すなわち、仮に国会議員が憲法に従って立法すべき義務を政治的責任としてのみ負い、法的義務としては負っていないとするならば、代位責任説に立つ限りにおいては国賠責任は発生しようがないからである。なぜなら、第一次的責任を負うべき国会議員³¹⁾を基準にしたとき、そこに法的義務が存在しないのであれば義務違反の責任も発生せず、従って国が代位すべき責任が存在しないからである。この論点については次章で詳説する。

なお、仮にこの義務違反を法的なものであると解したとしても、違憲な立法行為が観念上発生したのと同時に法的義務への違反が発生すると解するのには論理の飛躍がある。そこには一定の時間的猶予が存在すると解するのが、我が国の確立しつつある判例理論³²⁾であると考えている。これに関連する問いとして、行政法学上の職務行為基準説と公権力発動要件欠如説の有名な対立があるが、本稿ではそのいずれが正当かという議論には立ち入らない³³⁾。ただ、最高裁のスタンスは確実に前者に親和的であるといえよう。すなわち、後者に立つ限りにおいて「違憲な立法がなされている以上、係る立法行為は国賠法上違法である」という結論が導かれるが³⁴⁾、現実の最高裁判例はそのような立場を取っていないのである。

2 判例の流れ

(1) 在宅投票制度事件³⁵⁾

(a) 事案の概要

前節の観点も踏まえ、立法行為に関する判例の流れを確認する。なお、取り上げる判例のほとんどが多くの重要な判示を含むが、本稿における検討に即して必要な部分のみを取り上げることにする。

立法行為、とりわけ立法不作為の違憲性が本格的に問われるようになって久しいが、その嚆矢は在宅投票制度事件であろう。昭和25年制定の公職選挙法（以下「公選法」という。）の下では、投票所に出向かず自宅等で投票用紙に候補者名を記入し、これを市町村選挙管理委員会に郵送する等して提出できるいわゆる在宅投票制度が取られていたところ、昭和26年の統一地方選挙において同制度を悪用した選挙違反が続出したことを機に行われた公選法改正により廃止された。本件は、同制度の廃止前より障害を有していた原告が、廃止以降の選挙において投票することができなくなったとして、国を相手取り国賠法第1条第1項に基づき選

挙権を行使できなかったことによる精神的苦痛に係る慰謝料の支払等を求めて出訴したものである³⁶⁾。

(b) 地裁判決³⁷⁾

札幌地方裁判所小樽支部は、前記公選法の改正につき「右法律改正に基づき、原告のような身体障害者の投票を不可能あるいは著しく困難にした国会の立法措置は、……憲法……に違反するものといわなければならない。」と判示し、国会の立法行為自体を違憲とした³⁸⁾。なお、本稿においては、この判決に限らず個別の立法ないし立法不作為の合憲性については立ち入って論じない。

その上で、国賠法第1条第1項上の違法（以下単に「国賠法上の違法」という。）の有無については、「国会の立法行為も国家賠償法第一条第一項の適用を受け、同条項にいう『公務員の故意、過失』は、合議制機関の行為の場合、必ずしも、国会を構成する個々の国会議員の故意、過失を問題にする必要はなく、国会議員の統一的意思活動たる国会自体の故意、過失を論ずるをもつて足りるものと解すべきである。本件において、国会が法律改正によつて違憲の結果を生ずることを認識していたことを認めるに足りる証拠はない。しかし、国会は国権の最高機関として立法を行ない、そのため、両議院に国政調査権が与えられ（憲法第六二条）、その組織、機構等において他の立法機関に類をみない程度に完備していることは公知の事実であるから、立法をなすにあつては違憲という重大な結果を生じないうよう慎重に審議、検討すべき高度の注意義務を負うところ、本件法律改正の審議経過は右にみたとおりであり、かかる違憲の法律改正を行なつたことは、その公権力行使にあたり、右注意義務に違背する過失があつたものと解するのが相当である。」（下線引用者）とし、その他の要件についても検討の上、国に慰謝料として10万円及び遅延損害金の支払を命じた。

この判決は、国会の立法行為に対して国賠請求が認められた初めての事例である。その上、国会に違憲を生じさせない「高度の注意義務」を負わせ、これに対する違反を直ちに国賠法上の違法と解した上で、過失の認定についても、「国会議員の統一的意思活動」としての国会という機関自体に過失を認定していることは特筆に値しよう³⁹⁾。

なお、当審において国は立法行為に国賠法第1条第1項の適用があるとする原告側の主張について特段の反論をしていない⁴⁰⁾。

(c) 高裁判決⁴¹⁾

これに対し、二審札幌高裁は一審とは異なり「在宅投票制度を設ける立法をし

なかったこと」を違憲・違法としつつも、後述のとおり原告逆転全面敗訴の判決を下した。なお、国が当審より立法行為に国賠法上の違法を認定しえないことを主張したものの、これは排斥されている。

さて、当審は、「国賠法一条によつて……損害賠償責任を追及するには、公務員に『故意又は過失』のあることが要件とされる。公務員の『故意又は過失』が一定の意思を前提とするものであることはいうまでもない……。思うに、国会のような公務員の集合体である立法機関における立法のための意思形成は、その構成員の個々の意見、判断の単なる寄せ集めによるものではなく、構成員各自の意見、判断の開陳、相互批判ないし討論、反省等の過程を経て行われ、最終的には多数決原理によつて機関としての意思決定を見るものであるから、かかる機関の意思は、その構成員各自の意思から、その個別性、主観性を捨象したものとみることができる。それゆえ、……立法行為については、当該立法機関の機関意思を、当該立法機関を構成する個々の公務員に、各自の意思として投影せしめたものを以つて国賠法一条にいう公務員の意思とみることが可能であり、従つて国会の立法行為又は立法不作為における公務員としての国会議員の「故意又は過失」も、各個の国会議員の個別的、主観的な意思を前提とする必要はなく、結論的には国会の意思即各国会議員の意思と前提して、これを判断すれば足りるものと解することができる。」（下線引用者）と判示しつつ、しかしながら、大部分の国会議員にとっては違憲性・違法性を予め認識できなかったため違法性がないとして、原告・被控訴人の請求を棄却した。

ここまでを約言すれば、当時の「全部若しくは殆んど大部分の」国会議員は被控訴人等との関係で本件立法不作為の違憲性ないし違法性を予め知りえず、かつそれは即ち国会の「機関意思」であり、さらにこれは「各国会議員」の意思と前提されるから、各国会議員との関係で国賠法上の違法は存しない、という論理構成ということになる⁴²⁾。

(d) 最高裁判決⁴³⁾

これに対し、最高裁は次のとおり説示して、結論において原審札幌高裁判決を是認し第一審原告の上告を棄却した。まず、「国会議員の立法行為……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つて、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、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」とした上で、「国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治の評価にゆだねるのを相当とする。さらにいえば、立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得るのであつて、国会議員は、これを立法過程に反映させるべき立場にあるのである。憲法五一条が……国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである。このように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されない……」「国会議員は、立法に関しては、原則として、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つて、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、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」（下線引用者）と判示した。

下級審が半ば当然に立法行為について国賠法の適用、すなわち法的責任の発生を認めてきたのに対し、本判決は憲法第51条の免責特権も援用しつつ、国会議員の表決が原則的に法的責任を生じさせないとしている。この反面、同条が「国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除」するものなのならば、いくら「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」場合が「容易に想定し難いような例外的な場合」だとしても例外的に違法性を認定できるのかが定かではない。この部分について、新教授は「実務家風の〈余計なリップ・サービス〉」⁴⁴⁾と断じている。

また、後に詳述するところではあるが、こうした国会議員の責任と憲法第51条との関係については、いくつかの考え方がありうる。この点については藤井俊夫教授の解説⁴⁵⁾が参考になる⁴⁶⁾。

(e) 熊本ハンセン病事件判決⁴⁷⁾

なお、在外国民選挙権事件の後、ハンセン病患者への隔離政策の根拠となった

らい予防法を是正すべきであったという立法義務への違反があったとした熊本ハンセン病事件判決がある。同判決は、在外国民選挙権事件最高裁判決を「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」と解した上で、本件がこれに当たるとして国に賠償を命じたものである。本件では、らい予防法が自由権を制約する性質の立法であったことが重視されたともいえるが、詳細は小山剛教授の解説を参照されたい⁴⁸⁾。

そして、本判決は国側が控訴しなかったことにより確定したため、我が国において初めて立法行為に関する国賠責任が終局的に認められた事例となった⁴⁹⁾。

(2) 在外国民選挙権事件最高裁判決⁵⁰⁾

本件は、在外国民である原告らが、公選法の規定により投票権を行使できなかったため、国に対し、①原告らが次回選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認及び②国会が公選法を改正する立法義務に違反したことによる損害の賠償を求めたものである⁵¹⁾。

本最高裁判決は、①を却下した上で②につき「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。」と判示した⁵²⁾。

これは前掲在外国民選挙権事件最高裁判決と大きく趣を異にするところであるが、直後にこの判決は同判決と「異なる趣旨をいうものではない」として、これが判例変更であることを否定している。しかしながら、これは多くの学者が指摘するように「事実上ないし実質的な判例変更というべき」⁵³⁾ (太字原文ママ)であろう。調査官解説においても、「昭和60年判決を維持しつつも、その射程を実質的に限定し、国会の立法又は立法不作為について国家賠償責任を肯定する余地を拡大したものであり、この点についても、その意義は極めて大きいものである」⁵⁴⁾との言及がなされているところである。

なお、本判決において泉徳治裁判官⁵⁵⁾は、違憲確認請求については多数意見に同調しつつ、国賠請求について反対意見を示している。まず、本件訴えの趣旨

について、「上告人らは、国家賠償請求訴訟以外の方法では訴えの適法性を否定されるおそれがあるとの思惑から、選挙権回復の方法としては迂遠な国家賠償請求を、あえて付加したものと考えられる。」と推し測り、確認訴訟による救済を認めたことから「あえて金銭賠償を認容する必要もない。」とした。理由として、①精神的苦痛を金銭で測るのが困難であること、②賠償対象が広汎になりすぎ、納税者の負担が過大となることを挙げている。

これに対して、福田博裁判官は、その補足意見中で泉裁判官反対意見への再反論を試みている。すなわち、①選挙後に帰国してしまった人⁵⁶⁾ に対しては金銭補償をするほか救済の途がないこと、②税金をもって償われることを国民に知らしめること自体に意味があることを主張しているのである。この論争は本稿のテーマを些か逸脱するものではあるが、憲法訴訟制度に係る立法論として今なお重要な問題を浮かび上がらせているといえる。

II 国会議員の負うべき義務の性質について

1 政治的責任と法的責任の峻別

(1) 政治的責任について

さて、以上の議論、とりわけ第I章第1節第4項に掲げたものと各判例を確認しつつ、まずは国会議員の責任の問題について検討したい。まず、国会議員が立法行為を憲法に沿って行うべきであることについて異論はないであろう。その最大の根拠としては憲法尊重擁護義務を課した憲法第99条がある。

それでは、このことは国会議員にどのような責任を負わせているのか。その主要な部分を政治的責任が占めることもまた間違いないと考えられる。先に引用したとおりであるが、在宅投票制度事件最高裁判決のいう「国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする」の意味するところは、国会議員は次回選挙において主権者たる国民の審判を仰ぐことによって、終局的に在任中の行動に係る政治的責任を問われるということであろう。

(2) 政治的責任と法的責任の峻別

しかしながら、国会議員が院内における行動につき政治的責任を負っているこ

とは、法的責任を負わないことを必然的に導くものではない。秘密を漏示した国家公務員が懲戒処分を受けたからといって刑事処分を免れないこと、あるいは交通事故を起こした運転手が刑事処分を受けたからといって行政処分から逃れられないことと同じである。政治的責任と法的責任とを択一的に検討する論理必然性は見当たらない。

多分に確認的にはなるが、国会議員が法的責任を負わないという議論は二通りに整理できる。その第一は、純粹法学的な見地から法的制裁の予定されていない国会議員の行為には法的責任が伴わないと考えるか、あるいはこれ以外の立場からでもよいが、ともかく国会議員の立法行為に法的責任はそもそも発生しないというものである。そして第二が、国会議員の立法行為に法的責任を観念することはできるが、これは憲法第51条の免責特権により免責されるというものである。そして、判例や多くの学説に親和的なのは後者であるということになる。

2 免責特権との関係

(1) 免責特権は法的責任自体を否定するか

それでは、免責特権について論を進めたい。土井教授は、「少なくとも、憲法51条の規定が存在する以上、国会議員が、議院で行った演説、討論又は表決について、院外において法的責任を追及され、法的制裁を課されることはない。したがって、院外において国会議員個人の責任を追及する制度的手段は選挙であり、その制裁は、世論による非難を受け、国会議員の地位を失うという政治的なものである。」⁵⁷⁾ とするが、「法的責任を追及され、法的制裁を課されることはない」ということの実質を一段深く検討する必要がある。

すなわち、国会議員が個人で負う法的責任があったとしても、これが院外における特定の国民に対する不法行為責任に基づく損害賠償を請求する、あるいは国賠法第1条第2項の規定による求償を請求する訴訟において敗訴して金銭的などの制裁を受けることは、免責特権の明文の規定に反するためおよそ認める余地がない。しかしながら、この免責特権が国会議員の法的責任追及のどの段階で機能するのには議論の余地がある。先の二通りの考えをまとめるとすれば、第一は、免責特権が法的責任の発生自体を否定するという考え方である。第二が、免責特権は法的責任の発生を否定しないが、求償のみを否定するという考え方である。

このいずれの考え方に立つかによって、立法行為に関する国賠請求が認められるか否かが180度異なる結論になる。第一の考え方では、そもそも国会議員は何

らの法的責任も負っていないのであるから、第一次的責任が存在しないにもかかわらず国に代位責任を認める余地は全く存在しない。他方、第二の考え方立つならば、国は求償をなすことはできないが、しかしながら国が代位責任に任ずることとはこれと矛盾なく両立しうる。

(2) 裁判所の態度と結論

その実、裁判所の一貫した立場は第二の考え方にある。在宅投票制度事件控訴審判決は、「現行の国家賠償制度において、憲法五一条の有する意味は、国会議員は、議院において演説、討論又は表決をなすにあたり故意又は重大な過失によつて違法に他人に損害を加えたとしても、国から国賠法一条二項によつて求償を受けることのないことが憲法上保障されているというだけである」と判示したが、最高裁判決はこれを斥けて「国会の行為については……議員の行為については憲法上の免責があるため結局国は代位すべき責任がない」⁵⁸⁾ という立場に立ったかと思われた。しかしながら、同判決の調査官解説には、「憲法五一条との関係では、国は国会議員に求償することができず、国会議員が最終的に責任を問われることはない、と解すれば足りるというべきである」⁵⁹⁾ と明記されているのである。同最高裁判決の「国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除している」という先に引用した一節も、この文脈に沿って理解されるべきものなのである。

この問題について、これまでの議論を踏まえればいずれの考え方を取るべきかは容易に決めるものではないが、「憲法五一条の免責特権が、憲法十七条の国家賠償請求権を排除する趣旨まで含んでいるとすることには問題があろう」⁶⁰⁾ との問題意識は誠に正当なものというべきであり、判例のとおり免責特権は求償のみを遮断すると解するのが相当であろう。

なお、このように結論付けるならば、次に国会議員の法的責任を問うるのは具体的にどのような場合なのかという議論に進まなければならない。しかしながら、この点については立ち入って検討しない。

Ⅲ 合議制機関における過失の認定について

1 問題の概要

(1) 概説

さて、本稿における最大の問題提起となるのが以下の点である。すなわち、国

賠償第1条第1項は明文において「公務員」の「故意又は過失」があることをその要件として定めているところ、立法行為につきこの「故意又は過失」は人的に誰を基準に判断するのかという問題である。

ここまで論じてきたように、国賠法における国の責任は代位責任であるとすれば、第一次的には特定の自然人たる公務員がその責に任ずべき不法行為の存在が要求される。これを前提とするならば、合議制・多数決制・二院制を取る国会の立法行為につき故意・過失⁶¹⁾を有するのは誰だと考えるのか、換言すれば誰が加害行為者と観念しうるのかという論理的問題が横たわっているのである。

例えば、ある違憲な立法を想定したとして、国賠法上はこれに賛成した議員のみに過失があるのか。あるいは全議員に過失があるのか。もし後者であれば、免責特権により求償こそ遮断されるとはいえ、当該立法に反対した議員との関係では無過失責任を問うのとはほぼ変わらない帰結となる。あるいは、同じ立法義務に反する行動を取った議員でも、過半の賛同を得られなければ不問に付され、得られれば法的責任が発生するのか。その他、欠席者や棄権者はどうなるのか。さらに、二院制特有の問題として、立法不作為の違法が問われた場面で、これを解決する立法が一院において可決されたものの、他方の院で否決された場合にどのように考えるべきかなど、検討の余地も多くあろう。

このような想定を取って掲げるのは、決して過失の認定を否定しにかかるためではない。代位責任説を取る限り、第一次的責任を負う者が少なくとも観念的に明確でないということは認められないのである。

(2) 加害行為者特定等の緩和

なお、立法行為ではない事案に係る判例で、「公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜしめた場合において、それが具体的にどのような違法行為によるものであるかを特定することができなくても……いずれかに行為者の故意又は過失による違法行為があつたのでなければ右の被害が生ずることはなかつたであろうと認められ、かつ、それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国又は公共団体が法律上賠償の責任を負うべき関係が存在するときは、国又は公共団体は、加害行為不特定の故をもつて国家賠償法又は民法上の損害賠償責任を免れることができないと解するのが相当である」⁶²⁾としたものがある。ただし、これは「加害公務員・加害行為の特定の要求を大幅に緩和したもの」⁶³⁾であっても、論理的に過失を認定できる者とそうでない者の

弁別が困難な事例ではなく、両者は次元の異なる問題である。

この点について、今村教授は「立法行為による不法行為は、観念には認め得るとしても、いかなる場合に成立の余地ありや疑問である。……国会制定法の場合、違憲立法についての国会議員の故意・過失を問題とすることは、とくに代位責任説に立つ場合理論的にも実際的にも不可能ではなからうか」⁶⁴⁾と指摘している。

(3) 判例における過失の主体

さて、これを解決する方策として、真っ先に思いつくのは、抽象的に「国会」の過失を検討すれば足りる、と解することである。例えば、第I章でも触れたように、在宅投票制度事件第一審判決は、「合議制機関の行為の場合、必ずしも、国会を構成する個々の国会議員の故意、過失を問題にする必要はなく、国会議員の統一的意思活動たる国会自体の故意、過失を論ずるをもつて足りるものと解すべき」であるとする。確かにこのように考えれば過失の問題は解決するようにも思える。

しかし、この立論の難点もまたはっきりしている。自然人ではなく法的な存在としての行政機関は、理論的に「公務員」でもなければ故意も過失も持ちえないという結論は動かしがたいのである。そして、この点を等閑視して過失を認定する議論は「実際には国賠法の『故意・過失』の無視」⁶⁵⁾であるという指摘に反論することは難しいであろう。

次に、控訴審判決は「国会議員の個別的、主観的な意思を前提とする必要はなく、結論的には国会の意思即各国会議員の意思と前提して、これを判断すれば足りる」としているが、これはあくまでも自然人としての国会議員の過失という立場を取ろうとしているように読める。他方で、国会は原則として構成員の過半数をもってその意思を決するところ、これを各国会議員の意思であると擬制することは、論理構成としてやや乱暴の感を否めない。

なお、最高裁は先述のとおり、そもそも過失を判断する以前に国賠法上の違法性がないと判断している。

また、在外国民選挙権事件最高裁判決においては、過失は認定されているものの、その主語が不明であり、この点は調査官解説⁶⁶⁾においても明示されていない。

2 合議制機関における過失

(1) 問題の範疇

この加害行為者が特定できないという問題の根深いところは、国会に限らず、最終的に多数決によって機関としての意思を決する合議制の行政機関に広く妥当する問題であるというところにもある。これを敷衍すれば、例えば裁判所や検査官会議、人事院会議、農地委員会などの行政処分に至るまでも過失の認定が困難となる。有倉教授の「常に個々の公務員についてのみ、故意過失を論じなければならないとすることは、余りにも文理にとらわれた解釈というべきであるのみならず、およそ合議制機関の行為は、立法行為に限らず、行政処分についてまでも、国家賠償法の適用を不能ならしめることになる」⁶⁷⁾との指摘はこの意味で正鵠を射たものといえる。

(2) 合議制機関全般の過失認定に関する問題

思うに、この問いは、二つの問題に切り分けて検討するべきである。その第一が、合議制機関の行為に係る過失の認定の問題である。

有倉教授は、第1章第1節第2項に引用した今村教授の指摘について、「この指摘が、国会議員の故意過失を問題にすることの困難性に向けられている限りにおいては正当であるが、立法行為と行政行為とを対立させ、前者における故意過失を問題とすることが、より困難であるとするのであれば必ずしも賛成しえない。問題は、立法行為と行政行為との区別にあるのではなくして、合議体の行為と単独体の行為との区別にあるのではなかろうか」⁶⁸⁾としているが、まさにここでいう「合議体の行為と単独体の行為との区別」の問題である。

この問題は、先に挙げた加害行為者や加害行為の特定の緩和や、「公務員個人の過失としては捉えきれない行政機関の組織的な職務遂行過程の過誤」⁶⁹⁾を捉える組織的過失概念⁷⁰⁾の構築といった近時の修正によってもなおカバーしきれない部分もあるように思われる。

そしてこの問題は、究極的には合議制機関についてどのように過失を認定するかを明示しない国賠法の不備によってもたらされたものであるというべきではないだろうか。すなわち、法文からはおよそ合議制機関に対する考慮が欠落していると考えるのが自然であり、かつ、国賠法は合議制機関のなした行為に限って救済を排除する趣旨に出たものとは考えられないのである。このような事情からす

れば、この点について解釈上の手当をなすことには正当性が認められよう。

そして、この点に関する私見としては、当該合議制機関の構成員たる公務員全体の集合体を観念して、これを基準に過失を認定すれば足りると考える。すなわち、先にも述べたとおり、行政機関は自然人でない以上「公務員」ではなく、同時に行政機関自体の過失を認定することも論理的に不可能である。他方で、合議制機関は、全会一致か多数決かはともかくとして、その構成員が組織的に機関としての意思を決定しているのであって、これら構成員をひとつのまとまりとして解釈することは可能であろう。そして、国賠法の不備を修正する意図に出る範囲で、この程度の解釈は許されるのではないか。

なお、このように解する場合にあっては、求償をどのように処理すべきかという問題があるようにも思われる⁷¹⁾。しかしながら、求償はあくまでも国ないし公共団体対公務員個人の関係に立つものであり、この関係において合議体を構成するなどの特定自然人に故意または重過失があったのかを国等が立証することに事実上の困難があったとしても、それは本論としての国賠における過失認定の問題とは全く異なる文脈の問題である。

この帰結として、例えば下級裁判所における合議体による裁判⁷²⁾の場合では、評議が非公開である関係上、故意ないし重過失をどの裁判官との関係においても認定できないことになりうるが、しかしこれを理由として国賠自体を認めないと考えるのは不当であろう。なお、合議制機関でもその多くは議事録を残す場合が多いと考えられる上、種々の証拠調べの中で軽過失しか認定できないか、あるいは過失のない者とこれら以外の者を識別することは決して極端に困難なことではないと考えられる。

(3) 国会の特殊性は存在するか

そして、第二の問題は、国会には他の合議制機関とは異なる特殊性が果たして存在するのかという点である。

例えば「立法の作為不作為の違法判断にあっては、相当長期にわたる立法機関全般の動きの是非が判断の対象となっており、しかも、その全般の動きたるや政党派さまさまの確執が織りなすものであって、形式的意味での法律などに結実した瞬間には観念的に統一的な機関意思を想定することはできるものの、それ以外の場合について、統一的にとらえられるべき国会の意思や行動が存在しない」⁷³⁾という指摘や、在外国民選挙権事件第二審判決にある「その構成員の個々

の意見、判断の単なる寄せ集めによるものではなく、構成員各自の意見、判断の開陳、相互批判ないし討論、反省等の過程を経て行われ、最終的には多数決原理によつて機関としての意思決定を見るものである」といった特質も、その多くは少なくとも理屈の上では国会以外の合議体にも妥当するものであり、法的に国会を特別視することを要するに至るものは見当たらないようにも思える。

ただ、いずれにしても本章で取り扱った問題についてはなお一層の理論的検討を要するところであり、今後の判例の蓄積も注視しなければならないだろう。

総括

立法行為に関する国賠責任については、純粋法学の立場からの理論的課題を未だ完全には克服できていないという瑕はあるものの、他方ではこの点を半ば棚上げした状態で理論と判例の両輪で積み重ねを続けていくものと思われる。

ただし、目的は手段を正当化しないのであって、ここで取り上げた論点に限っても、これを明快に説明することは困難を極める。「ある国のある時代にある人びとが感ずる『必要』というだけで、体系的な諸概念を無視して勝手な議論ができるわけのものではない」⁷⁴⁾という尾吹教授の警告は、今もなお生きているといわなければならないだろう。

他方で、立法行為に関する国賠がこのような理論的困難を多く抱えているにもかかわらず、今日にあっては国賠訴訟が違憲審査権の発動を求めるための有力な手段となっていることは否定しえない事実である。国賠訴訟に積極的な意義を見出そうとする学者が増えていることも、これを裏付けている。

このことは、「立法の不作为の問題は、本来、立法制度の問題であって、基本的には……立法手続の改革によって解決されるべき問題であることを示唆しているように思われる」⁷⁵⁾との新教授の見解を裏書きするものかもしれない。今後の展開を注視したい。

結びに、本稿の結論に至る着想を与えてくださった指導教員の小山剛教授、そして本稿執筆への手厚いサポートはもとより、公私にわたり多大なお世話になった本学大学院法学研究科公法学専攻博士課程の新井貴大さんを始めとする諸先輩方に深く感謝申し上げます。

- 1) 有倉遼吉「国家賠償の理論と運用」『公法における理念と現実』（多摩書店、1959年）240頁は「以上が……立法行為による国家賠償の必要を主張する私見の一節である。わが国においても、後述のごとく英米仏独等の諸国においても、むしろ否定的であるこの問題を肯定するのは、極めて大胆な試みであると考えるが、実際的にも必要があり、理論的にも成立の可能性があるとするならば、未熟な試論としてでも、問題を提起することは、あながち無意味ではあるまいと思う」と結ばれている。
- 2) 古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣、1971年）などがある。
- 3) 西埜章「立法の不作为と国家賠償責任」法学論叢（明治大学）第81巻第4・5合併号（2009年）93頁。
- 4) 下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房、1973年）32頁以下などを参照。
- 5) 有倉前掲注1）246頁。
- 6) 今村成和『国家補償法』（有斐閣、1957年）101頁参照。
- 7) 今村前掲注6）99頁以下。
- 8) 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）19頁以下。
- 9) 宇賀前掲注8）19頁参照。
- 10) 中原太郎『「代位責任」の意義と諸相』論究ジュリスト第16号（2016年）41頁以下。
- 11) 泉徳治「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和60年度（1989年）376頁。
- 12) 宇賀前掲注8）23頁。
- 13) なお、後述のとおり、少なくとも本稿における検討にあつては「国会」と「国会議員」は明確に区別する必要があるが、見出しにおいては単に「国会議員」としている箇所があることを予めお断りする。
- 14) 尾吹善人「憲法規範の変性？」同『憲法の基礎理論と解釈』（信山社、2007年）443頁において訳出される。Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, (2Auffl.) S. 145, 305.
- 15) 尾吹前掲注14)。
- 16) この中には、立法行為に関する損害賠償責任を肯定した先駆的な論者であり、先に挙げた古崎慶長判事が含まれている。
- 17) 尾吹前掲注14)。
- 18) 新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010年）305頁。
- 19) 新前掲注18) 309頁ないし310頁。
- 20) 青井未帆「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論」信州大学法学論集第12号（2009年）20頁。
- 21) 青井未帆「選挙権の救済と国家賠償法—立法不作为の違憲を争う方法として—」信州大学法学論集第9号（2007年）115頁以下。
- 22) 青井前掲注20) 21頁。
- 23) 大石和彦「立法不作为に対する司法審査」（白鷗法学第14巻第1号、2007年）30頁以下。
- 24) 大石和彦『「立法不作为に対する司法審査」・再論—それでも規範は二種なのか？

- 一」(立教法学第82号、2011年) 130頁以下。
- 25) 大石和彦「『憲法判断の対象』としての《規範》と《行為》—『義務賦課規範』・『権能付与規範』区別論の観点から—」筑波ロー・ジャーナル第11号(2017年) 25頁以下。
 - 26) 大石和彦「立法不作為に対する司法審査・その3」白鷗大学法科大学院紀要第10号(2017年) 209頁以下。
 - 27) 土井真一「公法訴訟〔第18回〕 立法行為と国家賠償—2つの最高裁判例を読む—」法学教室第388号(2013年) 95頁。
 - 28) 自衛隊のイラク派遣について違憲判断を下した名古屋高判平20・4・17ウエストロー2008WLJPCA04179003。
 - 29) 新前掲注18) 310頁。
 - 30) 新前掲注18) 309頁。
 - 31) 責任の主体は後に詳述する。
 - 32) いわゆる「一票の格差」問題に関する累次の最高裁判決において「違憲状態」判決が幾度か下されていることを想起されたい。
 - 33) この論点を概観するものとしては、神林一彦「公法訴訟〔第17回〕 行政救済法における違法概念と憲法規範—国家賠償法1条の違法概念の特殊性を中心に」法学教室第386号(2012年) 95頁以下が挙げられる。
 - 34) この点に関する検討として、中川丈久「公法訴訟〔第16回〕 国家賠償法1条における違法と過失について—民法709条と統一的に理解できるか—」法学教室第385号(2012年) 72頁以下が参考になる。
 - 35) 本件につき第一審判決から浩瀚な検討を加えたものとして、君塚正臣「立法の不作為の合憲性を争う訴訟について—在宅投票制度違憲訴訟の再考—」横浜国際社会科学研究所第21巻第6号(2017年) 11頁以下がある。
 - 36) 青井未帆「判批」高橋和之=長谷部恭男=石川健治編『憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕』(有斐閣、2007年) 332頁以下。
 - 37) 札幌地小樽支判昭49・12・9訟月第21巻第1号7頁。
 - 38) なお、同判決は直後に「(原告は、国会の右法律改正のほか、在宅投票制度を復活しないことによる違憲をも主張するが叙上のとおり右法律改正・施行そのものによつてすでに原告の選挙権行使が侵害されたというべきであるから、右主張については判断を要しない。)」と付記している。すなわち、公選法改正という国会の作為が違法であり、その後の立法不作為については検討するまでもないという趣旨である。
 - 39) 本目を執筆するに当たり、佐藤英善「判批」ジュリスト臨時増刊第590号(昭和49年度重要判例解説)(1975年) 53頁以下によるところが大きい。
 - 40) 後掲控訴審判決にこの旨が明記されている。
 - 41) 札幌高判昭53・5・24訟月第24巻第8号1541頁。
 - 42) 本判決の評釈としては、中村陸男「判批」『昭和53年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊第693号(1979年) 9頁以下などがある。

- 43) 最判昭60・1・21民集第39卷第7号1512頁。
- 44) 新正幸「判批」高橋ほか前掲注36) 439頁。
- 45) 藤井俊夫「判批」『昭和60年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊第862号(1986年) 17頁以下。
- 46) 他の評釈としては、中村陸男「判批」ジュリスト588号(1986年) 84頁以下、長谷部恭男「判批」宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第6版〕』(有斐閣、2012年) 478頁以下がある。また、調査官による解説としては、泉前掲注11) 及びこれに先行する同「判解」ジュリスト第588号(1986年) 90頁以下がある。
- 47) 熊本地判平13・5・11判タ第1070号151頁。
- 48) 小山剛「判批」ジュリスト第1210号(2001年) 155頁。
- 49) 他の評釈としては、土井真一「判批」『平成13年度重要判例解説』増刊ジュリスト第1224号(2002年) 25頁以下などがある。
- 50) 最大判平17・9・14民集第59卷第7号2087頁。
- 51) 野坂泰司「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選〔第6版〕』(有斐閣、2013年) 324頁。
- 52) 本件に関する評釈には、岡田順太「判批」総合政策論集(東北文化学園大学)第5巻第1号(2006年) 239頁以下、村田尚紀「在外邦人選挙権と立法不作為—在外日本人選挙権剝奪違法確認等請求事件最高裁判決—」関西大学法学論集第55巻第6号(2006年) 135頁以下など多数がある。
- 53) 新前掲注18) 325頁。
- 54) 杉原則彦「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(2008年) 657頁ないし658頁。
- 55) 前述のとおり、在外国民選挙権事件最高裁判決時の最高裁調査官でもある。
- 56) 本件においても係争中に帰国した原告が存在する。
- 57) 土井前掲注27) 96頁。
- 58) 藤井前掲注45) 19頁。
- 59) 泉前掲注11) 376頁。
- 60) 藤井前掲注45) 19頁。
- 61) 以下、過失とのみ表記しているところがあるが、故意を排除する意図に出たものではない。
- 62) 最判昭57・4・1民集36巻4号519頁。
- 63) 高橋正人「判批」宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第7版〕』(有斐閣、2017年) 473頁。
- 64) 今村前掲注6) 102頁、注1。
- 65) 尾吹善人『日本憲法—学説と判例—』(木鐸社、1990年) 309頁。
- 66) 杉原前掲注54)。
- 67) 有倉前掲注1) 248頁。
- 68) 有倉前掲注1) 247頁。

- 69) 武田真一郎「国家賠償における組織的過失について」愛知大学法学部法経論集第159号（2002年）47頁。
- 70) なお、国賠における違法性に関する概論としては神林前掲注33)が、過失も含めて体系的に論じたものとしては武田前掲注69)に続く同「国家賠償における違法性と過失について—相関関係説、違法性相対説による理解の試み—」（成蹊法学第64号、2007年）455頁以下、同「統・国家賠償における違法性と過失について」成蹊法学第88号（2018年）536頁以下が参考になる。
- 71) なお、主に第Ⅱ章で述べたとおり、国会議員について求償をなす余地は存在しない。この検討は、合議制機関全般の過失認定への一つの回答を得ることを試みる以上、これら全般に適用してなお耐えうる方法でなければ解決策たりえないとの見地において行うものである。
- 72) なお、最判昭57・3・12民集第36巻第3号329頁より、「裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情」が認められなければ裁判官の裁判につき国賠責任が認められることはなく、その意味でもこれは極めて例外的な場合ということになる。
- 73) 遠藤博也『国家補償法 上巻』（青林書院新社、1981年）180頁。
- 74) 尾吹前掲注14) 428頁。
- 75) 新前掲注18) 337頁。

参考文献

本文及び脚注中に掲げたもののほか、以下を参考にした。

- 青井未帆「憲法上の権利の司法的救済—インジャンクション類似の救済手段利用に向けての予備的考察—」本郷法政紀要第7号（1998年）33頁以下。
- 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」亜細亜法学第41巻第1号（2006年）13頁以下。
- 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〔第2版〕』（弘文堂、2013年）267頁以下。
- 神林一彦「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」立教法学第75号（2008年）67頁以下。
- 戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）。
- 西塾章『国家補償法概説』（勁草書房、2008年）81頁以下。
- 野中俊彦「在外選挙制一部違憲判決の意義と問題点」ジュリスト第1303号（2005年）18頁以下。
- 棟居快行『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」神戸法学雑誌第44巻第4号（1995年））。