

**判例研究 在外投票制度に関わる立法不作為の公  
法上の問題：在外日本人選挙権剥奪違法確認等請  
求事件（最大判平成17.9.14民集59卷7号2087頁）**

著者	青木 誠弘
雑誌名	筑波法政
巻	46
ページ	199-216
発行年	2009-02-20
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00156145">http://hdl.handle.net/2241/00156145</a>

## 在外投票制度に関わる立法不作為の公法上の問題

——在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件  
(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁) ——

青木 誠弘

### I 事案の概要

本件は、平成10年の公職選挙法の一部改正（以下、平成10年改正）によって導入された、在外選挙制度に関する事案である。

平成10年改正前の規定では、選挙人名簿に登録されていない者および登録されることが出来ない者は投票することが出来ない旨が規定されており（平成10年改正前の公職選挙法42条1項、2項）、選挙人名簿への登録は、当該市町村に住所を有する20歳以上の日本国民で、その者に係る当該市町村の住民票が作成される日から引き続き3ヶ月以上当該市町村の住民基本台帳に記載されている者について行うとされていた（公職選挙法21条1項、住民基本台帳法15条1項）。

すなわち、住民基本台帳に記載されていない者は投票することが出来なかったところ、外国に住居を有する在外日本人は、日本国内のいずれの市町村の住民基本台帳にも記載されないため（住民基本台帳法4条、5条、7条）、選挙人名簿に登録されず、衆議院議員選挙および参議院議員選挙において投票することが出来ないという状況にあった。

このため、平成10年改正において、新たに在外選挙人名簿が調製されることになり、公職選挙法42条1項本文の文言は、「選挙人名簿又は在外選挙人名簿に登録さ

れていない者は、投票をすることができない」と改められた。

この改正により、在外選挙人名簿に基づく在外選挙制度が創設されることとなったが、この新制度が対象とする選挙は、暫定的な措置として、当分の間、両議院の比例代表選出議員の選挙に限ることとされ、衆議院小選挙区選出議員選挙および参議院選挙区選出議員選挙はその対象から除外されていた（平成10年改正後の公職選挙法附則8項）。

以上の公職選挙法の規定に関し、在外日本人である原告らは、平成10年改正前の規定は在外日本人に選挙権を行使する機会を一切認めていない点において、同改正後の規定は衆議院小選挙区選出議員選挙及び参議院選挙区選出議員選挙における選挙権を行使する機会を認めていない点において、それぞれ憲法14条1項、15条1項、3項、43条及び44条、並びに市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、国際人権規約B規約）25条に違反し、また、国会が平成10年まで在外投票制度を創設する旨の法改正を行わなかった立法不作為により、平成8年に行われた衆議院議員選挙において投票できなかったとして、平成10年改正前及び改正後の公職選挙法の違法確認及び平成8年の選挙において選挙権を行使できなかったことに関する国家賠償を求めて出訴した。

第一審<sup>1</sup>は、以下の判断のもと、違法確認請求を却下し、国家賠償請求を棄却した。

まず、国家賠償請求について。東京地裁は、実体問題に関し、いわゆる在宅投票制度廃止事件に関する昭和60年の最高裁判決<sup>2</sup>を引用し、「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った例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けない」とした上で、在外投票制度の創設に関しては国会の裁量に委ねられており、平成10年までに在外投票を可能にする旨の法改正を行わなかったことが憲法又はB規約の一義的な文言に違反するものでないことは明らかであるとして、当該立法不作為についての違法性を否定した。

次に、違法確認請求について。東京地裁は、原告らの立場が他の在外日本人と特に異なるものではなく、また原告らは特定の選挙を個別具体的に上げているわけでもないことを理由に、本件の違法確認請求は具体的紛争を離れたものであり、法律上の争訟に当たらない不適法なものであると述べた。さらに、東京地裁は、本件の違法確認請求が法律上の争訟であると解したとしてもなお不適法であるとして、その根拠について以下のように述べた。すなわち、本件の違法確認請求は、公権力の行使に関する不服の訴訟として抗告訴訟の類型に属する訴えと解するのが相当であり、そのような無名抗告訴訟が許容されるためには、行政庁に自由裁量の余地が全く残されていないなど、第一次判断権を行政庁に留保することが必ずしも重要でない認められる

ことが必要であると解されるところ、憲法又は国際人権規約B規約上、在外投票制度の創設を一義的に命じる規定は存在しないのであるから、本件の違法確認請求は、上記の無名抗告訴訟が許容されるための要件を具備していない。

原告らは、以上の地裁判決に対して控訴するとともに、新たな請求として、原告らが衆議院小選挙区選出議員選挙及び参議院選挙区選出議員選挙において投票を行う権利を有することの確認を求めた。控訴審<sup>3</sup>は、違法確認請求及び国家賠償請求に関しては、原審同様に前者を却下、後者を棄却し、新たに追加された確認請求を却下する判断を下した。その内容は、以下の通りである。

国家賠償請求に関しては、控訴審は、原審を引用するとともに、平成10年改正により、当分の間は両議院の比例代表選出議員の選挙に限られてはいるものの、在外投票制度は創設されている点<sup>4</sup>と、原告らは自己の選択の結果在外日本人となったのであるから、選挙において原告らが区別されることは、人種、性別等により差別されることは問題の性質が違う点の2点を挙げ、請求を退けた。また、違法確認請求に関しては、具体的紛争を離れた訴えであることを理由に、法律上の争訟性を否定した。

また、衆議院小選挙区選出議員選挙及び参議院選挙区選出議員選挙において投票する権利を有することの確認を求める訴えについて、控訴審は、平成10年改正後の公職選挙法がこれらの選挙において在外日本人が投票するための措置を設けていない以上、その権利を有することの確認を裁判所に求めることは、同法の違憲、違法の宣言

1 東京地判平成11年10月28日判時1705号50頁。

2 最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁。

3 東京高判平成12年11月8日判タ1088号133頁。

4 この点に関して、国家賠償請求において原告らが主張する請求原因は平成8年の衆議院議員選挙にあるところ、平成10年改正が請求を退ける理由として述べられていることには疑問が残る。

を求めるか、又は上記の権利の創設を求めるものとなり、そうすると、当該訴えは、抽象的、一般的に法令等の違憲、違法をいうか、又は一般的に権利を創設する判断を求めるものとなるため、法律上の争訟にあたらない、と判断した。この点に関して、原告らは、投票の機会が奪われた場合には司法救済の機会が与えられなければならない旨を述べているが、控訴審は、憲法裁判所が設けられていない現行制度の下では、具体的な権利義務ないし法律上の地位を離れて抽象的、一般的に判断を求める訴えは許されない、と述べ、主張を退けた。

以上の高裁判決を受け、原告らは上告した。

## II 判旨

### 1 平成10年改正前および改正後の公職選挙法の合憲性

憲法の趣旨に鑑みれば、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権またはその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権またはその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条但書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、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によって国民が選挙権を行使することができ

ない場合についても、同様である」。

平成10年改正前の公職選挙法の規定について、在外公民は投票をすることができないものとされていたのは、在外公館の人的、物的態勢を整えるなど克服しなければならない障害が少なくなかったためと考えられる。

しかし、既に昭和59年の時点で、内閣がその解決が可能であることを前提に、在外選挙制度の創設を内容とする「公職選挙法の一部を改正する法律案」を国会に提出していることを考慮すると、「同法律案が廃案となった後、国会が10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙（平成8年に行われた衆議院議員の総選挙：引用者注）において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」。平成10年改正前の公職選挙法が上告人らの投票を認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条但書に違反するものであったというべきである。

平成10年改正後の公職選挙法の規定に関して、選挙日前に選挙公報を在外国民に届けるのは實際上困難であり、候補者個人の情報を適正に伝達するのが困難であるという状況の下、候補者の氏名を自書させて投票させる必要のある衆議院小選挙区選出議員又は参議院選挙区選出議員の選挙について在外投票を認めることには問題があるという見解もあったことを考慮すると、初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的少ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外投票を認めるとしたことが、全く理由の無いものであったとまで言うことは出来ない。

しかしながら、平成10年改正後に在外投票が繰り返し実施されていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げている

ことなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適切に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。また、平成12年の公職選挙法の改正により、参議院比例代表選出議員の選挙制度が、名簿記載者の氏名を投票の際に自書させる非拘束名簿式に改められ、平成13年と16年には、在外国民についてもこの制度に基づく投票がされていることも併せて考えると、遅くとも、本件判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員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又は参議院選挙区選出議員の選挙に関し、在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむをえない事由があるということとは出来ず、公職選挙法附則8条の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条但書に違反するものといわざるを得ない。

## 2 確認の訴え

本件の違法確認請求のうち、平成10年改正前の公職選挙法が違法であることの確認をを求める訴えについては、過去の法律関係の確認をを求めるものであり、その確認が現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとは言えないため、確認の利益が認められず、不適法である。

平成10年改正後の公職選挙法が違法であることの確認をを求める訴えについては、他により適切な訴えによってその目的を達成することが出来る場合には確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては、予備的請求に係る訴えである、次回の選挙における衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙におい

て投票をすることができる地位にあることを確認する訴え（以下、本件予備的請求）の方がより適切な訴えであるため、不適法と言わざるを得ない。

本件予備的請求は、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することが出来るところ、その内容は、公職選挙法附則8条につき所要の改正がなされないと、在外国民である原告らが、今後直近に行われる衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙において、投票することが出来ず、選挙権を侵害されることになるので、その事態を防止するために、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認を予め求める訴えであると解することが出来る。

選挙権は、行使できなければ意味が無く、損害を受けた後に争うことではその実質を回復することが出来ないものであるから、具体的な選挙において選挙権を行使する権利について争いがある場合、これを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。

本件の予備的請求は、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することが出来るものに当たるといふべきである。尚、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論を待たない。本件予備的請求は、適法な訴えといふことが出来る。

前述の通り、公職選挙法附則8条の規定のうち、在外選挙制度の対象を、当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定している部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条但書に違反し、無効であるから、本件予備的請求には理由があり、これを認容すべきである。

### 3 国家賠償請求

国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法1条1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」。

「しかしながら、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項の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」。在宅投票制度廃止事件に関する昭和60年1月21日の最高裁判決は、以上と異なる趣旨をいうものではない。

本件の事実関係によれば、「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り、このような場合においては、過失の存在を否定することは出来ない」。本件の国家賠償請求はこれを認容すべきである。

### III 検討

在外投票制度が設けられていなかったことに関しては、本件が提訴される以前、及び平成10年改正以前から、学説による指摘がなされていた<sup>5</sup>。そこでは、外国において既に在外選挙制度が実施されていたこと、投票の方法、在外選挙を導入することについての問題点などのほか、在外選挙制度の不存在が立法不作為による違憲問題となりえること、これを裁判によって争うための訴訟形態として、選挙無効訴訟、選挙の差止め、国家賠償訴訟、選挙権を有することの確認訴訟、立法不作為の違憲確認訴訟がありえることなどが述べられていた。

本件は、法令違憲の判断をした7件目の大法廷判決であり、立法不作為の違憲を認定した初の最高裁判決であり、公法上の法律関係の確認訴訟に関する初の事例であるという特徴を持つ。

本件において検討すべき点として、大まかには、①選挙権の制限に関する違憲審査基準、②公法上の法律関係の確認訴訟における訴訟要件、③立法行為（不作為を含む）に対する国家賠償の要件、の3点が挙げられる。

尚、本件には、上述の法廷意見のほか、選挙制度の制定は国会の裁量に委ねられており、本件で問題となった立法不作為はその裁量を逸脱せず、違憲ではないとする横尾・上田反対意見、わが国においては名目的損害賠償は認められていないため本件は金銭賠償になじまないとする泉反対意見と、これらの反対意見に反論する福田補足意見（金銭賠償に関しては、選挙後に帰国した国民については他に救済の途がないこと、違憲ではないという反対意見に関し

5 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信義『講座憲法訴訟（第1巻）』（昭和62年、有斐閣）355頁以下、戸波江二「在外日本国民の選挙権」法教162号39頁以下、戸波江二「在外選挙の選挙法上の問題点」筑波法政19号115頁以下、20号23頁以下等参照。

ては、国会は国民の選挙権を剥奪し制限する裁量を殆ど有していないことを、それぞれ反論の根拠とする）が付されている。

### 1 選挙権の制限に関する違憲審査

選挙権の制限に関して、過去の最高裁判決の中には、いわゆる議員定数不均衡訴訟<sup>6</sup>において投票価値の不平等が違憲審査の対象とされているものの、投票行為そのものが制限されることについての違憲審査をした事案は見当たらない。このため、投票自体の制限について違憲審査を行ったのは、最高裁としては本件が初である（在宅投票制度廃止事件では、下級審において投票の制限が争点となったが、その上告審である最高裁は国家賠償法上の違法性の議論に終始し、この点についての違憲審査を行わなかった）。一方、下級審判例には、在宅投票制度廃止事件第一審<sup>7</sup>及び控訴審<sup>8</sup>、ALS患者選挙権事件<sup>9</sup>等、原告らが選挙において投票することができなかったことが違憲審査の対象となっている判決が散見される。

議員定数不均衡訴訟において最高裁は、選挙制度の制定は国会の裁量に委ねられているとした上で、投票価値の不平等状態について以下のような違憲審査基準を示した。即ち、その不平等が国会において通常考慮しうる要素を斟酌してもなお一般に合理性を有するとは考えられない程度に達している場合には、これを正当化する特別の理由が示されない限り、当該不平等状態は違憲の評価を受け、さらにその不平等状態

を是正するための合理的期間が経過した場合には、当該議員定数配分規定は違憲となる、という基準である。この基準は、後の議員定数不均衡訴訟における最高裁判決<sup>10</sup>において踏襲されている。

一方、投票行為自体の制限について違憲審査を行った下級審判例は、それぞれ以下のような態度を採っている。

まず、在宅投票制度廃止事件第一審は、「選挙権の有無、内容について、これをやむをえないとする合理的理由なく差別することは……公務員の選定罷免権および選挙権の保障ならびに法の下での平等の原則に違背する」とし、さらに憲法47条の規定から、「右合理的理由の存否については、選挙権の持つ国民の基本的権利としての重要性を十分に考慮しつつ慎重、厳格に判断する必要がある」と述べている。

同事件の控訴審では、在宅投票制度を廃止した法改正ではなく、廃止後に復活しなかった立法不作為が争点となったため、立法不作為によって選挙権が制限される場合における違憲審査基準について議論がなされている。控訴審は、選挙権の保証に関する国会の立法義務として、公共の福祉のために「合理的と認められる已むを得ない事由」のない限り、選挙権ないしその行使の平等な保障は立法上貫徹されなければならず、国会はそうように立法すべきことを憲法によって義務付けられている、と判断した、さらに、「国会があ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

6 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。

7 札幌地判昭和49年12月9日。

8 札幌高判昭和53年5月24日。

9 東京地判平成14年11月28日訟月49巻8号2213頁。

10 最大判昭和58年11月7日民集37巻9号1243頁、最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁、最判昭和63年10月21日民集42巻8号644頁、最大判平成5年1月20日民集47巻1号67頁、最判平成7年6月8日民集49巻6号1443頁、最大判平成11年11月10日民集53巻8号1441頁、最大判平成11年11月10日民集53巻8号1704頁。

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、その不作為は違憲であり、違法である」とした（ただし、後述の通り、控訴審は、立法不作為に対して裁判所が違憲審査権を行使出来る範囲を自ら制限しているため、裁判所が違憲判決を下すための要件は、上述の違憲審査基準よりも厳格なものとなっている）。

また、ALS患者選挙権事件においては、「当該選挙制度の下では、一定の者が憲法で保障された選挙権行使の機会を奪われるような場合は、投票行為の性質に伴う必然的な制約や、投票の秘密や選挙の公正の要請からそのような投票制度を採用し、あるいは維持するやむを得ない事由のない限り、その選挙制度は、憲法15条1項、同条3項、14条1項及び44条但書に違反する」旨が示され、違憲性が認定されている。

このように、選挙権制限の違憲性に関する従来の判例は、最高裁判例としては投票価値の不平等に関する事例以外になく、そこでは不平等の合理性と合理的正期間の経過という観点から違憲審査が行われており、一方の下級審判例においては投票行為の制限に関する事例が存在するところ、そこでは「やむを得ない事由」による基準が採られているという状況にあった。

これに対し、本件においては、従来の最高裁判例である議員定数不均衡訴訟の基準ではなく、上に挙げた下級新判例と同様の基準である「やむを得ない事由」による基準が用いられている。

既に述べたように、本件は議員定数不均衡訴訟と異なり、投票行為の制限が問題と

なった事案である。学説には、このような問題の性質の違いが、最高裁が従来の議員定数不均衡訴訟の基準に依拠しなかった要因であるとする見解がある<sup>11</sup>（尚、これに加え、訴訟形態の違いも基準の違いの一因であるとする見解もある<sup>12</sup>。この見解は、議員定数不均衡訴訟の訴訟形態である選挙無効訴訟は選挙の公正を、本件の訴訟形態である確認訴訟および国家賠償訴訟は個人の権利の救済を目的としている点に着目している）。

以上の判例理論と本件の判断との比較、ないし学説の分析等を検討すると、投票価値の不平等と投票自体の制限とでは問題の性質が異なることを最高裁が認めた点、及び、投票行為の制限の問題については「やむを得ない事由」による違憲審査基準を用いることを最高裁が示した点の2点を、本件の意義として見出すことが出来る。前者については判文に明言されているわけではないが、議員定数不均衡訴訟と異なる違憲審査基準を用いることについて何らの言及もなかったことから、両者の問題の性質が異なることを当然の前提としたものと考えることが出来る。

尚、本件においては、選挙権が問題となった他の事例（議員定数不均衡訴訟、在宅投票制度廃止事件ないしALS患者選挙権事件等）と異なり、憲法14条1項違反についての検討がなされておらず、その反面、これらの事例において問題となっていない憲法43条1項について、検討をしている。この点について、学説には、本件で最高裁が採用した違憲審査基準との関連性を指摘する見解がある<sup>13</sup>。

本件の違憲審査に関して検討すべき点と

11 赤坂正浩「在外国民選挙権上告審判決」判時1937号（判評572号）171頁以下173頁、野坂泰司「在外日本国民の選挙権」法教315号77頁以下83頁、山崎栄一郎「在外日本人選挙権剥奪違法確認請求事件に関する最高裁判決」ひろば59巻2号63頁以下68頁等参照。

12 野坂・前掲注11・83頁参照。

しては、以上のほかに、投票の制限が立法不作為によって生じる場合であっても、制限に対する違憲審査基準が変わらないとした点を挙げることができる。

国会が、いつ、いかなる内容の立法をするかについては、原則として国会自身の裁量に委ねられている。また、立法不作為違憲訴訟では、法律が制定されていないところに裁判所が制定されるべき法律を觀念することになるため、立法権侵害の問題が生じる可能性がある。これらのことから、立法不作為が違憲とされるためには、既存の法律が違憲とされる場合とは異なる要件が課されるべき旨が学説において論じられており、一部の下級審判決にも同様の論旨を採るものがあつた。

たとえば戸波江二は、「①立法者の立法義務が憲法上明示されているか、又は解釈上導き出される場合に、②相当の期間を経過してもなお立法者が立法義務を怠っているときに、立法の不作為が違憲となる」と述べた上で、第1の要件である立法義務について、選挙制度に関しては、「選挙の機会の保障、選挙における平等の保障、公正な選挙制度の実現など、実質的な選挙権保護のための措置が必要となり、したがって、それを実施しない立法の不作為の問題が広汎に生じる」と主張する。第2の要件

である相当の期間の経過については、これを立法内容の検討及び審理のための必要期間と解した上で、場合によってはこれが要求されないこともあること、最大でも5年以上、当該立法措置を怠ることは許されないことなどを述べる。

また佐藤幸治は、「①憲法の明文上一定の立法をなすべきことが規定され、あるいは②憲法解釈上そのような結論が導かれる場合には、国会はそのような立法をなすべき義務を負い、立法の不作為は違憲となる」と述べ、②について、「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出来たにもかかわらず、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」とする<sup>15</sup>。浦部法徳も、これと同旨を述べる<sup>16</sup>。

判例では、在宅投票制度廃止事件控訴審、台湾人元日本兵損失補償事件控訴審<sup>17</sup>、関釜元従軍慰安婦訴訟第一審<sup>18</sup>において、立法不作為違憲訴訟の特殊性が検討されている。

在宅投票制度廃止事件控訴審において札幌高裁は、「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」であるものの、そのみでは裁判所

13 野坂・前掲注11・83頁は、本件が憲法14条1項に触れなかった理由について、本件で問題となっているのは在外国民の投票が選挙の結果に及ぼす影響力ではなく、選挙権行使それ自体の制限であるから、それは端的に憲法15条1項、3項及び44条但書の問題とすれば足り、一方憲法43条1項を検討した点については、「理由は必ずしも明確ではないが、国民の中に代表されない国民があつてはならないという趣旨ではないかと思われる」とする。

また、米沢広一「在外選挙権と立法不作為」ジュリ1313号7頁以下8頁は、本件には「幾つかの疑問も残る」とした上で、憲法43条1項のことに触れ、また、憲法14条1項が検討されなかった点について、「厳格な平等保護審査が選挙人資格の平等（44条但書）を超えて一般化していくことを懸念したのであるか」と考察する。

14 戸波・前掲注5・「立法の不作為の違憲確認」362頁～370頁参照。

15 佐藤幸治『現代法律学全集〔第3版〕』（青林書院、平成7年）346頁～347頁参照。

16 樋口陽一・佐藤幸治・中村陸男・浦部法徳『注釈日本国憲法（下巻）』（青林書院、昭和63年）1237頁～1238頁参照。

17 東京高判昭和60年8月26日行集36巻7・8号1211頁。

18 山口地判平成10年4月27日判時1642号24頁。

は合憲性判断をすべきではないと判断している。その理由として札幌高裁が挙げるものは、三権分立の原則、国会に対する礼讓、立法不作為による違憲があったとしても国民には請願の途があること、の3点である。その一方、裁判所が立法不作為の違憲性を審査するための要件についても議論されており、そこでは、国会が憲法によって義務付けられた立法をしないことにした場合、あるいは当分の間はしないことにし且つその後合理的と認められる相当の期間の期間内に当該立法をしなかった場合など、国会が立法を故意に放置したといえる場合には、裁判所による違憲審査が可能であるとされている。その理由としては、上述の場合においては既に特定の消極的な立法判断が表明されているといえるため、当該立法不作為に対する違憲審査は憲法81条による場合と本質的に異なるものではなく、裁判所がこれを行ったとしても三権分立に違反しない旨が述べられている。

台湾人元日本兵損失補償事件控訴審では、立法不作為の違憲確認が求められたところ、東京高裁は当該訴えを、国会に立法義務があることの確認を求めるものであり無名抗告訴訟の一類型である義務確認訴訟に属するものと解し、この種訴訟の要件論を当てはめた。即ち、①行政庁ないし立法府の作為義務が、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ある程度に明白であること、②事前の救済の必要性が顕著であること、③他に適切な救済手

段がないこと、の3要件である。東京高裁は①を否定し、訴えを退けた。尚、同事件は上告されているが、上告審<sup>19</sup>では立法不作為の違憲確認請求の前提である戦傷病者戦没者遺族等援護法及び恩給法の国籍条項の違憲性が否定されたため、立法不作為についての検討はなされていない。

また、関釜元従軍慰安婦訴訟第一審においては、国会と裁判所の機構ないし能力上の差異により、「消極的違憲の立法不作為についての是正権限は右根幹的価値（憲法の根幹的価値を意味する：引用者注）に関わる人権侵害のごとく、より狭い範囲に限られる」とされている<sup>20</sup>。

他方、ハンセン病訴訟<sup>21</sup>、ALS患者選挙権事件などのように、積極的な立法と立法不作為の違いについて、とくに言及していない判決も散見される<sup>22</sup>。尚、これらの判決では、両者の違いについて言及されていないものの、違憲審査基準において両者が異ならないことが明言されているわけではない。従って、これを明言した点においても、本件の特徴を見出すことが出来る。

本件においては、「やむを得ない事由」による違憲審査基準が設定された上で、平成10年改正前の公職選挙法の合憲性について、昭和59年に在外投票が可能であることを前提とする改正案が内閣から提出され、これが廃案となった後10年以上、何らの立法措置も執られていなかったことについて、「やむを得ない事由」がない旨の評価がなされている。

この点について、判決は10年以上の期間

19 最判平成4年4月28日訟月38巻12号807頁。

20 尚、同判決は、立法不作為に対する裁判所の是正権限そのものは前記のように制限されるとしているものの、立法不作為に対する司法的救済手段は国家賠償にほぼ限定されるとの理由から、国家賠償請求に関する限り、立法不作為にこそ違法と認める余地を広げる必要がある、と述べている。

21 熊本地判平成13年5月11日訟月48巻4号881頁。

22 前述のように、ALS患者選挙権訴訟では「やむを得ない事由」による基準が採用されている。また、ハンセン病訴訟では、らい予防法の隔離規定の違憲性に関して、「患者の隔離がもたらす影響の重大性にかんがみれば……隔離以外に適当な方法がない場合でなければならず、しかも、極めて限られた特殊な疾病にのみ許される」との基準が示されている。

の経過を「やむを得ない事由」の有無の判断材料のひとつとしている、と読み取ることも出来るが、このような長期間の経過を立法不作為が違憲となるための要件として要求しているか否かについては、明らかではない。反対に、いわゆる「相当の期間」が経過していない場合であっても違憲となる余地はある、と読むことも可能である。

尚、本件判決は、平成10年改正後の公職選挙法が在外投票を衆参両院の比例代表選出議員選挙に限定していることに関して、同改正時においては全く理由のないものであったとまでいうことはできないが、本件言い渡し後最初に行われる衆議院議員総選挙又は参議院議員通常選挙においては、同改正時から現在に至るまでの間の通信技術の発達、及び平成13年及び同16年に行われた参議院比例代表選出議員選挙では、在外投票においても候補者の氏名を自書させて投票させる方式が実施されていたことを根拠に、「やむを得ない事由」の存在は認められない旨を述べている。

ここで、仮に「やむを得ない事由」の判断に、「相当の期間」の経過あるいは国会による問題の認識等が含まれているとするならば、在外投票を比例代表選出議員選挙に限定することに一応の理由があったとされる平成10年改正時から本件言い渡しまでの7年の間に、当該規定の合憲性を失わせるほどに通信技術が進歩し、国会がそのことを認識した上で、法改正に必要な期間が経過した旨を最高裁が認定したということ

にならざるを得ないが、7年の間にこれだけの事情が生じているというのは、考えにくい。この点から、本件では、国会による違憲問題の認識及び「相当の期間」の経過等、立法不作為に特有の問題は、違憲審査基準の設定、及びその基準への該当性の判断のいずれにおいても考慮されておらず、選挙権侵害が立法不作為によって生じたものであることは本件の違憲審査に影響を与えていない、と読み取るほうが自然であるように思われる。

## 2 確認請求に関して

本件が継続中だった平成16年、行政事件訴訟法が改正され、同法4条後段に公法上の法律関係の確認の訴えが追加された。この形式の訴えは従前から認められていたものであるが、平成16年の法改正により、法に明文化されるに至ったものである。尚、これを明文化した趣旨には、公法上の法律関係の確認の訴えによる訴訟形態の利用の活性化を促すことも含まれているとされる<sup>23</sup>。

平成16年に行政事件訴訟法が改正される以前の時点における、公法上の法律関係の確認訴訟の例としては、薬局開設許可に関する大法廷判決<sup>24</sup>を挙げることができる。もっとも、この事件では、上告審においては訴えの適法性について検討がなされず、実体判断のみによって訴えが退けられた<sup>25</sup>。このため、公法上の法律関係の確認訴訟に関する訴訟要件に言及した最高裁判決は、

23 赤坂・前掲注11・174頁、市村陽典「行政事件訴訟法の改正と訴訟実務」ひろば57巻10号23頁以下28頁、北村和男「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行訴法上の論点について」ジュリ1303号25頁以下29頁、木村琢磨「在外国民選挙権の制限に対する司法的救済」ジュリ1313号50頁以下51頁、塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」民商130巻6号599頁以下609頁、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商130巻6号963頁以下967頁、968頁、山崎・前掲注11・68頁、西村淑子「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決」ひろば59巻5号30頁以下34頁、長谷部恭男・田中宗孝・小幡純子「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリ1303号2頁以下9頁〔小幡発言〕、野坂・前掲注11・86頁、浜川清「在外国民選挙権最高裁判決と公法上の確認訴訟」法時78巻2号84頁以下87頁、山本隆司「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政法上の論点」法教308号25頁以下27頁等参照。

24 最大判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁。

本件が初のものとなる。

そこで本件の判決を見ると、まず、公法上の法律関係の確認を離れ、公職選挙法の違憲の確認を求める訴えについては、現在の紛争解決のために適切・必要ではないという理由（平成10年改正前の公職選挙法に関する部分）、あるいは公法上の法律関係の確認訴訟のほうがより適切であるという理由（平成10年改正後の公職選挙法に関する部分）によって、確認の利益が否定されている。

そして、公法上の法律関係の確認訴訟に関して、判決は、確認の対象となっている権利が選挙権であることに着目し、「選挙権は、これを行使することが出来なければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することが出来ない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである」と述べ、本件の事案について確認の利益を認めている。

また、法律上の争訟性について、最高裁は、「この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない」と述べ、これを肯定している。

尚、違憲確認訴訟における確認の利益に関し、本件では、確認の利益の有無がどのように判断されるかについて、一般的な基準は示されていない。また、上に引用した

通り、公法上の法律関係の確認訴訟における確認の利益の有無について、「それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべき」と一応の基準が示されているものの、これは「具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合」に限定されるものであって、公法上の法律関係の確認訴訟一般に及ぶものではない。

一方、学説では、確認の利益に関して、民事訴訟法学説における確認の利益論を前提に、①確認対象の適切性（確認する対象が、紛争解決のために有効適切でなければならない、というもの。権利関係には変動の可能性があることから、原則的には現在の権利関係でなければならないとされる）、②確認訴訟の補充性（民事訴訟における給付又は形成訴訟と確認訴訟の関係では、一般に、確認訴訟は補充的救済手段であるため、給付又は形成訴訟の提起が可能である場合にはそれによるべきであるとされる。行政訴訟においては、非定形的な訴訟類型に位置づけられる当事者訴訟は、定型の訴訟類型によって処理できない場合の補充的手段とされる）、③紛争の成熟性（確認の利益が認められるためには、紛争が成熟している、即ち、原告の権利又は地位に危険又は不安が存在しているといえなければならない。これが認められるのは、原告が将来何らかの不利益を受けるおそれがあり、これを受けた後では回復し難い重大な損害を被るおそれがあるなど、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情が存在している場合であるとされる）の

25 第一審（東京地判昭和31年10月24日）においては、行政庁の処分がなされる前の時点において、根拠法の違憲性を理由とする義務不存在確認の訴えが許されるか、という点が争点となった。東京地裁は、「一般に行政庁のなんらかの処分をまつまでもなく、法令自体が直接国民の権利義務に影響を及ぼすような場合には、その法令により権利義務に直接の影響を受ける国民は国に対しその法令の無効確認あるいは当該無効法令に基づく権利義務の存在、不存在等の確認を求めて裁判所に提訴することは、許されるものと解すべき」と述べ、原告の訴えを適法とした。控訴審（東京高判昭和38年4月26日）もこれを支持している。

観点から、その有無が判断されるものと考えられている<sup>26</sup>。

本件が以上のような行政法学説の理解を前提としているのか否かは定かではないが、本件の判断の中には、上述の基準と同様の考慮を行っている部分が見受けられる。すなわち、平成10年改正前の公職選挙法の違憲確認に関しては確認対象の適切性と同様の観点から、同改正後の公職選挙法の違憲確認に関しては確認対象の補充性と同様の観点から、それぞれ確認の利益を否定し、公法上の法律関係の確認訴訟に関する部分では、紛争の成熟性と同様の観点から、確認の利益を肯定している。

本件のこのような判断に対して、学説には、民事訴訟における確認の利益論に沿うものである、と分析する見解も見られる<sup>27</sup>。前述の通り、行政法学説における確認の利益論は民事訴訟法学説におけるそれを前提にしているため、本件を行政法学説に沿うものと見るか民事訴訟の理論に沿うものと見るかは立場の違いに過ぎないものであるが、いずれにせよ、本件においては、確認の利益に関して、民事訴訟における確認訴訟と共通する判断が行われたものと言うことができる。

ところで、民事訴訟法学説においては、確認対象の適切性に関し、確認の対象は現在の法律関係でなければならぬ旨のドグマがかつて存在したところ、これに対する反論として、過去の法律関係であっても現在の紛争解決に有効・適切であれば確認の

対象として認めるべきである旨の議論が提唱されており、これは判例においても認められていた<sup>28</sup>。

本件では、同様の点に関して、平成10年改正前の公職選挙法の違憲確認に関する部分において、これが過去の法律関係の確認を求める訴えであるため現在の紛争解決に有効・適切ではないという理由により、訴えの利益を否定している。

本件のこの説示について、学説からは、過去の法律関係であっても現在の紛争の解決に有効であれば確認の対象とする、という趣旨に読み取る余地がある旨の指摘がなされている<sup>29</sup>。

他方、この説示部分に関しては、過去の法律関係については確認訴訟ではなく基本的に国家賠償によるべき旨の判断が示された、と読み取る見解もある<sup>30</sup>。

次に、本件の射程について。既に述べたように、本件が示した公法上の法律関係の確認訴訟における確認の利益の判断基準は、具体的な選挙において選挙権を行使する権利の有無が問題となっている場合に限定されたものである。このことから、学説には、本件の射程を狭く解する見解が見られる<sup>31</sup>。

他方、本件がこの基準を示す際に選挙権の重要性を考慮したことについて、「権利の重要性をとくに挙げた意味は明確ではない。憲法上の国民の権利であればすべて重要性を有し選挙権のみがとくに重要であるわけではないし、そもそも訴えによって救

26 赤坂・前掲注11・174頁、西村・前掲注23・35頁等参照。

27 木村・前掲注23・51頁、北村・前掲注23・29頁、野坂・前掲注11・85頁等参照。

28 現在では、上述のドグマについては、一応そうしたほうが合理的なことが多いという程度の趣旨のものであると解されている。高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』（2005年、有斐閣）330頁から339頁、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商57巻10号963頁以下977頁、中野貞一郎『民事訴訟法の論点Ⅱ』（2001年、判例タイムズ社）39頁から40頁等参照。判例としては、昭和45年7月1日の大法廷判決（民集24巻7号861頁）、昭和47年2月1日の最高裁判決（民集26巻1号30頁）、昭和47年11月9日の最高裁判決（民集26巻9号1513頁）などが挙げられる。

29 野坂・前掲注11・86頁等参照。

30 木村・前掲注23・51頁、52頁、長谷部・田中・小幡・前掲注23・10頁〔小幡発言〕等参照。

済を求める利益は、裁判によって救済されるべき権利・利益であればよく、それ以上に『重要性』は必要とされないからである。重要性が問題となるとすれば、それは違憲性の存否という本案においてであろう」との指摘もある<sup>32</sup>。

後者の見解と同様に、私見としても権利の重要性は本案の中で問題とすれば足りるものと思われる。そもそも、権利の重要性を評価している時点で既に実体判断に踏み込んでいるのであるから、これを訴訟要件の問題として扱うことには疑問がある。もっとも、本件では、訴訟要件の判断に先んじて公職選挙法の違憲性という実体問題が検討されているため、このことが確認の利益の判断に影響を与えたものと見る余地もある。

いずれにせよ、本件の確認の利益論は具体的な選挙における選挙権行使の制限の問題に限定されているため、多くの学説が指摘するように、射程は狭いものと解さざるを得ない。公法上の法律関係の確認訴訟が法に明文化され、利用が促されたばかりであるため、その訴訟要件判断の基準を設定する上で、最高裁が慎重な姿勢を採ったのであろうか。

尚、射程の狭さが指摘されている一方、立法ないし立法不作為の違憲性を争う手段として公法上の法律関係の確認訴訟を活用する可能性に着目する見解もある<sup>33</sup>。確かに、違憲確認訴訟によってでは抽象的違憲審査になることを理由に訴えが退けられる可能性が高く、また国家賠償請求において立法ないし立法不作為の違憲性を争うためには既に損害が発生している必要があることと比べると、憲法上の権利が法律の規定

によって将来的に侵害されるおそれがある場合に、これを裁判上是正する途が開かれたことの意義は大きいものと思われる。

### 3 立法行為に対する国家賠償

国会の立法行為（立法不作為含む）に対する国家賠償が判例上初めて問題になったのは、在宅投票制度廃止事件においてである。

在宅投票制度廃止事件においては、昭和27年の公職選挙法の改正において在宅投票制度を廃止した立法行為、および同制度を復活しなかった立法不作為を理由とする国家賠償が争点となった。第一審札幌地裁は、前者を問題として、同改正の違憲性を理由に当該立法行為の違法性を認め、過失も認定した。控訴審札幌高裁は、後者を問題とし、前述のように裁判所が立法不作為を審査するための要件に触れ、当該立法不作為の違憲性を理由に違法を認定しつつ、過失を否定して請求を退けた。

このように、在宅投票制度廃止事件第一審及び控訴審においては、国家賠償法上の違法性を検討するに当たり、立法行為（ないしは立法不作為）の違憲性をもって違法とする基準がとられている。尚、過失に関しては、第一審においては、「違憲という重大な結果を生じないよう慎重に審議、検討すべき高度の注意義務」を基準に判断され、控訴審においては、当該立法不作為が違憲であることを国会が予め知り得たか否かによって判断されている。

これに対し、同事件上告審は、国会議員の立法行為が国家賠償法上の違法の評価を受けるかどうかは「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

31 北村・前掲注23・30頁、野坂・前掲注11・87頁、野坂泰司「在外日本国民の選挙権」別ジュリ187号（憲法判例百選Ⅱ第5版）334頁以下335頁、山本・前掲注23・29頁等参照。

32 浜川・前掲注23・87頁参照。

33 北村・前掲注23・30頁、長谷部・田中・小幡・前掲注23・10頁〔小幡発言〕等参照。

上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべき」である旨を述べ、下級審が採っていた違憲即違法の立場を否定した。そして、違法性要件に関しては、「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」、違法の評価を受けないという基準を示した。違法性の範囲をこのように厳格に解する理由としては、国会議員の立法行為が本質的に政治的なものであることが挙げられている。

在宅投票制度廃止事件上告審が示した違法性の基準は、その後の判例においても用いられていたが、平成10年以降、一部の下級審判決において緩和されるようになった。

たとえば、関釜元従軍慰安婦訴訟第一審では、立法不作為が国家賠償法上違法となるのは、在宅投票制度廃止事件上告審が示す場合に限られず、「前記の意味（憲法秩序の根幹的価値に関わる人権侵害という意味：引用者）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」とされている（尚、過失に関しては、国会が立法課題を認識することが容易であったことから、これを認めている）。この違法性要件論は、在宅投票制度廃止事件上告審を引用した控訴審<sup>34</sup>において、退け

られた。

また、ハンセン病訴訟においては、在宅投票制度廃止事件上告審の基準について、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」との表現は、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ことを強調するための例示表現である、との見解が示されている。尚、過失については、国会は違憲性を容易に知ることが出来たという理由によって認定されている。

以上のことから、立法行為に対する国家賠償訴訟に関しては、立法行為の違法性は立法内容及び立法不作為の違憲性と区別されるか否か、両者が区別された場合における違法性の範囲、違法性が認定された場合における過失判断の3点を、主な問題として挙げる事が出来る。在宅投票制度廃止事件上告審判決以降、判例においては、第1点に関しては両者を区別する態度が一貫して採られ、第2点に関しては多くの判決が同事件上告審の基準を採用する一方、下級審判決においてこれを緩和する論理が採用され、第3点に関しては主に国会による問題の認識が容易であったか否かによって判断されるという状況にあった。

本件においては、まず第1点について、在宅投票制度廃止事件上告審と同様の論旨により、両者を区別する立場が採用されている。第2点に関しては、「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

34 広島高判平成13年3月29日訟月49巻4号1101頁。

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」と解され、在宅投票制度廃止事件上告審に比べ、違法性の範囲が拡張されている。

第1の論点である、立法内容の違憲性と国家賠償法上の違法性を区別する議論に関しては、学説には、国家賠償法の違法性に関して、最高裁がいわゆる職務行為基準説に立っている故であると分析する見解が見られる<sup>35</sup>。これらの見解は、在宅投票制度廃止事件上告審が、違憲と違法を区別する理由として、「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項（国家賠償法1条1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」であると述べたことを根拠としているものと思われる。

職務行為基準説それ自体の是非については本稿では割愛するが、いずれにせよ、立法内容の違憲性と国家賠償法上の違法性を区別する立場については、判例としては確立したものとなっているものと思われる。尚、本件においても、在宅投票制度廃止事件上告審においても、「個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背した」ことを違法と解する見解は、文理上、国会議員の立法行為に限定して述べられたものであって、立法行為以外の国会議員の行為、あるいは国会以外の公的機関の職員による行為についても同様の議論が妥当するとまでは、述べられていない。このため、仮に、立法行為の違法性に関して職務行為基準説の立場が否定され、違憲即違法の立場が採られたとしても、立法行為以外の行為に対する国家賠償においてまで職務行為基準説が否定されるということにはならず、反対に、国家賠償一般において職務行為基

準説の立場が否定されたとしても、立法行為に対する国家賠償に関しては依然として同様の立場が採られる可能性もあると言うことが出来る。

次に、第2点の違法性要件に関して。従前から、在宅投票制度廃止事件上告審の違法性要件論については、学説において、狭きに過ぎるとの批判が多く見られた。このような経緯があるためか、本件に対する学説の見解には、本件の示した違法性要件論に着目するものが散見される。

本件においては、立法行為が違法となる場合の例として、「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」と、「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」が挙げられている。

以上の2つの違法性要件のうち、後者においては、立法不作為に特有の問題である「相当の期間」論に類似する議論が述べられているものの、前者においてはこれが述べられていない。即ち、「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」であれば、その権利侵害が立法不作為によってなされたものであっても、国会が法を改正するために必要な期間の経過なしに違法性を認定できる、ということになる。

ところで、本件の違法性論に関しては、学説から、関釜従軍慰安婦訴訟やハンセン病訴訟との関連性が指摘されている。即ち、憲法上の権利侵害が明白である場合に違法性を認めるという考え方は、ハンセン病訴訟においては、在宅投票制度廃止事件

35 北村・前掲注23・27頁、28頁、長谷部・田中・小幡・前掲注23・12頁、13頁〔小幡発言〕等参照。

上告審の言う「憲法の一義的な文言に違反」との説示は立法行為が国家賠償法上違法となる場合が例外的であることを強調するものに過ぎないと解されているところ、同判決に示された「憲法上の権利侵害の重大明白性を例外要件とする発想」は、本件における、憲法上の権利侵害が明白である場合に違法性を認めるという考え方と類似しており、また、関釜従軍慰安婦訴訟が示した違法性要件（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、かつ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）は、権利救済の立法義務が認定でき、しかも合理的期間が徒過したと判断されることを例外要件とする点で、本件が示した例のうち後者のもの（国民が憲法上の権利を行使するために所要の立法措置が必要であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由無く長期にわたってこれを怠る場合）と「実質的に同一と解される」というものである<sup>36</sup>。

前者の違法性要件に該当し得る例としては、ハンセン病訴訟のような事例が考えられるが、同判決の違法性の判断においては、本件同様、法改正のための一定の期間の経過が要求されていない。このような点においても、上記の見解が指摘するような、本件とハンセン病訴訟との関連性を見出すことができる。

尚、違法性要件に関して、最高裁は、本件の違法性に関する議論が在宅投票制度廃止事件上告審と異なる趣旨のものではない旨を述べているが、これについては学説か

ら疑問が呈されている<sup>37</sup>。一方、在宅投票制度廃止事件上告審が述べた、「憲法の一義的な文言に違反している」との文言は例示にとどまると解するのが自然であることと、本件では選挙権の重要性から違憲性が導かれているのであって、立法行為について広く国家賠償法上の違法性を認める趣旨ではないとの解釈から、「本判決が昭和60年判決（在宅投票制度廃止事件上告審：引用者注）との整合性を述べているのは、首肯し得るところである」とする見解もある<sup>38</sup>。

後者の説の言うように、在宅投票制度廃止事件上告審の言う、「憲法の一義的な文言に違反」との説示が例示に過ぎず、本件が示した「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」との説示が「容易に想定し難いような例外的な場合」の一つの具体例であるとするならば、本件と在宅投票制度廃止事件上告審とは、確かに趣旨が異なるものではない。しかし、在宅投票制度廃止事件上告審の上記の説示部分が例示に過ぎないとするならば、憲法の要求が文言上一義的でないことを理由に請求を退けてきた従来判例と矛盾する。私見としても、本件が、在宅投票制度廃止事件と趣旨が異ならないと述べた部分については、疑問を抱かざるを得ない。

第3点の過失に関しては、本件では、違法性が認められた後に、「このような場合

36 赤坂・前掲注11・176頁参照。

37 長谷部・田中・小幡・前掲注23・12頁〔小幡発言〕、野中俊彦「在外選挙制一部意見判決の意義と問題点」ジュリ1303号18頁以下22頁等参照。

38 木村・前掲注23・52頁参照。

においては、過失の存在を否定することはできない」と述べられているのみである。ここに言う「このような場合においては」の文言が、立法行為が例外的に違法となる場合のことを意味するのか、それとも本件において違法性を認定する根拠となった事実（在外邦人に選挙権行使の機会を保障するために一定の立法措置が必要であったにもかかわらず、昭和59年に内閣から提出された改正案が廃案となった後、10年以上何らの立法措置も執られなかったこと）のことを意味するのかは明らかではない。前者であれば過失が違法性に吸収されたものと読み取ることができ、後者であれば事案に即した過失判断が行われたということができ

#### IV 結び

最後に、立法不作為違憲訴訟に関する私見の立場から本件を検討し、本稿の結びとしたい。

立法不作為が違憲であるとしてその責任が問われる場合、立法者としては、憲法の要求を満たす法の制定が時間的に不可能であったというとき、これを抗弁とすることは可能である。あるいは、憲法の要求が満たされていないという問題状況を認識することが困難であったとき、その困難性をもって抗弁とすることも可能である。しかしながら、これらの抗弁が可能であったとしても、法が憲法の要求を満たしていないという状況は変わらない。違憲状態が生じているか否かという問題と、そのことを理由に国会を非難できるか否かという問題は、それぞれ別の問題である（換言すれば、立法不作為による違憲が認められるものの当該時点においては国会に非はないという状況もありえることになる）。

このことから、私見としては、立法不

為の違憲性を検討する上で、「相当の期間」ないし合理的に正期間の経過や、立法課題の明白性等、立法不作為に特有の問題とされる事項を考慮する必要はなく、その違憲性は、積極的立法の違憲性を審査する場合と同様、法の規定が憲法の要求を満たすものかどうかによってのみ判断されるべきと考える。

これら立法不作為に特有の問題が、あるべき立法が可能であったか否かという意味で問われるのであれば、それは国家賠償における過失の問題とするべきであり、長期間の放置が非難の対象になるという意味で問われるのであれば、それは違法性の問題とするべきである。また、在宅投票制度廃止事件控訴審のように、裁判所が立法不作為の違憲性を審査することが可能であるか否かという論点の中で一定期間の経過を考慮するのであれば、それは裁判所の権限に関する問題であり、訴訟要件の問題とするべきである。いずれの問題も重要なものであることに違いはないが、立法ないし立法不作為の憲法適合性とはあくまで別の問題である以上、これらを違憲審査基準の中に組み入れるべきではない。

以上の立場から判決を見ると、本件では、公職選挙法の憲法適合性の審査において、選挙権の行使の制限が立法不作為によって惹起される場合であっても、違憲審査基準は積極的立法による場合と変わらない旨が述べられている。そして、原告が、次回に行われる衆議院小選挙区選出議員選挙及び参議院選挙区選出議員選挙において投票することができる権利を有することの確認において、人権侵害の明白性や「相当の期間」の経過などの立法不作為違憲訴訟に特有の問題は要求されていない。本件においてこれらの問題が考慮されているのは、国家賠償法上の違法性ないし過失に関する議論においてのみである。これらの議

論は、上に述べた私見の立場からは、概ね賛同できるものである。

既に述べたように、立法不作為を裁判によって争う方法として、従来から、国家賠償訴訟と違憲確認訴訟があり得る旨が議論されていたが、これらのうち違憲確認訴訟に関してはわが国では抽象的違憲審査は認められていないことから実現が困難であり、結局は国家賠償訴訟によるしかないという状況にあった。ここに公法上の権利関係の確認訴訟が加えられた点に、本件の重要性を見出すことができる。前述のように、確認の利益に関する本件の射程は狭いと解されるものの、他方において実体審査に関しては、立法不作為の特有の事由が要求されていないことから、国家賠償訴訟によるよりも立法不作為の違憲性を争いやすいものと見ることも可能である。今後の判例の蓄積に期待したい。

#### 〈参考文献〉

本文中のものほかに、  
新井誠「在外国民の選挙権をめぐる最高裁

大法廷判決」法セミ612号74頁以下  
内野正幸「在外日本国民の選挙権」法時78  
巻2号78頁以下  
小谷知也「在外日本人選挙権剥奪違法確認  
等請求事件」選挙58巻12号9頁以下  
近藤敦「在外国民選挙権剥奪の違法確認・  
国家賠償請求事件」法セミ613号118頁  
佐久間健吉「在外選挙権最高裁大法廷判  
決」判タ1215号288頁以下  
下山憲治「立法不作為と国家賠償責任」法  
セミ614号121頁  
杉原則彦・判解30事件・曹時58巻2号279頁  
以下  
杉原則彦「在外選挙権最高裁大法廷判決の  
解説と全文」ジュリ1303号31頁以下  
吉田尚弘「在外選挙権最高裁大法廷判決」  
判タ1215号74頁以下  
只野雅人「在外邦人選挙権訴訟」法教306  
号別冊判例セレクト2005・7頁  
を参照。

（筑波大学大学院人文社会科学研究所  
社会科学専攻）