

副 本

平成13年（行ツ）第82, 83号

平成13年（行ヒ）第76, 77号

在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求上告事件

上告人 〇〇〇〇〇〇ほか12名

被上告人 国

答 弁 書

平成17年5月20日

最高裁判所大法廷 御中

被上告人指定代理人

大 竹 た か し 

都 築 政 則 

永 谷 典 雄 

山 崎 栄 一 郎 

小 鷹 狩 正 美 

萩 原 秀 紀 

東 亜 由 美 

石 川 貴
岩 見 靖
古 賀 浩
小 谷 知
橋 場
下 野 光



略 称

上告人[]ら 平成13年(行ツ)第82号事件, 同年(行ヒ)第76号事件上告人
[]ほか1名

上告人[]ら 平成13年(行ツ)第83号事件, 同年(行ヒ)第77号事件上告人
[]ほか10名

上告人ら 上告人[]ら及び上告人[]ら

理由書1 上告人[]の平成13年2月7日付け上告理由書

理由書2 上告人[]の平成13年2月8日付け上告受理申立理由書

理由書3 上告人[]の平成13年2月7日付け上告理由書

理由書4 上告人[]の平成13年2月8日付け上告受理申立理由書

各理由書 理由書1ないし4

改正前法 平成10年法律第47号による改正前の公職選挙法(昭和25年
法律第100号)

改正法 平成10年法律第47号による改正後の公職選挙法(時点を特に
限定せずに引用するときは単に「法」という。)

国賠法 国家賠償法(昭和22年法律第125号)

目 次

(上告の趣旨に対する答弁)	1
(被上告人の主張)	
第1 事案の概要	1
第2 被上告人の主張の骨子	2
第3 在外邦人に選挙権の行使を認める立法措置を講じていないことの 違憲性の主張について	3
1 はじめに	3
2 我が国における選挙人名簿制度の概要と在外選挙制度の創設	3
(1) 選挙人名簿制度	3
(2) 改正前法下の選挙人名簿制度	4
(3) 改正法下の在外選挙制度	5
3 選挙制度に関する立法裁量	5
4 憲法14条1項の趣旨	7
5 選挙人名簿制度と在外選挙制度	7
(1) 選挙人名簿制度の目的とその合理性	7
(2) 選挙人名簿の調製に関する職権主義と在外邦人の選挙権の行使	9
(3) 改正法成立前の国会における在外選挙制度の創設に関する議論	10
ア 候補者の情報提供の困難性	10
イ 永住者、二重国籍者の扱い	11
ウ 郵便投票制度を認めるか否か	12
エ 在外公館における選挙管理執行体制の不十分さ	14
6 改正前法の合憲性について	15

7	改正法の合憲性について	16
(1)	改正法附則8項が在外投票の対象となる選挙を限定した趣旨	16
(2)	改正法附則8項の合憲性	17
第4	本件立法不作為が国賠法上違法であるとは認められないこと	18
1	はじめに	18
2	立法行為の違法性判定基準	18
3	60年判決の基準が判例上確立していること	19
4	立法行為の違法についての判断方法	20
5	本件立法不作為には国賠法上の違法がないこと	20
第5	本件各確認請求について	22
1	本件各確認請求が法律上の争訟性を欠くこと	22
2	本件選挙権確認請求が法律上の争訟性を欠くこと	23
3	本件選挙権確認請求が確認の利益を欠くこと	24
4	本件選挙権確認請求に理由のないこと	24
第6	結語	25

(上告の趣旨に対する答弁)

- 1 本件上告をいずれも棄却する
 - 2 上告費用は上告人らの負担とする
- との判決を求める。

(被上告人の主張)

第1 事案の概要

上告人らは日本国外に居住する日本国民，上告人らはかつて日本国外に居住し，現在は帰国している日本国民である。

本件は，国外に居住する日本国民（以下「在外邦人」ともいう。）に対して選挙権の行使の機会を保障しないことは，憲法14条1項，15条1項，3項，44条等に違反するとして，上告人らが，主位的に，改正前法が同上告人らに両議院議員選挙における選挙権の行使を認めていなかった点，並びに改正法が同上告人らに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権の行使を認めていない点において，それぞれ違法であることの確認を，予備的に，同上告人らが衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員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をそれぞれ求め（以下，順次「本件違法確認請求」，「本件選挙権確認請求」といい，両者を「本件各確認請求」という。），併せて，上告人らが，立法府である国会が上告人らの選挙権の行使を可能にするための法改正をしなかったこと（以下「本件立法不作為」という。）により，上告人らは，平成8年10月20日に行われた衆議院議員選挙において選挙権を行使することができず，精神的苦痛を被ったと主張して，国賠法1条1項に基づき，1人当たり5万円の慰謝料及びこれに対する遅延損害金の支払を求める（以下「本件国家賠償請求」という。）ものである。

上告人らは，原判決が，本件各確認請求に係る訴えを却下し，本件国家賠

償請求を棄却したのに対し、上告及び上告受理申立てをした。

第2 被上告人の主張の骨子

- 1 改正前法が、選挙人名簿の被登録要件として日本国内での継続居住要件を定め、この要件を満たさない有権者の選挙権の行使を認めていなかったために、平成8年10月20日当時、我が国の公権力の及ばない外国に長期間滞在しないし居住している有権者が、選挙人名簿に登録されず選挙権を行使できない結果となったことは、選挙を混乱なく公正に執行するための必要かつやむを得ない制約であったというほかなく、国会の裁量の範囲を逸脱するものではない。また、在外投票制度を創設してこれを混乱なく公正に実施するためには、国内の選挙と異なる多くの問題点が想定され、これを解決するためには、在外邦人の実情や選挙の実際を踏まえた政策的専門的な判断が求められる。したがって、この点から考えても、在外投票制度を創設するか否かは、創設するとして、いつからどのような仕組みで創設するかの問題を含めて、国民を代表する国会の裁量にゆだねられるべき問題であり、改正前法が、国会の裁量判断を逸脱するものとはいえない。以上によれば、改正前法は、選挙制度について定めた憲法15条1項、3項、44条に違反するものではなく、合理的理由のない差別を禁止する憲法14条1項にも違反しない。

また、改正法が、原審口頭弁論終結時において在外邦人に対して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権行使の機会を保障していなかったことも、同様に必要かつやむを得ない制約というべきであって、国会の裁量の範囲を逸脱するものではなく、改正法は、憲法14条1項、15条1項、3項、44条に違反するものではない（後記第3）。

- 2 平成8年10月20日当時の本件立法不作為の内容が憲法の一義的な文言に違反していたとは認めることはできないから、本件立法不作為が国賠法上

違法であるとは認められない（後記第4）。

- 3 本件各確認請求に係る訴えは、法律上の争訟性を欠き、あるいは確認の利益がないから、不適法であり、却下されるべきであるし、本件選挙権確認請求には理由がない（後記第5）。

第3 在外邦人に選挙権の行使を認める立法措置を講じていないことの違憲性の主張について

1 はじめに

上告人らは、法が在外居住者であることを理由として在外邦人に選挙権の行使の機会を保障しないことは、憲法14条1項、15条1項、3項、44条に違反する旨主張する（理由書3第1点）。しかし、改正前法が平成8年10月20日当時在外邦人に対して選挙権の行使の機会を保障していなかったことは、選挙を混乱なく公正に執行する上で必要かつやむを得ない理由による制約であり、国会の裁量の範囲を逸脱するものではないのであるから憲法に違反していたということとはできない。また、改正法が原審の口頭弁論終結時点で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権の行使の機会を保障していなかったことも、同様に必要かつやむを得ない制約であり、国会の裁量の範囲を逸脱するものではないのであるから憲法に違反するとは認められない。以下、詳述する。

2 我が国における選挙人名簿制度の概要と在外選挙制度の創設

(1) 選挙人名簿制度

法は、9条1項において「日本国民で年齢満20年以上の者は、衆議院議員及び参議院議員の選挙権を有する。」と規定して、一定の欠格事由（法11条）がない限り、成人したすべての国民に衆議院議員及び参議院議員（以下「両議院議員」という。）選挙における選挙権を認めるとともに、投票の混乱や不正投票を防止する見地から、選挙権を有する者（以下

「有権者」という。)をあらかじめ名簿に登録する選挙人名簿制度を設け、有権者が選挙権の行使として投票をするために、この名簿に登録されていることを必要としている(法19条、42条。林田和博「選挙法(法律学全集5)」88ページ、選挙制度研究会編「わかりやすい公職選挙法〔第十三次改訂版〕」93ページ)。

そして、法は、この選挙人名簿への登録を市町村の選挙管理委員会に職権で行わせる職権調製主義(前掲林田88ページ)を採用するとともに(法19条2項)、その被登録者資格について、「当該市町村の区域内に住所を有する年齢満20年以上の日本国民で、その者に係る当該市町村の住民票が作成された日から引き続き3箇月以上当該市町村の住民基本台帳に登録されている者」という継続居住要件を定めている(法21条1項、住民基本台帳法15条1項)。また、その登録に関しては、毎年3月、6月、9月、12月の各1日現在において上記被登録資格を有する者を各2日に選挙人名簿に登録する定時登録と、選挙を行う場合に登録する選挙時登録とを併用し(法19条2項、22条1項)、被登録者が、当該市町村の区域内に住所を有しなくなった日後4箇月を経過するに至ったときは抹消すべきものとしている(法27条1項、28条2号)。

(2) 改正前法下の選挙人名簿制度

改正前法下において、選挙人名簿は、各選挙を通じて一の名簿のみを調製すべきものとされていた。そのため、両議院議員選挙が行われる場合において、その選挙時登録までの間にいずれかの市町村において継続居住要件を満たさなかった有権者は、従前の登録が法28条2号により抹消されていない場合を除き、原則として、選挙人名簿に登録されていない者又は登録されることができない者となり、当該選挙において投票することができないこととされていた(改正前法42条1項本文、42条2項)。

国外に長期間滞在しないし居住している有権者は、市町村に居住しないこ

とが通常であるため、我が国のいずれの市町村においても住民基本台帳に記録されなくなる結果（住民基本台帳法4，5条参照），選挙人名簿にも登録されず，選挙権を行使することができなかった。

(3) 改正法下の在外選挙制度

在外選挙制度とは，一般的には，国外に居住する自国民に選挙権の行使の機会を保障する制度をいう。国際社会における我が国の役割がますます増大し，外国に居住する日本国民も増加の一途をたどったことを踏まえ（別紙参照），改正法は，従来の選挙人名簿のほか，新たに在外選挙人名簿を調製することとした（改正法30条の2第1項）。そして，「在外選挙人名簿に登録されていない年齢満20年以上の日本国民で，在外選挙人名簿の登録の申請に関しその者の住所を管轄する領事官の管轄区域内に引き続き3箇月以上住所を有するもの」を被登録資格者とし（改正法30条の4），その者の申請によって登録することとした（改正法30条の5及び6）。そして，改正前法42条1項を「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，在外選挙人名簿に登録された者の投票の方法に関する規定を整備した（改正法49条の2）。

この在外選挙制度の創設により，国外に居住している有権者も，上記要件を満たせば，両議院議員選挙において選挙権を行使できることになったが，改正法は，暫定的な措置として，当分の間，衆議院及び参議院の比例代表選出議員の選挙（以下「比例代表選挙」という。）に限ることとしたため（改正法附則8項），その間は，在外邦人が，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（以下「選挙区選挙」という。）については選挙権を行使できない状態が続くことになった。

3 選挙制度に関する立法裁量

憲法15条1項は，「公務員を選定し，及びこれを罷免することは，国民

固有の権利である。」とした上で、同条3項において「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する。」と規定している。

代表民主制の下における選挙制度は、選挙された代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政の運営に反映されることを目標とし、他方、政治における安定の要請を考慮しながらそれぞれの国の実情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではない。憲法も、また、このような理由から、国会の両議院の議員の選挙について、およそ議員は全国民を代表するものでなければならないという制約の下で、議員の定数、選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定めるとし（憲法43条2項、47条）、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の広い裁量にゆだねている。このように、国会は、その裁量により、衆議院議員及び参議院議員それぞれについて公正かつ効果的な代表を選出するという目標を実現するために適切な選挙制度の仕組みを決定することができるのであるから、国会が決めた選挙制度の仕組みに関する法律の規定は、上記の制約や法の下での平等などの憲法上の要請に反するため国会のこのような広い裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是認することができない場合に、初めてこれが憲法に違反することになるものと解すべきである（最高裁平成11年11月10日大法廷判決・民集53巻8号1577ページ等参照）。

そして、憲法が、両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める、としているのも（憲法44条）その表れというべきである。また、選挙の公正は飽くまでも厳粛に保持されなければならないものであるから、いわゆる選挙犯罪の処刑者に対する選挙権被選挙権の停止の処遇を定める法の規定は、このような観点から憲法に違反するものではないとされる（最高裁昭和30年2月9日大法廷判決・刑集9巻2号217ページ）。

そして、両議院の議員の選挙は、短期間に極めて多数の選挙人が参加して行わざるを得ないため、これを、混乱なく公正に執行するためには、国民の選挙権の行使に必要なかつやむを得ない制約を加えざるを得ず、このような制約は、憲法上国会に認められた裁量権の範囲を逸脱するものではないというべきである。

4 憲法14条1項の趣旨

憲法14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と法の下に平等を定めているが、同規定は合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであつて、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに区別を設けることは、その区別が合理的な根拠に基づくものである限り、何ら同規定に違反するものではない（最高裁昭和39年11月18日大法廷判決・刑集18巻9号579ページ、最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676ページ等参照）。したがって、上記のとおり、選挙を混乱なく公正に執行するため、国民の選挙権行使に必要なかつやむを得ない制約を加えたとしても、憲法14条違反とされるわけではない。

5 選挙人名簿制度と在外選挙制度

(1) 選挙人名簿制度の目的とその合理性

選挙の当日、投票しようとする者が選挙権を有する者であるか否かを個別に審査することは、多数の者が同一の日、同一の投票所において選挙権を行使するという選挙の性質上不可能である。選挙人名簿制度は、あらかじめ選挙権の有無を調査して選挙権を有する者を登録することにより投票を円滑に行わせるとともに、投票所において名簿と本人とを対照することにより二重投票を防止する目的で採用されている制度である（前掲「わかりやすい公職選挙法」32ページ）。この選挙人名簿制度は、社会生活が

複雑化し有権者の数が増加した国家において、投票の混乱や不正投票を防止する上で有効な制度であり、多数の選挙人によって行われる選挙を、混乱なく、公正かつ能率的に執行するために採用されているものである（前掲林田 88 ページ，東京地裁昭和 42 年 1 月 27 日決定・行裁例集 18 巻 1・2 号 44 ページ）。

そして、更に法は、選挙人名簿の被登録資格について一定期間一定の地域内に住所を有すること（住所要件）を必要としており、かつ選挙人名簿に登録された者でなければ投票することができないものとしているので、結果として、住所要件が選挙権を行使する上で必須の要件となっている。この住所要件は選挙人名簿に登録するための合理的な技術的必要に基づくものである（佐藤功・ポケット註釈全書「憲法（下）〔新版〕」653 ページ）。そして、最高裁判所昭和 58 年 12 月 1 日第一小法廷判決・民集 37 巻 10 号 1465 ページは、法 21 条 1 項の定める選挙人名簿の被登録資格に関し、転入の届出後引き続き 3 か月以上市町村の住民基本台帳に登録されている者であっても、現実に当該市町村の区域内に引き続き 3 か月以上住所を有していないときは、当該市町村の選挙人名簿の被登録資格を取得しない、と判示し、住所要件を選挙権行使の要件とし、その限度で選挙権に制約を加えることを是認している。

このように、法が、選挙人名簿制度を採用し、被登録者資格として日本国内での継続居住要件を定め、その要件を満たさない有権者の選挙権の行使が認められないとしていることは、不正投票を防止し、選挙を混乱なく公正に執行し、もって国民の意見や利害を公正かつ効果的に国政に反映させる選挙制度の目的を実現するために必要かつやむを得ない制約というべきである（佐藤幸治「憲法〔第三版〕」103 ページも、上記のような選挙人名簿の制度につき、「このような制約は、選挙人を公証するという名簿の必要からやむをえないものと解されている。」としている。）。

(2) 選挙人名簿の調製に関する職権主義と在外邦人の選挙権の行使

選挙人名簿は、このように、選挙権を行使できる者を定める基準になるのであるから、公正な選挙が行われるためには、その調製が正確にされることが特に重要である。仮に、その調製が正確にされず、本来選挙権を行使する資格に欠ける者がこれを行行使することになれば、選挙権を有する者の行使した選挙権が選挙の結果に正確に反映されず、結果として、有権者の選挙権が著しく侵害されることになるからである。そして、選挙人名簿の調製については、名簿調製機関が職権によって有権者を調査、確認、登録、公示する職権主義と、有権者が自ら名簿調製機関に届け出る申告主義があり、昭和41年法律第77号による改正前の公職選挙法は、基本選挙人名簿の調製について職権調製主義を採り、補充選挙人名簿について申告主義を採っていた（前掲林田88ページ）が、申告調製主義を採る補充選挙人名簿については、選挙時に申出が集中し、選挙の多忙時に、しかも短時日に調製手続を進めなければならず、的確な処理を期待することが困難であり、誤載、二重登録等が数多く発生する余地があった（大竹邦実・山本信一郎「公職選挙法逐条解説（平成8年9月30日発行改訂新版）」140ページ）ことから、同改正により永久選挙人名簿制度が採用され（昭和41年法律第77号「公職選挙法の一部を改正する法律」19条1項）、さらに、住民基本台帳法（昭和42年法律第81号）の成立によって住民基本台帳が整備されたことを受け、昭和44年法律第30号による公職選挙法の改正により、名簿の正確性を確保する目的で、継続居住要件に基づく職権調製主義が採用されたのである（同法21条の改正による登録の申出の廃止と住民基本台帳の記録に基づく名簿の登録）。

このように、有権者の選挙権の行使が選挙結果に正確に反映され、公正な選挙を実現する上で選挙人名簿の正確性の確保が特に重要であることにかんがみれば、その正確性に万全を期するために職権調製主義を徹底する

立法政策を採用することも、国民の代表である国会の裁量の範囲を逸脱するものではないと解すべきであり、その場合には、選挙人名簿に登録されるべき有権者の範囲を、名簿調製機関が職権によって調査、確認等することが可能な我が国の公権力の及ぶ地域に居住する者に限定することは必要かつやむを得ないところである。仮に選挙人名簿に登録されるべき有権者を広く国外に居住する者にまで広げるときには、職権調製主義を採っても選挙人名簿の正確性は万全を期し難く、また、有権者の滞在国の国情の相異から、かえって不平等な結果を生じることにもなりかねない。

そのため、我が国の公権力の及ばない外国に長期間滞在しないし居住している有権者が、選挙人名簿に登録されず選挙権を行使できない結果となったことは、選挙を混乱なく公正に執行するための必要かつやむを得ない制約であり、国会の裁量の範囲を逸脱するものではなかったというほかない。

(3) 改正法成立前の国会における在外選挙制度の創設に関する議論

前記2(3)のとおり、改正法は、在外邦人については職権調製主義によらず、申請による登録を認めて在外選挙人制度を設けたが、このような選択に至るまでの過程では、国会において、在外選挙制度の創設に当たって考慮すべき政策的及び技術的要素について以下のような問題点が指摘され議論が行われていた。

ア 候補者の情報提供の困難性

すべての外国に居住する邦人に対し、国政選挙の際に、選挙期間内に候補者の氏名、政見、所属政党等の候補者個人名を記載して投票する際に不可欠な情報を本邦内の有権者と同程度に周知させることは不可能に等しい。そのため、滞在国の国情の相異から、在外邦人の間においても、情報提供の程度に差が生じ、滞在国により、選挙権の行使が容易な者と困難な者が生じるという不公平な結果となり、ひいては公正な選挙

の実現を害するおそれもある。この点について、昭和57年4月20日参議院地方行政委員会における政府委員答弁では、「限られました選挙運動期間で候補者の確認なり、あるいは候補者の政見を在外選挙人に周知することにつきましては、外国における政治活動の規制の問題もありまして、なかなかむずかしい問題もあらうと思います」としている（同委員会議録第8号29ページ3段目参照）。

この点は、改正法下における在外選挙制度においても問題となるところであり、平成9年11月27日衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会における国務大臣の答弁では、「衆議院小選挙区選挙及び参議院の選挙区選挙は、いずれも・・・候補者個人名を記載し投票する制度でございます。このことから、投票に当たりましては、候補者の氏名、政見、所属政党等が周知されていることが必要でございまして、選挙運動期間の十二日ないし十七日の間にこれらを海外の有権者に周知徹底することは困難な状況にある」（甲第14号証の同委員会議録第3号3ページ1段目）としている。そのため、改正法は、当分の間、在外選挙制度を、政党名を記載して投票する衆議院及び参議院の比例代表選挙に限ることとし（改正法附則8項）、候補者個人名を記載して投票する選挙区選挙は、選挙権を行使できる対象とはされておらず、比例代表選挙における在外選挙の実施状況をみることにされている。

したがって、本件国家賠償請求の対象である衆議院議員選挙との関係でいえば、平成6年法律第2号による法改正によって衆議院議員選挙に比例代表の制度が設けられる以前においては、在外投票制度を創設することは、以上の点のみから考えても困難であったといえることができる。

イ 永住者、二重国籍者の扱い

海外に在留する邦人の中には二重国籍者や海外永住者も多数存在しているところ（別紙参照）、これらの者を選挙人の範囲に含めるべきか否

かについても、問題の指摘と議論があり、昭和57年4月20日参議院地方行政委員会における政府委員答弁では、「まず入口の問題として、海外在留者の選挙人としての範囲というものをどうつかまえていくかという問題がございます。たとえば、二重国籍者の方もおられましょうし、あるいは永住者をどう扱うべきかとか、・・・」と述べている（同委員会議録第8号29ページ2段目参照）。

昭和59年に政府提出法案として最初に提出され、昭和61年に衆議院の解散とともに廃案とされた公職選挙法の一部を改正する法律案にも、在外選挙人名簿の被登録資格に「将来国内に住所を定める意思を有する者」との要件が付けられており、改正法の法案の当初案、同時期に野党議員によって提出された公職選挙法の一部を改正する法律案の当初案にも、同様の要件が付されていた（甲第13号証・平成9年6月12日衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会議録第8号3ページ3段目、同9ページ2、3段目参照）。そして、平成9年11月27日衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会における政府委員の答弁では、「帰国の意思を有しないという方は、・・・国政への関心も一般的には薄く、また、国政の影響というものをほとんど受けないというふうに思われるわけでございまして、このような方々にまで国政への選挙に参加させることについては、思わぬ支障を生ずるおそれがある」とされていた（甲第14号証の同委員会議録第3号2ページ3段目参照）。最終的にはこの要件は削除されたが、上記のような国会における議論を経ているものである。

ウ 郵便投票制度を認めるか否か

我が国の在外公館の数には限りがあるため、在外選挙制度を創設するとすれば、実際の投票の際には郵便投票という方法を許容せざるを得ない。しかし、郵便投票制度は、身体に重度の障害のある者を除き（法4

9条2項），一般的には本邦内においても認められていない制度であり，不正の余地があつて，公正な選挙の実現を害するおそれがあるとされていた（昭和56年4月9日衆議院内閣委員会における政府説明員答弁・同委員会議録第5号2ページ3段目参照）。

このようなことから，昭和59年に政府提出法案として最初に提出され，昭和61年に衆議院の解散とともに廃案とされた公職選挙法の一部を改正する法律案においては，郵便投票制度は採用されず，投票方法としては，衆議院議員又は参議院議員の選挙の期日の公示又は告示の日から，原則として選挙の期日前5日までの間に，自ら在外公館の長の管理する投票を記載する場所に行き，在外選挙人証等を示して投票しなければならないとされていた（昭和59年8月1日衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会議録第3号2，4ページ）。

同様の議論は，平成9年の審議の際にも行われた（甲第14号証・平成9年11月27日衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会における政府委員の答弁・同委員会議録第3号6ページ1段目参照）。しかし，他方，国や地域によっては，政情が不安で治安が悪いため，選挙のために在外邦人が在外公館に集まること自体に困難が伴う旨の指摘や，在外公館の数には限りがあり，国が広大で在外公館から遠隔の地に住む在外邦人は，投票のために，経済的にも，時間的にも大きな負担を負うことになることから，その便宜を図る必要がある旨の指摘があつた（平成9年12月4日衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会における参考人の答弁・同委員会議録第4号4ページ2ないし4段目参照）。そのため，平成15年法律第69号による改正前の改正法下においては，在外公館の長の管理する投票を記載する場所において投票することが著しく困難であるものとして政令で定めるものの投票については，その現在する場所において投票用紙に投票の記載をし，これを郵送する方法によ

り行わせることができることになった（同法４９条の２第２項）。

改正法成立までの間には、国会において、以上のような郵便投票の採否についての議論もされたのである。

エ 在外公館における選挙管理執行体制の不十分さ

在外選挙制度を創設する以上、世界中の国々において、各滞在国の実情に左右されることなく、あまねく公正な選挙の実施が行われる必要がある。しかし、現実問題として、選挙管理を担うことになる在外公館の人的、物的資源には限りがある上、国によってその規模にも差異があり、しかも、滞在国の国情にも違いがあるので、在外邦人の間に滞在国による差が生じかねず、ひいては公正な選挙の実現を害するおそれがある。

このことは、改正法の法案が審議された平成９年当時においても、在外選挙制度は、「大使館や領事館に全く新しい大量の仕事を持ち込むことになる」、「増加する業務量に人員の配置がついていけない」との指摘があったことからもうかがわれるところである（平成９年１２月４日衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会における参考人の答弁・同会議録第４号４ページ１，２段目参照）。

この問題を回避するためには郵便投票制度を採用することが不可欠であったというべきであるが（甲第１４号証・平成９年１１月２７日衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会における政府委員の答弁・同委員会議録第３号３ページ４段目参照），郵便投票制度の採用については、前記ウのような問題点が指摘されていたのである。

また、改正法成立の際、在外公館にとって選挙事務は初めてのことで、事務処理体制や選挙情報の周知状況を見極める必要があったことから、在外選挙については、まず比例代表選挙から実施することとされたのである（同委員会における国務大臣の答弁・同会議録同ページ２段目

参照)。

したがって、改正法成立までには、国会において、在外公館の選挙管理執行体制の不十分さについて問題点が指摘され、これについての議論がされたのである。

6 改正前法の合憲性について

前記3のとおり、憲法は、選挙に関する事項の具体的決定を、原則として立法府の裁量にゆだねており、選挙を混乱なく公正に執行するため、国民の選挙権の行使に必要なかつやむを得ない制約を加えることも、国会の裁量の範囲内であると解される。そして、改正前法の下において、選挙を混乱なく公正に執行するためには、選挙人名簿の調製の正確性を確保することが重要であり、これに万全を期するためには、我が国の公権力の及ばない外国に長期間滞在しないし居住している有権者が選挙人名簿に登録されず選挙権を行使できない結果となったことも、必要なかつやむを得ない制約であったというほかないことは、前記5(1)及び(2)のとおりである。その上、在外選挙制度を創設し、これを混乱なく公正に実施するためには、選挙人名簿調製の正確性の問題以外にも、在外邦人に対する候補者情報提供の困難性にどう対処するか、在外邦人中永住者、二重国籍者の扱いをどう定めるか、郵便投票制度を採用できるか、在外公館における選挙管理体制をどのように作るかなど、国内の選挙とは異なる多くの困難な問題点が想定されることは、前記5(3)のとおりである。そして、これらの問題点を合理的に解決するためには、在外邦人の実情や選挙の実際を踏まえた政策的専門的な判断が求められるのであるから、国民の代表者である国会にこそその判断がゆだねられるべき問題である。したがって、以上の点から考えても、在外選挙制度を創設するか否かは、創設するとして、いつからどのような仕組みで実施するかの問題を含めて国会の裁量にゆだねられるべき問題というべきである。そして、国会がこれらの問題について実際に議論を重ね、これを踏まえて、上記の問題点につ

いて国民の代表者として判断を下し、改正法を成立させるに至ったことも前記5(3)のとおりである。改正前法について、在外投票制度を備えていないことをもって直ちに憲法に違反すると断ずる上告人らの主張は、国会において在外邦人の実情と選挙の実際を踏まえた議論を積み重ねることによるこのような解決の道を閉ざすものである。したがって、改正前法が、改正法成立までの間、在外邦人に選挙権の行使を認めていなかった点は、立法府の裁量の範囲内にあるというべきであり、選挙制度について定めた憲法15条1項、3項、44条に違反するものではなく、また、憲法14条1項違反とされるべきではない。

7 改正法の合憲性について

(1) 改正法附則8項が在外投票の対象となる選挙を限定した趣旨

改正法附則8項は、前記2(3)のとおり、在外選挙人名簿に登録されている者が投票することができる選挙を、当分の間比例代表選挙に限定している。

これは、前記5(3)アで述べたところからも明らかなとおり、選挙区選挙は、いずれも候補者個人名を記載し、投票する制度であることから、有権者が選挙権を行使するためには、候補者の氏名、政見、所属政党等が周知されていることが必要である。しかし、選挙運動期間の12日ないし17日の間にこれらを海外の有権者に対し、その滞在国の国情による差異を生じさせないように周知徹底することは困難な状況にあり、にもかかわらず、海外の有権者についても選挙区選挙を実施しようとする、滞在国の国情によって選挙権の行使が容易な者と困難な者が生じるなど不公平な結果が生じ、ひいては選挙の公正を害するおそれがあった。これに対し、比例代表選挙は、政党名を記載し、投票する制度であって、政党の主張、政策等については、現状においても常日ごろから新聞、テレビ、ラジオ等を通じて海外にも伝わっているところであり、特段の周知方法を執らなくて

も、在外の有権者も相当程度の情報は得ることができるものと考えられるのである。また、前記5(3)エのとおり、在外公館にとって選挙事務は初めてのことであり、まず比例代表選挙から始めて、選挙を混乱なく公正に執行するに足る事務処理体制をとることができることを見極める必要があることから、在外選挙については、まず比例代表選挙から実施し、選挙情報の具体的な周知状況や在外公館の体制をみた上で、次の段階として選挙区選挙の実施を考慮することとしたものである。

(2) 改正法附則8項の合憲性

前記第3の3のとおり、憲法は、選挙に関する事項の具体的決定を、原則として立法府の裁量にゆだねており、選挙を混乱なく公正に執行するため、国民の選挙権の行使に必要なかつやむを得ない制約を加えることを認めていると解される。そして、改正法附則8項は、上記(1)のような趣旨に基づいて定められたものであり、その結果、在外の有権者が当分の間選挙区選挙について選挙権を行使できなかったことは、上記の必要かつやむを得ない制約というべきであり、国会の裁量の範囲を逸脱するものではない。殊に、本件の原審口頭弁論終結時である平成12年9月25日当時は、改正法に基づき、平成11年5月1日から在外選挙人名簿の登録申請の受付が開始され、平成12年5月1日に在外投票に関する規定が施行されてから5か月を経たばかりのころであり、原審口頭弁論終結時点においては、いまだ一度も在外投票が実施されていなかったのであるから、上記(1)で述べた附則8項の目的に照らし「当分の間」が経過したか否かを、国会において検討すべき段階に至っていなかったことは明白である。

以上のとおり、改正法附則8項による在外投票の対象となる選挙の限定は、選挙を混乱なく公正に執行するための必要かつやむを得ない制約というべきであり、同附則の制定が立法府の裁量の範囲内にあることは明らかであるから、改正法附則8項は、憲法15条1項、3項、44条に違反す

るものではなく、憲法14条1項に違反するものでもない。

第4 本件立法不作為が国賠法上違法であるとは認められないこと

1 はじめに

上告人らは、立法行為が国賠法上違法となる場合について判示した最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512ページ（以下「60年判決」という。）の基準の正当性、同判決の先例的価値を争い（各理由書第2）、本件立法不作為が憲法15条1項、3項、44条ただし書、14条1項等に違反する違法なものである旨主張する（各理由書第4及び第6）。

しかしながら、60年判決の基準は、憲法の採用する議会制民主主義及び権力分立の理念から導かれた正当な基準であり、確立された判例であって、本件においても妥当するところ、同判決に照らしても、本件立法不作為が国賠法上違法とされることはない。以下、詳述する。

2 立法行為の違法性判定基準

「国会議員が立法を行うについては画一的な行為規範があるわけではなく、法律は多種多様な意見の対立の中から多数決原理によって形成されるものであって、立法行為の規範たるべき憲法自体の解釈について国会議員間に意見の相違があっても、何ら異とすべきではない。国会議員は、自由な立場で討論、表決に加わればよく、院外で責任を問われることはない。国会議員は、選挙を通じ政治的責任が問われるだけである。裁判所が、具体的立法が憲法に違反する、あるいは具体的立法が憲法上要請されとの解釈に到達したからといって、これに関与する国会議員が国民に対して負うべき法的義務に違反したとは直ちにいうことができない。国会議員が国民に対して負うべき法的義務に違反したといい得るためには、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あえて当該立法を行うというような例外的

場合でなければならない」（泉徳治・昭和60年度最高裁判例解説民事篇377, 378ページ参照）。

60年判決は、このような見地から、「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って、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1条1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。」と判示したものであって、この基準は、憲法の採用する議会制民主主義及び権力分立の理念から導かれた正当なものである。

3 60年判決の基準が判例上確立していること

60年判決の基準は、民間被災者を対象とする戦傷病者等援護法の立法不作為に関する最高裁判所昭和62年6月26日第二小法廷判決（判例時報1262号100ページ）、繭糸価格安定法改正行為に関する同裁判所平成2年2月6日第三小法廷判決（訟務月報36巻12号2242ページ）、再婚禁止期間改正の立法不作為に関する同裁判所平成7年12月5日第三小法廷判決（判例時報1563号81ページ）などの最高裁判決を始め、下級審判決に至るまで、様々な分野の立法行為について、国賠法上の違法性に関する正当な判定基準として用いられ、既に確立した判例理論となっている。

法21条1項の継続居住要件に関しても、最高裁判所平成13年12月21日第二小法廷判決（公刊物未登載）は、原審判決（東京高裁平成13年7月31日判決・公刊物未登載）が最高裁判所平成11年11月10日大法廷判決（民集53巻8号1441ページ）の基準に立って合憲判断を行った上で国賠法上の請求に理由がないとしたのに対し、60年判決の基準に該当しない限り国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとして、

請求を棄却すべきものとした原審の結論を是認している。また、大阪高等裁判所平成14年8月28日判決（判例タイムズ1115号170ページ）も、60年判決の基準により法21条1項及び法28条の改正をしなかった立法不作為につき、国賠法上の違法性を否定しているところである。

4 立法行為の違法についての判断方法

60年判決が示した違法性の判断基準を具体的に適用する際の判断方法としては、以下のとおり、2段階の検討が必要となる。

- (1) まず、国会は立法機関であるから、国会議員の立法行為はその法律の上位規範たる憲法に拘束される。したがって、国会議員の立法行為の違法を判断するについては、まずもって、当該立法行為の内容が憲法に違反するか否かを検討する必要がある、当該立法の内容が憲法に違反しない場合には、その余の点を検討するまでもなく、国賠法上の違法性は否定される（前掲泉377ページ参照）。
- (2) 次に、当該立法行為の内容が憲法に違反する場合でも、それが直ちに国賠法上の違法となるものではない。立法の内容が憲法に違反することと国会議員の立法行為が国賠法上違法と評価されるかどうかとは、区別して検討される必要がある。

昭和60年判決によれば、国会議員の立法行為が国賠法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるのは、①その立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているものであること、及び②それにもかかわらず国会があえて当該立法を行ったものであること、というような、容易に想定し難い例外的な場合であることが必要である。

5 本件立法不作為には国賠法上の違法がないこと

前記第3のとおり、改正前法が、在外邦人に選挙権の行使の機会を保障していなかったことは、国会の立法裁量の範囲内にあり、選挙制度について定めた憲法15条1項、3項、44条に違反することではなく、また、合理的理

由のない差別であるとして憲法14条1項違反とされることもないから、本件立法不作為が国賠法上違法となる余地はない。

そして、少なくとも、憲法には在外選挙制度の創設を義務付ける規定は存在しないのであり、本件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とは認めることができないことは明らかであり、本件が60年判決にいう「容易に想定し難いような例外的な場合」に当たるとはいえないから、本件立法不作為が国賠法上違法とされることはない。

なお、改正前法の改正については、昭和59年に政府提出法案として最初に提出されてから、平成10年法律第47号による改正の実現までの期間が経過したことは事実である。しかし、前記第3の5(3)のとおり、昭和57年当時も平成9年当時もなお、国会においては、海外では候補者に関する情報の周知ができないことや、選挙権行使を認めるべき有権者の範囲を二重国籍者や海外永住者についていかに定めるべきかなど、在外選挙制度を実現する上で解決を要する困難な問題点が指摘され、これらの問題点に関して議論が重ねられた上で、改正法が成立したものであり、このような議論が重ねられたことをもって、立法義務の懈怠ということができないことは明らかである。その上、昭和59年提出の政府案は、衆議院の総選挙、参議院の通常選挙又はこれらの選挙に係る再選挙を対象としていた。しかし、参議院比例代表選挙以外の候補者に投票する選挙については、在外邦人に対し、滞在国の国情による差異を生じさせないように短い選挙運動期間中に、候補者の氏名、政見、所属政党等の候補者名を記載して投票するのに不可欠の情報を周知徹底することが困難であるという問題点が指摘されていた。そして、この問題点については、平成6年法律第2号において、衆議院の選挙制度の基本が小選挙区比例代表並立制とされ、衆議院議員選挙においても、政党名による投票が一部採用されたことで、初めて両院議員の選挙双方について、改正法附則8項のような解決方法を採用することがようやく可能になったことは、前記のと

おりである。そして、平成6年法律第2号のほか、国会は、公職選挙法に関するものでも、昭和59年から平成8年10月20日の衆議院議員選挙までの間、昭和61年法律第67号（最高裁昭和60年7月17日大法廷判決後に衆議院議員の定数を是正したもの）、平成4年法律第97号（衆議院議員の総定数を削減し、その各選挙区の定数を一部是正するもの）、同年法律第98号（国政選挙における選挙公営の拡大等を定めるもの）、平成6年法律第10号（衆議院議員の定数を改めるなどするもの）、同年法律第47号（参議院選挙区選出議員選挙における選挙区間の人口と定数の不均衡を是正するため、一部の選挙区につき議員数を改めるもの）、同年法律第104号（衆議院小選挙区選出議員の選挙区を改めるなどするもの）、平成8年法律第102号（選挙運動の方法の合理化を図るもの）等による公職選挙法の一部改正を時宜に応じて行っているのである（平成6年法律第2号及び同年法律第104号を除く各法案はいずれも議員提出）。したがって、上記期間において、在外選挙制度に関する法律が立法されなかったことについて、殊更これを国賠法上の違法となる立法義務の懈怠と評価することは到底できないものといわなければならない。

第5 本件各確認請求について

1 本件各確認請求が法律上の争訟性を欠くこと

裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」として裁判所の審判の対象となるのは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であり、かつ、法令の適用により終局的に解決することができるものに限られるのであって、このような具体的紛争を離れて、裁判所に対して抽象的に法令が憲法及び条約に適合するかどうかの判断を求めることはできない（最高裁昭和27年10月8日大法廷判決・民集6巻9号783ページ，最高裁昭和39年4月21日第三小法廷判決・訟務月報10巻5号756ページ，

最高裁平成元年9月8日第二小法廷判決・民集43巻8号889ページ，最高裁平成3年4月19日第二小法廷判決・民集45巻4号518ページ参照）。

これを本件違法確認請求についてみると，同請求に係る訴えは，改正前法に在外邦人一般の選挙権の行使方法に係る規定がないとか，改正法においてもその規定が不十分であることを理由として，法が違法であることの確認を求めるというものであって，特定の具体的な衆議院議員選挙又は参議院議員選挙において上告人らが選挙権を行使できなかったことや行使できないことを問題とするものではない。そうすると，このような訴えは，具体的な紛争を離れて，抽象的，一般的に法律の憲法適合性についての判断を求めるものといわざるを得ない。

したがって，本件違法確認請求に係る訴えは，法律上の争訟に当たらないというべきである。

2 本件選挙権確認請求が法律上の争訟性を欠くこと

次に，本件選挙権確認請求についてみると，同請求は，一応権利の存否を問題とするかのような外形をとってはいるけれども，そもそも選挙権は，具体的な選挙において選挙人団の一員として行使されるものであって，具体的な選挙が実施されない間は，一般的，抽象的な権利又は資格にとどまるものである。すなわち，選挙権は，これを行行使し得べき特定の選挙が実施される際に初めてそれをめぐる法律関係が具体化し，また，個々の特定の選挙が実施される際にその行使が妨げられる蓋然性が認められることによって初めてその権利義務ないし法律関係の存否についての紛争が具体化するのである。ところが，本件選挙権確認請求は，特定の衆議院議員選挙又は参議院議員選挙における上告人らの具体的な選挙権の行使を問題にすることなく，上告人らの抽象的，一般的な権利義務の存否についての判断を求めるものにすぎないから，結局のところ，改正前法に在外日本人の選挙に係る規定がない，あ

るいは、改正法においても在外日本人の選挙に係る規定が不十分であるとして、抽象的、一般的にこれらの違法確認を求める訴訟と何ら異ならない。

したがって、本件選挙権確認請求に係る訴えも、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争に係る請求ではなく、法律上の争訟に当たらないことは明らかである（最高裁昭和31年10月4日第一小法廷判決・民集10巻10号1229ページは、「将来の法律関係なるものは法律関係としては現在せず従つてこれに関して法律上の争訟はあり得ない」としている。）。

3 本件選挙権確認請求が確認の利益を欠くこと

将来発生が予想され得るにすぎない権利又は法律的地位の確認を求める訴えを適法とすれば、現在において不確実な事実に基づく判断を裁判所に強いることになり、また、場合によっては、将来その権利又は法律的地位が発生した時点では既に当該裁判が不要に帰していたというような裁判が存在することを肯定することになるから、将来の権利義務又は法律的地位の存否の確認を求める訴えは、確認の利益を欠くものとして許されない（菊井・村松「全訂民事訴訟法Ⅱ」69ページは「将来の法律関係についても、・・・原則として現在、確認を求める利益がない」としている。また、上記最高裁昭和31年10月4日第一小法廷判決は、「争訟発生前予めこれに備えて未発生 of 法律関係に関して抽象的に法律問題を解決するというが如き意味で確認の訴を認容すべきいわれはな（い）」としている。）。

本件選挙権確認請求は、上告人らが、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権を行使する権利を有することの確認を求めるものであるが、帰国等によって、このような確認の訴えを提起する必要性がなくなることとも想定されるのであり、現時点においてこのような権利の確認を求める利益はないというべきである。

4 本件選挙権確認請求に理由のないこと

原審口頭弁論終結時に施行されていた改正法下において、在外選挙人名簿に登録されている者が投票できる選挙を、当分の間、比例代表選挙に限定している改正法附則 8 項の措置が憲法に違反しないことは、前記第 3 の 6 のとおりであり、本件選挙権確認請求に理由のないことは明らかである。

第 6 結語

以上のとおり、上告人らの上告理由及び上告受理申立て理由はいずれも理由がないから、本件上告は、いずれも棄却されるべきである。

海外在留邦人数の推移

 長期滞在者
  永住者

