

在外日本人の選挙権行使と立法の不作为

一橋大学大学院法学研究科助教授

只野 雅人

目 次

はじめに — 1999年10月28日東京地裁判決をめぐって

1. 選挙権の意義と在外投票制度

(1) 選挙権の性格と射程

(2) 投票機会の実質的保障と立法裁量

2. 立法の不作为に対する司法救済

(1) 憲法上の権利侵害と裁判を受ける権利

(2) 「立法の不作为」に対する司法救済の諸形態

(3) 「立法の不作为」の意味

むすび

はじめに — 1999年10月28日東京地裁判決をめぐって

1999年10月28日、東京地方裁判所は、海外に居住する日本人の選挙権行使をめぐる違法確認請求・損害賠償請求の訴えを斥ける判決を下した。この判決 — 更には判決が先例として依拠している、在宅投票制廃止に関する1985年11月21日最高裁判所判決 — に含まれる憲法上の論点の検討を通じ、在外投票制度の憲法上の位置づけや「立法の不作为」に対する司法救済のあり方を論じることが本稿の目的である⁽¹⁾。なお、憲法違反のみならず国際人権規約違反も訴訟においては争点となっているが、本稿の目的との関係上、以下では憲法に関する論点に絞り、論述する。

1998年改正前の公職選挙法が在外日本人に衆議院議員・参議院議員の選挙権行使を認めていない点（1998年改正以降は、衆議院議員小選挙区選出議員選挙・参議院議員選挙区選出議員選挙について選挙権を認めていない点）において違法であることの確認、並びに、国会がその改正を怠った結果、原告らが1996年10月20日の衆議院選挙で投票できなかったことに対する損害賠償を求める原告らの主張に対し、東京地方裁判所は、大要、以下のよう論理により、原告らの訴えを斥けた（数字は筆者が便宜上付したものである）。

1. 国家賠償法1条1項にもとづく請求の当否

①国会議員の立法行為（不作为を含む）が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員が職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であり、立法内容の違憲性の問題とは区別される。

②国会議員の立法行為は本質的に政治的なものであり、あるべき立法行為を措定し具体的立法の適否を法的に評価することは原則的に許されない。国会議員は立法

行為については、原則として政治責任を負うにとどまる。「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」。

③衆議院議員・参議院議員の選挙権は憲法にもとづく基本的かつ重要な権利である。しかし、憲法は、選挙に関する事項の具体的決定を、憲法上正当な理由となりえないことが明らかな人種、信条、性別等による差別を除き、原則として立法府である国会の裁量に委ねる趣旨である。「国会の右の裁量の中には、短期間に極めて多数の選挙人によって行われる右の選挙を、混乱なく、公正かつ能率的に執行するために、国民の選挙権行使に必要な制約を加えることも、当然に含まれている」。「選挙を公正かつ能率的に執行するについて、国内における場合とは異なる様々な実施上の問題点が想定され」、「国会には、在外選挙制度を設けるなどして在外日本人の選挙権行使を確保すること以外に立法上の選択が許されていないとまではいえない」。

④したがって、国会が衆議院議員・参議院議員の選挙すべてにつき在外日本人の選挙権行使を可能にする立法をなすべきことを一義的に明白に命じていると解することはできない。

2. 違法確認請求の当否

①裁判所の審判の対象は「法律上の争訟」に限られ、具体的な当事者間の権利義務・法律関係の存否に関する紛争を離れ、抽象的に法令の憲法適合性判断を裁判所に求めることは許されない。

②原告らの主張は、選挙権を有する在外日本人一般において選挙権行使の方法が確保されていないという一般的状态を現在の原告らの立場に当てはめて表現したにすぎない。また、特定の選挙を具体的に取り上げて権利行使が認められていないことを主張するものでもない。本件違法確認の訴えは具体的紛争を離れたもので、法律上の争訟にあたらぬ。

③本件違法確認の訴えが法律上の争訟にあたるとしても、訴えは不適法である。本件訴えは、立法権の不行使に対する不服の訴えであるから、公権力の行使に関する不服の訴訟である抗告訴訟にあたる解されるが、国会の立法権行使を一義的に命じる規定が存在しない以上、無名抗告訴訟の要件を具備していない。

しかしながら、以上の判決の論理には、憲法解釈上いくつかの問題があると思われる。そこで以下では、まずそれら問題点の検討の前提として、在外投票制度の憲法上の位置、とりわけ憲法が保障する選挙権との関わりを確認する。次いで、選挙権の侵害に対する司法救済のあり方、とくに憲法32条が保障する「裁判を受ける権利」の意味を論じる。その後、従来の学説や最高裁判例をふまえ、違憲確認請求、国家賠償請求等を通じた「立法の不作为」に対する司法救済の可能性を検討する。最後に、「立法の不作为」という概念それ自体の意味を最近の学説をふまえ検討することで、あらたな司法救済の可能性にも論及してみたい。

1.選挙権の意義と在外投票制度

(1)選挙権の性格と射程

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」と規定し、「国民固有の権利」として選挙権を保障する。この選挙権は、成年者に対する投票資格の保障のみならず、投票機会の実質的保障の要請をも含んでいると解される。それゆえ、海外に居住する日本人に投票機会を保障するための在外投票制度の創設は、憲法が保障する選挙権と直結する問題である。

選挙権については、その法的性格をめぐり、学説上論争が行われてきたことは周知の通りである。かつての有力説は、選挙権を権利としての側面と公務としての側面を併せ持つものと捉えていた（二元説）。しかし、80年代以降、選挙権を権利として捉える一元説が有力に主張されるようになった⁽²⁾。その影響もあって、今日なお有力な二元説にあっても、権利としての側面に比重を置いた把握がなされるようになってきている⁽³⁾。たしかに「権利」といっても、選挙権の行使・実現は具体的な選挙制度のあり方とも不可分なだけに、他の人権とはちがった制約が内在している——人権一般に妥当するいわゆる「内在的制約」とは異なる——ことは、権利説をとる論者によっても承認されている⁽⁴⁾。しかしながら、権利一元説をとる場合はもちろん、仮に二元説をとる場合であっても選挙権を「権利性」を中心として把握するならば、選挙権が憲法上保障された権利であり、その結果として立法による制約は容易には許されないことが、少なくとも確認されてよいと思われる⁽⁵⁾。二元説にたつ論者の中には、権利性を重視する論理構成をとりつつも、なお公務性にもとづく他の人権とは異なった制約の余地を認めるものもある。しかし、他の人権と異なる制約の余地を認めうるとしても、選挙権が憲法上の権利であることを承認する以上は、安易に立法裁量を容認することは許されず、いかなる根拠にもとづいてどのような範囲で制約が許されるかが、検討されねばならないであろう⁽⁶⁾。

選挙権を憲法上の権利として把握するとして、つぎに問題となるのはその保障内容である。一元説の立場から選挙権権利説を精力的に展開してきた辻村みよ子教授は、選挙権論の射程として、(a)投票資格要件の決定（年齢等）、(b)投票行動（在宅投票制も含む）、(c)棄権の権利、(d)投票の価値平等（投票結果への権利）が問題になるとしている。これらのうち本稿と関わるのは(b)である。辻村教授は、「選挙権の内容を広く解して投票行為まで含める場合には、……投票現場に行けない有権者の投票手段を保障しないことが、選挙権の侵害や投票機会の平等原則違反を構成する」⁽⁷⁾としている。かかる理解は、一元的権利説をとる論者に限られない。戸波江二教授も、「選挙権の保障は、有権者が選挙を行うことを保障するにとどまらず、個々の有権者が実際に投票を行うことができることまでの保障、つまり選挙権の実効的保障までを要求していると解すべきである」と述べる⁽⁸⁾。単なる投票資格の付与にとどまらず、投票機会の実質的保障の要請が選挙権の重要な内容をなしていることは、上記2教授に限らず、学説上も広く承認されているといえよう。選挙権を有するにもかかわらず、有効な投票手段が保障されないがゆえに投票機会を奪われる有権者があるとすれば、選挙権の保障あるいは投票機会の平等の原則に対する違反が問題となる。

(2) 投票機会の実質的保障と立法裁量

投票機会の実質的保障の問題は、従来は専ら在宅投票制度の廃止をめぐり論じられてきたが、本稿のテーマである海外に居住する日本人の投票機会の保障の問題も、投票機会の保障と直結する問題である。しかし、これら2つの問題の間には、重要な相違も存在する。在宅投票の場合にあつては、制度の廃止によって投票が著しく困難になることが問題となっていた。それに対し本稿の事案の場合には、公職選挙法21条1項が、選挙人名簿への登録資格を「引き続き三箇月以上当該市町村の住民基本台帳に記録されている者」としていることから、住民基本台帳に記録されていない在外日本人が選挙権を行使することが全く不可能な状態におかれていたことが問われている。在宅投票制度にあつては、投票機会の「実質的」保障が問題になったが、在外投票については投票機会そのものの保障が問題となっているのである。海外に居住する日本人の選挙権行使をめぐり、その制約や立法裁量の限界を論じるにあつても、この点は十分に考慮されねばならない。

1999年10月28日の東京地裁判決はこの点につき、選挙権は憲法にもとづく基本的かつ重要な権利であるとしながらも、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である国会の裁量に委ねる趣旨であるとする。そしてこの国会の裁量の中には、「短期間に極めて多数の選挙人によって行われる右の選挙を、混乱なく、公正かつ能率的に執行するために、国民の選挙権行使に必要な制約を加えることも、当然に含まれている」として、「選挙を公正かつ能率的に執行するについて、国内における場合とは異なる様々な実施上の問題点が想定され」、「国会には、在外選挙制度を設けるなどして在外日本人の選挙権行使を確保すること以外に立法上の選択が許されていないとまではいえない」と述べる。

広汎な立法裁量の余地を認め、在外投票制度を設ける以外の立法上の選択肢もあり得たと述べているところからすると、東京地裁判決は、在外投票制度を設けなかったことにつき「合憲」の判断を示したとみることもできる。しかしながら、上記判決の判断は、「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」という立法行為に対する国家賠償請求をめぐる最高裁の基準をふまえてのものである。国会が在外投票を設けなかったことにつき、憲法の一義的文言に反するといえるかという限度で、判断しているにすぎない。憲法違反は通常憲法条文の解釈をめぐって問題になるから、「憲法違反」の状態とは、憲法の一義的文言に反するとまではいえないとしても、なお憲法上の権利や原則が侵害されていると解される、という場合が殆どであろう。それゆえ、東京地裁判決が、在外投票制度を設けなかったことが憲法に違反しないとみたかどうかについては、なお断定しえない部分が残っている。もっとも、憲法の一義的文言に反するとまではいえないが、なお権利侵害を認定しうるとすれば、どのような救済手段があるのかが問題とならざるをえないであろう。

一方、学説では、在外投票制度を設けないことを違憲とする有力な見解が示されている。例えば、戸波江二教授は以下のように述べる⁽⁹⁾。

「外国に居住する日本国民は76万人を数えるが、これまで在外選挙制度がなかつ

たために選挙権を行使することができなかった。国際化の進展と情報・通信設備の発達のみられる現在、在外国民に選挙権を認めないことは違憲と判断されよう」

また、奥平康弘教授は、在外投票については制度づくりについて技術的裁量の働く余地がある程度認めざるをえないとしたうえで、「選挙権を極力保護しなければならないとする憲法の精神に反すると考えるべきだ」⁽¹⁰⁾とする。奥平教授の場合、たしかに「憲法違反」と明言せず、「憲法の精神に反する」とややニュアンスのある表現をとっているが、その前提には、この問題を選挙権＝権利であるから在外投票を設けないのは違憲であるという「権利一本槍の憲法論で片づけるのには、あまりに複雑なものがある」との認識がある。教授自身、在外投票の制度づくりに関する「いっさいを技術的裁量の名により、立法政策の問題にしてしまうつもりはない」と述べており、違憲かどうかの判断はなお留保されている。いずれにせよ問題となるのは、在外投票制度を設けるか設けないかにつき、国会の裁量がどこまで認められるのかという点であろう。

たしかに、東京地裁判決が述べるように、「短期間に極めて多数の選挙人によって行われる右の選挙を、混乱なく、公正かつ能率的に執行するために、国民の選挙権行使に必要な制約を加えること」は国会の裁量に属するといえる余地があるのも事実である。選挙制度全体の中では、有権者の選挙権行使に関わり立法裁量の働く余地があることは否定できない。例えば、不在者投票の要件や投票時間をどのように設定するかについて、立法府がとるべき選択肢が憲法上一義的に明確であると論ずることは困難であろう。しかし、多くの有権者の投票に大きな支障を来すような投票時間が設定されたとすれば、場合によっては投票機会を奪うものとして憲法違反の評価を下すことも可能になろう。問題となるのは、選挙権行使の要件一般ではなく、海外に居住する日本人が改正前の公選法のもとで選挙権を行使することが不可能な状態におかれていたことについて、どのような根拠にもとづきどこまで立法裁量が許容されるのかという点である。

東京地裁判決は、その根拠として、「選挙を公正かつ能率的に執行するについて、国内における場合とは異なる様々な実施上の問題点が想定される点を指摘する。在外投票実施をめぐる条件は在外邦人の居住国によって異なっており、それ以外にも国内とは異なる実施上の困難が予想されるのはもちろんである。しかし、イギリス、フランス、ドイツ、アメリカなどの諸国が80年代半ばまでにいずれも在外投票制度を導入していること、更には日本においても1984年、在外選挙人名簿・在外投票制度創設のための公選法改正案が国会に提出されていることを考慮すれば、何らかの在外投票制度の導入が、少なくとも原告側が問題とする1996年10月の衆議院選挙の時点で、技術的に十分可能であったことは否定しえない。

国内における不在者投票と同等の公正さ・厳密さを在外投票制度に求めることは困難であろうが、数十万人もの投票可能性それ自体が問題となっていたことを考えれば、何より優先されるべきは投票の可能性を保障することだったはずである。「在外選挙においても選挙の公正さが要請されることは当然であるが、その公正さのレベルは国内選挙に比べてやや緩和されたもので足りる」⁽¹¹⁾と考えるべきであろう。そして、「やや緩和された公正さ」を実現することが十分可能であったことは、諸外国の制度や1984年に国会に提出された法案をみれば、明らかであろう。技術的に不可能であったのであればともかく、十分実現可能な制度であったとするならば、選挙権行使の可能性それ自体にかかわる問題につ

いて、立法府の裁量の余地は殆どなかったと解される。

以上からすれば、少なくとも問題となっている1996年10月の時点で、海外に居住する日本人に投票機会を保障する措置を定めていなかった公職選挙法が、これら日本人の選挙権行使の機会を奪い、投票機会の平等の要請に反していたこと、そして何らかの在外投票制度の創設についての国会の立法裁量の余地が殆どなかったことは、否定できないように思われる⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

2.立法の不作为に対する司法救済

(1)憲法上の権利侵害と裁判を受ける権利

1でみたように、国会が1996年10月の時点で在外投票制度を設けなかったことが選挙権の保障あるいは投票機会の平等の要請に反し、違憲と評価されるべきものであったとすると、つぎに問題となるのは、かかる憲法上の権利の侵害に対しいかなる司法救済が与えられるかという点である。立法による対応がこの点で最も実効的な措置であることは間違いない。しかし、1998年の公選法改正まで、在外投票に関し何らの立法措置もとられず、権利侵害が放置されていた以上、司法救済が問題とならざるをえない。とりわけ、憲法32条が裁判を受ける権利を保障している以上、憲法上の権利侵害に対しては実効的な司法救済の途が準備されねばならない⁽¹⁴⁾。それは、憲法32条のみならず、憲法76・81条の違憲審査規定の要請するところでもある⁽¹⁵⁾。

たしかに、本稿のケースについては、司法救済を考える際、理論上検討を要する点があるもの事実である。立法府が在外投票制度を設けなかったことが問題となった本稿のような事案は、従来の学説では「立法の不作为」の問題として検討されてきた。そして、どのような場合に「立法の不作为」による人権侵害が認定されるのか、またそれに対してどのような司法救済が考えられるのかをめぐり、後述のように、かねてより理論上様々な問題が指摘されてきた。また現行訴訟法は、「立法の不作为」に対する救済を明確に想定した手続を準備していない。

しかしながら、憲法上の権利侵害が認定できるのであれば、その侵害の態様の如何を問わず、実効的な司法救済の方途が保障されるべきことは、上に述べたとおりである。たしかに、自由権的な権利を人権の典型として想定し、それに対する制約を考えるとすれば、主として問題となるのは立法・処分などの国家の作為による人権侵害である。「したがって人権保障は、そのような国家行為を裁判所が違憲審査権を通じて排除することによって達成されると考えられてきた」⁽¹⁶⁾。他方、選挙権の場合のように、一定の制度と不可分の形で行使される権利の場合には、「立法の作為」のみならず「立法の不作为」による権利侵害が問題にならざるをえない。「立法の不作为」だからという理由で、司法救済の途を狭めるならば、選挙権の保障は全うされない。仮に司法救済の途が全く閉ざされているとするならば、選挙権や平等原則違反のみならず、裁判を受ける権利の侵害までもが、問題とならざるをえない。松井茂記教授も述べるように、「下位の実定訴訟法の訴訟要件が憲法上の要件と合致していないなら、その訴訟法の訴訟要件を憲法に合致するように解釈

するか、その訴訟法の訴訟要件にもかかわらず訴訟は適法であるとするか、その訴訟法自体を憲法76条・32条違反として違憲とするかのいずれかの途を選ばざるをえない⁽¹⁷⁾であろう。

これらいくつかの選択肢のうち、まず探求されるべきは「既存の訴訟法規の合理的解釈」⁽¹⁸⁾であろう。訴訟法が違憲と判断されるのは、「合理的解釈」の方途が全く閉ざされている場合である。そこで続く(2)では、立法の不作为に対する権利救済のためにどのような「合理的解釈」が可能なかを考えてみることにする。

(2)「立法の不作为」に対する司法救済の諸形態

「既存の訴訟法規の合理的解釈」を試みる前に、その前提として、「立法の不作为」に対し、いかなる訴訟形態が考えられるのかを検討しておきたい。「既存の訴訟法規の合理的解釈」は、それら訴訟形態の具体化としての意味をもつことになる。

「立法の不作为」を争う訴訟形態としては、従来より、立法の不作为の違憲確認訴訟の手法が考えられてきた。更に、違憲確認を超えて、国会に何らかの立法措置を義務づける立法の義務づけ訴訟も考えられないわけではない。しかし、権利侵害や平等原則違反の状態を解消するために国会が何らかの立法義務を負っていることが認できるとしても、立法府の不作为による違憲状態を解消する方法は通常複数存在する。従って、特定の立法措置を裁判所が立法府に対し命じることは、大きな困難を伴う。のみならず、立法の義務づけは立法権の侵害の虞をも内包する。それだけに、「立法府の不作为が違憲であることを宣言しつつ、その具体的な解消を立法府に委ねるという、立法の不作为の違憲確認訴訟の判決の手法」⁽¹⁹⁾は、立法の不作为に対する司法救済を考える上では、極めて重要な意味をもつ。

この立法の不作为の違憲確認訴訟については、立法権との関係、違憲確認判決の実効性、付随的審査との整合性など、様々な問題点も指摘されてきた⁽²⁰⁾。しかし、違憲確認訴訟は、何らかの立法義務の存在を確認するにとどまり、特定の立法を義務づけるものではない以上、国会の立法権を侵害するものではない。具体的にどのような措置をとるべきかの選択肢は、なお立法府に委ねられているのである。たしかに、違憲確認にとどまるとするならば救済として不十分ではないかとの批判はありえようが、裁判所が「違憲状態」を確認することの意味は決して小さくないはずである。また、立法義務は、憲法上保障された権利の侵害や平等原則違反があり、その是正が必要な場合に問題になるのであるから、事件・争訟性の要件を具備することは決して困難ではなく、付随的違憲審査制とも十分に両立しうる訴訟形態である。

定数不均衡をめぐる一連の判決を通じて、違憲確認の判断手法が実質的に用いられてきた点も指摘されてよいであろう。定数不均衡訴訟を通じ問われてきたのは、国会が衆議院議員定数配分の是正を怠った点であり、広い意味では立法の不作为ともいえるものである（その場合「立法の不作为」の範囲が問題となるが、この点については後に検討する）。最高裁判所は、選挙区間の較差が立法府の裁量の範囲を超え、かつ合理的是正期間が経過したと認定される場合に憲法違反の判断を示してきたが⁽²¹⁾、選挙自体は有効とし、違憲状態を確認するにとどめている。

立法の不作为の違憲確認という訴訟類型あるいは判決手法が許容されうるとして、つぎに問題となるのは、いかなる場合に、立法の不作为が違憲と判断されうるのかという点である。この点、学説上は、①憲法上の立法義務の存在と②相当の期間の経過の2つを要件としてあげる見解が有力である⁽²²⁾。例えば佐藤幸治教授は、「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「憲法解釈上そのような結論が導かれる場合」で、「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できたにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなお放置したような状況の存する場合」、立法の不作为が具体的に違憲となるとみている⁽²³⁾。本稿も、かかる立場を妥当と考える。

以上をふまえ、「既存の訴訟法規の合理的解釈」の途を探った場合、立法の不作为に対する司法救済の手法として、どのような訴訟の提起が可能となるであろうか。野中俊彦教授は、この点につき、①立法不作为の違憲確認を求める訴訟を無名抗告訴訟として提起すること、②不備な法律に基づく処分を取消しないし無効確認の訴えの提起、③国家賠償請求訴訟の提起、の3つをあげる⁽²⁴⁾。他の学説も、おおむねかかる方向性を支持しているように思われる。

これらのうち、①が立法不作为の違憲確認の手法であることはいままでもない。③も、具体的な立法措置や処分等の取消しを求めるのではなく、立法の不作为の違憲性（違法性）を前提に国家賠償を請求するものであるから、実質的には、一種の違憲確認訴訟といえよう。

一方②は、実質的には立法の「不十分な部分、すなわち立法不作为にかかる部分の違憲性」を主張しつつも、形式的には処分の違憲・違法を主張するものであるから、違憲確認とはやや性格を異にする。また、通常の訴訟ルートに最も乗りやすいものといえよう⁽²⁵⁾。それだけに、この手法は、違憲確認とともに立法の不作为を争うもうひとつの訴訟形態として、重要な意味をもつものである。以下では、本稿の事案について、この②も含めた「合理的解釈」の可能性を考えてみることにしたい⁽²⁶⁾。

①無名抗告訴訟としての立法の不作为の違憲確認訴訟

まず第1に、立法の不作为の違憲確認を求める訴訟を無名抗告訴訟として提起しうるかどうかについて考えてみる⁽²⁷⁾。この点で注目を集めたのが、「台湾人元日本人兵戦死傷補償請求事件」の第2審・東京高裁判決である⁽²⁸⁾。同判決は、かかる訴訟は立法義務の確認を求めるものであり、講学上の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であるとする。その上で、この種の訴訟が許容される要件として、(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3点をあげる。

この判決は、立法の不作为の違憲確認訴訟の可能性におそらくは初めて言及したのものとして重要な意味をもつが、反面、同判決のあげる3要件については問題もある。(1)については、行政庁に対する義務確認訴訟の場合とは異なり、立法の不作为の違憲確認訴訟では「立法の内容はむしろ不明確なのが通常である」⁽²⁹⁾との点が指摘できよう。立法の不作为の違憲確認訴訟は、この点を前提とした上で、具体的な解決を立法府に委ねるものであ

る。義務づけ訴訟とは性格を異にしている点が改めて確認されなければならない。また、(2)については、立法の不作为の違憲確認訴訟は、すでに生じている権利侵害についても当然問題となりえ、必ずしも事前審査に限られない点が指摘できよう。立法の不作为による憲法上の権利侵害が確認されれば十分であろう⁽³⁰⁾。(3)については、行政事件訴訟法は対行政庁中心主義を採用しているから、立法府に対する義務確認訴訟は補充的なものとして捉えるべきであるとの立場より、これを支持する見解もある⁽³¹⁾。しかし、少なくとも現状では、他に適切な救済手段を見いだすことは容易ではなく、また、仮に他の救済手段があり得るとしてもそれが確実なものでない以上、違憲確認訴訟を併用することが排除されるべきではないと思われる⁽³²⁾。

では、本稿で問題となっている在外投票制度の場合はどうであろうか。公選法が在外投票制度を準備しなかったことから、海外に居住する日本人の投票機会が奪われ、不在者投票などが可能な国内に居住する有権者との間に不均衡が生じていたことは、すでにみたとおりである。また、どのような在外投票制度を創設すべきかについては立法上様々な選択肢があるとしても、少なくとも何らかの制度を創設することは可能であり、立法府はそうした義務を負っていたことも、すでに指摘したとおりである。以上より、立法の不作为の違憲確認の訴えを許容することは、不可能ではなかったと思われる。

1999年東京地裁判決は、本件違法（違憲）確認の訴えは具体的紛争を離れたもので法律上の争訟にあらず、また法律上の争訟にあるとしても、国会の立法権行使を一義的に命じる規定が存在しない以上、無名抗告訴訟の要件を具備していないとする。しかし、少なくとも1996年10月の衆議院選挙において海外に居住する日本人の投票機会が奪われていたことは明らかである。また、くり返しになるが、具体的な制度の決定は立法裁量に属するとしても、少なくとも何らかの措置をとるべき義務を立法府が負っていたことは否定できない。

無名抗告訴訟として立法の不作为の違憲確認訴訟を提起することについては、行政訴訟をめぐる理論や判例との関係で、なお詰めるべき点もあろう。それらに関し更に詳細な検討を加えることは、立法不作为に対する司法救済の可能性を憲法解釈の問題として論じる本稿の目的を超える。しかし、無名抗告訴訟として立法の不作为を争う可能性が十分に存在する以上、裁判を受ける権利の実現という観点から、その可能性を安易に否定することは許されない。行政事件訴訟法の「合理的解釈」を追求することは不可欠の作業といえよう。

②不備な法律に基づく処分の取消・無効確認の訴え

本稿の事案の場合、この点で考えられるのは公選法上の訴訟を通じての救済の可能性であろう。海外に居住する日本人が選挙人名簿に登録されないことが問題となっていた本稿のようなケースで先ず検討されるべきは、選挙人名簿登録に関する異議の申出並びに訴訟の提起である（公選法24条・25条）。この異議の申出と訴訟の提起は、通常、住所を有する市町村の選挙管理委員会に対しおこなわれる。しかし、海外に居住する日本人の場合、異議申出・訴訟提起の対象となる市町村を特定することは容易ではない。最も合理的と思われるのは、最終住所の所在地の選挙管理委員会であろう。1998年の法改正により新たに設けられた在外選挙人名簿制度においても、選挙人登録は最終住所の所在地（それが不可

能な場合は本籍地)の選挙管理委員会が所管するものとされている(公選法30条の5)。

しかしながら、1984年に提出された法案が国外に住所を移し5年以上を経過したものの登録地を本籍地としていたことから明らかなように、どの市町村の選挙管理委員会が在外選挙人名簿を管理するかについては、立法上様々な選択肢が存在する。何らかの在外投票制度の創設が憲法上要請されていたとしても、登録地については立法裁量に委ねられるべき部分が残らざるをえない。それだけに、最終住所の所在地の選挙管理委員会に対する異議申出・訴訟提起は、かなりの困難を伴うと思われる。

もうひとつ、定数不均衡をめぐり用いられてきた公選法204条の選挙争訟を提起することも考えられないわけではない。しかしながら、この場合、選挙無効の判決が出されるのは「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限」られている(公選法205条)。在外投票制の創設により選挙結果に異動が生じるかどうかは、どのような選挙についてどのような形で制度が設けられるかによっても左右されるだけに、訴訟を提起しても、選挙無効の判決を期待することは容易ではないであろう。

このように、現行の公職選挙法の解釈として、在外投票制度をめぐる訴訟を組み立てることは相当に困難であると思われる。しかしながら、(3)でみるように、不備な法律に基づく具体的な措置を争うという着想自体は、本稿の事案においてもなお極めて有効な手法である。但し、その際には、「立法の不作为」という問題の捉え方自体について再検討を加える必要がある。

③国家賠償請求訴訟

最後に、国家賠償を通じた救済の可能性について検討する。国家賠償については、立法の不作为の違憲確認の訴えとは異なり、明文の根拠が存在する。また、立法の不作为に対する国家賠償について、最高裁判所の判断がすでに示されており、それをめぐって学説上もかなりの議論の蓄積がある。

1985年11月21日、在宅投票制廃止をめぐる訴訟において、最高裁判所は立法の不作为に対する国家賠償請求につき、以下のように判示した⁽³³⁾。1999年東京地裁判決も、最高裁のこの判断基準を踏襲している。

「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」

最高裁判決は、立法内容の違憲性の問題と国会議員の立法行為が国賠法上違法と評価されるかという問題とを区別し、後者については「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」違法の評価は受けないとする。判決は、このような極めて厳格な要件を課することで、立法の不作为に限らず、国会議員の立法行為に対する国家賠償請求の可能性を事実上閉ざすものと評することもできよう。

かかる最高裁の判断基準に対しては、つとに学説上様々な批判がなされている⁽³⁴⁾。特

に、立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性の問題を区別した点、国会議員は立法行為に関し国民に対しては原則として政治責任を負うにとどまるとしている点などには、批判が強い。例えば戸波教授は、「違憲の法律の執行によって損害が生じた場合に、法律の違憲性の認定のみで実際には賠償請求は容認されうるとすれば、それでは、立法行為によって損害が生じた場合には、なぜ立法行為の政治性が強調され、違憲立法の制定行為が違法と評価されなくなるのか、その理由は不明である」⁽³⁵⁾として、判決の論理を厳しく批判する。

最高裁が以上のように国家賠償を通じての立法の不作为に対する救済の途を事実上閉ざしていることは、裁判を受ける権利の実現という観点からも重大な問題を含む。立法の不作为に対する適切な司法救済のルートは、これまでの検討からも明らかなように、なお十分に確立しているとは言い難い状況である。それゆえにこそ、立法の不作为による憲法上の権利の侵害に対し、「既存の訴訟法規の合理的解釈」を通じた救済手段の模索が強く求められるのである。最高裁の上記の論理は必ずしも説得的とはいえないだけに、立法行為（不作为を含む）に対する国家賠償の可能性につき、「合理的解釈」を施す余地はなお十分にあり、またその必要性も極めて大きい。

では、どのような場合に、不作为をも含む立法行為に対する国家賠償を認めるべきであろうか。この点に関しては様々な議論があり得るが、例えば以下の佐藤幸治教授の見解は、「合理的解釈」のひとつのあり方を示すものといえよう⁽³⁶⁾。

「①憲法規範上一定内容の立法をしない義務ないし立法義務が明確であって、②憲法に違反する立法行為ないし違憲状態を放置する立法不作为が国民の具体的権利に直接影響を及ぼす処分的性格をもち、③そのような立法行為ないし立法不作为と損害との間に具体的・実質的な関連性が認められることが必要であり、④立法不作为の場合には、さらに、既述のように、違憲状態の放置ということだけではならず、一定の「合理的期間」の経過という要素が必要となる、と解される。」

また、最高裁の示す判断基準自体についても、なお一定の解釈の幅があることも指摘しておいてよいであろう。最高裁のいう「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」場合を文字通りに理解すれば、立法行為が国賠法上違法の評価を受けることは事実上あり得ないことになる。しかしそこには、「憲法解釈上明らかに違反していると解される場合も含まれる」⁽³⁷⁾とみるならば、立法行為が国賠法上違法と評価される余地はかなり広がることになる。

以上を本稿のケースに当てはめてみると、国会が1996年10月当時在外投票制度を設けていなかったことが憲法違反にあたり、国賠法上も違法の評価を受けるとみることは、1で指摘した点からすれば、十分可能である。「不作为」の場合に特に求められる「合理的期間の経過」の要件についても、1984年に国会に法案が提出されてから1996年までの間に10年以上が経過していることからすれば、十分に満たされている。佐藤幸治教授の要件ではなしに、最高裁の判断基準によるとしても、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」場合には「憲法解釈上明らかに違反していると解される場合」も含まれると解するならば、本稿の事案が「例外的場合」にあたりとみることは、十分な理由がある。

(3) 「立法の不作为」の意味

以上、「立法の不作為」に対する司法救済の可能性を、現行訴訟法規の「合理的解釈」を通じ探ってきた。そして、立法の不作為の違憲確認訴訟あるいは国家賠償請求訴訟を通じ、在外投票制度創設をめぐる「立法の不作為」を争い、憲法違反との結論を導きうることを、示してきた。しかし、従来の判例理論を前提とする限り、在外投票の問題に限らず、「立法の不作為」の違憲性を訴訟を通じ争うことが、なお困難であることも否定できない。仮に「立法の不作為」という問題設定それ自体の中に裁判所の判断を躊躇させる要素が含まれているとするならば、「合理的解釈」を通じ「立法の不作為」に対する司法救済の方途を確立していく作業と並行して、「立法の不作為」という問題設定自体についても改めて検討を加えてみることも有益であろう。そこで、最後に、「立法の不作為」という問題設定それ自体の意味についても考えてみることにしたい。

一口に「立法の不作為」といっても、そこには様々なケースが含まれており、「立法の不作為」を正面から取り上げない形で権利侵害を訴訟で争いうる場合もある。この点は、例えば生存権の法的性格や裁判規範性をめぐる議論においてもつとに明らかにされてきたところである⁽³⁸⁾。更に最近では、「立法の不作為」という問題設定それ自体に疑問を呈する学説も登場してきている。

松井茂記教授は、従来「立法の不作為」が問題となってきた生存権や在宅投票廃止をめぐる問題について、生存権については生活保護法にもとづく処分の違憲性を争えば足りる、一般的に利用可能な給付から積極的に一定の集団が排除されているときはその排除を問題とすれば足りる、また在宅投票制については制度を廃止した法律もしくは投票所での投票を定めた規定の合憲性を争えばよいとして、「立法の不作為自体が司法審査の対象となるかどうかを論じることは意味がないように思われる」⁽³⁹⁾と主張する。

また戸松秀典教授は、「立法の不作為」につき、①違憲の法律規定の法改正を立法者が怠っている場合、②法律規定の改廃の結果違憲と思われる状態が生じたときに合憲となるよう改廃をおこなわなかったことを捉えていう場合、③立法の不備により憲法上の権利が侵害されたとき、その不備を立法の不作為に原因があると主張する場合、④憲法は法律の制定を命じているのに立法がなされておらず、しかも①～③に該当しない場合、を区別する。そして、①・③については、当該規定や処分の違憲性を主張すればよく、立法の不作為の問題とする必要はないとする。②についても、あえて立法の不作為といわなければならない理由があったのかとの疑問が投げられると述べる⁽⁴⁰⁾。その上で具体的な事例の検討を行い、「立法の不作為に関する司法審査の可能性は、ほとんど期待できない」「また、立法の不作為訴訟という名称を付した憲法訴訟の形式自体の存在意義が疑問となる。立法の不作為を立法行為の概念の中に含めて捉えればよく、結局、立法の不作為をあえて個別に取り出して、憲法訴訟の一形式とする必要はない」⁽⁴¹⁾と結論づけている。

松井教授と戸松教授の間には、裁判所の違憲立法審査権の位置づけや射程をめぐる様々な相違があると思われるが、上で紹介した部分に関し少なくとも共通しているのは、あえて「立法の不作為」という問題設定をする必要性は乏しく、多くの場合は不備のある法律規定やそれに基づいてなされた処分の合憲性を直接争えば足りるとの主張であろう。本稿は、必ずしも「立法の不作為」という問題設定それ自体を不要と考えるわけではない。しかし、「立法の不作為」をめぐる判例理論が権利救済に対し高いハードルを設定している

ことを考慮すれば、従来「立法の不作为」とされてきたものの中にも、直接立法による権利侵害や平等原則違反を争うものが含まれているとの指摘は、重要である。

本稿で検討してきた在外投票制度の場合はどうか。在外投票制度を欠く公選法により、海外に居住する日本人は投票機会を奪われ、選挙権の行使を妨げられていた。それはまた、投票機会の平等の要請にも反していた。こう考えるならば、海外に居住する日本人は、公選法自体によって選挙権を侵害され、不平等な扱いを受けていたとみることも十分可能なように思われる。本稿の事案は、抽象的な権利を立法によって具体化することが問題になっていたケースではない。

たしかに、「立法の不作为」という問題の立て方をする場合と、以上のように考える場合とで、具体的にどのような違いができるのかという疑問はあり得よう。例えば国家賠償についてみると、1985年最高裁判決が問題にしたのは、立法の不作为に対する国家賠償ではなく、立法行為一般に対する国家賠償であるから、「立法の不作为」という捉え方をしないからといって、問題が解消するわけではない。これは、抗告訴訟として違憲確認訴訟を提起する場合にもいえることである。しかし、立法の義務づけには至らぬ違憲状態の確認にとどまるにせよ、「立法の不作为」の違憲性の認定という、いわば「未知」の領域に踏み込むことを裁判所が躊躇している部分があるとするならば、直接立法による権利侵害や平等原則違反を争う手法は、裁判所にとっても、また権利救済を求めるものにとっても、有益な視座を提供しうるように思われる。いずれにせよ、本稿の事案の場合には、かかる視座から、「立法の不作为」を持ち出すことなく、違憲確認訴訟や国家賠償請求訴訟を提起することは十分可能であるといえよう。

むすび

本稿では、1999年10月28日東京地裁判決を出発点に、国会が在外投票制度を設けなかったことが海外に居住する日本人の選挙権を侵害していたこと、国会は何らかの在外投票制度を創設する義務を負っていたこと、権利侵害がある以上「裁判を受ける権利」が保障されねばならず、そのためには「既存の訴訟法規の合理的解釈」が必要でありまたそれは十分可能であること、本稿の事案では「立法の不作为」を持ち出すまでもなく直接選挙権の侵害あるいは平等原則違反を争うことも可能であったこと、などを主張してきた。有力な憲法学説の展開をふまえ論を進めてきたが、なお筆者の試論に属する部分もないわけではない。しかし、上記の諸点については、憲法解釈上一応の論証をなしたものと考えている。本意見書が、海外に居住する日本人の選挙権の保障や権利救済の拡充のために多少なりとも貢献しうるものとなれば、幸いである。

(1) なお、本判決に関する筆者自身の簡単なコメントととして、最新判例演習室「在外日本人の選挙権行使と立法府の不作为」法学セミナー2000年8月号114頁。

(2) 例えば、杉原泰雄「参政権論についての覚書」法律時報52巻3号（1980年）。

-
- (3) 学説の展開につき、辻村みよ子『憲法』345頁以下（日本評論社2000年）。
- (4) この点につき、同「選挙権論の『原点』と『争点』・再論」杉原泰雄・樋口陽一編『論争憲法学』246頁（日本評論社1994年）。
- (5) この点に関し、野中俊彦「選挙権論・再考」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題（上）』（有斐閣1990年）を参照。
- (6) 例えば中村睦男教授は、選挙運動の自由につき、公務性を理由とした、表現の自由とは異なる立法裁量・制約の余地を認めている。もっとも中村教授は、選挙運動の自由が表現の自由としての性格を有する以上、その制約は必要最小限にとどめなければならないことを併せて指摘している。中村睦男『憲法30講（新版）』71頁（青林書院1999年）。
- (7) 辻村・前掲(3)356頁。
- (8) 戸波江二『憲法（新版）』336頁（ぎょうせい1998年）。
- (9) 戸波・前掲(8)335頁。
- (10) 奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』411頁（有斐閣1993年）。他の引用も同じ頁からのものである。
- (11) 岡沢憲英・戸波江二編『在外選挙 外国の制度と日本の課題』13頁（インフォメディア・ジャパン1998年）。在外投票実施に伴う問題点並びに諸外国の制度についても、同書を参照。諸外国の制度については、『特集・在外投票制度』外国の立法33巻3号（1995年）も参照。
- (12) 1996年時点で憲法違反の状態が確認できるとしても、それ以前はどうであろうか。海外に居住する日本人に投票機会が与えられていなかったことが問題だとすると、公選法施行以来違憲状態が続いていたとみるべきであろうか。あるいは、海外に居住する日本人の増加、通信手段の発達、諸外国の立法動向、国会への法案提出などの事実が違憲判断の決め手となるとすれば、それらの事実が確認される時点以降に違憲状態が生じたとみるべきであろうか。

憲法上の権利侵害の問題を、権利を侵害されたものの多寡を基準に論じることはできない以上、前者のように考える余地も一概には否定できない。しかしながら、諸外国の立法動向に照らしても、相当程度公正な在外投票制度の実現が当初より可能であったとまではいえないように思われる。

法令が制定当初より違憲だったのか、それとも事後の立法事実の変化により違憲となったのかは、理論上は、違憲判断を行う場合常に問題となりうる点であるが、付随的違憲審査制のもとでは、通常は具体的な訴訟の提起をまって裁判所による憲法判断が示されるだけに、どの時点で違憲状態が生じたのかを確定することは困難を伴う。しかし、違憲状態が生じた時点の確定が、常に必要であるわけではない。本件のように「立法の不作為」に対する国家賠償が問題となるようなケースでは、違憲判断の遡及効や違憲の法律のもとで形成されてきた事実との整合性が問われるケースなどとは異なり、さしあたり1996年10月の時点で憲法上の権利侵害があったかどうかを確認すれば足りるのである。

なお、「立法の不作為」が違憲と評価されるためには、学説上一般的に、「立法義務の存在」とともに「相当の期間の経過」が要件とされるが、本件の場合には、1984年にすでに法案が提出されていることから、「相当の期間の経過」を認定することは十分可能であろう。この点については、2で検討する。

(13) 1998年の公選法改正により、衆議院・参議院の比例代表選挙に限り、在外投票制度が導入された。他方、衆議院小選挙区選挙並びに参議院選挙区選挙については、国外への候補者個人の情報の伝達がきわめて困難であるなどとして、在外投票制度導入は見送られている。しかし、インターネットをはじめとする情報伝達手段の発展を考えれば、候補者個人について適切な情報伝達をおこなうことは十分可能であると思われる。部分的にせよ在外投票制度が導入された意味は大きい、制度を比例代表選挙に限った点が果たして合憲といえるかどうかは疑問である。

(14) この点につきとくに、松井茂記『裁判を受ける権利』（有斐閣1993年）174頁以下を参照。

(15) 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』83頁（有斐閣1995年）。

(16) 野中・前掲(15)79頁。

(17) 松井・前掲(14)166頁。

(18) 野中・前掲(15)83頁。

(19) 戸波江二「立法の不作为の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟・第1巻』（有斐閣1987年）376頁。

(20) 佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院1995年）347－348頁。

(21) 最大判1976年4月14日・民集30巻3号223頁、及び最大判1985年7月17日・民集39巻5号1110頁。

(22) この点につき、戸波・前掲(19)362頁。

(23) 佐藤・前掲(20)346－347頁。

(24) 野中・前掲(15)83－84頁。

(25) 第三者に告知・弁解・防御の機会を与えることなく所有物の没収を認めていた旧関税法の規定に基づく処分を違憲とした「第三者所有物没収事件判決」（最大判1962年11月18日・刑集16巻11号1593頁）はその一例とみることができよう。

(26) 松井教授は、「権利を違法に侵害されたと主張する国民は、もし裁判所によってその侵害が認められた場合は、裁判所から実効的な救済を与えられる憲法上の権利を有している。従って、もし権利の侵害に対する救済として必要であれば、国民は損害賠償のみならず、それ以外の適切な救済を求める権利を主張できる」として、「事件・争訟性」要件さえ満たしていれば、訴訟法の規定にかかわらず法律の違憲の宣言や法律の執行差止を憲法32条にもとづいて主張できると述べている（松井・前掲(14)197－198頁）。注目すべき見解であるが、本稿ではさしあたり、「既存の訴訟法規の合理的解釈」を通じた救済の方途を探ることとしたい。裁判所による「救済手続の創出」が問題となるのは、かかる方途が閉ざされている場合であろう。

(27) なお、立法の不作为の違憲確認訴訟を抗告訴訟としてではなく当事者訴訟として提起することなども考えられようが、以下ではさしあたり、従来から議論の蓄積のある抗告訴訟を通じた違憲確認訴訟の可能性を検討する。

(28) 東京高判1985年8月26日・行政事件裁判例集36巻7・8号1211頁。

(29) 戸波・前掲(19)385頁。

(30) 内野正幸・判例評釈『自治研究』62巻11号（1986年）131頁。

(31) 同・131頁。もっとも内野教授は、他に適切な救済手段があると解しうるのは、「通常の

訴訟が実質上立法不作為違憲確認訴訟としての機能を必ず営む場合、換言すれば、当該訴訟において立法不作為をめぐる憲法判断が確実になされる場合」であるとしている。現状では、かかる厳しい要件（「必ず営む」「確実になされる」等）を満たしうる訴訟類型を見いだすことは容易ではあるまい。

(32) 戸波・前掲(19)385、386頁。

(33) 最判1985年11月21日・民集39卷7号1512頁。

(34) さしあたり、戸波・前掲(19)381頁以下、長尾一紘「199立法の不作為に対する違憲訴訟」憲法判例百選Ⅱ412－413頁（有斐閣1994年）など参照。

(35) 戸波・前掲(19)381－382頁。

(36) 佐藤・前掲(20)350頁。

(37) 中村睦男「立法の不作為に対する違憲審査」佐藤幸治＝中村睦男＝野中俊彦『ファンダメンタル憲法』294頁（有斐閣1994年）。

(38) 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』354頁以下（有斐閣1981年、中村睦男・執筆）。中村教授は生存権侵害に対する司法救済のあり方として、①法律の存在を前提として行政処分の合憲性を争う場合、②処分の取消を求める訴訟などで法律の規定の合憲性を争う場合、③国家賠償などを通じ立法の不作為の合憲性を争う場合、を区別する（同）。

(39) 松井茂記『日本国憲法』104頁（有斐閣1999年）。

(40) 戸松秀典『憲法訴訟』148頁以下（有斐閣2000年）。

(41) 戸松・前掲(40)152－153頁。