

在外国民審査権訴訟大法廷判決 (最大判令和4年5月25日)

——これまでの最高裁判例の延長線上における位置づけ——

大石和彦

- I 事案の概要
- II 判旨
- III 評釈
 - 1 本評釈の関心の焦点
 - 2 本判決における違憲判断
 - (1) 判断枠組（いわゆる違憲審査基準）
 - (2) 違憲審査対象——「不作為」なのか？
 - (3) 「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」た部分のゆくえ
 - 3 本判決における国賠違法判断
 - (1) 平成17年判決および平成27年判決との関係
 - (2) 「国会にとって」明白となったといえる時点

本稿は、令和4年5月25日に言い渡された「在外国民審査権訴訟」大法廷判決（以下「本件」または「本判決」という。）を紹介した上で、若干の検討を加えるものである。

I 事案の概要

国外に居住していて国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民（以下「在外国民」という。）である X1（令和2年（行ツ）第255号被上告人＝（行ヒ）第290号上告人＝（行ヒ）第291号被上告人＝（行ヒ）第292号附帯上告人）は被告国に対し、主位的に、次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求め（以下「訴え1」という。）、予備的に、被告国が X1 に対して国外に住所を有することをもって次回の国民審査におい

て審査権の行使をさせないことが憲法15条1項、79条2項、3項等に違反して違法であることの確認を求めている（以下「訴え2」という。）。また、上記X1に加え、平成29年10月22日当時に在外国民であったX2～X5（令和2年（行ヒ）第290号上告人）は被告国に対し、国会において在外国民に審査権の行使を認める制度（以下「在外審査制度」という。）を創設する立法措置がとられなかったこと（以下「本件立法不作為」という。）により、同日施行された国民審査（以下「平成29年国民審査」という。）において審査権を行使することができず精神的苦痛を被ったとして、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた（以下「訴え3」という。）。

一審（東京地判令和元年5月28日・判時2420号35頁）および原審（東京高判令和2年6月25日・判時2460号37頁）とも、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは憲法15条1項、79条2項、3項に違反するとした。訴え1については一審および原審とも不適法として却下したが、訴え2については、一審がこれも不適法としたのに対し、原審はX1の請求を認容した。訴え3については、一審は本件立法不作為は国家賠償法1条1項に照らし違法であるとして請求を一部認容する一方、原審は本件立法不作為が同項に照らし違法であるとはいえないとして、これを棄却した。

II 判旨

- 1 最高裁判所裁判官国民審査法（以下「国民審査法」という。）が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは憲法15条1項、79条2項および同条3項に違反する。
- 2 (1) 訴え1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され、平成29年国民審査において審査権を行使することができないものとされたX1が、次回の国民審査に先立ち、審査権を行使することができる地位を有することを確認することは、その地位の存否に関する法律上の紛争を解決するために有効適切な手段であると認められる。したがって、現に在外国民であるX1の訴え1を不適法とした原

審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法がある。もっとも現行国民審査法により在外国国民に審査権の行使が認められていると解することはできないのであるから、同法の解釈に基づいてX1が次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあるとする同人の主張は理由がなく、同訴えは棄却すべきである。

(2) 現に在外国国民であるX1による訴え2は、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法である。そして、国民審査法が在外国国民に審査権の行使を全く認めていないことは違憲であるから、被告国がX1に対し次回の国民審査において審査権を行使させないことは違法である。そうすると、訴え2に係る請求には理由があり、これを認容すべきである。

3 遅くとも平成29年国民審査の当時においては、在外審査制度を創設する立法措置をと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ったものであり、本件立法不作為は、平成29年国民審査の当時において、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるべきものであるから、訴え3についてはX1～X5に対し各5000円およびこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余を棄却すべきである。

Ⅲ 評釈

1 本評釈の関心の焦点

本稿では、本判決において論じられた論点の全てを網羅的に扱うのではなく、上記判旨1における論点（国民審査法が在外国国民に審査権の行使を全く認めていないことが憲法15条1項、79条2項、3項に違反するか）と、判旨2における論点（本件立法不作為が国家賠償法1条1項に照らし違法か）のみに焦点を絞って検討する。もちろん判旨2における論点も重要であるが、これについては他の評釈に委ねることにしたい。

以下本稿では、上記2論点につき、専ら、これまでの最高裁判例の延長線上でどのように位置づけられるべきか、という観点から検証してゆく。これまで

の最高裁判例とは、具体的には下記①～③である。

- ① 在宅投票制度廃止訴訟上告審判決：最一小判昭和60年11月21日・民集39巻7号1512頁（以下「昭和60年判決」という。）
- ② 在外国民選挙権訴訟上告審判決：最大判平成17年9月14日・民集59巻7号2087頁（以下「平成17年判決」という。）
- ③ 再婚禁止期間一部違憲判決：最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁（以下「平成27年判決」という。）

本判決のうち上掲判旨1に対応する部分は、私にとって平成17年判決の延長上で十分予測可能なものであったが、判旨3が国賠請求を一部認容したことは若干意外であった。その理由は、それぞれ以下2および3で述べる。

2 本判決における違憲判断

(1) 判断枠組（いわゆる違憲審査基準）

本判決が、上掲判旨1の結論に至る過程で用いた判断枠組（いわゆる違憲審査基準）は、以下のようなものである。

「…国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、審査権又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国民審査の公正を確保しつつ審査権の行使を認めることが事実上不可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審査権の行使を制限することは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が審査権の行使を可能にするための所要の立法措置をとらないという不作為によって国民が審査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。」

これは、平成17年判決の以下部分と同様の「厳格な違憲審査基準」¹⁾であると考えられる。

「…国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又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条ただし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。」

衆院旧「中選挙区制」の下での投票価値の較差をめぐる最大判昭和51年4月14日・民集30巻3号223頁（以下、「昭和51年判決」という。）以来、最高裁は、選挙制度の合憲性をめぐる事案において、選挙制度の具体化をめぐる国会の裁量権に依拠した議論を基調としてきた。もちろん、立法裁量論に立つことが必ずしも合憲判決へと直結するわけではないことは、昭和51年判決が当時の公選法別表1を違憲と判断したことから明らかである。とはいえ現行衆院議員選挙における重複立候補制（最大判平成11年11月10日・民集53巻8号1577頁）、小選挙区制（上掲平成11年判決）、衆議院議員選挙および参議院議員選挙に採用されている比例代表制（衆議院比例代表選出議員選挙につき最大判平成11年11月10日・民集53巻8号1577頁、参議院比例代表選出議員選挙につき最大判平成16年1月14日・民集58巻1号1頁）の合憲性が争われた事案において、最高裁は同様の立法裁量論に依拠しつつ、ことごとく合憲判断

1) 『最高裁判所判例解説 民事篇平成17年度（下）』635頁 [杉原則彦]。

を下してきた。

上記のような文脈の中、同じく選挙制度の合憲性をめぐる事案であるはずの平成17年判決が、国会の「裁量」という言葉を法廷意見の中で一言も用いることなく「厳格な違憲審査基準」を適用した理由が問われなければならない。これに関する可能な一つの説明は、立法裁量論に立つ上掲諸判例がいずれも選挙権の不十分保障問題に関するものであるのに対し、平成17年判決の対象は、在外国民に対する選挙権ゼロ保障問題であったという対照性に依拠するものであろう²⁾。もちろん、このように解した場合、当時の郵便法68条および73条が、郵便業務従事者の不法行為に基づく国の損害賠償責任を制限（不十分保障）するのみならず免除（ゼロ保障）している点についても部分違憲と判断した、いわゆる郵便法違憲判決（最大判平成14年9月11日・民集56巻7号1439頁）が立法裁量論を前提とし、それに明示的に言及した判断を下したことが、平成

2) 私はかつて、この対照性を表す言葉として、「過少保障（過少代表）」と「ゼロ保障（ゼロ代表）」という言葉を用いたことがあるが（大石和彦「立法不作為に対する違憲審査」白鷗法学14巻1号〔2007〕171頁以下〔175頁〕）、本稿本文でいう「不十分保障」と「過少保障」に特段意味の違いはない。

なお、この点（不十分保障か、全くのゼロ保障かの違い）により立法裁量論と厳格審査とを使い分けるのが平成17年判決の立場と解した場合には、重度身体障害者に対する選挙権ゼロ保障問題を対象とする事案であったはずの昭和60年判決が原告の請求を退ける理由の一つとして昭和51年判決に言及しつつ、憲法「47条は…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的権限に任せる趣旨である」と述べていた部分は、平成17年判決を境に、実質的に変更されたと解すべきことになる（『憲法判例百選Ⅱ（第7版）』〔別ジュリ246号2019〕415頁〔大石和彦〕）。

もちろん、上記区別論による切り分けが困難なケースも想定される。帰化により日本国籍を取得したものの、公職選挙法21条1項の3か月記録要件を満たさないとして選挙人名簿へ登録がされず、選挙権を行使できなかった（が、3か月記録要件を満たした以後は選挙権が完全保障されるに至る）原告による国家賠償請求につき、同項を合憲と判断した一審（東京地判平成24年1月20日・判時2192号38頁）が判断枠組自体は平成17年判決の厳格審査を適用したのに対し、控訴審（東京高判平成25年2月19日・判時2192号30頁）はこれを国会の裁量を逸脱したものと断ずることができないため合憲としたのは、その例であろう。憲法上の権利に対する制約とはいつても期限付きである点では再婚禁止期間（民法733条1項）も同様である。

17年判決法廷意見が立法裁量に一言も言及することなく厳格審査により憲法判断した理由を上記とおり不十分保障とゼロ保障の違いに求めることと矛盾しないのかが、今度は問われざるを得ないであろう。もっとも、これについては、当該権利の重要性という、不十分保障かゼロ保障かという問題軸とは別の視点を導入すれば足りるであろう。公務員の不法行為に基づく国家賠償請求権は、いうまでもなく債権の一つであり、したがって財産権の一つである（ちなみに、仮に事件当時、郵政事業の主体が国ではなく現在のように民間会社であったなら、同事件は憲法17条ではなく29条関係事案になっていたであろうし、当時の郵便業務従事者の雇用主である国に対し不法行為責任ではなく債務不履行責任が問われていたなら、これまた同事件は憲法17条ではなく29条関係事案になっていたであろう）。これに対し選挙権は民主政が正常機能するためのインフラとなる重要な権利であり、各事案における憲法上の権利の重要度の違いから、国の賠償責任の制限（不十分保障）のみならず免除（ゼロ保障）の合憲性についても裁量論ベースの判断を行った郵便法違憲判決と、厳格審査を行った平成17年判決の違いを説明することが可能であるように思われる。

こうした従前の判例（をめぐる本稿筆者の解釈）の延長線上で見た場合、「審査権が国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有すること」に注目した本判決が、その審査権につき国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないこと（ゼロ保障状態）につき厳格審査を適用したことは、至極自然な成り行きと思われる。

(2) 違憲審査対象——「不作為」なのか？

立法の内容の違憲性の問題と、国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）が国賠法1条1項の適用上違法かどうかの問題との間の区別論は、昭和60年判決で初めて示されたが、この点は、本判決を含め、これまでの一連の最高裁判例において振れることなく、一貫して維持されてきたところである。もっとも、この区別論を再確認するに当たり、平成17年判決は、「立法の内容」の後にも「又は立法不作為」という文言を書き加えたため、以下引用のとおり、区別さ

れるべきは、両者（「国会議員の立法行為又は立法不作為」と「立法の内容又は立法不作為」）に「立法不作為」という共通項が含まれることとなった。

「…国会議員の立法行為又は立法不作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。」

平成27年判決および本判決では、「立法の内容」の後に平成17年判決が挿入した「又は立法不作為」の部分は削除されたが、本判決では、平成17年判決の上掲引用部分にあった「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」との一文を、ほぼそのまま取り入れたため、再び（立法）不作為が判旨1対応部分においては立法の内容と同じく違憲審査対象となる一方、判旨3対応部分においては国賠法の適用上違法か否かの判断対象ともなっている。

「料理」や「彫刻」という言葉が、それを作る作業（過程）と、その作業の産物の両方を指すように、「立法」、「契約」、「法律行為」、「処分」といった用語も、過程と産物の両方を指すことがある。そういう用語法が許されるのであれば、同じように「立法不作為」という言葉で、必要な立法行為を怠ること（過程）と、その産物としての必要な法規定の不存在状態の両方を呼んで何が悪いのかと思われるかもしれない。だが、「料理」や「彫刻」の場合、過程と産物の両方も現実世界の事象であるのに対し、法的議論に登場する上記の各用語の場合は、産物を創出する過程はやはり現実世界の事象である一方、産物の方はその社会の住人の頭の中の約束事（観念的事象）に過ぎないという違いがある。では、同じ用語を用いるにしても、2つのうちどちらの意味で用いられて

いるかに留意すれば足りるのではないかと思われるかもしれない。だが、とりわけ「立法不作為」の場合は、過程としての立法行為の懈怠と、産物としての必要な法規定の不存在とが、きれいな形で一対一対応するわけではない。確かに本件のように、制度創設のための法改正の不作為（過程）が制度具体化規定の不存在（産物）を帰結するケースもある一方、熊本ハンセン病訴訟（熊本地判平成13年5月11日・判時1748号30頁）のように法律改廃の不作為が違憲の法律が存在する状態の継続を帰結するケースもある。さらに昭和60年最判のうち制度廃止（作為）の違法性を争う部分は、制度具体化規定の削除という作為が制度具体化規定の不存在を帰結したケースだからだ³⁾。

こうしたことを踏まえると、過程（国賠違法判断対象）としての「立法不作為」ではなく、立法の内容上の瑕疵の一つとしての、必要な法規定の不存在の両方とも（後者も含め）、（立法）「不作為」と呼ぶのではなく、両者をそれぞれ別の言葉で（さしあたり卑見では、後者は（立法）「不存在」と）呼ぶ方が、無用な混乱がなくて済むように思われる。この分野の最高裁判例を貫く、立法内容（産物）の違憲問題と、立法行為（過程）の国賠違法問題との間の「区別」論からしても、前者に登場する言葉と後者に登場する言葉を区別する方が良いのではないか。

ところで平成17年判決が上掲引用部分に「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」との一文を加えた理由は、そこでの違憲審査対象を、在外投票制度を創設した平成10年公選法改正前の同法が、在外国民の投票を全く認めていなかったこと（権利具体化法の不存在）と、同改正により同法に置かれた附則8項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

3) 「過程と産物の両義性」問題、および立法府の不作為がもたらす産物が必要な立法の不存在のみにとどまらないこと、また必要な法規定の不存在をもたらす原因行為（過程）も立法府の不作為のみではないことについては『憲法判例百選Ⅱ（第7版）』（前掲・注2）415頁〔大石和彦〕。

限定する部分（存在している権利制限規定）の2つであると捉えた上、前者を意識したためと考えられる。本件においては原審が、在外国民の審査権の行使を一切認めずこれを制限している最高裁判所裁判官国民審査法（存在している権利制限規定）を違憲判断対象としたのに対し、本件上告審判決は最高裁判所裁判官国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないこと（権利具体化法の不存在）を対象に違憲判断を行っている。こうした、原審とは異なり、存在している権利制限規定ではなく、権利具体化法の不存在が違憲審査対象であるという本判決の基本認識からすれば、本件は平成17年判決のうち平成10年公選法改正以前の状態に近いものであり、本判決上掲引用部に「また、このことは、国が審査権の行使を可能にするための所要の立法措置をとらないという不作為によって国民が審査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」との、平成17年判決とほぼ同じ一文が加えられているのも、最高裁の上記のような基本認識から発したものであろう。

(3) 「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」た部分のゆくえ

平成17年判決の上掲引用部分には、「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」とする部分があったが、この部分は本判決では、なぜか消失している。

この部分が本判決においては消失したことを、平成17年判決の延長線上で理解することは困難である。本判決が平成17年判決と同様の厳格な違憲審査基準を用いた理由として、「審査権が国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有すること」を強調していることが、その理由の一つである。さらに、「国民審査に関する犯罪により禁錮以上の刑に処せられその刑の執行猶予中の者」は公選法11条1項5号により、選挙権を失う一方、国民審査法4条も「衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する」（つまり、選挙犯罪を行ったため公選法252条により公民権停止されている間の者を含め、選挙権を有しない者は審査権をも

有しない）としており、要するにこの点、公選法と国民審査法は相互乗り入れしているのであるから、平成17年判決において選挙権について語られた上記部分が、審査権について語る本判決にだけない理由は、よくわからない。

平成17年判決に上掲部分が挿入された理由としては、選挙犯罪を行った者に対する一定期間の公民権停止が厳格審査に耐えられない可能性を視野に、同条を違憲判断の危険から逃がすためであるとの理解、さらにはそれが一定期間の制約に過ぎないため、厳格審査を課す必要がないと考えたとの理解も、不可能ではないかもしれない。だが、同判決において適用された厳格審査とは、一定範囲の者の選挙権を制約するという手段と、選挙の公正の確保という目的の実現との間に、事実次元での強度の因果関係を要求するものであるところ、選挙犯罪を行った者に対する公民権停止の正当化根拠として最高裁が考えるものが、そもそも手段と目的との間の事実上の因果関係の有無を問う思考とは異質のものである可能性も、視野に入れてよいのではないか。例えば、当時の婚外子法定相続分規定（民法900条4号但書）を合憲とした最大決平成7年7月5日・民集49巻7号1789頁はおける可部裁判官反対意見は、次のように述べている。

「今ここで論ぜられているのは、この両者の扱いを必ずしも同等にしない（相続分に差等を設ける）ことが、果たして法律婚を促進することになるかという、いうなれば安易な目的・効果論の検証ではなく、およそ法律婚主義を採る以上、婚内子と婚外子との間に少なくとも相続分について差等を生ずることがあるのは、いわば法律婚主義の論理的帰結ともいうべき側面をもつということなのである。」

ここで「目的・効果論の検証」（事実上の因果関係の有無を問う思考）と対置されているのは、法の基本ポリシー（法律婚主義）と、婚内子と婚外子との間の相続分の差異の発生との間に、後者が前者の「論理的帰結」という、事実上の因果関係とは異なる、むしろ規範的な次元での関係があるかどうかという

思考である。これを選挙犯罪者の公民権停止に適用すれば、彼らに対する公民権停止は、選挙における公明性や適正性の確保という法の基本ポリシー（公選法1条）の、規範的次元の「論理的帰結」だということになる⁴⁾。

いずれにせよ、平成17年判決の「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」とする部分のゆくえの解明は、今後残された課題である。

3 本判決における国賠違法判断

(1) 平成17年判決および平成27年判決との関係

「立法の内容の違憲性の問題」と、そのような違憲の内容を持つ法律の改廃を怠る立法府の不作为が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかの問題とは区別すべきであり、法律上の規定が前者の観点からたとえ違憲であるとしても、そうした違憲の法律を改廃しない立法不作为が同項の適用上違法と評価されるのはあくまで「例外」的ケースに限られるとの立場は、昭和60年判決において初めて示されて以来、最高裁判例が一貫して維持してきたところである。もっとも、立法不作为が同項の適用上違法と評価される「例外」的ケースはどのような場合なのかにつき、これまで最高裁の各判例が用いてきた表現には、下記のような推移も見られるところである。

「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」（昭和60年判決）

「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

4) これら2つの思考法の違いについては大石和彦「婚外子法定相続分規定違憲決定」公法研究77号（2015）107頁。

正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」（平成17年判決）

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合など」（平成27年判決）

特に昭和60年判決と平成17年判決との間の違いについては、前者が原告の損害賠償請求を全面的に退けたのに対し、後者が一部認容したという結論そのものの違いもあって、判例の実質的な一部変更だとする見方もある。また、平成27年判決の上掲部分につき千葉勝美裁判官補足意見は、「従前の当審の判断をも包摂するものとして、一般論的な判断基準を整理して示したもの」とする。こうした千葉裁判官補足意見の見方が、学者が論文を書く際とは異なり、裁判所の判決では、法理を必要以上に一般化した形で示すことに慎重にならざるを得ない事情を強調している退官後の彼自身の論稿⁵⁾といかなる関係に立つのかも、興味が惹かれる点であるが⁶⁾、その点はおくとして、昭和60年判決の「ごとき」、平成17年判決の「など」という、そこで語られている「場合」が、あくまで例示に過ぎないことを示すと思しき文言が平成27年判決の上掲引用部末尾にも含まれていることからすれば、平成27年判決の上掲部分は、昭和60年判決および平成17年判決の上掲部分と同じく、あくまで立法不作為が国家賠償法上違法となる例外的場合の例示にすぎないと見るべきように思われる。

このように各判例の上掲各部分を例示と見た場合、平成17年判決および平成27年判決との間の表現の違い、すなわち、前者の「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

5) 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』（有斐閣2019）16頁。

6) この点については渡辺康行「最高裁裁判官と『司法部の立ち位置』——千葉勝美裁判官の違憲審査観」工藤達朗他編『戸波江二先生古稀記念 憲法学の創造的展開 下巻』（信山社2017）563頁以下 [578頁]。

欠であり」の部分の後者では消失していること、および「制約」という前者には見られなかった文言が後者に現れていることを、どのように理解すべきか。平成17年判決のうち平成10年公職選挙法改正前の在外投票制度不存在状態を対象とした部分では、授益的（権利具体化）法令の不存在が問題とされたのに対し、平成27年判決は権利「制約」法令の存在が問題とされていたという、両事案の違いに帰着しうるのではないか⁷⁾。権利「制約」法令の存在が問題となるケースとしては、熊本ハンセン病訴訟のように自由権制約立法（「らい予防法」はそれに当たる）の改廃不作為をめぐる事案が、まずは考えられるが、さらに、権利制限的でない制度具体化法が現行法上のベース（一般法）として存在するにもかかわらず、それ（いったんは一般法により具体化された権利）にあえて制約を加える特別法の合憲性およびその改廃不作為の国賠法上の違法性が問題となる事案も想定される。平成27年判決の他、平成17年判決における違憲審査対象のうち平成10年公選法改正以後の状況も後者のケース（再婚の自由または在外選挙権に対し、あえて前婚解消後3か月以内の女性のみ制約を加える民法733条1項の当時規定または衆院小選挙区選出議員選挙および参院選挙区選出議員選挙のみ在外投票を認めない当時の附則8項は、そうした特別法の例）と考えられる。これに対し、平成17年判決における違憲審査対象のうち平成10年公選法改正以前の問題は、同判決に理解によれば、先に本稿でも確認したとおり、授益的（権利具体化）規定の不存在をめぐるものであり、同判決の上掲引用部分において示された判断枠組の適用対象も、平成10年公選法改正以降、在外選挙権を制約してきた附則8項ではなく、専ら平成10年公選法改正以前の授益的（権利具体化）規定の不存在状態を放置してきた国会の不作為であることは、同判決の以下部分を見れば明らかである。

「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するために

7) 大石和彦（本件一審評釈）新・判例解説 Watch vol.26（2020年4月）31頁以下。

は、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国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できない。」

そこでは、平成10年公選法改正前後のうち、専らそれ以前の時期、具体的には、在外国国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定され国会に提出された昭和59年（国会提出は同年4月27日）から「本件選挙」が実施された平成8年10月20日までの期間のみしか対象とされてはいない。つまり、平成17年判決が示した上掲の「例外」該当要件に関する表現は、同判決における違憲審査対象のうち、専ら平成10年公選法改正前の状態を意識したものであって、同判決における違憲審査対象のうち平成10年公選法改正以後の状態は、むしろ平成27年判決の「例外」該当要件に関する表現に馴染むもの（ではあるが、実際には平成17年判決は、平成10年公選法改正以後の附則8項により在外選挙権が侵害されていた状態につき国賠法の適用上違法といえるかどうかについては判断を示さなかった）ということになる⁸⁾。

本判決は、立法不作為が国家賠償法上違法となる例外的場合につき、

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにも

8) 渋谷秀樹「時論 在外国国民は最高裁判所裁判官国民審査において審査権を行使できるか——2019（令和元）年5月28日東京地方裁判所判決をめぐって」ジュリ1538号（2019）58頁は平成17年判決につき、附則8項を改正しなかった立法不作為が国家賠償法上違法に当たるとしたものとして紹介するが、本文で述べた点に鑑み、疑問がある。

かかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」

としたところまでは平成27年判決の表現と共通するが、その直後、

「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の立法措置をと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ときは、上記の例外的な場合に当たる」

と述べる部分は、むしろ平成17年判決と共通しており、「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の立法措置をとることが必要不可欠」かどうかを含め判断している。これは、本判決が国民審査法の下、在外国民が審査権を行使できないという問題を、平成17年判決のうち平成10年公選法改正以前の状態に関する判示部分と同様、権利具体化法の不存在によるものと理解したことを示すと考えられる。

本判決が、平成17年判決の表現と共通する部分のみならず、まずはその前に平成27年判決の表現と共通する部分を置いた事実は、確かに平成27年判決の上掲判示部分を「一般論的な判断基準」と解する千葉裁判官補足意見の上記立場を補強するものといっていえなくはないのかもしれない。もっとも、結局は本判決が本件事案に当てはめたのは、「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の立法措置をとることが必要不可欠」かどうかを含め平成17年判決が示した判断枠組であったのも事実であって、国賠法の適用上違法か否かの判断に当たって適用されるべき枠組は、事例類型ごとに使い分けをせざるを得ないことを示しているようにも思われる。

(2) 「国会にとって」明白となったといえる時点

平成17年判決にも、平成27年判決にも、さらには本判決にも共通に見られる要素として「明白」という要件があるが、これは誰にとって「明白」でなく

てはならないということなのか。この点、平成17年判決がどのように考えているのかは必ずしも判然としないが、平成27年判決は、最三小判平成7年12月5日・判時1563号81頁が、国会が民法733条を改廃しなかったことにつき直ちにその立法不作為が違法となる例外的な場合に当たると解する余地のないことは明らかであるとの判断を示していたことなどを踏まえ、上告人（原告）が再婚した当時、再婚禁止期間のうち100日超過部分が憲法14条1項及び24条2項に違反するものとなっていたことが、「国会にとって明白」であったということは困難であるとして、当該立法不作為が国家賠償法上違法とはいえないとした。

平成17年判決が「長期」の起点として着目していると思われるのは、「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」時点である。同判決には、「既に昭和59年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮」すべきと述べた部分があり、そこで着目されているのは、国会（議員）の認識ではなく内閣の認識であるものの、この部分はあくまで平成10年公選法改正による在外投票制度創設前の段階での「不作為」が憲法15条1項等に違反するかどうかを検討する過程で述べられたものであり、当時の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法かどうかをめぐって述べられたものではない。そもそも国会議員にとってとりわけ高い関心対象であるはずの公選法改正案につき閣議決定がなされ国会に提出された以上、昭和59年当時の国会議員の中にこれにつき知らない者がいたとは想定し難いところであろう。

これに対し本判決が「明白」要件との関係で言及する国会を舞台とした動きとしては、「国会においては、在外選挙制度を創設する平成10年公選法改正に係る法律案に関連して在外審査制度についての質疑がされている」点があげられるのみであって、本判決に至るまで、在外審査制度の創設に係る法律案が国会に提出されたことはない。また、そこにいう「国会」における質疑とは、在外選挙制度を創設した平成10年公選法改正に向けての参院地方行政警察委員

会における議論の途上での質疑であるため、それがなされたことをもって在外審査制度の創設が喫緊の課題であることが当時の国会議員全員にとって明白であったとはいい難いように思われる。そうであるにもかかわらず本判決は、「平成17年大法廷判決により在外国民に対する選挙権の制約に係る憲法適合性について判断が示され、これを受けて、平成18年公選法改正により在外選挙制度の対象が広げられ」たこと、さらに「平成19年には、憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において審査権と同様の性質を有する国民投票の投票権について、在外国民にその行使を認める国民投票法も制定されるに至っている」といった、あくまで周辺的な事情をも援用し、本件立法不作為が国賠法の適用上違法との結論へと至っている。本判決のこうした結論自体の当否はさておき、何をもって「国会にとって明白」となったものと判断し得るのかについては、今後さらに詰められなければならない課題として残されているように思われる。

（おおいし・かずひこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）