

# 海外在住邦人選挙権制限違憲判決について

梅山香代子

## 要 旨

平成17年9月14日に下された海外在住邦人の選挙権制限違憲判決は、わが国の違憲立法審査権の行使方法において画期的なものであった。最高裁判所が積極的にこの権利を行使したことにおいても、また、立法不作為による国家賠償を認めたことにおいても、従来の態度に変化を見出すことができる内容であった。

米国に由来する違憲立法審査権は、日本国憲法に明文化されたにもかかわらず、日本の裁判所において多くは消極的に行使されたにすぎず、本来の役割を十分に果たしていないように思われた。司法部が謙抑性を保つことを遵守したことや、政治制度、そして、戦後の国際情勢の影響などもその原因の一部と考えられる。

しかし、本判決において、違憲立法審査権の行使について最高裁判所の積極的な姿勢が現れたようにも考えられる。今後、この傾向が進展し、国民の権利の擁護、拡大に寄与するようになることが望まれる。

## はじめに

平成17年9月14日最高裁判所大法廷において、海外在住邦人の選挙権の制限について違憲判決が下された。違憲判決が出されたこと、及び選挙制度に対して最高裁判所が積極的に違憲判断を下したことの二点において大きな意味を持つものであった。

判決の骨子は次のようなものである。

1. 改正前の公職選挙法が、在外選挙をまったく認めていなかったのは憲法違反である。
2. 改正後の公職選挙法が当分の間、在外選挙を比例代表に限っているのは憲法違反である。
3. 判決後、最初の衆議院総選挙、参議院通常選挙において、原告らが選挙区選挙に投票することができることを確認する。
4. 1996年までに国会が立法措置をとらなかったことは、国家賠償法上の違法行為であり、国は精神的苦痛に対する慰謝料支払い義務を負う。慰謝料は1人5,000円が相当である。<sup>(1)</sup>

この判決は、損害賠償の額面に関すること以外はほとんど原告の訴えを認めるものであり、憲法判断に与えた意義は大きいというべきである。

訴訟理論的には立法不作為の違憲性、及び将来の投票権存在確認の訴えを認めたこと等が注目された重要な判決であった。社会的には、憲法判断、特に違憲判断には慎重かつ消極的な態度をとり続けてきた最高裁判所がかなり積極的な判断を下したことはこれまでの最高裁判所のイメージを大きく変

えることにもなった。

この判決において取り上げられた違憲立法審査権 (Judicial Review) の制度は、戦後、米国の主導下に制定され、日本国憲法に明記された制度である。その運用の経験のないままスタートしたものである。それゆえ、米国の運用とは異なった様相を呈した。

日本国憲法は、今では世界でもかなり長寿の憲法の部類に入る。そして、民主的傾向、人権尊重、平和主義などの現代の理想を十分に実現した憲法である。米国主導で作成されたという経緯からそれは当然のことであったとも考えられる。

しかしながら、わが国ではその精神が容易に理解されず、この民主的憲法の精神が生かされなかった。政治的に未熟な日本国民に、社会の民主化の意味が十分に理解されなかったのは無理もない。しかし、日本は、世界で一二を争う経済大国となっても、政治的後進性から抜け出すことができなかった。それゆえ、違憲立法審査権に対する日本国民の意識も高いとは言えなかった。

その意味において、本判決は、これまでの意識を変えるとも思われる判決であったということもできる。本稿において、米国との比較も念頭において、違憲立法審査権の基本的考え方を検証し、本判決の意義を考察する。そして、日本における政治的民主化の過程を、選挙権の裁判を通して考察してみる。

## 一. 違憲立法審査権の意義とわが国への導入

### 1. (1) 米国における展開

法律や命令が憲法に違反していないか否かを審査する権限を裁判所に与える、違憲立法審査権 (Judicial Review) の制度は、米国においては、憲法に明文がなく、判例法として確立されたものである。そして、この国で、この制度は歴史的に発展を遂げてきた。<sup>(2)</sup>

歴史的に、立法部に対する不信感が強かった米国では、司法部による審査への信頼が存在していた。確かにそれは違憲立法審査権の発展のための大きな要素であるが、そのみならず、アメリカ合衆国の政治制度によるところも大きいと思われる。すなわち、米国は連邦制度という地方分権制度をとり、州政府 (State Government) の権力を強く保った政治制度を持っていることから、中央政府すなわち連邦政府の権力の増大に対する国民の警戒感が強かったという事情も大きいと考えられる。

英国王による北米植民地政策が議会制民主主義により正当化されたことが、立法政策への不信感を募らせていた。中央政府の権限が強くなると、英国による植民地支配に近くなる。そのような事態を避けようとしてきた米国民にとって、司法審査の制度の存在は好都合であった。

そもそも、アメリカ合衆国憲法は極めて短期間に作成された統治機構のみを規定した制定法である。それは、中央政府の強化に対する警戒感から厳格な権力分立と行政権を執政官 (President) に帰属させることを特色とするものである。つまり、行政権を国王のように強大な権力を持つ者に委任することをしなかったのである。これに対して、立法府の立法権には制限がなく、立法は際限なく人民の権利を抑圧することが考えられた。それを制限する強力な手段として、違憲立法審査権は機能したのであった。

しかし、20世紀に入ると、政府の社会への介入が必要になり、米国でも行政国家的性格が強くなった。古典的自由放任主義を採っていたのでは、どの国も社会経済の変化に対応することができなくなっていた。

経済大恐慌の時代、米国ではニューディール政策を推進しようとする政府に保守的最高裁判所が、経済立法に対して違憲判決で立ちはだかった。

これに対して、改革派は司法消極主義(Judicial Restraint)の考え方を採り、司法の介入を制限することを主張する。また、違憲審査基準に関する「二重の基準」の理論も唱えられるようになる。<sup>(3)</sup> このように司法消極主義は、特に立法権に対して司法の介入を極力控えようというものである。これは、経済恐慌下の米国において政府の介入の必要性を是認するために取り入れられた理論である。

## (2) 日本への導入

このような背景を持つ米国の制度が、米国の占領下で制定された日本国憲法81条に明文化されたのである。わが国において、違憲立法審査権がそのまま米国におけると同等の役割を果たすことを期待することには無理があったと言わざるを得ない。

そもそも、「法の支配」の伝統を持つ英国とそれを継受した米国の考え方が、そのまま政治的文化の異なるわが国に妥当すると考えるのは不自然であると思われる。前述のように、米国において違憲立法審査権は明文の規定があるわけではなく、判例により認められたものである。それゆえ、米国においてその蓄積の上に展開されたこの権利が、日本では初めから明文で規定されていることも不自然であるという考え方もできる。

また、日本においては、太平洋戦争の敗北により、国の統治に対する考えが根本から改まったとはいえ、国民に浸透している天皇制イデオロギーによる統治から、憲法を至上とする立憲主義的統治体制に速やかに移行することができるということも考え難かったのは事実である。

## 2. 日本における法令審査の考え方

### (1) 敗戦直後の解説

このような事情の下で、新しい憲法に明文化された違憲立法審査権は当初どのように考えられていたのかを検証してみなければならない。

戦後、間もなく出版された小学校高学年から中学校の生徒用の解説書には次のように述べられている。

こんどの憲法で、ひじょうにかわったことを、一つ申しておきます。それは、裁判所は、国会でつくった法律が、憲法に合っているかどうかをしらべることができるようになったことです。もし法律が、憲法に決めてあることに違っていると考えたときは、その法律にしたがわれないことができるのです。

だからさいばんしょは、たいへんおもい役目をするようになりました。<sup>(4)</sup>

ここでは、違憲立法審査権が重くかつ重要な裁判所の権能であると考えられていたことがわかる。これは、文部省の出版したものであり、政府見解であった。

他方、憲法学者も戦後間もなくの次のような啓蒙的書物を出版して、この権利について述べている。

国会で作る法律や、政府が出す命令なども、ひょっとしたら、憲法にあわないものがでてこないともかぎりません。だからどの裁判所にも、つくられた法律や命令、規則が憲法にあうか、あわないかをしらべる権利があることにきめています。お役所がやったことについても同じです。

そして、その法律が、憲法にあわないとみとめたばあいには、裁判所は、その法律のききめをなくすことができます。これは、アメリカなどでもそうですが、日本国憲法でも、大きな権利として裁判所にあたえられています。しかし、これはさいごには、最高裁判所の意見でまきます。最高裁判所が、よくしらべたけっか、憲法にあわないと判断すれば、その法律はだめになります。こうして最高裁判所は、憲法のきまりにあわないような法律・命令・規則などがでてくるのを、ふせいでいますから、憲法の番人だとも言われます。<sup>(5)</sup>

これは、小学校高学年から中学校用に書かれた書物である。それにもかかわらず、内容はかなり高度のものとなっている。ここで興味深いのは、「裁判所はその法律のききめをなくすことができます。」「憲法にあわないと判断すれば、その法律はだめになります。」としている部分である。これを、通常の言い方にすれば、「ある法律に違憲判決が出されればその法律は無効になる」ということである。すなわち、抽象的違憲審査権を認めるような表現をしているのである。この点は、後に議論になる点であるが、この段階では違憲立法審査権には大きな権限が与えられていると信じられていたようである。また、違憲判断がされた法律が「だめになる」と表現にして、当然無効説をとっているのも興味深い。さらに、憲法普及会編の「新しい憲法 明るい生活」では次のように述べている。

新憲法では司法権は裁判所で行うものと決めた。最高裁判所はこれまでと違って憲法にそむくような法律は、これを無効とすることができる。<sup>(6)</sup>

これらすべての記述は、日本で違憲立法審査権が実際に行使された経験がない段階での解説であった。そのため観念的になっている上、この制度がかなり理想化されているといえることができる。

ただ、若年者向けに出版された書物の多くが、違憲立法審査権の抽象的審査権を認め、違憲と判断された法律の当然無効を認めているのは興味深い。

新憲法に対する期待のもとに、新しい制度を観念すれば、このような記述になるのは自然であると考えられる。しかし、現実にはそのような展開にはならなかった。わが国にはこの制度が抵抗なく受け容れられるような歴史的背景を欠いていたことがその主な原因であった。そのため米国の制度を控

え目に借用していくという性格になった。

## 二．在外投票について

本判決で問題とされた海外在住邦人の選挙権について、戦後に制定された公職選挙法はどのような規定を設けていたのかをまず検討しなければならない。

### 1．在外投票についての公職選挙法の規定

#### (1) 1950年公職選挙法

1950年に制定された公職選挙法は、選挙人名簿に登録されていない海外在住邦人の投票を認めていなかった。公職選挙の、選挙人名簿は住民基本台帳と連動して作成されており、海外在住邦人はそこに記載がない以上、選挙権を認められていなかった。ただ、選挙権そのものは日本国民である以上否定されていないので、投票権そのものが認められていなかったわけではない。

それゆえ、本来は、投票を保障するために住民基本台帳を改定するべきであった。しかし、当時は在外邦人の数が多くなく、世論の関心も薄く、加えて投票方法の技術的困難さもあって、この問題は放置されていたのが実態であった。

その後、日本は経済的に高度成長を遂げ、経済の発展とともに、海外在住邦人が著しく増加する時代を迎えた。そのような背景のもとに、昭和59年、在外選挙制度創設の公職選挙法改正案が国会に提出された。しかし、これは、審議されないまま廃案となった。その後、しばらくこの問題に進展は見られなかった。<sup>(7)</sup>

#### (2) 平成10年の公職選挙法改正

この問題が社会的に注目されるようになるのは、平成8年11月、8カ国53人の在外邦人が東京地方裁判所に公職選挙法の違憲を主張して提訴したときである。このような動きを受けて、政府は1997年6月、海外に長期滞在する海外在住邦人に衆参比例代表選挙に限って選挙権を認める公職選挙法改正案を国会に提出した。

1998年、公職選挙法が改正され、比例代表区についての選挙に限り、海外での投票が可能となった。<sup>(8)</sup>

しかしながら、比例区選挙にのみ海外投票を認めるということでは不十分であり、完全な投票権を求めて訴えは継続した。第一審、第二審ともに在外邦人側の訴えを退けたが、上告審の最高裁判所は大法廷において、前述のように平成17年9月14日に原告側の訴えを認め、海外在住邦人に完全な選挙権を認めないことに対して違憲判決を行った。

## 三．わが国での実際

わが国のこれまでの違憲立法審査権の行使状況から考えて上の判決が画期的である理由を、これまでのこの権利の扱われ方から考察してみる。

## 1. 司法権の限界

### (1) 具体的争訟性

司法権を、「司法権とは、具体的な事件に対して、法を適用し、宣言することによって、裁定する国家の作用」と定義すると、具体的な事件が示されない場合には、裁判所が判断することはできないという結論になる。

戦後早い時期に争われたのが警察予備隊法違憲訴訟であった。この事件は、社会党書記長が、警察予備隊の設置ならびに維持に関する一切の行為は憲法9条に違反して無効なものであることの確認を求める訴えを最高裁判所に提示したものである。これに対して最高裁判所は次のように判示した。

我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すとき権限を行い得るものではない。けだし最高裁判所は法律命令等に関し抽象的な判断を下すとき権限を行い得るものではない。<sup>(9)</sup>

以上に判示されたように、司法権一般について具体的争訟性が要求されることは言うまでもない。しかし、違憲立法審査権に関しては抽象的審査権が認められることもあり得るのではないかという考え方も強かった。実際に、憲法裁判所を設置して法令の憲法適合性を抽象的に審査する国がヨーロッパを中心に存在する。<sup>(10)</sup>

本判決でもそのような制度が存在することを認めている。しかし、我が国の裁判所はここで司法権を行う権限を厳密に解し、具体的争訟性に強く拘っている印象を与えている。確かに、司法権を厳密に解釈することは、それに対する信頼確保と濫用防止に資する。しかし、この事件のように、新しい国家体制が発効してから間もない時点においては、形式的な面からのみでなくより実質的な面から判断を示すべきであった。そして、わが国の違憲立法審査権の性質を考える姿勢を示すべきであったと考えられる。

### (2) 海外在住邦人選挙権についての判決

選挙権に関する訴訟は、訴訟形態の面について問題が生じると考えられた。

すなわち、一般の訴訟は「法律上の争訟」とされ、自己の法律上の利益にかかわる資格で提起する。それとは異なり、選挙権に関する訴訟は行政事件訴訟法5条に規定されている「民衆訴訟」として提起されている。これは、客観訴訟のひとつで行政の適法性確保のために認められたものである。ただ、選挙無効の訴えは選挙区割りを規定している選挙法そのものの違憲性を主張するため、具体的違憲審査を超えてしまうのではないかという疑いを持たれることは避けられなかった。

この点について裁判所は、度重なる選挙区定数は正を求める選挙法違憲訴訟のなかで選挙法の違憲判決を求める訴訟の適法性を認めた。

——議員定数配分そのものの違憲を理由として選挙の効力を争うことはできないのではないかと、との

疑いがないではない。しかし、右の訴訟は、現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないのである。およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の道が開かれるべきであるという憲法上の要請に照らして考えるときは、前記公職選挙法の規定が、その定める訴訟において、同法の議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを殊更に排除する趣旨であるとするは、決して当を得た解釈ということとはできない。<sup>(11)</sup>

さらに、平成15年に改正された行政事件訴訟法の第4条を援用し、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」として通常の主観訴訟という扱いをしている。<sup>(12)</sup>

このように、手続き面での不都合を是正して、訴えを認めようとする態度は、これまでの考え方は異質であり、選挙訴訟に対する司法部の積極的姿勢を感じさせるものであった。

## 2. 統治行為論の展開

### (1) 統治行為論の理論

次に問題となったのは統治行為論である。すなわち、「法的判断に馴染まない問題に対して司法部は判断を下さない」という論理である。

司法消極主義 (Judicial Restraint) の一部とも考えられるこの考え方の原型は米国に見出すことができる、と言うことができ、わが国もそれを踏襲したとすることができる。米国において、司法消極主義が連邦レベルで唱えられたのは、ニューディール期の1936年にニューディール立法を巡って争われたときである。その中で、ブランドイス判事は次のような準則を立てている。

1. 裁判所は談合的な非対立的訴訟手続においては立法の合憲性について判断をしない。
2. 裁判所は憲法問題を、それを決定する必要が生ずる前に前もって取り上げない。
3. 裁判所は憲法に関する準則を、それが適用される明確な事実が要求する以上に広く公式化しない。
4. 裁判所は憲法問題が記録によって適切に提出されていても、もし事件を処理することができる他の理由が存在する場合は、その憲法問題には判断を与えない。
5. 裁判所は法律の施行によって侵害をうけたことを証明しない人の申立てに基づいて、その法律の効力に判断を下さない。
6. 裁判所は法律の利益を利用した人の依頼で、その法律の合憲性に判断を下さない。
7. 国会の法律の効力が問題となった場合は、合憲性について重大な疑いが提起されても、裁判所が憲法問題を避けることができるような法律の解釈が可能かどうかを最初に確かめることは、基本的な原則である。<sup>(13)</sup>

このような理論が出てくる背景には、米国における以下のような社会的状況があった。すなわち、米国では、経済大恐慌の時代に、経済改革のため、ニューディール政策を推し進めていた。保守的な連邦最高裁判所はそれに立ちはだかり、社会政策立法に次々に違憲判決を下した。それらの法律は財産権を侵し、国民の経済的自由を奪うものであるという理論によるものであった。行政にはそれに対

抗するために司法権を抑制する必要が生じていた。つまり、経済的な自由放任主義に訂正を迫ることが時代の要請であったというべきであろう。その意味で司法も時代の影響を受けていたといわざるを得ない。

確かに、司法部が立法部に過度に介入することは、権力分立のたてまえからも避けられるべきである。加えて、米国では司法権の権限が強いので、行政部が社会改革を進めるためには司法消極主義に大きく傾くことが不可欠であった。

この時代の米国において採用された司法消極主義を、司法積極主義の伝統を持たないわが国にそのまま取り入れることが望ましかったとは限らない。司法積極主義の伝統を持たないわが国においては、統治行為は司法積極主義を減少させる方向に働くのでなく、初めから絶対的な司法消極主義を定着させるのに寄与する結果となったことは否定できない。

そしてわが国において、統治行為論は「国家統治の基本」の範囲の解釈、司法審査の限界などの問題から司法審査を避けるための方便のように主張されてきたという印象は否めない。

実際に、わが国の政府は、下級審を含めた憲法裁判において統治行為論を多く主張している。その中で、最高裁判所が判示した事例は今のところ二つに留まっている。その2例とも昭和30年代半ばに判決が出されている。

## (2) 砂川事件判決

まず、統治行為論を用いた判決が最初に出されたのは、砂川事件最高裁判決である（最大判昭34年12月16日）。この事件は日米安保条約に基づく刑事特別法2条違反事件について日米安保条約の合憲性が問われたものである。

本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点が少なくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従って、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであって、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的判断に委ねられるべきであると解するを相当とする。<sup>(14)</sup>

このように、最高裁判所は統治行為論を展開して判断を回避した。ただ、「一見明らかに違憲と思われる場合は違憲立法審査の対象となる」と判示したために、条約の違憲審査を否定したわけではなかった。ただ、「一見明らかに違憲と思われる」条約を締結する可能性は極めて乏しいのが現実である。そのため、事実上、条約の違憲審査権は否定されたに等しいというべきである。この統治行為論も一



面、説得力はある。国の安全保障というような国家の大事については司法の場で決せらるべきでなく、国民全体の意見が反映される場で決せられるべきであるということにも十分な理由がある。

ただ、行政権を尊重し、司法謙抑主義をするべき立場にある司法権とはいえ、ここで憲法第9条についての司法判断を拒否したに等しいという事実は、その後のわが国の違憲立法審査権の方向に大きく影響したと考えられる。

### (3) 苫米地事件

日本の主権回復とともに結ばれた日米安保条約のような条約が問題となるとその特殊性も考慮しなければならぬが、国の統治機構そのものが問題となると、統治行為論の問題点がより明確に浮かび上がる。衆議院の解散についての合憲性が争われた苫米地事件（最大判昭和35年6月8日）においてそれが主張された。

直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときは、たとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であっても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続き上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきである。<sup>(15)</sup>

苫米地事件は、衆議院の解散には司法審査が及ばないとし、それを司法権に内在する制約としている。これは、違憲立法審査権の性格の一面を決定づけるとともに、司法審査の厳格性を日本国民に、認識させることとなった。

### (4) 二つの判決の影響

以上のように、昭和30年代に、外交に欠くことのできない条約と、内政の基本である衆議院の解散について司法権が及ぶか否かについて最高裁判所の判断が示されている。

日米安全保障条約は極めて政治性の高い国際情勢に関わる条約であることは確かであるから、司法権の介入には高度の慎重さを要する。そして、権力分立の原則からも政治部門の判断を尊重することは必要である。しかし、敗戦後の新生日本にとって、平和主義およびそれに由来する戦争放棄、戦力不保持は統治組織の根本原理と同等の重要性を持つとも考えられる。それゆえ、司法判断を「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り」にまで絞り込むことは妥当であったか、これについては疑問が残る。

いずれにしても、日米安全保障条約は、司法権の審理拒否とも思われるこの判決によって、以後の

日本は大きな政治闘争の中に投げ込まれることになった。

他方、苫米地事件は議院内閣制をとる国に生じ得る事件である。大統領制をとる米国においては解散という制度が存在しないのでこのような問題は生じない。それゆえに、この事件はある意味で日本独自の判例を形成する機会であった。衆議院の解散権について、憲法の解釈上はさまざまな議論が提起されているが、解散という行為そのものについては、最高裁判所はほぼ完全に司法権の対象外としたとすることができよう。

いずれにしても、昭和30年代のこれらの2つの判決は日本における違憲立法審査権のあり方の原型を形成することとなった。

### (5) 国際情勢との関係

ここで、少し本題から外れることと、裁判に政治が介入することは考え難いことを承知しながら敢えて言えば、条約の違憲性判断にこの時期の国際情勢が影響していたことを推測せざるを得ない。

激化する冷戦の中であって、まさに米ソ対立の渦中にある日米安全保障条約であった。核戦争の危機をも含む激しい東西対立という厳しい現実の中で、日米安全保障条約の存続についてわが国で国民的な大議論が沸き起こっていた。その中で裁判所が司法審査に極めて慎重にならざるを得なかったことは想像に難くない。理想的な平和憲法を持つ日本が、国際政治の現実の前に司法判断を回避せざるを得なかったという事情も考えられないわけでない。そして、このことがその後の日本の外交と司法の関係に一つの方向性を与えたということもできる。

## 3. 立法裁量論

### (1) 基本的問題

統治行為論が、行政府の判断を尊重するべきであるという論理であるならば、それと並んで立法府の判断を重んじるべきであるという論理が立法裁量論である。これは、立法権の自主性を重んじて司法権の介入を差し控えようという論理である。

本論で取り上げている選挙権訴訟は、この論理が最も関連する訴訟形態であると考えられる。事実、本判決において、下級審もこの論理を採用して原告の訴えを退けた。<sup>(16)</sup>

権力分立のたてまえをとるわが憲法のもとでは、それぞれの部門が他の部門の自主的判断を尊重するべきであることは当然である。しかし、それが「憲法を頂点とする現行法秩序の許容する範囲内においてのみ自由裁量たりうるものといわなければならない。」<sup>(17)</sup>

それゆえ、どこまで立法裁量を認めるべきであるかという問題が生じる。この点につき、この論理を明らかにした判決が、昭和39年の選挙無効請求事件である。

この事件は、昭和37年施行の参議院選挙において島根県選挙区と東京都選挙区では、一票の価値に4倍の差があり、平等選挙において許容されている範囲を超えているというものである。これに対して最高裁判所は、立法裁量論を展開して次のように述べた。

憲法が両議院の議員の定数、選挙区その他選挙に関する事項については特に、自らなら規定せず、法律で定める旨規定した所以のものは、選挙に関する事項の決定は原則として立法府である国会の裁量的権限に任せているものと解される。——選挙区の議員数について、選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別、各選挙区に如何なる割合で議員数を配分するかは立法府である国会の権限に属する立法政策の問題であって、議員数の配分が選挙人の人口に比例していないという一事だけで、憲法14条1項に反し無効であると断ずることはできない。<sup>(18)</sup>

この判決がリーディングケースとなり、以後選挙に関する判断の立法裁量論の基準となる。

次に、衆議院議員定数配分が問題となった昭和47年12月10日に行われた衆議院議員選挙において、千葉1区の住民が一票の価値の不平等について憲法違反の主張をしたものである。当時、最大と最小の価値は約1対5になっていた。最高裁判所は本判決において、立法裁量論を基本としながらも、上の参議院議員選挙の判決とは反対の結論を出した。

衆議院議員の選挙における選挙区割と議員定数の配分の決定には極めて多種多様で、複雑微妙な政策的及び技術的考慮要素が含まれており、それらの諸要素のそれぞれをどの程度考慮し、これを具体的にどこまで反映させることができるかについては、もとより厳密に一定された客観的基準が存在するわけではないから、結局は、国会の具体的に決定したところがその裁量権の合理的な行使として是認されるかどうかによって決するほかはなく、——しかしながら、このような見地に立って考えても、具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票価値の不平等が国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有するものとは到底考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかはないというべきである。<sup>(19)</sup>

このように、衆議院の場合は、参議院よりも合理的裁量の限界について、より厳しい基準が適用されている。

この後に提起された衆議院選挙における定数配分についての判断においても最高裁判所は立法裁量を考慮しながらも、その裁量の限界を厳しく設定している。<sup>(20)</sup>

新しい判例としては、平成11年11月10日の判決がある。これは、平成6年の選挙法改正後の争われた大規模な訴訟であった。その中で、人口の格差についても争われている。

——選挙区間の最大較差は、改正の直近の平成2年10月に実施された国政調査による人口に基づけば1対2.317であり、本件選挙の直近の同7年10年に実施された国勢調査による人口に

基づけば1対2.309であったというのである。このように抜本的改正の当初から同条1項が基本とすべきものとしている2倍未満の人口較差を超えることとなる区割りが行われたことの当否については議論があり得るところであるが、右区割りが直ちに同項の基準に違反するとはいえないし、同条の定める基準自体に憲法に違反するところがないことは前記のとおりであることにかんがみれば、以上の較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、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とまではいうことができず、本件区割り規定が憲法14条1項、15条1項、43条1項等に違反するとは認められない。<sup>(21)</sup>

この判決には、5人の裁判官の反対意見が付されている。すべて根本的には2倍の格差を違憲とするものである。このように、立法裁量論は否定されないものの、投票価値の平等については、厳しい基準が課される傾向が顕著になっている。<sup>(22)</sup>

これに反し、参議院議員選挙については、立法裁量論を広く裁量している。平成10年7月12日施行の参議院議員選挙において、最大格差が1対4.98になったことに対して提起された訴訟について、最高裁判所は次のように判示した。

参議院議員の選挙制度の仕組みの下においては、投票価値の平等の要求は一定の譲歩を免れないところであり、また、格差をどのような形で是正するかについては種々の政策的又は技術的な考慮要素が存在する。さらに、参議院（選挙区選出）議員については、議員定数の配分をより長期にわたって固定し、国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる機能をそれに持たせるとすることも、立法政策として合理性を有するものと解される。——本件改正をもって立法裁量権の限界を超えるものとはいえない。<sup>(23)</sup>

このように、参議院の特殊性を強調し、立法裁量権を広く採用した。なお、これにも5人の裁判官の反対意見があり、すべての反対意見は格差の違憲性を述べている。

## (2) 海外在住邦人の選挙権制限について

本論で取り上げている海外在住邦人の選挙権制限判決において、最高裁判所は、少なくとも立法裁量論を展開せず、次のように判示した。

憲法は——国民に対して投票をする機会を平等に保障している。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、——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ぬ。——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ない。<sup>(24)</sup>

このように、選挙権の制限を原則として禁止し、やむを得ない自由の認定を厳格にしようとする姿勢が示されている。

#### 4. 立法不作為

##### (1) 基本的問題

本論文で取り上げる判決の重要なもう一つの論点は立法不作為についての損害賠償請求を認めたことである。国会が必要な立法をしなかったことにより損害を蒙ったとして国家賠償請求ができるか否かについては、在宅投票制廃止違憲訴訟で争われている。この訴訟の控訴審判決においては、立法不作為の違憲性を初めて確認し、原告を勝訴させている。<sup>(25)</sup>しかし、最高裁判所はこれを覆して次のように判示している。

国会議員の立法行為が国家賠償法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に憲法の規定に違反するところがあるとしても、そのゆえ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。

そこで、国会議員が立法に関し、個別の国民に対する関係においていかなる法的義務を負うかを見るに、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は国民の間に存する多元的な意見及びもろもろの利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担うものである。そして、国会議員は、多様な国民の意向を酌みつつ立法ないし立法不作為に関する国家賠償上の違法の評価が絹布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行うような容易に想定し難いような例は、内容外的な場合にのみありうる。——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。<sup>(26)</sup>

この法理が長期間支配的であったため、立法不作為について、国家賠償請求は極めて困難であった。

平成17年1月31日に地方裁判所の判例で、ハンセン病訴訟において立法不作為につき損害賠償請求を認める判決が出された。これに対して政府は控訴せず、国側の敗訴が確定した。ただ、この判決においても違憲判断基準は従来の基準を踏襲して、以下のように判示している。

ある法律が違憲であっても、直ちに、これを制定した国会議員の立法行為ないしこれを改廃しなかった国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法となるものではない。国会議員の立法行為（立法不作為を含む）が国家賠償法上違法となるのは、容易に想定し難いようなきわめて特殊で例外的な場合に限られる。——新法の隔離規定の違憲性は、遅くとも60年には、明白になっていたのであるが、——新法の隔離規定が存続することによる人権侵害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性に鑑みれば、他にはおよそ想定し難いようなきわめて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和40年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である。<sup>(27)</sup>

この判決は世論の支持を受け、政府も控訴するという方針を打ち出さなかった。ただ、この判決においても、国家賠償法上違憲となるのは、「容易に想定し難いようなきわめて特殊で例外的な場合に限られる」とした。だが、下級審判決でありながらも国家賠償に対する司法の積極的態度が見出されるようになったことは注目に値する。

## (2) 海外在住邦人の選挙権について

立法不作為についても最高裁判所は、本判決において違憲判断に積極的な態度を示した。

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——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、本件選挙において投票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言うことができない。<sup>(28)</sup>

このように、判示して立法不作為に対し、積極的に違憲判断を行った。

政治的な思惑が、参政権という国民の最重要な権利を侵害している事態は是正されるべきであることは当然のことである。そしてそれは、まず立法府と議員内閣制という議会との協働関係を重視する制度をとるわが国の行政府が行うべきことも肯定することができる。しかし、それらが有効な役割を果たさなかった場合には司法権が積極的に介入するべきである。それがなければ人権の保護は確保されないと言わざるを得ない。

在外投票の場合は、単純な政治的思惑によるというよりも、当初は海外在住邦人の少なさや技術的理由によるものと思われた。しかしながら、海外在住邦人の数がふえ、技術が著しく進歩しても立法府は改正に極めて消極的であった。

そこには、人権よりも政治的効果を重視する立法府、行政府の姿勢が見られる。時代の推移と共に、受け入れ難くなった制度の是正は、立法府が自ら行うべきであったとも言うことができよう。

#### 四. 本判決の意義

本判決において原告の主張が広く認められたことによって、わが国においては違憲立法審査権が、今後も積極的に行使されるのではないかという期待が持たれることとなった。加えて、本判決においては、行政事件訴訟法の40年ぶりの大改正の結果である「公法上の確認の訴え」が認められた。これは、この訴訟形態を国民の権利利益の救済を計るために機能させていこうとする意思の表れと見られている。<sup>(29)</sup>

本判決は、選挙権という政治の根本に関わる問題であったこと、また、通信手段、運送機関の飛躍的発展があったことなどから、海外在住邦人を国内に住む国民と別に扱うことが著しく不合理になった結果、下されたものである。このような状況が長年放置されていたことが、むしろ驚くべきことであった。それにもかかわらず、この判決に対する政府の反応はかなり淡白であったという印象を受ける。

この判決が出された後、麻生総務大臣（当時）は閣議後の記者会見で次のように言っている。

在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件と言ってわかる人はあまりいないと思うけど。海外の在留邦人の選挙権に関わる最高裁判決で違憲であるという判決が出されていますので、総務省としては、これに合わせて早急に対策を検討するように支持はしました。けれども、現状、海外の在留邦人は96万人。子供も含むので有権者は72万人。この人たち全部に公示の2日前にようやく公認が決まるということで行くと、2週間くらいで全部知らしめる

こういうことは物理的に可能かと、ブラジルのマナウスまで等々、いわゆる広報というものを全戸配布することを前提で考えると、これは物理的に可能かねという話を今からちょっと検討して見なければいけないところで、これはなかなか技術的な話もありますので検討させます。<sup>(30)</sup>

国側の敗訴であるという事情もあるが、上の総務大臣の見解からは、政府がこの判決に対して積極的な反応をしたということは考えられない。

また、国民の側に盛り上がりが出ていたという事実もある。これは海外在住邦人が増加したとはいえ、それは国民のごく一部であったためであると考えられる。政府と国民のこのような事情が、一般の関心が前に挙げたハンセン病訴訟ほどにも盛り上がらなかった理由であると考えられる。

しかし、選挙権は国家統治の基本に関わる権利であることを考慮すると、政府と国の上のような反応からは選挙権に対する日本政府と国民双方の自覚が不十分であると言わざるを得ない。政府と国民がこのような問題により多くの関心を払って初めて国民主権に基づく統治が実現するのである。

## おわりに

米国に由来する違憲立法審査権が、わが国においても憲法擁護のため、ひいては国民の権利擁護のために存在するべきことは当然のことであった。

この制度を初めて手にいれた日本人は、この制度に期待するところが大きかったということができよう。違憲立法審査権は民主政の発展、そして人権擁護に寄与すると考えていたことは、間違いのないと思われる。しかし、わが国においては、この権利は極めて消極的に行使されてきたために、米国のように頻繁に憲法判断がなされたわけではなかった。

司法部は、司法権の謙抑性を保つことを重視し、権力分立の建前を厳密に守ろうとしたと考えられる。しかし、権力分立のもう一つの意義、すなわち、他の機関を抑制する役割も重要である。この役割を果たすためには、最高裁判所が果敢に憲法判断を行うことが期待される。

数は多くはないが、わが国の最高裁判所においても、いくつかの重要な違憲判決がなされてはいる。しかし、米国のように社会改革をも視野に入れた積極的判断はなされてこなかった。

戦後60年以上を経て、最高裁判所により、海外在住邦人の選挙権について積極的な違憲判断が下されたことは、今後のこの権利の積極的行使に新しい期待を持たせるものであった。憲法に明文化された違憲立法審査権がその本来の役割を果たし始めたとも考えられる。

わが国において司法権の役割が見直され、今後、さらに国民の権利の擁護拡張のために機能するには、国民全体のさらなる努力が必要である。

## 注

- (1) 海外在住邦人選挙権制限違憲判決，最大判平成17年9月14日
- (2) 松井茂記『アメリカ憲法入門 第5版』有斐閣，2004年，76-94頁。  
米国で初めて違憲立法審査権に言及したのは1803年の *Marbury v. Madison* 事件である。
- (3) 表現の自由などの極めてデリケートな権利の制限の合憲性は厳格な審査基準のもとに行う。これに対し、経済的自由権の制限については、緩和された基準で行うことができる。その理由は、後者の制限が不当であることが判明しても、民主政の過程で修正が可能である、ということである。
- (4) 森 英樹，倉持孝司編『新あたらしい憲法のはなし』日本評論社，1997，60頁。
- (5) 宮沢俊義，国分一太郎『わたくしたちの憲法』有斐閣，1988年，216-217。
- (6) 『新あたらしい憲法のはなし』，付録 204頁。
- (7) この事情について，長谷部恭男，田中宗孝，小幡純子「鼎談 在外邦人選挙権大法院判決をめぐって」『ジュリスト1303号』，2005年12月15日，2-24頁。
- (8) この時，比例代表区選挙のみに限って海外投票を認めたのは次のような事情による。比例区では，政党名を書くことにより投票することができるので，個人個人の情報を得ることが困難な海外においても投票することに問題が少ない。
- (9) 警察予備隊訴訟判決，最大判昭和27年10月8日。
- (10) ドイツ，フランスをはじめ，ヨーロッパの数カ国では憲法裁判所 (Constitutional Court) を設置している。野中俊彦他『憲法 II 第4版』有斐閣，2006年，216-217頁。



- (11) 衆議院議員定数違憲訴訟 最大判昭和51年4月14日。
- (12) 内野正幸「在外国民の選挙権」、『法律時報』第78号2号, 2006年2月号, 84頁。
- (13) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』有斐閣 1973, 44頁。
- (14) 砂川事件判決, 最大判昭和34年12月16日。
- (15) 苫米地事件判決, 最大判昭和35年6月8日。
- (16) 平成11年10月, 東京地裁で原告敗訴。  
平成12年11月, 東京高裁で海外在住邦人側の控訴棄却。
- (17) 在宅投票制度廃止国家賠償請求判決, 最大判昭60年11月21日。
- (18) 参議院議員定数配分不均衡訴訟, 最大判昭和39年2月5日。
- (19) 衆議院議員定数配分不均衡訴訟, 最大判昭和51年4月14日。
- (20) 最大判昭和60年7月17日は, 1対44の較差は違法と判示し, 最大判平成7年6月8日は, 1対3.8を含む定数配分は違憲状態と判示した。
- (21) 衆議院議員定数配分不均衡訴訟, 最大判平成11年1月10日。
- (22) 5人の裁判官は, 1対2以上の較差は国際基準からも違憲であると反対意見を述べている。
- (23) 参議院定数配分不均衡訴訟, 最大判平成12年9月6日。
- (24) 海外在住邦人選挙権制限違憲判決, 最大判平成17年9月14日。
- (25) 在宅投票制廃止違憲訴訟, 札幌高裁判決昭和53年5月24日。野中他, 前掲書, 265頁。  
なお, 最高裁判所は平成17年9月14日大法廷において, 精神障害者について在宅投票制度を認めていないことに対して, 国家賠償法上違法の評価を受けるものではないと判示した。
- (26) 在宅投票制廃止違憲訴訟, 最大判昭和60年11月21日。
- (27) 「らい予防法」違憲国家賠償請求事件, 熊本地裁平13年5月11日。
- (28) 海外在住邦人選挙権廃止違憲訴訟, 最大判平成17年9月14日。
- (29) 「鼎談 在外邦人選挙権違法判決をめぐって」9-10頁。
- (30) 平成17年9月16日, 麻生総務大臣内閣後記者会見