

選挙権の救済と国家賠償法

—立法不作為の違憲を争う方法として—

青 井 未 帆[†]

序

I 国家賠償法

- 1 課題設定
- 2 違憲判断「限定」の仕組み —判例の検討を通して
- 3 憲法判断に踏み込む要件
- 4 小括

II 選挙権

- 1 課題設定
- 2 アメリカでの選挙権のありよう
- 3 選挙権の意味〔1〕 —学説の検討
- 4 選挙権の意味〔2〕 —判例の検討
- 5 小括

結

序

選挙権の法的性格をめぐる長い論争の歴史があるが、国民主権を基本原理とし15条で「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」と謳う日本国憲法の下で、権利性を否定する議論は殆どない¹。

[†] 信州大学経済学部准教授（憲法学）。e-mail: aoi@shinshu-u.ac.jp

¹ 例外的に、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、1987年）333頁・注2（「選挙権の本質は、権利ではなく、資格である（強調原文）」）。

また、判例においても、「元来、選挙権は、国民の国政への参加の権利を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなす²」ことが確認されている。

選挙権の権利性を前提にすると、権利の侵害に対する司法的救済が問題となるが、これを考えるに当たって重要なのは、選挙権が国家により設営される選挙制度のありようと密接な関係を有している点である。同じように国家による制度設営を必要とする財産権や婚姻の自由と比べての選挙権の特徴の一つは、これまでもそして現在においても、権利の実現に必要な制度を要求する運動が盛んであったことにある。

要求する側から見れば「憲法上の要請が立法により十分に充たされていない状態（立法不作為）」となろうが、運動の中で司法的な救済も求められることが多かった。司法を通じた要求のルートの一つが、立法不行為の違憲を前提とする国家賠償請求（以下、国賠請求とし、国家賠償法を国賠法とする）である。憲法上の権利の救済は、具体的な訴訟形式固有の論理に影響を受ける側面が大きい。そこで本稿では、選挙権を具体化する選挙制度の不存在を、国賠法の用意する訴訟形式を用いて訴える際の問題に、焦点を当てることとしたい。

国賠法を、選挙権に関する立法不作為を訴える憲法訴訟として用いる場合、同法1条1項が、公権力の行使に当たる公務員の違法な行為による損害の填補につき定めるため、次のような主張をすることになる。

国会議員の立法不作為が選挙権を侵害し違憲であり^①、違法である^②がゆえ、生じた損害に対して金銭賠償を求める、と。

以下では、下線②の国賠法上の問題と下線①の選挙権の実体的理解に関する問題とに分けて考察を行う。本稿の構成で示せば、まずⅠにおいて憲法訴訟として利用する際の国賠法固有の問題を理論的に整序して、選挙権救済に用いるに当たっての障壁を取り除く。次いでⅡにおいて、権利救済の前提た

² 最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁。

る権利の侵害について、客観的に選挙権侵害と判断できるのはいかなる状態のことかを明らかにすることとしたい。

Ⅰ 国家賠償法

1 課題設定

(1) 金銭賠償の適当性

しかし国賠法固有の問題に入る前に、そもそも選挙権行使を可能とするような制度が存在しない状況に対して、金銭賠償を求めうるのかという、救済手段の適当性について扱っておくべきであろう。

金銭賠償は、損害が生じてしまった後にその損害を填補する救済手段であり、憲法上の権利についていえば、多くの場合で必ずしも最善の結果を齎すものではない。たとえば広く知られているように、アメリカ合衆国（以下、アメリカとする）の場合、憲法上の権利の救済に際しては、事前的な救済手段であるインジャンクションや宣言判決が求められることが多い³。

事後的な金銭賠償では、選挙権の救済に用いられたところで、現在及び将来の選挙権侵害状況の是正に直接には繋がらない。そこで、訴訟形態が現実利用可能かどうかにかかわらずに考えるならば、投票の機会が現実に保障されていない事態を訴えるに当たっては、裁判所に選挙の差止めを求めて損害の発生を防ぐことや、違憲の確認によって立法を促すことの方が効果的ではあろう。

金銭賠償の不適当性については、在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁大法廷判決（以下、平成17年判決とする）⁴の国賠請求に関する判示に対する泉徳治反対意見で、次のように述べられてもいる。

³ 憲法上の権利とインジャンクションの利用について、たとえば、DOUGLAS LAYCOCK, THE DEATH OF THE IRREPARABLE INJURY RULE (1991), 拙稿「憲法上の権利の司法的救済—インジャンクション類似の救済手段利用に向けて予備的考察—」本郷法政紀要7号（1998年）33頁以下参照。

⁴ 最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁。

「上告人らの上記精神的苦痛は国家賠償法による金銭賠償になじまないの
で、本件選挙当時の公職選挙法の合憲・違憲について判断するまでもなく、
上告人らの国家賠償請求は理由がないものとして棄却すべきであると考え
る」。そもそも「本件国家賠償請求は、金銭賠償を得ることを本来の目的と
するのではなく」、国家賠償請求は「選挙権回復の方法としては迂遠」で
ある。選挙権が行使できなかったことによる「上告人らの精神的苦痛は、金
銭で評価することが困難」である、と⁵。

学説においても、「訴訟の主目的が損害の補填、しかも金銭的補填である
ことは、憲法価値の実現ないし憲法秩序の形成と合致しないものといわざる
を得ない⁶」との指摘がなされている。また、権利の裁判的救済の実効性と
いう観点からの疑問として、「救済の実効性は、侵害される実体的権利・利
益の内容を無視しては語れない」ため、「国賠法上の違法性の評価を導き出
すために、公権力の行使の違憲性が主張され、違憲とされても損害賠償とい
う金銭の支払いで権利保護を実現する手法として、そのような手法が権利救
済の実効性を有するものか否かを検討することも必要となろう」との指摘も
ある⁷。

思うに、国賠法によって立法行為の選挙権侵害を救済することには、指摘

⁵ この見解に対しては福田博補足意見が、「選挙後帰国してしまった人々に対しては、心情的満足感を除けば、金銭賠償しか救済の途がない」とし、金銭賠償による救済の必要性を述べ、賠償金が税金から支払われることが国民に広く知らしめられる点は大きな意味を持つとしている。これに熟慮民主主義の促進効果を見出す指摘として、岡田順太「在外国民の選挙権と立法不作為」総合政策論集（東北文化学園大学）5巻1号（2006年）239頁以下、250頁。

⁶ 戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）146頁。

⁷ 井上典之「実効的な権利保障」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』（弘文堂、2005年）238頁以下、246-247頁。

他にも、三浦一郎「立法不作為と国家賠償」後藤光男編『憲法と行政救済法』（成文堂、2002年）147頁以下、149頁など。また、平成17年判決につき、「選挙権の行使が本来の目的であり金銭的评价になじみにくい本件のような場合には、確認請求の認容だけで十分であったように思える」という指摘として、米沢広一「在外選挙権と立法不作為」ジュリ1313号（平成17年度重判解）（2006年）7頁以下、8頁。

されているような、救済手段の性質に起因する問題が存在し、決して最善の選択肢とはいえない。しかしながら、金銭賠償は本来的目的である損害の填補に限られなければならないものではなく、金銭賠償を法秩序維持機能の一つとして用いる可能性は開いておくべきと考える⁸。

(2) 国賠法の構造に起因する問題

選挙権救済のために金銭賠償が救済手段として適当であるか否かもさることながら、憲法訴訟として国賠法を活用しようとする場合には、精神的苦痛を金銭的に評価できるとして、国賠法が、何らかの損害が認められる限り訴訟要件を充たしやすいつい構造であることが⁹、むしろ障碍となる。というのも、この構造は理論上深刻な問題を提起することから、選挙権救済のために利用するには、これの解決が前提とされなければならないためである。

問題とはこうである。何らかの損害が認められる限り訴訟要件を充たしやすいつい構造であるということはつまり、既存の訴訟要件のレベルで適切に憲法訴訟の成立をコントロールできないことを意味している。その結果として、全ての立法について、立法行為の違憲・違法性を争う手段にもなりうるわけである¹⁰。

そして憲法訴訟としてみる場合、立法行為が「違法」であったという認定がなされるよりも、「違憲」という判断が下されるかどうかの方が重要である。

⁸ アメリカの学説を参照しながら、国家賠償に、過去に生じた損害の填補という本質的機能に加え、より積極的に国家機関の違憲・違法な行為に対する抑止効果という意義を認めるべきという議論として、飯田稔「国家賠償の抑止効果 —在外国民選挙権制限違憲判決を契機として」亜大41巻1号（2006年）13頁以下がある。

⁹ 古崎慶長「立法活動と国家賠償責任」判時1116号（1984年）15頁以下、20頁、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（第一巻）』（有斐閣、1987年）355頁以下、378頁など。

¹⁰ 棟居快行は、このような「違憲国賠訴訟」を、「従来型訴訟の枠組みに止まりながら、実質的には現代型訴訟の機能を果たしうるもの」と位置づけている。『憲法学再論』（信山社、2001年）463頁（初出「現代型訴訟としての違憲国賠訴訟」神戸44巻4号（1995年））。

たとえば、(i)違憲であり違法だが過失なしとされるのと、(ii)違法性なし（憲法判断されず）とでは、全く意味が異なる。すなわち、両者とも請求が棄却される点では同じであるが、(i)では違憲判断が下されているのであり、賠償責任が生じないだけで、憲法訴訟としては十分に効果を有しているのである。

この問題を換言すれば、国賠で立法行為の憲法適合性を問うるとすれば、精神的損害を訴えることにより全ての立法の違憲審査が可能となり、「実質的に抽象的違憲審査を認めることになってしまわないか」という虞れである¹¹。確かに、付随審査制を前提にした場合、国賠訴訟によって全ての法令の違憲訴訟が起こしうることが妥当とはいえない。

そこで、一つの考え方は、この国賠ルートによる訴訟提起を認めないというものである。後に詳しく扱う、在宅投票制度を廃止して復活しなかった立法不作為が争われた訴訟の昭和60年最高裁判決（以下、昭和60年判決という）¹²は、この考え方をとっているというのが、一少なくとも平成17年判決よりも前においては一般的な理解であったろう¹³。

しかし、行政事件訴訟法改正（平成16年法律84号）を受けて平成17年判決によって確認訴訟の可能性が拓かれたとはいえ¹⁴、わが国において憲法上の権利の救済に用いることのできる訴訟のルートというのは極めて貧困な状態にあり、国賠訴訟の重要性はなお高いといわざるをえない¹⁵。このルートをうまく活用する途を探ることも必要ではないかと考える。

そこで以下では、国賠ルート活用の方法として、最高裁判例から裁判所が違憲判断をなすことについてのルールを見出して、実体法の議論（II）へと

¹¹ 下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房、1973年）123頁、野中俊彦＝江橋崇＝浦部法穂＝戸波江二『〔ゼミナール〕憲法裁判』（日本評論社、1986年）（戸波江二発言）246頁。

¹² 最一小判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁。

¹³ たとえば、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第4版〕』（岩波書店、2007年）369頁（「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほど厳しい制約を課した」）。

¹⁴ 改正行訴法4条「公法上の法律関係に関する確認の訴え」につき、たとえば中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性 ―改正行政事件訴訟法の理論的インパクト」民商130巻6号（2004年）963頁以下参照。

繋げたい。

2 違憲判断「限定」の仕組み —判例の検討を通して¹⁶

(1) 「職務行為基準説」をめぐる

国賠法1条1項にいう違法性の意味をめぐるっては、学説・判例の錯綜した状況が指摘されている¹⁷。本稿では、憲法上要請される立法をなさないという立法不作為の国賠法上の違法性という限定的な視角から、眺めてみることにする。

違法性についての基本的学説の対立としては、結果不法説・対・行為不法説があり、後者の中での対立として、「公権力発動要件の欠如をもって違法と解する説（以下、『公権力発動要件欠如説』という）と、公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠したことをもって違法とする職務行為基準説の対立がある」とされる¹⁸。

また、錯綜状況の現れとして、検察官による公訴の提起や警察官による逮捕についての「職務行為基準説」は、実際には行為不法説の中の公権力発動要件欠如説であることが指摘されているが¹⁹、一般にはこのラベリングがなされていることに鑑み、本稿では「いわゆる職務行為基準説をとる判例群」という言葉を用いることにする。

また、抗告訴訟における違法性と国賠事件における違法性とは、内容が

¹⁵ 選挙権の司法的な救済という問題においても第一人者として重要な問題提起をなしてきた野中俊彦は、確認訴訟の可能性を前に、「私見では、従来、違憲を争う適切な訴訟手続が見つけにくく国家賠償請求訴訟がいわば最後の違憲確認訴訟の代替物になり得たという意義をより大事にしたい」と述べている。「在外選挙制一部違憲判決の意義と問題点」ジュリ1303号（2005年）18頁以下、23頁。

¹⁶ 本節の昭和60年判決の検討および次節における記述では、拙稿「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」（判例評釈）信州54号（2006年）153頁以下における記述との重複がある。

¹⁷ 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）52頁、藤田宙靖『行政法1（総論）』（第4版・改訂版）（青林書院、2005年）506頁など。

¹⁸ 宇賀・前掲書（注17）46頁。

¹⁹ 宇賀・前掲書（注17）49—53頁。

異なって然るべきとする違法性相対説をとる立場で「実務的には決着が付いている」とされているが²⁰、学説の多くは違法性を一元的に捉える違法性一元説に立っている²¹。その理由としては、「国家賠償制度は、行政争訟制度と並び『法律による行政の原理』そして『法治国家』の実現を担保するための制度として位置付けられる²²」とされ、違法性が一元的に捉えられることにより「法律による行政の原理の支配する行政過程と国家賠償制度とを整合的に結合し、国家賠償制度の有する違法行為抑止機能を効果的に働かすのに適している²³」ことが挙げられている。

もっとも、個別事案における賠償責任の有無という点からみれば、「過失という枠組みか違法性という枠組みか、いずれで判断するのが国家賠償法や行政法の体系上妥当かの認識の違いによる²⁴」のであり、大きな違いはない。しかしながら、憲法訴訟という観点からみるに、前述のように、違法性の要件でいかなる判断がなされるかが決定的に重要である点に再び注意を払っておきたい。

さて、昭和60年判決は、次のように議論を展開していた。

イ「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときは、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。」

ロ「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用

²⁰ 喜多村勝徳「行政処分取消訴訟における違法性と国家賠償請求事件における違法性との異同」藤山雅行編『新・裁判実務大系25行政訴訟』（青林書院、2004年）472頁以下、473頁。

²¹ 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第4版〕』（有斐閣、2005年）288-291頁、芝池義一『行政救済法講義〔第3版〕』（有斐閣、2006年）242-248頁、藤田・前掲書（注17）495頁、宇賀・前掲書（注17）61頁など。

²² 藤田・前掲書（注17）495頁。

²³ 塩野・前掲書（注21）289-290頁。

²⁴ 北村和生「国家補償の概念と国家賠償法における違法性」公法67号（2005年）252頁以下、260頁。

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が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故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^①。」

ハ「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制の対象になじま」ない。

ニ「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^②、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^③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。」（下線及び数字は引用者）

これは、行為不法説の公権力発動要件欠如説対職務行為基準説につき後者を取り（判旨イ）、違法性相対説をとるもの（判旨ロ）と、一般に理解されているが、本稿は、(a)この判決を「いわゆる職務行為基準説をとる判例群」の中に同列に並べることには反対である。そして、(b)職務行為基準説対公権力発動要件欠如説という二分論によってこの判決を把握することにも疑問を抱いており、次のように捉えるべきと考えている。すなわち、立法行為の特殊性に鑑み、「立法内容が違憲であり、その判断を司法府が表明するに適しているならば、国賠法上の違法とする」というルールを提示するものとしてである。

まず(a)について。

立法行為についての判例も含め、様々な判例を通して展開してきた職務行為基準説とは、国賠法1条1項の違法性の判断基準に関し、「国・公共団体の作用が結果として違法であったとしても、公務員が職務上の法的（注意）

義務を尽くしたときは国賠法1条1項の適用上違法とはならない、という見解」であり、「これを分解すると、①結果から直ちに行為の違法が導き出されるものではない、②公務員が職務上の法的（注意）義務に違反したときに違法となる、という二つの要素から構成されている」と説明されている²⁵。しかしながら、立法行為については、たとえば所得税更正処分や住民票非嫡出子続柄記載といった事案とは扱いを別にすべきと考える。

というのも、所得税更正処分訴訟最判²⁶のいう「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではない」という判断や、住民票非嫡出子続柄記載訴訟最判²⁷のいう「市町村長が住民票に法定の事項を記載する行為は、たとえ記載の内容に当該記載に係る住民等の権利ないし利益を害するところがあったとしても、そのことから直ちに国家賠償法1条1項にいう違法があったとの評価を受けるものではない」という判断は、客観的な違反行為という結果を前提にしているが、立法行為について《違憲という憲法判断を前提とした合法という結果》は避けるべきと考えるためである。

すなわち、上記の職務行為基準説の構成要素①「結果から直ちに行為の違法が導き出されるものではない」ことを立法行為について述べるならば、《違憲な立法をなしたが違法ではない》となろうが、これは正常な事態ではない。客観的な法秩序全体を考えれば、違憲でありながら違法とされないのは、極めて特殊な場合に限られるべきである²⁸。また、行政活動の法律適合性と法律の憲法適合性とは、質的に相違した議論の筈である²⁹。したがって本稿

²⁵ 西荻章「職務行為基準説の批判的検討」『暁の鐘ふたたび 明治大学法科大学院開設記念論文集』（2005年）169頁以下、174頁、同「学生無年金障害者訴訟における立法不作為の違法性」明治大学法科大学院論集1号（2006年）131頁以下、149頁。

²⁶ 最一小判平成5・3・11民集47巻4号2863頁。

²⁷ 最一小判平成11・1・21判時1675号48頁。

²⁸ その例としては、たとえば定数不均衡訴訟における事情判決（最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁など）が挙げられよう。

は昭和60年判決を、「いわゆる職務行為基準説をとる判例群」の中に同列に並べるべきではないと考えるものである。

次に、(b)の職務行為基準説対公権力発動要件欠如説という二分論によって把握することへの疑問について。

昭和60年判決は、立法という公権力発動の要件が欠如していることをもって違法と解する公権力発動要件欠如説（違憲即違法説）ではないことは確かである。しかし、だからといって職務行為基準説になるわけではなく、別の理解の余地もあるだろう。そこで、次の(2)で述べるように、本稿は昭和60年判決を、《違憲＝違法》というロジックを前提とした《違憲判断「限定」の試み》であると読む。職務行為基準説は、公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠したことをもって違法とするものであるが、後述するように(13)、立法行為の場合に違法性判断をなすには、「公務員として職務上尽くすべき注意義務」には還元しえない考慮要素も含まざるをえない。そこで立法行為については、「違憲判断をなしうる場合に違法となる」という理解をしたい。以下で詳しく述べてゆく。

(2) 在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決（昭和60年判決）

昭和60年判決が、違憲判断「限定」の試みであるとは、こうである。

(1)で引用した昭和60年判決の下線①及び③は、国賠法上の違法性判断の対象として、違憲判断をなしうる事件を絞ったものといえる。注目したいのは、立法内容の違憲と国賠法上の違法が分離されているとはいえ、実は、違憲判断をして法的責任を問う場合を、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」に限ることにより、違憲と違法の繋がりが維持されている点である。この判決の論理からいえば、限定的に違法の評価を受ける場合である「憲法の一義的な文言に違反している」という立法内容の違憲性が存在する

²⁹ 六戸常寿「法秩序における憲法」安西文雄他『憲法学の現代的論点』（有斐閣，2006年）29頁以下，40頁。

場合にのみ、政治責任のみが問われる状況(下線②)から法的責任が問いうる状況へと変化するのであり、そのような場合以外は司法が扱いうる領域の外にある。

すなわち、まとめれば、昭和60年判決のいう「違憲」とは、次の二つの場合である。

- (i) [立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているという違憲] = [法的責任を問いうる違憲] = 「国賠法上の違法」
- (ii) [(i)以外の政治責任しか負わない違憲] = [国賠法上違法ではなく、違憲判断も表に現れない]

昭和60年判決において、上記のように分けられていた理由を本稿では、「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、国賠訴訟のルートによる違憲という憲法判断を限定する趣旨として理解する。《違憲＝違法》を維持したまま、「法的責任を問いうる違憲」という間口を狭めたのである³⁰。

本件事案に対する判断で、重度身障者が投票権を行使しうるような在宅投票制度の不存在について、最高裁では実体判断がなされなかったのであるが、

³⁰ このように理解するとしても、昭和60年判決は違憲判断の機会の限定が極端であるがゆえに、実態は憲法判断の「回避」というべきではある。棟居快行は、「例外的な場合にのみ憲法適合性が違法性と結びつく」ことによる、「本件立法行為の内容に関する憲法判断を回避するテクニックとして機能している」と指摘している。棟居快行・判評330号(判時1194号)(1986年)40頁以下、42頁(昭和60年判決評釈)。しかし、本稿では配慮自体の妥当性を認めるため、敢えて限定という言葉を用いた。

なお、昭和60年判決の違憲判断の限定の狭さを乗り越えようとした下級審判例として、たとえば、関釜訴訟山口地下関支判平成10・4・27判時1642号24頁、ハンセン病訴訟熊本地判平成13・5・11判時1748号30頁、ALS訴訟東京地判平成14・11・28判タ1114号93頁(II 4(1)②で扱う)、学生無年金障害者訴訟新潟地判平成16・10・28賃金と社会保障1382号46頁、学生無年金障害者訴訟広島地判平成17・3・3判タ1187号165頁などがある。

また、立法行為に対する国賠請求について昭和60年判決以降の判例動向を追うものとして、松田聰子『立法行為と国家賠償』に関する覚書『現代の行政紛争』(小高古稀)(成文堂、2005年)389頁以下がある。

これを実体法上の権利の問題として、制度を用意していない公職選挙法（以下、公選法とする）それ自体が選挙権を侵害し違憲であるとは捉えられていなかったためと理解することもできる³¹。とすると、実体的に選挙権の内容が拡張されて、制度の不存在が違憲となるならば、法的責任を問いうる違憲＝違法として、違憲判断が表に現れる可能性も出てくる筈であり、後述するとおり実際に、平成17年判決では違憲判断が下されたのである³²。

さて、本判決から読みとれるのは違憲という憲法判断が表に現れることを限定するという姿勢だけであり、《いかなる場合に違憲判断が可能か》という問題は残されている。この点について答えたものとして、平成17年判決と精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決（以下、平成18年判決とする）³³を読むこととしたい。

(3) 在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決（平成17年判決）

平成17年判決では、国賠法1条1項の違法性につき、次のように判示された。

イ 「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

³¹ 野中俊彦・浦部法穂『憲法の解釈Ⅱ人権』（三省堂、1990年）「最高裁は、投票権の侵害はないという前提に立って、損害賠償を否定しました（258頁・野中発言）」、「在宅投票の場合には、投票権が憲法上保障されているという前提に立てば、その不存在によって、身障者等の投票権が侵害されていることになります。しかも具体的な侵害です。その侵害を認めないということは、投票権は憲法上保障された権利ではないということになります（259頁・浦部発言）」。

³² 実体的な問題について詳しくはⅡ4(1)参照。

³³ 最一小判平成18・7・13判時1946号41頁。

るものではない。」

ロ 「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ものであることが明白な場合^①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^②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項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

ハ 昭和60年判決は「以上と異なる趣旨をいうものではない。」(下線及び数字は引用者)

本判決は昭和60年判決を、事実上「緩和したもの」³⁴、「変更したもの」³⁵という位置づけがなされている。ここでは昭和60年判決との違いよりもむしろ、(2)で述べたロジックを維持した上で、違憲判断を表に出す例外的な場合について述べている点に注目しておきたい。

上述の昭和60年判決の読み方に沿って理解するならば、平成17年判決の意義は、違憲判断が裁判所によって明示的になされて国賠法上違法となるのは、上記下線①と②の場合であることを明らかにしたところにある。すなわち、違憲という憲法判断をいつ表に出すかは裁判官の裁量であるが、この裁量に係わるルールが①と②である。

本件についていえば、「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

³⁴ たとえば、北村和生「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」ジュリ1303号(2005年)25頁以下、27頁、西埜・前掲論文(注25)(「学生無年金障害者訴訟における立法不作為の違法性」)145頁、野坂泰司「在外日本国民の選挙権—在外選挙権訴訟違憲判決」法教315号(2006年)77頁以下、88頁など。

³⁵ たとえば、小山剛・受新659号(2006年)20頁以下、20頁、内藤光博「立法不作為に対する違憲判断の新しい基準—在外選挙権訴訟大法廷判決」専修ロージャーナル1号(2006年)147頁以下、158頁など。

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るとされた。

ところで本判決では、在外国民の選挙権の行使を制限することについて違憲という判断が示されており、本稿が注目しているところの、違憲判断を「限定」する仕組みという点でいえば、次に扱う憲法判断を示さなかった平成18年判決の方が、より興味深い。

(4) 精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決（平成18年判決）

本判決は平成17年判決の違法性に関する判示を参照し、精神的原因によって投票所において選挙権を行使しえない場合にも、国には所要の措置を執るべき責務があるとする。

しかしながら、(i)「身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではない」こと、(ii)「少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取り上げられる契機があったとは認められない」ことを指摘する。

そして、「選挙権行使の機会を確保するための立法措置については、今後国会において十分な検討がされるべきものであるが」、「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当たるということはできない」ため、平成17年判決の示した例外的に違法という評価を受ける場合ではないとされたのである。

本判決でも、平成17年判決と同じく、投票を可能とするような立法措置自体は憲法上の要請と考えられているのであり、この点だけからすれば、抽象的に公選法の憲法適合性判断は「可能」である。後述するように(II 4(1)③)、泉徳治補足意見は「憲法に反する状態にあった」と述べている。

しかしながら、上述の(i) (ii)から考えるに、法廷意見においては、どのような制度が可能であるかが一見して明白ではない現状において、裁判所が憲法判断をなすのは時期尚早であるとの判断をして、憲法判断には踏み込まなかったものとする。

つまり、平成17年判決の示した、国賠訴訟で違憲判断をいつ表に出すかという裁判官の裁量に係るルールの判断において、『憲法判断に踏み込むか否か』につき、状況が憲法判断をなすに充分熟しているかどうかという、憲法争点の成熟性を判断のポイントとしたのである。

この点につき項を改めて扱う。

3 憲法判断に踏み込む要件

いかなる場合に裁判所は憲法判断を回避せずに踏み込むのが適当であるかに係わる要件を、本稿では「憲法判断に踏み込む要件」と呼ぶこととするが、これ自体は、訴訟形式には依存しない独立の概念である³⁶。本稿が上で述べてきた立法不作為の国賠訴訟における違憲判断の「限定」の仕組みは、これの国賠訴訟における現れと理解することができる。憲法判断に踏み込む要件の内容の詳細については、本稿の対象である選挙権だけではなく、様々な事例を考察することが必要であり今後の課題であるが、ここでは本稿の必要とする限りで、理論上の整理をなしておきたい³⁷。

(1) 合憲性判断要件と憲法判断に踏み込む要件

客観的な合憲性についての判断及びその要件と、判断をするか否かにかかわる要件は、少なくとも「立法不作為」を論じる際に、従来、概念的に区別

³⁶ なお、君塚正臣は、一般的な事件争訟性（司法の問題として裁判所が取り上げる要件）とは区別して「憲法事件争訟性（裁判所が具体的事件の審理の中で憲法判断を行う要件）」という概念を立てている。「最高裁は違憲の法律を消せるか 憲法訴訟・憲法保障」君塚正臣・藤井樹也・毛利透『VIRTUAL 憲法』（悠々社、2005年）173頁以下、178-79頁、「裁判所」川岸令和他『憲法〔新版〕』（青林書院、2005年）287頁以下、312頁。

されてきたと言いはし難い。しかし、これらは区別されるべきであり、違憲判断をなすに当たっての立法府への謙譲などの考慮は、後者に係わる問題である。

たとえば、学説では「立法不作為の違憲」の要件として、「憲法により明文上ないし解釈上一定の立法をなすべきことが義務づけられているにもかかわらず、正当な理由もなく相当の期間を経過してもなお国会が立法を怠ったような場合には、その不作為は違憲と言わざるを得ない³⁷」、「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できたにもか

³⁷ ところで、本節で示す考え方は、「違憲審査の間口の問題と実体判断のあり方の問題」（佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）337頁）との分離を前提としている（なお佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）246-247頁も参照）。これらを別に考える指摘として他にも、たとえば駒村圭吾「違憲審査制の類型」加藤一彦・只野雅人編『現代憲法入門ゼミ50選』（北樹出版、2005年）289頁以下、293頁（「違憲審査とは、国家行為の正当性を多数決民主主義とは異なる原理で統制しようとするアイデアであり、司法権固有の任務とは別次元の仕組みである」）、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2005年）360頁（「司法権の観念から事件性の要件を排除し、それに代えて『適法な出訴』があれば裁判所は司法権を行使しようと考えれば、法律で出訴権が認められている限り、司法権の行使の要件は成立し、その権限行使に付随して違憲審査権を行使することに憲法上何の問題もないことになる。」）、戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」曹時51巻5号（1999年）1頁以下、26頁（「違憲審査の観念は、事件性を内実とする司法権の観念とは切り離して把握できるし、また、すべきものであるように思われる」）など。

以上に対して、「間口」と「実体判断」が別に把握されることへ疑問を唱えるものとして、たとえば塚本正臣「憲法判断回避の『法理』について」横国14巻1号（2005年）1頁以下がある（「裁判所が都合により憲法判断を回避したり踏み込んだ判断をしたりすることが一般的にできるのであれば、事件は裁判所にとって自由な憲法判断のきっかけに過ぎず、それは抽象的違憲審査を日本国憲法に持ち込むものであって、『司法権』の本質を掘り崩すものと言えよう」として、「憲法判断回避は『準則』や裁量ではなく、すべき場合とすべきでない場合の二分のルールとして確立されるべきではなかったか」という問題提起をしている。11-12頁）など。

日本国憲法下において独立審査制は導入できないものの、憲法判断が本質的に抽象的性格を有することから、抽象的審査（判断）は不可避である。司法的に作り出される整序ルールという視点からアプローチし、抽象的な法形式間の適合性判断に関するルールを模索する方法もあるのではないかと考えている。

³⁸ 芦部・前掲書（注13）368-69頁。

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、その立法の不作为が具体的に違憲となるものと解される³⁹⁾とされる⁴⁰⁾。

これらは立法の不作为が、たとえば国賠法上で「違法」と判断される要件について語っているのではなく、訴訟形式を問わずに一般的に「立法の不作为」が「違憲」と判断される要件について述べており、ある状態が客観的に憲法に照らして合憲か違憲かが判断できる時点（立法義務の生ずる地点）から合理的期間を徒過してはじめて「立法の不作为」が違憲となるという。

しかし、正確に言えば合理的期間の考慮は、ある立法（不作为の状態）が憲法に適合しているかどうかという実体判断にかかわるのではなく⁴¹⁾、これを前提とした上で違憲という実体判断をなすべきかどうかにかかわるものである⁴²⁾。

学説がなぜ「立法不作为の違憲」ということを論じてきたかといえ、その理由の一つは、立法が存在する場合と異なり、立法府の第一次的な選択が

³⁹⁾ 佐藤・前掲書（注37）346-47頁。

⁴⁰⁾ 他にも、戸波・前掲論文（注9）362頁（「憲法上の立法義務、および相当の期間の猶予、という2つの要件は、学説でも一般に認められているところである」）など。

また、このような要件に影響を与えたのが、在宅投票制度廃止違憲訴訟控訴審判決の「国会が或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ない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、その不作为は違憲」という判断である（札幌高判昭和53・5・24高民集31巻2号231頁）。

⁴¹⁾ 安念潤司は「客観的に憲法の何らかの条項に反しているにもかかわらず、なお違憲ではないという法律構成には理論的な基礎づけが欠けていると判断せざるを得ない」、「法律は、その規範内容が憲法の規範内容に客観的に抵触していれば、・・・当然に憲法に違反する」と指摘する。「いわゆる定数訴訟について（四）」成蹊27号（1988年）131頁以下、168頁。

また、高橋和之「定数不均衡違憲判決の問題点と今後の課題」ジュリ844号（1985年）21頁以下、24頁においても「合理的期間論と事情判決の機能的同一性に着目して、合理的期間についての判断資料を事情判決的考慮の中に組み込み両者を統一的に捉え」、「定数不均衡が客観的に違憲の状態であれば違憲と判断し、後はその効果をどうするかの問題として処理する」ことが提言されている。

なされていない状態で司法府が判断しているのか、実現方法は多様であるはずなのに司法府に判断できるのかという疑問からであろう。しかし、たとえば、生存権実現立法の不存在を考える場合、憲法適合性判断は「しえない」、すなわち実体的に権利侵害が認められない場合も多いと思われるが、これと、2(4)のように制度が憲法によって要請されているながら（＝実体判断は可能）、憲法判断はなされないという場合との違いは、重要である。権利の問題として客観的に立法の不存在について憲法に照らしての判断が可能かという問題と、憲法判断を回避せずになすべきかどうかという裁判官の裁量を含む問題は、区別すべきである。

したがって、「立法不作為の違憲」は、(i)違憲と判断できるかどうか、(ii)判断をなすべきかという2つの要素に分解できるのであり⁴³、(i)について、本稿の主題に引き直せば、選挙権を現実化する制度の不存在が、「違憲」と実体的に判断しうるかどうかにかかってくるのである。この問題がIIの主要テーマである。(ii)については次の(2)で、平成18年判決の理解との関係から、憲法的争点の成熟性という点に限定して扱っておきたい。

(2) 憲法判断に踏み込む要件 一成熟性の観点から

憲法訴訟としての国賠訴訟では、違法性要件の中で、憲法判断に踏み込むことの適当性や救済手段としての適当性⁴⁴が考慮される。そこでまず、立法

⁴² 井上典之は、「この合理的期間の経過という要件は、必ずしも憲法の規定する実体的権利の内容とのみ関係を有するものではない」、「立法不作為を違憲と評価するための憲法上の実体的要件というよりも、憲法上保障されている個人の権利・自由の実体内容とは別の、立法府の裁量権に対する配慮が前面に押し出された統治機構内部の権限配分の問題が考慮されたものとして」、「立法不作為の違憲審査のために展開される基準であると考えておく方が適切かもしれない」とする。「立法不作為と違憲審査」赤坂正浩＝井上典之＝大沢秀介＝工藤達朗『ファーストステップ憲法』（有斐閣、2005年）277頁以下、281頁、282頁。

⁴³ なお、このように2つの要素に分解するならば、立法を作為と不作為に分けることの意味は小さくなる。違憲は違憲として判断できるのであり、作為の場合と不作為の場合とは、後者における(ii)の要素の考慮が異なるだけである。

行為への国賠請求の違法性判断の基準について見てみると、昭和60年判決前に下級審判例のとりどころは次のようであった⁴⁵。また、これらは学説においても、基本的に受け入れられている⁴⁶。

- (a) 立法行為に係る権利が、憲法上保障された重要な権利であること
- (b) 立法行為が、個人の具体的な権利利益に法律上の影響を及ぼす処分的性格を有する権利に係るものであること
- (c) 立法行為が立法裁量の範囲を逸脱・濫用して著しく合理性を欠き、あるいは立法行為の違憲性が明白であること
- (d) 立法に要する合理的期間ないし相当期間が徒過していること

これら要件の妥当性について検討することなく、沿って考えるに、(a)(b)(c)が、先述(3(1))の(i)(違憲と判断できるかどうか)に係わり、(d)が(ii)(憲法判断をなすべきか)に係わるといえる。そこで(d)に注目する。

⁴⁴ 本文に掲げた基準の中では、これは直接には触れられていない。その理由は、救済手段に着目して訴訟形式を選択するということは、救済のために用いることができる救済手段が実質的に限られていた背景の中では、実際には難しかったことにあるだろう。この点で、平成17年判決を受けて、ようやく救済手段の性質を考慮した選択ができるような状況になりつつあるのかもしれない。今後の展開次第では、基準の中に救済手段の適当性についても反映させる必要が生じよう。

⁴⁵ 大藤敏「議員定数は正の遅延」村重慶一編『裁判実務大系18 国家賠償訴訟』（青林書院、1987年）257頁以下、268頁。

⁴⁶ たとえば、佐藤幸司の挙げる国賠訴訟が適法に提起される要件は、「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為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為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立法不作為の場合には、さらに、・・・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」、である。佐藤・前掲書（注37）350頁。

なお、関釜訴訟地裁判決（山口地下関支判平10・4・27判時1642号24頁）は、昭和60年判決の「例外的な場合」につき、「立法不作為に関する限り、これが日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができるものと解する」とし、国賠法上違法とされる要件として次の4つを挙げた。①人権侵害の重大性、②救済の高度の必要性、③立法課題としての明確性、④合理的是正期間の経過、である。

これは、「憲法上の要請である立法がなされていない客観的に違憲な状態だが、合理的期間の間は違憲と判断することを留保する」という意味であり、憲法判断を下すに十分なほどに憲法的争点が熟していることを要求するものである。

そもそも「成熟性とは、訴訟が司法判断に適する程度に至っているか否かを問う概念⁴⁷」であり、訴訟の成熟性であって、憲法的争点の成熟性を指すわけではない。そしてわが国の争訟制度では、成熟性は具体的事件性の要件と同じような用法で捉えられており、成熟性の概念のアメリカからの導入は未発展に終わったとの見方もされている⁴⁸。

しかし、少なくとも国賠訴訟においては、憲法的争点の成熟性（違憲性判断）と金銭賠償訴訟の成熟性（違法性判断）とを別の概念として立てることは、問題の可視化に役立つのではないかと考える。

そこで2(4)で扱った平成18年判決に戻ると、そこでなされたのは、精神的要因による投票困難者が投票をなしうような制度の設営をめぐることは、憲法的争点が充分には成熟していないという判断であり、したがって、抽象的には可能でありながら、憲法判断が回避されたのである。

(3) 責任

さて、留意すべきは、憲法適合性判断は客観的な法規範違反に関する判断であるが、憲法判断に踏み込むか否かの考慮は、責任の領域に係わる点である⁴⁹。そこで、違法性要件には故意過失の要素が混入することとなる。平成18年判決で、立法府が課題として取り上げていなかったという事実が重視されていたが、これもその例である⁵⁰。

⁴⁷ 戸松・前掲書（注6）103頁。

⁴⁸ 戸松・前掲書（注6）103—105頁。

⁴⁹ 安念・前掲論文（注41）168頁でも、「立法者の立法義務、ないしは、いつ立法を行うかについての裁量権なるもの」は、「何らかの意味での『責任』の分野に属する事柄であることが指摘されている。

昭和60年判決について、違法性認定のハードルを高くするにあたり、「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、故意を要求するような文言を用い、政治的性格を述べることにより違法性要件に故意過失の要素を入れていることは、既にこれ迄にも指摘されているとおりである⁵¹。

これに加えて、別の視点から、立法「行為」の違憲性を争う手法の憲法的意義として、「壮大な立法過程に参加するさまざまな関与主体の言動を法的に意味のあるものと捉え直すことによって、民主政における熟慮的討議の確保を核心とする『討議民主政 (deliberative democracy)』に法的な規範性を与える点にある⁵²」、という指摘もなされている。こう考えるとすると、国賠法の違法性判断のありようは、必然的に故意過失を交えてのそれとなるだろう。

思うに、そもそも立法行為を争う憲法訴訟としての利用が予定されているわけではない国賠訴訟というルートを活用する以上、違法性要件への責任要素の混入は致し方ないことである。ただし、違憲判断をなすことと関係のない事柄の考慮については、違法性要件内ではなく、責任要件でなすべきと考える。違憲と判断できる場合であるならば違法（違憲＝違法）というロジックは維持される必要があるためである⁵³。

そこで以上からすると、国賠法上の違法性について、立法行為の場合は、

⁵⁰ 橋本勇・Lexis判例速報11号（2006年）90頁以下、92頁でも、平成18年判決のこの点を故意過失要件が違法性要件と混同されていると指摘し、故意過失要件を「否定することによって違法性を否定しているものであり、判決の結論はともかく、論理としてはすっきりしないものがある」とする。

⁵¹ 宇賀・前掲書（注17）106－107頁。故意重過失を要求しているという理解として、藤井俊夫・ジュリ862号（昭和60年重判解）（1986年）17頁以下、19頁（昭和60年判決評釈）、棟居・前掲評釈（注30）43－44頁。

⁵² 駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』（弘文堂、2005年）321頁以下、330頁。

⁵³ この点で、違憲状態と判断しながらも違法性を否定したALS訴訟東京地裁判決（東京地判平成14・11・28判タ1114号93頁）などには疑問がある。

違憲の場合に違法となるという公権力発動要件欠如説ではなく、実体判断は可能であっても憲法判断に踏み込むとは限られないため、「違憲判断をなしうる場合に違法」との理解となる。

4 小括

国賠訴訟という形式が、立法不作為の違憲を争う受け皿として、そもそも適当であるかには、やはり疑問の余地がないわけではない⁵⁴。本章の限りにおいても、個人的な権利侵害の救済という本来的な役割を超えて、客観的な法秩序の維持にこれを利用することによって、違法性要件には大きな負担がかけられていることを見てとれよう。この点につき、たとえば、「現行国賠法は、立法行為や司法行為をも一律の要件で扱っているという点から出発せざるを得ず、そのため特に『違法』要件に様々な問題が投げ込まれて、いわば過重な負担に喘いでいるという印象を受ける⁵⁵」との指摘もなされている。

それでも救済手段の貧困な現状にあっては、国賠訴訟というルートを最大限に活用する途を探らなければならないと思われ、憲法訴訟として用いる際の国賠法固有の問題を理論的に整序する試みが本章であった⁵⁶。

まとめると、ある立法行為が違憲であるとの主張がなされる国賠訴訟において、それが①実体的に違憲と判断でき、②違憲判断をなしうる場合である

⁵⁴ 立法行為为国賠法1条の対象とすることへ疑問を呈する見解として、たとえば「研究会日本の国家賠償法制の特色」ジュリ993号(1992年)8頁以下、47頁(宇賀克也発言)また立法論的検討として宇賀・前掲書(注17)112頁以下がある。また、塩野・前掲書(注21)290頁でも、「今後の立法政策との関係でいえば、国会議員の立法作用、裁判官の裁判作用等について一般的に国家賠償法を適用するという現行法制そのものの妥当性も考慮されねばならない」とされている。

⁵⁵ 稲葉馨「立法」ジュリ993号(1992年)61頁以下、66頁。

⁵⁶ なお宇賀・前掲書(注17)112-114頁では、制度改革訴訟としての実質に鑑み、国賠ルートでの違憲判断が可能となるようにとの考慮から、立法論的検討を加えている。主張の骨子はこうである。公権力発動要件欠如説を採用しながら、「合憲性の判断を中間判決のできるような制度を設け、そこで違憲判決が出たときは、一定期間内に法改正により違憲状態が是正されないときに限り、終局判決で損害賠償を命じうることとしてはどうか(113頁)」と。

ならば、違法であるべきである。そして、①では客観的な法規違反の有無が判断され、②では憲法判断に踏み込むや否やに係わる考慮が加えられる、となる。

以上にて、選挙権救済に国賠法を用いるに当たって解決を要する前提問題を、一応のところ扱い終えたものとして、次章では①につき検討をする。

II 選挙権

1 課題設定

代表民主政の下で、選挙は、主権者国民が自らの代表を選出する最も重要な契機であり、統治機構論との直接的な繋がり、選挙権に複雑な性格を与えている。選挙権の法的性格をめぐるこれまでのわが国における議論のありようを考えれば、これらの議論を扱う場合には、本来ならば原理論を踏まえる必要があろう。しかし本章は、諸文献の研究成果を参照しながら、選挙権の意味内容（範囲）という、前章の最後に述べた①の実体判断にかかわる問題を、限定的に考察することを目的とする。

ところで、前提問題として最初に解決しておく必要があるのが、行為規範違反性である。これは国賠法の対象が立法行為であることに起因し、ケルゼンの議論を念頭に、次のような主張もなされているところである。すなわち、憲法は制限規範であって、行為規範ではないのであり、『「違憲の立法不作為」による賠償可能性は絶無といえる』、と⁵⁷。

しかしながら行為規範の意味については、「論者によって意味が異なり、

⁵⁷ 尾吹善人『日本憲法—学説と判例』（木鐸社、1990年）357—360頁で国会立法の国賠法上の違法性が検討されている。引用箇所は360頁。また、憲法規範の特質については「第一章一」参照。また、同「憲法規範の変性？」新正幸・鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理』（木鐸社、1991年）383頁以下、特に403—408頁も参照。なお、木村将成「憲法の『行為規範』化か—『立法不作為』を認容した最近の裁判例について—」日本大学大学院法学研究年報36号（2006年）23頁以下も参照。

⁵⁸ 高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』バトカー追跡事故判決再考」『損害賠償法の課題と展望』（石田・西原・高木還暦中巻）（日本評論社、1990年）137頁以下、154頁。

その想定されている範囲も異なる⁵⁸⁾ことを考えれば、違憲の立法行為はしてはならないという極めて抽象的なレベルで、国会議員の行為規範を捉えることも許されるだろう⁵⁹⁾。また、立法行為も国賠の対象となることは、国賠法の想定する事態ではないものの、少なくとも理論的には「当初から、学説においても、ほとんど異論をみななかった⁶⁰⁾」とされているところである。

そこで、行為規範性が肯定でき国賠法の対象として語りうることを前提に、立法不作為の結果として生じている客観的な状態の憲法適合性、つまり主観的な要素を排した憲法との適合性審査の問題を、本章では考察する。

2 アメリカでの選挙権のありよう

しかしここで本題に入る前に、さらにもう一点、アメリカにおける選挙権をめぐる状況との簡単な比較を試みておきたい。というのもその理由はこうである。本章4(2)で扱う「投票価値の平等」が、アメリカ連邦最高裁の、*Baker v. Carr*⁶¹⁾を嚆矢とする判例展開に大きな刺激と影響を受けたことから、アメリカの議論がしばしば参照されるのに対して、4(1)で扱う「投票の機会の保障」では、ほとんど参照されていない。これは連邦制という制度や代表観、選挙権観などの違いに起因するものだが、かの国とわが国との置かれた

⁵⁸⁾ 立法行為についての違法性判断に際して、このレベルで行為規範性を捉えることには、広い見解の一致があるものと思われる。阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣、1988年）140-141頁、宇賀・前掲書（注17）104頁、長尾一紘「在宅投票制度の立法の不作為と国家賠償法1条の適用」民商95巻2号（1986年）96頁以下（昭和60年判決判評）、104-105頁、西埜・前掲論文（注25）（「職務行為基準説の批判的検討」）177頁など。

⁵⁹⁾ 宇賀・前掲書（注17）98頁、同「立法と国家賠償」『現代立憲主義の展開 下』（芦部古希）（有斐閣、1993年）61頁以下、65頁。

なお消極説として、たとえば今村成和『国家補償法（法律学全集9）』（有斐閣、1957年）102頁・注1、下山・前掲書（注11）122-123頁、遠藤博也『国家補償法上巻』（青林書院新社、1981年）449-450頁など。

⁶¹⁾ 369 U.S. 186 (1962). *See also*, *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963), *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964), *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), *Maryland Committee for Fair Representation v. Tawes*, 377 U.S. 656 (1964), *Lucas v. Forty-Fourth Colorado General Assembly*, 377 U.S. 713 (1964).

状況の違いを踏まえておくことは、わが国での議論の見通しにも役立つであろう。そこで、本稿の議論に必要な限りで、アメリカにおける選挙権を定位する。

「投票権は根本的な政治的権利であ⁶²」り、そして「疑いなく選挙権は、自由で民主的な社会において、根本的な事柄である⁶³」とされてきた⁶⁴。しかしながら、「憲法は何人にも選挙権を付与してはいない⁶⁵」こともまた、連邦最高裁によって確認されてきているところである⁶⁶。

連邦憲法1条4節は「上院議員及び下院議員の選挙を行う時、場所及び方法は、各州において、その議会が定める」としており⁶⁷、選挙制度の構築権限は各州に属する⁶⁸。投票権が行使される条件を決定するのは州なのであり、それは選挙以外の方法をとることを選択することによって、市民に選挙権を与えないという決断をすることも含みうる、絶対的なものである⁶⁹。

つまり、選挙権（投票権）の積極的実体的意味内容として、投票する権利は連邦上の権利としては存在せず、州が選挙制度に関する実体部分を決定するのである。このため連邦政府が選挙制度について全国統一的基準を設定することもなかった⁷⁰。

⁶² *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 370 (1886).

⁶³ *Reynolds*, 377 U.S. at 561–562.

⁶⁴ なお、わが国でも選挙権を政治的権利と解しているとの指摘として、吉田善明「政治的権利 一選挙権の再検討」ロー・スクール21号（1980年）76頁以下。

⁶⁵ *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162, 178 (1874).

⁶⁶ *San Antonio Independent School Dist.*, 411 U.S. 1, 36 n.78 (1973)（「投票権は憲法的に保護された権利ではない」）、*Rodriguez v. Popular Democratic Party*, 457 U.S.1, 9 (1982).

⁶⁷ 訳は高橋和之編『新版世界憲法集』（岩波書店、2007年）（土井真一訳）による。

⁶⁸ *Popular Dem. Party*, 457 U.S. at 8–9（「州はいかなる方法をとるかにつき大きな権限を有している」）、*City of Mobile, Alabama v. Bolden*, 446 U.S. 55, 76–77 (1980).

⁶⁹ *Lassiter v. Northampton County Board of Elections*, 360 U.S. 45, 50 (1959), *Bush v. Gore*, 531, U.S. 98, 104–105 (2000).

⁷⁰ この点で、2002年アメリカ投票支援法（*Help America Vote Act of 2002*, Public Law 107–252, Oct. 29, 2002, 116 STAT. 1666）は、全国統一基準を示し、連邦が費用を支援するものであり、画期的といえる。なお、例外的な規制の例として1965年投票権法（*Voting Rights Act of 1965*）による読み書きテストの禁止等がある。

しかし一旦与えられるならば、平等に与えられなければならない⁷¹。そこで選挙権についての訴えは、平等原則違反として提起されることとなるが、平等保護の名の下で実体的権利を創造するものではない点は確認されてきている⁷²。

本章4(1)で扱う「投票の機会の保障」についていえば、全ての者が実際に投票しうる制度を設けるか否かは州の立法裁量の問題となり、仮に設けるならば、全ての同じ状況に置かれた市民が平等に利用可能でなければならないという発想となるのである⁷³。

次に、そのような制度の一つである不在者投票制度について、簡単に歴史を振り返っておきたい。不在者投票はまず軍務での不在者について採用され、そして一般市民へと広がっていった。この制度の理解には、秘密投票制度との関係が重要である。というのも、アメリカでは買収や威嚇の蔓延していた事態の改善のために秘密投票制度として、いわゆるオーストラリア式投票制度 (Australian ballot system) が採用されたのであるが、不在者投票制度はこの制度との抵触が問題となるからである。不在者投票制度は秘密投票制と両立できる範囲内で構築されてきたのであり⁷⁴、選挙権の本質的内容として、憲法が現実に投票を可能とせしめる制度を要請している、という議論が展開された結果が不在者投票制度であるわけではない点に、留意しておきたい⁷⁵。

⁷¹ McDonald v. Board of Election Commissioners of Chicago, 394 U.S. 802, 807 (1969), *Rodriguez*, 411 U.S. at 36 n.78.

⁷² *Mobile*, 446 U.S. at 76–77.

⁷³ McDonald v. Board of Election Commissioners of Chicago, 394 U.S. 802 (1969), O'Brien v. Skinner, 409 U.S. 1240 (1972).

⁷⁴ オーストラリア式投票制度、不在者投票制度の導入について、John C. Fortier and Norman J. Ornstein, *Symposium: Election Reform: The Absentee Ballot and the Secret Ballot: Challenges for Election Reform*, 36 U. MICH. J. L. REFORM 483 (2003)、森口繁治『選挙制度論』(日本評論社、1931年) 271–277頁。オーストラリア式投票制度について高橋和之「アメリカにおける選挙権の観念」『現代立憲主義の展開 上』(芦部古稀)(有斐閣、1993年) 407頁以下、410–413頁。もっとも、今日には、以前ほどの熱意をもって秘密投票制度の保持がなされていないとの批判もなされている。Fortier and Ornstein, *id.*, at 511.

そして、不在者投票制度の不存在が争われた事案で連邦最高裁は、「選挙権剥奪という事例ではなく選挙権が問題とされているのではない。不在者投票をする権利なるものが主張されているのだ」と述べ⁷⁶、選挙権の現実化という問題ではなく、「不在者投票特権 (absentee voting privileges)⁷⁷」という「特権」の問題として理解しているのである。

さて他方で選挙権をめぐることは、実験的ともいえるべき展開もなされてきたのがアメリカである。多くの議員選挙で小選挙区制がとられているが、「政府は国民の意見をできるだけ正確に反映するものでなければならない」という、「アメリカの伝統的な考え、それも最も強力な伝統に属する⁷⁸」考えが作用し、単純な多数代表制に対する修正が立法措置（1965年投票権法ほか投票権法制）により図られてきた歴史的展開がある⁷⁹。人種などの属性による投票行動の分極化という実態や、投票と代表との観念上の強い結びつきなどを所与として、立法府と司法府の相互作用も影響しながら、政治に参加する権利を制度として形成してきたこの側面は、参照に値しよう。制度的要因を取

⁷⁵ 郵便投票制について、ドイツの判例・学説においても、これは普通選挙原則と秘密選挙原則のはざまに位置する制度として扱われており、判例・学説は制度の存在・不存在ともに合憲と解していることが長尾一紘によって紹介されている。長尾・前掲評釈（注59）113-114頁。なお、本稿の（注140）も参照。

⁷⁶ See *McDonald*, 394 U.S. at 807.

⁷⁷ See *id.* at 809.

⁷⁸ 小川晃一「アメリカ合衆国における選挙権拡大の歴史過程 —成年男子普通選挙権まで—」北法34巻1号（1983年）43頁以下、44頁。

⁷⁹ 倉田玲「ゲリマンダリングと合衆国の投票権法制（上）—代表を選出する機会の平等—」立命268号（1999年）53頁以下、59頁では「選挙過程における機会の平等の意味を変革してきた壮大な実験としての投票権法制 (the voting rights law)」といういい方がなされている。なお、（下）は、立命269号（2000年）24頁以下である。

本問題に関する論考としては他に、木下智史「合衆国における人種の少数者の投票権保障（一）～（四・完）」神院25巻3号（1995年）83頁以下、25巻4号（1995年）95頁以下、27巻1・2号（1997年）111頁以下、29巻2号（1999年）41頁以下、西川裕三「アメリカにおける選挙区割り」と投票価値の平等（一）（二）」経済研究（大阪府立大学）41巻1号（1995年）13頁以下、43巻1号（1997年）23頁以下、東川浩二「選挙区割りにおけるアフーマティヴ・アクション —投票における人種指標の重要性についての一考察」六甲台46巻1号（1999年）25頁以下などがある。

りあえず措いて単純化をすることが許されるならば、これは実体的な選挙権を観念して内容を演繹する思考ではなく、選挙制度を形成・改正する中で帰納的に選挙権を考える思考といえる。

ごく概略のみ覗いたに過ぎないが、以上を踏まえて、わが国における選挙権についての考察に入ることにしよう。まずは法的性質をめぐる学説の検討をなし、次いで個別事案におけるありようの検討に進みたい。

3 選挙権の意味〔1〕 一学説の検討

1980年前後からの、選挙権に権利性と同時に公務性も認める学説（二元説・通説）への、公務性を否認する学説（権利説・有力説）による批判をうけて、学界で選挙権の性格をめぐる再検討が進んだ。そして、権利性がより強調されるようになった結果として、今日においては、何が具体的に主張されているのかをみるならば、両者の違いは小さなものに過ぎないと評価されている⁸⁰。この選挙権論争は、背後にある国家論や主権論、そして代表制論といった理論と不可分に結びついているが、これらに遡って検討をすることは本稿の範囲を超える。選挙権の実体的内容を考えるに際して本稿が着眼したいのは、約30年経てもなお、公務性を認める説が通説であり続けていることの意味である。これを、選挙に公的作用を認めることを前提に、選挙権を完全に個人的権利と捉えることへの学説の躊躇の現れであると読みたい。

敷衍すればこうである。選挙権の内容をいかなるものとして捉えるかにつき、二元説においても権利説においても、選挙人名簿搭載請求権が含まれることには、異論ない。しかし、これを超えて、個人的権利としてどこまで語りうるのであろうか。たとえば、選挙へ参加する資格だけなのか、投票の時

⁸⁰ 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣、2006年）511頁（高見勝利執筆）。

なお、学説の分類として本稿では、広義の権利説の中に「二元説・権利説」があり、前者には更に「権限説・二元説」を区別できるものと考えている。なお学説名として林田和博『選挙法（法律学全集5）』（有斐閣、1958年）36-40頁参照。

点や選挙の結果についても個人的権利の内容に含められるのか。権利説においては、選挙人資格請求権、投票権、立候補、選挙活動、当選確定にいたる選挙過程全般に亘る個人的権利として、その内容を把握することを主張されている⁸¹。しかし公務たる性格を権利に加える通説においては、選挙権をいかなる内容のものとして定義するかというと、些か曖昧である。

選挙が単なる私的利益の追求を超えて、多かれ少なかれ公的性格を不可避に帯び、選挙の主体は国家であるとするなら、この公的な制度に個人の選挙権を位置づけるのは、容易なことではない筈である。たとえば、通説の原型をなすイエリネックの説は、選挙権を選挙人名簿搭載請求権としたが、石川健治によるとイエリネックの問題意識は、「個別利害が渦巻く欲望の体系—集合意思 (volonté de tous) の世界—から自律化した公共圏—一般意思 (volonté générale) の世界—を確保する (強調原文)⁸²」ための「公共性の回路⁸³」を、私益による汚染から守ることにあつたという⁸⁴。選挙というのは、一般意思導出のための純粋な公務であり、「選挙権の名目で個別利害が逆流しようとする事態は、注意深く遮断しておかなくてはならない⁸⁵」。そこで、「権利論—いわば正当化されたエゴイズム—が到達できるのは、自らが国家機関 (有権者団の一員) としての地位にあることについて、国家の『承認を求める請求権』までであるとされる (強調原文)」と。

イエリネックのこの問題意識を念頭に置きながら、選挙制度という客観的法規範に対して、どのような主観的権利の主張ができるか、換言すれば、「選挙をなす個人的権利」なるものは観念しうるのかを考えてみたい。まず、本節(II 3)では、戦後の学説展開を踏まえながら、選挙権を完全に個人的なものとしては把握できないという通説の意味するところを描き出すことを試み

⁸¹ II 3(3)②参照。

⁸² 石川健治「承認と自己拘束—流動する国家像・市民像と憲法学—」『岩波講座 現代の法1』(岩波書店、1997年) 31頁以下、34頁。

⁸³ 石川・前掲論文(注82) 38頁。

⁸⁴ 石川・前掲論文(注82) 47—48頁。

⁸⁵ 石川・前掲論文(注82) 48頁。

よう。

(1) 権限説

1) 今日の通説の基礎を形作る権限説について、代表的論者としては美濃部達吉が挙げられる。美濃部は、「選挙権は普通に選挙に参加する権利であると謂はれて居り、それは必ずしも誤と為すべきではないが、併し理論上から謂へば、選挙に参加することそれ自体は国家機関としての公の職務」であり、「国民各個人の権利の内容を為すものではない」。[唯此の如き公務を行ひ得ることを国家から承認せられて居ることが、其の権利の内容を為す]とした⁸⁶。これは前述のイェリネックの選挙権理解と同型である。

2) 同じくイェリネックの議論を用いながら、田上讓治も、選挙人の投票は国家機関としての権限の行使（公務の執行）であり、「権限の行使にあたって個人的利益を考慮することは許され」ず、参政権は主働的身分の承認を求める権利であるとした⁸⁷。

3) 田口精一は、選挙権は「国民の個人的な権利というよりも、国家機関たる国民の権限ないしはそうした権限行使への共同参加に関する法律上の資格、能力と解すべき」とする。憲法のレベルでは抽象的な権利保障に留まり、下位法にて権利たるにたる実質を与えられると解するが、公職選挙法もまた個人的権利として具体化しているわけではないとする立場である⁸⁸。

4) また、作間忠雄は、選挙権が権利と義務の二重の性格を有するというのは「概念の多義性を示唆するだけで、問題の解決にはならない」との問題意識から、「選挙権の概念を、全選挙過程の中で正当に位置づけ、この本質を明確に把握することが必要となる」とし、「厳密に言えば、固有の意味の選

⁸⁶ 美濃部達吉『選挙法詳説』（有斐閣、1948年）7頁。

⁸⁷ 田上讓治『憲法撮要』（有信堂、1963年）92-93頁。

⁸⁸ 田口精一「議員定数の不均衡と平等原則」阿部照哉編『判例演習講座憲法』（世界思想社、1971年）33頁以下、44頁。なお、同「参政権」田上讓治編『体系憲法事典』（青林書院新社、1968年）376頁も参照。

挙権はこのいわば選挙人団加入請求権ともいべき実定法上の権利を指すものと考えらるべきであろう」とする⁸⁹。

5) 以上のような思考においては、有権者に選挙人たる地位が平等に保障されている限り、選挙制度という客観法を訴える足がかりがないこととなる。たとえば美濃部は「私法的選挙（株式会社の株主総会が取締役を選挙するなど一引用者）に在つては選挙又は当選の効力に関して争ある場合には利害関係人は常に民事訴訟を提起し得べきに反して、公法的選挙に在つては選挙又は当選の効力に関する争は民事訴訟の目的とならず、法律又は勅令に別段の規定ある場合に於いてのみ異議の申立・訴願又は行政訴訟を以て之を争ひ得べく、若し別段の規定が無ければ全然之を争ふの途が無い⁹⁰」ことが、法律上、両者の間の重要な差異の一つであるとしていた。

また、選挙に関する争訟は、機関行為という公益に基づく行為の結果、つまり一般意思のありようをめぐる争いであるので、選挙人という公的な地位に基づいて争う途のみが想定されることとなる。私人が私人たる地位で、私的利益の主張の方法として選挙権を有するといった私的な主張可能性は、論理の問題としてありえない。したがって、投票という時点では私的権利を主張しえない。田中真次が、選挙関係争訟は客観的訴訟であると述べて、議員定数不均衡が争い得ないとしたときに⁹¹、念頭にあったのはこの理解であり、主観的訴訟としての利用はそもそもの想定外という理解だったものである

⁸⁹ 作間忠雄「現代選挙法の諸問題」『岩波講座 現代法3』（岩波書店、1965年）125頁以下、128頁。

⁹⁰ 美濃部・前掲書（注86）2頁。

⁹¹ 田中真次・判評177号（判時715号）13頁以下、16頁。なお、同「議員の選挙区への配分と人口比率」ジュリ294号（1964年）46頁以下も参照。

⁹² 田中自身は「憲法は、一票の価値の平等をも要求しているものと考え、従って、公選法別表二は違憲と考えているが、現在の訴訟制度のもとでは、判決で右の違憲性を有効に判示する場所がないということに帰する（強調原文）」（田中・前掲評釈（注91）（判評177号）17頁・「附記）」という立場であった。もっとも、これに対しては下位法によって憲法上の権利の救済が否定されるという転倒した思考を指摘できる。棟居快行のいう「訴訟法の留保」である。『人権論の新構成』288頁（信山社、1992年）（初出『基本権訴訟』の可否をめぐって）『憲法訴訟と人権の理論』（芦部憲哲）（有斐閣、1985年）。

う⁹²。

(2) 二元説

① 二元説・1

1) 次に今日の通説である二元説について、清宮四郎による、「選挙権の性質については、いろいろの説があるが、選挙人は、一面において、選挙を通して、国政についての自己の意思を主張する機会を与えられると同時に、他面において、選挙人団という機関を構成して、公務員の選定という公務に参加するものであり、前者の意味では参政の権利をもち、後者の意味では公務執行の義務をもつから、選挙権には、権利と義務との二重の性質があるものと認められる⁹³」という説明が、最も有名である。

2) また、芦部信喜は1957年初出の論文において、「ここでいう『権利』とは、選挙する権利ではなく・・・『国家の活動に参加する地位』・・・すなわち『参政の権利』・・・の意である⁹⁴」としていた。もっとも、別の著作の脚注における説明では、「選挙権（投票権）とは、この行為（選挙のこと—引用者）に各有権者が一票を投ずることによって参加することができる権利を言う⁹⁵」、とある。しかし、当該箇所の本文の説明では「選挙権は、人権の一つとされるに至った参政権の行使という意味において権利であることは疑いないが、公務員という国家の機関を選定する権利であり、純粋な個人権とは違った側面をもっているので、そこに公務としての性格が付加されると解するのが妥当である⁹⁶」とあり、「選挙をなす権利」ではなく「参政の権利」としての位置づけといえよう。

3) 次に、選挙権論争の当事者の一人でもあった奥平康弘の選挙権理解につ

⁹³ 清宮四郎『憲法 I（法律学全集 3）』（有斐閣，1958年）100-101頁。

⁹⁴ 芦部信喜『憲法と議会政』（東京大学出版会，1971年）284頁・注15（初出「選挙制度—日本国憲法と選挙法の諸原理」国家71巻4号（1957年））。

⁹⁵ 芦部信喜『憲法』（岩波書店，1993年）196頁。なお以降の版でも同じ。

⁹⁶ 芦部・前掲書（注95）196頁。

き、少し詳しく検討しておきたい。

奥平は、「国民の参政権は、主権にかかわる権利としてもっとも枢要な価値を有し中核的な位置づけが与えられなければならない」とする⁹⁷。そして選挙権について、その性質の特徴の第一に公共性の強いこと⁹⁸、第二に制度との係わりの強いことを挙げている⁹⁹。第一の特徴は、だからこそ選挙権には制限を設けるべきではないという方向に働くが¹⁰⁰、第二の特徴により、選挙権に係わる問題が、権利論だけでは解けない性質を帯びることになる。「選挙権は最大限尊重されるべきだという、学説の対立を超えた基本原則¹⁰¹」はあるものの、制度のありようは「権利一本槍の憲法論で片づけるのには、あまりにも複雑なものがある¹⁰²」という。

その一例として挙げられているのが不在者投票制度である。いわく、「不在者投票という形態による選挙権のありようは、善かれ悪しかれ、不正投票行為を防止し、選挙の公正を保持するという制度的な要請と全く無関係というわけにゆか¹⁰³」ず、「一般論として言えば、不在者投票の作り方には、ある程度技術的裁量かはたらかざるを得ない¹⁰⁴」。「不在者投票制度というものは一現にあった在宅投票制度を廃止してしまう場合のように、実質的に権利（行使）の禁止または制限の効果をもたらす場合は格別— ふうつの場合、権利の制限よりは権利行使の機会を実体化する意味合いが強い¹⁰⁵」、と。

⁹⁷ 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）400頁。

⁹⁸ 奥平・前掲書（注97）406頁（「国政選挙という制度は、制度必然的または概念必然的に、国家レベルの政治活動にかかわる公共性のきわめて強いものだと思う。この制度の運用に参加し、国民代表の決定にあずかることを内容とする選挙権もまた、公共性のきわめて強いものだと思う」）。

⁹⁹ 奥平・前掲書（注97）406—407頁。

¹⁰⁰ 奥平・前掲書（注97）406頁。

¹⁰¹ 奥平・前掲書（注97）412頁。

¹⁰² 奥平・前掲書（注97）411頁。

¹⁰³ 奥平・前掲書（注97）407頁。

¹⁰⁴ 奥平・前掲書（注97）410頁。

¹⁰⁵ 奥平・前掲書（注97）411頁。

そこで、この説明から考えるに奥平説では、憲法上の要請としては、選挙権の内容に「投票の機会の保障」まで含められてはいない。

また別の論考において、「公務と権利を同時に認めることの理論的困難性」という権利説からの批判に答えて、「たしかに二元論にはおかしい面がある」が、そもそも「選挙権には矛盾態というか、論理的整合性だけで割り切ることでできない動的な側面が、いわば宿命的についてまわると考えられる」ので、「このいわば盾の両面を、二つながら認識することは、実態に即している」とする¹⁰⁶。

奥平の議論の骨子は、動的な選挙のプロセスを選挙権という実体論の言葉で語り尽くせないということと理解したい。つまり、選挙権から演繹して選挙にかかわる問題、たとえば選挙制度のありようなどを解決することはできず、憲法上の権利として、選挙権の内容を選挙権の側から一義的に定義することは不可能、という立場なのではないか。そこで、選挙権は、中身を予め確定し尽くせない「参政の権利」となろう¹⁰⁷。

② 二元説・2

選挙権の意味について現在の多くの学説のとるところは、上の①の立場（「参政の権利」）を超えて、投票の段階にかかる理解となっていると思われる

¹⁰⁶ 奥平康弘「選挙権の法的性質 —選挙権論をめぐって（その2）」法セミ341号（1983年）8頁以下、10頁。

¹⁰⁷ なお本文中で扱わなかった他の二元論者として、たとえば、林田和博（「果しない選挙権論争はわれわれを次の結論に導く」とし、選挙は公務であり選挙権は主観的権利であると説明した。（林田・前掲書（注80）39頁）、宮沢俊義（戦前においては選挙権の権利性を否定していたが（宮沢俊義『選挙法要理』（一元社、1930年）40-41頁）、現憲法下では「国家の活動に参与する地位をひろく権利と呼ぶならば、選挙権は『職務』であると同時に『権利』（参政権）であるといっている」と権利の定義を拡張して権利性を認めた。『憲法〔改訂第5版〕』（有斐閣、1969年）157頁）、佐藤幸治（選挙権を「有権者団の構成員となって行為しうる権利」とし、「機関としての公務という側面と、そのような公務に参与することを通じて国政に関する自己の意思を表明することができるという個人の主観的権利という側面の二面性」があるとする。佐藤・前掲書（注37）108頁）、など。

る。これは、判例への反応、たとえば在宅投票制度廃止違憲訴訟の下級審判決に学説が総じて好意的であったことや¹⁰⁸、平成17年判決が歓迎されたこと、そして議員定数配分訴訟に対しても選挙権の平等として投票価値の平等を含めることにほとんど異論がないこと¹⁰⁹などから読みとれるものである。ただ、選挙権の定義において、投票行為を個人的権利として把握するとはっきり表現しているわけではない¹¹⁰。本節では選挙権の内容として投票の段階まで含めることを明示している学説を見ておく。

1) まず、選挙権論争において権利説への包括的な応答を加えている野中俊彦の説を取りあげる。野中の主張の背景には、従来の判例・学説・立法事務における「立法裁量偏重的な考え方¹¹¹」や「憲法上の要請が立法裁量の問題におきかえられる傾向¹¹²」への疑問がある。そこで、選挙制度構築の際の立法裁量の限界としての憲法上の要請があること、選挙権の保障がまず徹底されることを第一に考えるという、「憲法上の要請を厳格に解する解釈態度¹¹³」をとることを提唱するのである。

選挙権については、「選挙人たる地位ならびに投票行為の両方にわたる権利という意味で、端的に代表を選挙する権利とするのが適切であろう¹¹⁴」とする。ただし、権利説と違い、選挙の全プロセスについて包括的に権利を捉

¹⁰⁸ 下級審判決では違憲判断がなされたが、「これらの判決に対する諸論考も、ほとんどこれを支持しており、違憲判断に対する正面からの批判は—評釈者のみ限り—まったく存在しないのが現状である」との指摘として、長尾・前掲評釈（注59）113頁。

¹⁰⁹ これに疑問を呈し、「なぜ投票価値の平等か」を考察する論考として、浅野博宣「投票価値の平等について」安西文雄他『憲法学の現代的論点』（有斐閣、2006年）397頁以下。

¹¹⁰ 「選挙権の法的性格が語られるとき、通常は選挙人たる資格までの権利だけではなく、投票行為までも含めて問題にされているのであるが、通説の定義では後者の点があいまいなままになっている」との指摘として、野中俊彦「選挙権の法的性格」清宮四郎他編『新版憲法演習3』（有斐閣、1980年）1頁以下、5頁。

¹¹¹ 野中俊彦『選挙法の研究』（信山社、2001年）24頁（初出「選挙に関する憲法上の原則」公法42号（1980年））。

¹¹² 野中・前掲書（注111）13頁（「選挙に関する憲法上の原則」）。

¹¹³ 野中・前掲書（注111）24頁（「選挙に関する憲法上の原則」）。

¹¹⁴ 野中・前掲論文（注110）5頁。

えるのではなく、選挙への参加という場面に限定して捉えるのが適切であるという¹¹⁵。

というのも憲法15条1項の解釈として、選挙権の内容に選挙に関する憲法上の原則を全て含ませるのは困難であり¹¹⁶、具体的な紛争の解決という現実の憲法解釈の次元では、「選挙に関する諸権利として」、「諸権利を歴史的にまた体系的にとらえながら、しかし少しずつ性格の異なるものとして、それぞれの性格に応じて個別的にとらえる¹¹⁷」という把握が正当と考えるためである。

これは選挙権から演繹的に内容を引き出すのではなく、個別の問題に注目することで帰納的に、選挙に関する権利の内容を明らかにすることを志向しており、思考の方法として先述の奥平説との親和性を指摘できよう。もっとも、野中説の場合は投票行為も選挙権の内容としている点が、奥平説との大きく異なる点であるのだが。

また、公務性についていえば、選挙権の行使としての投票は「選挙の執行という観点からみれば公務の遂行にあたる¹¹⁸」とし、客観的意味でとらえると説明されている¹¹⁹。すなわち国家による選挙への参加という場面において、執行の側から見れば公務、それを個人の側から見れば権利の行使となるのである。

本稿の着目する「投票の機会の保障」についていえば、「憲法15条の普通選挙保障規定は、選挙における具体的な投票の保障までも含み、選挙人は通常の社会生活の営みのなかで特別の無理をせずに投票できることまでも保障されており、したがって投票に関する制度もまた選挙人に投票の機会を最大限与えうようなものとして構築され、また運用されるべきものではない

¹¹⁵ 野中・前掲書（注111）（初出「選挙権論・再考」『行政法の諸問題（上）』（雄川献呈）（有斐閣、1990年））48－51頁。

¹¹⁶ 野中・前掲書（注111）48－49、50頁（「選挙権論・再考」）。

¹¹⁷ 野中・前掲書（注111）50－51頁（「選挙権論・再考」）。

¹¹⁸ 野中・前掲書（注111）42頁（「選挙権論・再考」）。

¹¹⁹ 野中・前掲書（注111）43頁（「選挙権論・再考」）。

か¹²⁰⁾とされている。そこで、「選挙権の保障は必然的に投票行為の保障までも含むものでなければならないはず¹²¹⁾」となる。在宅投票制度は、「日常寝たきり生活等を余儀なくされている選挙人が相当数いることが初めから分っている以上」、憲法上の要請となる¹²²⁾。また、「投票価値の平等」については、能うかぎり完全な平等に近いものが憲法により要請されているとの立場に立っている¹²³⁾。

2) 次に高橋和之は上述3(1)で扱ったような、憲法上の権利としての選挙権を抽象的に捉え具体的権利性を否定して選挙争訟は選挙権侵害の救済ではないとする見解を批判し、「選挙権は、主権者たる個々の国民に、主権者たることの具体的な表現として与えられた『固有の権利』なのだと理解されねばならない¹²⁴⁾」とする。また、「選挙権は選挙制度を前提とした権利であり、選挙制度が代表者を選ぶための公的制度であることから、選挙権(選挙という集団的行為へ参加し投票する権利)の行使は必然的に公的機能を果たすことになる(強調引用者)¹²⁵⁾」と説明していることから、単なる参加する権利ということを超えて、選挙権が想定されているものといえるだろう。

そして、定数不均衡について、「選挙権は、概念上当然に、相互に平等な内容を有するものという意味を内包しているのではなかろうか」と、選挙権そのものの侵害と位置づけている¹²⁶⁾。

3) また、浦部法穂は、「選挙権は、選挙人資格請求権のみならず、選挙における投票権をも含むものとしてとらえられなければならない¹²⁷⁾」ことを言明している。

¹²⁰⁾ 野中・前掲書(注111)8頁(「選挙に関する憲法上の原則」)。

¹²¹⁾ 野中・前掲書(注111)14頁(「選挙に関する憲法上の原則」)。

¹²²⁾ 野中・前掲書(注111)19頁(「選挙に関する憲法上の原則」)。

¹²³⁾ 野中・前掲書(注111)21頁(「選挙に関する憲法上の原則」)。

¹²⁴⁾ 高橋和之「選挙」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学4《統治機構の基本問題I》】(有斐閣、1976年)98頁以下、107頁。

¹²⁵⁾ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法】(有斐閣、2005年)247頁。

¹²⁶⁾ 高橋・前掲書(注125)249頁。

¹²⁷⁾ 浦部法穂『憲法学教室【全訂第2版】】(日本評論社、2006年)509頁。

4) 今日では、投票の段階まで含まれることを明示しているわけではない論者も含め、選挙権の内容に、多くの論者は「参加の権利」を超えた理解を含めつつあるものであろう。そして「選挙」については、形式は選挙人団という国家機関であるとしても、実際は個人が個人としての諸属性を維持しながら投票に臨んでいると想定しているのではないかと考える。

今日の通説である二元説は、選挙権が権利であることを前提としつつも、権利の定義に、選挙制度という客観的法規範との交錯を反映させる必要があると考えて、選挙制度との接合点を「公務」という言葉で表現しながら、権利の内容についてははっきりとは語ってこなかったものと考え¹²⁸。そこでは選挙権という権利は、完全に個人権的に構成されているわけではないのである。

(3) 個人権的構成

では、選挙権を完全に個人権的に構成することは果たして可能なのだろうか。

① 個人権的構成・1

最初に長尾一紘の議論を検討したい。長尾は、ドイツと日本の学説の展開を追って選挙権の法的構造について考察した論考¹²⁹において、これまでの選挙権をめぐるわが国の議論では、「権利としての構造については、必ずしも十分な説明がなされていないのが現状であり、選挙権は権利であると述べ

¹²⁸ これまでの選挙権論争において、通説は「選挙権＝実定憲法上の権利＋公務」として定義されてきたが、選挙権は国家による選挙執行の要素を含んだ「権利＋ α 」という再定義された権利として主張すべきであったとの指摘として、加藤一彦「選挙権論における『二元説』の意義」東経法8号（2005年）115頁以下、130頁。

¹²⁹ 長尾一紘「選挙権の法的性格（一）～（四）」新報96巻11・12号（1990年）177頁以下、99巻5・6号（1993年）39頁以下、99巻9・10号（1993年）33頁以下、99巻11・12号（1994年）105頁以下（以下では、それぞれ「長尾・一」、「長尾・二」、「長尾・三」、「長尾・四」とする）。なお、長尾一紘「選挙権論の再検討」ジュリ1022号（1993年）88頁以下もある。

るにとどまりその性格については議論がなされていないと指摘する¹³⁰。

いわく、「選挙権」論と「選挙」論は、異なるレベルの問題である¹³¹。これらを分離して考えるならば、二元説と権利説はともに「選挙権」を「代表を選挙する権利」と理解しており、実は対立関係にはなく、対立しているのは「選挙」の理解についてである¹³²。両説いずれも、「選挙権は権利だ」と述べているに過ぎないが、それは「議論の当然の前提であって帰結ではな」く、本来選挙権の法的性格論で語られるべきは、その法的構造である筈だ、と¹³³。

そして、アレクシーやシュテルンの議論を用いながら¹³⁴、選挙権の構造を次のように説明する。少し長くなるが引用したい¹³⁵。

「『選挙権』もまた『権利複合体』である。その内容は、『中核的権利』ともしろもろの『補助的権利』からなる。

『中核的権利』は、文字どおり『選挙を為す権利』（私人たる候補者の地位を公務員たる議員に転化する権利）である。この『中核的権利』が『形成権的権利』であるがゆえに『選挙権』は「形成権的権利」である。

『補助的権利』はもろもろの消極的・積極的請求権からなる。消極的請求権を「自由権」、積極的請求権をたんに『請求権』とよぶことにすれば、『補助的権利』はもろもろの自由権と請求権によって構成される」と。

また、「選挙」について、選挙の有する公務的契機は、選挙制度を構成す

¹³⁰ 長尾・一（注129）180頁。

¹³¹ たとえば、長尾・四（注129）125頁など。

¹³² 長尾・四（注129）125頁。

¹³³ たとえば長尾・四（注129）126頁など。

¹³⁴ ドイツの学説の紹介は長尾・二（注129）参照。

なお、アレクシーの議論を用いて選挙権の権利性を検討する論考として、斎藤孝「『選挙権』の法的性格—選挙権を『権利』とする学説の批判的検討—」新報112巻11・12号（2006年）315頁以下がある。なお、同「『財産権』条項の法的性格—財産権を『権利』とする学説の批判的検討—」DAS研究会『ドイツ公法理論の受容と展開』（山下遼磨）（尚学社、2004年）423頁以下、427—428頁における選挙権の検討も参照。

¹³⁵ 長尾・四（注129）129—130頁。なお、強調は除いた。

る客観的規範において定められるが¹³⁶、選挙権論の法的性格論と選挙の法的特質論との分離において、前者の議論で「後者への論及は不要とされるはず¹³⁷」としている。

この説では、「私人（候補者）たる地位が集団的意思表示によって公務員（議員）に転化するという『選挙』固有の法現象¹³⁸」について、「選挙を為す権利」が個人的権利として選挙権の中核に据えられている¹³⁹。つまり、私人たる候補者の地位を公務員に転化するの、選挙人団ではなく「個人」となる¹⁴⁰。

既述のように、確かに学説の多くは現在では「参政の権利」から一步進んだ選挙権理解をとってはいようが、「選挙の結果（候補者が公務員となること）に対する権利」は含められておらず、また、選挙行為は徹頭徹尾「私」の為になすものではなく「公」的性質を帯びるものというのが、想定されているところと思われる。そこでこの点において、従来の議論と長尾説は大きく異なっているといえる。

しかし、果たして、《個人的権利として私人を公務員に転化させる》という構成は成立しうるのであろうか。また、選挙行為は「私」の為になすものなのであろうか。思うに、長尾説はこの問題への十分な答えを用意することはできない。選挙権を個人的権利として説明してはいるが、実は、選挙権を

¹³⁶ 長尾・三（注129）53-54頁。

¹³⁷ 長尾・四（注129）127頁

¹³⁸ 長尾・四（注129）113頁。

¹³⁹ したがって、この選挙の核心的作用を選挙権概念から排除する美濃部説のような構成は、選挙権の名に値しないこととなる。長尾・三（注129）41頁。

¹⁴⁰ ところで、別の論稿で長尾は、在宅投票制度について次のように述べている。まず、ドイツの判例・学説において、普通選挙原則と秘密選挙原則のはざまに位置する郵便投票制の合憲性として、判例は許容説をとり、学説においては禁止説と許容説が有力であるが、要請説はむしろ少数説ということを紹介する。そして、これはわが国でも妥当するとし、「在宅投票制度については、存在・不存在ともに合憲と解される」とするものである。長尾・前掲評釈（注59）113-114頁。しかし、本文で紹介したような長尾の選挙権理解からするならば、むしろ要請説の方が親和的なのではないだろうか。なお、同『日本国憲法〔第3版〕』（世界思想社、1997年）168-169頁も参照。

完全に個人的権利として構成しているわけではなく、選挙制度という客観法規範との繋がりが埋め込まれているからである。

こうである。アレクシーもいうように、選挙権がそうであるところの制度的権利＝権能（Kompetenz）は、構成的な授権規範（Kompetenznorm）の存在を必要としている¹⁴¹。同じく制度的権利の一つである契約の締結が法的意味を帯びることができるには、要件効果を定める法制度の存在が不可欠である。選挙について考えるに、選挙に関する制度という客観的法規範により選挙権行使の意味が発生する。つまり、ここに選挙制度論・選挙論との接点があり、選挙制度にかかわる客観法規範の存在が選挙権の存立を決定づけているといえる。

上で述べたように、長尾説では選挙の有する公務的契機は、選挙制度を構成する客観的規範において定められるものとされ、かつ選挙権論では選挙論への言及は不要とされている¹⁴²。しかし、選挙権の定義において選挙制度に係る客観法規範との交錯があるのなら、その客観法規範との繋がりを、問うことなく内包したままに、選挙権を個人的権利として説明することは適切ではないのではないか^{143,144}。

したがって本説は、選挙権を個人的権利として構成するには限界があるこ

¹⁴¹ ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (Julian Rivers trans., Oxford University Press 2002) 152–153 (1986). 長尾・二（注129）58頁。

¹⁴² 長尾・三（注129）53–54頁，長尾・四（注129）127頁。

なお、選挙と選挙権の関係について、次のような問題提起はなされている。すなわち、「公的作用としての選挙と個人的権利としての選挙権は、法的にいかなる関係にあるのか（長尾・一（注129）182頁）」、「選挙において公的契機は必然である。選挙権の法的性格論においては、いかにして、この公的契機と個人権の契機が『選挙権』概念において整合性をもって構成されうるかということが問題になるのである（長尾・一（注129）191頁）」、と。しかしながら、本文で紹介したように選挙権論の法的性格論と選挙の法的特質論とを分離し、前者の議論において後者への論及は不要とされるはずとすることにより、結局は関連が語られないままとなっているのである。

¹⁴³ 斎藤孝は前掲論文（注134）（「『選挙権』の法的性格」）で、選挙権は「内容（権能内容）が憲法以外の法（法律など）により確定される（認められる）ものであり、そしてその内容が憲法により保障される（356頁）」権能であるとする（特に355–357頁参照）。

とを示していると考える。

② 個人権的構成・2

次に、選挙権論争において権利説を最も積極的に展開してきた、辻村みよ子の主張を取りあげる。辻村説においては、基礎にある国家論・主権論が要となっているが、ここでは本稿の関心に関連の深い箇所のみを部分的に扱う。

本説では、「選挙は、主権行使の一態様であり、個人の主権行使の集積¹⁴⁵」であって、選挙権は「主権行使（意思形成）に参加するという自らの意思と利益にしたがう点で、その性格は、『主観的権利』である（強調原文）¹⁴⁶」とされている。そこで、「選出行為自体が権利行使の内容となるため、選挙人資格請求権、投票権のほかにも、立候補や選挙活動から当選確定にいたる選挙の全過程¹⁴⁷」が、選挙権の内容として把握される。本稿の考察対象である在宅投票制度や投票価値の平等についても、憲法上の要請である¹⁴⁸。

この説について本稿が関心を抱くのは、選挙が集会的・共同的な公的作用と捉えられているのか否かという点である。場合を分けて考えてみよう。

1) 「選挙が、国家意思の形成過程にかかわる重要な機能を果たす¹⁴⁹」, 「選

¹⁴⁴ さらに、選挙権の法的性格を「形成的権利」とすることは、「表現の自由の中心的権利は自由権である」というのと同じなのであり、表現の自由にとって、自由権か請求権かという議論が必須ではないと同様に、法的構造は選挙権の内容を明らかにするわけではない。

¹⁴⁵ 辻村みよ子「『権利』としての選挙権 —選挙権の本質と日本の選挙問題—」（勁草書房、1989年）11頁（初出「選挙権論と選挙問題の現況」憲理研編『参政権の研究』（有斐閣、1987年））。

¹⁴⁶ 辻村・前掲書（注145）165頁（初出「フランスにおける選挙権論の展開」法時52巻6号（1980年））。

¹⁴⁷ 辻村・前掲書（注145）14頁（「選挙権論と選挙問題の現況」）。

¹⁴⁸ 在宅投票制につき辻村・前掲書（注145）24-28頁参照（「実際に支障なく投票権を行使することを請求する権利の保障も含まれる」（26頁））、定数不均衡につき同書28-34頁参照（「選挙権の保障のなかに・・・すべての主権者が等しい価値の選挙権をもつことが内包されていることになる」（30頁））。

¹⁴⁹ 辻村・前掲書（注145）9頁（「選挙権論と選挙問題の現況」）。

挙を主権者全体の集合的行為として見る場合には、人民全体のためにする行為として捉えることも不可能ではない¹⁵⁰』とするなど、選挙が有する公的契機は否定されていないと解することもできる。この場合、(3)①で述べた長尾説への疑問が当てはまる。主観的権利主張に分解しえない選挙制度との接合点を不問に付したままに純粹に権利だけで構成するのは問題があるだろう。しかし仮にこの接合点を理論に取り込むとすると完全には個人的権利として把握できず、議論が掘り崩されることになってしまう。

2) 本説が、選挙が有する公的契機を否定していると解することもできる。というのも、「全く同一の選挙（投票）行為を、（自己の意思のみに基づいて自己のためにする）権利と同様に、（専ら公のためにする）公務でもあると解することは、論理的にも矛盾すると考えられる¹⁵¹』とあるためである。これへの疑問としては、自己のために自己の私利私益を追求した結果の集合が選挙となるなら、そこから果たして公的契機がどうして生まれるのかということが挙げられよう。この点につき、次の指摘が当てはまるものと思われる。すなわち、「選挙権で私利私益を追求するなら、それによって成立するのは、やはり全体意思にとどまるはず」であり、国家の意思である一般意思は得られない、と¹⁵²。

以上、個人権の構成として、長尾説と辻村説を紹介したが、いずれも選挙権を完全な個人的権利として構成する際の理論的な困難性を示しているものと捉えたい。

(4) 若干のまとめ

選挙が主観的権利主張の束には還元しえない作用であるとする、選挙権の個人権の構成には理論的な限界がある。学説で選挙権論の再検討が始めら

¹⁵⁰ 辻村・前掲書（注145）11頁（「選挙権論と選挙問題の現況」）。

¹⁵¹ 辻村・前掲書（注145）12頁（「選挙権論と選挙問題の現況」）。

¹⁵² 工藤達朗「選挙権から公益権へ？—国家民営化論への一視角—」新報112巻11・12号（2006年）199頁以下、211頁。この論考では、権利説と株式会社の理論との親近性が指摘されている。

れてから約30年経てなお、通説が公務性を重視してきたのは、このゆえと考えられる。換言すれば、権利の側から権利論として選挙にかかわる内容を描ききることはできないために、通説は些か曖昧な言葉で選挙権を語り、一般的な定義づけを避けてきたのである。

しかしそれでは、どのように、そしてどこまで、選挙制度＝客観的規範に個人が主観的権利を主張することにより関わって行けるのかという問いへの答えを引き出すことは難しい。たとえば、主観的権利として選挙権実現にかかわる具体的な立法請求権などが認められるのか、また認められるとするといつ主張できるのかという問題である。

これについては、本稿は(2)で扱った奥平説や野中説を帰納的思考と親和的と性格づけたが、個別的・具体的な事案に照準を合わせて帰納的に、客観的な選挙制度への個人的主張可能性を含め、選挙に関する権利のありようを議論する戦略をとるよりほかないのではないかと考えている¹⁵³。そこで次に、憲法が要請する選挙権の具体的規範内容を、1で扱った立法不作為の違憲国賠訴訟判例から読みとることを試みたい。

4 選挙権の意味〔2〕 一判例の検討

立法不作為を訴える憲法訴訟としての国賠訴訟において、憲法判断は次のような位置づけになる。

憲法上の要請が語りうるのか否かが最初の問いである¹⁵⁴。語りうる場合には、制度の不存在という要請を充たさない状態を正当化する特段の事情があるか、侵害の程度は最小限度かなどを考察して、合憲・違憲の実体判断がな

¹⁵³ たとえば、野中俊彦は「選挙権の基本権的性格を認めるならば、つぎにでてくる問題は、その具体的な意味・内容としてなにを考えるかということである。選挙権＝基本権の名のもとになにを主張できるか、それを制約する要素があるとすればなにかという問題である」という指摘をなしている。野中・前掲論文（注110）6頁。

¹⁵⁴ 憲法の要請ではないという場合には、具体的な選挙制度の不存在は憲法適合性問題を生じさせない。また、この場合は、選挙権をより実質的に保障する立法措置が憲法上許容されるか、否定されるかに分かれる。

される。そしてこれが違憲の場合に、国賠法の違法性判断の前提になる¹⁵⁵。

本節では、憲法上の要請として選挙権に、現実の行使が保障されることまで含まれるのかについて、1で扱った在宅投票制度および在外選挙制度をめぐる国賠訴訟判決の実体的な判断部分を考察する(4(1))。

また、簡単ではあるが投票価値の平等を取りあげておきたい(4(2))。定数不均衡訴訟は選挙権をめぐる判例として重要な一群をなしているが、判例は要請の根拠を選挙権そのものから導き出しているわけではなく、平等原則問題として考えている(憲法14条, 15条1項・3項, 44条但書)。本稿では、選挙権の意味に関連する限りにおいて扱う。

(1) 投票の機会の保障¹⁵⁶

① 在宅投票制度廃止違憲訴訟

在宅投票制度について簡単な紹介をしておくと、わが国では明治22年の最初の選挙法では代書投票が認められていたが、明治33年の選挙法改正により秘密投票主義を採用したことにより、以来、投票現場自書主義がとられている。この原則の下で、広く投票を可能とするための例外的制度として、大正14年法から不在者投票制度が導入され、その一形態たる在宅投票は、昭和23年の衆議院議員選挙法の改正によって郵便投票制が認められたことに始まり、昭和25年の公職選挙法に引き継がれた¹⁵⁷。

同法および同法施行令の下では「疾病、負傷、妊娠、もしくは身体障害の

¹⁵⁵ ただし、1で述べたように、違憲判断が表に出るものとは限らない。

¹⁵⁶ 本節につき、併せて拙稿「重度身障者の選挙権 —在宅投票制度廃止事件1審」『憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕』(2007年)332頁以下、「在宅障害者の選挙権の保障と立法不作為の国家賠償請求」法教318号(判例セレクト2006)(2007年)3頁、「ALS患者の選挙権行使の保障」法教282号(判例セレクト2003)(2004年)9頁も参照頂ければ幸いである。

なお本節における記述の中には、これらとの重複もある。

¹⁵⁷ 以上につき、森口・前掲書(注74)263頁以下、美濃部・前掲書(注86)99頁以下、林田・前掲書(注80)111頁以下、在宅投票制度違憲訴訟第一審の確定した事実(判時762号13頁)。

ためまたは産褥にあるため歩行が著しく困難な選挙人につき、選挙人の現在している場所において投票の記載をなし、これを選挙期日の前日までにその属する市町村選挙管理委員会に到達するよう郵便をもって送付し、または同居の親族によって提出させる制度」(在宅投票制度)がとられていた(当時の公選法49条、公選法施行令50条、52条、58条)。

しかしながら、昭和26年に行われた統一地方選挙において、在宅投票制度が悪用されて多数の選挙違反がなされたことを理由として、同制度を廃止する公選法改正が同年になされた。これによって投票が著しく困難もしくは不可能となったとして提起されたのが、在宅投票制度廃止違憲訴訟であった。では判決ではどのように選挙権が語られていたか。

第一審判決¹⁵⁸は、立法府が投票の方法等を法律で定める際には「普通平等選挙の原則に適合した制度を設けなければならず」、選挙権の「行使すなわち投票を行なうことが不可能あるいは著しく困難となり、その投票の機会が奪われる結果となることは、これをやむを得ないとする合理的理由の存在しない限り許されないものと解すべきであり、右合理的理由の存否については、選挙権のも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」とする。これは、選挙の原則の内容から投票の機会の保障を語っているのであり、投票の機会の保障が直接選挙権の一内容として導かれているわけではない。しかし、別の箇所において「投票は選挙権行使の唯一の形式で、抽象的に選挙人の資格すなわち選挙権が保障されていても、具体的な選挙制度を定めるにあたって、事実上投票が不可能あるいは著しく困難となる場合は、これを実質的にみれば、選挙権を奪うのと等しいものと解すべきである」としており、選挙権に投票機会の現実の保障も含めて理解しているのと同じといえよう。

本件控訴審判決¹⁵⁹においては、より端的に語られている。「投票は、選挙

¹⁵⁸ 札幌地裁小樽支判昭和49・12・9判時762号8頁。

¹⁵⁹ 札幌高判昭和53・5・24高民集31巻2号231頁。

権の行使にほかならないから、選挙権の保障の中には、当然に投票の機会の保障を含むものというべきであり、投票の機会の保障なくして選挙権の保障などはあり得ない。・・・選挙権を有する国民は、直接にか間接にかは別として、その手が投票箱に届くことが憲法上保障されているものといわなければならない」と。そして秘密投票制との兼ね合いについては「選挙が正当、公正に行われるべきことの要請ないしは選挙の自由のための投票の秘密の保障とは謂わば次元を異にした保障であって、原則として、後者（投票の秘密の保障—引用者）よりも優越した保障である」とする。

また、第二次在宅投票制度廃止訴訟第一審判決¹⁶⁰でも「選挙権は投票することによってのみ行使しうるのであるから、選挙権の保障の中には当然に投票の機会の保障も含まれる」と判示されている。

既述してあるように、在宅投票制度廃止違憲訴訟上告審判決¹⁶¹では、実体判断はなされなかった。しかし、在宅投票の廃止行為および復活の不作为は、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」場合ではないという判断を前提とするため、本判決は投票の機会の保障を憲法上の要請とは捉えていないものと理解することもできる¹⁶²。

② ALS 訴訟東京地裁判決

①で扱った訴訟などの影響もあり、重度身体障害等を有する選挙人について、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投票を行なわせる郵便投票制度が、昭和49年に導入された（公選法49条2項の新設、昭和49年法律72号）。しかしながら、同法施行令が選挙人の自書を求めているため、自書できない選挙人は制度を利用できない状態に留め置かれていた。

この状態下で提起された筋萎縮性側索硬化症（以下、ALSとする）患者

¹⁶⁰ 札幌地判昭和55・1・17判時953号18頁。

¹⁶¹ 最一小判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁。

¹⁶² 13(2)および本稿（注31）参照。

の投票権保障をめぐる訴訟の東京地裁判決¹⁶³で、選挙権と投票の機会の保障に関する注目すべき判示がなされている。

いわく、「選挙権の実質は、投票という積極的行為を行うことにあり、形式的に選挙人としての資格を付与されても、選挙権行使が保障されなければ、憲法が選挙権を国民固有の権利として保障した意義は失われるのであるから、憲法の選挙権の保障は、選挙権行使の保障に及び、選挙権行使の場面における不合理な差別をも禁止しているものと解される」。「選挙権の法的性質については、様々な考え方があるが、以上の検討によれば、投票という行為を通して政治に参加し、自己の意思を表明することができるという選挙人個人の主観的権利という側面が存在することは否定できず、原告ら（承継前）は、少なくとも、本件各選挙当時、選挙人として選挙に参加して投票することについて、私法上も保護されるべき法的利益を有していたものと認められる。」

「憲法が選挙権行使も保障しているといっても、その保障は絶対的なものではなく、これらの制約（予算的、人的・物的設備による制約—引用者）や要請（投票の秘密や選挙の公正—引用者）によってその行使に一定の制限を受けることは、憲法の予定するところであると解される」が、「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、・・・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、その投票制度は、憲法15条1項、同条3項、14条1項及び44条ただし書に違反するものといわざるを得ない。」

そして、「少なくとも本件各選挙当時において、公職選挙法に原告ら（承継前）が選挙権を行使できるような投票制度が設けられていなかったことについて」、憲法に違反する状態であったと判断されたのである。

この違憲状態判断は、明確な違憲判断ではなく、また「少なくとも本件各選挙当時において」という言葉が付されているとはいえ、実質的には、選挙

¹⁶³ 東京地判平成14・11・28判タ1114号93頁。

権行使の機会が保障されていない選挙制度（公選法）が違憲とされたに等しい。そのため選挙の執行による具体的な選挙権の侵害の発生という契機の意味は小さくなっている。

この点で、たとえば①で在宅投票制度廃止訴訟第一審判決に対しては次のような批判がなされていたことと比較してみよう。すなわち、「原告は、本件で問題になる法改正によって、選挙権そのものを奪われたわけではなく、各選挙毎の具体的な選挙権の行使が不可能か困難になったにすぎない」のであり、「原告の損害については、・・・具体的に選挙権の行使が不可能か著しく困難になった各選挙の都度毎に現実が発生する」。「法改正の段階は、将来選挙があったとき損害を被るだろうという想像、推測（*Vermutung*）の段階にすぎない。このように損害の発生時を厳密に論ずる必要があるのは、・・・裁判所が抽象的な法令の違憲審査をするのを避るための要請である」、という批判であった¹⁶⁴。また、第二次在宅投票制度廃止訴訟第一審判決での構成は、「個々の選挙機会ごとの、在宅投票制を含まない投票制度の適用を直接の不法行為として捉え、その違憲・違法を判断する手がかりとして制度廃止行為を判断の対象にするという手法¹⁶⁵」であった。これらと比べると、実に軽やかに、抽象的なレベルで憲法判断をなしているといえるだろう。これは、なぜなのだろうか。この疑問へは⑤で戻りたい。

③ 在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決

平成10年の公選法改正（以下、本節内で、本件改正とする）により在外選挙制度が創設されたが、それ以前には在外邦人は選挙権を行使しえない状態にあった。なんととなれば、選挙権を行使するには選挙人名簿に登録されている必要があるが、選挙人名簿への登録は、当該市町村の区域内に住所を有す

¹⁶⁴ 古崎慶長・判評195号（判時771号）21頁以下、23頁（在宅投票制度廃止違憲訴訟第一審判決判評）。

¹⁶⁵ 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣、1995年）91頁（初出「立法義務と違憲審査権 —選挙権訴訟を素材に—」『憲法訴訟と人権の理論』（芦部憲哲）（有斐閣、1985年））。

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ヶ月以上当該市町村の住民基本台帳に記録されている者について行うとされていたためである（公選法21条1項，住民基本台帳法15条1項）。在外国民については市町村の住民基本台帳に記録されていないために、投票がしえなかったのである。本件改正により在外選挙制度が創設された後においては、在外選挙人名簿が調整されることになったが（公選法第4章の2）、当分の間は対象選挙を衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙に限っていたため、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では、在外邦人は依然として投票しえない状態に置かれていた（改正後の公選法附則8項）。

この状態は憲法に反するとして提起された在外邦人選挙権剥奪訴訟の最高裁判決¹⁶⁶で、選挙権の意味について、次のように判示された。「憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」、と。

「参加することにおける平等」ではなく、「投票する機会」の平等が、選挙権の保障範囲に含まれていることに注意したい。伝統的な選挙権理解である選挙人資格請求権を超えて、選挙に参加する権利、さらには投票の機会までもが含まれているのである。

そして、在外国民は「そのままでは選挙権を行使することができないが、憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく、国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があるのであって、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執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に限り」、例外的に選挙権またはその行使への制限が許されるとする。

¹⁶⁶ 最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁。

つまり、《選挙権行使＝投票》を可能にするような制度構築が、憲法上の要請と解されているのである。これは選挙権の内容に投票の機会も含めることから、導き出されることであろう。

その上で、本件改正前の公選法の憲法適合性の判断として、「本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったこと」は違憲であり、本件改正後の判断としても「遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の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の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということはできず」、公選法附則8項の規定のうち対象選挙を限定している部分は違憲（憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書）である、としたのであった。

これに対しても ALS 訴訟東京地判について述べたのと同じことが指摘できる。すなわち違憲判断は、「本件各選挙当時」、「遅くとも・・・選挙の時点」という限定が付されているとはいえ、実質的には、選挙権行使の機会を保障していない選挙制度（公選法）が違憲だと述べているのと等しい。ここでも選挙の執行による具体的な選挙権の侵害の発生という契機の意味は小さくなっている¹⁶⁷。

¹⁶⁷ もっとも、本件確認の訴えで、主位的請求では現行の公選法の違憲・違法性を直接に確認することが求められていたところ、次のような予備的請求の方が適法な公法上の法律関係の確認の訴えとして認められたことには留意すべきである。すなわち、次回国政選挙において投票しえない状態にあることの違憲性を前提として投票することができる地位にあることの確認を求める訴えである。

しかし、判決では個別の請求についての判断に入る前に、独立して、本文で紹介したような憲法判断を下しており、このような判断の仕方では、実質的には端的に制度の不存在を違憲といっているのと同じであるように思う。

なお、本判決が「現状を違憲」としたという見方として、野坂・前掲論文（注34）85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（2006年）84頁以下、88頁・注6など。反対に、「現状を違憲」としたものではないという見方として、長谷部恭男・田中宗孝・小幡純子「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリ1303号（2005年）2頁以下、7－8頁など。

④ 精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決

②で扱った ALS 訴訟東京地判後の公選法改正により、代理記載による郵便投票制度が導入され¹⁶⁸、在宅投票が利用できる対象が広げられた¹⁶⁹（平成15年法律127号）。しかし障害者基本法2条所定の障害者又は介護保険法7条3項所定の要介護者であって、歩行や外出が極めて困難な者一般は、対象外である。

そこで精神的原因によって投票所へ行くことが困難な者が、投票しえない状態の違憲性を訴えたのであるが、本件最高裁判決¹⁷⁰でも、上記③の在外邦人選挙権剥奪訴訟最大判が参照され、憲法の保障する選挙権の意味は、現実の行使の保障をも含むことが確認されている。つまり、精神的原因による投票困難者の在宅投票についても、「選挙権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、憲法上の要請なのである。

もっとも、本判決は憲法実体判断には踏み込まなかったのではあるが¹⁷¹、選挙権を現実に行使しうる何らかの制度の存在が憲法上の要請であることを考えれば、制度の不存在という状態を、この憲法上の要請に照らして評価することは可能なはずである。

実際に、本判決に付されている泉徳治補足意見では、「選挙権は、実際の選挙において行使することができなければ無意味であるから、・・・選挙権の保障は、選挙権を現実に行使し得ることをも保障するものである」との理解を前提に、「投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にある在宅障害者に対して、郵便等による不在者投票を行うことを認めず、在宅のまま投票をすることができるその他の方法も講じていない公職選挙法は、憲法の平等な選挙権の保障の要求に反する状態にあるといわざるを得ない」とい

¹⁶⁸ 政令で定められた対象者は上肢・視覚障害1級の者であった（公選法施行令59条の3の2、なお公選法49条3項も参照）。

¹⁶⁹ 介護保険法で要介護5の者も同制度を利用できることとなった（公選法49条2項、公選法施行令59条の2第3号）。

¹⁷⁰ 最一小判平成18・7・13判時1946号41頁判タ1222号135頁。

¹⁷¹ 12(4)参照。

う判断を示しているのである。これも、具体的な状況から切り離された、軽やかな抽象的憲法判断であると指摘できる¹⁷²。

⑤ 考察

先に提示した、「軽やかな抽象的憲法判断はなぜ可能となったのか」という問いを再度述べると、こうである。

②③で見た違憲（状態）判断は、結論を述べた箇所こそ「本件各選挙当時において」という限定が付されているとはいえ、損害発生の時期や理由を気にかけることなく、実質的には選挙権行使の機会が保障されていない選挙制度（公選法）が違憲だと述べているのと等しい。さらに④判決の泉補足意見では選挙という契機から完全に離れて公選法規定を判断している。これらにおいて、選挙の執行による具体的な選挙権の侵害の発生という契機の意味は極めて小さいが、これはなぜ可能となっているのか、という問いである。

国家は選挙権の剥奪をなしているわけではないのであり、伝統的な構成では、制度の不存在と個人的主観的権利主張との接点は、無い(II 3(1))。いかなれば、不在者投票権という特権（privilege）の問題である。選挙制度という客観的なものとの関係において、選挙において私人ではなく「選挙人」として行動することにより、選挙人として有する権利への侵害が発生するという思考であり、国家の制度設営によって実現される自由をもって憲法上の権利たる選挙権と考えるものといえる。

これに対して、「ハンディキャップ」や「海外在住」といった属性を有する「個人」が投票箱に現実に手が届くかどうかという思考をとるならば、選挙権という権利の存在の条件までを取り込んだ権利の構成となろう。そこで、現実に投票しえない制度は、選挙という契機に係わらずにそもそも、「投票という行為を通して政治に参加し、自己の意思を表明することができ

¹⁷² では在宅投票制度廃止違憲訴訟を今日的状況に照らして判断すると、どうなるだろうか。以上に扱った判決を前提に考えるならば、違憲判断が出されるかどうかは別として、実体判断としては選挙権侵害となりうるのではないかと考える。

るという選挙人個人の主観的権利（ALS訴訟東京地判¹⁷³）を侵害するものであり違憲である、という判断も可能となる。

つまり実体的な権利拡張がなされた結果として、制度は直截に憲法に照らして合憲・違憲が判断可能になっているものと考えられる。これは判例の展開から帰納的に選挙権について語りうる内容の一つである。そして憲法判断に踏み込んで違憲という判断が下されるならば、選挙という実際の損害の契機の意義が小さくなり、公選法規定が直接違憲とされたに等しいことになる。

さて、以上については二つの点で問題とされる余地がある。

第一に、立法府と司法府の役割分担である。一方で司法府が判断できる司法審査の領域は、現実に投票しうる制度の存否を判断対象とすることにより、一連の議員定数不均衡訴訟における司法審査の領域と比較しても広がっており¹⁷⁴、他方で立法府の裁量は狭くなっている。

たとえば在宅投票制度廃止違憲訴訟の第一審判決では、制度悪用という弊害は在宅投票制度全体を廃止せずとも取り除くことができたという判断の下で、「より制限的ではない弊害除去方法」が実際に検討されたかどうかについて、国会の審議経過を精査したものである。

しかしながら、選挙権を現実化する選挙制度設営についての立法府の裁量はそのように狭いものでよいのか。一般意思導出のための仕組みを、司法府ではなく立法府が公共的観点から構築することには、司法の場でなされる私的主観的権利主張の到達できない部分があるのではないのか。これはつまりは、選挙権に投票の機会の保障まで含めることへの疑問でもある。立法府と司法府の役割分担という視点を選挙権の概念に組み込み、《選挙権の現実化はもろもろの考慮を含める必要があり、権利論として投票機会の保障という

¹⁷³ 判タ1114号133頁。

¹⁷⁴ 長谷部・田中・小幡・前掲鼎談（注167）3頁（「今回の判決の多数意見は、投票権の保障、あるいは投票の機会の保障に関する限り、厳格な審査の下に置いて、この論点に関する限り国会の広い裁量の及ぶ範囲から切り取ってしまったという意味を持っているように思われるわけです（長谷部発言）」）。

制度設計について判断しえない》という判断を改めてしてみる価値はある¹⁷⁵。

とはいえ、選挙権の民主政における重要性に鑑みれば、権利の問題として制度設計を判断しようという見解が、判例のとるところであり、また学説の大勢でもあるということは、首肯しうるものではある。不在者投票制度を例にとるならば、アメリカとは違い、憲法で選挙権を権利として保障しており秘密投票制の背景事情の異なるわが国においては、現実に投票する機会の保障を秘密投票制の要請に優先させるという立論は可能であろう。

第二に、選挙権を実現化する制度が不存在の場合に、裁判所が憲法判断を回避しないで違憲と判断するならば、損害を不要として法律を独立に違憲判断したのと同じとなるのではないか。法律が個別の事案で適用されて、その結果として生じた権利侵害について、事件に付随して法律の憲法適合性の判断が行われるのが通常であることからすると、問題はないのだろうか。

これについては、権利に投票することまで読み込んでいる以上、公選法の段階で事件性要件を充たしている（損害発生・権利侵害は明らかで差し迫っている）という説明になるのだろうか¹⁷⁶。権利の実体的拡張がなされる以上、損害発生の明白性（必然性）から、権利侵害の明白性、事件性が認められるのが論理的帰結ではないかと思われる¹⁷⁷。そして、憲法判断というのは、本

¹⁷⁵ 奥平康弘の説をこう読むこともできる（II 3(2)①参照）。

¹⁷⁶ 在外邦人選挙権剥奪訴訟において、下級審判決では本件確認訴訟は抽象的に公選法の規定の違憲性の確認を求めるものであり、法律上の争訟には当たらないとしていた（東京地判平成11・10・28訟月46巻10号3855頁，東京高判平成12・11・8判タ1088号139頁）。

これに対し、平成17年判決の確認の訴えに関する判示においては、「選挙権は、これを行行使うことができ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できない性質のものであるから、その権利の重要性にかがみると、具体的な選挙につき選挙権を行行使う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」とされた。つまり選挙権が侵害されることが明らかである以上は、争訟性が認められるということであろう。同旨、北村・前掲論文（注34）29頁，野坂・前掲論文（注34）87頁。

¹⁷⁷ アメリカでたとえば選挙区割に対して「選挙権の平等」の侵害であるとして宣言・差し止め判決を認める訴訟が認められるのは、このような思考による。当然に対象は立法そのものである。

来的に抽象的な性質を有しているものであり、違憲審査制が果たすべき憲法保障機能という観点からも、これは肯定されうるものであろう。

なお、以上になしてきたのは、実体判断ができるか否かという問題のレベルの話であることに、注意を喚起しておきたい。この問題と憲法判断に踏み込むべきかどうかという問題のレベルは区別される必要がある(13)。区別されつつもこれら2つのレベルは互いに密接な関係を有しているものであり、本節最後で指摘した2つの問題については、特定の訴訟形式に特有の問題状況の中で、憲法判断をすべきか否かというレベルの要素に絡めて考察する必要がある。選挙権理解につき実体的にその内容が拡張した結果として、より一層、後者の憲法判断に踏み込むや否やというレベルに比重がかけられるようになっていくという点を、ここでは指摘しておきたい。

(2) 投票価値の平等

次に選挙権の意味に関連する限りにおいて、定数不均衡問題を簡単に扱う。

① 選挙権の内容か

まず一点目に考えておきたいことは、「投票価値の平等¹⁷⁸」を、個人の選挙権の内容として把握できるか否かである。国政は議員が主権者たる国民を代表して行うが、人が財産その他で資格を制限されることなく一人が一票を有するという普通選挙がとられることによって、選挙制度の「外」で、抽象的なレベルで個人が有する国政への影響力は等しいといえる。では、この次元を超えて平等を観念するとしたら、その内容は何だろうか。個人的権利という視角からの把握を試みるに、次のようになろう。

視点は選挙制度「外」から、選挙制度「内」の、選挙における投票段階へと移る。選挙の結果として私人たる候補者が国会議員に転化されるが、投票

¹⁷⁸ 「投票価値の平等」の意味について、第一に挙げられるべき文献として、安念潤司「いわゆる定数訴訟について(二)」成蹊25号(1987年)61頁以下がある。

価値の平等とは、「議員」を「国政への影響力」と見做して、投票段階でこれを等しく分有することを主張するものである。全国を地域的に分割して選挙区とし、各選挙区で選挙を行って議員を選出する際に、議員は互いに等しい影響力を持っていることを前提とした場合、どの選挙区の選挙人であっても、分有された影響力は等しくならなくてはならない。そこで生じている格差が、定数不均衡ということになる。

なお、さらに視線を選挙の現実の結果に移し、「投じられた票の平等」、すなわち現実に投じられた票の国政への影響力を観念することもできるが、これは投票価値の平等の問題とは別である¹⁷⁹。

「分有された国政への影響力」は個人的な選挙権の内容をなす「個人の権利」なのか。思うにこの影響力は、選挙制度「内」的に構成されるものである以上は、個人的な権利の内容としては、完全には構成することが不可能である。たとえば、参議院議員選挙に、二院制の趣旨から「事実上都道府県代表的な意義ないし機能を有する要素を加味¹⁸⁰」した、「公正かつ効果的な代表¹⁸¹」制度を設ける余地は、否定しえないだろう。そのような制度もまた、議員を国政への影響力と見做して、「公正かつ効果的な代表」を図る上で必要とされる選挙区に議員を配置するものである。そこで、つまり国政への影響力は制度規定的なものといえる¹⁸²。

したがって、個人的な権利の内容としては、定数不均衡是正への権利は構成できないのではないかと考える。もっとも、制度依存的に制度内で投票価値の平等ができる限りはかられるべしとの議論をなすことは可能である。

② 投票価値の平等と司法審査

第二に、投票価値の平等と司法審査の問題を扱っておきたい。投票価値の平等を個人的権利の一内容と把握することはできなくとも、少なくとも選挙

¹⁷⁹ 高橋・前掲論文（注124）106頁。

¹⁸⁰ 最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁など。

¹⁸¹ 最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁など。

権に係わる規範内容は、議員定数不均衡問題を司法院が扱うことを決断した昭和51年最高裁判決¹⁸³以前の状態よりも拡張しているということはいえる。今日においては、昭和51年判決のいうように、「選挙権の内容の平等、換言すれば、各選挙人の投票の価値、すなわち各投票が選挙の結果に及ぼす影響力においても平等であること」も要請されると一般に解されているのである。

そこで投票価値の平等は立法府のみが判断可能であった問題ではなくなり、一定の審査基準を適用することによって、客観的に司法院が憲法適合性を判断することが可能となっている。

もっとも、厳密には、地域性などの非人口的要素が不確定のため、客観的な判断が可能とはいえない。しかしながら、人口比例原則は判断において基本的な価値とされ、投票価値の平等は具体的な制度の論理として採用されているのであり、また、判定の具体的な基準が推定されるのである以上、国勢調査と公選法別表があれば、一応の合憲性判断が可能になっている。

¹⁸² これは、結局のところ、「投票価値の平等」の意味について学説が暗黙に立法府によって選択された制度を前提にしているとの指摘と、同じことをいっているに過ぎない。たとえば安念潤司は「従来の議論では、『投票価値』一般ではなく、現実に立法者によって具体化されている選挙制度のもとでの『投票価値』だけが考察の対象とされてきたということもできよう(78頁)」、「『投票価値』の平等が、そもそも、具体的選挙制度に從属するいわば関数のごときものとしてその意味内容が限定または特定され(88頁)」てきたと指摘する。安念・前掲論文(注178)。

また、長尾一紘もわが国における選挙の平等の把握について次のような指摘をしている。「各種の選挙制度はそれぞれ固有の技術的形象と自己完結的な体系性を有しており、これらは、憲法外的(前憲法的)存在として、憲法の規範的妥当の外側に位置するものとされて」おり、「比例代表制には、比例代表性の選挙の平等、が、多数選挙制には、多数選挙制の選挙の平等、がそれぞれ存在し、いずれの選挙の平等も、憲法の規範的評価外の存在として把握され、それらの憲法適合性の問題は当初から生じない」。「選挙制度の選択と立法裁量の限界」比雑11巻2号(1978年)25頁以下、29頁。

これとの関係で、既述(II2)のアメリカにおける実践は示唆深い。人種による投票行動の分極化を前提に、小選挙区制下で投げられた票の価値の平等を図るような制度の運用が試みられてきたのであった。アメリカの試みは、現実を基点として憲法運動論であり、わが国の議論は、制度を前提とした投票の価値の平等論といえようか。

また、浅野・前掲論文(注109)424-425頁も参照。

¹⁸³ 最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁。

つまり、ここでも、《選挙＝損害発生》という契機の意義が、ほとんど消滅している。このように権利が実体的に拡張された結果として、違憲と判断されるかどうかはともかく、思考においては、公選法は抽象的に合憲性判断が可能となった時点において違憲無効が語りうることとなる。つまり違憲という事態につき何らかの起算点が存在し¹⁸⁴、違憲判断をするについての合理的期間論が必要となっているのである。

以上の点も、判例展開から帰納的に選挙権について語りうる内容の一つと位置づけられるだろう。

5 小括

本章では、いかなる状態が「選挙権」及び「選挙権の平等」の侵害であるといえるのかという観点から、憲法上の権利としての選挙権の要請するところを考察してきた。本稿の範囲でまとめると、次のようになる。

- 1 ① 学説で、伝統的な理解である選挙人名簿搭載請求権を内容とする権限説を基礎にした二元説が選挙権の法的性質をめぐる通説であり、今日では、「参政の権利」を超えて個人権的な把握がなされつつあると思われるが、明確には定式化されているわけではない。しかし、投票する機会の保障も含みうるものではある。
- ② 判例は「投票権または行使の制限をするものであってはならない」というように、「行使」までも選挙権の範囲に含めるようになっていく。
- ③ 投票価値の平等については、判例は選挙権の内容としてというよりも、選挙権の内容における平等として把握しているが、少なくとも、選挙権に関する規範内容の拡張は認められる。

¹⁸⁴ もっとも内藤光博が指摘するように、判例で明確にされていない以上、確定はできないものではあるが（「議員定数不均衡と改正の合理的期間」『憲法判例百選〔第5版〕』338頁以下、339頁）、選挙権の平等にコミットする制度であることから、起算点が幅をもったものであれ、存在することはいえる。

- 2 選挙権の実体的拡張の結果として、選挙制度という客観的法規範に深く食い込む形で個人的な選挙権の主張が可能となっている。
- 3 ① しかしながら、完全に個人権的に選挙権を構成することは、客観法規範との交錯ゆえに、理論的に不可能と考える。
② また、同じ理由により、投票価値の平等も選挙権の内容として構成することは難しいと考える。
- 4 選挙権の意味する内容は理論的には曖昧な部分を孕んでいるが、その曖昧な部分は、司法による個別事案での判断を元にして、帰納的に明らかにされる側面を有する。

選挙権について学説が権利性を強調してきたのは、選挙権を実現する制度設営に係わって、伝統的に想定されてきた広い立法府の裁量を限定しようという実践的な意識に基づいてであった。確かに選挙制度がありきで、選挙権がこれによって規定されるとするのは本末転倒である。

しかし、最高裁判例が伝統的な構成を超えた理解を示している以上、今後、学説は選挙権について、客観法規範との交錯を自覚的に踏まえて個人的権利の言葉で語りうる限界を考えてゆく必要があるだろう。判例の展開から帰納的に選挙権の姿を描くとしても、主観的権利主張の限界という理論的課題が消滅するわけではなく、イェリネックの問題意識は、新鮮であり続けているのである。

結

選挙権の内容は予め語り尽せるものではなく、具体的な訴訟の結果の集積から漸次部分的に明らかになる部分を内に秘めている。ここで訴訟形式固有の論理と接合する。権利の救済は、訴訟形式に大きな影響を受けるからである。憲法訴訟の一つのルートとして本稿が対象としたのが立法行為の違憲性を争う国賠訴訟であった。

注意しなくてはならないことは、選挙権という権利の性質を考えるに、救済手段としての金銭賠償が必ずしも適したものではないこと、そして損害の

填補を目的とする国賠訴訟においては、立法行為が争われることは法の想定外の事態であり、裁判所の憲法判断を引き出す途ではないことである。これらを念頭に置きつつ、国賠訴訟を活用することを本稿は試みたものである。

訴訟において、(i)客観的に憲法判断がしうるかという問題と、(ii)判断をなすべきかという2つは区別されうるが、本稿のテーマに即していえば、前者が選挙権の意味内容に係わり(II)、後者が国賠訴訟の仕組みに係わっている(1)。両者は密接な関係を有しており、選挙権の実体的内容に即した議論が必要である。

今日においては、選挙権は投票の段階にかかる形で把握されるようになっていたため、客観的な選挙制度を個人が訴える途が開かれて、一般的に制度の不存在に関する憲法適合性が判断可能となっている。これに鑑みれば、いつ裁判所がその判断をなすべきかという(ii)の問題の重要性は、国賠ルートを通る場合に特に、一層高まっているといえる。そこで、違憲判断が違法性判断の前提である国賠訴訟では、憲法訴訟の成立を訴訟要件レベルでコントロールできないために、この問題につき工夫を加え、問題の所在を可視化させる必要がある。

この点で、昭和60年判決及び平成17年判決から抽出できるルールとは、(i)につき客観的には憲法判断が可能であるとしても、(ii)において限定を加えるというものである(違憲判断「限定」の仕組み)。憲法判断に踏み込むかどうかは裁判所の裁量にかかることになるが、この点につき判例で示された要件は、「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(平成17年判決)」である。もっとも、これでは明確とはいえない。

そこで問題点としては、蓄積されている判例が少ない現段階では、立法不作為の違憲国賠訴訟において、いつ違憲という憲法判断に踏み込むべきかに

ついて、司法の裁量を適切にコントロールすることが難しいことが指摘できよう。違法性判断基準も含めた理論上の整序及び検討が必要である。これについては、国賠訴訟以外にも視野を広げて「憲法判断に踏み込む要件」を探究し、その結果を踏まえて再訪することとしたい。

(2007年6月25日 脱稿)