



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法判例研究
Author(s)	坂東, 雄介
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 58(6), 330[247]-305[272]
Issue Date	2008-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/32583
Type	departmental bulletin paper
File Information	vol58-6_p330-305.pdf



公 法 判 例 研 究

坂 東 雄 介

平成12年6月に施行された衆議院議員総選挙までに国会が精神的原因によって投票所に行くことが困難な者の選挙権行使の機会を確保するための立法措置を執らなかったことは国家賠償法1条1項の適用上違法ではないとされた事例

最高裁平成18年7月13日第一小法廷判決

(平17(オ)22号・同(受)29号、損害賠償請求事件)

判例時報1946号41頁、判例タイムズ1222号135頁

[事実]

原告(以下「X」)は、精神発達遅滞及び不安神経症により、地方自治体から知的障害について重度と判定されて療育手帳の交付を受けていたが、家庭内に引きこもるようになり、外出先で他人の姿を見ると身体が硬直し身動きが著しく困難になるなどの症状が現れるため、選挙の際に投票所に行くことが極めて困難な状態であった。

ところで、公職選挙法49条2項では、在宅投票制度が認められているが、その範囲は一定の者(身体障害者福祉法4条に規定する身体障害者、戦傷病者特別援護法2条1項に規定する戦傷病者、介護保険法7条3項に規定する要介護者であるもので、政令で定める者)に限定されていた。Xは、在宅投票制度を利用して平成12年に実施された地方公共団体の長の選挙、衆議院議員総選挙に投票しようとしたが、公職選挙法49条2項の適用対象ではないため、棄権せざるを得なかった¹。

¹ 障害者に対する参政権保障とその実態については、川崎和代「ハンディキャップをもつ人たちの参政権保障の現状(上)(下)」法セミ544号4頁、同545号60

そこでXは、国会が、昭和49年に公選法を改正して、郵便投票制度の利用を限定的にしか認めなかったこと、及びその後この制度の対象者を拡充する立法を行わなかったこと、内閣が同制度の対象者を拡充する法律案を国会に提出しなかったことがいずれも国家賠償法上違法であると主張して、国（以下「Y」）に対して訴えた。それに対し、Y側は、過去に実施された在宅投票制度の実施例から見ても、在宅投票制度は選挙の不正を誘発しやすく、選挙の公正を確保するために在宅投票有資格者を限定することには合理性があるなどと反論した。

Xの請求に対し、一審（大阪地判平成15年2月10日²⁾）は、以下のような判断を下した。

本件立法不作為は、立法内容が憲法の一義的文言に違反している場合と同視しうような容易に想定しがたい例外的な場合にのみ、違法となる。

すべての選挙人にとって、可能な限り、特別の負担なく、自由かつ容易に選挙権を行使することができる投票制度が憲法の趣旨に最もよく適合する。Xが主張するように、現行の在宅投票制度は、憲法の趣旨に照らして必ずしも完全なものとは認められず、その対象の拡大や投票方法の簡略化などの方向での改善が図られて然るべきものである。

しかし、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国会の裁量にゆだねる趣旨であると解される。上記のように、一般的・抽象的に、国会が在宅投票制度を拡充する方向での立法をなすことが期待されるとしても、選挙の自由・公正の保持の観点から、どのように在宅投票制度を設計するかなどの具体的決定は、国会の裁量にゆだねられていると解するべきである。

したがって、Xが主張する事由を最大限考慮したとしても、本件立法不作為の事態が憲法の一義的文言に違反するのと同様な容易に想定しがたい例外的場合には該当しない。立法について固有の権限を有する国会の立法不作為につき、上記のとおり国家賠償法1条1項上の適用上違法性を肯定することができないものである以上、補充的な立法準備行為に過ぎない法案提出権を有するにとどまる内閣の法案不提出についても、同条項の適用上違法性を肯定する余地はな

頁。本件の訴訟の経緯については、小山操ほか「判批」法セミ626号30頁。

²⁾ 判時1821号49頁。一審判決についての評釈としては、常本照樹「判批」ジュリ1269号24頁、泉本良二「判批」訟務月報49巻8号2213頁がある。

い。

一審は上記のように述べ、Xの請求を棄却した。原審（大阪高判平成16年9月16日（判例集未登載））も、一審判決とほぼ同旨の判断を下した。これに対し、Xが上告したのが本件である。

〔法廷意見〕

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場合、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項の適用上違法となる。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、直ちに違法の評価を受けるものではない。しかし、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、違法となる。

憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙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ときでない限り、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るべき責務があるというべきである。精神的原因による投票困難者は多種多様であり、身体障害者、要介護者などと状況が異なる。したがって、精神的原因による投票困難者は、身体障害者のように、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。しかも、身体障害者の選挙権の行使については長期にわたって国会で議論が続けられてきたが、精神的原因による投票困難者の選挙権の行使については、国会でほとんど議論されたことがなく、また、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上げられる契機があったとは認められない。

以上によれば、精神的原因による投票困難者の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、本件立法不作為について、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などに当たるということはできないから、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではない。

〔泉補足意見〕

憲法は、国民に対し、普通かつ平等の選挙権を保障している。選挙権は実際に行使しうることができなければ無意味であるから、すべての選挙人にとって特別な負担なく選挙権を行使しうるような制度を構築することが憲法の趣旨にかなう。

公職選挙法49条2項は、障害者基本法2条所定の障害者、介護保険法7条3項所定の要介護者であって、歩行・外出が極めて困難な者一般を、郵便等による不在者投票の適用対象とはしておらず、憲法の趣旨にかなうものとはいえない面を有している。歩行・外出が極めて困難な障害者又は要介護者に対して、投票所や不在者投票管理者の管理する投票記載場所における投票しか認めないことは、事実上その選挙権の行使を制限するに等しい。

選挙制度の設計に当たり、選挙権の行使を保障しつつ選挙の公正の確保を図るべきであって、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、選挙権の行使を制限するためには、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可能ないし著しく困難であると認められる事由がなければならない。

投票所において投票を行うことが困難かどうかは、医師の診断書、療育手帳、精神障害者保健福祉手帳などの併用によって認定が可能である。上記の認定が簡単ではないという程度のことでは前記の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可能ないし著しく困難であると認められる事由があるとは到底いうことができない。

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。

[評釈]

まず、私見の結論を簡潔に述べる。本判決は、現行判例理論を前提とする限り、結論こそやむを得ないものの、本判決の理由付けについては一部疑問が残る。以下では、上記のような立場から、1. 国家賠償法の違法判断、2. 選挙権の保障、3. 泉補足意見、4. 本判決の射程それぞれについて順を追って検討を加える。

1. 国家賠償法の違法判断

1-1. 立法行為の国賠違法の判断枠組み

1-1-1. 昭和60年最一判から平成17年最大判へ

国会議員の立法行為が国家賠償法（以下、「国賠」と省略）1条1項の適用上違法となるかどうかについて、リーディングケースである最一判昭和60年11月21日³（以下、「昭和60年最一判」と省略）では、国賠1条の賠償責任を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することと捉えた上で、当該立法の内容の違憲性の問題と国会議員の立法行為の問題を区別する。さらに、国会議員の免責規定（憲法51条）を根拠に、立法の政治的性格を指摘した後、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て当該立法を行うというごとき、容易に想定しがたいような例外的な場合に限って、国賠1条1項の適用上違法となると判示した。

その後、最高裁は、在外邦人選挙権訴訟大法廷判決⁴（以下、「平成17年最大判」と省略）において、昭和60年最一判を維持するとは述べつつも、その射程を実質的に限定し、国会の立法又は立法不作為について国家賠償責任を肯定する余地を拡大した⁵。このとき、平成17年最大判は、昭和60年最一判が判示し

³ 民集39巻7号1512頁。昭和60年最一判に関する文献は、枚挙に暇がないが、判例の展開を概観するものとして、稲葉馨「立法」ジュリ993号61頁、松田聰子「「立法行為と国家賠償」に関する覚書」寺田=平岡=駒林=小早川（編）『現代の行政紛争 小高剛先生古希祝賀』（成文堂・2004年）389頁。

⁴ 最大判平成17年9月14日（民集59巻7号2087頁）。

⁵ 杉原則彦「判批」法曹時報58巻2号713頁。同様の指摘として、長谷部恭男「判批」別ジュリ182号465頁。野中俊彦は、平成17年最大判が昭和60年最一判と同旨のことを述べている点については疑問を抱きながらも、平成17年最大判にお

た職務行為基準説については継承したものの、昭和60年最一判が職務行為基準説の判断の後に指摘した「立法の政治的責任論」については言及しなかった。これは、昭和60年最一判が示した「政治的責任」による国家賠償責任原則否定の判示の射程を限定する意味を持つ⁶。すなわち、昭和60年最一判では、政治的責任論を強調し、立法行為に対する国家賠償責任が認められる具体的場面をほとんど想定していなかったのに対し、平成17年最大判は、昭和60年最一判の示す職務行為基準説を継承したものの、①立法の内容また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、あるいは②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、国会が正当な理由無く長期にわたってこれを怠る場合については賠償責任が認められると判示した⁷。

平成17年最大判では、「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、容易に想定しがたような例外的な場合」にのみ国賠1条1項上の違法性が認められると判示した昭和60年最一判と実質的に趣旨が異なるものではないと述べられてはいるが、平成17年最大判が設定した要件②は、昭和60年最一判の厳格な要件を緩和したものと受け止められている⁸。平成17年最大判が採用した要件について、

いて、昭和60年最一判を踏襲しながらも積極的に違法評価をすることと両立できるのは、「選挙権そのものの行使・不行使やその平等に關しての立法裁量は他の制度構築の場合に比して極めて限定されるという解釈論」が最高裁の内部において有力になったからだ、と指摘している（野中俊彦「判批」ジュリ1303号23頁）。なお、昭和60年最一判が設定した厳格な要件を緩やかに解釈する可能性を示した先駆的な見解として、中村睦男「判批」ジュリ855号88頁。

⁶ 山本隆司「判批」法教308号33頁。なお、内藤光博「判批」専修ロージャーナル創刊号159-160頁も、平成17年最大判が政治的責任を採用しなかったことを根拠に立法裁量を限定付けていると指摘している。

⁷ また、「場合など」という表現を用いていることから、他の要件を設定する可能性も否定していないという解釈も考えられる。

⁸ 木村琢磨「判批」ジュリ1313号52頁。同趣旨の見解として、例えば、只野雅人「判批」判例セレクト（2005）6頁、新井誠「判批」法セミ612号77頁、前掲・野中23頁、米沢広一「判批」ジュリ1313号8頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（有斐閣・2006年）369頁など。もっとも、昭和60年最一判が提示した違法性要件

山本隆司は、以下のように指摘する。「立法状態の違憲性が、専門的・組織的・体系的・恒常的に法規範の適用にあたる機関でなくても認識し得るほど『明白』なこと、加えて、権利行使の機会を確保するために立法措置が必要な場合は、こうした機関でなくても対処が可能なほど違憲状態が長期にわたり継続していること⁹」が平成17年最大判において設定された国賠違法要件である。この基準で違法性を認定した平成17年最大判は、違法性と過失について、違法性判断からほとんど自動的に過失も認める帰結を導くことになる¹⁰。

また、違法性と過失について、過失判断が違法判断に実質的に吸収されている要件②は、他の不作為の事案、例えば規制権限の不作為が問題となる場合とかなり類似した要件であって、立法不作為による国賠違法の特殊性が相対化されたことを示している¹¹。

1-1-2. 平成17年最大判と本判決

本判決は、国賠違法判断の枠組みについては、平成17年最大判を踏襲した。本判決は、平成17年最大判において示された要件②を採用し、精神的原因による投票困難者は身体障害者と異なり、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つくような判定を受けていないため、Xの選挙権行使のために必要な措置を執るべき責務があるとまでは言うことができず、また、立法の契機も本件一審判決までほとんどなかったというべきであるから、国会が長期にわたって所要の立法措置を懈怠していたとしても、正当な理由があると判示する。本件は、国賠違法判断の枠組みについて、平成17年最大判と比較したとき、以下の特徴を有する。

は一般に指摘されるほど厳しくはなかったとの立場から、平成17年最大判が違法性を緩和したと解釈することに疑問を投げかける見解として、木村草太「判批」法学協会雑誌124巻6号124頁。

⁹ 前掲・山本33頁。

¹⁰ 同上・33頁。平成17年最大判が違法と過失をほぼ一体的に捉えている見解については、北村和生「判批」ジュリ1303号28頁、前掲・木村（琢）52頁なども指摘するところである。

¹¹ 前掲・北村28頁、早坂禰子「判批」法令解説資料総覧289号81頁。なお、後述の立法契機論は、行政の規制権限不作為事例における予見可能性・結果回避可能性という要件と基本的な発想が類似していると思われる。

平成17年最大判では、国賠違法判断に先行して違憲判断を下しているのに対し、本件では、国賠違法判断の過程において、憲法上所要の措置を執るべき責務について判断を下している。これをどのように理解するべきかについては後述するが、あくまで国賠違法判断の過程において登場した判断であり、直接的な憲法判断ではないと捉えた方が適切である。本判決も、昭和60年第一判以来の立法行為の違法性の問題と立法内容の違憲性の問題を区分する立場を採用しており、後者については直接触れられなかったと捉えるべきである。平成17年最大判が、「まず法律の違憲性を判断した上で、つぎにその『明白性』等を判断する¹²⁾」という、段階的な論証方法を採用したことを評価する立場¹³⁾からみれば、憲法判断が国賠違法判断の過程に隠れてしまった本件では、裁判所は不適当な判断方法を採用したと批判されることになるであろう¹⁴⁾。

本判決は、立法不作為に関する国賠違法判断に対して、どのような影響を与えたのか。平成17年9月14日以降、本判決が下されるまで、立法不作為に対する国賠違法に関する平成17年最大判の判示部分を引用している下級審判決は、いくつか存在する¹⁵⁾。しかし、要件①、要件②に基づいて判断しているわけではない。例えば、大阪地判平成18年2月9日¹⁶⁾においては、昭和60年第一判と平成17年最大判を並列して引用し、当該立法行為が憲法の一義的な文言に違反する場合ではないと、昭和60年第一判を意識した表現を用いている。このように、平成17年最大判以後、立法不作為に対する国賠違法判断について、下級審の動向が安定していなかったと言える。昭和60年第一判を引用せず、平成17年最大判が示した要件②を明示的に採用した本判決は、今後の立法不作為をめぐる国賠違法判断について、平成17年最大判が示した国賠違法要件を用いるとい

¹²⁾ 前掲・山本33頁。

¹³⁾ 同上。

¹⁴⁾ 平成17年最大判と類似の判断方法を用いた事例としては、東京地判平成14年11月28日（判タ1114号93頁）を挙げることができる。これは、自書ができない結果、郵便投票制度を利用できなかったALS患者が立法不作為の国賠違法を主張した事例である。この判決では、公選法が違憲であると判断された点につき、「国賠法上の違法とは別に、独立して、憲法判断を行っている」（青井未帆「判批」判例セレクト（2003）9頁）と指摘されている。

¹⁵⁾ 大阪地判平成18年1月20日（判タ1225号90頁）など。

¹⁶⁾ 判時1952号127頁。

うメッセージを出したという意味を有する¹⁷。以上より、今後、立法をめぐる国賠責任が問題となる場合に、平成17年最大判が先例として重視される¹⁸状況にあるというべきであるから、立法不作為に対する国賠違法要件が緩和された点、及び立法不作為に対する国賠違法の特殊性が相対化された点についても、昭和60年最一判の持つ意味は、従来よりも小さくなるだろう。

本判決は、平成17年最大判が提示した国賠違法要件を先例として定着させた意味を有するが、同時に、国賠違法要件①・②の使い分けについても、平成17年最大判と同様に、言及していない。要件①は、熊本ハンセン病訴訟第一審判決¹⁹を、要件②は関釜元慰安婦訴訟第一審判決²⁰を念頭に置いていると言われている²¹。要件①は、判示のように、立法内容に対する国賠違法、立法不作為に対する国賠違法どちらにも用いることができる。他方、要件②は、その表現から理解できるように、立法不作為について用いられる国賠違法要件である。立法不作為について争われた本判決が、要件①と要件②の使い分けについて特に言及することなく、要件②を用いたことについては、要件①に「該当するかどうかの判断も、当然不可欠だったといわざるをえない²²」という指摘もある²³。

¹⁷ 本判決が下された後に平成17年最大判の国賠違法に関する判断を引用した下級審判決としては、京都地判平成19年2月23日（判例集未登載）がある。この判決では、明示的に平成17年最大判の枠組みに従っている。

¹⁸ 室井＝芝池＝浜川〔編著〕『行政事件訴訟法・国家賠償法〔第二版〕』（日本評論社・2006年）543頁〔芝池執筆〕。

¹⁹ 熊本地判平成13年5月11日（判時1748号30頁）。

²⁰ 山口地下関支判平成10年4月27日（判時1642号24頁）。

²¹ 赤坂正浩「判批」判評572号15頁〔判時1937号176頁〕。村田尚紀「判批」法学論集55巻6号159頁も、要件②が関釜元慰安婦訴訟第一審判決と類似していると指摘する。

²² 小林武「判批」民商136巻1号101頁。

²³ 判決において、要件①と要件②をどのように使い分けるのかについて明言すべきかどうかという問題は別として、本判決は要件①を用いても判断することができたと思われる事案であり、立法不作為が争われる場合、要件①と要件②がどのように使い分けられるのかははっきりしないという問題は依然として残る。要件②の方がより具体的な事情に即した細かな判断が可能だから用いたという理解も可能だが、断言できない。ここでは、使い分けがはっきりしないという問題が残るという指摘にとどめる。

1-2. 国賠違法判断の位置づけについて

本判決は、以上の違法性判断枠組みを示した後、精神的原因による投票困難者は、その精神的原因が多様でその状態が固定的ではなく、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いくことの困難性に結びつくような判定を受けているわけではないと指摘する。

この判示の理解については、(A)国賠違法判断の過程の一つと捉える見解²⁴と、(B)公職選挙法49条2項について合憲判断を下していると捉える見解²⁵に分かれている。

(A)の見解によれば、平成17年最大判では「国賠法上の違法性判断の前にこれとは独立して公選法の憲法適合性判断が行われたが、本判決では、国賠法上の違法性判断のみが行われ、一般的に立法の作為・不作為が違憲か否かが判断されているわけではない²⁶」。すなわち、この見解に立脚した場合、上記の判断は、国賠違法要件の当てはめに関する判断となる。本判決は、公職選挙法49条2項の違憲性を判断することなく、身体的原因による投票困難者とは異なり、精神的原因による投票困難者の認定が困難である以上は、所要の措置を執ることが明白とは言えない、あるいは、その措置を執らないことについて、正当な理由がないとは言えないと判断していることになる。この立場から、本判決に対しては、公職選挙法49条2項に対する憲法判断が「国賠法上の違法判断の背後に押しやられている²⁷」という批判が向けられる。

(B)の場合、上記の判示は、国賠違法判断の過程において示された判断ではな

²⁴ 畑尻剛「判批」ジュリ1332号9頁。また、判例時報匿名コメントによる本判決の整理では、当該判示部分は本件立法不作為に対する国賠違法判断の一つと位置づけられている。この点につき、青井未帆は、昭和60年第一判を、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、国賠法上違法とするというルールを定立したものと理解した上で、本件における法廷意見は、憲法的争点の成熟性（＝憲法判断に踏み込む要件）が足りないと判断したため、違憲判断を表に出さなかったと理解する。青井未帆「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—」信州大学法学論集9号129-130頁（2007年）。

²⁵ 前掲・小林100-101頁。

²⁶ 前掲・畑尻9頁。

²⁷ 同上。

く、選挙の公正を確保するために在宅投票有資格者を身体障害者に限定する立法措置の合理性を肯定している判断であると理解する。この立場に立脚した場合、泉補足意見は、法廷意見とは異なり、選挙の公正を確保する手段が存在する以上は違憲であると述べていると理解する。よって、この立場は、泉補足意見を実質的な反対意見と捉え、法廷意見に対しては、「投票所で投票をすることの困難性についての判定が容易でないなどの事情が前面に出て、選挙の公正確保の要請が選挙権行使の保障に優越²⁸」していると批判する。

果たして、どちらの理解が適切なのか。私見では、(A)の理解が適切と考える。その根拠として、泉補足意見の書き出しに着目する。泉裁判官は、「法廷意見に賛成するものではあるが²⁹」、「付言」して公職選挙法49条2項の憲法判断を行っている。この書き出しは、泉裁判官が法廷意見に賛成していることを示すものであり、法廷意見を公職選挙法49条2項の隠れた合憲判断と捉えるならば、泉裁判官は、「付言」して違憲判断を述べるのではなく、法廷意見とは理由が異なる旨を明記するはずである。(B)の理解を採用した場合、泉裁判官は実質的な反対意見を執筆したことになるため、「付言」の範囲を超えることになる。よって、(A)が適切と考える。法廷意見の論理を推し進めると公職選挙法49条2項は合憲となる可能性が高いが、違憲と国賠違法は別次元の問題であるから、法廷意見は、公職選挙法49条2項の合憲性の問題について、直接に言及しているわけではない。泉裁判官は、公職選挙法49条2項の合憲性判断について留保した法廷意見に「付言」して、公職選挙法49条2項の違憲性を述べたと理解すべきであろう。

1-3. 立法契機論について

立法契機論は、国賠違法要件②のうち、「正当な理由」の有無の判断に関わる部分である。最高裁は、精神的原因による投票困難者の選挙権の行使について、今まで国会でほとんど議論されたことがないこと、立法措置を求める意見書も本件訴訟第一審判決後に初めて国会に提出されたことを指摘して、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言えないと述べる。最高裁判所が採用する立法契機論には様々な批判が投げかけられている。

²⁸ 前掲・小林101頁。

²⁹ 判時1946号44頁。

第一に、障害者の代表が送られていないことを理由に、国会の議論の有無を判断根拠とすること自体に疑問を投げかける見解³⁰である。

第二に、国会は積極的に情報収集し、問題を解決する役割を担っていることから、裁判所は国会の事実レベルの認識ではなく、規範レベルの認識を問題にするべきだという批判である。これは、ALS 患者選挙権訴訟の評釈において表明された見解ではあるが、次のように説く。「現代の議会は国政に関して、決して、受身の存在ではなく、各院は国政調査権を有しており（憲法62条）、能動的に行動でき、それを適切に行使しなければならないのであるから、…選挙権を行使することで生命を危険にさらされなければならないような者の存在については、実際に認識できていなくとも、認識すべき状況にあった場合には、すでに立法府の職務上の法的義務が発生したと見るべきであろう。また、選挙権を行使できないものがあることについて憲法違反か否かの判断を政治部門を構成する国会議員の認識に依存することは妥当ではなく、法的見地からみて、客観的に違憲と解すべき状態が放置されたならば、国会議員の規範認識に関わらず、職務上の法的義務違反とすべきもの³¹」である。

第一の見解は、代表の持つ象徴的な意味の観点からの指摘であり、X も一審において同趣旨の見解を主張していた。しかし、このような見解に対しては、X は「請願権（憲法16条）を行使することや議員に対する陳情を行うこと、マスコミに対して投書することなど、在宅投票制度の拡充の必要性を訴えるという政治活動することは何ら妨げられていないばかりか、…現に在宅投票制度の拡充について国会において審議が重ねられてきたことに照らしても、現行選挙制度下において、議会制民主主義が機能していないとは到底いえないし、選挙による政治的評価にゆだねることができない事態に立ち至っているとも言えない³²」という反論がある。

第二の見解は、今後の立法契機論の展開を検討するうえで、興味深い指摘である。佐藤が指摘するように、ALS 患者選挙権第一審判決も、本件最高裁判決も、立法の専門職たる国会を、積極的に情報を収集し、問題を把握して解決を図るというイメージで捉えていない。上記に引用した本件一審判決も同様で

³⁰ 多田一路「判批」法セミ624号101頁。

³¹ 佐藤寛稔「判批」東北学院法学65号159-160頁。

³² 判時1821号61頁。

あろう。佐藤が示唆するように、積極的な問題解決の役割を読み込んで、国会の注意義務の程度を上げることも考えられる。

平成17年判決では、在外投票制度を創設する法律案が事前に国会に提出されていたと判断しているが、本件最高裁判決は、精神的原因による投票困難者の選挙権保障に関する問題が今まで国会で議論されたことがなかったこと、立法措置を求める意見書が本件訴訟第一審判決後に提出されたことを理由に、立法契機がなかったと認定している。平成17年最大判では、内閣による法案提出が立法契機の認定を決定付けたが、内閣による法案提出は、地方自治法99条による意見書提出と比べても、国会に対するインパクトは強いと思われる。ところが、本件では、立法契機がなかったという判断を、あくまで時系列上の問題として扱っている。この判示では、時系列の問題に加え、立法に与えるインパクトの大きさも問題として扱っているのか不明である。仮に、本判決が認定した要素（国会の議論・意見書提出）が立法に与えるインパクトという点において立法契機を満たしているという判断が背後にあったならば、本件において立法契機がなかったという判断は、あくまで時系列の問題に過ぎないことになる。その場合、回答義務がない地方自治法99条による意見書提出³³まで立法契機を認定する要素と位置づけることができるため、法律案の提出を立法契機の認定要素とした平成17年最大判と比べ、立法契機の認定を緩和していると理解することもできるだろう。上述のように、立法契機論に対しては批判が多いが、本判決をこのように捉えることができれば、立法契機論を運用において緩和していると理解しうる。立法契機論を批判する見解には、国会の注意義務の高度化を促す主張が背後に含まれていると思われるが、地方自治法99条の意見書提出までも国会に与えるインパクトという点において、立法契機の認定要素となりうるならば、国会の注意義務が相当程度高度化することになる。逆に、本判決が認定した要素はそもそもインパクトの点においても、時系列の点においても立法契機を満たさないという判断だと解すれば、上記のような解釈は難しいだろう。また、もう一つの要素である国会における議論の不存在も、どの程度の議論であれば立法契機を認定する要素となりうるのかについて、本判決は明言していない。本判決の判示では立法契機に対する裁判所の見解が不明であり、

³³ 松本英昭『新版逐条地方自治法〔第三次改訂版〕』（学陽書房・2005年）342頁。

どの程度であれば立法契機が認定されるのかは、今後の課題であろう。

ただ、本件について、最高裁判所が、従来の判例に照らして、立法契機がなかったと判断したもの、ある程度はやむを得ないと思われる。本判決が依拠した平成17年最大判では、昭和59年4月の時点で、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在外邦人の選挙権を認める法律案を提出していたことを理由として、国会が正当な理由なく所要の措置を執る責務を懈怠していると認めている。また、本判決と類似の構成を採用した関釜元慰安婦一審判決³⁴では、平成5年に従軍慰安婦問題についての調査報告書が提出されていたこと、及び河野談話が発表されていたことが根拠となっている。ところが、精神的原因による投票困難者の参政権に関する問題は、上記の例とは異なり、本件一審判決が出るまで、日本弁護士連合会や地方公共団体の議会からの意見書が提出されていなかった。本判決が下される以前にも、公職選挙法49条2項の適用対象に、寝たきり老人などが含まれないことに異議を唱える見解が国会において取り上げられていなくもない³⁵が、精神的原因による投票困難者についてはほとんど議論されていなかった。立法契機論を主張して違法性を認めなかった最高裁の理論的背景には、先例と比べて、上記の事情を理由に立法契機を認めることは国会議員にとって酷であるという判断があったと思われる。

本件における立法契機の認定に対しては、国会の議論の有無が常に立法不作為の違法性判断にとって決定的な問題になってしまうという批判がある³⁶。立法契機論の判断は、要件②のうち、国会の懈怠に対する正当な理由の有無についての判断であるが、このような判断は、要件②を採用したことに限った問題ではない可能性がある。要件①の原型とも言う³⁷熊本ハンセン病訴訟第一審判決³⁸では、遅くとも昭和35年の時点において新法の違憲性が明白になったと指摘したが、国賠法上の違法性は、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上の不作為に対して認められた。この5年間のズレを

³⁴ 山口地下関支判平成10年4月27日（判時1642号24頁）。

³⁵ 詳細については、一審におけるX側の主張を参照（判時1821号55頁）。

³⁶ 前掲・多田101頁。

³⁷ 前掲・赤坂15頁。

³⁸ 熊本地判平成13年5月11日（判時1748号30頁）。

説明する過程において、熊本地裁は、昭和38年頃の「新法改正運動の際には、全患協が、国会議員や厚生省に対し、改正要請書を提出したり新法改正を求める陳情を行うなどの活動を盛んに行っており、陳情を受けた国会議員の中には、『政府も早急に法改正に努力しなければならない。』とか、『このような予防法があることは国として恥かしい。』と述べた者もいたほどであり、国会議員としても、このころに新法の隔離規定の適否を判断することは十分に可能であった³⁹と指摘する。このように、昭和38年の段階で国会議員が新法の適否を判断することが可能であったと指摘する熊本地裁の判断は、本判決における立法契機論の判断とも類似している。このように理解できるならば、要件①を採用したとしても、熊本ハンセン病訴訟第一審判決と同様に、立法行為に対する国賠違法判断の過程において、立法契機論類似の判断が含まれることになる。したがって、立法契機論に対する上述の批判は、要件①を採用した場合についても当てはまるかもしれない⁴⁰。

2. 選挙権の保障について

本判決は、平成17年最大判を引用し、「憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙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ときでない限り、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るべき責務がある⁴¹」と述べる。

平成17年最大判では、在外国民の選挙権の行使について、「現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務⁴²」が国会にあると認定する。本判決は、選挙権行使の制約について、「憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、…国には…国民の選挙権の行使を可能にするために所要の措置を執るべき責務があり、「このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を

³⁹ 判時1748号100-101頁。

⁴⁰ しかし、要件①においても立法契機論が主張されるとすれば、立法不作為について争われた場合、要件①と要件②を敢えて区別した意味が減少することになるだろう。

⁴¹ 判時1946号43頁。

⁴² 民集59巻7号2096頁。

行使することができない場合についても当てはまる」と述べ、また、「選挙権が議会制民主主義の根幹を成すものであること等にかんがみ、精神的原因による投票困難者の選挙権行使については、今後国会において十分な検討がされるべきもの」と、国会に検討を促す。本判決は、平成17年最大判を踏襲⁴³し、「憲法が保障する選挙権の意味につき、伝統的理解である選挙人資格請求権を超えて、原則として選挙権の現実の行使の保障をも含むことが確認されている⁴⁴」。

このように考えれば、法廷意見は、泉補足意見とは異なり、明示的に違憲とは言わないものの、積極的に、憲法の観点から立法府の裁量を制限する判断を下していると言えるだろう。本判決は、法廷意見であっても、在宅投票制度と選挙権保障との関係を十分に検討することなく立法行為に対する国賠違法の議論に終始した昭和60年最一判と異なり⁴⁵、選挙権を行使する機会の保障も憲法上保障されると述べ、その観点から在宅投票制度について国会の立法裁量を制約する可能性を認めている⁴⁶。

しかし、憲法適合性判断については、前述のように、この判示は、直接的な憲法判断ではなく、国賠違法判断の過程において示された見解である。したがって、憲法判断が「国賠法上の違法性判断の背後に押しやられている⁴⁷」という

⁴³ ただ、本判決は、平成17年最大判とは異なり、「選挙権の現実的な行使」という用語を用いていない。本判決が「参照」したと思われる平成17年最大判の該当箇所（民集59巻7号2096頁）と本判決の判示を比較すればわかるように、平成17年最大判では、国には選挙権の行使を「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」という表現を用いている。本件における泉補足意見も、「現実に行使しうることを保障」と表現している。穿った見方かもしれないが、本件法廷意見が「現実的に可能」ではなく、単に「可能」にするための所要の措置を執るべき責務があると捉えているならば、本判決は、平成17年最大判が示した選挙権保障を弱めている可能性がある。

⁴⁴ 青井未帆「判批」判例セレクト（2006）3頁。

⁴⁵ 昭和60年最一判のこの問題点については、中村睦男「判批」ジュリ855号88頁を参照。

⁴⁶ 同様の指摘として、野坂泰司「判批」法教315号90頁。野坂は、本判決が「国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されないとして、改めて本判決（平成17年最大判—引用者注）の参照を求めており、投票制度の定めを立法府の広範な裁量に委ねるという立場はとっていないと思われる」と指摘する。

⁴⁷ 前掲・畑尻9頁。

批判は免れないだろう⁴⁸。また、精神的原因による投票困難者と公選法49条2項に規定する者を区別した判断については、選挙権の実質的保障を実現しようとするならば、認定の困難さを問題とすべきではないという批判が向けられる⁴⁹。

3. 泉補足意見について

3-1. 法廷意見との相違

泉裁判官は、結論こそ法廷意見に賛成するものの、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、郵便などによる不在者投票を行うことを認めない現行公職選挙法は憲法の平等な選挙権保障の要求に反する状態にあると述べる。泉補足意見も、法廷意見の「精神的原因による投票困難者の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⁵⁰」という判示には賛成する。したがって、明示的に違憲判断を下す泉補足意見の場合、この「十分な検討」を要求する程度が法廷意見よりも強いと考えられる。

3-2. 立法不作為に対する国賠違法について

本件において、泉裁判官は、付言して当該公職選挙法が違憲状態にあると述べるものの、基本的には法廷意見の判断について賛成している。ところで、泉裁判官は、平成17年最大判における反対意見において、次のように述べる。一般論として憲法によって保障された基本的権利の行使が立法作用によって妨げられている場合に、国賠訴訟によって間接的に立法作用の適憲的な是正を図る途も、より適切な権利回復のための方法が他にない場合に備えて残しておくべきである。しかし、平成17年最大判において争われた選挙権の行使という問題は、数十万人に及ぶ在外国民に共通のものであり、個別性が薄いため、在外国民の精神的苦痛は金銭で評価することが困難であり、金銭賠償になじまない。我が国の国家賠償法は、名目的損害賠償を認めていないのであるから、平成17年最大判の事案では、国賠請求に関しては請求を棄却するべきである。

⁴⁸ 直接的な憲法判断を求める手段の一つとしては、平成17年最大判のように、確認訴訟も考えられる。

⁴⁹ 前掲・小林101頁。

⁵⁰ 判時1946号44頁。

平成17年最大判において表明された泉反対意見の立場を前提にすれば、本件も選挙権について争われた事案であり、精神的損害の個性性も低く、金銭賠償になじまない事案であろう。だが、本件の泉補足意見では、そのような指摘を行わず、法廷意見に賛成する。これをどのように理解すべきなのだろうか。この点については、以下のような複数の理解が考えられる。

第一に、本件は他の方法による救済に馴染まない事案であったという理解もありうるだろう。泉裁判官は、平成17年最大判の反対意見において、予備的確認請求による裁判救済の途が開かれている限り、敢えて金銭賠償を認容する必要がないと指摘する。平成17年最大判では、予備的確認請求訴訟によって原告の請求を取り上げることができたが、本件は、予備的確認請求訴訟など他の方法による救済に馴染まない事案であったため、本来は金銭賠償に馴染まない事案であるが、通常金銭賠償と同様に扱われなければならないと考えていた可能性もある。

第二に、本件は金銭問題から解放されているという理解も可能である。泉裁判官は、平成17年最大判において、金銭賠償が結局税金によって支払われるため、賠償対象の広範さ故に納税者の負担が過大となるおそれが生じ、そのことによって裁判所の自由な判断に影響を与えることに対する危惧を表明している。ところで、本件の法廷意見は、Xの請求を棄却している。よって、平成17年最大判において泉裁判官が提示した納税者の負担という危惧はそもそも生じないことになる。であるならば、本件は、「財政問題に関する懸念から解放されて、選挙権行使の不平等是正に対し果敢に取り組む⁵¹⁾」べき事案であり、泉補足意見は、この立場から、公選法が違憲であるという補足意見を追加した、と言いうるかもしれない。この立場を前提とすれば、仮に本件において法廷意見が違憲判断を下し、国賠違法についてもXの請求を認めた場合、泉裁判官は平成17年最大判と同様に、本件は金銭賠償に馴染まないと指摘するであろう。

第三に、平成17年最大判における泉反対意見は、損害の問題を扱っているという理解もありうるだろう。平成17年最大判において泉裁判官が提示した問題は、憲法訴訟における国家賠償請求の機能に関する問題ではあるが⁵²⁾、あくまで形式上は損害発生要件の問題である。損害の問題について、泉裁判官は、平

⁵¹⁾ 民集59巻7号2110頁。

⁵²⁾ 前掲・木村(琢)52頁。

成17年最大判の法廷意見に対し、實際上生じた損害を認定することが困難であると指摘する⁵³。ところが、本判決は、違法判断の時点で請求棄却という結論が導き出されているため、損害の問題に踏み込まずに結論を下した。平成17年最大判における泉反対意見はあくまで形式上は損害の問題を提示しているが、本件では法廷意見は違法の問題の時点で結論が定まっているため、損害については判断していない。したがって、泉裁判官が法廷意見に賛成しても矛盾はないだろう⁵⁴。

3-3. 選挙の公正確保と在宅投票制度の関係について

泉裁判官によれば、Xのように歩行・外出が極めて困難な障害者又は要介護者に対して、投票所や不在者投票管理者の管理する投票記載場所における投票しか認めないとすると、事実上その選挙権の行使を制限するに等しい。現行公職選挙法49条2項は、その適用対象を身体障害者、戦傷病者又は要介護者の中のごく一部のものに限定しており、障害者基本法2条所定の障害者（身体障害、知的障害又は精神障害があるため、継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける者）又は介護保険法7条3項所定の要介護者であって、歩行・外出が極めて困難なものの一般を、郵便等による不在者投票の適用対象とはしていないため、すべての選挙人にとって特別な負担なく選挙権を行使することができる選挙制度を構築するという憲法の趣旨にかなうものとはいいがたい面を有している。

泉補足意見の特徴は、選挙の公正を確保する手段が存在する以上は、公職選挙法49条2項は違憲であると主張している点にある。この判示は、昭和26年に生じた選挙の不正が再び起きることに対する危惧を表明し、公職選挙法49条2項は選挙の不正を防止するという合理性を有しているため、本件立法不作為は、国会の立法裁量の範囲に収まるというY側の一貫した主張を否定する意味を有する。

⁵³ 民集59巻7号2109-2110頁。

⁵⁴ なお、後述のように、泉裁判官は、調査官時代に昭和60年最一判の調査官解説を執筆している。そこでは、結論的には法廷意見の立場を正当と結論付けているが、事案の性格が金銭賠償に馴染むかどうか、他の救済方法による可能性があるのかという問題を検討していない。この点については、平成17年最大判との整合性が問題となるだろう。

昭和26年に生じた数々の選挙不正と在宅投票の関係については、昭和60年最一判の高裁判決⁵⁵が詳しく認定している。それによれば、昭和27年改正前の公職選挙法49条の下では、選挙人は、疾病、負傷、妊娠、不具若しくは産褥にあるため歩行が著しく困難である場合には在宅投票を行うことが可能であった。その証明として、医師、歯科医師、助産婦の証明書を提出することを要求していた（施行令52条2項）。しかし、虚偽の証明書を発行した場合につき、選挙法規上罰則がなく、証明書の安易な発行を防ぐことができなかったため、本来在宅投票をなし得ない者による投票用紙等の入手、本人若しくは他人によるその悪用という不正が多発した⁵⁶。買収、投票の秘密確保の困難、代理記載の意思の確認など、様々な選挙の不正が発生した昭和26年統一地方選挙は、本件一審判決⁵⁷も高裁判決⁵⁸も是認したように、不正に在宅投票資格を取得することが容易であったことに起因する。結局、終戦直後に制定された公職選挙法が定めた在宅投票制度は、昭和27年に廃止されてしまった。

本件において、その適用範囲が狭すぎるとX側が批判した公職選挙法49条2項は、以上に示したように、昭和26年における選挙不正という経緯を踏まえて成立している。本件一審判決、高裁判決が認定しているように、昭和49年に付け加えられた公職選挙法49条2項は、単に投票所に行くことが困難な者をその救済対象とするのではなく、昭和26年に起きた選挙不正に対する反省から、客観的に投票所に行くことができないと一律に判定できる者に限って在宅投票を認めた。

泉裁判官は、「在宅障害者については、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か否かの認定が難しいという問題はある⁵⁹」とY側の主張を認めながらも、「上記の認定は、医師の診断書、療育手帳、精神障害者保健福祉手帳等の併用によってできないわけではなく、上記の認定が簡単ではないという程度のことで、前記の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可能ないし著しく困難であると認められる事由があるとは到

⁵⁵ 札幌高判昭和53年5月24日（民集39巻7号1590頁）。

⁵⁶ 民集39巻7号1623-1624頁。

⁵⁷ 判時1821号61頁。

⁵⁸ 大阪高判平成16年9月16日（判例集未登載）。なお、当該箇所は、判決正本39頁。

⁵⁹ 判時1946号44頁。

底いうことができない」と反論する。

すなわち、泉補足意見においては、昭和27年公職選挙法改正の原因となった医師の診断は、認定のための一つの道具に過ぎず、他の方法（療育手帳や精神障害者保健福祉手帳の併用）によっても認定が可能である。泉裁判官は、医師の診断書だけにこだわる必要はないと考えている。したがって、泉補足意見も、Y側が危惧するような昭和26年統一地方選挙における不正の再発防止について、周到に注意を払っていると理解できる。つまり、泉裁判官は、精神的原因による投票困難者に対して在宅投票を認めた場合、昭和26年に生じた選挙の不正が再発する可能性があり、選挙の公正が害されるおそれがあるという危惧までは共有しつつも、選挙の公正を確保する可能な策を提示し、そのような策を講じていない現行公職選挙法について違憲判断を下している。

3-4. 泉裁判官の選挙権理解

無論、このような泉補足意見の背景には、彼独自の選挙権理解が存在する。周知のように、泉裁判官は、選挙権に関連する他の事例において、選挙権を手厚く保障する立場を繰り返し表明している。例えば、参議院議員（選挙区選出）の議員定数配分の合憲性について争われた最大判平成16年1月14日⁶⁰では、同日に下された公職選挙法が参議院（比例代表選出）議員選挙につき採用している非拘束名簿式比例代表制の合憲性について争われた事件⁶¹では多数意見と見解を同じくしつつも、議員定数配分規定が憲法14条1項の平等原則に反し、違憲と判断している。在外邦人の選挙権保障について争われた平成17年最大判では、名目的損害賠償の法理については反対しつつも、選挙権の行使の機会の確保については多数意見に賛成し、「国民が、憲法で保障された基本的権利である選挙権の行使に関し、正当な理由なく差別的取扱いを受けている場合には、民主的な政治過程の正常な運営を維持するために積極的役割を果たすべき裁判所としては、国民に対しできるだけ広く是正・回復のための途を開き、その救済を図らなければならない⁶²」と述べている。また、最大判平成19年6月13日⁶³

⁶⁰ 民集58巻1号56頁。

⁶¹ 民集58巻1号1頁。

⁶² 民集59巻7号2108-2109頁。

⁶³ 裁時1437号3頁。

では、平成17年9月11日施行の衆議院議員総選挙における衆議院小選挙区の議員定数の不均衡が選挙権の平等を保障する憲法14条1項に反し、違憲であると述べた。それ以外にも、この判決において、泉裁判官は、公職選挙法が小選挙区選挙の候補者のうち、候補者届出政党に所属する者と、これに所属しない者との間に設けた選挙運動上の差別は、選挙人が候補者の適性、政権等に関する情報を均等に得て、選挙権を適切に行使することを妨げるものであるから、民主主義的な自己統治の実現を支える表現の自由の保障に反し、憲法に違反すると判示した。

以上から理解できるように、泉裁判官は民主政の過程の保障が司法の役割だと考えている⁶⁴。この立場を最も鮮明に表明したのは、最大判平成16年1月14日⁶⁵における追加反対意見である。この追加反対意見の中で、泉裁判官は、「民主主義のシステムが正常に機能しているかどうか、国民の意思を正確に議会に届ける流れの中に障害物がないかどうかを審査し、システムの中の障害物を取り除くことは、司法の役割である⁶⁶」と指摘する。

泉裁判官は、以上のような見解に立脚し、平成16年最大判や平成19年最大判において争われた投票価値の保障の問題（民主政の過程の中で選挙人の意見が正当に反映されないこと）、平成17年最大判において争われた民主政の過程からの排除の問題（在外邦人は民主政の過程に参加していない、あるいは一部しか参加していない）それぞれについて、違憲判断を下していると考えられる。また、平成16年最大判⁶⁷と同日の判決⁶⁸では、公職選挙法が参議院（比例代表選出）議員選挙につき採用している非拘束名簿式比例代表制は、国民の声を議会に届ける正当に構築されたシステムであるから合憲判断に回ったと考えられる。

本件の原告Xのように、公職選挙法49条2項の適用対象から外れた結果投票所に行くことが事実上不可能な投票困難者は、そもそも民主政の過程に参加す

⁶⁴ この点につき、泉徳治「司法とはなんだろう」（近畿大学法科大学院論集創刊号75頁）。

⁶⁵ 民集58巻1号56頁。

⁶⁶ 民集58巻1号107頁。

⁶⁷ 民集58巻1号56頁。

⁶⁸ 民集58巻1号1頁。

ることから事実上排除されていると位置づけることができるからこそ、泉裁判官は、司法が積極的に介入すべき局面であり、厳格な審査が及ぶ場面であると判断したと推測できる⁶⁹。

4. 本判決の射程一特に立法契機論について一

公職選挙法49条2項では、選挙人で身体に重度の障害がある者について在宅投票を認めている。公職選挙法49条2項から漏れた結果、投票が事実上困難な者としては、例えば、精神的原因による投票困難者（本件）、寝たきり老人などを挙げることができる。本判決は、精神的原因による投票困難者に関する判断だが、それ以外の者について、今後訴訟が提起された場合、どのような判断が下されるのであろうか。

法廷意見は、当該規定の合憲性について直接的には言及していないため、不明である。しかし、今後同種の事案が裁判で争われた場合、裁判所は、立法契機論をもう一度主張することができないと考えられる。それは、「精神的原因による投票困難者の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⁷⁰」という判示から読み取ることができる。この判示部分は、国会に現行公職選挙法の問題点の検討を促している箇所である。精神的原因による投票困難者に対する立法措置について、国会は十分な検討を行うことを要請されており、それと同時に、公職選挙法の規定か

⁶⁹ 泉裁判官は、調査官時代に昭和60年最一判の解説を執筆している。泉徳治・最判解説『最高裁判所判例解説民事篇（昭和60年度）』（法曹会・1989年）366頁、泉徳治・判批（ジュリ855号90頁）。そこでは、憲法13条、15条1項・3項、14条1項、44条、47条、93条の各条文に基づいて在宅投票制度を設ける義務が国会にあるという主張と、それに対する反論を整理し、在宅投票制度を設けなければ憲法に違反するとは言い切れず、肯定説・否定説双方が成立する余地があると留意しつつも、結論としては、棄却の結論を支持している。他方、本件では、泉裁判官は、14条1項、15条1項・3項、43条1項、44条但し書きを引用しながら、選挙権の行使を現実に保障することが憲法の趣旨にかなうと述べ、調査官時代とは立場を変えている。これが、泉徳治個人の見解の変遷を意味するのか、それとも調査官という職責から解放された結果なのかは明らかではない。

⁷⁰ 判時1946号44頁。

ら漏れた結果在宅投票を行うことができない者に対する議論も伴うことが期待される。泉補足意見の存在も、国会に立法契機を促す重要な要因となるだろう。事実、平成18年11月29日に開催された政治倫理の確立及び公職選挙法改正に関する特別委員会では、本判決を引き合いに出しながら、公職選挙法49条2項の対象外の者に対する措置に関して問題が提起されている。ここでは、精神的要因による投票困難者のほかに、寝たきり老人などについても併せて、障害者の選挙権の問題が取り上げられている⁷¹。

以上に鑑みれば、本判決によって国会は公職選挙法49条2項の適用対象から外れた者について検討することが期待されているというべきであるから、今後同種の訴訟（寝たきり老人など）が提起された場合、立法契機がなかったとは主張できないと考えられる。

5. まとめ—本判決の意義と今後の課題—

本判決は、平成17年最大判が扱った二つの判断（立法行為に対する国賠違法の問題、選挙権を行使する機会の保障の問題）の射程を探る上で、重要な位置づけを担っている。

第一に、本判決は、平成17年最大判において示された国賠違法要件②を踏襲し、精神的要因による投票困難者の場合は投票所に行くことの困難性の判定が難しいこと、事前に国会で立法課題として取り上げられる契機がなかったことを理由に、国賠違法を認めなかった。前者の困難性の判定の問題については、選挙権の実質的保障という意義を没却するという批判が向けられるだろう。しかし、後者の立法契機論については、本稿で検討したように、現行の判例理論を前提とする限り、平成17年最大判を含む類似の他の判決と比較しても、本件

⁷¹ 政治倫理の確立及び公職選挙法改正に関する特別委員会会議録第3号 平成18年11月29日〔参議院〕11頁。なお、会議録は国会会議録検索システム（<http://kokkai.ndl.go.jp/>）からダウンロード可能である。また、立法契機の認定要素については、駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山＝駒村（編）『論点探究 憲法』（弘文堂・2005年）321頁。駒村は、「請願処理、付帯決議の履践、市民の要請行動、審議会での指摘などが国家による不法行為の成立を左右する要素としての位置を占め」と指摘する（前掲・駒村330頁）。この見解に従えば、本文中で記したような特別委員会における審議も、立法契機を認定するための一要素となるだろう。

において、立法契機が存在しなかったと判断するのも、ある程度はやむを得なかったという判断が背後にあったと思われる。また、本件では、立法契機が時系列の問題として処理された結果、意見書等を事前に提出することが立法契機を認定するためには十分なのか明らかではないという問題が残ったままである。更に、どの程度の国会の審議があれば立法契機を認定することができたのかも不明である。立法の専門職としての国会が有する注意義務の程度について、裁判所がどのような見解を抱いているのかを明らかにすることが今後の課題である。

第二に、本判決では、選挙権に対する立法裁量がある程度制約する判断を下している。しかし、既に述べたように、直接的な憲法判断は国賠違法判断の背後に隠れてしまっている。直接的な憲法判断を求めようとするならば、平成17年最大判のように、確認訴訟を利用することも考えられる⁷²。

第三に、泉補足意見では、昭和26年に生じたような選挙不正の再発を防止するためには国会の立法裁量を広く認めるべきであるというY側の主張に対し、

⁷² 同様の見解として、前掲・畑尻9頁。また、「現代型訴訟としての違憲国賠訴訟」が抱える限界点を指摘する見解として、棟居快行『憲法学再論』（信山社・2001年）465-466頁（初出・神戸法学雑誌44巻4号725頁）。棟居によれば、実体規範と救済規範が分離されている違憲国賠訴訟は、「直後に制度改革的な判決効を持ちえ」ず、「違憲違法であることが判決理由中に述べられ、主文で幾許かの慰謝料請求が認容されても、それだけでは現行制度の欠陥を心理的に糊塗しうるにすぎず、制度改革を担保しうるものではまったくない」。本件に即して考えるならば、Xを救済する一つの手法は、Xのような精神的原因による投票困難者にも、現行公職選挙法で認められている在宅投票制度の利用を認めることである（そのほかにも、巡回投票制度を創設することも考えられる）。しかし、本件においてXが国家賠償法による訴えを提起している以上は、結局のところ、仮に違憲違法と判断されたとしても、「幾許かの慰謝料」によって満足するしかない。Xを直接に救済し、さらに「直截」的な制度改革をも担保しようとするならば、「次回の選挙において選挙権を行使する権利」（前掲・畑尻9頁）、もしくは、在宅投票制度を利用する地位にあることの確認という主張を提起することになるだろう。

* 本稿の執筆に際し、本件を担当した浅野弁護士から未公開の資料を頂戴した。

** 本稿は、末延財団による研究助成の成果の一部である。

選挙の公正を確保する手段が存在する以上は、精神的原因による投票困難者に対する立法措置を怠っている公職選挙法は憲法の平等な保障の要求に反すると明言した。泉補足意見は、国民の選挙権行使について制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙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、その選挙権行使に対する制限が認められないと判断した平成17年最大判を継承し、在宅投票の範囲を拡大したとしても選挙の公正を確保できる策があると指摘する。

国側が本件、ALS患者選挙権訴訟、ひいては昭和60年最一判においても一貫して主張してきた選挙不正の再発という危惧は、昭和26年の時代状況とは大きく異なる現代において、果たして立法府の裁量を広範に認める根拠として適切なのか疑問がある。本件における泉補足意見は、Y側が抱き続ける「昭和26年の亡霊」を是正する見解として、評価すべきであろう。