

# 「憲法訴訟論」の基本問題

—憲法判例から論点を考える—

法科大学院教授 古川 純

## I. 「立法事実論」

### 1. 設問<sup>(1)</sup>

問1. 別紙〔資料Ⅰ〕は、時國康夫「憲法訴訟の方法と技術」(『公法研究』31号(1969)所収、同著『憲法訴訟とその判断方法』(第一法規、1996)所収)の一部を引用した文章です。その中で著者は、公衆浴場設置距離制限規定合憲判決(最大判昭和30=1955.1.26, 別紙〔資料Ⅱ〕(判例1))に関して判例評釈や学説を検討し、違憲の争い方について、この事例ではむしろある趣旨の主張をすべきであったと提言しています。〔資料Ⅰ〕の文章中、「(問1)」に入れるべき適切な文章を各自において推敲し、解答用紙に記入してください。

問2. 別紙〔資料Ⅱ〕の(判例1)から(判例5)までをよく読んでください(各判決文の末尾に、弁護人の上告趣意や上告代理人の上告理由、被上告人の答弁書などが収められていますが、判決理由との関係を見るために併せてよく読んでください)。(判例1)、(判例2)は公衆浴場設置の距離制限規定を合憲と判断していますが、(判例3)は薬局開設の距離制限規定を違憲と判断しました。その後の(判例4)および(判例5)は、類似の距離制限規定でありながらも公

衆浴場設置の距離制限規定に関しては合憲判断を維持しています。(1)類似の距離制限規定でありながら薬局開設と公衆浴場設置との間で、最高裁の判断が違憲と合憲に分かれた理由は何であると考えられるか、(2)またその判断が分かれたことに関して、上告人および被上告人の主張のあり方に問題はなかったのか、いずれかの判例の判決理由そのものに問題はなかったのか、各自の分析・評価に基づき論じてください。

## 2. 論点解説

### 問1.

〔資料1〕:「多くの学説は、距離制限をしなければ濫立による過当競争の結果、衛生設備が低下するという論理に批判を集中している。或る論客は、自由競争による経済の自律性によりおのずと配置の適正化がもたらされ、競争により衛生設備の向上も招来するといひ、また、距離制限が積極的に配置の適正を保つものでもないし、また衛生設備低下防止に具体的に直結するものでもないといひ。しかし反面、公衆浴場設置に関し、偏在防止、衛生設備低下防止に、何らかの規制がなされるべきであり、またなすうると多くの学説が認めている。これら学説及び批評は、この事件で、被告人側が、どのような違憲の争



(5) は、①判例(1)等を引用して適正配置・距離制限は違憲ではないとしたが、適正配置の目的に関しては、「国民衛生及び環境衛生の確保にあるとともに、……既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとする」とし、その目的としている」とし、(規制目的二分論にいう)消極的目的・積極的目的という2つの異なる規制目的の併存を認めたとうえで、②適正配置規制は目的達成のために必要かつ合理的な範囲の手段であるとした。

3. 判例(3)に関して、①上告代理人は薬局の偏在・乱立による医薬品供給への好ましからざる影響を述べた原判決に対して「一般経験則や公知の事実によらない想像的でその必然的因果関係を論証していない」と批判し、また公衆浴場と薬局の置かれた状況の違いを述べ、結局薬局開設の画一的距離制限は「既存業者の独占的利益の確保を目的」とするもので違憲だと主張した。②他方被上告人は出されたばかりの小売市場判決に専ら立脚して、営業の自由に対する制限の合憲性判断基準をいわゆる「明白の原則」に求めた。③判決理由は、薬局の適正配置規制は「社会政策的ないしは経済政策的目的」を意図するものではないとして、小売市場判決の「規制とは趣きを異にし、したがって、右判決において示された法理は、必ずしも本件の場合に適切ではない」と述べ、「明白の原則」の適用を退けた。

4. 類似の適正配置規制・距離制限の下に置かれる公衆浴場と薬局に関して、公衆浴場法合憲判決と薬事法違憲判決とに分かれた理由は、規制目的二分論に立つならば、

①薬局距離制限の目的は消極的警察的目的であり、いわゆる「厳格な合理性」の基準に基づき手段審査を行った結果、違憲と判断されたが、公衆浴場距離制限の目的は公衆浴場の性質から見て当初から社会政策的目的を伴うものであり、明確ではないが「明白の原則」ないし「合理的関連性」の基準で審査をして合憲と判断されたものと考えられる。②判例(1)(2)と判例(4)(5)とで時代の変化、立法事実の変化に基づいて規制目的に変化があったと考えるならば、判例(3)の違憲判断に関する新しい法理にもかかわらず判例(4)(5)は変化した規制目的に合わせて「明白の原則」ないし「合理的関連性」の基準で合憲としたもの(むしろ小法廷ではなく大法廷で審理すべきであった事例なのではないか)と考えられる。

(2) 判断が分かれたことに関して、上告人(代理人)・被上告人の主張のあり方の問題、判決理由の問題。

1. 判例(3)に関して、被上告人の主張・立証は、営業の自由の合憲性審査基準を専ら小売市場判決による「明白の原則」に求めた(規制目的・手段の立法事実の立証は不要)にもかかわらず、薬事法立法当時の立法事実の詳細な顕出を行ったわけであるが、その結果はむしろ上告代理人の不十分な立法事実の立証を補強する機能を果たし、結果的に判決理由の違憲判断をもたらしたことになるのではないか。

2. 判例(4)(5)の上告人は、公衆浴場距離制限の規制目的を判例(1)によって消極的警察的目的と理解し、原判決のとった社会政策的目的を批判して、判例(3)の新たな法理に基づく違憲審査と違憲判断を求めたが、

そもそも上告人の判例(1)による規制目的の理解は正当であったか、疑問である。判例(1)の判決理由における規制目的の記述は明確とは言えないが、そもそも公衆浴場の性質から判断して判例(5)のように2つの規制目的が併存していたと理解されるべきではないか。

3. 判例(5)は、薬局距離制限の規制目的が立法時も今日も変わりはないとするが、むしろ自家風呂の普及に伴う公衆浴場の経営悪化や廃業は公衆浴場に依存する住民の生活に影響を与える問題を引き起こし、規制目的を支える立法事実の変化をもたらしたと判断でき(参照、山下健次「公衆浴場の適正配置規制」『憲法判例百選Ⅰ〔第四版〕』194-195頁〈解説〉, 2000)、したがって規制目的はむしろ社会経済政策的目的に変化したと判断して、そのような理由から事案を大法廷において改めて合憲と判断する必要があったのではないかと考えられる。

#### 【注】

- 判例(1) 公衆浴場違反被告事件最大判(昭和30. 1.26)
- 判例(2) 公衆浴場営業許可無効確認請求事件最二小判(昭和37. 1.19)
- 判例(3) 行政処分取消請求事件最大判(昭和50. 4.30, 薬事法薬局距離制限規定違憲判決)
- 判例(4) 公衆浴場法違反被告事件最二小判(平成元. 1.20)
- 判例(5) 公衆浴場の距離制限の合憲性最三小判(平成元. 3.7)

## Ⅱ. 「立法不作為」と「立法裁量論」

### 1. 設問<sup>(2)</sup>

別紙(判例1)から(判例5)までの資料は、立法不作為の違憲性を理由とする国家賠償請求訴訟の論点を含む判決です。それらをよく読んで、違憲審査制の憲法秩序維持機能・憲法的価値実現機能の観点から、問1. および問2. の設問に答えてください。

問1. (判例3)は、下記問2. 冒頭に要約した(判例1)のもとで、「らい予防法」新法の隔離規定の改廃をしなかった国会議員の立法不作為を違憲と判断し、国家賠償法上の違法性を認め損害賠償請求を認容し確定しましたが、(判例3)の理由付けにはどのような特徴があると考えられるか、論じてください。

問2. 衆院議員定数訴訟最大判(昭和51. 4.14)は国民はすべて政治的価値において平等であるべきであるという徹底した平等化志向を判示しました。(判例1)は、第一審判決である(判例2)の理由付けを覆して、在宅投票制度の廃止行為・立法不作為の合憲性判断のあり方、および国会議員の立法行為・立法不作為が国家賠償法上違法と評価される例外的な場合について判示しました。それを踏まえて、以下の(1)および(2)の間に答えてください。

(1)(判例4)は、国民の選挙権の行使を可能とする措置を執らないという国会議員の立法不作為に関する論点では類似の(判例1)のもとで、①公選法がALS(筋萎縮性側索硬化症)患者の選挙権行使を可能とするような投票制度を少なくとも本件各選挙



当時に設けなかったことについては違憲でありALS患者らは選挙権行使の機会を奪われたと判断しながら、②国家賠償法上の違法性は認めませんでした。①の理由が②の違法性認容に結び付けられない理由は何か、結び付けられる可能性はあると考えられるか、論じてください（参考：本判決から約8ヵ月後に国会は公選法を改正しALS患者などは選挙権を行使できるようになった、平成15年法律127号）。

(2) (判例5)は、在外国民の選挙権の行使を可能とする措置を執らないという国会議員の立法不作為に関する論点では類似の(判例1)のもとで、一定の立法不作為についてその違憲性を判示するとともに、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けることを認め損害賠償請求を認容しました。多数意見は、(判例1)は(判例5)の以上の判示と「異なる趣旨をいうものではない」と判示しましたが、横尾・上田反対意見および福田補足意見の論じる意見を比較・参照しながら、(判例5)は(判例1)と実質的に異なると考えられる理由があると判断される余地があるか（あるとすれば今後の事案への影響）・ないか、各自の論拠で論じてください。

## 2. 論点解説

問1. (判例1) = 在宅投票制廃止立法不作為違憲訴訟最一小判(昭和60. 11.21)のもとにおける(判例3) = ハンセン病訴訟熊本地判(平成13.5. 11)の理由付けの特徴

(判例3)が(判例1)のもとにありながら国会議員の立法不作為(らい予防法新法を廃止しなかったこと)に国賠法上の違法性を

認めて請求を認容した判断の理由付けには、(判例3)に即して詳しく検討すると以下のような特徴があると考えられる。

(1) ①らい予防法新法(昭和28)は、入所者に極めて厳しい外出制限を課すとともに療養所長が退所を許可しない限り療養所にとどまるべき義務(在所義務)があると解されている(新法の隔離規定という)。②憲法22条1項の保障する居住・移転の自由は、経済的自由の一環をなすものであるとともに、奴隸的拘束等の禁止を定めた憲法18条よりも広い意味での人身の自由としての側面をもつのみならず、人が自己の選択するところに従い社会の事物に触れ人と接してコミュニケーションするという、人が人として生存する上で決定的な重要性を有する行為の不可欠の前提である。③新法の隔離規定は、人として当然に持っているはずの人生のあらゆる可能性を大きく損なうものであり、この人権制限の実態は単に居住・移転の自由の制限というのみでは正当に評価し尽くすことができず、より広く憲法13条に根拠を有する人格権そのものに対するものとらえるのが相当である。④これらの人権制限は、最大限の慎重さを持って臨むべきであり、具体的には伝染病予防のために患者の隔離以外に適当な方法がない場合で、極めて限られた特殊な疫病にのみ許されるべきものである。

(2) 新法の隔離規定は、国内外での会議の動向を踏まえて言えば、遅くとも昭和35年にはその合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白となっていた。

(3) (判例1)は、在宅投票制度を廃止しこれを復活しなかった立法不作為について、

「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、容易に想定しがた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」と判示した。しかし(判例1)は、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する(判例3)の案件とは、全く事案を異にするのである。(判例1)はその論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権を脅かしかねない危険性が内包されているのであって、(判例1)の論拠は(判例3)の案件に全く同じように妥当するとはいえない。

(4)(判例1)にいう「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対的条件とは解されず、その表現は立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが極めて特殊な場合であることを強調しようとしたにすぎないというべきである。

(5)新法が存在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かんがみれば、他にはおよそ想定しがたいような極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いて、国家賠償法上の違法性を認める

のが相当である。またその段階で国会議員は調査をすれば(2)指摘の事情について容易に知ることができたのであるから、国会議員には過失が認められる。

解答の論点として以上を要約すれば、①(判例3)は(判例1)を国会議員の選挙の投票方法のような憲法が国会の立法裁量に委ねている場合にその射程を限定していること、②(判例3)の案件は人身の自由にかかわる側面を持ち憲法13条に根拠を有する人格権に対する侵害とみなす点で(判例1)とは事案を全く異にするのとらえていること、③(判例1)はその論拠を議会制民主主義や多数決原理に置くが(判例3)の事案は少数者であるハンセン病患者の犠牲において多数者である一般国民の利益を擁護しようとする点でその適否を全く同様に多数決原理に委ねるのは妥当しないとしていること、④(判例1)の「憲法の一義的な文言に違反」という表現は字句どおりに読むべきではなく国会議員の立法不作為の違法が極めて例外的であることを強調する趣旨であるのとらえること、のようにまとめられるであろう。

## 問2.

(1)(判例4)=ALS患者選挙権訴訟東京地判(平成14.11.28)は、ALS患者が在宅のまま自書することなく(代理人の補助で)郵便投票できる制度を設けていないことを少なくとも本件=平成10年・11年選挙の時点では違憲であるとしながらも、(判例1)を引用して国賠法上の違法性を認めなかったが、1.本件制度欠如の違憲性が国会議員の立法不作為の違法性に結び付けられない理由、および2.結び付けられる可能性。

(判例4)の判示に即して詳しくまとめると、以下のようになる。

1. ①選挙権は議会制民主主義の根幹をなすものであるから、当該選挙制度の下で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、投票行為の性質に伴う必然的な制約や投票の秘密や選挙の公正の要請からそのような投票制度を採用し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・3項、14条1項、44条ただし書きに違反する。被告は、憲法47条の問題として、国会は選挙権行使の投票制度に関する広範な裁量が認められており違憲を論じる余地がないというが、投票のために生命を危険にさらさなければならない選挙人が存在する場合は、国会の裁量の範囲内の問題とは全く質的に異なる。選挙人の身体的条件によって選挙権を奪う結果となってもやむを得ないと判断されるならば格別、投票所に行くことも自書することも不可能な選挙人が存在すればそれらの選挙人に選挙権行使の機会を保障するための制度を設けることが憲法上要請されているというべきである。②ALS患者が人工呼吸器を利用した在宅療養を行うようになったのは比較的最近のことであり、昭和60年ころは人工呼吸器を装着したALS患者は死亡するまで入院を継続するのが通常で在宅療養は一般的ではなかった。原告のうちALSのために人工呼吸器を必要とするに至った最も早い者は昭和61年であり、他の原告は平成6年であるから、昭和27年改正法や昭和49年改正法の制定が違憲であったとは認められないが、少なくとも本件各選挙当時(平成10年・11年選挙)において、公選法に原告ら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は、憲法15条1項・3項、14条1項、44条ただし書きに違反する状態であったといわざるを得ない(違憲であったと認められる)。③公選法は、郵便投票制度を設ける際に選挙人の自書を要求することを前提に郵便投票の手続きの細目を定めることを政令(施行令)に委任したのであって、内閣の決定した政令が法律に違反して郵便投票の選挙人の自書主義を創設したものではない。従って内閣(総理大臣およびその他の国务大臣)の立法不作為の国賠法上の違法性は認められない。④公選法が原告らの投票を可能とする制度を設けていないために原告らの選挙権侵害の被害が生じたのであるから、各国会議員の公選法立法(不作為)過程における行動が原告らに対して負う職務上の法的義務に違反したか否かを判断することになる。具体的な立法(不作為)過程を考えると、(判例1)の判示のとおり国賠法上の違法性の問題と公選法の内容の違憲性の問題とは区別されなければならない。(判例1)に従えば、本事案は国賠法上の違法の評価を受けるものではない。

以上について、解答の論点を要約すると、①本事案は、憲法47条の国会の裁量の範囲内の問題とは全く質的に異なり、少なくとも本件選挙当時(平成10年・11年)においては公選法の郵便投票制度の立法不作為は違憲の状態にあったこと、②しかし公選法の内容の違憲性と国会議員の職務上の法的義務違反の国賠法上の違法性の問題とは区別されなければならない、(判例1)に従えば国賠法上の違法性は認められないこと、ということになる。

2. 解答の論点は、以下のようになる。①

(判例4)は本事案の投票制度に対する被告主張の国会の「広範な立法裁量論」の立場には立っておらず、その意味で(判例4)は、(判例1)が憲法47条を根拠に投票制度に関する「広い立法裁量論」と「明白の原則」に立脚していると解されるのとは対照的に、議会制民主主義にとっての選挙権の基本権としての重大性を理由に「狭い立法裁量論」(やむを得ない事由のない限り投票制限は違憲)に基づいていると考えられる(衆院議員定数訴訟最大判(昭和51.4.14)は選挙権の内容の平等の制限に関して「狭い立法裁量論」を採ったと解される)。②「狭い立法裁量論」に立てば、「国会議員の統一的意思活動たる国会」((判例2)による)は立法をなすにあたり違憲という重大な結果を生じないよう慎重に審議・検討すべき高度の注意義務を負うというべきであるから、公選法の内容の違憲性とは区別された本事案に関する国会(議員)の立法不作為の国賠法上の違法性判断については、(判例1)の判示に“丸投げ”することなく別途の考察が必要とされるといわなければならない。「狭い立法裁量論」に基づく別途の考察の結果、公選法の内容の違憲性と国会(議員)の立法不作為の国賠法上の違法性が結び付けられる可能性が出てくると思われる。③そのヒントは、(判例4)が、そのころ(=昭和27年改正法の時点および昭和49年改正法の時点)本件各選挙当時の原告らと同様の状態にあって選挙権行使が不可能なALS患者等の選挙人が存在したのか否かは証拠上明らかではない、と述べるところにある(つまり、困難ではあれ立証の問題である)。(判例4)は、公選法の郵便投票制度は少なくとも本件選挙当時(平成10年・11年選挙)違憲の状態にあったと判示しているが、その違憲

状態の成立の時点はいつ頃であり、本件選挙当時に至るまで立法不作為はどのくらいの期間放置されていたと判断されるのであろうか。それはまさに立証の問題である。本件原告のうちALSのために人工呼吸器を必要とした最も早い患者は、昭和61年に人工呼吸器を装着しているが(他に類似患者の存在は考えられるが、それは立証の問題)、昭和61年から平成10年選挙当時までを立法不作為の期間と考えると、約12年ものあいだ違憲状態は放置されていた、と判断しうるであろう。④「狭い立法裁量論」により国会に対し違憲という重大な結果を生じないよう高度の注意義務求める立場に基づくならば、立法不作為の違憲状態が約12年間も放置されていたことは、国会(議員)の国賠法上の違法性を認めるに十分な理由と言えるのではないか。⑤(判例4)の約8ヵ月後に国会は原告請求の内容に沿った法改正を行ったが、(判例4)の時点で国会の立法不作為の違法性を断定しえたといえるのではないか。〔注記〕支配的行政法学説は、国賠法1条1項の国の賠償責任について「代位責任」ととらえるが(最高裁判例の立場は明らかではないが「代位責任」説と解される)、有力説に国の「自己責任」説(今村成和)があり、それによると責任の「過失」要件について「国に責任を帰属せしむべき公務運営の瑕疵の表現」とする過失の客観化を主張し、「役務の過失」や「行政活動の瑕疵」のような無過失責任主義の方向が示される(下級審判決で「自己責任」説に立った判決がある)。(判例4)が(判例1)を何らかの理由付けで射程外におき「自己責任」説に立った場合には、立法不作為の違憲性判断を過失の客観化によって直ちに国会の立法不作為の違法性判断に結びつけることが可能となる



であろう。なお本論点解説は「代位責任」説に基づいている。

(2) (判例5) = 在外国国民選挙権剥奪違法確認等訴訟最大判(平成17.9.14)は、在外国国民が衆院小選挙区選挙および参院選挙区選挙で投票できない現行制度を違憲とし、また国会議員の立法不作為を国賠法上違法と評価するとともに、(判例1)の判示と「異なる趣旨をいうものではない」と判示したが、1. にもかかわらず(判例5)は(判例1)と実質的には異なると考えられる理由があるか、2. あるとすれば今後の事案への影響。

(判例5)の判示に即して詳しくまとめると、以下ようになる。

1. A. (判例5)の国賠請求認容の理由の要点をまとめる。①国民の選挙権は、議会制民主主義の根幹をなすものであり、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるものである(憲法前文・1条の国民主権、43条1項の国会の国民代表性、15条1項・3項、44条ただし書き)。憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権またはその行使を制限することは原則として許されず、制限をするためにはそのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬ。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可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは

憲法15条1項・3項、43条1項、44条ただし書きに違反する。このことは立法不作為の場合についても同様である。②平成10年改正以前の公選法においては、在外国国民の選挙権行使は一切認められておらず、衆参両院の選挙全般に関する在外選挙制度の創出を目的とする昭和59年内閣提出の公選法改正案は継続審査とされながらも実質的審議は行われず、昭和61年衆院解散によって廃案となり、国会は本件選挙当時(平成8年選挙)に至るまでの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に放置した。結局本件選挙において在外国国民が投票することを認めなかったことについては、到底やむを得ない事由があったということとはできず、本件改正以前の公選法は憲法15条1項・3項、43条1項、44条ただし書きに違反する。また平成10年改正後の公選法は、衆参両院の比例代表選出議員の選挙(拘束名簿式)においてのみ在外国国民の投票を認めたが、参院の比例代表選挙を非拘束名簿式(投票用紙に候補者個人の氏名を自書する原則)に変更して候補者個人の情報を適切に伝達することの困難性がなくなったと考えられる平成12年改正後も、衆院小選挙区選挙・参院選挙区選挙について在外国国民に投票することを認めないことにやむを得ない事由があるということとはできず、公選法の附則8項の規定のうち当分の間衆参両院の比例代表選挙に限定する部分は、憲法15条1項・3項、43条1項、44条ただし書きに違反する。③公選法の立法の内容または立法不作為の違憲性の問題と国会議員の立法または立法不作為が国賠法の適用上違法となるかの問題とは区別されるべきである。(i)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や、(ii) 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または立法不作為は、国賠法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるべきである。(判例1)は以上と異なる趣旨をいうものではない。④本事案の場合、上記②で指摘したような著しい立法不作為は上記③の例外的な場合に当たり、このような場合においては過失の存在を否定することができない。立法不作為を理由とする国賠請求は認容する。

B. ①(判例5)は、(判例1)が選挙権の行使の方法に関して憲法47条を根拠に「広い立法裁量論」「明白の原則」を採っているのとは対照的に、憲法47条を一切引用しておらず、A. ①にまとめた趣旨から判断できるように「狭い立法裁量論」の立場を採っていると考えられる。この点で(判例5)と同様の「狭い立法裁量論」の立場を採ると考えられる(判例4)に関して2. ②で指摘したように、国会(議員)は立法をなすにあたり違憲という重大な結果を生じないよう慎重に審議・検討すべき高度の注意義務を負うというべきである。(判例5)が、A. ③の(i)(ii)のあげる立法不作為が国賠法上「例外的に」違法と評価される要件について(判例1)の判示と「異なる趣旨をいうものではない」とわざわざ付言をするものの、(判例1)が「広い立法裁量論」に立ち国会の例外的にせよほとんど成立することのありえない“針の穴ほどの可能性”しかないというべき極めて厳し

い要件を提示したのに対して、(判例5)は「狭い立法裁量論」に立って(判例1)の要件よりも緩やかな要件を提示した、と解することができるであろう。A. ③の(i)(ii)の文言(国会が立法不作為を放置する期間の長さの要因を考慮に入れているなど)から見ても、(判例1)の要件と同一趣旨と解することはできない。その意味で、新大法廷判決である(判例5)は(わざわざ以前の小法廷判決たる(判例1)と「異なる趣旨ではない」と付言してはいるものの)(判例1)を実質的に変更していると判断できる余地があるのではなかろうか。②横尾・上田反対意見は、A. に要約した多数意見に対して、憲法43条2項、44条、47条に基づき、国会両院の議員の各選挙制度の仕組みを原則として国会の裁量判断にゆだねていると述べる。ただし同反対意見は、国内居住国民の選挙権行使とわが国の主権が及ばない国・地域に居住する在外国民の選挙権行使を区別し、前者に関する制限の場合は多数意見に同調して違憲と判断するものの、後者に関する制限の場合は社会的技術的制約が伴うことを理由に国会の裁量判断にゆだねられると述べる。これは(判例1)を引用しないが、在外国民の選挙権行使の制限に関しては(判例1)と同様の「広い立法裁量論」に立つものと解される。福田補足意見は、在外国民の選挙権の剥奪または制限について国会の立法裁量の範囲内に収まっているとする(横尾・上田反対意見のような)意見に対して、憲法の国民主権の理念および国会・国会議員の正当性の根拠を理由に、国会は平等・自由・定時のいずれの側面においても(国内居住と国外居住の別を問わず)国民の選挙権を剥奪し制限する裁量をほとんど有していない、

と述べ、自らも属する多数意見の「狭い立法裁量論」の立場を補強して批判を行っていると考えられる。横尾・上田反対意見が部分的にはあれ(判例1)の立場を表すと解するならば、福田補足意見を含む多数意見を理由とする(判例5)は(判例1)を実質的に変更したと判断することができよう。

2. (判例5)が(判例1)を実質的に変更したと判断できるとした場合、侵害を受けている権利の性格によっては、裁判所は、国会の立法(不作為)という裁量権の行使に対して国賠請求訴訟が提起されれば、今後は(判例1)の判示に“丸投げ”せずに(判例5)の1. A. ③の要件(i)(ii)のもとに、その権利侵害の救済のために国会の裁量に立ち入って審査することが可能となるということができらるであろう(選挙権行使の制限の事例に限らず、離婚時に女性にのみ6ヶ月の再婚禁止期間を義務付け女性の婚姻の自由を制限する民法733条を改廃しない国会の立法不作為の事案などにも及ぶであろう)。

#### 【注】

(判例1) 在宅投票制廃止立法不作為違憲訴訟最一小判(昭和60. 11.21)

(判例2) 在宅投票制廃止立法不作為違憲訴訟札幌地小樽支判(昭和49. 12.9)

(判例3) ハンセン病訴訟熊本地判(平成13.5. 11)

(判例4) ALS患者選挙権訴訟東京地判(平成14. 11.28)

(判例5) 在外国民選挙権剥奪違法確認等訴訟最大判(平成17.9.14)

### Ⅲ. 司法審査制(付随的審査制)の「憲法(人権)保障機能」(憲法秩序維持機能・憲法的価値実現機能)

#### 1. 設問<sup>(3)</sup>

別紙(1)から(4)までの各判決をよく読んで、司法審査制(Judicial Review)の憲法(人権)保障機能(憲法秩序維持機能・憲法的価値実現機能)の観点から、問1.および問2.の設問に答えてください。

問1. (1)(2)(4)の各最高裁判決の理由には「多数意見」・「補足意見」・「意見」・「反対意見」が、また地裁判決(3)には理由が述べられていますが、各判決それぞれの事案との関係で、憲法(人権)保障機能を促進すると考えられる意見や理由と、それには消極的な意見や理由について、「判決理由」か「傍論」かの区別にとらわれずに、それぞれの要点をまとめて(判決から引用しつつ、また可能ならば対比しつつ)述べてください。

論述は、(1)、(2)、(3)、(4)それぞれに即して、いかなる事案の場合に上の設問に関してどのような理由付けが述べられているか、よく分かるようにまとめてください。

問2. (1)の判決の事案の場合に、被告人・弁護人は事実審および上告審においてどのような主張および立証を行えば無罪判決を得る可能性があったか、あるいはそもそも無罪判決を得る可能性はなかったのか、解答者の見解に基づき論じてください。

#### 2. 論点解説

##### 問1.

(1)は徳島市公安条例事件最大判である。

事案は、集団示威行進において被告人が「自らもだ行進をした」点が道路交通法77条3項・119条1項3号違反とされ、また被告人が「集団行進者にだ行進をさせるよう刺激を与え、もって集団行進者が交通秩序の維持に反する行為をするように煽動した」点が徳島公安条例3条3号・5条違反とされて起訴されたものである。判決理由中で設問の司法審査制の憲法（人権）保障機能の観点からとりあげられるべき論点は、表現の自由に関する行為を処罰する条例3条3号・5条の犯罪構成要件としての不明確性について、違憲主張適格を認めて国民一般の表現の自由の保障機能を果たすか否かである。「多数意見」は、この論点について、「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確の故に憲法三一条に違反して無効であるとされるのは、その規定が通常的判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる」とし、本条例は立法措置として著しく妥当を欠くものがあるが、「通常的判断能力を有する一般人の理解において、具体的な場合において」自己の行為が条例の禁止事項に触れるものであることや、だ行進が「思想表現行為としての集団行進に不可欠な要素ではな」いことについて「通常その判断にさほどの困難を感じることはない」、さらに「国又は地方公共団体の機関による恣意的な運用を許すおそれがあると

は、ほとんど考えられない」と述べた。ただしこれに続き、カッコ書きではあるが、「なお、記録上あらわれた本条例の運用の実態をみても、本条例三条三号の規定が、国民の憲法上の権利の正当な行使を阻害したとか、国又は地方公共団体の機関の恣意的な運用を許したとかいう弊害を生じた形跡は、全く認められない」と述べているのは、犯罪構成要件の憲法31条違反に基く被告人無罪の主張・立証の可能性を検討できる道筋を示していると理解できよう。団藤裁判官の「補足意見」は、犯罪構成要件の明確性の論点について「多数意見」の理論的基礎付けを詳論している。すなわち、不明確な犯罪構成要件のために「国民が本来表現の自由に属する行動さえも遠慮するような事態がおこれば、それは国民一般の表現の自由に対する重大な侵害だといわなければならない。これは不明確な構成要件が国民一般の表現の自由に対して有するところの萎縮的ないし抑止的作用の問題である。」こうした論点について「本件の審理の対象外とされるべきではないか」という考え方は、「裁判所が国民一般の表現の自由を保障する機能を大きく制限する結果をもたらす」のであって、「これは、とうてい憲法の趣旨とするところではない」とした。さらに、同「補足意見」は「多数意見」も「同じ見地に立つもの」と理解し、「多数意見」が付言した上述のカッコ書きについて言及しながら、「実際にこうした萎縮的・抑止的作用が認定されえなかったことを明らかにするもの」と述べたが、しかし続くカッコ書きで「現に、弁護側から、かような点についてのなんらの立証活動もされていない」ことを指摘しているのは、立証による法令違憲に基づく被告人無罪の可能性の道筋を示し



た論理として注目されよう。他方、高辻裁判官の「意見」は、本条例3条3号の規定が「犯罪構成要件の内容をなすものとして明確性を欠くものでないとする一般的見解には、多分に疑問がある」（「多数意見」とは異なる、いわば法令違憲の見解）としつつ、「多数意見」の原判決破棄の結論に同調する理由を次のように述べる。「元来、裁判所による法令の合憲違憲の判断は、司法権行使に付随して、されるものであって、裁判における具体的事実に対する当該法令の適用に関して必要とされる範囲においてすれば足りるとともに、その限度にとどめるのが相当であると考えられ、本件において、殊更、その具体的事実に対する適用関係を越えて、他の事案についての適用一般にわたり、前記規定の罰則としての明確性の有無を論じて、その判断に及ぶべき理由はない。」

（コメント）：高辻「意見」は付随的審査制の憲法（人権）保障機能に極めて消極的であり（被告人の具体的事実適用される限度での付随的法令審査）のに対し、団藤「補足意見」は犯罪構成要件が国民一般の表現の自由保障に「萎縮的・抑止的作用」を及ぼすべきでないとする観点から積極的な法令審査を肯定し、一定の場合の違憲主張適格の拡張による裁判所の憲法（人権）保障機能を肯定していると評価できるであろう。

（2）は衆議院議員定数不均衡訴訟において初めて違憲判断を示した昭和51年最大判である。本判決には様々な論点が含まれるが、設問との関係で問題となる論点は、選挙権の内容（投票価値）の不平等を選挙無効の原因として公選法204条の選挙無効訴訟（一般には民衆訴訟とされる）を提起できるか、

という点である。天野裁判官の「反対意見」はまさしくこの論点に直接関わっており、公選法204条に基づく訴訟をあくまでも民衆訴訟の性質を有するものと解し、選挙管理委員会において「これを是正し適法な再選挙を実施することができないような違法を主張して選挙の効力を争うことは許されず、裁判所の審査権もこれに及ばない」と述べて、本件の訴えは「結局、不適法の訴えとして却下されるほかないことになる」と否定する。この天野「反対意見」の提起する疑問に対して「多数意見」は、「本件選挙の効力」の判断においてカッコ書きで、選挙権の内容（投票価値）の不平等を選挙無効の原因とする公選法204条の選挙無効訴訟の提起の仕方を肯定し、国民の基本的権利の「救済の途」を開くべく次のように述べる。「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、救済の途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、前記公選法の規定が、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のは、決して当を得た解釈ということとはできない。」他方で岸裁判官の「反対意見」は、「多数意見」のカッコ書き見解とは異なり、公選法204条による「この種訴訟の民衆訴訟的な性質を考慮しながらも、その抗告訴訟的性質を重視し、権利救済についての一般的な手続法である行訴法を手がかりとして、この種訴訟にふさわしい手続を案

出するのが適当ではないか」と主張し、定数配分規定による「具体的な選挙の施行によって平等権侵害が現実化したものとして抗告訴訟の原告適格を肯定することもできる」であろうという。ただし同「反対意見」はこのように「多数意見」のカッコ書き見解に疑問を提示ながらも、最高裁が何十年にも渡って公選法204条の手続きによる訴訟を是認してきた（国民の信頼にこたえる必要がある）ことを理由に「多数意見」に同調している（従って「反対」は別の論点である）。権利救済の観点から「この種訴訟にふさわしい手続」を判例によって「案出する」という岸意見は、越えるべき難点はあるものの「多数意見」とは別な意味で憲法（人権）保障機能を積極的にとらえるものといえよう。

（コメント）：「多数意見」のカッコ書きは、傍論の性格のものではあるが、長年にわたって最高裁が選挙無効訴訟の入り口については是認してきたことについて、そのように最高裁判例によって容認してきた訴訟方式に対し憲法保障上の理論的正当化を付与したものといえるであろう。

（3）は、内閣総理大臣の靖国神社参拝に関して憲法20条3項の政教分離原則違反の行為であることを理由に国家賠償請求を求めた訴訟に対して、原告らの請求は棄却しながら理由において、傍論ではあるが総理大臣の参拝行為の違憲性を認めた福岡地裁判決である。設問との関係で注目される本判決の論点は、司法審査を個別的事案の紛争解決に狭く限定することなく付随的審査制の憲法秩序維持機能・憲法的価値の実現機能を重視する点である。同判決は、「結論」において、判決が不法行為は成立しないとし

て原告らの請求を棄却しながら「あえて本件参拝行為の違憲性について判断したことに関しては異論もあり得るものとも考えられる」と述べながら、次のように違憲判断の正当性を説明する。「しかしながら、現行法の下においては、本件参拝のような憲法20条3項に反する行為がされた場合であっても、その違憲性のみを訴訟において確認し、または行政訴訟によっては是正する途もなく、原告らとしても違憲性の確認を求めるための手段としては損害賠償請求訴訟の形を借りるほかなかったものである。……（中曾根総理大臣の靖国参拝時の訴訟においては）大阪高等裁判所の判決の中で、憲法20条3項所定の宗教的活動に該当する疑いが強く、同条項に違反する疑いがあることも指摘され、常に国民的議論が必要であることが認識されてきた。しかるに、本件参拝は、靖国神社参拝の合憲性について十分な議論も経ないままなされ、その後も靖国神社への参拝は繰り返されてきたものである。こうした事情にかんがみると、裁判所が違憲性についての判断を回避すれば、今後も同様の行為が繰り返される可能性が高いというべきであり、当裁判所は、本件参拝の違憲性を判断することを自らの責務と考え、前記のとおり判示するものである。」

（コメント）：自治体の長の政教分離原則違反の公金支出等行為を争う訴訟方式としては地方自治法242条の2の住民訴訟（民衆訴訟）があるが、総理大臣の政教分離原則違反行為に関しては類似の民衆訴訟方式はなく、本判決が述べるように行為の違憲性確認や行為の是正請求の途もない。そのなかで総理大臣の靖国神社参拝行為に対して国家賠償請求訴訟を提起することには、参拝行為

の違憲性確認を求める訴訟方式のない場合のやむを得ない代替手段としての意義が認められるのであり、原告らの権利・法益侵害が否定され損害賠償請求が棄却されても、原告らの訴訟提起目的はそこにはなく、まさしく違憲性確認によって憲法訴訟としての目的が達成されるということができるのである（「違憲確認判決」または「違憲宣言判決」）。

（４）は、在外日本国民選挙権剥奪違法確認等請求訴訟の最大判である。国民主権に結びつく国民の基本的権利である選挙権の行使を長年にわたって妨げてきた立法不作為の違憲性判断の問題のほか、本判決には様々な論点が含まれているが、設問との関係でみるべき論点は、在外国民である原告らが今後直近に実施されることになる衆院選挙における小選挙区選挙および参院通常選挙の選挙区選挙につき選挙権を行使する権利があることを予め求める訴え（公法上の法律関係の確認の訴え）と、立法不作為によってこれまで被ってきた権利侵害に対する国家賠償請求訴訟との関係について、裁判による権利救済の方法論としてどのように考えるかである。「多数意見」は両者の関係を問題にすることなくともに認容した。特に前者については、「選挙権は、これを行行使する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は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んがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する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」として、理論的には原告ら当事者に限られないおよそ在外有権者の選挙権行使の権利の確認の利益を認めて積極的に肯定した。これは、司法審査の憲法（人権）保障機能を重視するものと考えられるであろう。この点を同じく積極的に肯定しながら泉裁判官の「反対意見」は、「多数意見」の国家賠償請求認容の部分には反対して、「私は、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もので、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」と述べる。国家賠償請求認容に反対する泉意見の理由には、①選挙権が基本的人権である参政権の行使という意味で個人的権利であることに疑いはないものの、両院の議員という国家機関を選定するという公務に集団的に参加する公務的性格も有している点で純粋な個人的権利とは異なった側面があるという選挙権の性格論からくるものと、②訴訟の本来の目的の把握からくるものの２つがある。後者はすなわち、「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ものではなく、公職選挙法が在外国民の選挙を妨げていることの違憲性を、判決理由の中で認定することを求めることにより、間接的に立法措置を促し、行使を妨げられている選挙権の回復を目指しているものである。上告人らは、国家賠償請求訴訟以外の方法では訴えの適法性を否定されるおそれがあるとの思惑から、選挙権回復の方法としては迂遠な国家賠償請求を、あえて付加したものと考えられる。・・・当裁判所は、

投票価値の不平等是正については、つとに、公職選挙法204条の選挙の効力に関する訴訟で救済するという途を開き、本件で求められている在外国民に対する選挙権行使の保障についても、今回、上告人らの提起した予備の確認請求訴訟で取り上げることになった。このような裁判による救済の途が開かれている限り、あえて金銭賠償を認容する必要もない」とする理由付けである。

(コメント)：泉「反対意見」は、本件訴訟の本来的目的の把握に焦点を当て、まず「違憲性を、判決理由の中で認定することを求めることにより、間接的に立法措置を促し、行使を妨げられている選挙権の回復を目指しているもの」と理解し、また国家賠償請求訴訟については「訴えの適法性を否定されるおそれがあるとの思惑から、選挙権回復の方法としては迂遠な国家賠償請求を、あえて付加したもの」ととらえることによって、国家賠償請求を副次的補充的な手段とし、本判決が開いた「裁判による救済の途」を本筋として、それを衆院議員定数不均衡訴訟昭和51年判決のカッコ書きが正当化して開いた「裁判による救済の途」と比較しているのは、たいへん興味深い。

## 問2.

(1) 判決の事案、すなわち「集団行進者にだ行進をさせるよう刺激を与え、もって集団行進者が交通秩序の維持に反する行為をするように煽動した」点が徳島市公安条例3条3号・5条違反事件とされ起訴された事件については、条例3条3号・5条の犯罪構成要件としての明確性の担保のあり方に疑問が出され、「多数意見」によって「立法措置として著しく妥当を欠く」と指摘されているの

で、同規定の合憲・違憲の差は微妙なものである。問題は、被告人の違憲主張適格をどのように認めるか、または認めないか、であり、したがって設問に対する解答は、①違憲主張適格を認めながら条例の規定の漠然不明確性を理由に文面上違憲・無罪を主張するか、②不明確な条例の規定が被告人以外の第三者に適用される場合の表現行為侵害の実態を立証することにより規定の違憲・無罪を主張するか、③違憲主張適格をみとめず(本事案では憲法判断をせずに)法令の適用による有罪判決は動かないとするか、の三様でありうる。

①「多数意見」は、条例の規定が「立法措置として著しく妥当を欠く」としても「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的な場合において」自己の行為が条例の禁止事項に触れるものであることや、だ行進が「思想表現行為としての集団行進に不可欠な要素ではな」いことについて「通常その判断にさほどの困難を感じることはない」、さらに「国又は地方公共団体の機関による恣意的な運用を許すおそれがあるとは、ほとんど考えられない」という法令解釈および一応の実態判断によって、規定の合憲性を前提に有罪とした。しかし条例の規定の違憲の疑いを「通常の判断能力を有する一般人の理解」を基準に合憲とする「多数意見」の解釈には、高辻「意見」の批判がある。すなわち、先ず犯罪構成要件が明確であるかの判断は、行為規範としての機能の面に注目して行為者の行為の當時を基準として判断されなければならない。また本条例の規定の文言は「単に抽象的に交通秩序を維持すべきことを述べているだけで、いかなる行為、不作為を命じているのかその義務内容が具体的に



明らかにされていない」ものである。その文言の解釈は、「多数意見にあるような考慮を重ねて得られる解釈」ではなく「通常の判断能力を有する者が規定の文言から素ほくに感得するところの常識的理解」に基づいて読み取るべきものであり、「犯罪構成要件の内容をなすものとして明確性を欠くものではない」とすることには疑問がある（法令違憲の判断）。この見解を理由に、条例の規定の法令違憲・無罪を主張する可能性がある。

②「多数意見」は①にまとめたように規定の合憲性を結論付けたが、しかし同時にカッコ書きで、「記録上あらわれた本条例の運用の実態をみても、本条例三条三号の規定が、国民の憲法上の権利の正当な行使を阻害したとか、国又は地方公共団体の機関の恣意的な運用を許したとかいう弊害を生じた形跡は、全く認められない」と述べ、また団藤「補足意見」は「実際にこうした萎縮的・抑止的作用が認定されえなかった」としながらも、カッコ書きで「現に、弁護側から、かような点についてのなんらの立証活動もされていない」ことを指摘した。しがって、弁護側から事実審および上告審段階において条例の犯罪構成要件の不明確性が国民（住民）一般の表現の自由行使に対して「萎縮的抑止的作用」を及ぼした（第三者である住民への規定適用）実態を証明する「立証活動」が行われ、「記録上」においてそのような「萎縮的抑止的」な「本条例の運用の実態」が示されるならば、条例の規定の違憲判断に基づく被告人（上告人）の無罪判決が得られる可能性はあるといえる。憲法訴訟論としては、①および②の違憲主張適格の拡張の考え方のもとに被告人・弁護側の主張・立証による違憲・無罪の可能性をあくまでも追求するほうが望ま

しい。

③他方、付随的審査制の憲法（人権）保障機能に極めて消極的で被告人の具体的事実適用される限度での付随的法令審査を主張する高辻「意見」の考え方によるならば、本事案の被告人・上告人に関する限り、そもそも罰則規定の明確性の有無を論じて憲法判断に及ぶべき理由はないことになるので、有罪判決は動かないことになろう。

#### 【注】

（判例1）徳島市公安条例事件最大判（昭和50. 9.10）

（判例2）衆議院議員定数不均衡訴訟最大判（昭和51. 4.14）

（判例3）小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟福岡地判（平成16. 4.7）

（判例4）在外国民選挙権剥奪違法確認等請求訴訟最大判（平成17. 9.14）

## IV. 「憲法判例」

### 1. 設問<sup>(4)</sup>

別紙（1）および（2）の各最高裁判決をよく読んで、問1. および問2. の設問に答えてください。

問1. 憲法「判例」をどのように理解するかを明らかにしたうえで、（1）および（2）の各最高裁大法廷判決の理由のなかから「判例」と考えられる部分を引用（適宜まとめることも可）してください。判決理由には「多数意見」のほかに「補足意見」・「意見」・「反対意見」が付されているので、それらをよく読み比べながら判決理由の「判例」と考えられる部分を答えてください。

問2. （1）および（2）の「判例」に関して、あ

あなたは実務家として今後、それぞれのよ  
うな「判例」として応用を検討できると思  
えるか。応用を検討できるならば、いくつ  
かの事例をあげながら、それぞれのよう  
に「判例」応用の主張をするのか、答えて  
ください。

## 2. 論点解説

### 問1.

#### 1. 憲法「判例」の理解について

「判例」とは、「裁判規範として後の裁判の  
決定基準」となるルール（判例の準則、ratio  
decidendi）を言い、判決に含まれる「重要な  
事実」と「法的結論」から成る命題を言う。憲  
法「判例」は、憲法判断を含む判決の中で法  
令の憲法解釈および適用について「裁判規範  
として後の憲法判断を含む裁判の決定基準」  
となるルールを指すと考えられる。

#### 2. 判例(1) = 在外日本国民選挙権剥奪等 違憲訴訟最高裁大法廷判決（平成17 = 2005. 9.14）の憲法「判例」

① 国民の代表者である議員を選挙によっ  
て選定する国民の権利（選挙権）は、国  
民の国家への参加の機会を保障する基  
本的権利として、議政民主主義の根  
幹を成すものである。国民の選挙権又  
はその行使を制限することは原則とし  
て許されず、国民の選挙権又はその行  
使を制限するためには、そのような制  
限をすることがやむを得ないと認めら  
れる事由がなければならない。このよ  
うな事由なしに国民の選挙権の行使を  
制限することは、憲法15条1項および  
3項、43条1項並びに44条ただし書に  
違反する。本件改正前の公選法が、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、憲法15条1項及び3項、43条1項  
並びに44条ただし書に違反するもので  
あった。

② 本件の予備的確認請求に係る訴えにつ  
いては、引き続き在外国民である上告  
人らが次回の衆院総選挙における小選  
挙区選挙及び参院通常選挙における選  
挙区選挙において、在外選挙人名簿に  
登録されていることに基づいて投票を  
することができる地位にあることの確  
認を請求する趣旨のものとして適法な  
訴えといえることができる。本件の予備  
的確認請求は理由があり、これを認容  
すべきである。

③ 国会議員の立法作為又は立法不作為が  
国家賠償法1条1項の適用上違法の評  
価を受けるのは、立法の内容又は不作為  
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項の適用  
上、違法の評価を受けるものというべ  
きである。最小小判（昭和60. 11.21）は  
以上と異なる趣旨をいうものではない。

3. 判例(2) = 非嫡出子国籍確認請求訴訟最  
高裁大法廷判決（平成20 = 2008.6. 4）の  
憲法「判例」

- ① 国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限り日本国籍を認めていることにより国籍取得に生じさせている本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっている。しかも、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱いを生じさせているといわざるを得ず、国籍取得の要件を定めるに当たって立法府に与えられた裁量権を考慮しても、この結果について、立法目的との間において合理的関連性があるものということとはもはやできない。国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反するものであった。
- ② 日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められる。

<sup>(5)</sup>  
問2.

(1) 問(1)の憲法「判例」が応用できると考えられる事例：憲法「判例」の①については、選挙権または選挙権行使の制限の厳格な審査を求めていると解釈できるので、(i) 選挙権の内容の平等(投票価値の平等)に関する厳格な審査の主張に应用すること、(ii) 在宅投票制について加えられる投票制限の違憲性を争う訴訟に应用することができる。②については、「公法上の当事者訴訟」の積極的利用を前提に「当事者の公法上の地位の確認」請求訴訟に应用できる。③については、昭和60最一小判の広い立法裁量論を踏まえた横尾・上田反対意見の合憲論を批判する福田補足意見に照らして判例を理解するならば、立法不作為(たとえば「東京大空襲訴訟」における立法不作為の主張)の違憲性を導き出すことのできる要件として应用することができるであろう。

(2) 問(2)の憲法「判例」が応用できると考えられる事例：憲法「判例」①の応用については、(i) 「立法目的自体に合理的根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた」ものとする判示は、泉補足意見が差別の対象となる権益を「憲法14条1項に差別禁止事由として掲げられている社会的身分及び性別」とし「それが同項に違反しないというためには、強度の正当化事由が必要であって」、「立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と」「手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である」とい

う見解に照らして読むと、多数意見が手段の立法事実を審査してその変遷を理由に合理性を欠く憲法14条1項違反の手段としたと解されるので、社会的身分や性別による格差に関する平等審査の新たな判断基準として応用しうるのであろう。(ii)「父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われぬ限り、生来的にも届出による日本国籍の取得を認めないとしている点は、今日においては、立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用している」という判示とあわせて、民法900条4号但書の非嫡出子相続格差の違憲性に関して、法律婚主義維持の立法目的自体の合理的根拠は承認しつつ、相続格差を設けることの「立法目的との間における合理的関連性」について「我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われ」たことを理由に、いまや「著しく不利益な差別的取扱いを生じさせている」ので違憲であるとする主張を展開できるであろう。

#### 【注】

- (判例1) 在外国民選挙権剥奪等違憲訴訟最大判(平成17.9.14)
- (判例2) 非嫡出子国籍確認請求訴訟最大判(平成20.6.4)

#### 注

- (1) 「憲法総合演習Ⅰ(憲法訴訟論)」平成17=2005年前期末試験問題
- (2) 「憲法総合演習Ⅰ(憲法訴訟論)」平成18=2006年前期末試験問題
- (3) 「憲法総合演習Ⅰ(憲法訴訟論)」平成19=2007年前期末試験問題
- (4) 「憲法総合演習Ⅰ(憲法訴訟論)」平成21=2009年前期末試験問題

(5) 泉徳治・元最高裁判事は2009年1月に定年退官されたが、退官後の7月3日に自由人権協会主催の講演会で同判事関与の判例について大変興味ある解説をされた。私は自由人権協会からの案内でこの講演会に出席しメモを作成したが、その中から問2の設問趣旨に適した部分を以下に収録しておきたい。

『在外国民選挙権訴訟大法廷判決は、これは応用できる判例だ。「ここまで来たなあ」という感慨がある。最高裁が原告らの意図を解釈して、次の選挙からの投票権の確認をしたものだ。司法制度改革では「公法上の当事者訴訟」を利用せよというメッセージがあり、最高裁大法廷はこれに対応して「当事者の公法上の関係の確認」をした。(2) 非嫡出子相続格差・反対意見は、少数意見がムダにならない例だ。国連規約人権委員会から法改正の勧告があったが、国は応じていない。国民の多数の意見は制度の現状維持であり、政党もマニフェストに出さない。これを正すのは司法の役割だ。2008年にフランスにあるEU人権裁判所のコスタ長官(娘さんが日本人と結婚して杉並に住んでいる)を訪ねたことがあった。フランス・オーストリア・ベルギーには非嫡出子差別立法があり各立法府は改正を嫌ってきた。EU人権裁判所は差別立法に対してEU人権条約違反の判決を出したところ、各立法府は法改正を行った。裁判所は「一歩前に」出なければならないということだ。(3) 国籍法3条一部違憲判決は多数意見だが、「ここまで来たか!」の感慨の2例目である。多数意見は立法目的と手段との合理的関連性の審査基準を用いた(憲法の教科書から持ってきたような基準だ)。この判例はほかにも及ぶだろうと思う。国籍法の非嫡出子の国籍付与の例は影響する範囲は数十万人だが、民法の非嫡出子問題は全国的に広がるだろう。(4) また在外日本国民選挙権の例が及ぶのは数十万の範囲だが、定数訴訟の問題はどうなるだろうか(秋に参院定数訴訟判決が出る)。』

なお、泉徳治元判事には上記講演関連のイ



インタビュー（現職判事の時）に、「泉徳治・最高裁判事に聞く～最高裁の役割・裁判員制度～」ICLU Newsletter 通巻号368号（2009年2月号，自由人権協会）がある。また最近の最高裁論について，滝井繁男元判事の『最高裁は変わったか 裁判官の自己検証』（岩波書店，2009.7）があり，泉元判事と同様にこの10年間の民事判例と刑事判例の新しい動きの評価と感想が述べられているので，一読を薦めたいと思う。

〔注記〕本研究ノートは，平成17=2004年前期から平成21=2009年前期まで（ただし，平成20=2008年前期は法学部「中期研究員」に採用されたため，その間の講義は石村修教授が担当された）私が担当した「憲法総合演習

〔憲法訴訟論〕」の期末試験問題とその論点解説を編集したものである。私は本研究ノートで，2005年度・2006年度・2007年度・2009年度の4カ年度の問題・論点解説（注）を主テーマとして編集し，憲法判例を丁寧に（多数意見・補足意見・反対意見を含めて）読む「研究と実務の架け橋」を目標とした私の法科大学院・憲法訴訟教育の展開の記録としたいと考えたのが本研究ノート寄稿の趣旨である。本研究ノートへの法科大学院生（OB・OG）諸氏の批評を期待する。

（注）平成16=2004年度の設問・論点解説は論点項目の摘示（採点評価の項目と基準）を公表するにとどまったので，本稿への収録は省略した。