

立法不作為に関する一考察

— ALS 患者選挙権訴訟を中心にして —

大 林 文 敏

はじめに

I ALS 患者選挙権訴訟の概要

- 1 事実関係について
- 2 東京地裁の判決

II 判例の動向

- 1 85 年判決の判断枠組み
- 2 判例の動向

III ALS 患者選挙権訴訟の法理の検討

- 1 ALS 患者選挙権訴訟の位置づけ
- 2 ALS 患者選挙権訴訟の審査基準

むすびにかえて

はじめに

下級審レベルではあるが、ごく最近に限っても、立法の不作為に関する裁判が散見されており、かつ興味深い内容の判決が下されている。たとえば、去る 2 月 24 日、名古屋地裁は、補償立法が速やかに行われなかったことが問われた名古屋挺身隊訴訟において、「日韓請求権協定によって、

いかなる損害賠償も主張できない』¹⁾と判示している。また、3月25日には、東京高裁は学生無年金訴訟において、「当該立法行為ないし立法不作為が、過去の無年金者に対しても、保険料の特例納付制度を設けるなどして救済措置を講ずべき義務を怠るという違法があるということではできない。」²⁾と説示した。

この2件は、いずれも立法の不作為が認められず、請求が棄却された事案である。これらの例のように、立法の不作為については、司法的救済がきわめて困難な状況にあるというのが実情であろう³⁾。その主な理由は、かかる裁判が立法部（国会）の作為を要求するところにある。そこでは、憲法上立法義務の存在が前提となり、ただそれだけでは足りず、その不作為が違憲と断じきれる程に達しているかどうか問われるからである。このような問題には、政治部門、とくに国会と裁判所との役割およびその相互の分担を憲法上どのように考えるべきか、さらには、憲法保障を担う裁判所にはどのような権限があり、また義務を有しているか、いいかえれば、司法的救済の可能性とその限界が問われるという困難な問題が含まれている⁴⁾。

こうしたなかで、ALS（筋萎縮性側索硬化症）の患者の選挙権行使をめぐる「ALS患者選挙権訴訟」⁵⁾が注目される。本件では、公職選挙法（以

1) 朝日新聞 2005年2月24日夕刊。

2) 朝日新聞 2005年3月26日朝刊。この他に福岡地裁判決（4月22日）や京都地裁判決（5月18日）があるが、これらの判例は、本稿脱稿後に接したので、本稿では論じていない。

3) 井上典之「『無い』ものねだりは難しい——立法不作為と違憲審査」法教 279号 55頁以下（2003年）では、法律の「無い」状態が憲法上問題になる場面や裁判で争う方法を紹介する。

4) 野中俊彦「立法義務と違憲審査——選挙権訴訟を素材に——」芦部憲暦記念『憲法訴訟と人権の理論』185頁（有斐閣、1985年）を参照。

5) 東京地判 2002（平成14）・11・28（判タ1114号93頁）。原告は控訴したが、公選

下、公選法という)に ALS 患者の選挙権行使を可能とする制度が設けられていなかったことを、「違憲状態にあった」という画期的な判断を下した。もっとも、国家賠償法(以下、国賠法という)上の違法性は認められなかったが、しかし、国会はこの判決に応じて2003年公選法を改正⁶⁾し、ALS 患者に選挙権を付与するにいたっている点が、とくに注目される。

本稿では、この ALS 患者選挙権訴訟を中心的に取り上げようと思う。まず、ALS 患者選挙権訴訟の判決内容を紹介し、ついでかかる判決を導くにいたった判例の動向や先例との関係⁷⁾を論じ、そのうえで、ALS 患者選挙権訴訟をどのように位置づけたらよいかなどを検討してみたいと思う。一般に、このような不作為の問題には、国賠法上の違法性および故意・過失の問題をはじめ、憲法上の問題として「立法裁量論」、「権力間の権限分配」、「具体的司法審査制」などの重要な問題を含むが、これらの問題の詳細は別の機会に譲り、ここでは必要な限りでしかふれない。

法の改正によって本来の目的が達成されたことから、2004(平成16)年2月10日に控訴人らは本件控訴を取り下げている。本地裁判決を紹介するものに、青井未帆「ALS 患者の選挙権行使の保障」法教282号セレクト'03・9頁(2004年)、横田守弘「自書できない在宅の重度身体障害者と選挙権行使の保障」法セミ579号105頁(2003年)、川崎和代「障害者の参政権保障——郵便投票裁判の問いかけるもの」法セミ583号72頁以下(2003年)。これに類似する事件として、対人恐怖症等で投票所に行けない有権者が、郵便投票制度を利用できないことの違憲性を求めた事案(大阪地判2003[平15]・2・10(判時1821号49頁))がある。同判決は、身体障害者手帳交付者に郵便投票を限定した立法行為を「憲法の一義的な文言に違反」しないと判示している。

6) 2003(平成15)年7月18日に公選法を改正(平成15年法律127号)し、2004(平成16)年3月1日に施行されている。

7) 先例拘束性については、「事実上の拘束力」か「法的な拘束力」かの論争があるが、ここでは立ち入らない。戸松秀典『憲法訴訟』389頁(有斐閣、2000年)では、憲法判例の拘束力は事実上のものか、法的なものか、という問題設定は有効でないという。松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編『講座憲法学6』204頁以下(日本評論社、1995年)では、日本の判例の「法源」性を肯定する立場から、通説である「事実上の拘束力」を否定する。

I ALS 患者選挙権訴訟の概要

この事件を理解するために必要な範囲内で、公選法の在宅投票制度の経緯についてごく簡単な説明をしておく。かつての在宅投票制度では、選挙人の自書ではなく、代理人が投票用紙に投票の記載をすることを認めていたが、この制度が悪用されたため、1952年の公選法の改正により、当該制度が廃止された。その後、在宅投票制度廃止違憲訴訟が提起されたことがきっかけとなって、1974年には在宅投票制度は復活をみた。しかしながら、公選法施行令によれば、投票用紙に候補者の氏名等を自書することを求めているために、自書が不可能な障害者は、この制度を利用することができない状態がかなり長い間続いていた。つまり、郵便投票制度によって在宅投票制度は部分的に復活したといえるが、それでも同制度を利用することができない障害者は、投票の機会が奪われていたのである。ALS患者が選挙権をめぐる訴訟を提起したのは、このような背景があった。

それでは、本件の事実の概要を説明するとしよう。なお、下線部分は、引用者である。

1 事実関係について

本件での原告 X らは、ALS 患者である。ALS とは、筋萎縮および運動麻痺を起こす原因不明の難病であり、病状の進行に伴って四肢の運動機能が麻痺し、最終的には人口呼吸器の助けを必要とする。この病気では、病変が運動神経のみに限定され、高次知的機能や視覚を含む感覚系機能が保持されており、健全者と同様の知能・精神状態を保っている。わが国では、1996（平成8）年末時点で、約4,000名余の患者がいるといわれている。

2003年改正前の公選法および同施行令によれば、郵便投票制度においては自書による投票が要求されていたが、X らは、自書できないために、

参議院議員選挙等で選挙権を行使できなかった。そこでXらは、国に対し、国家賠償法上の損害賠償請求権に基づく慰謝料とともに、公選法改正不作為の違憲確認を求めたものである。

本件の争点は多岐にわたるが⁸⁾、ここではそのなかで1974年の公選法改正後の立法不作為に関するものを中心にして、少し引用が長くなるけれども、あとの検討のために判決の内容を紹介しよう。

2 東京地裁の判決

請求を棄却する。

(1) まず、憲法47条について、「確かに、代表民主制の下における選挙制度は、選挙された代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政の運営に反映されることを目標としつつ、他方、政治における安定の要請をも考慮しながら、それぞれの国において、その国の事情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではない(昭和51年大法院判決[最大判昭51・4・14]参照)から、憲法は、投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定について、立法府である国会の合理的裁量にゆだねているものと解される。」

(2) 「また、憲法の選挙権の保障が選挙権行使の保障に及ぶと解するとしても、選挙権は、投票という形で行使されるものであり、必然的に一定の時間的、予算的、人的・物的設備による制約が存在すること、投票の秘密(憲法15条4

8) 争点として、①原告らが現行投票制度下において投票することが可能であるか否か、②内閣が公選法施行令を制定・施行したことが国賠法上の違法行為に該当し、被告が国家賠償責任を負うか否か、③内閣による公選法施行令の改正不作為が国賠法上の違法行為に該当し、被告が国家賠償責任を負うか否か、④公選法改正後の立法不作為が国賠法上の違法行為に該当し、被告が国家賠償責任を負うか否か、⑤原告らの憲法上の損失補償請求の有無、⑥公選法改正の立法不作為の違憲確認が認められるか否か、の6点があった。なお、国際人権規約のB規約違反の主張がなされたが、違憲状態と判断されたことから、同規約違反については判断されていない。

項)や選挙の公正という他の憲法上の、あるいは選挙制度に当然内在する要請が存在することなどに照らすと、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、これらの制約や要請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。

しかし、選挙権は、国民の政治への参加の機会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ものであるから、当該投票制度の下では、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、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。」

(3)「確かに、投票のために多大な労力、時間、費用を負担しなければならぬ選挙人が存在しても、選挙権行使の機会を奪うものとははいえない(もっとも原告らが主張するとおり、国政選挙において全国で東京に1か所だけ投票所を設置するというような極端な場合は、遠方の選挙人の選挙権行使の機会を奪うものというべきであろう。)から、国会の裁量の範囲内の問題であり、違憲の問題は生じないと解することはできよう。

しかし、投票のために生命を危険にさらさなければならぬ選挙人が存在する場合は、これとは全く質的に異なるものであり、その選挙人からは身体的条件によって選挙権行使の機会を奪うものというほかはなく、そのような選挙人が選挙権を行使できる投票制度を設けるか否か、そのような選挙人から選挙権行使の機会を奪っている投票制度を維持するか否かの判断が国会の裁量に任されており、そのような選挙人が選挙権を行使できるような投票制度を設けなくても違憲の問題は生じないと解することはできない。」

(4)「したがって、国会が、憲法47条に基づき、公職選挙法において、投票所投票主義及び自書主義を原則とする選挙制度を定め、これを維持するのであれば、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身体的条件によって選挙権行使の機会を奪う結果となってもやむを得ないと判断されるのであれば格別、そうでない限り、投票所等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。」

立法不作為に関する一考察

そこで、やむを得ないと判断されるか否かについて検討すると、「国会が、昭和49年改正法において、郵便投票制度の一連の手續に自書を要求した理由又は目的は、昭和26年の統一地方選挙において、在宅投票制度を悪用した不正投票がなされたという経験に基づき、自書を要求することによって、選挙の公正を確保することにあつた。」そして、「郵便投票制度において、代理人による記載を認めず、自書を要求することによって、少なくとも事後的には、筆跡により不正の有無を確認することができるようにして、選挙人本人の意思に基づかない不正投票を防止しようとするには一定の合理性があると認められる。」しかし、「郵便投票制度において、自書を要求すること以外には、選挙人本人の意思に基づかない不正投票を防止する方法が存在しないことについての立証はなく（被告は、現行投票制度の合理性を説明する証人の申請もしなかった。）、選択肢として、原告らが主張するような方法があり得ることも否定できない。」

また、「前記の国会審議経過をみても、巡回投票制度の技術的困難性が指摘されてはいるものの、不可能であるとの説明がされているわけではないし、本件訴訟においてもそのような立証はされていない。」

「以上のとおり、原告らが現行投票制度下で身体的条件によって選挙権行使の機会を奪われていることについて、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やむを得ないものであると認めることはできない。」

「したがって、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状態であつたといわざるを得ない。」

(5) 国家賠償法上の違法性の有無について、「国家賠償法1条1項は、公務員が不法行為責任を負うことを前提に、その責任を国や公共団体が代位するものと解されるから、個別具体的な法的利益の侵害行為の違法性が問題になる。」そこで、「国家賠償法上の違法性としては、各国会議員の公職選挙法の立法（立法不作為を含む。以下同じ。）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どうかを判断することになり、法律は、国会への法案の提出権からして、内閣（憲法72条）、委員会（国会法50条の2）及び一

定数の議員（国会法 56 条）に認められていて、一人の議員が法案を提出することはできず、提出された法案は、最終的には多数決で成立することになる（憲法 59 条）という具体的な立法過程を考えても、国家賠償法上の違法性の問題と、公職選挙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。」

そして、「昭和 60 年第一小法廷判決〔最判昭 60・11・21〕は、国会議員の立法過程における行動（立法行為）の国家賠償法上の違法性に関して、下記のとおり判示し、昭和 27 年改正法によって在宅投票制度が廃止され、その後これを復活しなかった立法行為が国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けられるものではないと判断している。……」

「以上のとおりであるから、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」すなわち、「国会議員の立法過程における行動（立法行為）が個別の国民に対する関係で職務上の法的義務に違反したといえる場合は、極めて限られてくることになることは否定できず、当裁判所も、基本的に昭和 60 年第一小法廷判決の前記判断と同一の判断をするものである。」

「そこで、まず、身体的条件によって原告らの選挙権行使の機会を奪う結果をもたらしている現行投票制度が本件各選挙時において、憲法の一義的な文言に違反していたといえるか否か」について、検討すると、「前記のとおり、現行投票制度が設けられた昭和 27 年改正法及び昭和 49 年改正法制定の時点において、原告ら（承継前）と同様に選挙権行使が不可能であった選挙人が存在したか否かは証拠上明らかではないし、後記のとおり、本件各選挙当時、原告らが現行投票制度下で選挙権行使が不可能であったことも、一見して明らかであったとはいえないから、本件各選挙当時、現行投票制度が憲法の一義的な文言に違反していたとまでは認めることはできない。」

(6) 立法不作為の内容の一義的な文言違反と合理的期間の経過について、「確かに、昭和 60 年第一小法廷判決が示した『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反する』場合は、前記判決内容からも明らかかとおり、あくまで例示で

あり、国会の審議過程において、原告らのような状態にある ALS 患者等の存在及びそのような選挙人は現行投票制度下で選挙権行使が不可能であることが明らかにされ、そのことは憲法に違反するという認識が国会議員の一般的認識になっている場合は、そのような認識にもかかわらず合理的理由なく立法措置をとらないことは、職務上の法的義務に違反したと評価できる可能性がないとはいえない。」

「本件各選挙当時においては、長期間に及ぶ国会での審議を通じて、現行投票制度には選挙権行使の点で問題があることは国会議員の一般的認識になってきていたとしても、実際に原告らのように現行投票制度下では選挙権行使が不可能な選挙人が存在し、そのことは憲法に違反するという事まで、国会議員の一般的認識であったとは認められない。」以上から、「国会審議の過程における国会議員の認識の点から判断しても、国会議員が原告らのような状態の者にも選挙権行使の機会を与えるような立法をしなかったことについて、職務上の法的義務違反があったと認めることはできない。」

以上が、ALS 患者選挙権訴訟一審判決の概略である。なお、本判決の末尾において、「代理投票制度」、「郵便投票制度」、および「その他の投票制度の有無及び具体的要件・方法」に関する「諸外国の投票制度」の一覧表が添付されており、比較法的な観点からも参考となろう。

II 判例の動向

1 85 年判決の判断枠組み

一口に、立法不作為に関する判例といっても、そこには複数の訴訟形態⁹⁾と異なる種類¹⁰⁾のものがふくまれており、現在までにかかなりの数の判

9) 長尾一敏「立法の不作為に対する違憲訴訟」憲法判例百選Ⅱ [第4版] 427頁 (2000年)。

10) 松田聡子「『立法行為と国家賠償』に関する覚書」小高古希祝賀『現代の行政紛争』

例が存在する¹¹⁾。

これらの判例をみるばあいに、本判例にも引用されているように、1985年の在宅投票制度廃止事件の最高裁判決（最判1985〔昭和60〕・11・21民集39巻7号1512頁。以下、85年判決という）は、「その後の判例の流れを決定づけた¹²⁾という点で、きわめて重要な意味をもつ。85年判決は、あらためていうまでもなく、国賠法によって在宅投票制度廃止制度の合憲性を争った事件¹³⁾である。周知の基本判例であることから、ここで、85年判決内容の詳細を紹介する必要はないと思うが、確認のために若干の整理だけをしておく。85年判決は、国会議員の立法行為（不作為を含む）¹⁴⁾が国賠法上違

389頁以下（成文堂、2004年）では、立法行為（不作為を含む）が国賠法1条で争われた事件として全部で65件をあげる。そして、その種類としては、戦後補償裁判をはじめ、在宅投票制度廃止裁判、議員定数不均衡裁判、再婚禁止規定裁判、消費税法裁判、ハンセン病裁判などがある。なお、戦後補償裁判のみのリストとして、松本克美「資料・戦後補償裁判リスト」法時76巻1号42頁以下（2004年）参照。

11) 学説は、これらの諸判例に刺激されて、立法不作為に関する活発な議論を展開している。判例および学説の動向について、さしあたり、宇賀克也「立法と国家賠償」芦部古希祝賀『現代立憲主義の展開下』63頁以下（有斐閣、1993年）。なお、立法不作為に関する文献は、かなりの数にのぼる。宇賀論文およびそこにかかげる参考文献を参照にされたい。ごく最近のものとして、西塾章「立法不作為の違法性——戦後補償を中心として」法政理論35巻3号101頁以下（2003年）、小林武「『戦後補償』の国家責任——立法不作為を中心にして」アカデミア〔人文・社会科学編〕76号393頁以下（2003年）、などがある。

12) 宇賀・前掲注11) 69頁。

13) 85年判決については、多くの判例批評および紹介がある。さしあたり、中村睦男「在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決——最高裁判昭和60年11月21日第一小法廷判決」ジュ855号84頁以下（1986年）、野中俊彦「在宅投票制事件最高裁判決の検討」法律時報58巻2号88頁以下（1986年）、戸波江二「立法行為と国家賠償」法セミ377号109頁（1986年）、などを参照。

14) 藤井俊夫「違憲審査の対象」樋口陽一編『講座憲法学6』125頁以下（日本評論社、1995年）では、この最判は、立法行為と立法不作為を混同していたことを指摘する。

法になるかどうかは、「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つて、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」（下線部分は、引用者）と説示する。そのうえで、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」（下線部分は、引用者）として、本件はその「例外的な場合」には当たらないとした。85年判決以後の諸判例は、まさにこの下線部のフレーズをめぐって展開したといっても過言ではなからう。

この事件を評釈した棟居教授によれば、85年判決のポイントは、(1)立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性とは区別されるべきである、(2)立法行為は国賠法1条の適用を原則として受けない、という2点に集約できるという。彼は、さらにつづけて、「(1)内容違憲・国賠違法区別論を立てることにより、立法内容の司法審査を回避し、問題を国賠法上の違法の有無という『ミクロの視角』に限定した上で、(2)立法行為国賠法不適用論で決着をつける」、という形をとったのであり、(2)が判旨の中心命題であって、そもそもおよそ立法行為には国賠法上の違法の評価が原則的に与えられない¹⁵⁾、と解するのである。本稿では、便宜上、(1)を【命題1】とし、(2)を【命題2】とし、(1)と(2)をあわせて、「基本枠組み」と称することにする。

こうした混同によって、「立法行為に基づく損害に関する損害請求訴訟における裁判所の法律に対する違憲審査を無意味化するという重大な意味をもっている」という。

15) 棟居快行「判批」判時1194号202頁以下(1986年)。

上記のような指摘は、ほかにもみられる¹⁶⁾。たとえば、国賠請求訴訟の「有用性は事実上否定された」¹⁷⁾、「立法不作為の違憲審査を否認するに等しい」¹⁸⁾、あるいは「立法行為を国家賠償訴訟で争う途を事実上閉ざしてしまう厳しい判断を下した」¹⁹⁾といわれており、85年判決で立法不作為に関する国賠訴訟に完全な決着がついたかにみえた。事実、その後の判例の展開をみると、立法行為（立法不作為を含む）にかかわる判例にあっては、後述するような判例を除いて、基本的には85年判決に依拠している。85年判決は、したがって、最高裁が自らの判断を提示することによって指導的な役割を發揮した好例であるとみてもよいであろう。

ところが、判例の推移を子細にみると、そこにはかなりのバリエーションをみてとることができる。この点について、最近、立法行為が国賠法1条で争われた判例を分析した松田論文が、興味ぶかい。松田論文は、85年判決以後の下級審判決を、違法性の判断基準に着目して、つぎのように類型化している²⁰⁾。すなわち、①立法行為は国家賠償法の対象外であることを鮮明にする判決、②「立法の内容が憲法の一義的文言に違反していること」を求める判決、③「立法義務の一義的明白性」を求める判決、④

16) 松本克美「ハンセン病熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程——戦後補償訴訟との関連で——」立命館法学 277号645頁以下(2001年)では、85年判決に対する評価としては、学説上いくつかの見方があることを指摘し、「立法行為に対する国賠訴訟を実質的に否定したと解する説」(651-652頁)が学説の多くの立場であること、さらに学説は85年判決を批判し、その論理を限定する説が多数説を占める(655頁)、と指摘する。また、小林・前掲注11)408頁では、「これを最高裁判例であるがゆえに確定的先例となる、とするのではなく、むしろその論理を精査して、その先例性の存否ないし程度を見定めておかなければなるまい」、と説く。

17) 長尾・前掲注9)427頁。

18) 芦部信喜『憲法 [3版・高橋和之補訂]』356頁(岩波書店、2002年)。

19) 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟1巻』381頁(有斐閣、1987年)。

20) 松田・前掲注10)397-407頁。

「立法内容が一見極めて明白に憲法違反であること」を求める判決、⑤立法内容の一義的文言違反と合理的期間の経過を求める判決、⑥昭和60年[85年]判決を相対化する判決、である。

これらの分類を、別の観点、すなわち85年判決の拘束力——事実上のものか法的なものかは、さておくとして²¹⁾——の強弱という観点からみれば、①から⑤までをひとつのグループ、⑥はこれとは別のグループとして、分類することができるように思われる²²⁾。すなわち、前者は、基本的には、85年判決の「基本枠組み」を忠実に踏襲しているのに対し、後者は「例外的な場合」を例示と解釈したり、事案の相違を強調したり、あるいは合理的期間論を用いたりして、なんらかの相対化あるいは克服をはかっているからである。ネーミングとしては必ずしも適切ではないかもしれないが、前者を「忠実型」といい、後者を「相対型」²³⁾と称しよう。ALS患者選挙権訴訟一審判決も後者のグループに属するといえるから、以下においては、「相対型」を中心にして検討してみようと思う。ここで注意を要するのは、同じ「相対型」に属しても、事案によって問題となっている人権の種類や人権の侵害程度に差があるし、また立法裁量の幅に差異があることである。将来的には、判例の積み重ねをまって、「相対型」のかなをさらに類型化する必要があるだろう。

21) 前掲注7)を参照。

22) このように二分するさい、そもそも、①は国家賠償非適用論であるが、85年判決の原則論にそった内容の判決であることから前者のグループにいれてもよいと思う。また、西埜・前掲注11)によれば、戦後補償訴訟に関する判例には、「否定的動向」と「肯定的動向」の二つの流れがあることを指摘する。

23) 青柳幸一「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」法教258号セレクト'01・3頁(2002年)では、85年判決における例外ケースの例示を手掛かりにして、本件は「弾力的な運用を試みる判決」、としている。

2 判例の動向

上述したように、85年判決が指導的な判決であったことから、「忠実型」が圧倒的に多数を占める²⁴⁾。それに対し、「相対型」が少数とはいえ、この流れは依然として存続しており、今日ではむしろその存在価値を一層高らしめているといつてよいであろう。憲法上の人権の侵害が重大であり、その救済の必要性が高度であるばあいには、できるだけ司法的救済の道を開いておくことは、いわば憲法上の要請であると考えられるからである²⁵⁾。

以下において「相対型」の流れを、ごく簡単にたどってみようと思う。本来ならば、85年判決以後の「相対型」の展開を概観すれば、それで十分であるが、理解を一層深めるためにその前史ともいべき判例にも、若干言及しておこう。

立法不作為に伴う人権侵害に対して、その救済に積極的な姿勢を示す先駆けとなったのは、85年判決の第一審判決（札幌地小樽支判1974〔昭49〕・12・9。以下、在宅投票制度一審判決という）であった。第一審では、在宅投票制度の廃止の合理性を検討する際、改正法律の立法目的自体は正当であるとしたうえで、「一部の者の選挙権の行使を不可能あるいは著しく困難にするような選挙権の制約は、必要やむを得ないとする合理的理由のある場合に限るべき」として、その合理性の判断にあたって、いわゆるLRAの基準を用いて違憲の判断をした。さらに、国会自体の過失があったとして国賠法上の損害賠償を認定している。この第一審の判断に対して、第二審（札幌高判1978〔昭53〕・5・24。以下、在宅投票制度控訴審判決という）では、選挙権の行使は「合理的と認められる己むを得ない事由」のない限り、憲

24) 宇賀・前掲注11) 63頁。85年判決後の下級審の判例もこれを踏襲しているので、「判例法は固まるとみてよいと思われる」と指摘する。

25) もっとも、国賠法上の損害賠償請求だけが唯一の方法ではない。仮に、国賠法で争うことができなければ、なんらかの方途を開いておくことは重要である。戸波・前掲注19) 383頁参照。

法上の立法義務を負うとして、「憲法上明文をもつ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」、その不作為は違憲、違法となるという。そして、本件においては、すでに相当の期間を過ぎており、違憲、違法ではあるが、国会議員には故意過失はなかったと判示した。そして、上告審である最高裁判決（85年判決）は、憲法判断には触れずに全面的な否定的判断を下し、その後の判例の流れを決定づけたことは、上述したとおりである。

つきに注目されるのは、元慰安婦につき、国の立法不作為による損害賠償を認容した、関釜元慰安婦訴訟の山口地裁判決²⁶⁾（山口地下関支判1998[平10]・4・27。以下、関釜訴訟一審判決という）である。この判決では、85年判決を引用して、「基本的には右最高裁判決と意見を同じくする」としつつ、「しかし、右結論部分における『例外的な場合』についてはやや意見を異にし、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、例外的に国家賠償上の違法をいうことができるものと解する。」と説示した。すなわち、本判決では、立法府の広範な裁量権を認めつつ、85年判決の説示するような「例外的な場合」だけに限られず、人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であって、しかも、立法課題の明確性と合理的正期間の経過がある場合にも、「例外的な場合」に含まれるとした。

26) 岡田正則「戦後補償問題における国の立法的解決義務」法セミ525号26頁以下（1998年）。この論文では、違憲性と国賠法上の違法性との関係について、二つの見解、すなわち「第一は、立法またはその不作為が内容的に違憲であれば立法行為や不作為も直ちに違法になるという見解（違憲即違法説）であり、学説および下級審の多数がこれをとる。第二に、立法等が違憲であったとしても直ちに国賠法上の違法は成立せず」、85年判決のいう「例外的な場合」に限り成立するという見解（違法性限定説）がある、と指摘する。戸塚悦朗「関釜裁判で元『慰安婦』に勝訴判決」法セミ523号37頁以下（1998年）。

そして、本件について検討した結果、「先行法益侵害に基づくその後の保護義務」を認め、不作為は「それ自体がまた同女らの人格の尊厳を傷つける新たな侵害行為となるといふべきである」として、人権侵害の重大性と救済の必要性から「違憲的違法性を帯びる」とし、さらに合理的期間を経過したとして、国賠法上も違法であり、国会議員の過失があることは明白であると判示した。

このような「例外的な場合」を例示とみて拡大解釈することは、85年判決に抵触する疑いがあり、控訴審ではまさにこの点がポイントとなった。広島高裁においては、85年判決を引用したうえで、「立法義務の存在が一義的に明白である」²⁷⁾とはいえないとして、立法不作為の違法を否定した。すなわち、85年判決を忠実に踏襲することによって第一審の見解を否定したのである。

つぎのハンセン病国家賠償訴訟地裁判決²⁸⁾（熊本地判2001 [平13]・5・11。

27) 控訴審は、85年判決の「憲法の一義的な文言に違反している場合」を敷衍して、「すなわち、特定の具体的な内容の立法を行うべき立法義務が、憲法の明文をもって定められているか、又は憲法の文言の解釈上、右立法義務の存在が一義的に明白であるにもかかわらず、国会があえて当該立法を行わないというような例外的な場合に限られるものといふべきである」としている。この点、地裁のいう「例外的な場合」の解釈とは明らかに異なろう。

28) 本件に関する論文や判例批評は多い。たとえば、采女博文「ハンセン病訴訟熊本地裁判決について」法学論集36巻2号1頁以下（2002年）、長尾英彦「ハンセン病訴訟熊本地裁判決について」中京法学36巻3・4号1頁以下（2002年）、松本・前掲注12）、西埜章「ハンセン病国家賠償訴訟熊本判決」法学教室251号43頁以下（2001）、宇賀克也「判批」判時1767号148頁以下（2002年）、小山剛「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」ジュ1210号152頁以下（2001年）、松本克美「立法不作為に対する国家賠償請求権と除斥期間の起算点——ハンセン病熊本地裁判決の検討」法時73巻11号109頁以下（2001年）、大石眞「ハンセン病訴訟と憲法上の立法義務」判時1748号3頁以下（2001年）、西埜章「隔離政策と国の責任」同6頁以下、村重慶一「ハンセン病国家賠償訴訟判決」判タ1070号115頁（2001年）、などがある。

以下、ハンセン病地裁判決という)も、「相対型」に属する。熊本地裁では「ある法律が違憲であっても、直ちに、それを制定した国会議員の立法行為ないしこれを改廃しなかった国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法となるものではない」とした上で、85年判決を引用し、85年判決が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本件とは、全く事案を異にする」と説示する。そして、立法行為が国賠法上違法とされるのは、「容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合」であるが、「『立法の内容が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条件とは解されない」とする。また、最高裁が「『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎない」と解している。かくして、本件は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て、「極めて特殊で例外的な場合」にあたり、国会議員の立法上の不作為について国賠法上の違法性および過失を認めたのである。政府は控訴を断念したために²⁹⁾、地裁の判決が確定したことは、周知のとおりである。

このハンセン病国家賠償訴訟地裁判決は、「違憲性は明白となっていた」と判示したことから、各方面に大きな驚きと衝撃をもって受け止められた。その意味では、まさしく「画期的な判断」といえようが、ここでは、法理面、とりわけこれまでの判例の判断枠組みを踏み越えているか否かを問題にしよう。前述したとおり、一般論では85年判決を肯定しながら、本判決は国会議員の行為の違法性を認めている。すなわち、「一義的な文言に

29) 江刺正嘉「ルポ控訴断念」法セミ560号60頁以下(2001年)。また、政府声明の指摘する「本判決の主な法律上の問題点」も注目される。

違反している」場合を絶対的条件とはせず、「極めて特殊で例外的な場合」の「例示」と解したうえで、本件がこの「極めて特殊で例外的な場合」に該当すると判断したのである。この解釈は、85年判決の「『読み方』を意図的にずらしたもの」³⁰⁾であって、関釜元慰安婦訴訟第一審判決と本判決とは、「説明の仕方は異なるものの、基本的には同様の立場に立つもの」³¹⁾といえそうである。そうだとすれば、当然ながら、85年判決と抵触する疑いが残ろう。熊本地裁は、そのような疑問に事前に答えて、「本件に匹敵するものは全く見当たらない」ことを明言し、「いわば質・量から、事件を区別」³²⁾すること、すなわち事案の差違を強調することによって先例拘束性を否定しようとしたと思われる。

つぎの学生無年金者訴訟第一審判決（東京地判2004〔平成16〕・3・24。以下、学生無年金訴訟一審判決という）も、注目に値する。時系列的には、ALS患者選挙権訴訟が先にくるが、ALS患者選挙権訴訟はのちに検討することから、学生無年金者訴訟第一審判決の判旨を取り上げたい。本件の特徴は、国民年金法という社会保障立法について違憲の判断を行い、さらに、立法不作為につき国賠法上の故意又は過失を肯定している点である。すなわち、1985（昭和60）年法の法改正にさいし、20歳未満障害者と学生障害者との間の取扱いの差異が質的にも量的にも拡大しているのに、「これを是正すべき立法措置を講ずることなく放置することは、憲法14条に違反する状態が生じていた」のであり、「20歳に達してから在学中に障害をうけたいわゆる学生無年金者に何らの措置を講じないことも、両者間に憲法14条に違反する状態をもたらしたものと評価すべきである」と判断している。そして、必要な立法上の措置については立法者の裁量を是認しつつ、「昭

30) 小山・前掲注28) 156頁。

31) 宇賀克也「ハンセン病訴訟熊本地裁判決」判時1767号148頁、151頁（2002年）。

32) 大石・前掲注28) 4頁。

和 60 年法制定時には、これらの是正措置はいずれも採用されず、上記の差別がそのまま放置されたのであるから、この点において、同法自体は憲法に違反するものであり、立法不作為の違法が存在したものと判示した。そして、国家賠償請求の要件である故意又は過失の存在を肯定した。本件では、先例である 85 年判決を明示的に引用することなく³³⁾、立法不作為を肯定した点が注目される。

最後に、「相対型」の判例の流れに属するものではないけれども、ALS 患者選挙権訴訟と同じく投票機会の保障が問題となった在外日本人選挙訴訟にひとこと言及しておきたい。この事件の第一審³⁴⁾（東京地判 1999 [平 11]・10・28）は、選挙制度に関する立法裁量論をとりながら、85 年判決を直接引用して、立法をなすべきことを「一義的に明白に命じていると解することは困難である」とし、国家賠償請求を棄却した。そして控訴審（東京高判 2000 [平 12]・11・8）は、原判決を引用して「例外的な場合に該当しない」と判示している。本件は、海外に居住する日本人の投票の機会が全く閉ざされている点で、在宅投票制度の廃止と異なるが、85 年判決を踏襲したものといえる。

33) 判例タイムズ (1148 号 98 頁) の解説によれば、本件が 85 年判決の趣旨を踏まえ、「何らかの是正措置をも講じないことは、憲法 14 条の一義的な文言に違反するとの評価に値する程度に達しているとの判断を示したものと理解できる」とするが、判決文では「一義的」というような文言はみられない。

34) ちなみに在外選挙制度は、公職選挙法改正（平成 10 年法律第 47 号）によって創設されており、2000 年 5 月 1 日以後実施される衆・参両院の比例代表選出議員選挙について、在外投票が実施されている。只野雅人「在外日本人の選挙権行使と立法不作為」法セミ 548 号 114 頁（2000 年）参照。なお、本件については最高裁の判断が待たれる。

Ⅲ ALS 患者選挙権訴訟の法理の検討

1 ALS 患者選挙権訴訟の位置づけ

ごく大雑把ではあるけれども、これまで「相対型」の判例を中心にその流れを概観してきた。このような動向を踏まえたうえで、棟居教授の提示した「基本枠組み」(【命題1】と【命題2】を含む)に立ち戻って、再度、これらの「相対型」を検討してみようと思う。

いわゆる【命題1】は、「立法内容の違憲性」と「立法行為の国賠法上の違法性」を区別する「区別論」であった。そして、この区別論は、まさにわが国の司法消極主義をささえる「憲法判断を回避するテクニック」³⁵⁾として機能する、あるいは機能するはずであった。この点、「相対型」に属する判例を、単なる区別論の採否だけでなく、かかる機能を果たしたかどうかも含めて検討しなければならない。関釜訴訟一審判決、ハンセン病地裁判決、学生無年金訴訟一審判決のいずれも、この区別論を忠実に採用している。この点のみを捉えれば、それは85年判決を忠実に踏襲したといえよう。ところが、85年判決が意図した「憲法判断を回避するテクニック」はここでは機能しなかった。むしろ、法技術的手法を駆使して憲法判断を積極的に行使したのである。【命題1】にかぎってみれば、形式上は85年判決を踏襲しながら、実際の機能は、それとは大きく異なったといえよう。

それでは、本稿で取り上げている ALS 患者選挙権訴訟はどうであろうか。この判決も、「国家賠償法上の違法性の問題と、公職選挙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」という区分論に立脚している。ところが、「憲法15条1項、同条3項、14条1項及び44条ただし書

35) 棟居・前掲注15) 204頁。

に違反する状態であった」と判示しているように、前述の3件とは異なり、憲法判断については違憲の判断をするのではなく、かといって憲法判断を回避するのではなく、いわばその中間的な判断、すなわち「違憲状態」を指摘したのである。

この手法には、メリットとデメリットがある。デメリットとして、裁判の結論（あるいは事件の解決）と直接に結びつかないことからそれが人権侵害のばあいには人権の救済をはかれないこと、違憲判断の実効性はこれを受けた政治部門の政治的対応いかんにかかってしまうことが、あげられる。これに対して、メリットは、政治部門との直接的な対峙を避けることができること、違憲警告的な意味合いも含めて政治部門に憲法上の問題点を提示して違憲状態の是正を促すことができる点である。今回のALS患者選挙権訴訟では、このメリットを発揮できた好例のひとつと考えられよう。このような訴訟の多くは、損害賠償の請求が主たる目的ではなく、選挙制度の改革を求めて提訴されており、その意味では政治部門の対応がなされれば、訴訟の目的の大部分を達成したとみることができる。本件でも、途中で控訴を取り下げている。また、司法消極主義が支配的なわが国の憲法訴訟の現状をみると、その是非はさておき、このような「ゆるやかな介入」³⁶⁾は政治部門にとって受け入れやすい手法であると思われる。

つぎの【命題2】は、棟居教授によれば、「立法行為は国賠法1条の適用を原則として受けない」という命題であって、これが85年判決のいわば中心命題であるという。関釜訴訟一審判決、ハンセン病訴訟および学生無年金訴訟一審判決は、賠償額には多寡があるけれども、いずれも国家賠償請求を認容している³⁷⁾。結局、これらの判例は、形式的には85年判決の【命題1】を踏襲しつつ、中心命題である【命題2】を否定したのであ

36) 戸松・前掲注7) 420頁。

37) 岡田・前掲注26) 27頁によれば、「違憲即違法説」であろう。

る。あるいは、【命題1】の憲法判断回避機能も含めて勘案すれば、実質的には【命題1】および【命題2】の両方を覆した、と評することも可能である。これに対して、ALS患者選挙権訴訟は、【命題2】については85年判決にそった判決をくだしており、そのかぎりでは、ALS患者選挙権訴訟は85年判決の中心命題を踏襲したといえよう。

このように、同じ「忠実型」に属しながらも、先例である85年判決との関係（あるいは射程距離といってもよい）に微妙な差異が生じている点は、興味深いところである。

2 ALS患者選挙権訴訟の審査基準

これまでは、とりわけ「相対型」に焦点をあてて、ALS患者選挙権訴訟をどのように位置づけられるのかを論じてきた。本訴訟にはいくつかの論点³⁸⁾を含んでいるが、ここでは審査基準の問題のみを取り上げてみたい。

本件の審査基準については、すでに本判決の(2)および(3)において摘示したように、「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」、一定の制限をうけること、したがって、「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、あるいは維持するやむを得ない事由」があるかないかによって、その合憲性が決定されること、を判示している。そこで、やむを得ない事由——本判決の(4)の箇所——を種々検討すると、結局「やむを得ないものであると認めることはできない」として、違憲状態であると判示した。

わが国のばあい、審査基準としていかなる基準を採用したかを明確にし

38) 前掲注8)を参照。

ない場合が多いことに注意しなければならない³⁹⁾。本件のばあいも、「やむを得ない事由」⁴⁰⁾という言葉よりも、むしろ裁判所が実質的にどのような審査を行ったかどうかが、重要なポイントとなる。

この点を検討するには、過去の関連判例を振り返ってみることが必要となろう。在宅投票制度一審判決および在宅投票制度控訴審判決では、ともに、LRAの基準を用いている⁴¹⁾。たとえば、前者の判決では、選挙権の制約は、「必要やむを得ないとする合理的理由のある場合に限るべきであり、この見地からすれば、右制約の程度も最小限度にとどめなければならない」として、「弊害除去の目的のため在宅投票制度を廃止する場合に、右措置が合理性があると評価されるのは、右弊害除去という同じ立法目的を達成できるより制限的でない他の選びうる手段が存せずもしくはこれを利用できない場合に限られる」と説示する。すなわち、LRAの基準によって、やむを得ないかどうかを判断し、結局被告(国)の主張・立証がないところから違憲であるとした。

本件においても、これらの判決の影響を受けながら、同様に「やむを得ない事由」を問うのであるが、しかし、LRAの手法を用いなかった。それは、おそらく、LRA基準の適用に伴う問題が存すること⁴²⁾、および在宅投票制度一審・二審の判断が85年判決によって全面的に覆されていることにかんがみて、先例(85年判決)との抵触をできるだけ避けたいと考

39) 横田耕一「合理性の基準」芦部編『講座憲法訴訟2巻』170頁以下(有斐閣、1987年)。

40) 厳格な審査が立法目的に「やむにやまれない利益(compelling interest)」を求めることと、似ているが、それとは異なる。

41) 右崎正博「より制限的でない他の選びうる手段」の基準」芦部編『講座憲法訴訟2巻』202頁以下(有斐閣、1987年)。

42) 右崎・前掲注41)226-236頁において、「他の選びうる手段」をとるときの効率やコストなどの問題、LRA基準の射程距離などの問題を指摘する。

えたからであろうと推測される⁴³⁾。そして、「やむを得ない事由」の存否については、選挙の公正のために不正投票を防止する手段の可能性、国会の審議経過、巡回投票制度の可能性、諸外国の実例などに照らしてみても、そのような「やむを得ない事由」は認められないとしたのである。その際、立法の不作為の認定について裁判所は立法事実——立法義務のいかんを問うには、当然のことではあるが——を詳しく検討しており、また被告側（国）に立証責任を負わせたりしており、実質上、「厳格な審査」を行使したものと判断される⁴⁴⁾。

選挙権は、あらためて指摘するまでもなく、国民の政治への参加の機会を保障する基本的な権利であり、議会制民主主義の基盤となるきわめて重要な権利である。そのような権利の侵害に対しては、やはり「厳格な審査」基準が用意されなければならない。かかる観点からすれば、本件においても「厳格な審査」を用いて違憲状態を判断した点は、高く評価できよう。「相対型」の判例の多くが上級審において破棄されるなか、本判決は、実務的な賢明さと自己抑制を随所にみせながら、85年判決に挑戦したものと考えられる。

むすびにかえて

立法不作為の問題は、「はじめに」のところでも指摘したように、司法的救済の可能性とその限界が問われる問題である。この種の問題がより複

43) また、事案の相違があったことも考えられる。すなわち、本件は、在宅投票制度の設置そのものが問題となったのではなく、在宅投票制度が部分的に復活した後に、この制度を利用できない障害者が存在し、かれらから選挙権行使の機会を奪っていると考えられるから、「やむを得ない事由」で説示したとも考えられる。

44) 厳格な審査である点を指摘するものとして、判タイ 1114 号 97 頁（2003 年）の解説を参照。

難なのは、立法作為とは異なり、立法の作為義務が前提となっており、それをどのように判断するのかという困難な判断要素が含まれているからである。「無い」ものねだりは難しい⁴⁵⁾、と言われる所以である。

本稿では、ALS 患者選挙権訴訟判決の内容を紹介し、85 年判決の判断枠組み、「相対型」の判例の流れ、そして限定した形であるが、ALS 患者選挙権訴訟のなかに現れた手法や法理を検討してきた。最後に、いくつかの点を指摘して、むすびにかえたい。

まず第一に、立法不作為を問うばあいには、約 20 年を経た現在にいたっても 85 年判決は「指導的な役割」を果たしていることである。そもそも、国賠法上の損害賠償請求には、このような立法の不作為の問題を想定しておらず、この種の訴訟が本来の国賠法上の訴訟の俎上に乗せることが困難であるところに、85 年判決の存続理由があると思われる。

そして第二に、「相対型」の判例の展開をみると、国賠法上の損害賠償請求によらなければ、司法的救済ができないような場合も存することも事実である。ある特定領域⁴⁶⁾で、しかもいくつかの条件を満たしたものに対しては、この訴訟手段は、依然として有効な救済手段となりえていると思われる。

最後に、これは今後の判例の展開いかんによるのであるが⁴⁷⁾、この種の判例が積み重ねられ、そこに現れた手法や法理を分析することによって、司法的救済の可能性とその限界がより一層明らかになろうと思われる。

45) 井上・前掲注 3)。

46) 小林・前掲注 11) 412 頁では、「固有領域」として 4 つのケースを想定している。

47) あらたな訴訟類型として義務づけ訴訟が目される。

