OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	在外国民の最高裁判所裁判官国民審査権　東京地判平成二三年四月二六日
Author(s)	岡室, 悠介
Citation	阪大法学. 2013, 63(1), p. 173-186
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/67921
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

判例研究

在外国民の最高裁判所裁判官国民審査権

東京地判平成二三年四月二六日（判例タイムズ一三七七号六〇頁・判例時報二一三六号三頁）

岡室悠介

【事実の概要】

本件の原告である在外国民甲・乙・丙らは、衆参両議院における比例区及び選挙区選挙に関する在外選挙人名簿に登録されていたが、国内の市町村に住所を有していなかったために、平成二一年八月三〇日に実施された最高裁判所裁判官に対する国民審査（以下「本件審査」という）において投票することができなかった。そこで、原告らは、最高裁判所裁判官国民審査法（以下「国民審査法」という）三条（「審査は、全都道府県の区域を通じて、これを行う」）及び八条（「審査には、公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いる」）の規定が、在外選挙人名簿（公職選挙法三〇条の二）に登録された在外国民に対する国民審査を認めていないがゆえに、公務員の選定罷免権等を保障する憲法一五条、並びに最高裁判官の国民審査による罷免権を認めた憲法七九条二項及び三項に違反するとして、以下の請求をもって出訴した。

（一）原告らが、「次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査……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を確認する」。

（二）国会が、在外国民の国民審査を認める旨の立法義務を怠ったために、本件審査において原告らが投票をすることができ

ず精神的苦痛を被ったことを理由とする、国家賠償法一条一項に基づく各五〇〇〇円の慰謝料及び遅延損害金の支払い。

【判旨】

（一）確認請求については訴え却下

「本件各確認請求に係る訴えは、……判決が言い渡された後に初めて行われる国民審査において、『在外選挙人名簿』に登録されていることに基づいて審査の投票を行うことができる地位にあることの確認を求めるものであると解される」が、「憲法七九条四項の規定に照らせば……、在外審査制度を新たに創設しようとする場合、在外選挙人名簿への登録を基礎とする制度以外の枠組みを採用することも許容されている」。したがって、「原告らが本件各確認請求において確認を求める」地位は、「国会において、在外国民につき在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて審査の投票を行うことを認める旨の立法を新たに行われなければ、存在しない法的地位」であり、「国民審査法などの現行の法令の規定を適用することによっては導き出すことができない」。

また、「このことは、仮に、原告らが主張するとおり国民審査法三条及び八条の規定が違憲無効であるとの前提に立ったとしても、異なるところはない」。ゆえに、「本件各確認請求に係る紛争は、……裁判所法三条一項にいう法律上の争訟には当たらないものといわざるを得ない」。「平成一七年大法廷判決は、在外審査制度に関する立法が全くされていない本件とは前提となる事情が相違し、……本件各確認請求に係る訴えの適法性の判断に当たり参照するものとして適切ではないというべきである」。

さらに、「在外審査制度に関して国会が現段階までに選択した……立法政策の憲法適合性という我が国の法制上のいわゆる実体面における問題と、……本件各確認請求に係る紛争が……法律上の争訟に当たるか否かという訴訟手続上の問題とは、法的には次元を異にするものというべき」であって、「在外国民である原告らについては、在外審査制度の創設に係る立法自体がされていないために国民審査において審査の投票を行うことができない状況に置かれているものであり、……いわゆる無名抗告訴訟として立法不作為の違憲確認請求に係る訴えを提起する方法を用いる余地があるか否かは別論として、本件各確認請求に係る訴

えを用いることはできないものというべきである」。

（二）立法不作為に対する国家賠償請求については棄却

（Ⅰ）国民審査法の規定の憲法適合性

「国民審査の制度の趣旨に照らせば、選挙権に関する憲法の規定及び投票の機会の平等の要請の趣旨は、国民審査における審査権についても及ぶものというべきであって、憲法は、……国民に対して審査の投票を行う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。そして、国民審査法四条において、衆議院議員の選挙権を有する者が審査権を有する旨を定めているのは……上記のような憲法の趣旨を具体化したものと解される」。

「国においては、国民の審査権の行使を可能にするための所要の立法措置等を執らないという不作為」は、「原則として許されず、これが許容されるには、そのような立法の不作為がやむを得ないと認められる事由がなければならない」。そうした事由が存在するのは、「国民審査の公正の確保に留意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」に限られる。したがって、「在外審査制度の創設に係る立法措置を執らないという不作為……の憲法適合性については、重大な疑義があったものといわざるを得ない」。

（Ⅱ）立法不作為の違憲性

「しかし、①選挙権に関する憲法の諸規定と国民審査の制度に関する憲法の諸規定の規定ぶりの違い」、「②平成八年に……提出された日弁連要望書において……国民審査の制度に関する記載は、付随的かつごく簡単なものにとどまっている」という事実、「③在外国民において審査の投票を行うことができない状況にあることの憲法適合性については、……現在に至るまで、憲法のいわゆる研究者等の執筆に係る文献中をも含めて、……訴訟資料として提出するに足りるような議論がいまだ十分にされているとはいい難い状況にあること」、及び「④在外審査制度の導入に際しては、……広く国民の意見を求める等のことに関しても検討する必要があり得るところ、平成一七年大法廷判決の言渡しの時点から本件国民審査が行われた平成二一年八月三〇日までの期間は、四年弱にとどまっていた」点を踏まえると、「上記の時点において国会において在外審査制度を創設する旨の立法措置

が執られていなかったことをもって、憲法に違反するものとまではいえない」。

したがって、「本件各国賠請求は、いずれも理由がないものと言わざるを得ない」。

【評釈】

はじめに

本判決は、裁判所が初めて示した在外国民の国民審査権に対する憲法判断である。本件は、平成一七年に出された在外国民の選挙権に対する最高裁大法廷判決（以下、平成一七年判決という）を契機として提訴された。[1] だが、本判決においては、こうした平成一七年判決の先例としての射程が諸処において意識されつつも、実際の憲法判断に際してはかなり異なった判断枠組みが用いられている。[2]

具体的には、判旨（一）の地位確認請求に関して、平成一七年判決では行訴法四条に基づいて認められていた確認請求の訴えが、本判決では「法律上の争訟」に当たらないものとして却下された【論点（一）】。他方で、本判決は、判旨（二）の立法不作為の判断において、憲法上の公務員の選定罷免権に由来し、投票機会の平等の要請を受ける国民審査権の性質に鑑み、（国民審査法の規定自体の憲法適合性については）同法三条及び八条が、国内の選挙人名簿に登録された有権者に限って審査権を認めていることの憲法適合性について「重大な疑義があった」と認めるに至った【論点（二）―（Ⅰ）】。しかしながら、続けて、立法不作為の憲法適合性に関しては、これまでの選挙権に関する最高裁判例及び平成一七年判決におけるような合理的期間論を、国民審査法の違憲判断に際して用いつつ、新たに三つの要件を加味して国民審査法の合憲性を導き出している【論点（二）―（Ⅱ）】。以下では、上記の論点に関して順を追って検討していきたい。

一　地位確認請求が「法律上の争訟」に当たるか

（Ⅰ）「法律上の争訟」の要件

①地位確認請求の法的意義

周知の通り、地位確認請求は、行政事件訴訟法四条後段における「公法上の法律関係に関する確認の訴え」としての当事者訴訟に根拠づけられる。しかしながら、当事者訴訟における具体的内容については、行訴法自体に詳細な規定が存在しないため、同法七条に基づき民事訴訟法上の手続規定が準用されることになる。[3] また、その際に、裁判所法三条一項の「法律上の訴訟」に該当するか否かは、具体的事件性と法的解決の可能性により判断される。[4]

こうした確認訴訟に関する規定は、行政活動の複雑化によって、抗告訴訟のみでは国民の権利利益の実効的救済が困難になったことから明文化されたものである。[5] 具体的には、二〇〇四年の行訴法改正に際して、内閣府司法制度改革推進本部において設置された行政訴訟検討会が同年に公開した「行政訴訟制度見直しのための考え方」において、行政訴訟制度の見直しにつき、「国民の権利利益のより実効的な救済」が基本的なコンセプトとされたことから、当事者訴訟の規定が改められ、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言が追加されたことによる。ここには、当事者訴訟を適法と認めた従来の判例を再確認した上で、国民の権利利益の実効的救済を図るために確認訴訟の積極的活用を促進させる趣旨があったとされている。[6]

②平成一七年判決における判断枠組み

平成一七年判決は、こうした流れを受けて、控訴審判決で追加された予備的請求である「次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出及び参議院の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に基づいて投票することができる地位」の確認について、確認訴訟の適法性を明示的に認めるに至った。また、その際には、選挙権が「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」と前置きした上で、「その権利の重要性にかんがみる」と選挙権の確認に対する訴えについては、「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」であるとの理由を示した。すなわち、同判決は、実定法上の根拠よりも、それが憲法上の権利としていかなる性質を有しているのかという点を重視して確認の利益を肯定し、これが法律上の訴訟にあたることは「論をまたない」とした。この点につき、平成一七年判決は、確認訴訟の訴訟形式としての適法性については、明示的ではないにせよ、確認の利益についての民事訴訟法理論に沿ったかたちでこれを認め、法令違憲を実質的に争う選択肢として確認訴訟の意義を認めたものと評価しえよう。[7]

③本判決の判断枠組み

これに対して、本判決は、地位確認が「法律上の争訟」に当たるかの判断に関して、まず、訴えの適法性という訴訟法上の問題と、法令の合憲性に関する実体的な判断とを「法的には次元を異にするもの」として区別して判断すべきとの立場を示した上で、原告による「国民審査法四条並びに八条に基づいた審査権を有する地位確認」という訴訟提起方法自体を不適法と判断した。また、平成一七年判決が、確認の訴えの適法性判断及び国家賠償請求に対する実体判断に先行して在外国民の選挙権に対する制限の憲法適合性を判断しているのに対し、本判決はそのような構成を採らず、訴訟手続上の適法性を検討した後に、立法不作為による審査権行使への制限自体の合憲性を検討している。(8)

ここで、注目すべきは、平成一七年判決よりもむしろ同判決の原審に当たる控訴審判決かと思われる。同控訴審判決は、原告が（当時の小選挙区選挙の投票要件である）国内の住所における住民登録をしていなかった点につき「自己の選択の結果であって、……生来の人種、性別、門地や、信条、身分、財産等により不合理な差別がされることとは、大きく性質の異なるもの」とした上で、違法確認の訴えを、「単に在外邦人であるということを理由に、公職選挙法の規定の一部の違法確認を求める訴えと解さざるを得ない」として具体的紛争性を欠いた抽象的な違法性判断を求めるものであって、「法律上の争訟」に当らないとした。(9)この点に鑑みると、本判決の判断枠組みは、平成一七年判決よりも、同控訴審判決のそれに近いように見える。

しかし、なぜ本判決がこうした判断枠組みを採用したのかについての理由は判然としない。むしろ、訴訟法上の観点からも、法律上の訴訟であるかどうかを判断するに当たって重要なのは、法律関係の存否よりも紛争の終局的解決性であることに鑑みれば(10)、本判決が国民審査法の文言という形式的側面のみから「法律上の争訟」が認められないとした点は、やや硬直的な判断であったように思われる。

（Ⅱ）国民審査法の法的構造

また、本判決における国民審査法の法的性質に対する捉え方についても、疑問が残る。本判決は、国民審査法四条において、衆議院議員の選挙権を有する者に審査権が同時に付与されるという規定を「憲法の趣旨を具体化」したものと解しつつも、公職

選挙法改正に連動して国民審査法の改正がなされなかったという点については問題視しなかった。

この点につき、たしかに、衆議院議員選挙と国民審査が同時に行われるのは単なる投票における便宜を図っているにすぎないと思われる。だが、憲法七九条二項以下の国民審査規定においては、「任命権を内閣に専属せしめつつ、国民審査による罷免を認めることで、最高裁裁判官に対する国民によるコントロール」を図る意図があったとされている。[11] さらには、審査の投票区及び開票区が衆議院議員選挙小選挙区のそれと同じであること（国民審査法七条）や、衆議院議員選挙の選挙人名簿（同法八条）が用いられることから両制度は事実上密接に連動している。

したがって、国民審査法三条と八条の規定については、在外国民の審査権という認識がなかった時代の規定であって、選挙権についての議論が立法府でなされた時点において、同時に審査権についても議論されるべき事項であったと言えよう。すなわち、在外国民に対する制限は、本人の適性によるものではなく、単に日本国内に居住していないことから生じる帰結であって、たとえ、在外公館へのアクセスや郵便投票に関わる実際上の困難をふまえても、日本国民としての国籍が存在する以上、その国の将来を見据えて国政へ参加することは、参政権の行使として最大限尊重されるべきであろう。[12] このことからも、平成一七年判決における、在外国民に対して公職選挙法上は衆議院への選挙権が認められていながらも、選挙権を比例区に限定する同法附則八条に基づいて小選挙区への投票が制限されていた構図と同じ図式が本判決においても見出しえよう。すなわち、本判決においては国民審査法四条の規定に鑑みた場合、在外国民に対しても在外選挙人名簿への登録によって当然に審査権も付与されるべきにもかかわらず同法三条と八条によって日本国内における居住者に限定されている構図であったように思われるのである。[13]

さらに、本判決は、「いわゆる無名抗告訴訟として立法不作為の違憲確認請求に係る訴えを提起する方法を用いる余地があるか否かは別論」と述べることで、本件において提起されるべきであった適切な訴訟形態として無名抗告訴訟を活用しうる可能性にも言及している。しかしながら、無名抗告訴訟は、過去の判例において示されている提訴要件の厳しさからすれば、本判決よりもさらに訴訟要件が認められない可能性が高い上に、[14] そもそも国会の不作為を「行政庁の公権力の行使」（行訴法三条一項）と捉えるのは無理があるのではないだろうか。[15]

二　立法不作為に対する国家賠償請求

（Ⅰ）国民審査法自体の憲法適合性

本判決は、立法不作為に対する判断においても、一見すると平成一七年判決と同様の図式を踏まえているように見えるが、その内実ではかなり異なった判断枠組みを用いている。具体的に、平成一七年判決は、まず公職選挙法附則八条自体の憲法適合性を国会議員の行為に対する評価を離れて判断した上で、国家賠償の対象となる立法不作為の違法性については合理的期間論を踏まえて違法と判示した。その際に、同判決は、国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法上違法となるかどうかは「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」とした上で、国会の立法不作為が国賠法上違法と評価されるには、それが個別の国民に対して負うべき職務上の義務に違反している必要があると述べた。もっとも、同判決は、在宅投票制度廃止事件判決[16]における「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」といった「容易に想定し難いような例外的な場合」でなければ原則として国家賠償が認められないとする、いわゆる一義的文言違反という基準を実質的に拡張した。また、その際に、「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、例外的に国会の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受ける」という基準を立てた[17]。

本判決も、平成一七年判決と同様の枠組みを用いて、まず、国民審査法の規定自体の憲法適合性について判断を行っている。本判決は、審査権の法的性質について、その制度趣旨を「国民による民主的統制」と解し、選挙権に関する憲法一五条三項・四項、四四条ただし書きのみならず、憲法一四条一項に基づく投票機会の平等の趣旨までもが及んでいるとして、憲法が国民に対して審査機会についても平等に保障していると判示した。その上で、衆議院の選挙権を有する者に審査権を付与するという国民審査法四条の規定を、憲法七九条二項及び上記の趣旨を具体化した規定と解した。

審査権の法的性質を上記のように解すると、国は審査権の行使を実際に可能にするために必要な立法措置を講じることが憲法

上要求されることになる。したがって、ここで問題となるのも、国民審査法四条の規定である。この点、平成一七年判決は、「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」ないとして、制限をなし得る「やむを得ない事由」があるのは、「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能ないし著しく困難であると認められる場合」に限られるとしていたが、本判決も在外国民についても日本国内に居住する国民と同様に審査権が保障されると判示し[18]、実際に国において立法措置を講じないという不作為が認められる場合を、「国民審査における公正確保」のためにそうした措置が「事実上不能ないしは著しく困難」なやむを得ない時に限定する。また、国民審査においては衆参両議院の選挙とは異なり、「記号式投票が用いられることから、衆参両議院の選挙とは全く異なる技術上の問題がある」点を認める。しかしながら、近年における通信手段の発達や、記号式投票に代えて記名式投票を採用する可能性に鑑みると、「在外審査制度の創設に係る立法措置を執ることが事実上不能ないしは著しく困難であることを基礎づける事情」としては不十分であるとして、在外審査制度の創設に関する立法不作為によって、在外国民が審査権を行使できない事態を生じさせていたことの憲法適合性に関しては「重大な疑義があった」と判示するに至る。

（Ⅱ）立法不作為の違憲性

ところが、本判決は、平成一七年判決と異なり、国民審査法に対する憲法適合性の判断とは別に、立法不作為の違憲性を検討する。また、その際には、平成一七年判決で用いられた合理的期間の長期性の算定に加えて、①選挙権と国民審査権の憲法における規定上及び位置付け上の差異、②平成一〇年の公職選挙法改正に関連した日弁連要望書における、在外国民についての国民審査制度創設に関する記載が付随的かつ簡素な点、並びに、③在外国民の国民審査に関する議論が憲法研究者等の間で不十分であることを指摘する。その上で、④合理的期間の算定に関しても、在外審査制度の導入に際しては現行の国民審査における記号式投票について広く国民の意見を求める必要があることから、平成一七年判決から本件審査までの四年弱という期間では「憲法上要請される合理的期間内に是正されなかった」とは言えないとした。

注目すべきことに、これらの四要件については、立法不作為に関する平成一七年判決等の先例での枠組みにおいては、国賠法

上の違法性の検討段階において論じられていたが、本判決では、いずれも法律規定の憲法適合性判断の段階において検討されている。[19] むしろ、この段階で合理的期間について論じる図式は、平成一七年判決よりも、どちらかというと投票価値の平等をめぐる一連の最高裁判決に近い。[20] もっとも、本判決で提示されたこれらの四要件は、いずれも厳格審査における合憲判断の根拠理由としては説得力を欠くものと思われる。

以下では、各論点について言及しておきたい。まず、①の選挙権と国民審査権の憲法上の位置付けの差異については、そもそも選挙権が憲法上重要な権利として厳格審査の対象になるのは、それが民主的政治プロセスを維持する上で必要不可欠な権利だからであることからすれば、国民審査権にはそうした根拠付けが薄いようにも見受けられる。だが、「衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する。」との国民審査法四条の規定からも、選挙権と同様に解しうる余地が全くないわけではない。

次に、②の平成一〇年選挙法改正に際して提出された日弁連からの要望書についても、確かに在外国民に対する選挙権の付与が同意見書の中心ではあったが、日弁連は既に二〇〇二年度において政府に対し国民審査法の改正を求める勧告を行なっている。[21] このことからも、日弁連が選挙権と比して国民審査権を軽視しているとの根拠付けにはならないであろう。

さらに、③の国民審査権に対する憲法学上の議論が乏しいとする点についても、たしかに、国民審査権自体がわが国の憲法学において周辺的な領域であり、とりわけ在外国民の国民審査権について論じた文献なども管見の限りでは見当たらない。しかしながら、平成一七年判決が出された時点においても、在外国民の選挙権に関する議論が蓄積されていたとは言い難いであろうし、そもそも違憲判断が学説の議論状況に左右されるとする姿勢についても疑問の余地がある。

加えて、④に対する是正のための合理的期間論についても、本判決においてなぜ平成一七年判決の判決時点を基準点としたのかについては理由が明らかではない。むしろ、それまでに国民審査に関する議論が国会で全く行われなかった点を問題とするならば、是正に対する合理的期間の設定については、平成一〇年の公職選挙法改正から二一年までの一一年弱という期間が妥当であるとも考えられよう。[22]

たしかに、国会の立法が裁判所によって違憲と評価されれば、それを受けて国会が法律を改正することが慣行上期待されうる。

しかしながら、憲法上、違憲立法審査権が当然に認められる裁判所において、国会における議論の有無を考慮要素とするのは慎重に過ぎよう。この点を踏まえれば、平成一七年判決で示された「違憲状態」に対する合理的是正期間としての「一〇年」という要件に照らしても[23]、本件での立法不作為の違憲性が認められる余地があったのではないかと考えられる。

おわりに

本判決の意義は、何よりも在外国民の選挙権についての平成一七年判決の判断を踏まえた上で、同じく在外国民の国民審査権について判断を示した点にある。本判決が、国民審査権の憲法上の位置付け及び審査基準について、投票機会の平等から厳格な基準に服すると判断した点は画期的と評し得よう。だが、繰り返しになるが、本判決は、合理的期間等の要件判断を国賠法上の違法性ではなく、国民審査法の規定の合憲性に対する検討の際に行なうことで[24]、平成一七年判決の枠組みを意識しつつも、国民審査法に対する違憲判決を慎重に回避している。

しかしながら、このような判断手法は、無意識的であれ、投票価値の平等のみならず、在外国民に関する選挙訴訟においても、さらなる「違憲の主観化」を進め[25]、裁判所が確たる判断基準を示すことなくアドホックに判断を示す傾向を助長させる懸念がある。これまで見てきたように、本判決の判断枠組みは、平成一七年判決の射程から照らしても、様々な課題を今後に残したと言えよう。

（1）最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁。

（2）本判決に対する評釈として、井上典之「判批」判時二一五四号一四八頁以下（二〇一二年）、榎透「判批」法セ六八九号一二四頁（二〇一二年）、畑尻剛「判批」ジュリ一四四〇号（平成二三年度重要判例解説）一四頁以下（二〇一二年）、松本哲治「在外日本国民選挙権訴訟判決の射程」曽我部真裕ほか編『憲法改革の理念と展開（下）』三二六頁以下（信山社、二〇一二年）、同「判批」法セミ増刊・速報判例解説 vol. 10 九頁以下（二〇一二年）、山崎友也「判批」法教三七七号別冊・判例セレクト二〇一一（一）七頁（二〇一二年）。また、山本龍彦「立法過程の脱『聖域』化――主観的憲法瑕疵への注目」法セ六八五号六六頁以下（二〇一二年）にも本判決への言及が見られる。

(3) 室井力ほか編『コンメンタール行政法Ⅱ〔第二版〕』六〇頁（日本評論社、二〇〇六年）。

(4) もっとも、これまでの判例を概観すると、「法律上の争訟」の要件についてはかなり広く解されてきたと言える。この点については、佐藤幸治『日本国憲法論』六三〇頁（成文堂、二〇一一年）、宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法〔第三版〕』一〇六頁（有斐閣、二〇一一年）参照。例えば、平成一七年判決以前の法令違憲に関する確認訴訟に限って見ても、旧薬事法の下での登録事業者が、改正薬事法における許可制が憲法違反であるとして従来の営業権に対する確認請求を提起した事件（最大判昭和四一年七月二〇日民集二〇巻六号一二一七頁）においては、合憲判断の前提として、「法律上の争訟」の要件としての訴えの利益については問題とされていない。

(5) 越智敏裕「判批」『行政判例百選Ⅱ〔第六版〕』四四二頁（二〇一二年）。

(6) 笹田栄司『司法の変容と憲法』一一九頁以下（有斐閣、二〇〇八年）。

(7) この点に関して、塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版〕』二六二頁以下（有斐閣、二〇一〇年）を参照。

(8) 井上・前掲註（2）一五〇頁参照。

(9) 東京高判平成一二年一一月八日判タ一〇八八号一三三頁。

(10) 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商一三〇巻六号一七頁（二〇〇四年）。

(11) 樋口陽一ほか編「注釈 日本国憲法（下）」〔浦部法穂〕一一八三頁（青林書院、一九八八年）。

(12) 新井誠「在外国民の選挙権をめぐる最高裁大法廷判決」法セ六一二号七五頁以下（二〇〇五年）。

(13) 同様の指摘として、松本・前掲註（2）「在外国民選挙権訴訟判決の射程」三三六頁参照。

(14) 東京高判昭和六〇年八月二六日判時一一六三号四一頁（台湾元日本兵損失補償請求事件）は、無名抗告訴訟として立法不作為に対する違憲確認が認められるには、①立法内容の明確性、②事前救済の顕著な必要性、③他の代替的な救済手段の不存在、④立法に必要な相当期間の経過、といった要件が必要であるとしている。

(15) 土井真一「法律上の争訟と行政事件訴訟の類型――在外日本国民選挙権訴訟を例として――」法教三七一号八七頁以下（二〇一一年）。ちなみに、小幡純子は、平成一七年判決を総括した鼎談において、同判決を「公法上の確認訴訟に関して、〔選挙権の行使を認めていないことの違法性を確認する〕主位的請求ではなく〔各選挙において選挙権を行使する権利の確認を求める〕予備的請求を用いるべきとの方向性を示唆」したものと捉えている。長谷部恭男ほか「鼎談 在外邦人選挙権

大法廷判決をめぐって」ジュリ一三〇三号一〇頁〔小幡発言〕（二〇〇五年）。

(16) 最判昭和六〇年一一月二一日民集三九巻七号一五一二頁。

(17) 平成一七年判決が従来の基準を拡張したかどうかについては争いがあるが、「少なくとも昭和六〇年判決の文言の意味をかなり緩和して捉えていることは確か」であろう。この点につき野中俊彦「在外選挙制一部違憲判決の意義と問題点」ジュリ一三〇三号二三頁（二〇〇五年）参照。また、これに関連して、村田尚紀「在外邦人選挙権と立法不作為」関法五五巻六号一五五頁以下（二〇〇六年）参照。

(18) 内野正幸は、既に平成一七年判決の評釈段階において、公職選挙法が改正された場合には在外国民に対する国民審査権の制限を正当化することも困難になると指摘していた。内野正幸「在外日本国民の選挙権」法時七八巻二号八一頁（二〇〇六年）参照。

(19) 山崎・前掲註（2）七頁。山崎も、本件において違憲判断を回避する上で用いられた四つの考慮要素について、国賠法上の違法性要件について用いられるべきであったと指摘する。

(20) 最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三号二二三頁。周知の通り、合理的期間論の嚆矢となった同判決は、昭和四七年の衆議院議員総選挙において、最大較差一対四・九九の不平等状態を「国会の合理的裁量の限界」を超えたとして違憲状態と見なした。その上で、各選挙区における人口変動を考慮し、事情の変化により合憲の法令が違憲へと変容することへの対応のための期間として合理的期間を設定し、直近の昭和三九年の公選法改正から八年以上の経過をもって当該期間の経過とした。これについては、宍戸常寿「一票の較差をめぐる『違憲審査のゲーム』」論究ジュリ一号四二頁以下（二〇一二年）参照。

(21) 日本弁護士連合会ホームページ http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/complaint/category/administration_system.html（二〇一三年三月一日アクセス）参照。

(22) そもそも合理的期間論において一定程度の期間の留保が是認されるのは、第一に、国会において立法内容の検討及び審議の時間が必要であり、かつ、第二に、立法の不作為に関しては、立法の困難性や多方面の意見調整等で相当の理由が存在する場合が多いために、裁判所が立法府の具体的事情も考慮に入れる必要があるからである。だが、こうした事情が存在する場合であっても、立法の不備が一般的に認められる場合にはこうした違憲判断の留保を常に認めるべきではないであろう。

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（第一巻）』三六八―三七一頁（有斐閣、一九八七年）参照。

(23) この点につき、山本・前掲註（2）六九頁以下参照。

(24) 国賠法上の違憲性と違法性の区別については、さしあたり、藤井樹也「違憲性と違法性」公法七一号一一六頁以下（二〇〇九年）参照。

(25) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について（四）」成蹊二七号一六二頁以下（一九八八年）。

〔付記〕本稿は平成二四年五月一七日に大阪大学にて開催された「阪大・関大公法判例研究会」での報告に基づくものである。貴重な御意見を下さった参加者の方々には、この場を借りて御礼を申し上げたい。