

在宅投票制度最高裁判決

—1985. 11. 21最高裁判決—

前 田 寛

目 次

- I はじめに
 - II 訴訟の背景と経緯
 - 1 訴訟の背景
 - 2 訴訟の経緯
 - III 本判決の要旨
 - IV 問題点の検討
 - 1 立法行為と国賠法1条1項
 - 2 立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性
 - 3 選挙権の本質と立法裁量
 - V おわりに
-
- I はじめに

最近の下級審判決や学説は、立法行為（立法不作為を含む）の違憲性を国家賠償法（以下、「国賠法」とする）で争うことを原則的に認める見解（肯定説）が有力になっている¹⁾。昭和49年12月9日の札幌地裁小樽支部判決²⁾

注1) 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1巻〕』有斐閣・昭和62年所収）355頁以下。

なお、以下、学説の引用・参考文献は、煩を避けるため、原則として、最近のものによることを、お断わりしておく。

2) 判時762号8頁。

(一審判決)が、在宅投票制度の廃止を内容とする立法行為に対し、国賠法を適用して損害賠償を認めたのを端緒とし、その後、下級審判決においては、この訴訟を認める見解が定着したのである。もとより、肯定説においても、公務員(国会議員)の故意・過失の認定、立法行為と損害との間の相当因果関係、かかる訴訟は抽象的審査権になるのではないかという疑問等、理論的に検討すべき問題も少なくないことは従来から指摘されていたところである(後述)。

ところが、上告審の昭和60年11月21日最高裁第一小法廷判決³⁾(以下、「本判決」とする)は、従来の下級審判決の流れに反するものであり、その与える影響も極めて大きい。本件の争点は、昭和27年の公職選挙法(以下、「公選法」とする)の改正により在宅投票制度を廃止し、その後同制度を復活しない立法行為は憲法に違反するか否か、また、違憲とされた場合、国賠法1条1項による損害賠償を請求することが可能か否か、という点にある。

本稿は、これ等の問題点について、若干の検討を試みるものである。

II 訴訟の背景と経緯

1 訴訟の背景

昭和25年制定の公選法49条および同施行令58条は、不在者投票制度の一環として、いわゆる在宅投票制度、すなわち、疾病、負傷、妊娠もしくは不具のため、または産褥にあるため歩行が著しく困難であるべき選挙人につき、その現在する場所で投票の記載をし、投票用封筒に入れて封をし、これを選挙期日までに自己が登録されている市町村の選挙管理委員会の委員長に対し郵便で送付し、または同居の親族によって提出できるものとし、更に、身体の故障によって自ら候補者の氏名を記載することができない選挙人には、他人に投票の記載をさせる制度、を定めていた。

ところが、昭和26年4月施行の統一地方選挙において、同制度が悪用され

3) 判時1177号3頁。

多数の選挙違反が行われたことを理由に、国会は、昭和27年、公選法を改正して同制度を廃止し——つまり、不在者投票の方法が、不在者投票管理者の管理する投票を記載する場所において行わせることに限定された——、その後、同制度を設けるための立法を行わなかった（以下、この立法廃止行為および立法不作為を「本件立法行為」とする）。

X（原告、被控訴人、上告人）は、明治45年生れの日本国民であるが、昭和6年に屋根の雪降り作業中に屋根から転落して腰部を打撲したのが原因で歩行困難となり、同28年の参議院選挙の際には車椅子で投票所に行き投票したものの、同30年頃からは担架等によるのでなければ投票所に行くことができなくなり、同43年から47年までの間に施行された合計8回の国会議員、北海道知事、北海道議会議員、小樽市長または小樽市議会議員の選挙に際して投票をすることができなかった。

そこで、Xは、在宅投票制度は在宅選挙人に対し投票の機会を保障するための憲法上必須の制度であり、これを廃止して復活しない本件立法行為は、在宅選挙人の選挙権の行使を妨げ、憲法13条、15条1項および3項、14条1項、44条、47条並びに93条の規定に違反するもので、国会議員による違法な公権力の行使であり、Xは、それが原因で前記8回の選挙において投票をすることができず、精神的損害を受けたとして、国賠法1条1項の規定に基づきY＝国（被告、控訴人、被上告人）に対して右損害の賠償（80万円）を請求して提訴した。

なお、この訴訟は、形式的には、国家賠償請求訴訟であるが、その真の目的は、在宅投票制度廃止ないしその後の立法不作為の違憲・違法を裁判所の判決で確認させ、国会による同制度の復活立法を促すことにある⁴⁾。このことから、この訴訟は、「在宅投票制度復活訴訟」ともいわれている。

したがって、この訴訟は、実質的には、違憲確認訴訟の機能を果たすべき

4) 野中俊彦「在宅投票制事件最高裁判決の検討——最一小判昭60.11.21」・『法律時報』58巻2号89頁。

ことが期待されているものといえる⁵⁾。

2 訴訟の経緯

本件訴訟について、前記のように昭和49年12月9日に札幌地裁小樽支部で一審判決が、同53年5月24日に札幌高裁で二審判決⁶⁾が、それぞれ下された——これが第1次訴訟であり、その後、別の原告等により第2次訴訟が提起され、同55年1月17日に札幌地裁で一審判決⁷⁾が、同57年4月26日に札幌高裁で二審判決⁸⁾が、それぞれ下されたが、本稿では、省略する——。

一審判決は、本件立法行為により在宅投票制度を廃止し在宅選挙人の投票を不可能あるいは著しく困難にしたことは、公務員の選定罷免権、選挙権の保障および平等原則に背き、憲法15条1項・3項、44条、14条1項に違反するとし、違憲立法をしたことについての国会の過失を認め、Xの請求中10万円を認容した。

二審判決は、選挙の公正、投票の秘密を保障するため合理的と認められる己むを得ない事由のない限り、国会は選挙権の行使を保障するために在宅投票制度を設けるための立法を行うべき憲法上の義務を負っているところ、少なくとも昭和44年以降において同制度を設けなかったことにつき合理的と認められる己むを得ない事由があったものとはいうことができないから、右立法不作為は憲法13条、14条1項、15条1項・3項、44条但し書、47条、93条2項に違反するとした。ただし、右立法不作為がXの選挙権を侵害するものであることにつき国会議員に故意・過失があったものとはいうことができないとして、Xの請求を棄却した。

そこで、Xは、上告を申し立てた。

5) 同上。詳しくは、同「立法義務と違憲審査権——選挙権訴訟を素材に——」(芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』有斐閣・昭和60年所収)185頁以下。

6) 判時888号26頁。

7) 判時953号18頁。

8) 選挙35巻8号34頁。

Ⅲ 本判決の要旨

本判決の要旨は、次のとおりである。

1 (立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性)

(1)「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。」

(2)「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。」

2 (国会議員が個別的国民に対して負う法的義務)

(1)「憲法の採用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担うものである。そして、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであって、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする。」

(2)「憲法51条が、……国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とする

にとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである。」

(3)「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ず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない。」

(4)「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。」

3 (本件立法行為の違法性)

(1)「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえって、その47条は……投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であることは、当裁判所の判例とするところである(……)。」

(2)「在宅制度を廃止した後……これを復活しなかった本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はなく、結局、本件立法行為は国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないといわざるを得ない。」

IV 問題点の検討

1 立法行為と国賠法1条1項

a 憲法17条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めること

ができる。」と定め、この趣旨を具体化した国賠法は、その1条1項で、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人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。」と定めている。

本件のような国家賠償請求訴訟による場合、そもそも立法行為による「損害」を国賠法1条1項で争うことが可能か、という問題がある。つまり、立法行為は国賠法1条1項の「公権力の行使」に含まれるか、「公務員（国会議員）の故意・過失」の認定、そして、憲法51条の免責特権との関係等の問題等、である。

b これ等の問題を検討する前に、まず、国の賠償責任をどう捉えるかについて触れておこう⁹⁾。

国賠法1条1項の国または公共団体の損害賠償責任の性質については、不法行為を行った公務員に代って国または公共団体が負担する代位責任であるとする見解と、公務員の行為に基づき国または公共団体が直接負わねばならない自己責任を定めたものであるとする見解の対立があるが、通説及び判例は、代位責任説の立場を採っている。

c 立法行為が国賠法1条1項の適用を受けるか否かについて、学説は、従来から、観念的には、これを肯定する見解が有力である。

有倉遼吉教授は、いわゆる併合的責任説（自己責任説と代位責任説）の立場を採り、「国家賠償法第1条の『公権力の行使』の中には、『国家統治権にもとづく優越的な意思の発動たる作用』が含まれていることには争いがなく、立法行為もまさにかかるとして公権力の行使に該当する¹⁰⁾。」とされ、また、古崎慶長判事は、代位責任説の立場を採り、「国家賠償法1条1項は、

9) さしあたり、山本正太郎「公務員の不法行為における国及び地方公共団体の賠償責任の性質」・『ジュリスト』300号94-95頁、有倉遼吉『公法における理念と現実』多磨書店・昭和42年・263-264頁、稲葉 馨「公権力の行使にかかわる賠償責任」（雄川一郎他編『現代行政法大系⑥』有斐閣・昭和58年所収）51頁以下等を参照されたい。

10) 有倉遼吉・同上246頁。

『国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員』の賠償責任の規定であり、同法には、立法活動を除外する特別の規定を設けていない。したがって、国の公権力の行使から、立法行為を除外する理由はない¹¹⁾とされる。

これに対し、否定説は、むしろ実際上の観点から、次のような疑念を提起している。

今村成和教授は、自己責任説の立場を採り、「立法行為による不法行為は、観念には認め得るとしても、いかなる場合に成立の余地ありや疑問である。もっとも、行政立法による場合には、他の形式による行政権の行使と区別する理由はないが、国会制定法の場合、違憲立法についての国会議員の故意・過失を問題とすることは、とくに代位責任説に立つ場合理論的にも実際的にも不可能ではなかろうか¹²⁾」とされ、国会議員の故意・過失の認定の困難さを掲げている。また、下山瑛二教授は、「『訴の利益』に関連してこの問題をみるときは、その行為の瑕疵（故意過失・違法）によって、私個人の権利利益が直接に毀損され損害が生じたということが条件になっている。したがって、この問題は国会の立法行為によってかかる『損害』が生じる可能性がはたしてありうるか¹³⁾」という観点からこの問題を考察し、「違憲立法一般について、その立法行為の瑕疵を理由として、損害賠償訴訟を提起しうるだろうか。現在の法解釈の下では、裁判所は抽象的な法令審査権はもたぬということになっている（……）。したがって、具体的な加害行為を理由とせず、立法行為によって損害賠償請求訴訟を一般的に認めることは具体的には抽象的な法令審査権を認めることになるであろう¹⁴⁾。」とされ、立法行為一般を国家賠償訴訟で争うことは、抽象的な法令審査となるのではないかとの疑問を呈している。

しかし、まず、国会などの合議制機関の故意・過失の認定の問題については、「個々の具体的特定の議員の過失を問題にすることなく、多数決によっ

11) 古崎慶長「立法活動と国家賠償責任」・『判例時報』1116号15頁。

12) 今村成和『国家補償法』有斐閣・昭和44年・102頁の原注（1）。

13) 下山瑛二『国家補償法』筑摩書房・昭和48年・122-123頁。

14) 同上123頁。

て得られた議員の統一した意思発動（作為・不作為）を国会の意思とし、その中に議員の故意過失が内在するとできる¹⁵⁾。」との見解により克服されている。

もちろん、この見解に対しては、同じ代位責任説を採る立場から、国賠法1条1項の故意・過失の要件が具備されているか否かというのは、当該公務員個人についてその要件が具備されている場合に、初めて、その公務員に代って国または公共団体が、その加えた損害を賠償する責に任ずることとなるとの論理とどう整合するか、との疑問¹⁶⁾も当然ありえよう。

思うに、国会などの合議制機関においては、挙証責任の立証を容易にするために、国賠法1条1項にいう故意・過失の要件を合理的に解釈し、いわゆる「過失の客観化¹⁷⁾」を図ることが必要となろう。

なお、有倉遼吉教授は、「合議制機関にあっては、『違法な加害行為』の主体は、個々の公務員ではなくして、機関なのであるから、故意過失の認定に当たっても、機関意思について論ずるのがむしろ当然と考えられる¹⁸⁾。」とされるが、この見解は、個々の公務員の故意・過失を問題にしない点で、先の見解と結論的には、一致することになる¹⁹⁾。また、一・二審判決でも、これらの見解とほぼ同様な理解がなされている。

次に、国家賠償請求訴訟を提起する「訴えの利益」があるか否かの問題については、古崎判事が説いているように、「損害を被ったと主張して国家賠償訴訟を提起している以上、法律そのものの無効宣言を求めているわけではないから、裁判所としては、実体に入って審理するしかなく、法律上の争訟

15) 古崎慶長・前出注(11)17頁。また、稲葉 馨・前出注(9)25-26頁・40-41頁。

16) 佐藤英善他「在宅投票制度と立法不作為の違憲性——53.5.24札幌高裁判決をめぐって」・『法学セミナー』281号50頁。

17) 同上、下山瑛二・前出注(13)178頁以下、雄川一郎「日本の国家責任法(下)」・『ジュリスト』305号28頁の原注(1)、稲葉 馨・前出注(9)19頁・40頁以下。

18) 有倉遼吉・前出注(9)248頁。

19) 佐藤英善他・前出注(16)50頁、古崎慶長「違憲の立法行為について国会の過失を認め国家賠償法1条1項を適用した事例」・『判例評論』195号23頁。

性を欠くとは、できない²⁰⁾」と解すべきであろう。もっとも、同判事も指摘しているように、「立法不作為と損害との間の相当因果関係の有無には、厳しい吟味を必要²¹⁾」とすることはいうまでもない。

立法行為を国家賠償請求訴訟で争うことが可能か否かの問題については、更に、国の賠償責任と憲法51条の免責特権との関係、すなわち、国会議員がなした立法行為については憲法51条により免責特権を有する以上、国会議員が違憲の法律を制定し、それにより他人の権利を侵害し損害を生ぜしめたとしても、とくに代位責任説を採る場合には、そもそも国が代位して負うべき当該国会議員について損害賠償責任が発生していないのであるから、国も国賠法による賠償責任を負わないのではないか（Y＝国側の主張）、という疑問がある。

この疑問については、「そもそも免責特権は議員の特別の地位と任務のため政策的配慮から出たものであるから、議員を責任無能力者と同様に責任阻却する制度とみるべきではなく、実体法上一たんは成立する損害賠償責任を議員個人から政策的に免除するもの²²⁾」と理解すれば、代位責任説を採っても矛盾は生じない。この点、二審判決のように自己責任説を採れば、国の賠償責任と当該公務員（国会議員）個人の賠償責任とは、別個独立に存在すると解され²³⁾、代位責任説を採る場合のような疑問は生じない。なお、同判決は、憲法51条の免責特権の保障の中に、「国会議員が院内で行った演説、討論又は表決は本来違法なものであっても、適法とみなされるとか或いは国会議員が違憲の立法を行ったこと或いは憲法上の義務に違背して立法を行わないことによって他人に損害を加えたとしても、国は賠償責任を負わないというような趣旨が含まれているものとは到底解することができない。」と判示している。

ところで、本判決も憲法51条を挙げているが、その趣旨は、「議員免責特

20) 古崎慶長・前出注(11)20頁。

21) 同上18頁。

22) 棟居快行「在宅投票制度国賠訴訟上告審判決」・『判例評論』330号43頁。

23) 佐藤英善他・前出注(16)49-50頁。

権は国賠法1条1項の責任をも免ずるものであるという判断を示したもの²⁴⁾ではなく、「立法行為に対する国会議員の責任が政治的なものにとどまることの副次的な理由として言及されたもの²⁵⁾」と解される。

2 立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性

本判決は、立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性とを区別すべき——したがって、仮に立法内容が憲法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となるわけではない——との立場を採っている。確かに、この前者と後者とは別の概念であり、国家賠償請求訴訟においては、後者の立法行為の違法性が問題とされる以上、一般論としては、この両者は、区別され得る²⁶⁾。

これに対し、一・二審判決は、ともに、この両者を明確に区別せず、両者は、重なり合うものと理解している。

とくに、一審判決は、「原告のような身体障害者の投票を不可能あるいは著しく困難にした国会の立法措置は、……国民主権の原理の表現としての公務員の選定罷免権および選挙権の保障ならびに平等原則に背き、憲法第15条第1項、第3項、第44条、第14条第1項に違反する」とし、この両者を一体として捉えている。また、二審判決は、「国会が憲法によって義務付けられた立法をしないで故意に放置するときは、……裁判所が具体的事件において、国会の立法不作為の憲法適合性について判断し、何が正しい憲法秩序であるかを判断すると共に、かかる立法不作為によって損害を被った者に対する国の賠償責任の有無を審判してやることは、憲法17条の趣旨によく適うも

24) 釜田泰介「国会議員の免責特権と国家賠償責任——在宅投票復活訴訟——」・『法学教室』66号83頁。

25) 戸波江二・前出注(1)392頁の原注(19)。棟居快行・前出注(22)43頁、長尾一紘「判例批評」・『民商法雑誌』95巻2号279頁の原注(17)も同様に理解している。

26) 泉 徳治「最高裁判所判例解説」・『法曹時報』38巻4号213-214頁、林 修三「判例紹介」・『時の法令』1276号62頁、内野正幸「在宅投票制廃止を争う道はいずこに」・『法学セミナー』374号22頁。

なお、長尾一紘・前出注(25)270頁以下も参照されたい。

のと考えられる。」とし、観念上はこの両者を区別しているが、結局は両者は必然的に重なり合うものと捉えている²⁷⁾。

立法行為が国賠法上違法と評価されるのは、国会議員（個々の具体的特定の国会議員ではない）が個別の国民に対して負っている職務上の法的義務に違反したとき、つまり、国会が、憲法の一義的な文言に違反する立法を敢えて行い、または憲法の一義的な文言によって義務付けられた立法を敢えて行わない²⁸⁾ような場合に限られる——かかる場合には、その立法に関与した議員全体に故意・過失が内在するといえよう²⁹⁾——。したがって、一審判決のように、立法内容が憲法に違反する（廉がある）からといって——後述のように、選挙権の保障（投票の機会の保障）が、在宅投票制度を憲法上一義的に要請しているとはいえない——、直ちに、それが国賠法上も違法と評価されると解するのは、早計であろう。本判決は、その——立法内容が憲法の一義的な文言に違反しているような例外的な場合でない限り、国賠法上違法の評価を受けないものとする——理由として、①議会制民主主義の要請、②憲

27) 長尾一紘・前出注(25)271頁、棟居快行・前出注(22)42頁。

なお、野中俊彦・前出注(4)91頁は、この考え方を採っている。

28) 雄川一郎教授は、「国会ないし国会議員が違憲の立法をしたり、違憲状態を放置してはならない義務ないし職責を負っていることは当然のことではあるが、それは一般論としては、個別の国民に対して負っているのではなく、言わば国民全体に対して負っているものと考えられ……、その義務違背だけでは、故意過失を論ずるまでもなく、個別の国民に対する賠償責任を基礎づけることにはならない……。したがって国家責任が生ずるためには、当該の義務ないし職責が個別の国民に対して負っていると見るべき特別の理由のある場合とか、あるいは当該国民の蒙った損害が、通常の違憲立法や不作為による損害とは区別されうべき特殊のものであるとか、特別の要件の存在を必要とする」〔同「国家補償総説——国家補償法の一般的問題——」(同他編『現代行政法大系』有斐閣・昭和58年所収)4頁の原注(4)]と述べている。この見解については、古崎慶長・前出注(11)17頁を参照されたい。

なお、その他に、①かかる立法行為によって、個人の重要な基本的人権が、実際に侵害されていること、②当該立法が処分的性格を有すること、③立法(改正)のための合理的期間を経過していることも必要であろう。③の点については、戸波江二・前出注(1)361-362頁・368頁以下、古崎慶長・前出注(11)17頁を参照されたい。

29) 古崎慶長『国家賠償法』有斐閣・昭和49年・113頁。

法51条の免責特権，①国会議員の立法行為の政治的性格，を挙げているが，一般論としては，妥当なものとして評価してよからう³⁰⁾。

3 選挙権の本質と立法裁量

憲法は，国民主権の原理（前文，1条）を受けて，「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。」（15条1項）と定め，選挙権³¹⁾を保障している。しかし，本条は，公務員（議員）の地位（選定罷免）の根拠が窮極において（直接・間接に）国民の意思に基づいていることを意味するものであって，直ちに個々の公務員を自由に選定罷免する権利——選定する権利，選定される権利——を国民が有することを意味するものではない³²⁾。つまり，その選定が選挙の形で行われる場合，その選挙が窮極的に国民の意思に基づくものでなければならぬが，本条項は選挙の方法等まで定めているわけではなく，それは法律に委ねられている。

以上要するに，選挙権は，国民に固有な自然的権利・超国家的（überstaatlich）権利としての性格を有するものではなく，国民主権を宣言する憲法の下において，国民の国政参加が基本的に重要である——つまり，国民は，選挙権を行使することによって，国家意思の形成に能動的に参加することができる³³⁾——という意味において，憲法上国民に保障された最も基本的な権利であるといえる³⁴⁾。最高裁も，「国民主権を宣言する憲法の下に

30) 泉 徳治・前出注(26) 213-214頁，林 修三・前出注(26) 62-63頁。

なお，戸波江二助教は，「本判決の論理は一般的に妥当であるとしても，例外的な請求の可能性を不当に狭め過ぎている点で疑問がある。」（同「立法行為と国家賠償」・『法学セミナー』377号109頁）と述べている。

31) 憲法44条1項の「選挙人の資格」とは，一般に，「選挙人団を構成する一員，すなわち選挙人として，選挙に参加することができる資格または地位」（清宮四郎『憲法I〔新版〕』有斐閣・昭和52年・135頁）と説かれており，公選法では，これを「選挙権」と呼んでいる。

なお，選挙権の性格については，既に検討したことがある（拙稿「拘束名簿式比例代表制の問題点」・『徳山大学論叢』19号100-102頁）。

32) 佐藤 功「比例代表制の憲法問題——参議院全国区制改革案の問題点」・『法学セミナー』320号24頁（この考え方が通説である）。

33) 橋本公巨『日本国憲法』有斐閣・昭和56年・413頁。

34) 清水 睦，吉田善明，高見勝利他著『憲法議義 1』有斐閣・昭和54年・120頁。

において、公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利の一つである³⁵⁾」と判示している。

憲法は選挙制度に関する基本原則として、普通選挙の原則（15条3項、44条但し書）、平等選挙の原則（14条、44条但し書）、秘密選挙の原則（15条4項）を保障している³⁶⁾。更に、明文の規定はないが、自由・公正な選挙の原則（前文・公選法1条）も憲法の要請するところであろう³⁷⁾。そして、憲法は、これらの基本原則に基づき、「両議院の議員及びその選挙人の資格は法律でこれを定める。」（44条）、「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」（47条）とし、投票の方法など選挙制度に関する具体的な内容については、法律の定めにて委ねている。

そこで、憲法上、選挙権の保障が投票の機会の保障を含むか、含むとすれば、投票の機会の保障は在宅投票制度の設置を要請するか否か——換言すれば、国会は、投票の方法を定める立法をするに際し、在宅投票制度を設けることを憲法上義務づけられているか否か——が問題となる。

この問題に関し、一・二審判決は、ともに、選挙権の保障の中には、当然に、投票の機会の保障（＝在宅投票制度と解している）が含まれると理解している。例えば、二審判決は、「投票は、選挙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。投票の機会の保障されない選挙権の保障があるとすれば、それは正に……絵に画いた餅というべきであろう。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。」と判示し、投票の機会の平等の根拠を憲法14条1項等に求めており、在宅投票制度の問題を平等選挙の問題として把握しているようである³⁸⁾。

35) 最大判昭30.2.9 刑集9巻2号217頁。

36) 佐藤英善他・前出注(16)46頁。

37) 同上。最一小判昭27.12.4（民集6巻11号103頁）は、この原則は「選挙法の基本理念」とする。

38) 長尾一紘「立法の不作为に対する違憲訴訟」、『別冊ジュリスト』69号331頁。

しかし、投票の機会の保障の根拠は、普通選挙の原則に求めるべきであろう。つまり、普通選挙の原則は、「選挙権の実質的な有無についての差別、すなわち選挙権の帰属についての差別および選挙権の行使についての差別を禁止する³⁹⁾。」と解されるからである。

次に、投票の機会の保障は、在宅投票制度の設置を憲法上要請するか否かの問題を検討しよう。

憲法44条および47条の委任を受けて制定されている公選法は、「投票の方法」に関して、次のように具体化している。

公選法は、「選挙人は、選挙の当日、自ら投票所に行き、選挙人名簿又はその抄本の対照を経て、投票しなければならない。」(44条)、「選挙人は、投票所において、投票用紙に当該選挙の公職の候補者1人の氏名を自書して、これを投票箱に入れなければならない。」(46条)と定め、原則として、「投票現場自書主義」を採用するとともに、その例外として、身体の故障又は文盲のため自書できない選挙人に対しては代理投票制度(48条)を、選挙当日自ら投票所に行き投票をすることのできない選挙人に対しては不在者投票制度(49条)を、採用している。しかし、この両制度とも、「投票所投票主義」を採用しているため、投票所に行くことが困難な選挙人については、事実上、投票の機会を奪われたような結果を招くこともあり得るのである。

しかしながら、在宅投票制度を含む不在者投票制度は、アメリカや西ドイツの判例⁴⁰⁾が示しているように、憲法上の権利ではなく、「投票をより容易にするための救済的措置(remedial measure)であり⁴¹⁾」、それを採用するか否かは、立法裁量に属すると解される。

昭和27年法律第307号による改正前の公選法および同施行令が定めていた在宅投票制度は、制度の不備や関係者の無責任等の原因もあったにせよ、悪

39) 同上。泉 徳治・前出注(26)215頁も同様に解している。

40) 泉 徳治・前出注(26)227頁以下。西ドイツの学説・判例については、長尾一紘・前出注(25)281-282頁参照。

41) 泉 徳治「在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決」・『ジュリスト』855号91頁、同・前出注(26)216-217頁。

用されたのは事実である。確かに、在宅投票制度は、不在者投票管理者の管理下で投票を行う不在者投票と異なり、選挙管理者の管理が行われていない場所（自宅等）で投票が行われるため、投票の秘密が害され、選挙の自由・公正を期し難いという弊害が内在することは、認めざるを得ない⁴²⁾。

V おわりに

本稿で検討したように、在宅投票制度は、選挙人に認められた権利ではなくいわゆる特典であると解される以上、結局、本件立法行為は、国賠法上違法な行為ではない。

一審判決の直前の昭和49年、公選法の一部改正により、現在は、本件Xのような重度身障者の一部については、在宅投票制度が復活し、在宅のまま郵便による投票の方法が設けられている（49条2項）。しかし、この制度の下でも、身障者手帳の対象外である寝たきり老人等、いまだ在宅投票を認められない選挙人がかなりいることも指摘されている⁴³⁾。

確かに、国会は、選挙制度に関する基本原則の枠内で、選挙事務の能率等をも考慮して⁴⁴⁾、投票の方法について具体的に定めることができる（裁量権を有する）が、わが憲法の採用する議会制民主主義の下では、投票をより容易にするために、上記のような状況を更に改善する（適用対象者を拡大する）ための立法的手当てをすること——もちろん、秘密選挙の原則を保持し、選挙の自由・公正を期するよう調和を図った上で——が必要である⁴⁵⁾ことはいうまでもなからう。

(1987. 8. 27)

42) 泉 徳治・前出注(26) 218-219頁, 林 修三・前出注(26) 63頁, 佐藤英善他・前出注(16) 47頁。

43) 山中善夫「“投票所は月よりも遠し”——在宅投票廃止違憲判決（札幌地小樽支判49.12.9）をめぐって」・『法学セミナー』237号103頁。

44) 橋本公巨・前出注(33) 496頁, 泉 徳治・前出注(26) 218頁を参照されたい。

45) 野中俊彦「選挙に関する憲法上の原則」・『公法研究』42号74頁。