

# 在外邦人選挙権判決における立法事実の変遷とその起算点

鈴木陽子

## A Transition in Legislative Facts in the Case of Overseas Voting

SUZUKI Yohko

### 要旨

近年、日本の最高裁で違憲判決がなされた事件では、立法事実の変遷を理由として判断するものが多くなっている。在外邦人選挙権判決でも在外選挙制度についての憲法判断に際し、公職選挙法成立時に在外選挙の不備により在外邦人の選挙権の制限がなされた点の立法事実の合理性は是認されたが、その後の社会状況の変化によって立法事実の変遷があったとして、完全な在外選挙制度が認められないことが違憲と判示された。

学説では立法事実の変遷の認定時を裁判時において社会状況と乖離し妥当性を失った状態と理解されていたが、この判決では立法事実が妥当性を失った時点の起算を裁判以前に求め、かつ乖離状態の時間的経過を重視した憲法判断をしている。また事実の変遷の認定についても他機関の行為から認定している。このような認定方法が裁判所が立法機関による自発的な法改正を期待し、その補完的役割を果たしているものとして評価できる可能性について検討した。

### Abstract

The cases were increasingly ruled unconstitutional because of a transition in legislative facts by the Japanese Supreme Court. In the case of the constitutional decision on voting rights of overseas Japanese, the Supreme Court approved reasonableness of legislative facts of restriction on voting rights of overseas Japanese due to ill-preparedness of overseas voting when the Public Offices Election Act was enacted, but it made a judgment that the incomplete overseas election system was unconstitutional due to transitions in legislative facts associated with changes in social circumstances.

While it was understood in the theory that transitions in legislative facts were inconsistent

with the social situation and had no reasonability at the time of trial, this constitutional judgment, which deemed the starting point when legislative facts lost appropriateness to be before the trial, was made with a focus on the time course of divergence. In addition, transitions in facts were recognized based on the acts of other organs. The author examined whether such a method allows to expect the court of spontaneous legal reform by the legislative body and to evaluate the court as performing a complementary role.

## I 問題の所在

立法事実の問題はこれまで、憲法判断の目的審査や手段審査での憲法規範と法令の目的の照合および法令の目的と法令の手段との照合の段階で、法令の目的や手段を正当化する事実に至るまで裁判所が立ち入って検討するか、また検討する場合どの程度まで検討するかに関わる問題が取り上げられており<sup>1</sup>、訴訟手続においての検討が中心であったといえる。しかし立法事実論は、合憲性の推定や立法裁量論など他の裁判法理との関係での相互作用があると指摘されており<sup>2</sup>、訴訟の手続論の側面だけでなく実体論の側面からの検討も必要であろう。

その証左として、近年の日本の司法審査で違憲と判断されるケースでは立法の根拠となった事実、すなわち立法事実が法律制定時と著しく変化したことを理由として問題となった法律が違憲な状態になったとする「立法事実の変遷」を認定する判断手法が用いられることが増えた。立法事実の変遷を理由とする憲法判断について、法律制定時から社会状況などが変化し立法事実と法律が乖離し違憲と判断する時期の認定とその方法、また立法事実の変遷により法律が違憲と判断された場合、裁判所は直ちにその法律の効力を失わせるべきなのかなどが問題となる。また立法事実の変遷を理由とする違憲判断とその認定時期について、社会状況と乖離し妥当性を失っている状態が裁判時であると学説では理解されていたが、本稿で取り上げる在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件（以下、在外邦人選挙権判決）<sup>3</sup>は、立法事実が妥当性を失った時点の起算時を裁判以前に求め、乖離状態の時間的経過を重視して判断している。このような起算手法を用いることによって立法事実の変遷を理由とする違憲判決の問題を回避していると評価できる可能性について検討する。

本稿で取り上げる在外邦人選挙権判決は、国外に在住する国民の選挙権が制限されていた公職選挙法についての憲法判断にあたって立法事実論によって審査がおこなわれた。同法の成立時において在外邦人の選挙権の制限がなされた点についての合理性は是認されたが、その後の社会状況の変化を認め在外選挙制度が認められないことは違憲であると判示された。この判決では立法事実の変遷が認められ違憲と判示されたものであるが、本稿では特に立法事実の認定と事実が変遷を認定した時期に着目する。本判決では立法事実の変遷を認定するにあたり、立法事実の変

遷による違憲判断を立法事実の変遷と一定の時間経過の二段階で認定している点を特徴として取りあげる。

まず裁判所が立法事実の変遷を認定することについて、立法事実および立法事実の変遷についての概要を確認した上で、在外邦人選挙権判決で何が立法事実とされたか、その立法事実はどの時点において変遷が認定され、違憲であると判断されたか、さらに変遷の認定時と違憲とされた時点両者の時間のずれがあることを明らかにする。選挙権の行使についての判断にあたり裁判所が立法事実の変遷により違憲と判断する場合、この時間のずれが立法機関に対して一定の役割を果たしうる可能性について検討する。

## II 立法事実の変遷

憲法上の自己の権利の保護や救済を求め提起される憲法訴訟では、問題となった事件において証拠に基づいて認定された個別的な事実である「司法事実 (adjudicative facts)」だけでなく、法律の合理性や必要性についての一般的な事実である「立法事実 (legislative facts)」によって法律の合憲性が判断されることが一般的である<sup>4</sup>。そのため司法事実と立法事実は合わせて憲法事実とも言われる<sup>5</sup>。

ここでは本稿で検討する範囲を確定するために立法事実について整理し、これを用いる判決方法について概観する。そして法律の制定時において妥当性を有していた立法事実が、社会状況と乖離し妥当性を失った状態に陥ったことを理由として違憲と判断する方法とその問題について整理する。

### (1) 立法事実

立法事実は「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている一背景となる社会的・経済的事実<sup>6</sup>」と芦部信喜教授が定義するように、日本の憲法学において立法事実は「法律の合理性や必要性を支える事実」という意味で用いられている。しかし時國康夫判事は、これをさらに「立法の必要性を合理的に基礎付ける立法事実」と「特定の規制方法が立法目的達成に合理的関係あることを示す立法事実」<sup>7</sup>とに区分しており、御幸聖樹准教授は立法事実が「法律の合理性に関する事実」と「法形成を支える事実」の二つの意味で用いられていると指摘する<sup>8</sup>。さらに異宮彦教授は「①裁判所による法創造を支える事実(「法創造事実」)と②法律の合憲性を支える事実(「狭義の『立法事実』」ないし「憲法事実(constitutional facts)」)とは明確に区別されるべき<sup>9</sup>」といい、このような概念をめぐる相違が日本の立法事実論において、憲法学固有の問題を整理することができなかったと指摘する。立法事実の概念についての検討は改めて別稿でおこなうとし、本稿では立法事実を立法の必要性を基礎付ける事実、すなわち狭義の立法事実を検討の対象とする。

立法事実は法律を制定する場合の基礎であるが、さらに国会の立法過程における「立法事実」と裁判所が裁判において顕出する「立法事実」とは区別される。前者の立法事実は法律制定時を基準として合理性を有するか検討され、後者の立法事実は法律制定時または裁判時<sup>10</sup>を基準としてその合理性が検討される。憲法判断で立法事実が問題となる場合、立法事実は法律制定時に国会の認定した立法事実妥当性がないという、立法事実の不存在によって違憲と判断する場合と、法律制定時に妥当であった立法事実が社会の変化等により現在では妥当しなくなったとする立法事実の変遷により違憲と判断する場合がある<sup>11</sup>。本稿でとりあげる在外邦人選挙権訴訟では、公職選挙法が制定された時点において在外選挙制度の不備は合憲とされていたが、その後立法事実の変遷を理由として違憲と判断されたものである。

裁判で立法事実を用いる際には顕出方法と立法事実に対する評価・判断の方法が問題となる。まず立法事実の顕出方法が確立されていないことがある。立法事実は訴訟手続法や判例によって顕出方法が決めているものではなく、そもそも立法事実に立ち入って判断するか否かの判断は、裁判所の裁量的判断に委ねられている<sup>12</sup>。しかし立法事実の顕出についての研究は従来から進められており<sup>13</sup>、訴訟手続法や判例によって顕出方法が決めているものではなく、立法事実についての判断が裁判所の裁量的判断に委ねられている。そのため法律の合理性が明らかに問題となるような立法事実であると確信し主張されるものであっても裁判所が受け入れない場合、現状の裁判制度においてそれを争うことはできなくなるという指摘もある<sup>14</sup>。

憲法判断に際し立法事実を検討することは単なる事実の存否の問題にとどまらず、これをいかに判断するかという法的価値判断となる<sup>15</sup>。戸松教授によれば、立法事実論が積極的に用いられるか否かについては「社会経済の分野における法規制」といった区分による傾向が認められず、立法裁量論と合憲性推定の原則などの他の原理との関連していることを指摘されている<sup>16</sup>。また宮原均教授は立法事実として用いる社会科学の有用性について、特定の政策の選択という価値判断は議会の判断であって、当該問題をめぐる専門家の対立はこのような問題について正確な答えを導きえない以上、議会の認定した立法事実に対して敬讓すべきと指摘しているように<sup>17</sup>、法的価値判断に結合する立法事実は単なる事実の認定ではなく、適用される法律の立法事実の正当化根拠または合理性が問題となることから「立法事実に対する司法審査」であるともいえる<sup>18</sup>。

反面憲法判断に際し立法事実を取り上げて判断することには実際的な価値も見出される。まず立法事実を検討することで、今ある法や法理を批判的に問い直すことを可能にし「実態に適合しない形式的・観念的な説得力の弱い判決を回避し、憲法解釈の主観性をできるだけ排除する<sup>19</sup>」という判決の客観性の確保が第一にあげられる。そして客観性が確保されることで判決の妥当性をより実質的な観点から検証していくことが可能になり、結果として裁判官による恣意的な判断が抑制されることが指摘されている<sup>20</sup>。

以上のように立法事実による判断には顕出方法や判決における位置付けの問題はあるが、判決の客観性の確保と判決を検討することについて一定の価値があるといえるだろう。

## (2) 立法事実の変遷論

立法事実に基づいて憲法判断をする方法には、法律の制定時における立法事実の存在について判断する場合と、法律制定時に妥当であった立法事実が社会の変化等により現在では妥当しなくなったと判断する場合がある。これは立法時においてはその立法事実の合理性や必要性があり合憲であったことを認めるが、その後の社会変化や法律をめぐる状況の変化により立法事実が変化した法律との乖離が生じたことにより問題となる法律が違憲となったとするもので、立法事実の変遷と呼ばれる<sup>21</sup>。立法事実の不存在を理由とする違憲判決では法律制定時まで遡って違憲であると判断されるが、立法事実の変遷を理由とする違憲判決では法律制定時においては合憲であったとされるが、ある時点を期に違憲とされる。

法律制定時の立法事実に対する違憲判決の例として、薬局設置にあたり距離制限を設けた薬事法の立法目的には合理性を支える立法事実が認められないとした薬事法距離制限違憲判決<sup>22</sup>があり、後者の立法事実の変遷を理由とする違憲判決には嫡出子の法定相続分規定判決<sup>23</sup>などがあり、本稿で問題とする在外邦人選挙権訴訟でも在外選挙制度が不備であった妥当性を立法事実の変遷を理由として違憲と判断された。

この判断手法は、問題となる法律がその制定時において合憲であったことを認めた上で、その後、当該法律をめぐる状況が変化したことで立法事実と法律が乖離したため、現在は違憲となったと判断するものである。制定時において合憲であったことを認めることにより立法機関の法制定に対する司法の敬讓としての方策であるともいえ、社会事情や社会通念の経年変化により違憲性が徐々に顕在化し、立法者による段階的な対応から取り残された問題を救済する解決方法ともいえる。藤井樹也教授は立法事実の変遷論を「立法者の努力を評価する司法判断」の手法によるものであるといい、これは違憲判断の主観化、司法部による高度な政策的考慮の肯定を特徴とする立法府への配慮であるという<sup>24</sup>。さらに「経年的・順次的・段階的な事情変化という特別な事態に対する憲法的評価のあり方という問題に対する、最高裁による取り組みの産物」であり、「国政に関わる困難な課題の前で傍観を続けてきたわけではなく、難局を打開するための努力を真摯に続けてきた証左」であるとも評価している<sup>25</sup>。

このように立法事実の変遷による違憲判断には、法律制定時において合憲とする点で立法機関の判断に対する敬讓と、社会の変化に応じて立法機関が自発的に修正すべき法律の不具合や制度の向上について司法が補完する意義が見出せるだろう。

## (3) 立法事実の変遷論に対する批判

法律を社会状況や国民の意識にあわせて改正していく作業は、本来的には立法作用に属するものであり、改正の内容とタイミングも含めて立法府である国会の判断によっておこなわれるべきものである。しかし裁判所が立法事実の変遷を用いて違憲判決を出すことは国会に法律の改正のタイミングを指示して行わせることとなり、結果として裁判所が立法作用に関与することとなる。

立法事実の変遷を理由とする違憲判断への批判には、まず立法事実を用いて判断する立法事実論についての批判があり、これは（１）立法事実で述べたように訴訟手続法や判例などで形成された明確な顕出方法の手続がないことと、立法事実の認定の困難さが問題とされる。そして立法事実の変遷については、時機についての問題と権力分立における権限配分に関する批判がある<sup>26</sup>。時機については事実が変遷したとする認定時と、司法が違憲と判断すべきとされるが時が問題となる。これは立法事実の変遷の認定について問題となった法律を支えた立法事実が現状と乖離したと決定するもので、立法事実の変遷を認めた場合に裁判所は速やかにこれを違憲であると判断すべきであるかという問題である。

立法事実の変遷の認定については、立法事実が変遷したことを認める時期の起算が問題となる。確かに立法事実の変遷は裁判時に顕出されるものであるが、実際の変遷はそれ以前に生じている。そもそも立法事実が変遷したことが明確な起算点を有することは稀であって、また社会状況、特に国民の意識についての立法事実は不可逆的な変遷をたどることばかりでない<sup>27</sup>。そのため実態上の立法事実の変遷から一定期間の時間の経過を認めた上で、違憲と判断することになる。

次に立法事実が社会状況から乖離し立法事実の変遷であると認められる場合、裁判所は速やかに違憲判決を下すべきかという問題がある。しかしこれには「合憲的に制定された法律が後発的な事情変更により違憲へと転嫁する場合にも、原始的に違憲である場合と同様に考えて、裁判所は直ちに違憲と断じてよいものなのか」と櫻井智章教授は疑問を投げかけ、在外邦人選挙権訴訟では判決で期限を設ける形で是正のための「合理的期間の経過」という要件を加え、立法者に「猶予期間」を与えているとして、その合理的期間についての検討が必要であるという<sup>28</sup>。また毛利透教授は違憲状態となる時機について、在宅投票制度不作為判決において「不作為期間の起算は憲法上作為が明白に求められることが前提のはず」とし、「いつから作為を要求するような明白な違憲状態になるのが不明であり、本件がなぜ『著しい不作為』と評価されなければならないのか、やはり不可解」であり、「特に理由を示すことなく実質的に違憲判断の範囲を拡大する判決の説得力には、強い疑問を抱かざるを得ない」とし、違憲判断についての時機の判断が困難であると指摘している<sup>29</sup>。

立法事実の変遷を認めて違憲と判断することは、判断時機だけではなく権力分立における権限配分の点からも問題となる。立法事実が社会状況から乖離し違憲な状態となった場合、これに対応して是正するのに裁判所の介入がどこまで許されるかという問題である。社会状況に応じて法改正していく作業は本来的には立法作用に属するものであり、その内容や改正が必要な時機の判断も含め第一次には立法府である国会の判断によっておこなわれるべきものである。しかし司法判断によって違憲と判断することは、法改正についての国会の立法裁量と抵触することとなる。これについて、畑尻剛教授は「違憲という判断とその改善策の検討は別次元の問題であり、当該規定の憲法適合性判断とこれを踏まえた全体的・総合的な対策は決して相互に排他的なことではない」とし、「立法事実に変化があり、これによって憲法上問題のある状況下生じているとの認識

を共有するのであれば、裁判所と立法府が協働してこの問題に対応することが求められる」という<sup>30</sup>。

以上のように立法事実の変遷を理由として違憲と判断する立法事実論には、特に違憲と判断する時機と法改正の時機や内容についての判断を司法が行うことについての問題がある。以下では、在外邦人選挙権判決が立法事実の変遷を認め違憲と判断した特徴を、変遷を認定する時機についての問題を回避する方法のひとつとして位置付けることを試みる。

### Ⅲ 在外邦人選挙権判決にみる立法事実と変遷

#### (1) 概要

在外邦人選挙権最高裁判決<sup>31</sup>では、国内に住所を有していない国外在住の国民の選挙権およびその行使の全部又は一部が認められないことが、憲法14条1項、15条1項及び3項、43条並びに44条に反するか否かについて争われた。この訴訟が東京地裁に提訴された当時、在外邦人の選挙権の行使はすべて認められていなかったが、提訴後の1998（平成10）年に公職選挙法の改正が公布され、部分的な在外選挙制度が導入された。この衆議院比例代表選出議員の選挙と参議院比例代表選出議員の選挙に限定された在外選挙制度は「当分の間」とされ、いずれはすべての選挙において実施されることが予定されているものであった。

本件で争点となったのは、1998年に改正される以前の公職選挙法が在外邦人に衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていないこと、改正後の公職選挙法で認められた在外邦人の選挙権の行使が衆参両議院の比例代表選出議員の選挙のみであることの違憲確認、そして衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を求めた点である。最高裁は、在外邦人の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について前審を破棄して自判し、公職選挙法によって選挙権の行使が制限されていることが違法であることの確認の訴えについては棄却した。

選挙権は国の政治に参加することができる国民固有の権利として憲法上保障されており、またその趣旨を確たるものとするため投票をする機会が平等に保障されるもので、選挙権とその行使は一体であるとした。このことから投票する機会も平等に保障されているものであって、立法不作為を含む選挙権の行使の制限はやむを得ない事由に限られるとした。よって在外選挙制度の不備によって在外邦人の選挙権の行使が制限されることについて、改正以前の公職選挙法が在外邦人の選挙権の行使を全く認めていなかったことと、改正後の限定的な在外選挙について限定的な在外選挙制度について段階的な在外選挙の導入には一定の理由があると認めながらも、判決言渡し後に初めて行われる選挙ではやむを得ない事由があるということではできず、改正以前、改正後のそれぞれが憲法15条1項及び3項、43条1項、44条ただし書に違反するものであるとした。そして選挙権の行使が認められていないことが違法であることの確認請求については、過去の法

律関係についての確認であるため不適法であるとして棄却された。

## (2) 本件における立法事実

在外邦人選挙権判決では最高裁は選挙権の行使を制限することが「やむを得ない」事由である場合、その制限は容認されるとした。公職選挙法制定時に在外選挙制度が設けられていなかったことは、このやむを得ない事由に当たるものであるが、その後においても在外選挙制度が不備であったこと、および公職選挙法の改正によって創設された限定的な在外選挙制度は在外邦人の選挙権の行使を制限しており、このような状態がやむを得ない事由、つまり在外邦人が実際に投票することが可能であるか検討された。

最高裁判所は選挙権が「国民権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障している」ものであるといい、選挙権は投票をする機会の保障と一体、つまり選挙権の行使と一体であるとした。そのため選挙権の行使に対する制限は公職選挙法11条による制限を除いて原則として許されず、例外的に「やむを得ない」事由であると認められる場合のみ制限が認められる。選挙権の行使の制限は、「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」にのみ許容されるとした。この制限については作為的な制限だけでなく、立法の不作為つまり選挙権の行使を可能にするための措置をとらないことよって制限が生じる場合も含まれるとした。また国は選挙権を国民に平等に保障していることから、国内に在住する国民だけでなく在外邦人に対してもまた投票する機会が平等に保障されるべきであり、「選挙の公正の確保に留意しつつ、そ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のであって、選挙の公正を確保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」といった例外的事由に該当する場合のみ、選挙権の行使の制限が可能であるとした。

このように選挙権の行使を制限するには、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「制限をすることがやむを得ないと認められる事由」であることが必要である。公職選挙法が制定された時点では選挙の構成を確保しつつ在外選挙制度を実施することは事実上不能であり、在外選挙制度が設けられていなかったことが許容された。しかしその後在外選挙制度の不備が許容された社会的状況が失われた、すなわち国外において国民が投票できないことを支えていた立法事実が変遷したとし、在外選挙制度の不備による選挙権の行使の制限は違憲であるとした。

以下、本判決で問題となった立法事実とその変遷について確認したうえで、問題となった立法事実が変遷したと認定した時期の最高裁の判断方法について整理する。



## a 問題となった立法事実

本判決では公職選挙法の制定時では、日本国外で「実際に投票すること」が事実上不能または著しく困難な状況であったことから、在外選挙制度の不備による選挙権を持つ海外在住の国民の選挙権の行使が制限されることがやむを得ない事情にあたり合憲であるとした。しかしその後の社会状況の変化により、在外選挙制度の不備が認められた状況が解消したか否か、つまり在外選挙制度についての立法事実を検討している。

まず公職選挙法が制定された1950（昭和25）年では「世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関して解決されるべき問題」のため、在外選挙制度は設けられていなかった。この問題の解決については日本の在外公館の人的、物的体勢を整えるなどの所要の措置を執る必要があることなど実現するための障害が少なくなかったという立法事実を認め、やむを得ない事情により在外邦人の選挙権の行使が制限されてきたとし、この時点においては在外選挙制度の不備による選挙権の制限が合憲であったと認定した。

その後1984（昭和59）年に内閣によって在外選挙制度の創設のための公職選挙法の改正法案が提出されたものの、この法案についての実質的な審議は行われず衆議院の解散によって廃案となったこと、そしてその後も法改正はなされなかったことを指摘した。判決ではこの改正法案の提出をもって、「選挙の執行について責任を負う」内閣が在外選挙制度の創設は可能と判断している。加えて、可能と判断した後10年以上にわたって在外選挙制度の創設がなされなかったことは「選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為」であり、在外邦人の選挙権行使がすべて認められていない1998（平成10）年の改正前の公職選挙法は違憲であるとした。

ただしこの公職選挙法の改正によって創設された在外選挙制度により在外邦人の選挙権の行使が可能となった。ただし「当分の間」という条件付きで衆議院比例代表選出議員の選挙と参議院比例代表選出議員の選挙のみとされ、一部の選挙権の行使は依然として制限されていた。それは「投票日前に選挙公報を在外国民に届けるのは實際上困難であり、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難であるという状況<sup>32</sup>」であること、そしてそのような状況において、「候補者の氏名を自書させて投票をさせる必要のある衆議院小選挙区選出議員の選挙又は参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めることには検討を要する問題」があり、全面的な在外選挙への移行を前提とするものであった<sup>33</sup>。判決では、限定的な在外選挙制度から段階的に導入されたことについて「全く理由のないものであったとまでいうことはできない」としている。

限定的な在外選挙制度は段階的实施を前提として創設され、導入時において合憲であるとしたものの、判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙の実施時において違憲となるとされた。これは段階的に導入することが想定されていた在外選挙制度

であることと実際に在外選挙を実施していた実績による。加えて候補者の指名を自書する必要がない比例代表選出議員の選挙に限られていた事由も変遷した。そもそも限定的な在外選挙の導入が認容された事由は、「投票日前に選挙公報を在外国民に届けるのは實際上困難であり、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難」なことにあったが、通信手段が「通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなった」。これに加えて2000（平成12）年に参議院比例代表選出議員の選挙の投票が、参議院名簿登載者の氏名を自書することが原則とされ、本判決時以前の2001（平成13）年、2004（平成16）年にこの制度に基づく在外選挙が実施されている。これにより候補者名を自書する投票制度を含む在外選挙が実際に実施され、候補者個人に関する情報を在外邦人に適正に伝達するのが困難であることを理由としていた限定的段階的实施を認めていた立法事実を変遷したものとした。

在外選挙制度の不備と限定的在外選挙制度の導入は、それぞれ立法時には合憲とされたが、その後に違憲、もしくは違憲となるとされた。この判断にあたって「在外国民が実際に投票することが可能か」否かが検討され、前者については内閣による改正法案の提出時、後者については段階的实施が予定された在外選挙制度の創設時が、それぞれの立法事実の変遷時とされた。ただし立法事実の変遷の認定をもって違憲と判断するのではなく、それぞれに一定の時間経過を経て違憲と判断している。

## **b 立法事実変遷の認定時期**

この判決では立法事実の変遷を認め違憲であると判断したが、それぞれの立法事実が変遷した時期の認定を二段階で判断している。

前者の在外選挙そのものの不備について公職選挙法の制定時において在外選挙性制度の不備であることは、やむを得ない事由にあたりしその立法事実が合憲であるとされた。しかし1984（昭和59）年に内閣が改正法案の提出し、在外選挙の実施可能性を認定したが、国会でその法案の実質的な審議が行われず、衆議院が解散されたことにより廃案となった。つまり国会は、在外選挙制度の実施が可能であるという内閣の判断に対し、その実施は不可能であると積極的な判断したものではないが、少なくとも止むを得ない事情に関する立法事実が変遷した、もしくは変遷した可能性があることを認識しえた。それにもかかわらず立法機関である国会が長きにわたって在外選挙制度を創設しないままに放置したことにより、違憲であるとした。在外選挙制度の創設の可能性が法案提出により内閣から提示されていたにもかかわらず「長きにわたって」立法措置をとることがなかったとして、立法事実の変遷を国会が認識しえた時点で事実が変遷したものとしている。立法事実の変遷から一定の時間経過を認めた上で、違憲であると判断している。立法事実が変遷したと認定した契機は、内閣による選挙制度創設のための法案提出と国会による審議としている。

後者の限定的かつ段階的な方式による在外選挙制度を導入した公職選挙法の改正についても、当初は限定的な選挙の導入は合憲とされた。それは実施のために候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難であるという状況であり、候補者の氏名を自書させて投票をさせる点が考慮されたことによる。これにより限定的な選挙の実施が認められていたが、それに加えて通信手段の発達により候補者に関する情報を伝達することが著しく困難であるとはいなくなったこと、また2000年の公職選挙法の改正で参議院比例代表選出議員の選挙の投票においても参議院名簿登載者の氏名を自書することが原則となった選挙が実施され、在外邦人が候補者の氏名を自書する選挙においても「実際に投票すること」が可能であることから、限定的な在外選挙制度が認容された事実が変遷したと判断した<sup>34</sup>。そしてこれが違憲とされる時点については「遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということ」はできないとした。これは裁判時を立法事実の起算として認定したもので、前者のように十余年のような長期間ではないものの、一定の時間経過を経て違憲を認定するものである。この判決で問題となっているのは制限のない在外選挙制度の実施であり、限定的な在外選挙制度はその過程の一部であるため、在外選挙制度創設と同じ時間経過を要したものでないとして位置付けられる。

以上のように本判決では立法事実の変遷を認定するにあたり、まず立法事実が変遷したと考えられる時点を確認し、そこからさらに一定時間が経過したことを併せて立法事実の変遷を認め違憲とし、在外選挙制度の不備についての憲法判断をしている。

#### Ⅳ 立法事実の変遷時期とその認定

裁判所が憲法判断において立法事実の変遷を認め、その対応のための時間的猶予を立法機関に与える方法には、立法事実の変遷を認定してから一定の時間経過を経て判断する方法と、訴訟が提起され合憲と判断されたがその後同様の訴訟の判断で立法事実が現実と乖離したとするものがある。本稿で取り上げた在外邦人選挙権訴訟は、在外選挙制度自体の不備を認めた事実と限定的な方式による在外選挙制度の導入を支えた事実は立法事実の変遷を認めてから、一定期間の時間の経過を経て違憲と判断された。立法事実の変遷を認め違憲とする判断については、変遷を認め法律の変遷を要する時期の決定という政策的な判断を裁判所が行うことの問題が生じる。

本稿で取り上げた在外邦人選挙権判決では立法事実の変遷を認定すると同時に問題となった法令を直ちに違憲と判断するのではなく、まず立法事実の変遷を認めその後一定時間の経過を経て違憲とするのは第一次的に立法機関による法改正のための期間を設け、それでもなお立法事実と法令との乖離が修正されないとして違憲となった判断をしたと理解できる。

学説上、立法事実の変遷を認める時期は裁判時とされることが多い。しかし先に整理したよう

に、本判決では内閣が公職選挙法の改正法案を国会に提出した時点から起算し、法改正の動きを立法事実としてその変遷の起算として認めている。このように法律制定時から立法事実が変遷し改正を要する状態であっても、すぐさま違憲の判断を下すのではなく一定の時間経過をもって違憲と判断している。この方法は、立法機関の自発的な法改正への猶予を与え判断を尊重するものと考えられる。

立法事実の変遷し違憲と認定する場合、問題となる法律は制定当初、目的の合理性も目的達成手段の必要性も存在していることを前提としており、立法事実の不存在を争うよりも合理性の推定は強くはたらいっている。このような立法事実の変遷から一定の時間経過を待つ方法は、立法への司法による補完的修正機能として考えることも可能で「警告判決」を経て違憲の判断を下したプロセスと同様のものと考えられる。立法事実の変遷による違憲と判断するにあたって、問題となる法律は少なくとも法律制定時においては合憲であった。本判決ではまず立法による自発的な違憲状態の修正を求め、それが達成されない場合において違憲と判断している。違憲性の認識について「当該制度の違憲性が認識されると、それを認識しないことが、その時点以降の歴代国会議員の過失として評価され、同様の訴訟が提起された場合には賠償が認められ易いという効用がある<sup>35</sup>」と指摘されているが、一定期間の時間の経過を経ることによって国会による法律の改正という第一次的な修正を期待でき、司法はあくまでもその補完と修正的機能を果たしているとも理解できる。櫻井教授はこのような「合理的期間の経過」について、単なる客観的な違憲状態だけでなく特に事情変更による違憲判断や立法不作為では、立法者に対する非難可能性として捉え、この時間経過が重要な役割をはたしているという<sup>36</sup>。立法事実の乖離を二段階で判断する手法は一票の格差における「違憲状態」の認定を用いる方法と類似した手法とも言える。

この判決中では実際に氏名を自書することによる投票の実施が可能であるかが検討されており、それが可能であるとした証左として「通信手段が地球規模でめざましい発達を遂げている」ことにより、候補者個人に関する情報を在外邦人に届けることが可能となったことを挙げているが、判決において立法事実の変遷を認めた起算点は「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上記の法律案を国会に提出している」ことを挙げ、内閣が公職選挙法の改正法案を国会に提出し法案が廃案になった時点としている。

立法についての判断は第一次に立法機関である国会の裁量によるものである以上、司法による救済方法は補完的に機能すると考えられる。特に本判決では立法事実の変遷を認定し、さらに時間の経過を認定することで補完的な修正を加えたものとして考えることも可能ではないか。この判決も立法不作為に対するものであるが、在宅投票制度廃止事件判決では立法行為を「本質的に政治的なもの」であり、「ある法律が個人の具体的権利利益を侵害するものであるという場合に、裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断する」とし、立法行為に対して裁判所は補完的な役割としている。また国会による法改正の長期間の懈怠を変遷の要件として認めることは客観的な要件として機能する可能性はあるという見解もあり<sup>37</sup>、このような条件において違憲

であるとする過程についての判断を示したとも理解できる。

またこの判決で立法事実の変遷により違憲と判断した点は、在外選挙制度の不備と法改正により創設された限定的な選挙制度についてであり、両者の違憲判断について相関して判断されている。限定的な在外選挙制度についての時間経過は、1998年に創設された限定的在外選挙制度が2005年の本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点において違憲となるとされ、在外選挙制度の創設の違憲判断において10年以上の長きにわたる時間経過を認めて違憲としていることに比して短い時間となっている。この短い時間経過の認定は、在外邦人に対して投票をする機会を平等に保障する在外選挙制度はその趣旨からも限定的なものであることは許されず、限定的在外選挙は導入時の過渡期において認められることから生じているものと考えられ、この限定的な在外選挙は制限のない完全な在外選挙制度の実施の一部をなすものと理解できるだろう。

## V おわりに

日本の司法審査は消極的であると指摘される反面、司法が積極的に違憲判断を下すことに対しては批判的に捉えられるという矛盾のなかで憲法判断がなされてきた。立法事実の変遷を用いた憲法判断が用いられる理由には客観性の確保や検証可能性という機能だけでなく、問題となった法律を制定時においては合憲であったとすることから他の機関、特に立法機関との摩擦が少ない方法であることも背景にあるだろう。

本稿で取り上げた在外邦人選挙権訴訟で最高裁が立法事実の変遷を判断した手法は、他の機関との軋轢を避けながら憲法判断をしているもので以下の特徴が見出せる。

まず立法事実変遷を認定する際の起算時期である。在外邦人選挙権訴訟判決では立法事実の変遷を認定した時点と違憲と判断した時点を一一致せず、変遷を認定してから一定の時間経過を経て違憲と判断している。このような時間のずれを設ける理由として、時間と共に移り変わる事実の変化は不可逆的なものではなく可逆的に変化するものであり、どの時点をもって改正が必要な程度の事実の変遷であるかが違憲と判断することが難しいことがある。本判決では、立法事実の変遷を認めてから立法機関が具体的措置を行いうる猶予期間の経過を経て、違憲と判断するものである。このように時間経過を経て違憲と判断する手法は、可逆的な事実の認定についての確実性を確保するのみならず、国会によって制定された法律の修正の必要性を指摘する補完的な役割を果たすものとしても位置付けられよう。

次に立法事実が変遷した時期の起算を裁判所以外の他機関の行為に求めていることである。本判決では立法事実が変遷した時点の起算を判決とせず裁判所以外の他機関の行為、つまり公職選挙法改正についての内閣の動きから事実の変遷時期を起算している。これについては内閣の提出した在外選挙創設の法案が審議にかかることなく廃案となったこと、在外選挙の実施につき法整

備を整えるべき政治部門の動きを背景となる事実としている。改正法案が審議にかかることなく廃案になった経緯を在外選挙を不可能であると国会が「積極的に」判断したものではないと理解すると、立法機関による消極的な行為による立法事実の起算としたと理解することも可能であろう。このように裁判所以外の他の機関の行為を立法事実の変遷として認定することも立法機関による自発的な法改正を期待するものとして、権力分立における協働のひとつとして位置付けられる可能性があるだろう。

本判決中において、参政権の行使を現実的に可能にするために国には所要の措置を執るべき責務があるとされているが、国に課される責務の強弱は対象となる権利によって様ではなく、それに伴って立法事実変遷の認定方法もまた異なっていると考えられる。また立法事実の変遷時機とそれを違憲と判断する時機の判断や、立法事実の認定手法についてはさらに分析を要するものである。そしてこのような手法が権力分立における司法と他機関の協働として位置付けられる可能性について検討することも今後の課題となる。

(すずき ようこ・高崎経済大学地域政策学部教授)

- 1 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』信山社（1995）33-34頁。
- 2 戸松秀典教授は憲法訴訟における立法事実をめぐる論議を「立法事実論」とし、裁判法理とする。戸松秀典『憲法訴訟 [第2版]』有斐閣（2008）243頁。
- 3 最大判平成17・9・14 民集 第59巻7号2087頁。
- 4 問題となっている法律と憲法を比べるだけで憲法判断が可能である事例の方が「ごく例外的」であるという。時國康夫「憲法事実一特に憲法事実たる立法事実について」『法曹時報』15巻5号（1963）656頁。
- 5 司法事実と立法事実と合わせ憲法事実とする論者は多いが、江橋崇教授は憲法訴訟における事実は三層構造であるといい、憲法事実を司法事実・立法事実と区別された事件における憲法解釈に関連する事実とする。江橋教授によれば憲法事実とは、裁判所が憲法適合性の判断に際し憲法上そのような権限が認められるか、またそのような権限行使が妥当であるかの判断に際する事実認識と憲法条文に関連する社会的事実であるという。江橋崇「立法事実論」『講座 憲法訴訟（第2巻）』有斐閣（1987）76-78頁。
- 6 芦部信喜『憲法訴訟の理論』有斐閣（1973）152頁。戸松秀典教授は「法律の制定を根拠づけ、法律の合理性を支える社会的・経済的・文化的事実」であり、「社会一般の現象として認められる事実であり、立法府が立法の資料として収集認定した事実」とする。戸松前掲注（2）243頁。
- 7 時國前掲注（4）667頁。
- 8 御幸聖樹「憲法訴訟における立法事実論の現況と展望」『論究ジュリスト』29号（2019）181頁。
- 9 巽智彦「公法関係訴訟における事実認定について一憲法訴訟を端緒として一」成蹊法学85号（2016）117頁。
- 10 行政訴訟においては、処分時においてその違法性を判断が判断される。
- 11 御幸前掲注（8）。
- 12 本稿で取り上げた在外邦人選挙制度判決と同様に、選挙権の行使が問題となった在宅選挙制度廃止事件の最高裁判決では立法不作為が問題とされたが、判決は立法過程において「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」として立法事実についての判断は議員の政治的判断であるとした。
- 13 原竹裕助教授は立法事実（法創造事実）の顕出方法について、当事者を經由して顕出させる当事者型、民事訴訟法42条による準当事者型、アメリカにおける司法確知のような職権型、第三者型の立法事実を収集する方法としてアメリカのアミカス・キュリエなどについて検討し、社会的事実や専門的経験則を裁判所が収集する方法が整備されていないと指摘している。原竹裕『裁判による法創造と事実審理』弘文堂（2000）307-311頁。
- 14 戸松前掲注（2）244頁。
- 15 「立法事実論を展開しても合憲とし、あるいはそれに立ち入らない例が圧倒的に多い」という。戸松前掲注（2）250頁。
- 16 戸松教授は小売市場判決（最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁）においては社会経済の分野の法的規制について立法府の裁量の判断が尊重されることが建前であるとされながらも、薬事法による薬局開設の距離制限については不合理さが明白な実態に対する審査であるとはいえないと指摘する。戸松前掲注（2）250-251頁。
- 17 宮原均「カナダにおける立法事実」『東洋法学』61巻1号（2017）31-35頁。

## 在外邦人選挙権判決における立法事実の変遷とその起算点

- 18 戸松前掲注 (2) 243頁。
- 19 坂田隆介「最高裁と『司法的ステイツマンシップ』論—立法事実変遷論と司法的救済を手がかりに—」『立命館法学』2016(2) (2016) 4頁。
- 20 渡辺千原「法を支える事実—科学的根拠付けに向けての一考察—」『立命館法学』2010 (5・6) (2010) 1810頁。
- 21 『制定当時は合理性を有していた法律が、その後の社会状況の変化によって合理性を喪失したがゆえに憲法違反である』という判断手法」櫻井 智章「事情の変更による違憲判断について」『甲南法学』51巻4号 (2011) 796頁。「合憲とされていた法律を違憲と判断する際、時の経過に伴う社会状況の変化によって、以前は存在していた立法事実が、ある時点で失われたという認定に基づき違憲判断の遡及効をその時点までに限定し、それ以前の合憲判断を維持するという手法」坂田前掲注 (19) 4頁。
- 22 最大判昭和50・4・30民集第29巻4号572頁。
- 23 非嫡出子相続分が嫡出の半分とされた民法900条4号ただし書前段の規定は1995年(最大決平成7・7・5民集第49巻7号1789頁)では合憲とされたが、2013年(最大決平成25・9・4民集第67巻6号1320頁)では立法事実の変遷による合理性の喪失を認め違憲としている。
- 24 藤井樹也「立法者の努力を評価する司法判断」戸松秀典、野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』有斐閣 (2012) 407頁。
- 25 藤井前掲注 (24) 422頁。
- 26 この手法の問題点として藤井教授は、まず違憲状態が生じていても国会の是正努力を認めることにより違憲としない、「違憲判断の主観化傾向」の強化があり、「違憲判断を国会の是正責任の有無の判断へと質的に変換する面を有している」と指摘する。また議会を「議会を擬人化してその統一的な意思や意図を擬制する発想」である「立法部の擬人化」があるという。客観的な違憲状態と違憲性が分離されることにより、違憲判断が一種の責任追及・制裁としての色彩を帯びることで司法の抑制的態度が要請され結果として権利救済の軽視となりうる。そして司法部が高度な政策的考慮を肯定し、発揮することが司法権の行使として正当化できるかという問題を指摘する。藤井前掲注 (24) 418—422頁。
- 27 櫻井教授によれば、この問題は以前より指摘されてきた問題であるという。櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」『甲南法学』51巻4号 (2011) 813頁。
- 28 櫻井前掲注 (27) 814-816頁。
- 29 毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違憲性判断」『論究ジュリスト』1号 (2012) 89頁。
- 30 畑尻剛「憲法訴訟における立法府と裁判所との協働—立法事実の変化とその対応をめぐる—」『日本法学』72巻2号 (2008) 318—321頁。
- 31 最大判平成17・9・14民集第59巻7号2087頁。
- 32 在外選挙の実施に関して在外公館の業務負担が増えることについて、外務大臣官房領事移住部移住政策課長庄司隆一氏は「在外選挙人の登録に係る事務、そして実際の投票に係る事務等がございます。しかし、このいずれにいたしましてもかなりの作業量となると承知しておりまして、そういう意味でも、人的にもまた訓練の面でも、また場合によっては必要な資金の面でも、十分な体制づくりというものが必要」とし、限定的であっても在外選挙の導入は容易ではないと答えている。第142回国会衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会議録第3号 (1998) 2頁。
- 33 第140回国会衆議院・公職選挙法改正に関する調査特別委員会議録第8号 (1997) 1頁。
- 34 毛利透教授は当時、印刷媒体である選挙公報を在外邦人に届けることが依然として困難であったこと、およびインターネットの普及がこの通信手段の発達を指すものでありながら、インターネットによる選挙運動が禁止されていることを挙げ、立法事実が変化したとはいえないと指摘している。さらにインターネットのサイトやマスメディアでは候補者個人についての情報を得ることが困難であることを挙げているが、当時においても印刷媒体と同じ内容を掲載するウェブサイトによって、選挙公報を代替することが可能であったとも言えるのではないかと。毛利前掲注 (29) 84頁。
- 35 君塚正臣「立法の不作為の合憲性を争う訴訟について—在宅投票制度違憲訴訟の再考—」『横浜国際社会科学研究』21巻6号 (2017) 22頁。
- 36 客観的に違憲状態となっただけでは憲法違反ならず、非難可能性も要求する二元的な違憲性判断であるとする。櫻井前掲注 (27) 815頁。
- 37 村田尚紀「在外邦人選挙権と立法不作為：在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件最高裁判決」『関西大学法学論集』55巻6号 (2006) 157頁。