

## 国家賠償の抑止効果

——在外国民選挙権制限違憲判決を契機として——

飯田 稔

はじめに

- 一 在外選挙権制限の憲法問題
- 二 国家賠償請求手続の妥当性
- 三 憲法上の権利侵害と損害賠償
- 四 国家賠償の複合的機能  
むすびに代えて

はじめに

いわゆる在外選挙権制限訴訟について最高裁判所の下した判断<sup>①</sup>は、極めて注目すべきものであった。公職選挙法が、従来、国外に居住する日本国民に選挙における投票の機会を全く認めていなかった点、および、法改正に

より在外選挙制度が創設されて後も、投票可能な選挙を衆参両院の比例区に限っていた点が、憲法に違反すると断じられたのである。過去六〇年にわたって積み重ねられてきた憲法判例の中でも、おそらく、最も重要なものの一つと言つてよからう。実際既に、本判決を高く評価する見解がいくつも現われている。<sup>②</sup>

とはいえ、本判決の判示がすべて、異論なく受け入れられているわけではない。最高裁自身、少数意見を抱えていることからわかるように、その理論上・実際上の当否にはなお検討の余地が残されているであらう。<sup>③</sup>

なかでも、本稿では、本件の実体的側面よりもむしろ手続的側面に着目したい。すなわち、憲法訴訟における国家賠償請求手続の意義と効果の問題である。<sup>④</sup> というのも、本判決では、在外選挙制度の不存在が国賠法上違法となるか否かについてのみならず、そもそも本件訴訟で国賠手続を援用することが妥当か否かについて、裁判官の立場が分かれており、また論者の中にも、これを消極に解する者があるからである。

その際、考察の手がかりとして、アメリカ合衆国における憲法的不法行為訴訟 (constitutional tort action) をめぐる議論を参照することにしよう。憲法上の権利侵害に対して損害賠償を認めることの是非が問われたのは、決して、わが国が初めてなのではない。合衆国憲法にはわが憲法一七条に相当する国家賠償の根拠規定が欠けているから、憲法違反に対する損害賠償は必ずしも自明のものではなく、従つて、理論的にも実務的にも、より大きな問題を生ぜしめてきたのである。彼我の法制度の相違は認識していなければならぬが、そこでの議論は、わが国の問題を考察する上でも参考になるものと思われる。

節を改めて、本判決の判示事項を簡単にまとめ、それに対する裁判所内外の批判を紹介するところから始めよう。

一 在外選挙権制限の憲法問題

一 在外選挙制度の創設<sup>⑤</sup>

公職選挙法旧四二条一項、二項（平成一〇年法律第四七号による改正前のもの）は、選挙人名簿に登録されない者および選挙人名簿に登録されることができない者は投票をすることができない旨定めていた。選挙人名簿への登録は、市町村の区域内に住所を有する年齢満二〇年以上の日本国民で、その者に係る市町村の住民票が作成された日から引き続き三か月以上当該市町村の住民基本台帳に登録されている者について行なわれる（同法二二条一項、住民基本台帳法一五条一項）。在外国民は、わが国のいずれの市町村でも住民基本台帳に登録されていないから、選挙人名簿に登録されることがなく、その結果、選挙において投票することができなかった。

平成一〇年法律第四七号により公選法が改正され、いわゆる在外選挙制度が設けられた。新たに在外選挙人名簿が調製され（四章の二）、これに登録されることで投票の資格が得られる（四二条一項本文）。対象となるのは、衆議院議員選挙と参議院議員選挙であった（三〇条の二第二項、三〇条の六第二項、三〇条の七第一項等）。ところが、その運用は当分の間、衆議院比例代表選出議員の選挙および参議院比例代表選出議員の選挙に限るものとされたため（改正法附則八項）、別段の法改正がなされない限り、在外国民は、衆院小選挙区選出議員と参院選挙区選出議員の選挙については投票をすることができないまま留め置かれることとなった。

二 訴訟提起と下級審の判断

右の法改正に先立って、平成八年一〇月二〇日の衆議院議員総選挙で投票できなかった在外国民ら（選挙後に

帰国した者もある）が、国を相手取って訴訟を提起し、在外国民であることを理由に選挙権行使の機会を保障しないのは、憲法一四一条一項、一五一条一項および三項、四三条並びに四四一条等に違反すると主張した。彼らは、改正前の公選法が、在外国民に衆議院議員およ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点で違法であることの確認、並びに、改正後の同法が衆議院小選挙区選出議員の選挙および参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点で違法であることの確認を求めるとともに、国会が、在外国民が国政選挙で選挙権を行使し得るように公選法を改正することを怠ったため、総選挙で投票することができず損害を被ったとして、国に対して損害賠償を請求した。

地裁は、国家賠償請求を棄却し、確認請求を却下した。<sup>⑥</sup>原告側が控訴、新たに予備的請求として、彼らが衆議院小選挙区選出議員の選挙およ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。だが、高裁は控訴を棄却、予備的請求の訴えも却下した。<sup>⑦</sup>それによれば、国会議員の立法行為（不作を含む）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あえて当該立法を行なうといった例外的な場合でない限り、国賠法一条一項の適用上、違法の評価を受けないところ、在外国民の選挙権行使について憲法上一義的に一定の制度を設けなければならないことが明らかだとはいえず、在外選挙制度の不存在や部分的な制度化はそうした例外的な場合に当たらない。また、違法確認請求は、畢竟、単に在外国民であることを理由に公選法の違法確認を求め、あるいは法の認めない権利の創設を求めるもので、法律上の争訟に当たらない、というのである。

三 最高裁判所の判断

これに対して、最高裁判所は原判決を破棄、在外国民らの請求を一部認容した。

多数意見は、①改正前公選法の違法確認は、過去の法律関係の確認を求めるもので、現に存する法律上の紛争解決に適切かつ必要とはいえず、また②改正公選法の違法確認は、他の訴えでその目的を達成できるから、いずれも不適法であるとする<sup>⑧</sup>。しかし、③彼らが衆院小選挙区および参院選挙区の各選挙で選挙権行使の権利を有することの確認は、公法上の当事者訴訟のうち「公法上の法律関係に関する確認の訴え」<sup>⑨</sup>に当たると解され、適法である。法改正のない限り、彼らは直近の衆院小選挙区選挙および参院選挙区選挙において投票をすることができず、選挙権行使の権利を侵害されることになるので、かかる事態を防止するための訴えには確認の利益が認められ、これは法律上の争訟に当たるとい<sup>⑩</sup>う。

また、④国家賠償請求については、下級審の依拠した最高裁判例自体は維持しつつも、「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、国会議員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」<sup>⑪</sup>と述べた。在外国民らに投票の権利行使の機会を確保するため立法措置をとることが必要不可欠であったにもかかわらず、これを怠ってきた著しい立法不作為は、かかる例外的な場合に当たるとして、国に損害賠償を命じたのである。

## 二 国家賠償請求手続の妥当性

このように、最高裁は在外国民らの投票の権利を確認するとともに、立法不作为に対する国家賠償請求を認容した。だが、とりわけ後者について、裁判官の立場は大きく分かれている。

## 一 国賠手続援用への疑義

横尾・上田両裁判官は、選挙制度の具体化について広い立法裁量を認める反対意見を著わした。在外選挙制度の不存在や部分的制度化も違憲とはいえず、従って国家賠償は認められないという。<sup>(13)</sup>

これに対し、泉裁判官の反対意見は、本件訴訟における国賠手続の妥当性自体を疑問とする。在外国民らの精神的苦痛は国賠法による金銭賠償になじまないから、当該請求には理由がないというのである。

彼によれば、本件国家賠償請求は金銭賠償を得ることが目的ではなく、公選法が在外国民の選挙権行使を妨げていることの違憲性を判決理由の中で認定して、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すものである。<sup>(14)</sup>

しかし、選挙権は個人的権利ではあるが、両議院の議員という国家機関を選定する公務に集団的に参加するという公務的性格も有しており、純粹な個人的権利とは異なった側面を持つ。しかも、立法の不備により投票できなかつたという精神的苦痛は数十万人に及ぶ在外国民に共通のもので、個別性が薄いから、その精神的苦痛を金銭で評価することは困難であり、金銭賠償になじまない。<sup>(15)</sup> 本件で金銭賠償をすべきとすれば、議員定数配分不均衡により投票価値で差別を受けている過小代表区の選挙人にも何がしかの金銭賠償をすべきことになるが、その

精神的苦痛の金銭的評価が困難である上、賠償の対象となる選挙人が膨大な数に上り、賠償の対象となる選挙人と賠償の財源である税の負担者とがかなりの部分で重なり合う。それゆえ、右のような精神的苦痛はそもそも金銭賠償になじまず、国賠法が賠償の対象として想定するところではないという。<sup>16)</sup>

投票価値の不平等は正については、つとに公選法二〇四条の選挙訴訟で救済するという途が開かれており、本件で求められた在外国民に対する選挙権行使の保障についても、今回、投票人の地位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。<sup>17)</sup>

かくて、「選挙権の行使に關しての立法の不備による差別的取扱いは是正について、裁判所は積極的に取り組むべきであるが、その是正について金銭賠償をもって臨むとすれば、賠償対象の広範さ故に納税者の負担が過大となるおそれが生じ、そのことが裁判所の自由な判断に影響を与えるおそれもないとはいえない。裁判所としては、このような財政問題に関する懸念から解放されて、選挙権行使の不平等は是正に対し果敢に取り組む方が賢明である」<sup>18)</sup>というのである。

## 二 国賠手続の有効性への疑義

泉裁判官の主張は、概ね、①本件国賠請求は、本来の目的外である。②選挙権の行使は公務的性格を有し、純粋な個人的権利とは異なる側面を持つとともに、精神的苦痛は数十万人に及ぶ在外国民に共通のもので、個別性が薄い。③その精神的苦痛は、金銭で評価することが困難であり、金銭賠償になじまない。④選挙権侵害の事案では、賠償の対象となる選挙人が膨大で、これと賠償の財源である税の負担者とがかなり重なり合う。⑤選挙訴訟や公法上の当事者訴訟で争う可能性がある以上、あえて金銭賠償を認容する必要はない、とまとめることがで

きよう。

この反対意見は、裁判所の外でも一定の支持を得ている。そこには、国賠請求を認めることで、かえって選挙権の価値を矮小化してしまうのではないかとの懸念が現われているようである。

多数意見は、本件の損害賠償として、各人に慰謝料五〇〇〇円が相当だとした。この金額は、本件訴訟において在外国民の選挙権行使の制限が違憲と判断されることで、選挙で投票できなかつたことにより被つた精神的損害は相当程度回復されると考えられるところから導かれたものであつた。<sup>(19)</sup>

これに対して、例えば橋本 勇弁護士は、本件損害賠償請求の問題点について泉反対意見を支持しつつ、「それにして、五〇〇〇円で慰謝される精神的損害とは何であろうか」との疑義を表明する。また、田中宗孝教授も泉反対意見に同調し、本件を金銭賠償になじまないものと見ている。多数意見はほとんど一票の価値に値段をつけているに近いが、一票の値段を五〇〇〇円に換算するのは国民感情から見てもなじまないだろう、と述べている。<sup>(20)</sup>

### 三 国賠手続の擁護

立法行為を対象とする国家賠償請求訴訟に途を開いたものの、多数意見の側は、右のような批判や疑問に対して必ずしも正面から答えていない。むしろ、自覚的に泉反対意見への反論を行なつたのが、福田裁判官の補足意見であつた。

その指摘は、大きく二点からなる。すなわち、①在外国民の選挙権の剥奪または制限が違憲だとする判決で被益するのは、現在も国外に居住または滞在する人々であり、選挙後帰国した人々に対しては、心情的満足感を除



けば、金銭賠償しか救済の途がなく、これを行なわざるを得ない。②国会または国会議員が作為または不作為により国民の選挙権行使を妨げたことについて支払われる賠償金は、結局、国民の税金から支払われる。代表民主制の根幹をなす選挙権の行使が国会または国会議員の行為によって妨げられると、その償いに国民の税金が使われるということも国民に広く知らしめる点で、賠償金の支払は額の多寡にかかわらず大きな意味を持つ、<sup>22)</sup>というのである。

さて、興味深いのは、反対意見その他で表明された国賠手続への疑問が、アメリカにおける憲法的不法行為訴訟への批判と少なからぬ類似を示している点である。そこで次に、アメリカの議論へと目を転じ、主だった見解をいくつか紹介することになろう。

### 三 憲法上の権利侵害と損害賠償

#### 一 憲法的不法行為の概念<sup>23)</sup>

「法的権利が侵害された場合には、常に、法的救済が与えられねばならない」<sup>24)</sup>。

憲法に定めのない司法審査権を行使する際に、John MarshallはBlackstoneに依拠しつつこのように述べて、権利の救済のため裁判所が果たすべき役割を強調していた。

確かに、権利保障にとって重要なのは単なる権利の宣言だけではない。侵害のあった場合に、その救済に当たる制度が不可欠である。<sup>25)</sup>だが、「救済」とは何か。何をもち、権利が救済されたと考えるのか。

日本国憲法と異なつて、合衆国憲法には、公権力の違法行為について救済を定めた一般的規定は存しない。わずかに、違法な身体の拘束に対して発せられる人身保護令状 (writ of habeas corpus) の特権が規定されているにとどまる (一編九節二項)。初期には、違憲の国家行為 (特に法律) に対する救済は、もっぱらその無効宣言により行なわれていた。<sup>(26)</sup> 国 (連邦および州) に対する損害賠償の請求は、むしろ、英米法に根強い伝統を有する主権免責 (主権免除 sovereign immunity) の観念によつて妨げられてきた。

このような事態に顕著な変化が見られたのは、二〇世紀もようやく半ばのことである。立法やとりわけ判例を通じて、個人が、あるいは州公務員を相手取つて、あるいは連邦公務員を相手取つて、違憲の行為に対する損害賠償を求めることが認められるようになる。<sup>(30)</sup> 司法部が、金銭的救済という形をとつて、憲法を直接執行することにより積極的となったのである。このような訴訟は憲法的不法行為訴訟 (constitutional tort action) と呼ばれ、その積み重ねの結果、憲法的不法行為法 (constitutional tort law) という新たな法領域が形成されてきた。<sup>(31)</sup>

憲法的不法行為訴訟とは、広く、連邦憲法上の権利侵害を主張して、個人が政府の公務員を相手取つて提起する損害賠償請求訴訟をいう。州公務員に対する訴訟は、合衆国法律集四二巻一九八三条 (42 U.S.C. § 1983) に基づいて提起することができる。これに対し、連邦公務員に対する訴訟には、法律の明文の規定がなく、通常、先例の示すところに従つて提起されている。<sup>(33)</sup> このような訴訟を認めるべき根拠は、コモン・ロー上の不法行為と同様、金銭的救済としての機能の観点から理解されてきた。要するに、連邦または州の公務員の憲法違反によつて損害を受けた個人に金銭賠償を認めることが、個人の過去の損害をある程度填補するとともに、将来の権利侵害をも抑止するといふのである。<sup>(34)</sup>

二 消極説の主張

ところが、近年アメリカでは、この憲法的不法行為訴訟の意義に疑問を投げかける見解が現われている。例えば、John C. Jeffries, Jr.<sup>(35)</sup>をあげることができよう。

現在の法運用によれば、憲法違反について損害賠償責任を認定するには、公務員の過失 (fault) を立証することが必要である。学説は、この制限によりしばしば救済が否定されていると批判してきた。だが Jeffries は、憲法違反に対する金銭賠償の制限は確かにコストを伴うが、同時に利益もあるのだと主張する。<sup>(36)</sup>

一つは、憲法違反に対する金銭賠償を制限すると、憲法の展開が容易になることである。<sup>(37)</sup> もし厳格責任 (無過失責任 strict liability) を認め、憲法違反の被害者すべてに、過去の損害に対する完全な賠償を与えるならば、違憲の事例は減るかもしれないが、改革のコストを上げて憲法の硬直化を招く。むしろ限定的免責 (qualified immunity) を認めることで、裁判所は、過去の実務に対して完全な賠償を与えるという阻害的なコストを考慮せずに、改革に取り組むことができるという。<sup>(38)</sup>

いま一つ、損害賠償という趣及的な救済を制限すると、差止救済 (injunctive relief) や宣言的救済 (declaratory relief) の利用と相俟って、社会的資源を過去から未来へ向けることになる。過去の損害に対する完全な賠償を受けられない古い世代は不利益を被るかもしれないが、若い世代は、新たな試みに対応する憲法の継続的な展開によって利益を被るのである。<sup>(39)</sup>

Jeffries は、憲法的不法行為訴訟よりも制度改革的差止命令 (structural reform injunction) の方が、憲法上の権利の行使にとって有益だという。なぜならそれは、過去の侵害に対して焦点を合わせるよりもむしろ、将来の世代に利益を与える改革に焦点を合わせるものだからである。<sup>(40)</sup> 憲法理論の展開と成長が期待され、受容される世

界では、変革を助長し将来への投資を促進する憲法的救済の構築こそが望ましい、と述べている。<sup>(41)</sup>

このようにして、彼は、ついには憲法的不法行為訴訟自体の解体を主張するに至った。<sup>(42)(43)</sup>

法と経済学の立場から、金銭賠償の効果という点で憲法的不法行為訴訟に疑問を呈するのが、Daryl J. Levinson である。<sup>(44)</sup>

私法上の損害賠償という救済手段は、市場における合理的な経済人を想定している。利益を追求する企業であれば、経済効果に反映されない社会的コストは無視するであろうが、反対に、経済的效果に反映されるコストを考慮に入れて、自らの行動を変える対応に出るであろう。だが Levinson は、私人を政府に置き換えたとき、かかる想定には疑問が生ずるといふ。<sup>(45)</sup> 政府は、私企業と同じ方法でコストを内在化するのではなく、経済的よりもむしろ政治的動機づけに反応するものである。政府が予算の支出を強要されるからという理由だけで、社会的コストを内在化すると想定することはできない。

従って、彼は、憲法的不法行為訴訟の抑止効果は何ら明らかではないとする。<sup>(46)</sup> また、憲法違反の被害者を無賠償に留め置くことは不正義だといった道徳論や、金銭賠償を租税の見返りとみなす保険理論、さらには矯正的正義論など、その他の正当化も不十分である。<sup>(47)</sup>

かくて Levinson によれば、政府に金銭を支払わせることは憲法的救済への有望なアプローチとは言えない。彼もまた、代替手段の一つとして、裁判所はもっと差止命令を用いるべきだと主張している。<sup>(48)</sup>

### 三 積極説からの反論

このような考え方に対しては、既にいくつか反論が現われている。

Mark R. Brown は、Jeffries が政府の免責を強調する点を批判している。<sup>(49)</sup> 多くの論者と異なつて、Jeffries は政府責任を軽減することで法は後退するのではなく、むしろ活気づくというが、それは誤っている。免責は、憲法の展開を促進し、州の財源を保護するのではない。むしろ憲法訴訟を抑制し、憲法の成長を阻害する。なぜなら、それは裁判所に憲法上の主張を避けることをもたらし、憲法を凍結する。また、訴訟を提起しようとする被害者の動機を削ぐことになるからである。<sup>(50)</sup>

さらに彼は、たとえ免責が憲法の変化をもたらすとしても、その質と量を知ることにはできないという。訴訟件数が減ると、必ずその質が高まるのか。Brown によれば、免責は、公平と信頼の原理に矛盾するのであり、憲法の変化への触媒としても社会の期待への預言者としても役に立たない。<sup>(51)</sup> 政府責任の軽減によつて、Jeffries の懐く目標を実現することはできないのである。<sup>(52)</sup>

Levinson への批判は、Myriam E. Gilles によつて行なわれている。<sup>(53)</sup> 彼女は、Levinson の分析自体は一定程度評価しつつも、その結論に与しない。憲法上の損害賠償には、確かに効果が存在する。個々の公務員や、その雇用者たる公共団体に憲法的不法行為の損害賠償を課することで、これら政府の職員や団体の行動に対して抑止効果があるというのである。<sup>(54)</sup>

憲法的不法行為訴訟による金銭賠償は、必ずしも最適な抑止力をもつとは言えないが、公務員も訴えられることを望まぬ以上、一定の抑止機能を営む。<sup>(55)</sup> そして、公共団体の金銭賠償責任は、実際、政策形成者の行動を望ましい方向に変える。公共団体の責任を問うこと自体が、その誤りを知らせ修正を迫るなど、公共団体に政策の転換をもたらす圧力となるのである。<sup>(57)</sup>

Gilles は決して、制度改革の差止命令など、金銭賠償以外の手法がもたらす抑止効果を否定してはいない。<sup>(58)</sup> だ

が、金銭賠償はそれ自身、確かに一定の抑止効果を果たしていると強調するのである。<sup>(55)</sup>

さらに進んで、そもそも憲法的不法行為訴訟を金銭賠償の観点から理解することを批判するのが、James J. Parkである。<sup>(56)</sup>

近年、Levinson や Jeffries など、憲法上の権利侵害に対する金銭賠償は填補や抑止という根拠では正当化できないとの主張があり、なぜかかる訴訟が必要なのか、再評価が求められている。Park は、この救済手段をもちばら金銭的側面、すなわち賠償を与えることの効果という点で評価するのは狭すぎるアプローチだといふ。<sup>(57)</sup>

憲法違反に対する個人の救済が発達してきた過程を検討すれば、これを不要とするのは妥当でないことがわかる。権利は、その救済手段を通じて形成され、定義され、現実的意味を与えられる。憲法的不法行為訴訟は、裁判所の関心を個人の被った侵害に向け、裁判所に政府の侵害から個人を保護し、政府の裁量を規律する憲法上の権利を確立するよう促す。その結果、個人の害悪の観念が多くの憲法上の権利の実体へと組み込まれる。この救済手段は、権利定義の過程に寄与するのである。<sup>(58)</sup>

憲法は一般的理念を定めるが、これらの規範は、特定の事件で裁判官によって現実に適用され執行されるのでなければ、何ら具体的な意味を持たない。<sup>(59)</sup> 憲法上の害悪に対する不法行為訴訟の利用可能性が、個人に、憲法規定に基づく請求を行なう動機づけ (incentive) を与える。<sup>(60)</sup> 裁判所の注意を具体的事件に集中することで、憲法的不法行為訴訟を提起する個人は、裁判所に、憲法が政府による侵害に対して彼らを保護するか否かを決定することを求めるのである。<sup>(61)</sup>

いくつかの権利・憲法条項を検討した上で、Park は、憲法的不法行為訴訟の独特の意義を強調する。すなわち、州コモン・ロー上の救済や差止命令、宣言的救済とも異なって、この訴訟は、公務員が行使して侵害を課す

ることになる裁量を制限する個人的救済である。それは、将来の事件で、侵害を課する政府の裁量を規律するよう適用されることができる。憲法的不法行為訴訟がなければ、個々の政府の公務員が裁量権を濫用し個人に侵害を引き起こす事件を取り扱う効果的な救済がないことになろう。<sup>(66)</sup>

かくて Park は、憲法的不法行為訴訟を単なる金銭的救済と見なす見解は狭すぎるという。そのような見方は、個人的救済としての憲法的不法行為訴訟と、重要な憲法規範の展開との間に、豊かな相互依存関係があることを認識していない。<sup>(67)</sup> 憲法的不法行為訴訟こそ、個人に課された政府の侵害を、われわれ個人が争うことができる途だというのである。<sup>(68)</sup>

#### 四 国家賠償の複合的機能

先にも述べたように、彼我の法制度の相違は認識していなければならない。わが国の国家賠償制度が、公務員の不法行為について、国または公共団体にその賠償責任を課すものであるのに対し、アメリカの憲法的不法行為訴訟は、公務員自身の責任を問うものである。また、わが国国家賠償が、立法・行政・司法を問わず国家作用一般を対象とするのに対し、<sup>(69)</sup> 憲法的不法行為訴訟は、主として行政部の公務員を相手に、とりわけ刑事手続的権利の運用について用いられることが多い。<sup>(70)</sup>

それにもかかわらず、両者には、憲法上の権利侵害に対する金銭賠償という共通性があり、従って、それに対する疑問や批判にも一定の類似点を見て取ることが許されよう。以下、金銭賠償の直接的機能と間接的機能に比べて、簡単に考察しておきたい。

## 一 金銭賠償の填補的效果

権利侵害に対する金銭賠償が、過去に生じた損害の填補という意味を持つことは疑いない。それは損害賠償の本質であり、いわば直接的な機能である。物質的損害であれ精神的損害であれ、これを金銭に換算して——そこには確かに、ときに困難を伴うことがあり得ようが——賠償を行なうのは、広く認められたことである。

もし、損害賠償のこの側面のみを強調するならば、泉反对意見やこれを支持する論者のように、金銭賠償を得ることを本来の目的としない国家賠償請求訴訟は不当であり、あるいは、あまりに低額に見積もられた損害は、賠償としての意義を有しないと言うべきかもしれない。泉反对意見は本件国賠請求を評して、在外国民らが「訴えの適法性を否定されることをおそれて、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」<sup>①</sup>ものと指摘していた。だが一体、それが国賠訴訟の目的であつてはならないのだろうか。

## 二 金銭賠償の抑止効果

アメリカの学説が示唆するように、国賠訴訟には、より積極的な意義が認められるべきであろう。それは、国家機関の違憲・違法な行為に対する抑止効果である。損害賠償請求という形をとって、個人の側に、国家行為の合憲性・合法性を争う法的手段が一つ与えられることになる。そのような機会が増すことで、国家機関の側は、自らの行為の違憲・違法に自ずから慎重たらざるを得ない。

このとき、訴訟の目的はむしろ将来志向的であり、過去の損害に対する填補の意味は、むしろ背後に退く。従つて、賠償額の多寡自体はあまり大きな意味を持たないと言つてよい。低額にみえる賠償も、決して、権利自体の価値を矮小化するものではない。なぜなら、憲法上の権利——とりわけ、精神的自由や本件の争点であった選挙



権——は、本来、金銭に還元し得ない価値を有するからである。これはいわば、損害賠償の間接的な機能であるが、単なる填補にとどまらない重要な働きといふべきであろう。

もつとも、消極説も、損害賠償の抑止効果を全く無視したわけではない。だがそれは、積極説とは対照的な方向であった。すなわち、裁判所の介入に対する抑止効果である。

泉反对意見は、侵害の範囲の大きさとそれによる裁判所の萎縮を指摘した。本件精神的苦痛の是正について金銭賠償をもって臨むとすれば、選挙権侵害の場合、賠償対象の広範さ故に納税者の負担が過大となるおそれが生じ、そのことが裁判所の自由な判断に影響を与えるおそれもないとはいえない。裁判所は、こうした財政問題の懸念から解放されて、選挙権行使の不平等是正に果敢に取り組む方が賢明だといふのである。<sup>⑫</sup>

しかし、賠償額の過大を理由に裁判所の自制を説くのは妥当でない。そのようなことが認められるならば、被害を広範囲に及ぼす国家行為であればあるほど、かえって救済を受けることができないう結果になりかねない。賠償の大きさは、むしろ、より積極的な側面から捉えるべきである。

### 三 金銭賠償の警告的效果

この点で注目されるのが、福田裁判官の補足意見であった。そこでは、金銭賠償が国の違憲・違法な行為について国民の認識を促す効果を持つことが指摘されている。

国会なしし国会議員が国民の選挙権行使を妨げたとき、その損害の賠償は、結局、国民の税金から支払われる。このとき、国家行為の償いに国民の税金が使われることを国民に広く知らしめることになり、この点で、賠償金の支払いは額の多寡にかかわらず大きな意味を持つといふのである。<sup>⑬</sup>

彼は、「代表民主制の根幹をなす選挙権の行使が国会または国会議員の行為によって妨げられ」た場合にのみ言及している。だが、その限定は、本件事案に規定されてのことにすぎない。国家賠償の財源が国民の税金に求められるのは、決して、選挙権侵害の場合に限られないからである。また、賠償額の多寡にかかわらないというのも、文字通りに受け取ることはできない。一般国民との関係では、賠償が多大であればあるほど、国家機関の違法行為は、いっそう社会の耳目を引くことになるだろうからである。

そうだとすれば、「賠償対象の広範さ故に納税者の負担が過大となる」ことは、決して消極的にのみ捉えるべきものではあるまい。一時の国庫負担は大きかろうとも、そのような司法判断を通じて、国家行為の合法性統制に対する国民の意識の覚醒に寄与するならば、それは重要な付随的機能と言うべきであろう。

#### 四 代替的救済手段

最後に、アメリカの消極説が、代替的救済手続の存在を強調している点にも注目しておきたい。泉反対意見もまた、選挙権侵害について、投票価値の不平等は正は公選法二〇四条の選挙訴訟、在外国民に対する選挙権行使の保障は、権利確認の請求訴訟で取り上げられることを指摘する。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はない<sup>74</sup>のである。

しかし、権利救済の途は複数存在しうるし、それらが必ずしも排他的である必要はない。確かに、最高裁自身が肯定して以来、選挙権の不平等は公選法二〇四条の手続を用いて提起されてきた。だが、選挙無効の訴えであればこそ、かえって裁判所は、そこに違憲・違法を認定しながら、憲法の所期するところに適合しない結果を避けるため、事情判決の法理を用いて——実定法の規定（公選法二一九条一項）を大胆にも回避しつつ——選挙の

効力の維持に努めなければならなかったのではないか。国賠請求は、たとえ認容されても直ちには選挙の無効を意味しないから、憲法の所期せぬ結果を避けるという面からは、むしろ、もつと活用されてよい手続である。

泉裁判官自身、「一般論」と断りつつ、「憲法で保障された基本的権利の行使が立法作用によって妨げられている場合に、国家賠償請求訴訟によって、間接的に立法作用の適憲的な是正を図るといふ途も、より適切な権利回復のための方法が他にない場合に備えて残しておくべきである」と考へる。また、当該権利の性質及び当該権利侵害の態様により、特定の範囲の国民に特別の損害が生じているというような場合には、国家賠償請求訴訟が権利回復の方法としてより適切であるといえよう<sup>(26)</sup>という。そうであるならば、なぜ本件で、あえて国賠手続を否定する必要があるのだろうか。

むすびに代えて

国家賠償の本質が、公権力の違法行為によって生じた損害の填補にあるとしても、国賠請求訴訟という手続を、その観点のみから評価するのは狭きに失しよう。それは、金銭賠償というサンクションを通じて、国家行為の違法を抑止し、またその違法の重大性を国民に認識せしめる効果をもつ。それらは、間接的・付随的なものとはいえ、なお国家賠償制度の一つの目的たり得るのである。

憲法の定める制度は、決して、ただ一つの目的のみ仕えるものではない。金銭賠償を超えた国賠手続の意義を認め、その利用可能性について、いっそうの積極的評価がなされるべきだと考へる。

- (1) 最高裁判所平成一七年九月一四日大法廷判決、民集五九卷七号二〇八七頁。
- (2) 本判決の紹介として、野中俊彦「在外選挙制一部違憲判決の意義と問題点」ジュリスト一三〇三号（二〇〇五年）、杉原則彦「最高裁判所判例解説」法曹時報五八卷二号（二〇〇六年）が詳しい。そのほか、土本武司「在外選挙権——最高裁大法廷判決（平一七・九・一四）——」捜査研究六五一号（二〇〇五年）、小谷知也「在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件（最高裁平成十七年九月十四日大法廷判決）」選挙五八卷二号（二〇〇五年）、近藤 敦「在外国民選挙権剥奪の違法確認・国家賠償請求事件」法学セミナー六一三三号（二〇〇六年）、小山 剛「在外国民の選挙権——在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件」受験新報六五九号、六六〇号（二〇〇六年）等がある。
- (3) 例えば、内野正幸「在外日本国民の選挙権」法律時報七八卷二号七八頁（二〇〇六年）は、在外選挙を憲法上の要請とする本判決多数意見を批判して、在外選挙の整備は原則として立法政策的に推進すべきだと主張している。
- (4) 確認訴訟の側面からの検討として、浜川 清「在外国民選挙権最高裁判決と公法上の確認訴訟」法律時報七八卷二号八四頁（二〇〇六年）がある。また、北村和生「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」ジュリスト一三〇三号二五頁（二〇〇五年）も参照。
- (5) 在外選挙制度の創設に向けた問題提起をまとめたものに、在外選挙制度研究会（岡沢憲美・戸波江二）編『在外選挙 外国の制度と日本の課題』（一九九八年）がある。
- (6) 東京地判平成一一年一〇月二八日、判時一七〇五号五〇頁。
- (7) 東京高判平成一二年一月八日、判タ一〇八八号一三三頁。
- (8) 民集五九卷七号二〇九九頁。
- (9) 本件提訴の後、行政事件訴訟法の改正（平成一六年法律第八四号）により明文化された（四条）。改正後の規定は、改正法施行前に生じた事項にも適用される（附則二条）。
- (10) 民集五九卷七号二〇九九—二一〇〇頁。
- (11) 最判昭和六〇年一月二二日、民集三九卷七号一五二二頁。
- (12) 民集五九卷七号二一〇一頁。
- (13) 民集五九卷七号二一〇八頁。

- (14) 民集五九卷七号二一〇九頁。
- (15) 同右。
- (16) 民集五九卷七号二一〇頁。
- (17) 同右。
- (18) 同右。
- (19) 民集五九卷七号二一〇—二一一頁。
- (20) 橋本 勇「在外国民の選挙権の制限は違憲であり、それを正すための立法をしなかったことは違法である（最高裁平成一七年九月一四日大法廷判決）」Lexis判例速報一卷二号八〇頁（二〇〇五年）。
- (21) 長谷部恭男・田中宗孝・小幡純子「鼎談 在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト一三〇三号一四頁（二〇〇五年）。
- (22) 民集五九卷七号二一〇三頁。
- (23) 本稿では、憲法的不法行為訴訟のごく一面を取り上げるにとどまる。わが国の研究としては、例えば、町井和朗「アメリカ合衆国における憲法的不法行為訴訟の生成——州官吏に対する連邦裁判所における損害賠償請求訴訟」大東法学七号三二頁（一九八〇年）、同「合衆国憲法に基づく対連邦公務員損害賠償請求訴訟の成立」大東文化大学紀要（社会・自然科学）一九号三五頁（一九八一年）が有益である。また、不作為に対する救済という側面からこれを取り上げたものに、宮原 均「憲法上の不法行為と不作為を理由とする賠償責任」法学新報一〇〇巻七・八号（一九九四年）がある。
- (24) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 163 (1803).
- (25) 近年のアメリカでは、さまざまな権利が承認されるに見えながら、その実、救済が限定されてきているとの指摘がある。See David Rudovsky, *Running in Place: The Paradox of Expanding Rights and Restricted Remedies*, 2005 U. Ill. L. Rev. 1199 (2005).
- (26) See Ann Woolhandler, *The Common Law Origins of Constitutionally Compelled Remedies*, 107 *Yale L.J.* 77, 99 (1997).
- (27) 憲法違反に限らないが、連邦がその不法行為に対する法的責任を一般的な形で認めたのが、Federal Tort Claims

Act, 60 Stat. 842 (1946) であつた。

- (28) *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 473 (1961).
- (29) *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971).
- (30) この過程の包括的な研究として、PETER H. SCHUCK, *Suing Government: Citizen Remedies for Official Wrongs* (1983) が重要である。彼は、さらに進んで、公務員よりもむしろ政府自身の責任を問う制度の方が有益だと主張していた。わが国の研究には、宇賀克也『国家責任法の分析』第二部（一九八八年）がある。
- (31) 憲法的不法行為という術語は、Marshall S. Shapiro, *Constitutional Tort: Monroe v. Pape and the Frontiers Beyond*, 60 *Nw. U. L. Rev.* 277 (1965) に由来する。
- (32) 近年の研究として、小早川義則「一九八三条訴訟について—合衆国最高裁チャベス判決を契機に—」寺田・平岡・駒林・小早川編『現代の行政紛争』（二〇〇四年）所収がある。
- (33) *See supra* note 28 & 29.
- (34) James J. Park, *The Constitutional Tort Action as Individual Remedy*, 38 *HARV. C.R.-C.L. L. REV.* 393 (2003).
- (35) John C. Jeffries, Jr., *The Right-Remedy Gap in Constitutional Law*, 109 *YALE L.J.* 87 (1999).
- (36) *Id.* at 90.
- (37) *Id.* at 98.
- (38) *Id.* at 99-100.
- (39) *Id.* at 105.
- (40) *Id.* at 110.
- (41) *Id.* at 114.
- (42) John C. Jeffries, Jr., *Disaggregating Constitutional Torts*, 110 *YALE L.J.* 259 (2000). 本論文の紹介として、藤井樹也「憲法的不法行為法の分解」アメリカ法二〇〇一年—二〇〇二年）がある。
- (43) 同様の視点から、Jeffries は、主権免責の拡張をも支持している。John C. Jeffries, Jr., *In Praise of the Eleventh Amendment and Section 1983*, 84 *VA. L. REV.* 47 (1998).

- (44) Daryl J. Levinson, *Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. CHI. L. REV. 345 (2000).
- (45) *Id.* at 346.
- (46) *Id.* at 378.
- (47) *Id.* at 402-414.
- (48) *Id.* at 416.
- (49) Mark R. Brown, *Wethering Constitutional Change*, 2000 U. ILL. L. REV. 1091 (2000).
- (50) *Id.* at 1101.
- (51) *Id.* at 1103.
- (52) *Id.* at 1116.
- (53) *Id.* at 1117.
- (54) Myriam E. Gilles, *In Defense of Making Government Pay: The Deterrent Effect of Constitutional Remedies*, 35 GA. L. REV. 845 (2001).
- (55) *Id.* at 848.
- (56) *Id.* at 854.
- (57) *Id.* at 858.
- (58) *Id.* at 875. See also Myriam E. Gilles, *Reinventing Structural Reform Litigation: Depunitizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights*, 100 COLUM. L. REV. 1384 (2000).
- (59) Gilles, *supra* note 54, at 875.
- (60) James J. Park, *The Constitutional Tort Action as Individual Remedy*, 38 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 393 (2003).
- (61) *Id.* at 394.
- (62) *Id.* at 419.
- (63) *Id.* at 420.

- (64) *Id.* at 422.
- (65) *Id.* at 423.
- (66) *Id.* at 451.
- (67) *Id.* at 452.
- (68) *Id.* at 453.
- (69) 立法に対する国家賠償については、有力な否定説があり（尾吹善人『憲法教科書』一六〇頁（一九九三年））、従来  
の判例も消極的であったが、今回の判決によって明確に途が開かれた。もともと、これは全く新しい途なのではなく、  
既に一部の下級審判決により示されていた途を、最高裁が正式に確認したものと考ええる。そのような下級審判決とし  
て、例えば、いわゆるハンセン病訴訟判決（熊本地判平成一三年五月一日、判時一七四八号三〇頁）をあげること  
ができる。拙稿「ハンセン病訴訟熊本地裁判決」法学新報一〇八卷一一・一二号（二〇〇二年）参照。
- (70) PETER H. SCHUCK, *supra* note 30.
- (71) 民集五九卷七号二二一〇頁。この認識自体は、必ずしも間違っていないようである。古田啓昌「在外邦人選挙権  
訴訟」法学セミナー六一五号三二頁（二〇〇六年）参照。
- (72) 民集五九卷七号二二一〇頁。
- (73) 民集五九卷七号二二〇三頁。
- (74) 民集五九卷七号二二一〇頁。
- (75) 最大判昭和五一年四月一日、民集三〇卷三号二二三頁。
- (76) 民集五九卷七号二二〇九頁。