

論立法不作為之違憲審查

— 評「在外國日本國民選舉權之 日本最高法院 2005 年判決」

陳 春 生

壹、前言

貳、「在外國日本國民選舉權之日本最高法院
2005 年判決」

參、日本學界對本判決之評釋

肆、本判決對我國相關法制之啟示

伍、結語

壹、前言

中華民國憲法第十七條規定：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權利。」是為人民之參政權，即人民具有可以參與國家或地方政策決定之權。若更進一步，從廣義角度，則參政權包括人民擁有投身公職、擔任公務員之權利（註1）。而參政權之實現，常具體地透過投票行為加以落實，稱投票權。本文針對日本 2005 年 9 月 14 日最高法院（註2）就公職選舉法 1998 年修正前，在外國民不能登記於選舉人名簿，因此于國政選舉中完全無投票權，以及 1998 年公職選舉法修正，創設在外選舉人制度，但其選舉只針對眾議院議員與參議院議員比例代表選舉，而於眾議院選舉區議員之選舉及參議

院選舉區議員之選舉時，在外國民不能行使投票等公職選舉法相關規定，是否違憲問題作出判決。本判決之意義在於：首先，日本之違憲審查制度與具有獨立之違憲審查機關之德國聯邦憲法法院之違憲審查制度相較，甚至與我國司法院大法官之釋憲制度相比，日本違憲審查機關對於違憲法律之審查表現，顯然較不積極（活潑）（註3），因為從二次戰後至今，也只有 7 個針對法律規定之違憲判決（註4），是以本件判決對日本公法學者而言，乃難得之違憲審查之研究素材。其次，本件乃牽涉立法者對在外國民不能行使投票權及只行使部分投票權之公職選舉法相關限制規定（及未規定），是否因違反平等原則而違憲，還是此乃屬於立法裁量問題所作出之判決，於憲法法理上有很高之探討價值。再者本件判決亦牽涉行政法上之立法不作為之國家賠償及確認訴訟問題，尤其在判決作出前之 2004 年，日本之行政事件訴訟法大幅修改，於第 4 條明文規定確認公法上法律關係之確認之訴，則本件判決相關法理論述與判斷，該如何評價，亦饒富趣味。上述三點問題，於我國憲政體制下該如何評價？對我國法制上是否有何意義或參考之點，值得探

註1：參考陳新民，憲法學釋論，三民書局，2005 年，頁 332。

註2：ジュリスト（No.1303）、2005.12.15, 頁 39 以下。

註3：西原博史，憲法裁判所の導入？ジュリスト（No.1289），2005.5.1 -- 15, 頁 42。

註4：其他另 6 個判決之介紹評析，參考拙著，日本最高法院違憲審查裁判的拘束力，發表於「司法院大法官九十一年度學術研討會」，2002 年 11 月 16 日。

討，亦為本論文所關注者。

貳、「在外國日本國民選舉權之日本最高法院 2005 年判決」概述

關於本件判決，其事實、最高法院判決與理由，說明如下：

一、事實

1. 本件訴訟是平成 8 年（1996 年）10 月 20 日所實施之眾議員總選舉（以下簡稱本件選舉）時，不能投票之在外國民（即居住國外，在日本國內之市町村區域內，無住所之日本國民。）以國家為被告，依公職選舉法提起在外國民於國政選舉時無投票權乃違憲、違法之確認以及慰問金支付之訴訟。但是，本件訴訟繫屬中，平成 10 年（1998 年）因法律 48 號修改，部分公職選舉法（以下簡稱本件修正），創設在外國民之國政選舉得投票之制度。

2. 本件修正前，在外國民不能登記於選舉人名簿，在國政選舉中完全無投票權。對此因本件修正，而製作新的在外選舉人名簿，創設在外選舉人制度，但其選舉只針對眾議院及參議院比例代表選舉議員之選出（本件修正後公職選舉法附則 8 項），其間眾議院選舉區選出眾議員之選舉及參議院選舉區選出議員之選舉時，在外國民不能行使投票。

3. 本件中，在外國民之原告 X 等（原判決宣告時有 24 名，其中 3 名已經回日本），對於被告之國家，請求以下之點：

（1）X 等繼續於國外居住之 21 名國民，而國家對 X 等 21 名國民以係在外國民為由，不保障選舉之機會，此違反憲法第 14 條 1 項 15 條 13 項 43 條 44 條及市民及政治相關之國際規約第 25 條。

a. 主要之請求為要求確認本件修正前及本件修正後之公職選舉法，兩者均違法（違反前述憲法、條約各該規定）。

b. 預備請求為 X 等 21 名於眾議院小選區選出議員之選舉及參議院選舉區議員之選舉，有行使選舉權利之確認請求。

（2）立法機構之國會怠於行使在外國民於國政選舉時有選舉權之修正公職選舉法之行為，使 X 等於本件選舉時無法投票而蒙受損害。因此請求法院判令國家支付 X 等每人 3 萬圓之慰問金，及法定遲延利息（損害金）。

4. 第一、二審對以上各種確認請求、訴訟均以不合法而駁回。又本件國家賠償請求，也均被實體駁回。

5. X 等 24 名原告中之 13 名對原判決上訴，以及申請上訴受理中。其中，平成 13 年（2001 年）第 82 號事件及同年 76 號事件之上訴人兼申請人等 2 人已經回國。同年第 83 號第 77 號事件申請人等 11 名仍居住國外（計在美國 7 人德、英、義及菲律賓各 1 人）。

6. 本件判決對原審所持對本件預備請求之相關訴訟應駁回，故駁回國家賠償請求之判斷認為，很明顯違反法令，影響判決，因此不承認在外國民選舉權之全部或一部之本件修正前與修正後之各公職選舉法均違憲，因此變更判決，除確認 X 等持續居住國外之 11 名國民於下一次眾議員選舉，可以基於在外選舉人名簿登錄且投票之地位，同時 X 等 13 名之國家賠償請求，每人獲 5000 圓賠償，且承認法定遲延利息之請求。

二、判決及理由

1. 平成 8 年 (1996) 10 月 20 日施行之眾議院總選舉當時之公職選舉法 (平成 10 年 1998 年法律第 47 號修正前者)，對於在國外居住而在國內市町村區域內無住所之日本國民，於國政選舉時之投票完全不承認，此違反憲法 15 條 1 項 3 項、43 條 1 項、44 條但書。
2. 公職選舉法附則 8 項之規定中，在國外居住於國內市町村區域內無住所之日本國民，於國政選舉中，選舉權行使之對象只限於兩議院之比例代表選舉議員之選舉，至遲於本判決後所舉行之眾議院議員總選舉，以及參議院議員通常選舉之時點下，違反憲法 15 條 1 項 3 項、43 條 1 項、44 條但書。
3. 在國外居住而於國內市町村區域內無住所之日本國民，於下次眾議院議員總選舉中之小選區選出議員之選舉及參議院議員之通常選舉中選舉區選出議員之選舉時，有基於在外選舉人名簿登錄下投票之地位之確認訴訟，乃關於公法上法律關係之確認訴訟，為合法。
4. 在國外居住而於國內市町村區域內無住所之日本國民，於下次眾議院議員總選舉中之小選區選出議員之選舉及參議院議員之通常選舉中選舉區選出議員之選舉時，有基於在外選舉人名簿登錄下投票之地位。
5. 國會議員之立法行為或立法不作為，其立法內容或立法不作為很明白地侵害國民受憲法上保障之權利時，或國民受憲法保障之權利行使機會之確保所必要之立法措施應採取之事很明白時，但國會無正當理由長期地怠忽之情況，例外地，有國家賠償法第 1 條 1 項所規定違法之適用。
6. 在國外居住而於國內市町村區域內無住所之日本國民，於國政選舉中，為確保選舉權行使之機會，前述承認國民選舉權之制度設計

之立法措施為必要不可欠缺，但卻對於前述國民國政選舉中使其投票可能之法律案廢案後，至平成 8 年 10 月 20 日眾議院議員總選舉之施行已十年以上長時間，國會本應採取使上述之投票為可能之立法措施卻怠於實行，應受國家賠償法第 1 條 1 項規定為法之適用。國家對於上述選舉中因不能投票而受有精神痛苦之前述國民，負有各給付其 5000 圓慰問金之義務。

三、不同意見 (橫尾和子、上田豐三法官認為)

「如何使選舉人之自由意思公開透明且適切地反應於選舉，且與能實現而公正不混亂、公平之選舉之制度框架之關聯中，又於各種各樣社會上的、技術上的制約中，對於在外國民應如何設計選舉制度，以確保選舉之公正公平，實現不混亂之選舉，此乃屬於國會之判斷、選擇與應決定事項，即應委由國會裁量判斷之事項。」「公職選舉法附則 8 項之規定中，在外選舉制度之對象，在目前只限於兩議院之比例代表選舉議員之選舉，不能認為違憲。-- 因此，本件之預備的確認請求，無理由，應加以駁回。」「又以未設置在外國選舉制度之立法上不作為違憲為理由之國家賠償請求，其不作為不能解為違憲。」

又泉德治法官對於國家賠償部分認為：「X 等之前述精神上之痛苦，與依國家賠償法請求金錢賠償之制度不合，因此本件不待判斷選舉當時之公職選舉法究為合憲違憲之判斷，對於 X 等之國家賠償請求應以無理由而駁回。」「本件國家賠償請求，本來並非以獲得金錢賠償為目的，而是就公職選舉法對於在外國民選舉權行使之妨礙所產生之違憲性，要求於判決理由中加以認定，間接地促使採取立法措施，使選舉權之行使妨礙除去，而回復正常





情況為目的。X等或認為若以國家賠償請求訴訟以外之方法，訴之合法性可能被否定，因此作為選舉權回復之方法，迂迴地以國家賠償請求方式，反而是附加（畫蛇添足）之方式。」

「一般而言，憲法所保障基本權利之行使，若因立法作用而受妨害時，以國家賠償請求訴訟，間接地求立法作用合憲地修正，也是一種方法，即當無更適當之權利回復方法時，則為所餘留之預備方法。又該當權利性質及該當權利受侵害之態樣，對特定範圍國民產生特別之損害時，以國家賠償請求訴訟作為權利回復方法，也是適當的。---選舉權乃基本人權之一之參政權行使，為個人之權利，無可置疑。但是所謂兩議院之議員，乃集團地參加所選定國家機關之公務，而具有公務之性格，與純粹之個人權利仍有差別。且如本案件般，因立法之不備，致無法參加本件選舉之X等之精神痛苦，乃數以數十萬計之在外國民所共通者，其個別性較淡薄。因此，X等之精神痛苦，很難以金錢加以評估，---本來與金錢賠償不相合，國家賠償法之賠償對象，不得不說仍未確定。以金錢賠償求得救濟，給予國民不適當（違和）之感覺，應該不會得到國民支持吧。」「本法院對於投票價值不平等之修正，特別是公職選舉法第204條關於選舉之效力，提供以訴訟救濟之管道，本案件所請求關於在外國民選舉權行使之保障，在這次也經由X等而允許提起預備確認請求訴訟。如此般提供法院救濟管道，相反地無承認金錢賠償之必要。」「關於選舉權之行使，欲對因立法之不備所造成之不公正加以修正，法院應採取積極之措施，當其修正面臨以金錢賠償時，若因賠償對象廣泛，以致於

納稅者之負擔可能過大時，則此不能說對法院之自由判斷不會有任何影響。作為法院應從此種對財政問題擔憂中解放出來，對於選舉權行使不公平之修正，應採取果斷之配套方法才是賢明（高明）作法。」

參、日本學界對本判決之評釋

一、在外國民投票權與立法裁量

日本向來之判決認為選舉權為非常重要之憲法上權利，同時關於相關制度之建構，也廣泛承認立法裁量權限。就日本憲法關於選舉權之規範架構為選舉權及其行使原則上不得加以限制，若欲加以限制必須有「必要之事由」，問題在於如何解釋所謂必要事由。本判決最高法院不認為，對於在外國民選舉權之行使之制度建構，國會有裁量權。其根據為除非「為確保選舉公正，若承認選舉權之行使，則有事實上之不能或明顯困難情況」，否則不能限制其行使。在本案，國會可能認為在外國日本國民行使投票權，技術上有各種限制，而無法確保選舉之公正性，但最高法院不認為，「為確保選舉公正，若承認選舉權之行使，則有事實上之不能或明顯困難情況」存在，亦即不承認國會有如此判斷之裁量餘地。事實上法院是以積極態度宣示自己之判斷（註5）。另外，從憲法訴訟角度，法院對選舉權行使限制之審查可說採取嚴格之審查標準，如此則關於是否存在著支持立法決定合理性之立法事實，應由國家負舉證責任（註6）。

而本判決兩位法官之不同意見，認為本件屬於立法裁量範圍內，此一見解毋寧說係較合於向來判例之見解（註7）。向來關於議員定數

註5：在外邦人選舉權大法院判決をめぐって、ジュリスト（No.1303）、頁5、小幡純子の發言。

註6：在外邦人選舉權大法院判決をめぐって、ジュリスト（No.1303）、頁5長谷部の發言。

註7：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（No.1303）、2005.12.15，頁21。

不均衡之判決，只有當逾越立法裁量界限時，方判決違憲，且其將立法裁量採相當寬之範圍，只有超過時方判違憲。本來，國會有對於憲法上所要求之盡最大能力，忠實地建構選舉制度之責任，若國會對此未能充分理解，而以立法裁量為根據，致使憲法上之要求相對化，可能成為問題。若無最高法院直接地為明確之判決，下級法院通常亦會廣泛地承認立法裁量，則與立法裁量論相連結，對於最高法院則無法有過多期待也是一般之見解。又關於選舉權從訴訟角度，採取適切之違憲訴訟方法不易，有時難以期待法院之救濟。

在談及在外選舉制度之前，實際上日本國內之選舉制度本身也存在很大問題。長期間關於在宅投票制度之不存在，為其中之一問題。另一例子為主要因為事務處理之方便，對於新成年人之投票權被侵奪之問題。此很難認其違憲，但又無適切之訴訟手段救濟，此為實際發生者。亦即 1966 年（昭和 41 年）所採用之永久選舉人名簿方式，申請名簿登錄為一年兩次之法定登錄日，此外則無任何補充登記。因此於隔年之總選舉，結果有 40 萬人雖有選舉權但因未登錄而未能投票。以此為違憲也有訴訟提起，但被下級審基於立法政策問題而駁回。其後 1968 年修改法律，登錄改為等間隔之一年四次，空白時間縮短成一半。又隔年修改成每年 9 月定時登錄與選舉時之補正登錄。但是此一制度，關於後者（即選舉時之補正登錄），從事務處理之觀點，加上「該當選舉期日 9 月 1 日至 10 月 10 日間除外」括弧之規定，是以 1979 年 10 月 7 日實施總選舉時，有 15 萬人之新有權者成為無法為選舉登錄之情況。由於新聞之報導，也成為政治問題，但因沒時間，故對此一選舉並無提起訴訟者。但其後促使法律修改之聲浪很高，1981 年乃將括弧之規定刪除。終於，對有選舉權人但因登錄事

務上之事由而無法投票者，已經不再發生。如上情況，雖然今後不再發生，但假設於現在時點，發生此種事態，且有適法之訴訟程序提起，從本判決之態度判斷，推測可能會作違憲之判斷。但是關於在宅投票則有些微妙。因為一是法律上之選舉限制，另一是事實上之限制，兩者是否有區別可能，就看未來法院之判斷了。

二、立法不作為與國家賠償

在日本關於立法不作為是否構成國家賠償法第 1 條之公權力行使？本有討論之空間，但現在一般見解，基於國家賠償法第 1 條並未明文排除立法活動，因此，立法活動亦有國家賠償法之適用，大抵上無爭議。本來關於立法不作為與通常行政活動之性格相異，尤其是，立法不作為於國賠法第 1 條適用其違法性之判斷是否不同之點上，值得討論。向來關於以立法不作為為理由請求國家賠償之案例亦不少，下級審對此之判決亦有一定之累積，其爭執多數集中於國賠法上之違法性問題。以下謹從有關立法不作為之國家賠償判決之指標性判決之最高裁第一小法庭昭和 60 年 11 月 21 日判決（以下簡稱昭和 60 年最判）為探討，並與本案件加以比較。

（一）昭和 60 年最判乃對於立法不作為之國賠之違法性判斷之判決。其思考內容要約言之，有以下三點：一、關於國家賠償之違法判斷，採取所謂職務行為基準說。二、國家賠償之違法與違憲須加以區別。三、有關立法不作為之國賠違法之成立，須非常嚴格地限制適用。而本件最高法院之國家賠償判決，其判斷構造為何？首先關於立法不作為之國家賠償之構造，認為：「國會議員之立法行為或立法不作為，是否適用同項規定之違法？此乃國會議員之立法過程，對於個別





國民是否違背對其所負職務上之法的義務之問題，應與該當立法之內容或立法不作為之違憲性問題相區別，如果該當立法內容或立法之不作為，違反憲法規定，也不能因此立即推導出國會議員之立法行為或立法不作為為違法。」本件最高法院判決，顯然採取職務行為為基準說，並採取國賠違法與違憲相區別之立場，關於此兩點，可說繼承昭和 60 年最判之見解。其次，關於立法不作為是否於例外情況，方成立國家賠償？本件判決指出：「國會議員之立法行為或立法不作為，其立法內容或立法不作為很明白地侵害國民受憲法上保障之權利時，或國民受憲法保障之權利行使機會之確保所必要之立法措施應採取之事很明白時，但國會無正當理由長期地怠忽之情況」，則成立國家賠償。本判決與前述 60 年最判對立法不作為之國賠只採限定適用之見解稍有不同。因此本判決與 60 年最判之見解相比較，可說對於第一點、關於國家賠償之違法判斷，採取所謂職務行為為基準說以及國家賠償之違法與違憲須加以區別，兩者相同，但與有關立法不作為之國賠違法之成立，須非常嚴格地限制適用之 60 年最判之見解相較，顯然本判決採取較為緩和適用之見解。

(二) 1. 60 年最判對立法不法之國賠成立之判斷基準及其後學說、判決之發展

60 年最判對立法或立法不作為之違憲，附有追加之要件即「立法之內容雖違反憲法之明確文句，但國會卻敢於為該當立法內容之很難想像之例外情況」存在，若不具有此一附加條件，則不成立國賠法上之違法。學界認為若

照該判決般之嚴格解釋，則立法不作為之因為很難想像之情況而成立國賠，幾乎不會存在。

首先須指出者為，60 年最判對立法不作為之國賠成立，採取限制之立場，則無法與採職務行為為基準說直接聯結起來，因為，通常職務行為為基準說對國賠違法之成立，發揮限制之功能，但前述 60 年最判對立法不作為之國賠成立，比職務行為為基準說更限制其成立可能性。因此，60 年最判對立法不作為之國賠課予嚴格之要件，並非採職務行為為基準說，而是考慮立法活動之特殊性。依據 60 年最判對立法不作為之國賠之見解，國會議員立法活動之當否，乃政治責任問題，或是依據國會議員之免責特權存在之故。

但是對於 60 年最判對立法不法之國賠之成立採限制見解，此點受到學界之批判^(註 8)，首先就議員之免責特權之存在，即使採代位責任說，也未必是有說服力之根據。因為議員個人之責任與國賠責任之成立應加以區別。又固然對立法活動廣泛承認其裁量權限，許多情況得依政治途徑加以解決，原則上可以同意，但若因此即常常限制國賠違法之成立則不妥當。

無論如何，60 年最判以後，幾乎沒有下級審之判決承認立法不作為之國賠責任，少數地只有 2001 年熊本地方法院之癲癲病判決、1998 年關釜原慰安婦訴訟之山口地方法院判決及 2004 年學生無年金障害者訴訟之東京地方法院判決等而已。本件最高法院判決之原審東京地院及上訴審之東京高院均不承認國家賠償，其根據即為本 60 年最高法院判決。

2. 本件最高法院判決與立法不作為之國賠之判斷基準

本件最高法院判決，關於立法不作為之國

註 8：參考宇賀克也，國家補償法，有斐閣，1997，106 頁以下。

賠成立之判斷基準，其特點有三：

- (1) 本件最高法院判決關於國賠違法之成立要件，與過去相較有若干緩和，但不採違憲等於違法之見解。本件最高法院判決對於國賠違法必須追加之要件與昭和 60 年最判相比，較為緩和，具體地如前所述，必須國會議員之立法行為或立法不作為，其立法內容或立法不作為「明白地」侵害國民受憲法上保障之權利時，或國民受憲法保障之權利行使機會之確保所必要之立法措施應採取之事很明白時，「國會有對應之必要性」，但卻無正當理由「長期地怠忽」之情況。本件判決與昭和 60 年最判之前判決有相通之處，亦與昭和 60 年最判以後如關釜原慰安婦等判決有共通點。
- (2) 本件最判（最高法院判決）採取違法與過失整體掌握之思考。本件最判，為使立法不作為之國賠違法成立，所必須之追加要件為對違憲狀態之認識，且對於對應可能之職務，是否已盡其職務上應注意之義務，作為判斷根據，是以也包含過失之要素。本件最判乃以職務行為基準說之兩要素為基礎，即包含違法判斷，承認違法情況，以及過失之存在，亦即違法與過失幾可一體地評價。
- (3) 對立法不作為之國賠違法之特殊性加以相對化。本件最判如前所述，著眼於違憲之明白性、法修改之時間充裕等點，對於立法不作為之國賠違法作判斷，至於立法以外之不作為案件，例如規制權限之不作為問題，極為相似。在規制權限之不作為所產生之國賠案件上，有許多也須具備危險之急迫性、明白性、對危險之對應容易等要件。

三、立法不作為與確認訴訟

本件最高法院判決，除國家賠償請求訴訟外，亦提起確認訴訟（行訴第 4 條）。原告要如前所述求確認以下兩點：

- a. 主要之請求為要求確認本件修正前及本件修正後之公職選舉法，兩者均違法（違反前述憲法條約各該規定）。
- b. 預備請求為 X 等 21 名眾議院小選區選出議員之選舉及參議院選舉區議員之選舉，有行使選舉權利之確認請求。

關於 a.，本件最高法院認為：關於修改前公職選舉法之請求，「乃要求確認過去之法律關係，此一確認請求，與現存法律上之紛爭可直接根本之解決，因此為適切及必要之情況」並不相當，又關於修改後之公職選舉法之違法確認訴訟，屬於「依其他適切之訴訟，可以達成目的之情況」相當，因此關於主要之請求，均不認為存在確認之利益。

關於 b. 預備之請求，本件之最高法院認為，基於選舉權之重要性，與選舉權一旦被侵害後，實質上權利之行使很難再回復之性質，因此關於確認公法上法律關係之確認之訴，肯定確認之利益，為適法之訴訟。

（一）確認訴訟與本件最高法院判決之意義

2004 年行政事件訴訟法修改之際，行訴法第 4 條修改，明文規定作為公法上當事者訴訟之確認訴訟。行訴法第 4 條導入確認訴訟之理由，在於意圖擴大行政訴訟之救濟入口管道。當然依行政訴訟法第 4 條修正前規定提起確認訴訟也是可能，但是確認訴訟向來判例與學說累積者不多，本判決肯定違憲之立法不作為之確認訴訟，對今後確認訴訟之發展，必然提供很好之參考素材（註 9）。

註 9：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（No. 1303）、20005.12.15, 頁 25。



1. 確認利益之有無

欲依行政訴訟法第4條提起合法之確認訴訟，則必須具有確認利益。本件最高法院，如何承認確認利益，要約如下：

(1) 成熟性問題。下級審對此確認訴訟，認為對於公職選舉法規定之違憲性請求確認，並不該當於「法律上之爭訟」。而本件最高法院則認為，就即將來到之選舉要求確認選舉權之行使，基於選舉權之特色，並非對於抽象立法之違憲性請求確認。其思考為，國政選舉中，眾議院之情況，解散時期未必明確，但是如果法律未修改之情況持續而舉行選舉時，原告等將無法行使選舉權。因此，既然選舉於將來數年內必然舉行，則若公職選舉法之規定違憲，原告等之選舉權將受侵害為確實。本件最高法院認為，從選舉權之重要性及其所具特別性質，亦即，選舉權受侵害及無回復手段角度，如果不承認選舉舉行之前階段之訴訟，則無法發揮有實效之救濟。

(2) 本件最高法院判決認為，為承認確認利益，必須確定確認訴訟乃「有效適切之手段」。此點，在民事訴訟上，必須確認對象之適切必須該當。本件判決，對於選舉權受限制者之權利救濟，以確認訴訟為之是否為「有效適切之手段」，並未特別具體地探討。但是於上訴審時，原告主張，確認為限之判決若作出，則國會將會檢討法律之修改，此亦可充分期待。本件最高法院，實質上也是此種觀點，而認為確認訴訟乃是「有效適切之手段」。

如上所述，本件最高法院判決，幾乎與民事訴訟般地採用同樣判斷確認之利益之方法。本件最高法院判決，對於主要之請求，乃關於過去法律關係之確認，而法定確認之利益，此

亦與民事訴訟相類似。當然，行政事件訴訟法第4條中確認利益之有無之判斷，即使與民事訴訟之判斷方式有很多共通點，但兩者是否完全相同，有不同見解。本件判決雖未採取與民事訴訟判斷相異之手法，但將來是否關於確認利益有無之判斷，能有獨自之判斷方法，值得觀察。

(二) 作為違憲之立法不作為之救濟手段之確認訴訟之意義

以立法之不作為為根據請求國家賠償之訴訟，具有憲法訴訟面之意義。昭和60年最判對於國家賠償法只是限定地適用，乃針對其他訴訟類型之憲法訴訟提起困難所為之平衡做法，國家賠償有作為憲法訴訟之性格。又對於昭和60年最判所為之批判中，也有認為係以作為憲法訴訟之立法不作為為理由，來活化國家賠償訴訟。

但是，作為憲法訴訟之國家賠償訴訟並非毫無問題。首先，從國賠請求之性格，而採取損害賠償方式，但基於立法不作為之損害賠償請求，作為救濟手段是否適切亦成為問題。昭和60年最判與本件最高法院判決同時採用之違憲與國賠違法區別之立場，則立法不作為即使違憲，也未必是國賠法上之違法，則國賠訴訟作為憲法訴訟之功能，不得不說乃受限制。

如此，如本件般地活用確認訴訟可說乃是有效的。當然，如前所述，為確認訴訟適法，則確認利益是必要的，因此將違憲之立法不作為於確認訴訟中加以爭執，其活動餘地或許將不大。但是，與國家賠償訴訟相較，直接對於違憲之立法不作為作攻擊手段之確認訴訟則其意義不小。

肆、本判決對我國相關法制之啟示

一、我國導入類似日本制度之可能性

誠如日本最高法院本件判決所指出：「本件修改，雖然對在外國民於國政選舉時有投票權之在外選舉制度，在目前，只承認其針對眾議院及參議院比例代表選舉議員之選出（本件修正後公職選舉法附則 8 項），現行眾議院選舉區選出眾議員之選舉及參議院選舉區選出議員之選舉時，在外國民不能行使投票。關於此點，投票日前，選舉公報送達在外國民實際上有困難，對在外國民適當正確地傳達候選人之相關資訊有困難之情況下，關於眾議院選舉區選出眾議員之選舉及參議院選舉區選出議員之選舉時，承認在外國民行使投票一事仍須檢討，是以在選舉制度設計時，首先實施問題較少之議員比例代表選舉，此種思考並非全無理由。但是本件公職選舉法修改後，在外選舉經過反覆實施，以及通訊手段在目前全球化發展規模下，通訊技術相當發達情況下，對在外國國民有關國內候選人各種資訊適當正確地傳達，已非有顯著之困難。」

但若考慮我國是否應該導入相當制度，以免因限制在外國國民參政權，違反憲法第 7 條之平等原則而違憲？就我國憲政體制，並非沒有導入類似日本之在外國民投票制度之可能，尤其基於中華民國憲法增修條文第 10 條 13 項規定，國家對於僑居國外國民之政治參與，應予保障。只是與日本之選舉制度相較，我國與日本至少有幾點根本上之差異：一、日本係採單一國籍之國家（註 10），與我國實質上承認雙

重國籍（註 11）者不同，是以日本人口逾一億以上，但係爭外國國民投票權有無受影響者不過數十萬人（註 12），佔人口總數不到百分之一；相對地，我國旅居海外之國民，其所佔百分比必然遠超過日本（註 13），若引進此制度，對國內政局之衝擊不可忽視。二、在外國國民之選舉制度技術上該如何設計，必須深思，就被選舉權方面，憲法增修條文關於立法委員選舉透過政黨比例方式可選出一定名額之僑居國外國民，但是投票權之行使對於散居五大洲之海外國民，該如何設計以確保選舉之公正與公平，例如無記名投票之秘密性，或避免徇私舞弊情事，是一大挑戰。三、國內目前政治情勢，部分人士強調國家認同與意識形態，則於未有共識前，此可能影響國內政局安定之制度恐須三思而行。

無論如何，日本最高法院之本件判決，其法理爭議與論述，如下所述，卻是值得吾人探討。

二、立法不作為與立法裁量

所謂立法裁量，簡單而言指立法機關於制定法律時具有寬廣之自由形成空間，而為司法機關所應加以尊重者（註 14）。立法裁量雖非實定法上用語，且語意模糊，是以作為概念之內涵與外延亦不明確，因此常遭批判。其批判之理由主要在於立法裁量之概念模糊，非嚴謹之法律用語，且裁量通常係指對具體之人事物所為之判斷處置，或決定之過程；而立法行為則是針對一般抽象之人或事務所為之規範，兩者

註 10：參考日本國籍法第 11 條日本國籍之喪失及第 14 條國籍之選擇可知。

註 11：參照我國國籍法第 15 條以下關於國籍之回復。

註 12：在外邦人選挙権大法院判決をめぐって、ジュリスト（No.1303）、頁 14、小幡純子の発言。

註 13：雖無明確數據，但從過去政府總是宣稱再我國海外僑民超過一千萬以上，固然這些僑民未必皆具中華民國國籍，但其總數必然可觀。

註 14：參考李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，收於氏著憲法理論與實踐（二），2000 年，頁 301。





不同(註15)。但也有不同見解認為，立法裁量之概念與其說是用語之妥適性問題，毋寧是如何界定其內涵與外延問題，且在行政實務上，也常有所謂行政機關就裁量事項以作業要點之方式訂定統一之裁量基準，換言之並不只限於具體之人事物，其說亦有說服力，可供參考(註16)。日本最高法院本件判決，對於本件法院所謂之立法機關「長期不作為」，其期間究竟從日本憲法制定後4、50年間，還是1984年起至起訴時10多年間？顯然地，本件判決，法院採取後者，亦即認為對於前述國民國政選舉中使其投票可能之法律案廢案後，至平成8年10月20日眾議院議員總選舉之施行已十年以上長時間，國會本應採取使上述之投票為可能之立法措施卻怠於實行(註17)。

相對地，我國大法官自1986年第204號解釋(註18)首次使用立法裁量用語以來，該語詞與其他用語如立法形成自由、立法政策事項、基於立法政策之考量、屬立法者之權限等，至少三十號以上。

立法裁量之概念問題，即立法裁量概念上除立法作為之外，是否包括立法機關之不作為(或立法怠惰)？大法官對此之用語除立法裁量、立法形成自由外，包含立法政策。若從立法政策角度，應是包含不作為，但是從490號與246號解釋用的是立法政策，卻看不出有包括不作為之意，總之，無論學者或大法官，對此似未明白界定。

若對照於行政法角度，行政裁量除指行政機關之積極行使外，應包含消極不行使。例如警械使用條例第四條規定，警察人員執行職務時，在一定條件下，得使用警刀或槍械。解釋上包括不使用警刀或槍械。我國行政程序法第十條關於裁量之規定雖看不出是否包含裁量不行使，但行政訴訟法第201條規定，行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。立法裁量是否應與行政裁量概念同其意涵，可以討論，但其結果對司法審查權限影響很大，因為一般而言，司法對立法不作為之審查，必須比司法對立法積極作為行為審查有更為嚴格之根據。

像過去日本一般均認為，若司法對立法不作為之合憲性加以審查，此不啻荒誕無稽(荒唐無稽)之行為。但現在學界、實務界則大體承認立法不作為也可能成為司法審查之對象。只是對於立法不作為要比立法作為其成立要件更嚴格，如須有立法義務存在、立法義務之違反須持續相當期間(合理期間)。因此首先界定立法裁量概念之範圍，尤其是否包含立法不作為在內，是有必要的。

日本實務關於立法之不作為之例子，如對於身體重障礙者之選舉權問題，有所謂在宅投票制度廢止事件，即1948年日本眾議院議員法修改，導入在宅投票制度，即對於嚴重身體障礙者導入以郵寄方式之在宅投票方式，1950

註15：參考城仲模，關於公法學上裁量之用語，收於當代法學名家論文集，頁257以下。

註16：李建良，前揭李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，頁359,360。

註17：參考本文前述「貳、二判決及理由之6」。

註18：該號解釋乃就票據法中之刑罰規定是否違憲之問題為判斷，大法官認為：「票據法第一百四十一條有關刑罰之規定，旨在防止發票人濫行簽發支票，確保支票之流通與支付功能，施行以來，已有被利用已不當擴張信用之缺失，唯僅係該項規定是否妥善問題，仍未逾立法裁量之範圍，與憲法第十五條及第二十二條上無牴觸。」而兩年後之第228號解釋，關於國家賠償法第13條有關有審判與追訴職務公務員之國家賠償責任規定之合憲性問題，大法官指出該規定係針對審判與追訴職務之特性所為之特別規定，尚未逾越「立法裁量」範圍，與憲法並無牴觸。

年制定之公職選舉法亦持續此一制度。但 1951 年，以在宅投票制度被濫用為由，日本國會修改公職選舉法，將此制度廢止。此產生身體障礙者之選舉權行使之平等保障問題。札幌地方法院（1974 年）認為此舉違憲而構成國家賠償，高院（1978 年）與最高法院（1985 年）則推翻地院見解。最高法院認為，國會議員之立法行為，除非有令人難以想像如立法內容違反憲法明文規定，但國會卻仍為該立法行為之例外情況外，並未違反國家賠償法第一條第一項之規定。只是本案例，日本學界多從立法不作為之角度論述（如長尾一紘，立法不作為之違憲訴訟，憲法判例百選，199 案例），但吾人若從立法機關積極為廢止在宅投票制度之行為，則是立法者之作為行為，可見在有些情況，立法之作為與不作為之區別為相對化。如同我國大法官 290 號解釋，關於學歷之限制，固屬積極作為，但從未對如因殘障或其他因素失學之弱勢族群為例外規定，以實現實質平等，則此乃屬於立法之不作為。

三、立法不作為與國家賠償

本件訴訟乃針對平成 10 年（1998 年）因法律 48 號修改前後，部分公職選舉法（以下簡稱本件修正），原先完全排除在外國民國政選舉中投票權，修改後只限於創設在外國民之國政選舉得投票之制度。亦即認為不承認在外國民選舉權之全部或一部之本件修正前與修正後之各公職選舉法均違憲。而事實上日本政府內閣於昭和 59 年（1984 年）曾提出相關法律案創設在外國民之國政選舉得投票之制度，但後來未實質討論即作罷，其原因則不清楚（註

19）。按一般習慣，日本政府向國會提出法律案時，執政黨事前先了解後再提出法案，本案照理說應也是經過同樣程序而提出。但是卻未作實質之審理，其理由卻不明，國會之會議紀錄也未記載。學者推測，可能是對於隊再外國民實施此一制度是否能成功還懷著疑慮之故（註 20）。無論如何，因立法不作為而構成國家賠償之要件之一之須有立法義務存在、而立法義務之違反須持續相當期間（合理期間）。就本案法院所謂之立法機關長期不作為，其期間究竟從憲法制定後 4、50 年間還是 1984 年起至起訴時 10 多年間？在法理上或許並不明確（註 21），但顯然地，本件判決，法院採取後者，亦即認為對於前述國民國政選舉中使其投票可能之法律案廢案後，至平成 8 年 10 月 20 日眾議院議員總選舉之施行已十年以上長時間，國會本應採取使上述之投票為可能之立法措施卻怠於實行。

而我國大法官 477 號解釋為關於立法不作為之司法審查問題，477 號解釋從其解釋文內容看，似乎同時承認立法裁量之積極作為與不作為。有將立法裁量之不作為區分成部分之不作為與全然之不作為（全面的不作為），吾人亦接受此種區分。但大法官 477 號解釋卻同時針對戒嚴時期人民受損權利回復條例中部分不作為之明定只適用於外患罪、內亂罪之案件，其餘案件不列入，係屬立法裁量範圍；相對地，關於該條例之適用對象，只限於受無罪之判決確定前曾受羈押或行之執行者，大法官認為係屬漏未規定（即立法怠惰或不作為）之情形，得請求國家賠償，其區別標準何在？可見

註 19：有學者認為，此乃因為受眾議院議員定數不均衡問題處理之影響，參考野中俊彦，在外選舉制一部違憲判決の意義と問題点，頁 19。

註 20：在外邦人選舉權大法院判決をめぐって、ジュリスト（No.1303）、頁 4、田中宗孝の發言。

註 21：同前述，在外邦人選舉權大法院判決をめぐって、頁 12、田中宗孝の發言。



並非容易區別。

關於立法不作為義務之違反，其判斷標準為一定期間內。則此一定期間之長短，該如何定，其判斷標準為何？

而我國之大法官 477 號解釋主文之第二段為例，為何認為已違反不作為義務？本條例制定於 84 年 1 月 28 日，距大法官本號解釋 88 年 2 月 22 日不過四年左右，相對地，憲法於民國 36 年已規定人民得依法律向國家請求賠償，即立法者依憲法委託有制定國家賠償法之義務，但國家賠償法遲至民國 70 年才施行，相距 34 年，並於施行細則第二條明示排除國賠法施行前之適用，卻並未違反立法之義務例子相比，為何大法官於 477 號解釋，不以警告性宣示方式為之，而是以較嚴格之違憲宣示受無罪之判決確定前曾受羈押或行之執行者以外漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日起二年內，請求國家賠償？其理由仍值進一步探討。

四、違憲審查判決之效力

(一) 違憲審查判決效力之宣告方式 - 違憲、合憲二分以外之宣告方式

大法官於 419 號解釋關於副總統能否兼任行政院院長之解釋案件之解釋理由書中表示：「設置憲法法院掌理違憲審查之國家（如德國、奧地利等），法院從事規範審查之際，並非以違憲、合憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲，但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足。本院歷來解釋憲法亦非採完全合憲或違憲之二分法，而係建立類似

德奧之多樣化模式，案例甚多，可資覆按。」

日本最高法院就違憲審查判決之效力，雖原則上採違憲、合憲二分法之前提。但實務上亦發展出類似行政法學上之情況判決，亦即類似德國及我國之所謂與憲法不符但未宣示無效之判決。具體案例為 1972 年眾議院議員定數違憲判決（註 22），該判決之事實為 1972 年 12 月 10 日所舉行之眾議院議員選舉千葉一區之選舉人 X（原告），基於公職人員選舉法二零四條規定，向東京高等法院以被告 Y（千葉縣選舉管理委員會）為相對人，訴請選舉無效之判決。其理由為，規定本件選舉議員定數之公選法別表第一等之規定，使得議員一人所需之票數最少之兵庫五區與同選區間之差為四點八比一，此乃因住所不同，造成國民不平等之對待，已超出憲法一四條所要求投票價值平等所能容許之限度範圍。對此，被告 Y 主張，基於政治問題法理之司法審查界限以及基於公選法 204 條，原告之訴不適法，且並不存在選舉權之極端不平等情況。東京高等法院認為投票（選）票價值不平等尚未達到令人不能容忍之程度，而駁回原告之訴。原告對此不服，以投票價值不平等之相同主張，上訴於最高法院。

此判決宣示昭和四七年一二月舉行之眾議院議員總選舉時，議員定數分配規定，侵害憲法所要求之選舉權平等而違憲，同時為迴避因選舉無效所產生「憲法所不期待之結果」，援用「情況判決（事情判決）」之法理（註 23），不使選舉無效。亦即此一判決，改變向來效力論之前提之違憲＝無效之思考方式，因此可說本判決迫使效力議論作根本上之反省。

(二) 與憲法不符但未宣示無效

註 22：最大判昭和五一年四月十四日民集三零卷三號二二三頁。

註 23：關於日本情況判決在違憲審查判決中實務、學界之見解，及此一法理之正當性、要件與效力等問題，參考川端和治，事情判決の法理，蘆部信喜編，憲法訴訟，第三卷，昭和六十二年，頁 69 以下。

其法理根據^(註24)如判決指出：「憲法九八條一項之規定，明白指出憲法之最高法規性格，而對於違反憲法之所有國權行為，應宣示否定其效力。但是，由法規之文字規定，立即產生法律、其他國權行為違反憲法時之效力上各種問題時，不能劃一地解決。違反憲法之法律，原則上自始無效，且基此法律之行為之效力亦應加以否定。本來，如此解釋，通常對於防止違反憲法之結果，或對此加以修正是最適切者。但是此種解釋，有時對於憲法違反結果之防止或更正，未必有特別之助益，相反地，對憲法上或其他法關係，可能產生極為不當之結果，毋寧說若貫徹此種解釋，反而違反憲法所期待者，此種情況，自然地必須從個別的綜合的角度合理地解釋。」

最高法院從前述基本立場出發，為迴避因選舉無效所產生各種憲法所不欲見之結果，而採取所謂「情況判決」之判決方式。因此，結果上訴人之請求被駁回，而於判決主文寫道：「但是，昭和四七年一二月十日所舉行之眾議院議員選舉之千葉縣第一區之選舉違法。」

經由採用前述「情況判決」，使該當事件即使為違憲判斷之效果，但也僅止於違憲之確認乃至宣言而已。其他如 1985 年之眾議院議員定數不均衡違憲判決亦同^(註25)。

但本件最高法院判決，與此之情況判決，或與憲法不符之判決不同，而是較類似所謂警告性宣示。

(三) 警告性宣示

1. 意義：

所謂「警告性宣示」指的是違憲審查法院確認法律尚未違憲，但警告立法者須採取行為，以完全合乎憲法要求之狀態，或避免將來有違憲之虞^(註26)。即大法官 419 號解釋所謂之「尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範」。

2. 法理依據

至於「警告性宣示」之法理根據，乃基於警告性宣示常發生於係爭規範之違憲性並不明顯，或憲法對立法之委託仍未履行，或係爭案件之困難與複雜事實情形仍持續著之情況。學者有認為警告性宣示情況，大多數是係爭規範於違憲審查之時點，其違憲性已被確信（Überzeugt），因此對於法院之警告性宣示，可將其解釋為法院對立法者避免採取違憲決定，所為代替之迴避策略（Vermeidungsstrategie）^(註27)，或可認為是法院放棄對立法者為無效宣告所採取之自我抑制行為。

而關於本件最高法院判決，誠如日本學界之見解認為，本判決多數法官之意見指出，最遲於本判決宣示後，至開始舉行眾議院議員總選舉或參議院議員之通常選舉之時點，此為違反憲法，乃預告未來之違憲判斷^(註28)，因此與警告性宣示或我國之「尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範」之宣示相近。足見大法官第 419 號解釋理由書中所揭示之宣告方式與德國、日本亦相一致。

伍、結語

註 24：關於本判決之法理論述，參考山元一，議員定數不均衡と選舉の平等，別冊ジュリスト，憲法判例百選Ⅱ，平成十二年，頁 326,327。

註 25：最大判昭六零、七、一七判決。

註 26：Schulte, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1988, S. 1200 ff.

註 27：Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 1195.

註 28：在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって、ジュリスト（No.1303）、頁 7 以下。



語云「法與時轉則治」，日本最高法院2005年之本判決顯示，關於立法者之立法裁量範圍會隨時代發展與社會進步而不同，法院是以積極態度宣示自己之判斷對於立法機關對於選舉權行使限制之審查，可說採取嚴格之審查標準，否定國會之立法裁量，其未來發展值得注意。但在我國，是否應導入相同之投票制度，卻仍須再檢討。

立法裁量應包含立法不作為之裁量。而日本最高法院所建立之不作為構成國家賠償之要件為：當「立法不作為很明白地侵害國民受憲法上保障之權利，或國民受憲法保障之權利行使機會之確保所必要之立法措施應採取之事已很明白，但國會無正當理由長期地怠忽之情況，例外地，有國家賠償法所規定違法之適用」，值得吾人參考，當然何謂「長期」則須

依具體事件判斷，不能一概而論。而我國大法官第477號解釋亦肯定立法不作為之構成國家賠償，但其成立要件與其法理論述卻可依再進一步詳細地開展，後續實務上此一領域之發展，值得注意。

日本之違憲審查制度雖不像美國、德國般判決豐富，但於立法不作為之違憲審查方面其實務與學理之發展卻不遜於美國、德國等國家之議論。以第477號解釋解釋之作出為契機，司法院大法官於八十九年度學術研討會中即以立法裁量為議程，舉辦一整天之研討，非常有意義，但可惜當天全場多篇論文，卻無一篇以日本之實務、學術為探討主題，足見比較法之研究，須普遍均衡，不應偏廢某一國。✱

（本文作者現為國立台北大學法學系教授、德國慕尼黑大學法學博士）



華倫班尼斯 (1925 -)

管理者把事做對，領導者做對事。