

最高裁判所裁判官国民審査法が在外審査制度を設けていないことの合憲性

【文献種別】 判決／東京地方裁判所

【裁判年月日】 令和1年5月28日

【事件番号】 平成30年（行ウ）第143号（第1事件）、平成30年（ワ）第11936号（第2事件）

【事件名】 在外日本人国民審査権確認等請求事件（第1事件）、国家賠償請求事件（第2事件）

【裁判結果】 一部認容、一部棄却、一部却下（控訴）

【参照法令】 日本国憲法15条・79条、最高裁判所裁判官国民審査法4条・8条、国家賠償法1条

【掲載誌】 判時2420号35頁

LEX/DB 文献番号 25570333

事実の概要

在外国民である両事件原告らのうち、第1事件原告らは、次回の最高裁判所裁判官国民審査（以下「審査」という。）において審査権を行使することができる地位の確認（以下「本件地位確認（の訴え）」という。）及び被告（国）が次回審査において審査権を行使させないことが違法であることの確認（以下「本件違法確認（の訴え）」という。）を、第1事件原告ら及び第2事件原告は、国家賠償法1条1項に基づき、在外国民が現実に審査権を行使するための立法を国会がしなかった結果、前回審査において審査権を行使できなかったことによる精神的損害の賠償を求めた。

判決の要旨**1 確認の訴え（却下）**

最高裁判所裁判官国民審査法（以下「審査法」という。）は「在外審査制度を想定していない」ことから、『次回の国民審査において審査権を行使することができる地位』は……在外国民について審査権の行使を可能とする立法を新たに行わなければ、具体的に認めることのできない法的地位である」ため、「本件地位確認の訴えに係る紛争は、法令の適用により終局的に解決できるものではなく」、また「本件違法確認の訴えは……当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争を対象とするものとはいえないから、

いずれも「裁判所法3条1項にいう法律上の争訟には当たらない」。

2 国家賠償請求（一部認容）

(1) 前回審査当時、在外国民の審査権行使を認めていなかったことの憲法適合性

「国民の審査権又はその行使……を制限するためには、……やむを得ないと認められる事由がなければならぬ……。そして、そのような制限をすることなしには国民審査の公正を確保しつつ審査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でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず……憲法15条1項並びに79条2項及び3項に違反することとなる……。また、このことは、国が審査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……についても、同様である。」

「通信手段が地球規模でますます著しい発達を遂げ、在外国民に対して情報を適正に伝達することについての困難がより少なくなったこと、衆議院議員及び参議院議員の選挙について在外選挙制度が導入され、何度も繰り返して実施されてきたことなど、在外国民をめぐる社会の状況が国民審査制度の創設当時と大きく変化したことをも考慮すれば……在外国民による国民審査の実施を可能とする立法措置を執ることが事実上不能ないし著しく困難であったとはいえない。少なくとも、現行の記号式投票の実施に係る技術上の問題を解消するという観点からは、例えば……自書式投票を採

用するなどの方法により、在外審査制度を実施することは可能であったというべきである。「以上によれば……前回国民審査当時、……原告らの審査権の行使を認めていなかったことは……憲法15条1項並びに79条2項及び3項に違反するものであった……」。

(2) 国賠法上の違法性

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては……国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けることがある」。

「平成10年……在外選挙制度が創設され、当初は限定的であったとはいえ、在外国民も衆議院議員の総選挙において選挙権を行使することが可能となったところである。また、国民審査権の行使の方法として、記号式投票が唯一の方法でないことは明らかであり……平成10年当時においても、国民審査法は点字による投票の場合に自書式投票で行う旨規定していたほか、新たに創設された在外選挙制度の下においても、両議院の比例代表選出議員について、自書式投票による選挙が繰り返し実施されてきたものである。さらに、平成14年には、日本弁護士連合会により、両議院の議長等に対し、在外審査制度を創設しないことは人権侵害である旨の勧告がされていた事実も存する。

このような状況の下で、平成17年大法廷判決は、平成8年10月20日に施行された衆議院議員の総選挙当時、公職選挙法が、在外国民が国政選挙において投票するのを全く認めていなかったことは、憲法……に違反する旨判示したのであるから、国会としては、同判決が言い渡された平成17年9月14日の時点において、在外国民に対し……国民審査権を行使するのを認めていないことについて、技術上の問題を解消する方法……を見だし得る状況にあったことを併せ考えれば、憲法に違反するに至っていたものといえることについて、十分に認識し得たものというべきである。」

「次に、在外審査制度を創設するに当たっては……一定の期間を要することは否定し得ない

……。しかしながら……平成23年東京地裁判決が、平成21年8月30日時点で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、重大な疑義がある旨判示した上に、その後平成24年にも、日本弁護士連合会が衆議院及び参議院の各議長等に対し、在外審査制度の創設を勧告したことがあったにもかかわらず……何らの措置も執らないまま、平成23年東京地裁判決から約6年半、平成17年大法廷判決からは約12年もの期間が経過する状況の下で……そのことについて正当な理由があることはうかがわれない。そうすると、このような長期間にわたる立法不作為は……国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるというべきであ……る。」

判例の解説

一 本件地位確認の訴えについて

同内容の訴えは、本判決中でも引用されている東京地判平23・4・26判時2136号13頁（以下「平成23年東京地判」という。）によって退けられたが、本判決も平成23年東京地判と同じ理由でこれを退けた¹⁾。

審査法8条の「選挙人名簿」に「在外選挙人名簿」も含まれるとの拡張解釈は無理だろう。公選法21条及び同30条の4を見るに、「選挙人名簿」、「在外選挙人名簿」それぞれの登録対象者の範囲は基本的に「拡張」、「限定」いずれも許さない確定概念であろうし、公選法30条の2第1項及び同42条は「選挙人名簿」と「在外選挙人名簿」とを別個のものと考えている（後者が前者に含まれるとの解釈を許さない）ことが明らかだからだ。

原告らが求める判決とは要するに、審査法8条の「選挙人名簿」の後に「又は在外選挙人名簿」という文言を付加するに等しいものだが、現行法の（拡張）解釈（これが司法権の範囲に含まれることについては争いはなからう。）の限度を超えて、現行法令には存在しない文言を実質的に付加するに等しい判決を下すことは、司法による立法権の一部篡奪ではないかが問題となる。この問題に関しては、当時の法令による授益対象範囲から除外されていた原告の地位確認請求を認容した「国

籍法違憲判決」(最大判平 20・6・4 民集 62 巻 6 号 1367 頁。以下「平成 20 年最大判」という。)が参考になる。平成 20 年最大判が行ったのは、当時の法令の一部文言に対する無効判断(司法による法令の一部の実質削除)であって、本件地位確認(文言の実質追加)とは正反対だが²⁾、文言削除、追加どちらにしても本来国会自身により行われるべきものだから、平成 20 年最大判が示した観点(判決が現行法の「趣旨及び目的に沿う」ものであるか否か、「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」の有無)は、ここにも適用可能なはずだ。

在外国民にも審査を認めることが現行法の「趣旨及び目的に沿う」かどうかについては、国民審査法 4 条に「衆議院議員の選挙権を有する者」(もちろんこれには在外国民も含まれる。)は審査権を有するとある。確かに同 8 条に「在外選挙人名簿」という文言は無いが、4 条が同法の基本ポリシーの宣言という、より高次のレベルの規定と考えられ、8 条はその実現のための細則と考えられる。これまで国会が在外審査の可否につき本格検討した経緯が無いことからすれば、後者の規定に在外国民を排除するという積極的「趣旨」・「目的」が含まれているとも考え難い³⁾。

「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」については、自書式以外に在外審査に適した他の投票方式が広く想定可能であると、果たして現実的にいうことができるのであろうか。また現行審査法自身、視覚障がい者については 16 条で点字自書式投票を認めているため、在外審査につき自書式を採り入れることが現行審査法の「趣旨」・「目的」に反するとは考え難い。

だが、日本国籍という観念的地位を判決が認めさえすれば原告の望みが直ちにかなえられた平成 20 年最大判とは異なり、本件原告らは、在外審査権を単に観念上認めるにとどまらず、それを現実に行使しうる地位を求めている。「在外国民選挙権訴訟」(最大判平 17・9・14 民集 59 巻 7 号 2087 頁。以下「平成 17 年最大判」という。)が、次回の衆院小選挙区選出議員選挙及び参院選挙区選出議員選挙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原告の地位を確認できたのは、平成 17 年当時既に(平成 10 年公選法改正により)在外選挙制度が整備済だった

からである。これに対し、現行審査法には在外審査実施のための規定が無い。本判決が本件地位確認請求を退けた主な理由も、上掲の通り、まさにこの点にある。ところで審査法(具体的には 7 条、12 条、13 条、16 条の 2、19 条、20 条、26 条)は、衆院議員選挙の実施体制を、いわば間借りする形で審査が実施されることを想定しているため(本来は審査法 8 条も、在外国民の審査権行使を排除する規定と考えるのではなく、むしろこうした諸規定の一つとして位置づけるべきであろう)、在外審査実施のための体制が既に公選法によって、事実上(かなりの程度まで)整えられていると考えることが、もしできるのだとすれば、本件地位確認請求を認容する判決の可能性も見えてくるかもしれないし、逆にそのように考えることが到底無理なら、平成 17 年最大判と本判決とで対照的な結論へと至った理由を、この点に見出すことになるのであろう。

二 国賠請求について

国会議員の立法不作為が国賠法上違法といえるか否かにつき、平成 23 年東京地判が依拠した判断枠組は、平成 17 年最大判のそれ、すなわち「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」であったが、本判決が用いたのは、女子再婚禁止期間一部違憲判決(最大判平 27・12・16 民集 69 巻 8 号 2427 頁。以下「平成 27 年最大判」という。)と同じく、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合など」というものである。両者の間の違いは、「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」との部分の有無にある。

これまで最高裁が示してきた立法行為(立法不作為を含む。)の国賠違法要件には、上掲 2 最大判のほか、「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」、という在宅投票制度廃止訴訟（最一小判昭60・11・21民集39巻7号1512頁）のものがあるが、いずれも引用部末尾に「ごとき」、「など」とあることから、限定ではなく例示の趣旨とわかる。つまり最高裁は、それらを一般的枠組としてではなく、各事案に適合的な表現でその都度示しているに過ぎないのではないか⁴⁾。

平成27年最大判では原告にとって不利益的な（権利利益を…制約する）規定（民法733条1項）の存在が対象であった。平成17年最大判のうち「3 本件改正後の公職選挙法の憲法適合性について」の部分も、不利益規定（附則8項）の存在を対象とする点では平成27年最大判に似る。これに対し平成17年最大判のうち「2 本件改正前の公職選挙法の憲法適合性について」の部分は、上記とは逆に授益的（「権利行使の機会を確保するため」）規範の不存在を対象としており、同判決が国賠請求を認容した部分も専ら後者（「本件改正前」）を対象としている。本件は前者（不利益規定の存在）ではなく後者（授益規定の不存在）と同パターンの事案であるため、より適合的なのは平成27年最大判ではなく平成17年最大判の判断枠組と思われる。だからこそ本判決自身、平成27年最大判の判断枠組を示したすぐ後の部分で「在外国民も国民審査において投票する機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外審査制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠である」と述べざるを得なかったのだろう。あてはめ部分でこのように述べたいのであれば、その前提として一般的判断枠組の中に、それに対応する部分がないと建付けが悪くないか。

逆に、平成17年最大判と平成27年最大判が共通して言及する、（国会にとって）「明白」という要件があるが⁵⁾、これまで在外審査制度不存在問題が国会で審議されたのが、委員会レベルでの1例を数えるのみであり、両院議長に対する日弁連の勧告にしても、これらをもって国会議員（国会という組織）全体にとって違憲問題が明白になったとは言い難いのではないか。また裁判所にとって「顕著な事実」であるはずの平成17年最大判にしても公選法を対象とした判断であって、国民審査法について直接判断した部分は無い。平成

23年東京地判による平成21年当時の在外審査制度創設不作為に対する判示も、端的な違憲判断ではなく、その「重大な疑義」の指摘に過ぎない。本判決は、在外審査制度創設の提案が国会に対しなされたことがない中⁶⁾、上記経緯を寄せ集めて（強引に）国会という組織全体にとって違憲問題が「明白」となった後も、何らの措置も取られないまま長期が徒過したため国賠違法と断じたが、この点については異論もあり得よう。

●—注

- 1) 請求棄却ではなく本案前却下という両判決共通の結論についても、疑問を提起しよう。平成23年東京地判による本案前却下判断につき疑問を呈する評釈として、松本哲治・新・判例解説 Watch（法七増刊）10号9頁、井上典之・判評643号2頁。
- 2) ただし平成20年最大判の藤田裁判官意見は本件地位確認に相当する文言操作（文言の実質追加による欠缺補充）と同型である。
- 3) さらに国民審査法3条中の「全都道府県の区域を通じて」と同様の文言は、参院比例代表選出議員選挙に関する公選法12条2項に在外投票制度導入後も置かれ続けていることからして、これも在外審査を妨げるものとは考え難い。
- 4) なお、平成27年最大判に付された千葉補足意見は、同判決にて示された枠組につき「従前の当審の判示をも包摂するものとして、一般論的な判断基準を整理して示したもの」とする。
- 5) この要件が、誰にとって「明白」でなければならないかについて、平成27年最大判は「国会にとって明白」と述べている。例えば平成22年新司法試験論文式公法系第1問において、ホームレスが選挙権を行使しようための法改正を求める請願書を総務省に提出しているが、これでは憲法問題が「国会にとって」直ちに明白になったとはいえないことになろう。
- 6) 平成17年最大判は、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が国会に提出された時点を「長期」の起点としている。

筑波大学教授 大石和彦