

**最高裁判所裁判官国民審査における在外国民の審査権行使制限の合憲性**

【文献種別】 判決／最高裁判所大法廷

【裁判年月日】 令和4年5月25日

【事件番号】 令和2年（行ツ）第255号、令和2年（行ヒ）第290号、第291号、第292号

【事件名】 在外日本人国民審査権確認等、国家賠償請求上告、同附带上告事件

【裁判結果】 原判決一部破棄（原告らの損害賠償請求を全部棄却した部分）、国の控訴棄却（国賠請求）、原告らのその余の上告棄却、国の上告及び原告1名の附带上告棄却

【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】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25572155

滋賀大学教授 渡辺暁彦

**事実の概要**

本件は、国外に住所を有する日本国民（在外国民）が、①主位的に、次回の最高裁判所裁判官国民審査（以下、「国民審査」）において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求め（以下、「本件地位確認の訴え」）、そして②予備的に、国に対して国外に住所を有することをもって次回の国民審査において審査権の行使をさせないことが憲法15条1項、79条2項、3項等に違反して違法であることの確認（以下、「本件違法確認の訴え」）を求めた事案である。さらに、③国が在外国民に審査権の行使を認める制度を創設する立法措置をとらなかったために、平成29年国民審査において、原告らは審査権を行使することができず精神的苦痛を被ったとして賠償を求めた。

第一審（東京地判令元・5・28判時2420号35頁）は、上記①②の訴えを却下したが、③の国賠請求を認容した。それに対して、第二審（東京高判令2・6・25判時2460号37頁）は上記①③の訴えを退けたものの、②の違法確認の訴えについては権利侵害の危険が現実的なものとして存在し、救済を図るために他に適切な方法がなく、即時確定の利益もあるから適法だと判示した。双方が上告・上告受理申立てを行った。

**判決の要旨****1 国民審査権とその行使制限の合憲性**

「国民審査の制度は、国民が最高裁判所の裁判官を罷免すべきか否かを決定する趣旨のものである」。「最高裁判所の地位と権能に鑑み、この制度を設け、主権者である国民の権利として審査権を保障している」。そして、「審査権が国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有することに加え、憲法が衆議院議員総選挙の際に国民審査を行うこととしていることにも照らせば、憲法は、選挙権と同様に、国民に対して審査権を行使する機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。」

それゆえ、「国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、審査権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬ」というべきである。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可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ない。

在外選挙制度の実施や、自書式投票（国民審査法16条1項の点字による国民審査）の方法等に鑑みると、「在外審査制度において、……技術的な困難を回避するために、現在の取扱いとは異なる投票用紙の調製や投票の方式等を採用する余地がないとは断じ難いところであり、具体的な方法等のいかに問わず、国民審査の公正を確保しつつ、

在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置をとることが、事実上不可能ないし著しく困難であるとは解されず、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反する」。

## 2 本件地位確認の訴え

原告が「次回の国民審査に先立ち、審査権を行使することができる地位を有することを確認することは、その地位の存否に関する法律上の紛争を解決するために有効適切な手段である」。もっとも「国民審査法4条、8条により在外国民に審査権の行使が認められていると解することはできない」から、原告の主張を採用することはできない。

## 3 本件違法確認の訴え

憲法79条に照らせば、「国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかである」にもかかわらず、国民審査法が審査権の行使を認めていないことで「憲法上の権利に係る法的地位に現実の危険が生じている」。「審査権は、選挙権と同様に、国民主権の原理に基づくものであり、具体的な国民審査の機会にこれを行使することができなければ意味がな」い。「国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難」く、したがって「本件違法確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法である」。

## 4 国家賠償請求

立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかについて、「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、……例外的に、その立法不作為は、同項の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。そして、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の立法措置をと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ときは、上記の例外的な場合に当たるものと解するのが相当である」。

在外国民の審査権について、憲法上の問題を検討することができたにもかかわらず、「約10年の長きにわたって、在外審査制度の創設について所要の立法措置を何らとらなかった」。

(なお、宇賀克也裁判官の補足意見が付されている。)

## 判例の解説

本件は、在外国民の審査権行使を制限する国民審査法の合憲性について、最高裁として初めてそれを違憲と断じるとともに、立法の不作為に対する確認の訴え及び国家賠償請求を認容した注目すべき事案である<sup>1)</sup>。最高裁全員一致の判断である。

### 一 国民審査権の意義とその行使制限の憲法適合性

本判決のベースとなるのは、在外国民の選挙権行使の制限が争われた最大判平17・9・14(民集59巻7号2087頁。以下、「平成17年最大判」と略)である。

本件に先んじて国民審査法の合憲性が争われた東京地裁平成23年判決(東京地判平23・4・26判時2136号13頁)では、平成17年最大判の判断枠組みをもとに、在外審査制度の不創設に対して憲法上の「重大な疑義」が呈されていたが、本事案では一審及び原審ともに、同じ判断枠組みに依拠して違憲判断を下している。

本判決は、在外国民の審査権が選挙権と同様に「国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能」であると解したうえで、平成17年最大判の判断枠組みに拠りながら、「国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず」、そのような制限には「やむを得ないと認められる事由がなければならない」として厳格な審査基準を採用した。判旨の通り、本件では「審査権の行使を可能にするための立法措置が何らとられていないことについて、やむを得ない事由があるとは到底いうことができない」とされた。

ところで、国民審査の意義は最高裁判所裁判官の選任に対する民主的統制にあり、国民審査権は「間接的参政権の一つの形態」<sup>2)</sup>である。その具体的内実に関しては、学説もさほど強い関心を示してきたとはいえ、選挙権に比して「重要性が一段低く見られてきた」<sup>3)</sup>感も否めない。たし

かに、被告・国が主張するように、審査権と選挙権とでは「その意義及び成り立ちは相当異なる」し、国会議員を直接「選定」する選挙権と、国民に「任命」の可否を問うわけでない審査権とでは性格が異なることも事実である<sup>4)</sup>。その点につき、本判決では端的に審査権を「主権者である国民の権利」と解するのみであるが、「仮に技術的理由から、衆議院議員総選挙と国民審査との間に投票日やその結果の確定日について若干の相違が生じたとしても」(本判決補足意見)、選挙権の行使と同様に「国民に対して審査権を行使する機会を平等に保障」すべきことを憲法上の要請とした点は重要な意義を有する。

## 二 立法の不作为と2つの確認の訴え

立法の不作为に対する司法的救済の問題は、憲法訴訟論のなかでも「最も激動に見舞われている」<sup>5)</sup>。平成17年最大判を機に、従前までの国賠訴訟とともに、立法(作為・不作为)の違憲・違法確認訴訟(確認の訴え)の活用が模索されてきた。後者の確認の訴えは、本事案のような場合にこそ「効用を発揮しうる」<sup>6)</sup>と期待されてきたところである。

そうしたなかで、本判決が何れの請求(地位確認及び違法確認)についても、「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」として適法であると述べ、法律上の紛争を解決するための「有効適切な手段である」と認めたことは画期的といえる。今後、かかる確認の訴えの積極活用が予想され、司法的救済のあり方は「新たな局面を迎えた」<sup>7)</sup>と評し得る。

本件地位確認の訴えについて、最高裁は、国民審査法8条の「選挙人名簿」が公選法上の「選挙人名簿」及び「在外選挙人名簿」を指すとする原告の主張を認めず、審査法の諸規定の解釈(在外審査制度は想定せず)により、審査権を行使する地位を導き出すことは困難であると退けた<sup>8)</sup>。平成17年最大判の在外選挙制度のように、特定の規定を違憲無効とすることで在外国民が投票できる地位を導出できたことは事情を異にする。

一方、本件違法確認の訴えについては原判決を正当として是認し<sup>9)</sup>、海外に暮らす原告1名について即時確定の利益を認め、「次回の国民審査において審査権を行使させないことは違法である」と判示する。こうした違法確認の判断をめぐって、

学説上、権力分立の観点から「慎重姿勢と……肯定的な評価とが交錯」<sup>10)</sup>するなかで、本判決が「国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難い」とした点は評価できる。補足意見と照らしあわせて読めば、本判決も平成17年最大判が示した「部分的立法不作為の場合は地位確認、全面的立法不作為の場合は違法確認という二分論」<sup>11)</sup>を前提に、「救済」の必要性及び均衡性から「より謙抑的な違法確認の訴え」を認容したと考えられる<sup>12)</sup>。

## 三 国家賠償請求について

立法行為(不作为を含む)を国賠訴訟で争うことに否定的な立場もみられるが、すでにそこで重要な憲法判断が示され、最高裁も在宅投票制廃止違憲訴訟(最判昭60・11・21民集39巻7号1512頁)を先駆として、平成17年最大判及び再婚禁止期間違憲訴訟(最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁。以下、「平成27年最大判」と略)等を経て、国賠法上の違法を認める要件を緩和する方向で判例法理を形成している<sup>13)</sup>。

第一審、原審ともに上記最高裁判決を引くが、請求認容の可否については結論を異にする。本判決は一審と同じく請求を認容したが、一審判断との相違として、平成17年最大判で示された「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の立法措置をと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とき」という要件を併記した点が挙げられる。これは、本件と同じく「授益規定の不存在」<sup>14)</sup>の事案であった平成17年最大判の定式に倣うもので、平成27年最大判で「整理し直された」<sup>15)</sup>定式を敷衍したものであるといえよう。

そのうえで本判決は、原判決と異なり憲法上の権利行使のために立法措置が「必要不可欠」で、それが「明白」であったこと、そして合理的是正期間の経過を指摘し、本件立法不作為に対して国賠法1条1項の適用上違法の評価を導いた。なお、合理的期間の審査にあたり、本判決は平成18年公選法改正と翌19年の憲法改正国民投票法制定(「在外投票人名簿」)を基点とした。

## 四 今後の課題

コロナ禍で減少に転じたが、在外国民の数は概

して増加傾向にある。海外に出ではじめて日本の「不合理な制度」に直面したり、既存の制度への「違和感」を感じたりすることもままある。そうした「違和感」から、原告らは「海外でも国民審査を」と訴訟を提起した<sup>16)</sup>。被告・国は審査権行使に伴う技術的かつ形式的な困難を論うが、裁判所は一貫して情報通信技術の発達による克服可能性をみている。昨今のグローバル化の進展と情報通信技術の飛躍的向上を的確に見据えた司法判断であったと評することも許されよう。

本判決結果を受けて、政府も速やかに立法手当の必要性に言及している<sup>17)</sup>。かねてから指摘される「民主的統制の『実質』」<sup>18)</sup>をいかに図るか、早期の立法措置とあわせて、学説の取組みがまたれる。

●—注

- 1) 本件評釈として、高田倫子「判批」法セ811号(2022年)120頁。
- 2) 大石眞『憲法概論Ⅱ』(2021年、有斐閣)429頁。
- 3) 本判決を受けての渋谷秀樹教授のコメント(中日新聞2022年5月26日朝刊)。
- 4) それゆえ、「選挙権の制限は国会及び国会議員の存在自体の正当性の根拠消失に直結するからこそ、選挙権を制限する立法裁量はほとんどない」のに比して、「審査権制限にはこれと等しい事情があるわけではないから、審査権を制限する立法裁量がほとんどない」とまでは言い切れず、厳格な基準採用を維持するには、上記とは別の根拠も必要ではないか」との指摘もある。内野広大「国民審査法が在外国民の審査権行使を制限していることの合憲性」新・判例解説 Watch (法セ増刊)28号(2021年)17頁。
- 5) 毛利透ほか『憲法Ⅰ 総論・統治〔第3版〕』(有斐閣、2022年)333頁〔松本哲治執筆〕。
- 6) 選挙権や国民審査権のように、権利保障の内容や行使方法が法律に委ねられるものの、必要な立法措置がとられていない場合が典型例である(興津征雄「憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟(確認訴訟)」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第2版〕』(日本評論社、2020年)195頁)が、滝井繁男元最高裁判事は「自由権や財産権などにも及び得る」とする。同『最高裁判所は変わったか』(岩波書店、2009年)99頁。
- 7) 原判決への評価であるが、松本哲治「憲法訴訟における救済の新局面」大石眞先生古稀記念『憲法秩序の新構想』(三省堂、2021年)157頁。同様に、片桐直人「最高裁判所裁判官国民審査における在外国民の審査権」法セ799号(2021年)79頁。
- 8) 学説では、国民審査法の解釈により審査権を行使できる地位を導出し得るという見解がある(興津征雄「在外

- 国民最高裁判官国民審査権訴訟 意見書」神戸69巻4号(2020年)34頁以下)。それに対しては、「あたかも『無』から『有』を生み出すかのような本件地位の導出に拘るより」も違法確認の訴えを肯定すべきとする見解がある(山崎友也「判批」判評738号(2020年)6頁)。
- 9) 違法確認の訴えを認容した原判決は「画期的」と評された。佐々木雅寿「判批」令和2年度重判解(2021年)20頁、興津征雄「判批」法時92巻10号(2020年)4頁など。
- 10) 曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法教476号(2020年)61頁。
- 11) 佐々木・前掲注9)21頁。
- 12) 補足意見は、「地位確認の訴えに係る請求を認容することができず、他に適切な救済方法がない本件において、違法確認の訴えに係る確認の利益を認める解釈は、平成17年大法廷判決の趣旨にも適う」と説く。本件は、平成17年最大判の調査官解説(杉原則彦「判解」最判解民平成17年度下603頁)で憂慮された状況が現に生じた事案といえる(674頁)。
- 13) 曾我部・前掲注10)56頁、佐々木・前掲注9)21頁。
- 14) 大石和彦「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」新・判例解説 Watch (法セ増刊)26号(2020年)34頁。
- 15) 平成27年最大判の千葉裁判官補足意見による(千葉勝美『違憲審査』(有斐閣、2017年)122頁)。判例法理の定立について、宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果」法支183号(2016年)84頁以下。
- 16) 本件訴訟の経緯については、原告の一人である谷口太規氏の論説に詳しい(同「在外国民審査権違憲判決の来歴」法時91巻9号(2019年)4頁)。同氏が代表をつとめる団体CALL4のウェブサイトには、本件訴訟資料が掲載され有益である(<https://www.call4.jp/info.php?type=items&id=I0000030>(2022年7月29日閲覧))。
- 17) 本判決を受け、金子総務相は「在外投票を可能とする方策を早急に検討する」との談話を発表した(朝日新聞2022年5月26日朝刊)。
- 18) 笹田栄司「判批」法教469号(2019年)135頁。国民審査無用論・廃止論も根強いが、学説は「より実効的な制度にするよう、活性化を図る」を課題としてきた。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第七版』(岩波書店、2019年)362頁。具体的な改革への提言として、さしあたり西川伸一『最高裁判官国民審査の実証的研究』(五月書房、2012年)180頁以下。