

**国が在外国民に国民審査権の行使をさせないことが違法であるとされた事例****【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、令和 2 年（行ヒ）第 291 号、令和 2 年（行ヒ）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、同附帯上告事件**【裁 判 結 果】** 原判決一部破棄、一部棄却**【参 照 法 令】** 日本国憲法 15 条 1 項、79 条 2 項・3 項、最高裁判所裁判官国民審査法 4 条、8 条、行政事件訴訟法 4 条、国家賠償法 1 条 1 項**【掲 載 誌】** 判例集未登載

◆ LEX/DB 文献番号 25572155

慶應義塾大学教授 戸部真澄

**事実の概要**

X<sub>1</sub>ら（原告、控訴人兼被控訴人、上告人兼被上告人）は、国外に居住し、日本国内に住所を有していない日本国民（以下「在外国民」）であり、平成 29 年 10 月 22 日執行の衆議院議員総選挙の投票をすることはできたが、同日執行の最高裁判所裁判官の国民審査の投票をすることはできなかった。

最高裁判所裁判官国民審査法（以下「審査法」）4 条は「衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する」と定める一方で、同法 8 条は「審査には、公職選挙法……に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いる」とし、在外選挙人名簿に登録された在外国民についての定めを置いていないからである。

そこで X<sub>1</sub>らは、主位的に、① X<sub>1</sub>らが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にあることの確認を求め（以下「本件地位確認訴訟」）、予備的に、② Y（国、被告、被控訴人兼控訴人、被上告人兼上告人）が X<sub>1</sub>らに対し、日本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 項等に反し違法であることの確認を求め（以下「本件違法確認訴訟」）、また、③ Y に対し、国会が在外国民に国民審査権の行使を認める立法措置を怠ったことにより、平成 29 年執行の国民審査において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、国家賠償法 1 条 1 項に基づく損害賠償を求める訴えを提起した。

第一審判決（東京地判令元・5・28 判時 2420 号 35 頁）は、①・②を「法律上の争訟」（裁 3 条 1 項）に当たらないとして却下し、③を一部認容した。

控訴審判決（東京高判令 2・6・25 判時 2460 号 37 頁）は、①を却下したものの、②を認容し、③を棄却した。

そこで、X<sub>1</sub>ら及び Y が上告した（X<sub>1</sub>以外の上告人は、その後帰国したため、本件地位確認訴訟及び本件違法確認訴訟を取り下げた）。その一部は棄却されたものの（最小小決令 3・6・23LEX/DB25592410）、残る部分は大法廷に回付された。

**判決の要旨****1 審査法の違憲性**

「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。」「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 地位確認訴訟**

「本件地位確認の訴えは、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と解され、……X<sub>1</sub>は、憲法の趣旨を踏まえた解釈をすべきであること等を前提としつつも、結局は、国民審査法 4 条、8 条の解釈に基づいて、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にあることの確認を求めているものと解される。」

「平成 29 年国民審査において審査権を行使す

ることができないものとされたX<sub>1</sub>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のであるから、上記各規定の解釈に基づいて、X<sub>1</sub>が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にある」とはいえず、請求を「棄却すべき」である。

### 3 違法確認訴訟

「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によって、……個々の在外国民が有する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ということができる。」

「審査権は、……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」く、「侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない」。

認容「判決が確定したときには、国会において、裁判所がした上記の違憲である旨の判断が尊重されるものと解されること（憲法81条、99条参照）も踏まえると、当該確認判決を求める訴えは、上記の争いを解決するために有効適切な手段である」。

よって、「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」。

「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違憲であるから、YがX<sub>1</sub>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を行使させないことは違法であ」り、請求を「認容すべき」である。

### 4 国家賠償訴訟

「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」。

「遅くとも平成29年国民審査の当時においては、在外審査制度を創設する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ったものといえる。」

（宇賀克也補足意見がある。当事者の記載は変更してある。）

## 判例の解説

### 一 はじめに

本判決は、ダイレクト・アタック型の確認訴訟（公法上の当事者訴訟）を最高裁として初めて認めた他、立法不作為に対する司法的救済に関する様々なエッセンスを含んでおり、理論上・実務上、極めて重要な意義を有する。以下、編集方針に従い、行政法上の論点に絞って解説する<sup>1)</sup>。

### 二 地位確認訴訟

後述するように、本判決によれば、審査法の解釈に基づいて、X<sub>1</sub>が次回の国民審査において審査権を行使しうる地位にあるとは認められない。これまでの下級審判決もこの点の結論を同じくするが、下級審判決は、それゆえに地位確認訴訟は法令の適用により終局的に解決できないという意味で法律上の争訟に当たらない（東京地判平23・4・26判時2136号13頁（以下「23年東京地判」）、本件第一審判決）、又は有効適切な手段でないとして（本件控訴審判決）、いずれもこれを却下してきた。

しかし、地位がないという上記の結論自体、法令の解釈適用の所産であり、また、地位がないことを理由に却下するのは本案の先取りであるから、いずれも妥当でない。

これらの点さえクリアされれば、本件は在外選挙権に係る最大判平17・9・14（民集59巻7号2087頁。以下「17年最判」）と事案の構造を同じくしており、本件地位確認訴訟にも同様に確認の利益は認められよう<sup>2)</sup>。

詳しい判示はないものの、本判決はこのような理由で本件地位確認訴訟を適法としたものと考えられる。

次に本案部分について、本判決は「国民審査法4条、8条により……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のであるから」と述べるのみで、棄却の理由を詳細には示していない。

審査法が在外審査権の行使を認めていないのはその通りであるとしても、本判決は、憲法は「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」とも判示しており、憲法を踏まえた審査法の解釈により  $X_1$  に地位を認める可能性は模索されてしかるべきである。例えば、審査法 8 条は国内審査権について定めるのみならず、在外審査権を積極的に排除する内容をも含むと捉えた上で、同条を違憲無効とし、憲法及び審査法 4 条等から地位を認める（一部無効）、あるいは、同法 8 条は在外審査権の定めを欠いた立法不作為の状態にあるとして、憲法の規定に照らし、これを在外国民にも拡張的に適用する（合憲拡張解釈）といった解釈がありえ<sup>3)</sup>、現に  $X_1$  はこれらを主張していた。

にもかかわらず、本判決がこれらに言及せず上記判示にとどめたということは、本判決は端的に、審査法の立法者が在外審査権について何ら定めを置かなかった以上、裁判所がそのどこかを切ったり（一部無効）、引き延ばしたりして（合憲拡張解釈）、地位を導くことはできないとしたものと考えられる。審査法には上記解釈が成立する素地自体がないという判断である。憲法上の審査権は制度形成を求める基本権であり、それを現実に行使しうる地位は法律による具体化を待って初めて生じるという基本権理解<sup>4)</sup>を前提に、これを違憲の法律に対する司法審査の局面においても厳格に貫徹し、立法府への司法介入を慎重に回避したものとみられる。

### 三 違法確認訴訟

本件違法確認訴訟は、 $X_1$  の主張にも現れている通り、 $X_1$  の審査権を侵害している点で審査法が違法であることの確認を求める訴えと同義であり、ダイレクト・アタック型（行為の違法確認型）の確認訴訟<sup>5)</sup>である。この種の確認訴訟が事案により可能であることは、すでに 17 年最判で示されており、審査法についても、23 年東京地判や学説<sup>6)</sup>はその可能性を示唆していた。本判決はこれを適法とした初めての最高裁判決である。

一般に、この種の確認訴訟の難点として、事案や請求の仕方により、①自己の権利益と無関係な抽象的規範統制となる場合があること（法律上

の争訟）、②地位確認の前段に位置する争点を争うものとして請求の具体性や紛争解決の直接性を欠く場合があること（確認の利益）、③立法権への過剰な司法介入となるおそれがあること（三権分立）が指摘される<sup>7)</sup>。

本件でこれらの点がクリアされたのは、本件違法確認訴訟は  $X_1$  に現に生じている審査権侵害を排除するための主観訴訟といえること（①）、現行法上、地位の積極的確認までは認められない一方で（確認対象の適否）、現在の危険・不安としてすでに審査権侵害が生じており、権利の性質上、事後的な回復ができず（即時確定の利益）、認容判決が下されたならば、憲法尊重擁護義務に基づく救済が期待でき、有効適切な救済手段といえることによる（方法選択の適否：②）。三権分立の点については、抽象的規範統制／具体的権利救済という軸でみた場合、たしかに一般的には、違法確認訴訟は地位確認訴訟に比して前者に近接し、立法権との緊張をより先鋭に孕むものとなる。しかし、立法不作為事案における具体的権利救済としての（つまり、①・②から確認の利益が認められた）違法確認訴訟に限定してみれば、違法確認訴訟は、地位確認の前提問題たる現行法の違法を確認するにとどめ、その後の対応は立法に委ねる点で、立法権に対しより謙抑的といえる（③：宇賀補足意見参照）。

なお、本件違法確認訴訟については、公権力の行使としての立法行為に対する不服の訴訟として、法定外抗告訴訟に当たるとみる余地もあったが（23 年東京地判参照）、本判決は明示的に公法上の当事者訴訟との性質決定をしている。処分以外の不利益の予防を目的とした義務不存在確認訴訟を当事者訴訟として構成した最一小判平 24・2・9（民集 66 巻 2 号 183 頁）を経て、最高裁は、実質的に処分を争うもの以外は当事者訴訟とする立場を確立したとみてよい。

### 四 2つの確認訴訟の関係

17 年最判は、地位確認訴訟が認容される場合には違法確認訴訟の確認の利益は否定されるとしたが、本判決は、違法確認訴訟が認容される場合には地位確認訴訟の確認の利益は否定されとはしていない。これは、両訴訟は、確認の利益の次元において唯一最適な確認対象をめぐって競合する二者択一的な関係にあるのではなく、それぞれ

独立して、当該危険・不安に対し当該訴訟が有効適切かという観点から確認の利益を認定しうる並立的な関係にあるということを示している。17年最判において違法確認訴訟の確認の利益が否定されたのは、地位確認訴訟が認容される以上、その前提問題のみを扱う違法確認訴訟は必要性・実益を欠くからに過ぎない。

とはいえ、最終的に認容されるのはどちらか一方である。この点につき、本判決は17年最判と相まって、部分的立法不作為は地位確認、全面的立法不作為は違法確認という「二分論」を示したものと評されている<sup>8)</sup>。もっとも、17年最判の事案においても、違憲部分を無効にするだけで現実には選挙権を行使できるようになるわけではなく、選挙区等の詳細な立法がさらに必要となるという意味では違法確認の線もありえたところであり<sup>9)</sup>、他方、本件においても、各種合憲解釈に基づく地位確認の線は少なくとも理論上はありえた(上記二)。

その意味で、問題は一見して直ちに二分できるほど単純ではなく、救済手段の弁別には、地位を認めうる基本的決定が法律から読み取れるか、合憲拡張解釈が立法者意思に反しないかといった微妙な個別法解釈が不可欠である<sup>10)</sup>。思考省略的な「二分論」という言葉だけが一人歩きし、事案に適切な救済や豊かな理論形成の芽を摘まないか、注視が必要である。

ひとまず本判決からは、確認の利益を大らかに認め、救済できるところで救済するというメッセージのみを受け取っておきたい。

## 五 国家賠償訴訟

立法行為に係る国家賠償請求について、判例はこれまで、立法行為は原則として国賠法上違法とならず、例外的にのみ違法となるという大枠を一貫して採用し、その例外に当たる場合のバリエーション(例示)を事案に応じて都度、定式化してきた。本判決は、大枠・例示ともに前例を踏襲するものであるが、例示の引用の仕方にやや新味がある。

本判決が挙げる「法律の規定が……怠る場合」(後ろの「など」を除く部分)は、再婚禁止期間の改廃不作為が問題となった最大判平27・12・16(民集69巻8号2427頁)を引用したものであり、消極的権利を侵害する立法の改廃に係る不作為を念

頭に置いた例示と考えられる(以下「27年最判例示」)<sup>11)</sup>。

他方、27年最判例示について、本件のような積極的権利の行使を実現する立法の不作為をも包括した、立法行為に係る国賠違法の「全体的な判断の枠組み」と捉える見解も存在し<sup>12)</sup>、本件第一審・控訴審判決がそうしたように、本件でも27年最判例示のみを挙げ、これに当てはめるという道筋もありえなくはなかった。

しかし、27年最判例示のこのような用法は、前述したその本来の用法とは異なるため、本判決は、本件にヨリ適合的な17年最判の例示(「国民に……これを怠るとき」)を引用し、これに本件事案を当てはめている。本判決により、27年最判例示と17年最判例示のそれぞれの意味合いは、より明瞭になったといえよう。

## ●——注

- 1) 憲法上の論点については、木下昌彦「国民審査の憲法理論に向けて」法時94巻9号(2022年)4頁以下を参照。
- 2) 以上につき、渋谷秀樹「在外国民は最高裁判所裁判官国民審査において審査権を行使できるか」ジュリ1538号(2019年)60頁以下、興津征雄「在外国民最高裁判所裁判官国民審査権訴訟意見書」神戸69巻4号(2020年)7頁以下、巽智彦「判解」判評750号(2021年)122～123頁を参照。
- 3) その他の構成を含め、興津・前掲注2)18頁以下が詳細である。
- 4) 曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法教476号(2020年)60頁参照。
- 5) 山下義昭『「行為の違法」確認の訴えについて」公法71号(2009年)227頁以下参照。
- 6) 榎透「判解」法セ689号(2012年)124頁、山崎友也「判解」判評738号(2020年)147～148頁参照。
- 7) 山本隆司『判例から探究する行政法』(有斐閣、2012年)495頁参照。
- 8) 高田倫子「判解」法セ811号(2022年)121頁参照。
- 9) 山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考」論ジュリ29号(2019年)15頁参照。
- 10) 最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁の藤田街靖意見が示唆的である。
- 11) 以上、戸部真澄「判解」新・判例解説 Watch(法セ増刊)19号(2016年)34頁以下参照。
- 12) 上記最大判平27・12・16の千葉勝美補足意見、青井未帆「旧優生保護法の違憲性及びその下で優生手術を受けた被害者への救済立法不存在の違憲性並びに国家賠償法上の違法性について」法セ775号(2019年)49～50頁参照。曾我部・前掲注4)58頁も同最判を「判例の到達点」とする。