

2022 年度名古屋大学学生論文コンテスト

佳作受賞

在外邦人国民審査訴訟違憲判決の憲法学的意義

法学部 2 年 小滝 俊太郎

在外邦人国民審査訴訟違憲判決の憲法学的意義

1. はじめに

憲法 79 条 2 項は「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行われる衆議院選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行われる衆議院選挙の際さらに審査に付し、その後も同様とする。」と規定し、これを受けて最高裁判所裁判官国民審査法が制定されている（以下国民審査法という）。令和 4 年 5 月 25 日最高裁はこの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が憲法 15 条 1 項、79 条 2 項、3 項に違反し違憲であるであると判断した。本稿の目的は本判決に関する論点を整理し、選挙権・審査権に関する諸判例との比較を通して本判決¹⁾の憲法学的意義を明らかにすることである。

2. 事実の概要

2.1. 事実の概要

本件原告らは国外に住居していて国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民（以下「在外国民」）が在外審査制度の不存在によって平成 29 年 10 月 22 日執行の国民審査において審査権の行使が認められなかったことへの適否等が争われた事案である。

在外国民である第一審原告 X₁は Y（被告・国）に対して主位的（請求 1）に、次回の国民審査において審査権を行使できる地位にあることの確認を求め（以下この請求に係る訴えを「本件地位確認の訴え」という）、予備的（請求 2）に Y が X₁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を求めた（以下、この請求に係る訴えを「本件違法確認の訴え」という）。また平成 29 年 10 月 22 日当時に在外国民であった第一審原告らは Y に対し、国会において在外国民に審査権の行使を認める制度（以下「在外審査制度」という）を創設する立法措置が取られなかったこと（以下「本件立法不作為」という）により同日に施行された国民審査（以下「平成 29 年国民審査」という）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、国家賠償請求法 1 条 1 項に基づく損害賠償を求めた。（請求 3）

争点

- ① 本件地位確認の訴えの適法性²⁾
- ② 在外審査制度の不存在の憲法適合性
- ③ 立法不作為による国家賠償の成否³⁾

2.2. 訴訟の経過

第一審（東京地判 2019・5・28）は①本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えについて、いずれも法律上の争訟に当たらないとしてこれを却下する一方、②本件立法不作為は平成 29 年国民審査の当時において、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けるとして、損

害賠償請求を一部認容した（一人当たり 5000 円）。他方原審（東京高判 2020・6・25）は①本件地位確認の訴えについて、確認の利益を欠くとして、これらを却下すべきものとした上で、②本件違法確認の訴えについては公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴 4 条）として適法であるとし、その請求を認容する一方、③損害賠償請求に関してはその全部棄却すべきものとした。

3. 判旨要旨

本件地位確認の訴えについては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な手段であると認められるとされた。本件違法確認の訴えについては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と認められる。としたうえで、このように解しても、上記の通り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こと等に照らすと、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ころであるから、現に在外国民である第一審原告 X₁に係る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ということができると判示した。

最後に本件立法不作為について本件立法不作為は平成 29 年国民審査の当時において、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けるものというべきであると判示し以上から原判決中第一審原告らの損害賠償請求を全部棄却すべきものとした部分を破棄し、第一審被告の控訴、第一審原告らのその余の上告、第一審被告の上告及び第一審原告 X₁の付带上告を棄却した。

4. 本判決に関する考察

4.1. 国民審査の法的性質

国民審査をはじめとする審査権が選挙権と同等の保障を受けるべき基本権であるかについて検討する。選挙権は国民固有の基本権であると解されており、最高裁平成 17 年 9 月 14 日判決（以下平成 17 年判決）⁴⁾でその性質について「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなすものであり、民主国家においては一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。」と述べその重要性を強調した。仮に審査権が選挙権と比したときに、その国民固有の基本権としての性質が劣るのであれば審査権については選挙権規制の憲法適合性で見られる厳格な基準ではなく、より広範な立法裁量が認められるべきであると言える。

国民には固有の権利として公務員の選定罷免権が認められており（憲法 15 条 1 項）、本判決では国民審査権がこの選定罷免権の一つであると明示された。しかし、過去に最高裁は国民審査制度について「最高裁判所裁判官任命に関する国民審査の制度はその実質において所謂解職の制度と見ることが出来る。⁵⁾」と判示しており「選定」ではなくあくまで「リコール」としての制度であると解釈した。規定に着目してみても、選挙権は憲法 15 条、43 条 1 項、44

条但し書きで詳細に規定されているのに対して、審査権については「国民審査制度」に言及する79条2項を除いて、国民にそれを保障する憲法の明文の規定はないため、制度上、審査権が選挙権と同様の保障を想定していないと解することもできる。本判決で最高裁は「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行使することができなければ意味がないと言わざるを得ず…」とした上で、「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機能の一内容である点において選挙権と同等の性質を有する。」とし選挙権と審査権の国民主権からの帰結という側面を強調し性質は同様であると明示した。

しかし、東京地判平成23年4月26日判決⁶⁾（以下23年判決）では国政選挙における選挙権と国民審査との憲法上の位置づけの相違について「選挙権は、国民主権に立脚する我が国において、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利であり、議会制民主主義の根幹を成す権利であって、上記判決（在外邦人選挙権訴訟判決）も選挙権が上記のような権利として位置づけられていることを重視している。…国民審査についても、具体的な規定は憲法79条2項のみであり、選挙権に関する諸規定（憲法前文、1条、43条1項、44条但し書き参照）と比較して、規定ぶりが全く異なっており、在外国民を含めた成人国民の投票資格があることが規定されているものではない。また、国民民主主義や議会制民主主義を採用している諸外国においても、最高裁判所や憲法裁判所の裁判官に対する国民審査の制度を採用している国家は少数であることから見ても、議会制民主主義の根幹をなす選挙権とは位置づけが相当異なる制度であることは明らか」と言及しており一見矛盾を抱えた判例変更のように感じられる。しかし、最高裁の判断枠組みは「制度」は異なっても「性質」は同じであるというものであり、審査権について選挙権との「同様の趣旨」という側面のみに着目することでより広く審査権を保障するものである、というのが本判決の最高裁の立場である。この最高裁の解釈には一定の説得力があるものの、本判決で制度的差異について言及することなくその点を完全に捨象したことには疑問が残る。

4.2. 在外審査制度の実質的必要性

在外国国民審査制度の実質的必要性について検討する。本判決では「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ところ、憲法は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である（憲法81条）などの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ものである。」とし、審査権を国民主権の帰結であると位置づけている。23年判決でも選挙権に関する憲法の規定（15条3項及び4項、44条但し書き）及び投票の機会の平等の要請の趣旨は国民審査における審査権についても及ぶとし、とりわけ機会の平等について強調した。選挙権の権原に注目してみると、本判決並びに17年判決では主に①国民主権原理と②民主主義原理の帰結の2つに言及されており、最高裁はこの二つをあえて分けて考える立場には立っていないと解釈できるが、どちらの面を強調するかで保障の程度が若干異なることについては検討の余地があると考えられる。前者の考えではその保障はより広範なものになり「主権の存する国民」であればそれ以外の事情は一切

考慮することなく認められることとなる。しかし後者だけに注目すればその射程において地域性が強調され、「住所」などが考慮材料に含まれる余地があり、結果的に保障の幅が狭くなる可能性がある。本件で考えてみると後者の面を最大限考慮するのであれば、現に海外に住んでいる又は今後住もうと考えている国民が最高裁判所裁判官について審査を行うことを保障することが「自分たちのことは自分たちで決する」という民主主義上の直接的要請であるとは言えないと評価することも可能であり、この論点は審査権行使が民主主義的帰結か国民主権的帰結かによって結論を異とする問題であると評価できる。本稿では前述した「制度」としての審査権行使に意義があるという観点からも前者の国民主権原理の立場に立つものである。

4.3. 立法不作為に対する国家賠償請求

立法不作為に対する国家賠償請求の成否について検討する。本判決でも引用されている在宅投票制度廃止事件判決⁷⁾（以下昭和60年判決）では立法行為の（不作為を含む）違法該当性について「国会議員は、立法に関しては原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定しがたいような例外的な場合でない限り国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない。」という判断基準を示した。

対して成17年判決では「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とることが必用不可欠であり、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1条1項の評価上違法の評価を受けるべきである。」という違憲判断のハードルが低い基準となり本判決もこの基準に依拠する形となった。これらの判決に共通する部分は違憲判断が「例外的」な場合に限るという判断枠組みである。例外的と判断された平成17年判決・本判決と、されなかった昭和60年判決、平成23年判決とではどこが判断を分けたのかについて検討する。

4.3.1. 昭和60年判決との比較

昭和60年判決で最高裁は「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存在しないばかりでなく、かえつてその47条は『選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は法律でこれを定める。』と規定しているのであつて、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であることは当裁判所の判例とするところである。」とし立法裁量⁸⁾を認めた。まず2つの事例のうち権利侵害の様態について注目する必要がある。本判決と17年判決は日本に居住していないこと自体が審査権（選挙権）の行使の要件を満たさないとする公職選挙法や最高裁判所裁判官国民審査法の規定について争われたもので、住所による差別が合理的区別に基づく

ものであるかどうか、憲法 44 条但し書きとの間で直接問題となる事例である。

対して昭和 60 年判決は権利の行使に直接的な制限を設けたわけではなく、疾患を理由に実質的に権利を行使できない者への救済の是非を問題にしているのであって、同じ「投票不可能」という事態でも、同じ事例であると評価することはできない。この点について神橋(2008)は前者を「絶対的不可能」後者を「相対的不可能」と位置づけ規制様態の別次元性を強調した。であるとすれば行使そのものへの直接的規制である前者に厳格な違憲審査基準が適用され、在宅投票という具体的「制度」設計に関する後者については立法裁量が認められたことは当然であるといえる。

次に過程の違いに注目して考えると 2 つの判決で審査基準について大きな変更はなかったとみることできる。2 つの判決について立法裁量を前提に評価したとしても、前者は在外投票制度設計が一度議題に上がったのにもかかわらずそれを放置したという事実が裁量故の責任として評価され、後者は理由があつて法律を廃止したことへの「相当の理由」の推定が裁量の範囲内であったと評価されたと判断できる。司法は立法のことには関与しないという消極的な立法裁量ではなく裁量故の責任に着目して立法裁量を積極的にとらえれば判断は分かれてしかるべきであると考えられる。後者の考え方は行政裁量⁹⁾の統制理論の一つである「判断過程統制」を立法裁量における裁量統制に用いるべきであるという近時の学説に依拠するものである。

4.3.2. 平成 23 年判決との比較

平成 23 年判決では在外邦人に審査権を認めていないことの憲法適合性について「重大な疑義があつた」としたものの違憲との判決は出さなかつた。その理由として①選挙権との憲法上の位置づけの違い②議論の蓄積不足③技術的問題点等を挙げるが、在外国民の選挙権について判断を示した平成 17 年判決から 4 年弱しかたつておらず「憲法上要請される合理的期間内に事態の是正がなされなかつたものとまでは判断できない」としていわゆる合理的期間論を採用し当該立法不作為は国賠法上違法ではないと評価した点が本判決との間で重要である。この合理的期間論に注目すれば、立法行為又は立法不作為はそれが改善の必要ありと判断された事態であっても相当の時間的経過をもって初めて国賠法上違法の評価をうけることとなる。本判決は平成 17 年判決からすでに 17 年がたつており事態の改善に必要な合理的期間はすでに経過したと評価されたことが違法判断につながつたと考えれば 2 つの判決の間に矛盾はないといえる。

5. 違法確認の訴えについての平成 17 年判決との比較

本判決と 17 年判決では違法確認の訴えの適法性について異なる判断がなされた。17 年判決では認められず、本判決では認められたところ、本判決で「17 年判決の趣旨に沿う」と判示された。結論は異なるが趣旨は同じというこの判断枠組みについて検討していく。

違法確認の訴えは行政事件訴訟法 4 条に基づく当事者訴訟の一形態であり、訴訟物が「公法上の法律関係」である点で民事訴訟と区別される¹⁰⁾。確認訴訟は前提として公法上の法律関係に関する争訟である必要があり、加えて確認の利益が認められること、争訟解決のため

に有効適切な手段であることが必要であると平成17年判決で判示された。17年判決では「他により適切な訴えについてその目的を達成することが出来る場合には、確認の利益を欠き不適法である」としており、「有効適切な手段である」ことをすなわち「確認の利益」であると解しており、その他の確認の利益については検討することなく不適法であるとした。対して本判決では、①違法確認が認められた場合、国会において裁判所がその旨の判断が尊重され是正が期待されること②認められたとしても国会の立法裁量に不当な影響を与えるものではないことを挙げ確認の利益を認め適法であるとした。2つの判決では違法確認の訴えに関して異なる結論とはなったものの「確認の利益」を前提とした判断枠組みは共通するものでありその点同様の趣旨であると考えられる。

6. 本判決の意義

本判決は一見してみれば、平成17年判決を念頭に置くものであり、在外国民に対して選挙権が認められているのであれば審査権についても認められてしかるべきであるという形式的な方法でも判断できそうである。しかし本判決では正面から審査権の法的性質について検討し、選挙権と同程度の保障がなされるべきであると判断し、審査権に対しての裁判所の態度を明らかにした点で意義深いものであり、過去の判例と一線を画するものであったと評価できる。本判決は行政法的な観点からも立法不作為に対する救済手段としての違法確認請求を認めた点で意義深いものであったが、本判決が「違憲判決」である以上やはり憲法学的に有意義な判決であったといえる。国民審査はその制度が始まって以来、一人も罷免された裁判官がおらず、度々その制度の形骸化が指摘されてきた。裁判所が判示するように、審査権が選挙権と同様に国民主権的な性質を有するのであれば、我々国民は主権者として審査権についても適切に行使することが求められることになる。最後に本判決が国民一人ひとりにとって国民審査制度のあり方について考える契機となることを願うばかりである。

注

- 1) 『最大判令和4・5・25民集』76(4):p.711。
- 2) 「地位確認の訴え」は行政事件訴訟法4条に基づくものであり公法上の法律関係の確認を求めるものである。①即時確定の現実的必要性(紛争の成熟性)②確認対象選択の適切性③確認訴訟という方法選択の適切性(訴訟類型選択の補充性)を考慮した確認の利益がない場合は不適法却下される(櫻井・橋本、2019、p.350)。
- 3) 公権力の行使に基づく損害の賠償責任及び求償権について定めた国家賠償法1条1項の適用につき、立法行為(不作為を含む)が公権力の行使に当たるかについて学説上議論が存在するが、近年最高裁は一定の基準を示し(後述)本判決もこの基準に依拠した。
- 4) 『最判平成17・9・14民集』59(7):p.2087。
- 5) 『最判昭和27・2・20民集』6(2):p.122。
- 6) 『東京地判平成23・4・26判時』2136:p.13。
- 7) 『最判昭和60・11・21民集』39(7):p.1512。

- 8) 生存権について立法裁量を採用した堀木訴訟（『最判昭和 57・7・7 民集』36(7)：p.1235。）で「憲法 25 条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるを得ないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわざるを得ない。」と判示され裁量権が認められ場合、裁判所は立法府の裁量権の逸脱について判断を行い、その結果逸脱が認められた場合のみ違憲の判断を行うという立法裁量に関する枠組みが提示された。選挙権について最高裁昭和 51 年 4 月 14 日大法廷判決（民集 30 卷 3 号 2 2 3 頁）は「国会議員両議院の議員の選挙については議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし（43 条 2 項・47 条）、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的な決定を原則として国会の裁量にゆだねているのである。」とし選挙権行使の具体的な制度設計については立法裁量の範囲内であるとした。
- 9) 行政裁量とは行政法分野で用いられる概念であり、本稿ではその詳細については解説する必要はないと判断し議論の理解を深めるための一応の定義を示すにとどめるものとする。行政裁量とは「法律が、行政機関に独自の判断余地を与え、一定の活動の自由を認めている場合のこと。」（櫻井 2019）であり裁量統制原理としては行政事件訴訟法 30 条が「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と規定しており自由裁量行為であっても裁判所はその裁量権の濫用・逸脱の有無については審査を行うことが可能であり逸脱・濫用が認められる場合には裁量処分も裁判所により取り消されると解されている。（『最判昭和 53・10・4 民集』32(7)：p.1223.）
- 10) 櫻井敬子・橋本博之（2019）.『行政法（第 6 版）』弘文堂。

[参考文献]

- 大竹敬人(2022)「最高裁判所裁判官国民審査法が在外国民に最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査に係る捜査権の行使を全く認めていないことと憲法 15 条 1 項、79 条 2 項、3 項ほか」『ジュリスト』1577(11)：116-22。
- 岡室悠介(2013)「在外国民の最高裁判所裁判官国民審査権 東京地判平成二三年四月二六日」『大阪法学』63(1)：173-86。
- 神橋一彦(2008)「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求について—行政救済法における『違法』性に関する予備的考察をかねて—」『立教法学』75：102-3。
- 興津征雄(2022)「立法不作為の救済手段としての確認訴訟—最高裁令和 4 年 5 月 25 日大法廷判決(国民審査訴訟)をめぐって」『ジュリスト』1576(10)：112-7。
- 山崎友也(2022)「在外邦人国民審査権訴訟上告審判決」『法学教室』506(11)：54-60。
- 櫻井敬子・橋本博之(2019)『行政法 第 6 版』弘文堂。
- 笹田栄司・亘理格・菅原郁夫編(2000)『司法制度の現在と未来—しなやかな紛争解決システムを目指して』信山社。
- 本秀紀編(2018)『憲法講義[第 2 版]』日本評論社。