

〔判例研究〕

在外国国民審査権制限事件最高裁大法廷判決

(最大判令和4年5月25日・民集76巻4号711頁)

井 口 秀 作

(Case Study)

Decision of the Japanese Supreme Court on May 25, 2022:

Constitutionality of ACT on National Review for Judges of Supreme Court

IGUCHI, Shusaku

〔事実の概要〕

国会の両議院の議員の選挙については、平成10年の公職選挙法改正により在外選挙制度が設けられ、また、在外国国民に対する選挙権制限を違憲と判断した平成17年9月14日最高裁大法廷判決¹⁾(以下、「平成17年判決」という)を経て、平成18年公職選挙法改正により比例代表選出議員に係る選挙だけではなく衆議院議員小選挙区選出議員及び参議院議員選挙区選出議員に係る選挙についても在外国国民にも選挙権の行使が認められている。しかしながら、最高裁判所裁判官国民審査(以下「国民審査」という)については、在外国国民が審査権を行使できる制度が未整備なままであった。

そこで、在外国国民であるX1は、Y(国)に対して、主位的に、次回の国民審査において審査権の行使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」という)、予備的に、YがX1に対し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、「本件違法確認の訴え」という)。また、平成29年10月22日当時在外国国民であったX1～X5²⁾は、国会が在外国国民に審査権を行使することができる制度

1) 最大判平成17年9月14日・民集59巻7号2087頁。

2) X1以外の原告は、その後帰国したため、第1審判決以降に、本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えを取り下げている。

(以下「在外審査制度」という)を創設する立法措置がとらなかったことから、同日施行された国民審査(以下、本件国民審査という)において、国民審査に係る投票用紙が交付されず、投票することができなかった。そこで、精神的苦痛を被ったとしてYに対して国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた。

本件第1審³⁾は本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えを、いずれも法律上の争訟に該当しないとして却下しつつ、損害賠償請求については一部認容した。原審⁴⁾は、本件地位確認の訴えについては確認の利益を欠き、これを却下すべきとし、本件違法確認の訴えは適法として、その請求を認容し、損害賠償請求については全部棄却した。本件第1審及び原審は、確認の訴えの適否や、損害賠償請求の当否については、異なる判断を示しているが、いずれも、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めないことが憲法に反すると判断した。

なお、本件に先立って、別の原告により類似の訴訟が提起されており、平成23年4月26日の東京地裁判決(以下、「平成23年判決」という)⁵⁾は、在外国民に審査権行使を認めないことの憲法適合性については「重大な疑義があったものといわざるを得ない」としつつ、「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ったものとはまでは断定することはでき」ず憲法に反しないとし、本件地位確認の訴えと同様の地位確認の訴えについては法律上の争訟には該当せず不適法として却下し、国家賠償請求については棄却していた⁶⁾。

[判旨(本評釈に関する部分のみ)]

本件地位確認の訴えについては棄却相当、本件違法確認の訴えについては認容、国家賠償請求については一部認容。

1. 国民審査法の諸規定及びその解釈から、「現行法上、在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている状態といわざるを得ない」。

2. 憲法は国民主権(憲法前文・1条)、公務員の選定・罷免権(憲法15条1項)に基づき、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国民審査制度(憲法79条2項・3項)を設けている。これにより、憲法は、違憲審査権を有する終審裁判所であることなど「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」。「審査権が国民主権

3) 東京地判令和元年5月28日・判時2420号35頁。

4) 東京高判令和2年6月25日・判時2460号37頁。

5) 東京地判平成23年4月26日・判時2136号13頁(確定)。

6) 本件違法確認の訴えに相当するような違法確認の訴えはなされていなかった。

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」。

3. 以上の憲法の趣旨から、「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、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ない」。「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ず、このような事由なしに審査権の行使を制限することは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するといわざるを得ない。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立法措置をとらないという不作為によって国民が審査権を行使することができない場合についても、同様である」。在外国民は、「現行法上、審査権の行使を認める規定を欠いている状態にあるため、審査権を行使することができないが、憲法によって審査権を保障されていることには変わりがないから、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所要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認められる場合に限り、当該立法措置をとらないことについて、上記のやむを得ない事由があるというべきである」（以上につき、平成17年判決参照）。

4. 国民審査法が原則としている投票用紙の調製や投票の方式に関する取り扱い等を前提とすると、「在外審査制度を創設することについては、在外国民による国民審査のための期間を十分に確保し難いといった運用上の技術的な困難があることを否定することができない」。しかしながら、「審査権と同様の性質を有する選挙権については」、「在外選挙制度の下で、現に複数回にわたり国政選挙が実施されていることも踏まえると、上記のような技術的な困難のほかには在外審査制度を創設すること自体について特段の制度的な制約があるとはいえない」。国民審査法16条1項が、点字による国民審査の投票を行う場合には、記号式投票ではなく、自書式投票によることとしていることからすると、「在外審査制度において、上記のような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」く、「具体的な方法等のいかんを問わず、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ない」。そうすると、「在外国民の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。」よって、「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項に反する。

5. 「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」、本件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と認められる。本件地位確認の訴えは不適法であるとした原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるといわざるを得ない」。しかし、「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」、本件地位確認の訴えに係る請求は棄却すべきものである。

6. 本件違法確認の訴えは、「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違憲であることを理由として」、原告が「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違法であると主張し、その確認を求めるものであり、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る。」

7. 憲法79条4項は、国民審査に関する事項は法律でこれを定める旨規定しているが、同条2項及び3項からすると「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。そのため、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、在外国民につき、具体的な国民審査の機会に審査権を行使することができないという事態が生ずる場合には、そのことをもって、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えることができる。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ものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものである。加えて、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違憲であることを理由として、国が個々の在外国民に対して次回の国民審査の機会に審査権の行使をさせないことが違法であると主張され、この点につき争いがある場合に、その違法であることを確認する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と認められる。」このように解しても、「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。」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り」、このことは平成17年判決の趣旨に沿うものと解される。

8. 国民審査法が在外国民に審査権を全く認めていないことは憲法に反するのであるから、「本件違法確認の訴えに係る請求は理由があり、これを認容すべきである。」(国家賠償請求に係る判旨は省略。宇賀克也裁判官による補足意見がある。)

〔評 釈〕

一 はじめに

本判決は、実体的な憲法判断においても、憲法訴訟的な場面でも、いくつか興味深い判断を示している。本稿は、そこからいくつか論点を取り出して、若干の検討を加えようとするものである。なお、紙幅の関係で、国家賠償法上の違法性の判断に関する部分は割愛する。

二 「立法不作為」による「審査権行使」の「制限」

平成17年判決が「選挙権又はその行使」という言い方をしていたことに倣って、本判決も「審査権又はその行使」という言い方をして、そのうえで、本件事案を審査権行使の制限と捉えている。

法廷意見は、特に審査権について定義をしていない⁷⁾。選挙権とは、「選挙に参加しうる資格または地位」⁸⁾であり、選挙に際して投票を行うことが「その行使」である、という区分を平成17年判決は前提にしていたと思われる。これに従えば、審査権とは、「国民審査に参加しうる資格又は地位」であり、国民審査に際して、投票を行うことが「その行使」ということになる。本判決は、審査権を、国民審査は解職制度であるとする先例を引用しながら、国民主権と公務員の選定・罷免権によって基礎づけたうえで、憲法が「国民に対して審査権の行使を平等に保障している」としている。本件は、そのような審査権の行使の制限が問題となる事案である。

審査権は、選挙権と同様に、権利を有していても、日常的に自由にそれを行使でき

7) 宇賀補足意見は、「国民審査に参加する権利」という言い方をしている。平成17年判決の「国の政治に参加することができる権利」を意識したものであろう。もっとも、「国民審査に参加する権利」には、法廷意見の「審査権」と「その行使」の双方が含まれているようにも思われる。

8) 長谷部恭男『憲法（第8版）』（新世社、2022年）338頁。

るわけではない。数年に一度しかない国民審査の機会にのみ「その行使」が可能となる。その意味で、本判決が言うように、審査権は「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もの」である。しかも、「その行使」には具体的な制度的な裏付けが不可欠である点でも選挙権と同様である。

本判決は、国民審査法の規定とその解釈を示した上で、「現行法上、在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている状態にある」ことを確認している。在外国民には審査権の行使を可能とする制度が存在しないということであり、在外選挙制度が存在しなかった平成10年改正前の公職選挙法における選挙権と同じ状況である。

このような状態を、「立法不作為」と呼ぶか、「立法不作為」とは概念的に区別される「立法不存在」と呼ぶかは⁹⁾、多義的である立法不作為をどのような意味で用いるかに依存することになるが¹⁰⁾、ここでは一般的に用いられている「立法不作為」という語を用いておく。したがって、本件事案当時、立法不作為により在外国民が審査権の行使ができないという意味で、在外国民は審査権が制限されていたということになるろう。

本判決は、原審の国民審査法に対する違憲判断を「正当として是認することができる」としている。しかし、原審が「存在している権利制限規定」を違憲判断の対象としたのに対して、本判決は「権利具体化法の不存在」を違憲審査の対象としており、違憲審査の対象が異なっているとする指摘がある¹¹⁾。おそらく、本判決の違憲判断の言い回しが「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反する」となっているのに対し、原審は「国民審査法が在外国民の審査権の行使を一切認めずこれを制限していることについては……やむを得ないと認められる事由があったとはいい難く、同法は、憲法15条1項並びに79条2項及び3項に違反する」と述べていることに着目したものであろう。

確かに、原審の判示に「制限していること」という表現があり、違憲とされているのは国民審査法となっているため、国民審査法が審査権を制限し、憲法に反すると述べているように読める。しかしながら、原審も国民審査法の具体的な規定（存在する規定）を取り上げて違憲と判断しているわけではなく、国民審査法が違憲であるといっても、国民審査法全体が違憲と判断しているものでもない。原審のいう「制限」

9) 曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法教476号（2020年）55頁。また、大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学14巻1号（2007年）173-174頁も参照。

10) 違憲審査の対象は立法の内容としての立法不存在、国家賠償法の違法性の審査の対象は、行為としての立法不作為として一応切り分けることができるように思えるが、それほど単純ではないことについては、井口秀作「違憲国賠訴訟における判断構成」大東ロージャーナル13号（2017年）36頁以下を参照。

11) 大石和彦「本判決判批」筑波ロー・ジャーナル33号（2022年）280頁。

とは、結局、「在外国民の審査権の行使を一切認め」ないことであり、それは、本判決の「在外国民に審査権の行使を全く認めていない」と同義である。つまり、審査権を行使できる規定が存在せず、その点で「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めない」ことによって審査権の行使の制限が生じていると捉えている点では、原審と本判決には何ら相違がないはずである¹²⁾。それを前提にして、いずれもが、国民審査法に在外国民が審査権を行使可能となる制度が設けられていないということを違憲判断の対象としているはずである。

要するに、権利の制限が生じていることが重要なのであり、それが、存在する権利制限規定から生じているのか、立法不作為による制度不存在から生じているのかということとは重要ではない、というのが判例の立場であろう。本判決が、審査権行使の制限に対する憲法判断の枠組を作るに当たって、「国が審査権の行使を可能にするための所要の立法措置をとらないという不作為によって国民が審査権を行使することができない場合についても、同様である」と述べているのはこのことを意味している。つまり、「所要の立法措置をとらないという不作為によって国民が審査権を行使することができない」ということも審査権の行使の制限に該当するということである。両議院の議員の選挙について、本件事案における国民審査法と同様の状況にあった平成10年改正前の公職選挙法を「選挙権行使の制限」としていた平成17年判決からすれば、本件の事案を審査権行使の制限と捉えることは極めて当然のことである。

国民審査法が在外審査制度を設けていないということは、在外国民に審査権の行使できる可能性が全くない、ということの意味する。これは、制度はあるがそれが不十分であるから実質的には行使できないということではなく、また、原告に物理的に審査権を行使できない事情があって審査権が行使できず、それを補う制度がないために審査権が行使できない、ということとも異なる。現に、X1～X5は、本件国民審査と同時に執行された衆議院議員選挙では、在外選挙制度として認められている、在外公館での投票、郵便投票、一時帰国時の国内での投票のいずれかによって、実際には、投票を行っている。しかし、国民審査法が「在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている状態にある」ため、X1らは、国民審査にかかわる投票用紙が交付されなかったため、審査権の行使ができなかったものである。

本件における審査権の制限とは以上のようなものであることを予め確認しておきたい。

12) 「立法不作為」・「立法不存在」の場合は「制限」と言わないということであれば、原審の言葉の使い方が不適当であった、ということになるだけであろう。

三 審査権の行使の制限に対する憲法判断

1 審査権行使の制限と厳格審査

本判決は、審査権の保障の趣旨を確認したうえで、憲法が「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」とし、そのような憲法の趣旨から、平成17年判決と同様に「審査権又はその行使の制限」の正当化には、「やむを得ないと認められる事由」を求める厳格な基準で違憲審査すべきことを判示している。

本件第1審及び原審も、「審査権を行使する機会の平等の保障」を導き出し、その制限には平成17年判決と同様の厳格な基準が当てはまるとしていた。その際には、成年者による普通選挙の保障（憲法15条3項）、両議院の議員の選挙人資格についての差別の禁止（憲法44条但書）及び投票の機会の平等の要請（憲法14条1項）の趣旨が、国民審査に及ぶことを論拠としていた。平成17年判決が、投票する機会の平等の保障を導くにあたって、憲法15条3項、同44条但書という憲法の規定を引用したことを踏まえたものであろう。しかし、本判決はこれらの規定に触れることなく、「審査権が国民主権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」と「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」の2点に依拠して、「審査権を行使する機会の平等の保障」を導いている。

この点について、調査官解説は、「選挙権同様、審査権又はその行使の保障に重要な意義があることに鑑み、その制限について、厳格な基準による合憲性の審査がされるべきものと判断したもの」¹³⁾としている。

2 厳格審査の根拠としての選挙権との同質性

審査権が「選挙権と同様の性質を有する」とする点については、国民審査と選挙の違いと両者に関わる憲法の規定ぶりの相違という二つの観点から異論があり得る¹⁴⁾。国側は、そのような観点から、国民審査制度の仕組みの決定に関する広範な立法裁量を主張していた。平成23年判決も、「選挙権と審査権とでは、憲法上の位置づけ等が異なるとの見方にも、全く根拠がないとまではいえない」としていた。確かに、国民

13) 大竹敬人「本判決判解」ジュリ1577号（2022年）117頁。

14) 内野広大「本件第2審判批」速判例解28号（2021年）17頁、高田倫子「本判決判批」法セ811号（2022年）121頁、山崎友也「本判決判批」法教506号（2022年）57頁。

主権の下で普遍的に存在する議会議員の選挙¹⁵⁾と「外国ではあまりその例が見られない特異なもの」¹⁶⁾である日本国憲法下の国民審査が、全く異なるものであることは明らかである。

もっとも、審査権と選挙権に質的な相違があるとしても、そのような相違が、本件事案において、権利の保障の程度や違憲審査のあり方に違いをもたらし、選挙権の制限であれば厳格審査が当てはまり、審査権の制限には広い立法裁量が認められる、ということが必然的に導かれるわけではない¹⁷⁾。原審も、「選挙権と国民審査権がその歴史的沿革等を異にするものであるとしても、選挙権も国民審査権も民主権に根差す重要な権利であることには変わりがなく、憲法上の保障の程度に差異があるものでもない」と判示していた。むしろ、選挙権と審査権の違いが、本件において厳格審査を排除する根拠となるかが、まず検討されなければならない。

そもそも、選挙権に関わる事案であっても、「選挙事項法定主義」を前提に広い立法裁量を肯定するのが、最高裁の判例の基本的な立場である¹⁸⁾。にもかかわらず、平成17年判決は選挙権に関わる事案において、立法裁量を認めず、厳格な基準を適用して違憲審査を行った。したがって、「審査に関する事項は、法律でこれを定める」とする憲法79条4項が「国民審査事項法定主義」を採用しているとしても、そのことが本件について厳格審査が当てはまらない根拠となるわけではない。

平成17年判決については、選挙に関して広い立法裁量を認める判例の趨勢を前提として、「投票権の保障、あるいは投票の機会の保障に関する限り、厳格な審査の下において、この論点に関する限り国会の広い立法裁量の及ぶ範囲から切り取ってしまったという意味をもっているように思われる」¹⁹⁾と指摘されている。本件事案の「審査権の行使の制限」の状況は、平成17年判決の事案における平成10年改正前の「選挙権の行使の制限」の状況と同じである。そのような状況の同一性にも関わらず、選挙権

15) 民主権を正当性の側面から一元的に理解していた樋口陽一ですら、「立法権を持つ議会の少なくとも一院の構成を直接普通選挙によって国民自身が決定できる、ということなしになお『民主権』を語ることは、不可能であろう」と述べていることから明らかである。樋口陽一『憲法1』（青林書院、1998年）70頁。

16) 伊藤正己『憲法（第3版）』（弘文堂、1995年）582頁。

17) 松本哲治「在外日本国民選挙権訴訟判決の射程」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開（下巻）』（信山社、2012年）340頁も同旨。

18) 例えば、最大判昭和51年4月14日・民集30卷3号223頁。国側は、第1審から、選挙に関する広い立法裁量を前提に、選挙と国民審査の違いを指摘したうえで、審査権については「さらに広い」立法裁量が認められると主張していた。

19) 長谷部恭男・田中宗孝・小幡純子「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法廷判決をめぐる」ジュリ1303号（2005年）3頁〔長谷部恭男発言〕。

と審査権の違いから、本件事案について厳格審査が当てはまらないとする帰結を導くことは、判例の立場からすれば、むしろ困難にすら思われる。

学説においても、憲法15条1項の公務員の選定・罷免権を具体化する選挙権の資格と審査権の資格が同質であることは広く認められている²⁰⁾。成年者による普通選挙を保障する憲法15条3項や選挙人資格について「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入」による差別を禁止する44条但書に相当する憲法規定が、国民審査にはないとしても、だからといって、国民審査の審査権の資格について、年齢を30歳以上であることを求めたり、財産又は納税額の要件としたり、あるいは憲法44条但書が列挙する事由による差別が許されるとは考えられないであろう。このことは、国民審査と同様に、上記のような憲法規定が存在しない憲法改正国民投票の場合も同じである。権利を有していても「行使できなければ意味がない」という点でも共通である選挙権と同質である審査権の行使の制限に対しては、厳格審査がなされるべきとすることは、平成17年判決からすれば、極めて当然のことと考えられる²¹⁾。

なお、本判決は、選挙権との同質性に加えて、憲法79条2項が国民審査を衆議院議員総選挙の際に行われることを定めていることを挙げている。これについては、前者だけで十分で後者は「いわばダメ押し」²²⁾と捉えるか、あえて後者も加えていることは、前者だけでは「審査権が選挙権と同様の保障を受けるとは直ちには言い難いと、本判決は考えた」²³⁾とするか、評価が分かれる。憲法79条2項自体が審査権と選挙権の同質性を前提としていると解すれば、後者が前者の根拠の一つになっているということになる。

平成17年判決を前提にしても、本件事案について、選挙権と審査権の区別から、広い立法裁量が語りうるとすれば、国民審査一般から在外国民による国民審査を切り離して、後者については広い立法裁量を認めるという議論であろう。

平成17年判決の横尾和子裁判官と上田豊三裁判官の反対意見は、「我が国の主権が及ぶ国内に居住している国民の選挙権の行使を制限する」場合には多数意見と同様の厳格な基準が当てはまるとしながら、それとは「趣を異にする」「在外国民が選挙権を行使する、すなわち投票をするに当たっては、国内に居住する国民の場合と比べて、様々な社会的、技術的な制約が伴う」として、在外国民にいかなる選挙制度を設けるかについては国会の裁量判断に委ねられているとしていた。

20) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅳ』（青林書院、2004年）61-62頁〔浦部法穂執筆〕。

21) 大石・前掲注11) 277頁も、「至極当然の成り行きと思われる」としている。

22) 木下昌彦「本判決判批」法時94巻9号（2022年）4頁。

23) 篠原永明「本判決判批」令和4年度重判解17頁。

本判決が、選挙権との同質性と国民審査が衆議院議員総選挙の際に行われることを根拠にして、「審査権又はその行使の制限」には厳格な基準による違憲審査がなされるべきとしたことは、上記の横尾・上田反対意見のような、国内に居住する国民と在外国民を区別して、国民審査制度から在外審査制度を切り離して考える、という判断方法を改めて否定したということ意味する。

3 主権者の権能の一内容としての審査権

本判決は審査権と選挙権を「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」同様の性質を有するとした。これは次のような考えであると思われる。

ここでいう主権者とは実定憲法上の有権者団であり、憲法が有権者団に付与した権能が、「主権者の権能」である。選挙権と審査権は、有権者団を構成する個々の国民が、両議院の選挙や国民審査権に参加する権利という点で、「同様の性質」を有する。このように理解すれば、本判決が、国家賠償法上の違法性判断のところで、憲法改正国民投票の投票権も「審査権と同様の性質を有する」としていることも説明がつくはずである。

両議院の議員の選挙、国民審査、憲法改正国民投票は、しばしば「憲法上の機関としての国民の権能」²⁴⁾ や「有権者団の権能」²⁵⁾ として、一つに括られることがある。本判決は、その有権者団を主権者と見立てて、有権者団を構成する個々の国民が有する選挙権、審査権、そして国民投票権を、「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」としたということであろう。

このようにして、審査権、選挙権、国民投票権を「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」同様の性質を有するものとして位置づけたことは、国家賠償法上の違法性の判断にも影響する。本判決は、在外審査制度に関わる法案が提出されていないにもかかわらず、在外選挙制度の実施や国民投票法の制定という事情を加味することで、国民審査法に在外審査制度を設けずに放置した立法不作為を国家賠償上違法となると判断している。

4 「やむを得ないと認められる事由」の不存在

平成17年判決が、在外国民に選挙権の行使を全く認めていなかった平成10年改正前の公職選挙法について、「やむを得ないと認められる事由」がないと判断したのは、

24) 清宮四郎『憲法I（第3版）』（有斐閣、1979年）133頁。

25) 佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』（成文堂、2020年）437頁。

在外投票制導入に伴う「公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関する解決されるべき問題」があるとしても、昭和59年に「選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に在外選挙制度を導入する法案を提出し」ており、その法案が廃案になった後、「国会が、10年以上の長きに渡って在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し」たことに基づいている。これに対して、本判決は、投票用紙の調製と投票の方式から生じる技術的な困難性のみを取り上げて、国民審査法自体が、原則とする記号方式以外の方法を容認していることから、その困難の克服が可能であると判断している。

本判決が専ら投票用紙の調製とそれに関連する投票の方式の問題（限られた期間内に国民審査の対象となる裁判官の氏名を記載した投票用紙を在外公館に届ける等の問題）にフォーカスすることができたのは、両議院の議員の選挙について、既に在外選挙制度が実施されていたからである²⁶⁾。要するに、在外国民に選挙権の行使を認めながら、「主権者の権能の一内容である点において同様の性質を有する審査権」については権利行使を認めないことについて、「やむを得ないと認められる事由」があるかを問い、そこには投票用紙の調製と投票の方式から生じる技術的困難性以外にはあり得ないとしているのである。

そして、そのような技術的な困難性については、国民審査法が原則としていた記号方式以外にも自書式に投票を認めていることのみをもって、国民審査の執行についても責任を負う内閣が在外国民審査に関する法案を提出したというような事実がなくとも、本判決は「やむを得ないと認められる事由」はないと判断した。したがって、本判決の違憲判断の前提は在外選挙の実施である。

したがって、国民審査法は、昭和22年制定以来「在外国民に審査権の行使を全く認めていない」が、それが憲法に反するとされるのは、(小)選挙区選出議員の選挙も対象に含めた在外選挙制度の下で、「複数回にわたり国政選挙が実施されて以降」ということになる、というのが本判決の理解であろう。

四 二つの確認の訴え

1 平成17年判決と本件各請求

X1の二つの確認の訴えは、平成17年判決を踏まえている。主位的請求である本件地位確認の訴えは、平成17年判決で適法な訴えとされた「次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員

26) 宇賀補足意見は、「国民投票法」においても在外国民投票が認められることも挙げている。

の選挙において、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地位にあることの確認を求める訴え」に対応している。また、予備的請求である本件違法確認の訴えは、平成17年判決が、「他により適切な訴えによってその目的を達成することができる」ことを理由として不適法とした「公職選挙法が原告に衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴え」に相当する。

平成17年判決は、ふたつの確認の訴えの適法性をもっぱら確認の利益の観点から判断している。この点について、調査官の回顧によれば、平成17年判決においては、「確認訴訟の適法性」は「最大のハードル」であり、「ある裁判官」による「一種の予防的確認訴訟」として「他に適切な救済の方法がない場合などには許される」という意見に基づき、原告による地位確認の請求の趣旨を「善解」して「次回の選挙」と特定することで、全部認容した、とされている²⁷⁾。二つの確認の訴えに対する本判決の判断は、平成17年判決が「最大のハードル」を越えて切り開いた地平で展開されている。

2 本件地位確認の訴えについて

本件地位確認の訴えについて、本件第1審及び原審は、平成17年判決の事案とは異なり、本件事案においては「在外審査人名簿」のようなものは存在せず、確認が求められている地位が「立法をまたなければ実際に行使できない」地位であるということを通理解としてうえて、第1審は法律上の争訟性を否定し、第2審は確認の利益が認められないとして、いずれも本件地位確認の訴えを不適法として却下した。

これに対して、本判決は、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の有効適切な手段であると認められる」として本件地位確認の訴えを公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係の確認に関する訴えとして適法であると判断した。他方で、国民審査法が在外国民に審査権の行使を認めているとは解されないことから、原告が「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」とすることはできないため、棄却が相当とした。したがって、「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」と認められるかどうかを、下級審が訴訟要件の問題と理解したのに対して、本判決は本案の問題としたということになる²⁸⁾。

27) 杉原則彦「活性化する憲法・行政訴訟の現状」公法研究71号（2009年）196頁以下。

28) 大竹・前掲注13）117頁。

平成17年判決を踏まえれば、本件地位確認の訴えを適法とすることは至極当然の結論である。また、平成17年判決の事案とは異なり、在外審査制度に関する法律規定が全く欠けている本件事案においては、「審査権を行使する地位にある」ということが認められないという結論も妥当と思われる。合憲拡張解釈や一部違憲により本件地位確認の訴えも認容できるとする見解もあるが²⁹⁾、本判決のように、本件違法確認の訴えが認容できるのであれば、あえて地位確認の訴えに強く拘る理由はない³⁰⁾。

3 本件違法確認の訴えについて

原審でも認容されていたとはいえ、本件違法確認の訴えを認容したことは、本判決の最大の意義として強調される場合が多い。もっとも、平成17年判決の調査官解説もその可能性を次のように示唆していた。「本件改正（平成10年の公選法改正のこと。評者注）がなされず、在外選挙制度について定める公職選挙法その他の法律の規定が設けられていなかったならば、本件訴訟の帰すうがどうなったかということについては、当然のことながら、本判決は何らの判断をも示していない。この場合には、在外選挙について定める法律の規定がないことからすると、次回の選挙において在外国民である原告が選挙権を行使できる権利を有することの確認を求める訴えを公法上の法律関係の確認を求める訴えとして認めることはできず、少なくともこれを認容することはできないという考え方もあり得ないではない。しかしながら、在外国民の選挙権行使を認めないという立法不作為が違憲であるということは変わりがないにもかかわらず、本件改正さえされないというより著しい立法不作為の結果、在外国民の権利救済のみちが閉ざされるという結論は、本判決の結論とバランスを欠くものであり、また、違憲立法審査権を有し国民の権利の保護を使命とする司法権の役割を考慮すると、そのような結論は受け入れ難いものというべきであろう。」³¹⁾

本判決も本件違法確認を適法とすることは、平成17年判決の趣旨に沿うものとしていいる。この点、宇賀補足意見は、次のように述べている。「平成17年大法廷判決の違法確認の訴えを不適法とした部分は、違法確認の訴えも法律上の争訟であり、他のより適切な訴えによってその目的を達成することができない場合には、確認の利益が認められるが、当該事件では、地位確認の訴えの方がより適切な訴えであるので、確認

29) 一部違憲判決に基づくものとして、松本前掲注17) 335頁。合憲拡張解釈に基づくものとして、興津征雄「[意見書] 在外国民最高裁裁判官国民審査権訴訟—法律上の争訟及び一部無効（部分違憲）と合憲拡張解釈」神戸法学雑誌69巻4号（2020年）20頁以下。

30) 市川正人「本判決判批」法セ813号（2022年）42頁も同旨。

31) 杉原則彦「平成17年判決判解」最判解民事篇平成17年（下）673-674頁。

の利益が否定されるという趣旨と解するのが自然である。そうであるとすれば、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という解釈は、平成17年大法廷判決の趣旨にも適合していると考えられる。」

本判決は、本件違法確認の訴えについて、以下の諸点を挙げて、それが「有効適切な手段」であるとしている。

ア) 憲法79条2項・3項により「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、イ)「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、在外国民につき、具体的な国民審査の機会に審査権を行使することができないという事態が生ずる場合には、そのことをもって、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えることができる」こと、ウ)「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もの」であり、「侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものである」こと、オ) 違法確認の判決が確定したときは、国会において、裁判所がした違憲である旨の判断が尊重されるものと解されること。

このうち、ア)は違法確認の判決が「国会の立法裁量等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難い」ことを示すものである。イ)は即時確定の利益の存在の論証である。ウ)は、平成17年判決が「選挙権は、これを行使することができなければ意味がない」ことと「権利の重要性にかんがみ」て、地位確認の訴えを適法としたことに相当する。

それに対して、オ)は平成17年判決には見られない判示である。おそらく、立法不作為という事案の特殊性を踏まえて、本件違法確認の訴えの認容が紛争の解決に対して、いかなる意味で「有効適切」かを示そうとしたものと思われる。

この点については、本判決同様に本件違法確認の訴えを認容した原審は、行政事件訴訟法41条及びそれに準用される同法33条1項を引用し、「本件違法確認の訴えを認容した判決が確定した場合には、在外国民の国民審査権の行使を可能とする立法措置を執るべきことになる」と判示していた。行政事件訴訟法33条1項の判決の拘束力が国会に及ぶかどうかについては議論があるが、本判決はこの点にはふれず、上記オ)のような判決の効果を述べている。宇賀補足意見は、行政事件訴訟法33条1項の拘束力が国会に及ばないとしても、最高裁判所が、憲法81条により一切の法律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り、国会議員が、憲法99条により憲法尊重擁護義務を負う以上、国会が上記判決を尊重して立法を行うことを期待

することができ」る、としている。

行政事件訴訟法33条1項に触れていないのは、オ)は判決主文の拘束力とは異なる効力のことを問題にしているからであろう。国会が尊重するのは、確定した違法確認の判決そのものではなく、判決理由中に示された「違憲である旨の判断」である。だからこそ、そこで「期待」される立法は、本件違法確認の訴えに即して、「X1」に「次回」の国民審査において審査権を行使することを可能とするだけでなく、「在外国民」に「今後」の国民審査において審査権を行使することを可能とするものでなければならないことになる。

いずれにしろ、本判示の理解は、今後も議論の対象となろう。この点では、「確認判決が国会に対してどのような効力をもつかは、未解明の問題であり」、「違憲判決の効力論において、判決理由中の判断として違憲判断がされた場合と、確認判決の主文において地位なり違法性なりが確認された場合とで、国会に対する判決の作用が異なるかどうかについては、議論すら見当たらないように思われる」³²⁾という指摘は重要である。

4 地位確認か違法確認か

平成17年判決が地位確認の訴えを認容し、本判決が違法確認の訴えを認容したことにより、地位確認と違法確認の関係が問題となる。本判決は「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」を明らかにした³³⁾、とする指摘もある。しかし、部分的立法不作為と全面的立法不作為は相対的であり、常に、このような機械的な切り分けが可能かは、定かではないというべきであろう。平成17年判決の地位確認の訴えに係る平成10年改正後の公職選挙法が、法律の本則で在外選挙を認めながら、附則でその一部の効力を停止するという、ある意味では特殊な事案であったという点には注意が必要である。

本判決に対して「立法不作為の違憲確認訴訟」が認められたとする評価がある³⁴⁾。しかし、「立法不作為の違憲確認訴訟」は、「訴訟的に難しい多くの問題点がある」³⁵⁾として、学説では否定的にとらえられてきたはずである。仮に、本判決が、「立法不作為の違憲確認訴訟」を認めたものだとすると、憲法学説が提起してきた難点を克服することのできる論証を行ったか、そのような論証なしに認めた（その点で本来学説

32) 興津征雄「本判決判批」ジュリ1576号115-116頁。

33) 高田・前掲注14) 121頁。また、佐々木雅寿「本件第2審判批」令和2年度重判解21頁も参照。

34) 市川・前掲注30) 43頁、松本哲治「本判決判批」憲法研究11号(2022年) 217頁。

35) 芦部信喜『憲法(第7版)』(岩波書店、2019年) 280頁。

から否定的に評価されるべき)ものか、あるいは、学説が想定している「立法不作為の違憲確認訴訟」とは異なるものを認めたのか、のいずれかということになろう³⁶⁾。この点で、本判決は、判決時において、また、それより以前の段階から(遅くとも平成29年10月22日の段階で)、「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」が憲法に反するとしているはずであるが、違法と確認されるのは「次回の国民審査」の時点において、「X1」に「審査権を行使させないこと」であるということとは指摘しておきたい。

さらに、「立法不作為の違憲確認訴訟」は生存権の具体的権利性の論証として用いられることがあるが、本判決が生存権に関する具体的権利説を正当化することになるのかは、慎重に判断する必要がある³⁷⁾。

四 おわりに

本判決は、数少ない最高裁による法令違憲判決に数えられ、未来に向かっては本件違法確認の訴えを認容し、過去については、国家賠償請求を認容した。それゆえに、本判決に対しては、その「画期的意義」を強調する評価が大勢を占めることには十分な理由がある。本判決は、平成17年判決の潜在的可能性を最大限引き出したと評することができよう。

他方で、国民審査については、「この制度ほど実際に機能していないものも、珍しい」³⁸⁾と言われるほど形骸化が指摘されており、本判決が、国民審査制度の実質化に資する可能性も皆無に等しい。在外国民に審査権行使を認められたことだけで、国民審査の結果が大きく変わることはあり得ない。もちろん、そのことが本判決の価値を下げるわけではない。

そもそも、本判決は、国民審査のある意味では当事者と言うこともできる最高裁判所裁判官によるものである³⁹⁾。当事者として、国民審査で罷免されなかったことが、最高裁判所裁判官の地位の正当性を強化することになると考え、一点の曇りもない国民審査を望んでいる、というのは考えすぎであろうか。

36) 君塚正臣「本判決批判」判時2536号(2023年)56頁が、本判決により「『立法不作為の違憲審査』論は、憲法理論的には終わったのである」としているのは、本判決が認めた本件違法確認の訴えは、学説が想定していた「立法不作為の違憲確認訴訟」とは異なるものである、ということの意味すると思われる。

37) 松本・前掲34)219頁は、本判決により、具体的権利説が「おおむね正当であることになった」と指摘している。

38) 浦部法穂『憲法学教室(第3版)』(日本評論社、2016年)369頁。

39) 但し、本判決時点において15人の裁判官全員が既に国民審査を経っていた。