

# 在外国民による最高裁判所裁判官国民審査権 の行使を認めていないことの合憲性 —東京地裁令和元年5月28日判決の検討—

新 井 誠

はじめに

1. 東京地裁令和元年5月28日判決の概要
2. 分析①-国民審査権の行使制限の憲法適合性について
3. 分析②-立法不作為に関する国賠法上の違法について  
おわりに

はじめに

令和元年5月28日に東京地裁は、2017年10月22日執行の最高裁判所裁判官国民審査(以下、国民審査という。)において、当時の在外国民にその国民審査権の行使を認めていなかったことについて違憲判断を行った(以下、令和元年判決、あるいは本判決という<sup>(1)</sup>)。

在外国民の(国政)選挙権の行使を認めていなかったことについて最高裁は、2005年に違憲判断をしている(以下、平成17年判決という<sup>(2)</sup>)。この平

---

(1) 東京地判令和元年5月28日判例時報2420号35頁。評釈等として、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—2019(令和元)年5月28日東京地方裁判所判決をめぐって」ジュリスト1358号58頁、笹田栄司・法学教室469号135頁、堀口悟郎・法学セミナー777号120頁等。担当弁護士による紹介として、谷口太規「在外国民審査権違憲判決の来歴—東京地裁2019年5月28日判決」法律時報91巻9号4頁(以下、2019年)。以下では、本判決を多く引用し、それらは「」(カッコ書き)で示すが、それぞれの引用頁を示すことは割愛する。

成17年判決が提示した選挙権（行使）制限の合憲性を審査するための判断枠組みは、同判決以降、裁判所において選挙（行使）制限に関係する事案の解決を導くためのリーディングケースとなり、注目された<sup>(3)</sup>。その一方で、在外国民の国民審査権の行使制限をめぐることは、従来あまり大きな議論となってきたとはならず、学説でも必ずしも強い関心が払われてきたわけではない<sup>(4)</sup>。

以上の状況のなかで、国民審査権の行使制限について争う裁判が近年になつて見られるようになり<sup>(5)</sup>、二つの地裁判決が示されるに至った。一つが、東京地裁平成23年4月26日判決（以下、平成23年判決という<sup>(6)</sup>。）であり、もう一つが、冒頭に示した令和元年判決である。このうち、この令和元年判決は、最高裁判所裁判官国民審査法が、平成29年10月22日執行の国民審査当時、在外国民であった原告らの同審査権行使を認めてこなかったことについて憲法に違反するとし、加えて、そのような事態を招いているにもかかわ

---

(2) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁（評釈は多数に及ぶので省略）。

(3) 同判決の翌年に示された精神的原因を理由とする投票困難者の在宅投票制度の不在に関する、最判平成18年7月13日判例タイムズ1222号135頁などを挙げておく。

(4) 以下でふれる東京地裁平成23年4月26日判時2136号13頁は、判決理由で「平成一七年大法廷判決の言渡しの時点である同年九月一四日より前の時点においてはもとより、その後、現在に至るまで、憲法のいわゆる研究者等の執筆に係る文献中をも含めて、当事者がその主張において引用し、あるいは、訴訟資料として提出するに足るような議論がいまだ十分にされているとはいいい難い状況にある」（同29頁）とする。

(5) 前掲註(4)17頁の匿名評釈は、同評釈の対象である東京地裁平成23年4月26日判決につき「国会が在外審査制度の創設に係る立法措置を執らなかったことの憲法適合性等が問題となった初めての裁判例として、重要な意義を有する」と評する。

(6) 前掲註(4)。評釈等として、畑尻剛・平成23年重要判例解説14頁、山崎友也・判例セレクト2011〔I〕（法学教室）7頁、松本哲治・新・判例解説Watch10号9頁、榎透・法学セミナー689号124頁、井上典之・判例時報2154号148頁（以上2012年）、岡室悠介・阪大法学63巻1号（2013年）173頁、大沼洋一・自治研究91巻5号（2015年）114頁、行政判例研究会編『行政関係判例解説（平成23年）』（ぎょうせい、2013年）38頁（板崎一雄執筆）、中林暁生・山本龍彦『憲法判例のコンテクスト』（日本評論社、2019年）90頁（山本執筆）等。

らず、長期間にわたって立法を怠ってきたことについて国家賠償法（以下、国賠法）上違法の評価を受けるとして慰謝料を認めたことから、報道などを通じて大いに注目された。

令和元年判決について筆者は、新聞紙上で自身の簡潔なコメントを掲載する機会を得<sup>(7)</sup>、参政権をめぐる別の論稿でもこの問題にわずかに触れたことがある<sup>(8)</sup>。しかし、それらは必ずしも十分な分析であったとはいえず、さらなる別稿での検討を考えていた。以上を踏まえて本稿では、令和元年判決を素材として、在外国民による最高裁判所裁判官国民審査の行使制限をめぐる合憲性を中心に若干検討することとした。なお、これらの判決では、地位確認の訴えや違法確認の訴えの適法性も重要な論点となり、令和元年判決にはそれらに関する大きな問題があることが指摘されているが<sup>(9)</sup>、本稿ではそれらの分析は行わず、本稿では、①選挙権（行使）制限にまつわる問題と、②立法不作為の国賠法上の違法認定にまつわる問題のみ取り上げたい。

## 1. 東京地裁令和元年5月28日判決の概要

### (1) 国民審査権の行使制限の憲法適合性

本判決は、まず、憲法上の権利性に関して、「国民審査権は、憲法15条1項の定める国民固有の権利である公務員の選定及び罷免の権利のうちの一つというべきであるから、公務員の選挙についての成年者による普通選挙の保障（同条3項）、両議院の議員の選挙人の資格についての差別の禁止（憲法44条ただし書）及び投票の機会の平等の要請（憲法14条1項）の趣旨は、国民審査（憲法79条2項、3項）についても及ぶ」とする。

次に、判断枠組みとして、「国民の審査権又はその行使を制限することは原

---

(7) 毎日新聞2019年5月29日朝刊。

(8) 新井誠「参政権保障の諸制度と司法権一判例分析を通じて見出される裁判所への期待」判例時報2413・2414合併号233頁。

(9) 確認をめぐる本判決の処理の問題について、渋谷・前掲註(1)60-62頁参照。

則として許されず、これ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国民の審査権の行使を制限することは、憲法14条1項、15条3項及び44条ただし書の趣旨に反することとなり、審査権を認めた憲法15条1項並びに79条2項及び3項に違反する」。「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」としている（後述するように以上の判断枠組みは、平成17年判決で示されたものが基本的に踏襲されている）。

以上を踏まえ裁判所は、次のあてはめをする。まず、国民審査は記号式投票を用いており、「投票用紙の調製の問題や在外公館への投票用紙の送付に要する期間等を考慮すると、一定の審査期間を確保しつつ国民審査の期日までに作業を完了して開票に間に合わせることは實際上不可能」との被告の主張以外、「在外国民に国民審査権の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に該当し得るような事情は見当たらない」とする。そして、「憲法は、国民審査権の行使につきどのような方法を用いるかについて、法律に委ねており（79条4項）、現行の記号式投票以外の方法を採用することも可能」だとし、「記号式投票は…合理性を有するものの、国民審査権が憲法15条1項の定める公務員の選定及び罷免の権利の一つであり、司法に対する民主的統制の方法として憲法上認められた重要な権利であることに鑑みれば、他の投票方法を採用し、又は併用することにより在外審査制度の実施が可能となるにもかかわらず、記号式投票による投票が不能ないし著しく困難であるという理由により一切投票を認めないことは、不合理」だとする。

加えて、「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、国民審査の公正な実施に留意しつつ、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」とする。また、自書式投票にした場合、「審査人が時間及び手間を要し、投票所における投票が滞ることがあり得るとしても、例えば、投票所における投票用紙の記載場所を多数設けることなどにより対処することが可能と考えられ、また、疑問票が増加し、開票事務が滞るとの点については、自書式投票が採用されている国政選挙の場合と比較して、投票用紙に記載する氏名等の数の多寡はあるものの、問題状況が大きく変わるとは考えにくく、「在外国民の国民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ったということではできない」とする。

以上から、「国民審査法が、前回国民審査当時、在外国民であった原告らの審査権の行使を認めていなかったことは、国民に対して審査権を認めた憲法15条1項並びに79条2項及び3項に違反する」と結論づける。

## (2) 立法不作為に関する国賠法適用上の違法評価について

令和元年判決は、平成17年判決時点で国会は、「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」とする。そして、平成23年判決では、在外国民が審査権を行使できないことの憲法適合性について「重大な疑義があった」旨示されたことから、「遅くとも同判決が言い渡された平成23年4月26日の時点においては、在外審査制度を創設しないことが憲法に違反するに至っていたことは明白となっていた」とする。

そこで本判決は、「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によって在外国

民が国民審査権を行使することができないという事態を生じさせていたこと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、国会において、在外審査制度の創設について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、前回国民審査を迎えたことから、原告らが国民審査権を行使することができない事態に至っており、そのことに正当な理由はなく、「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」だとする。

## 2. 分析①－国民審査権の行使制限の憲法適合性について

### (1) 国民審査権の憲法上の権利性

本判決で最初に注目できるのは、国民審査権の憲法上の権利としての性格に関する説示である。この点につき本判決は、国民審査権を憲法15条1項に定める（国民固有の権利としての）公務員の選定罷免権の一つであると明示している。選挙権は、国政の代表者を選定する場合に関連する権利であるのに対して、国民審査権は、国政における重要職（ここでは最高裁判官）を解職する場合に関連する権利としての性質を有する。それらは、参政権のうち「間接的参政権」に関連する点で共通性が見られる。

他方で憲法15条1項は、公務員の「選定」と「罷免」に関する権能を国民固有の権利として規定するものの、それがいかにして具体的に行使されるのかにつき、必ずしも明確ではない。もっとも、公務員のうち、国会を構成する代表者の選出には、基本的に選挙制度が用意されることが暗黙の前提となっており、同15条3項には普通選挙原則、4項には投票の秘密と無責任、同44条には選挙における投票者の平等取り扱いなどが、それぞれ規定される。そして、これらをあわせて選挙権保障の根拠規定とすることが一般的である。

国民審査については、審査には「投票」という手法が採用されることが前

提(憲法79条3項)となる規定があるものの、この投票に関する普通「投票」原則や平等「投票」原則、国民審査の投票の秘密と無責任等について、憲法上の規定を見ることはない。本判決は、憲法15条3項、4項、44条といった「選挙」に関する諸規定の趣旨が国民審査権に対して及ぶとしている。それは、憲法15条1項で保障される国民固有の権利である以上、選挙と同様に「投票」という手法を取るのであれば、投票に関わる諸原則が保障されるべきだと類推されるからと考えられる。本判決では、こうしたロジックを通じて、国民審査にも平等な「投票」機会(普通「投票」原則)を確保しているが、そのような議論の展開に違和感はない。本判決が、①国民審査権を憲法15条1項に定める国民の公務員選定罷免権のひとつと理解し、②国民審査権の投票に関して、選挙権関連条項の趣旨から同類の平等「投票」原則を確保することについては、一定の評価をしてよい。

## (2) 判断枠組みについて

以上のように、国民審査と選挙権との権利としての同類性を踏まえたことによると推察されるが、本判決は、国民審査権の(行使)制限に関する違憲・合憲の判断枠組みについても、在外国民の選挙権行使制限が問題となった平成17年判決が示した判断枠組みをほぼ踏襲している。

平成17年判決の判断枠組みをめぐることは、その強さからか<sup>(10)</sup>、裁判所によっては同じ選挙権(行使)制限事例であっても、十分な説得的理由もなく「事案が異なる」として、その採用を倦厭する場面に度々遭遇する<sup>(11)</sup>。これに対して本判決は、憲法15条1項の国民の公務員の選定罷免権の一つに国民審査権をカウントしたことで、選挙権と同様の重要な政治的権利と認識することを理由とするのだと思われ、判断枠組みについても選挙権の場合との間で差をつけることはない<sup>(12)</sup>。こうした思考は、至極、当然のことと評価したい。

---

(10) 平成17年判決の判断枠組みをめぐることは、その「厳格な基準の破壊力は凄まじく」との評価を受ける(木下昌彦・判例セレクト2013 [I] (法学教室) 10頁)。

(11) このことについては、新井・前掲註(8) 225頁以下参照。

ところで、この点について被告側は、国民審査権と選挙権との性質の違いとを強調する。その背景には、上述のように、先述の平成17年判決が示す選挙権（行使）制限に関する「やむを得ない事由」の存否に基づく判断枠組みは、厳しい審査基準であると認識されていることから、そこからの逃避を考えたという事情があつてのことだと推察される。それは、従来の選挙権関連訴訟でもよく見られる光景であり、驚くまでもない。

しかし、この点に関する被告側主張として見過ごせない点がある。それは、被告側主張が、当初、「選挙権」と「国民審査権」との性質の差を述べながら、判断枠組みの形成に関する説示に入るにあたっては、何ら留保もなく、選挙「制度」の合憲性判断枠組みの形成の議論へと入る点である。さらに、それを前提に、さらに国民審査「制度」に関する判断枠組みとの差異を見出す論証に入る点である。裁判所によれば、被告側の立場は、次の通りである。

「選挙制度の合憲性は、国会に与えられた裁量権の行使として合理性を有するといえるか否かによって判断され、国会がかかる選挙制度の仕組みについて具体的に定めたところが、憲法上の要請に反するため、上記の裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是正することができない場合に、初めて憲法に違反することになるものと解すべきである。このような判断枠組みは、選挙制度と同様、憲法が法律でこれを定めるものとし（79条4項）、仕組みの決定については国会に広範な裁量が認められている国民審査制度についても同様に当てはまるものであるところ」、

- 
- (12) 本判決の理由によれば、被告側は、「国民審査は、国民主権の観点から重要な意義を持つものではあるが、国民主権原理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制度を採用している国家は少数であることからみても、議会制民主主義の根幹を成す選挙権とは位置付けが相当異なることは明らかである」と主張する。しかし、同制度を採用する国家が少ないかどうかという視点から選挙権とは位置づけが異なるという点が、判断枠組みを変えてよいとする理由とどのように結びついているのか、説明が必要であろう。

審査の憲法上の位置付け、取り分け、国民審査が『リコール（国民解職）』の性質を有するものであり、選挙権とは相当位置付けが異なること、憲法上も、国民審査に関する規定と選挙権に関する規定の規定ぶりが異なっていることからすれば、国民審査制度の仕組みの決定においては、選挙制度の場合と比較して、更に国会に広範な裁量が認められるというべきである」。

ここでは、本件が、「権利」制限の事例なのか、それとも「制度」設計の事例なのかという、本件の事例の本質を切り分けるポイントに関して、明示的な問題意識が見られない。そうであるにも関わらず、「権利」問題から「制度」の判断枠組みへと議論が突如、断りもなく展開される点に注意したい。こうしたロジックの展開は、平成17年判決における判断枠組みを採用するか否かという議論以前の問題であり、平成17年判決の判断枠組みを採用することを主張する原告との間でも、十分な対立軸が成立しない状況を招いている。

本件の裁判所は、この被告側の主張部分に対する明示的なりアクションはないが、これまでの判例に基づいた対話を期待するのであれば、本判決によるそうした被告側の主張に関する「無視」は、当然の措置であったといえる。

(3) 「やむを得ない事由」の有無について

上記判断枠組みに沿って本判決は、国民審査の行使制限が許される可能性について、規制をせざるをえない「やむを得ない事由」があるか否かを審査する。その際に注目されたのが、国民審査制度が自書式ではなく記号式投票システムを現在、採用している点である。現在の国民審査制度は、審査対象となる裁判官の名前が投票券に事前に記載されており（いわゆる記号式）、自書式である在外選挙に比べた場合とに違いがある。実際にこうした違いによって、審査対象となる裁判官の名前が入った投票用紙を用意し、投票に備えるには、早めの準備が必要となってくる。その点で、同じ在外投票でも選挙の場合とは勝手が異なり、一定の自書式の「技術上の問題」が生じるようにも思える。

しかし、裁判所は、そこで安易に自書式から生じる「やむを得ない事由」を見出すのではない。というのも、国民審査には必ずしも記号式が憲法等で求められているわけではなく、いざとなれば自書式（等）でもよいはずだとの考え方を示しているからである。そして、これが必ずしも不合理ではない理由として、現在採用されている視覚障害者の点字投票の存在に加え、自書式にした場合の時間的問題や疑問票の発生は自書式を導入したからといってそれは投票の行使制限をすることの弊害には至らないことを丁寧に説明する。特に点字投票がすでに導入されていることを示すことで代替的制度の導入可能性を抽象的・観念的ではない手法で裏付けたことは評価できよう。

#### (4) 平成 23 年判決との差異

在外国民の国民審査権の行使制限に関する裁判所の判断としては、すでに平成 23 年判決が存在し、同判決は、制度創設のための立法措置を執らないことに「重大な疑義」があるとしていた。しかし同判決は、それによって直接的に違憲判断を導くわけではなかった。つまり同判決は、この点の審査に加えて、立法措置がなされるべき「合理的期間」を徒過していないかどうかを求める審査手法を採用していた。この手法は、一般的には選挙権の一票の較差是正を求める訴訟で見られる。これにより裁判所は、投票価値の不平等の実体的審査というよりも、違憲状態を是正する立法府の努力の存在を評価対象とする、いわゆる「違憲の主観化<sup>(13)</sup>」論による審査をすることになる。しかし、これに依った場合、当該問題への視線が、「権利」侵害というよりも、制度形成「行為」の不合理性を求めるものへと転回されてしまう。しかし、本件は、まさに国民審査権の行使ができないという「権利」問題であり、「違憲の主観化」を促す同傾向に頼ることなく判断されるべき事象ではないか。

加えて、平成 23 年判決では、「合理的期間」を審査する場面で、選挙権と国民審査権との憲法上の位置づけの違い等があることを一つの考慮事項に入

---

(13) 「違憲の主観化」論は、様々なところで取り上げられているが、近年の作品として、大石和彦「『違憲の主観化』について」筑波ロージャーナル 24 号 29 頁を参照。

れている。しかも、その理由として、外国における国民審査制度の導入の少なさを挙げている。こうしたことは本当にいえるのかという問題とともに、「合理的期間」の審査にとって必要な情報であるのかという問題が浮上する。この点、令和元年判決は、憲法上の諸規定に違いがあったとしても選挙権と国民審査権の権利としての類似性に重きを置き、他方、外国で同様の制度があるか否かといった点をそれらの差異を見出すメルクマールとして考えていない。そして、令和元年判決は、「立法不作為の適否等」の説示の場面で、「国民審査権が国政選挙の選挙権と性質や位置付けを異にすること」に加え、「内閣が在外審査制度の創設に係る法律案を提出したり、国会においてそのような法律案が審議されたりしたことがなかったことを考慮しても」、(平成23年判決が言い渡された)「平成23年4月26日の時点においては、在外審査制度を創設しないことが憲法に違反するに至っていたことは明白」であるという「結論を左右するものではない」とも示している。こうした記述は、平成23年判決が選挙権と国民審査権の性質に差を見出しながら「合理的期間」論の審査を進めた手法を明確に拒否するものと読める<sup>(14)</sup>。

### 3. 分析②－立法不作為に関する国賠法上の違法について

本判決は、立法不作為に関する長期の懈怠を認め、これを国賠法1条1項上の違法として認定し、慰謝料を認めている。その際の国賠上の違法認定の判断枠組みは、従来の判例のものを用いている。

この点、特に憲法規定に違反することの明白性があるか否かについては、在外審査制度を創設しないことが憲法違反になるかどうか論点となる。本判決では、平成17年判決が出た時点から憲法違反であることが「認識」でき

---

(14) この点、堀口・前掲註(1)120頁も、令和元年判決は「実は、立法不作為の違憲判断に合理的期間の経過を要求する平成23年判決の判断枠組みを否定しており、したがって当該判決の合憲判断も是認していない、と捉えることも不可能ではないかもしれない。」と評価している。

たとする。しかし、被告側からの主張を受けながら、平成17年判決自体では「十分に認識し得た」としながら、その後の平成23年判決が憲法上の重大な疑義があったと示したことで、この判決時点から同制度を創設しないことの憲法違反性は「明白」になったとしており、「認識」を経て「明白」へと至る、「違憲」をめぐる二段階の状況を示している点が注目できる。

しかも、一般的に国会による立法不作為の「問題」が生じる起点を確認する場合、国会が法律案を審議したか否かといった実態をメルクマールにすることが多い。たとえば平成17年判決などは、立法不作為の開始時期が「法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後」とされている。これに対して本判決は、内閣による法律案の提出や国会による法律案の審議の存否自体を「問題の認識」判断の起点にすることはなく、立法不作為の開始となる原因が、従来の手法に比べて、より広いものとなっている。この点、たとえば平成17年判決のような捉え方は、国会議員等のアクターの主観的な積極的行為性に重きを置きすぎているきらいもある。不作為の認定には、ある行動を起こさなかった原因として、（違憲と考えつつも何もしなかったという意味で）その行為の消極性が開始された時期を確認できればそれでよいように思われる。以上から考えると、本判決で見られた認識を起点とする判断であっても問題はないように考えられる。

## おわりに

本件問題をめぐっては、本判決のような地裁判決が見られるようになったばかりであり、今後、最高裁判決などに向かう可能性が考えられる。もっとも、すでに在外国民の選挙権に関する判決も示され、それに関する在外選挙制度の創設がなされている昨今、最高裁判決が示されるか否かにかかわらず、在外国民審査制度の創設が進められてよいように感じられる。