

## 2022 年 5 月 25 日在外国国民審査権訴訟最高裁大法廷判決を受けて

永井康之\*

## 第 1 はじめに

最高裁大法廷は、2022 年 5 月 25 日、15 人の裁判官全員一致で在外国国民に裁判官国民審査権の行使を認めない現行の国民審査法の規定が憲法に違反していると判断した。

本件訴訟では①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（地位確認）または次回の国民審査における審査権を行使させないことが違法であることの確認（違法確認）請求と②国賠請求をおこなった。第 1 審の東京地方裁判所民事第 2 部は、2019 年 5 月 28 日、国民審査法が在外国国民審査権を認めないことは憲法に違反すると判断し、②国賠を認容する判決を下した。その一方で、①地位確認または違法確認は不適法として訴えを却下した。控訴審の東京高等裁判所民事第 8 部は、2020 年 6 月 25 日、国民審査法が在外国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は憲法に違反しているとし、①地位確認または違法確認のうち、違法確認を認容する判決を下した。その一方で、地位確認は不適法として訴えを却下し、国賠は訴訟の対象になった 2017 年国民審査の時点で国会において在外審査を認めていない国民審査法の違憲性が明白になったものとはいえないとして請求を棄却した。

最高裁判所大法廷は、①地位確認または違法確認のうち、違法確認を認容すると共に、②国賠についても認容した。地位確認は適法な訴訟として請求棄却すべきで、不適法却下とした控訴審の判断は違法であるとしたものの、却下から棄却への不利益変更を避けるため原審の却下の判断を維持した。地位確認または違法確認は選択的にいずれかの請求を求めたものであったから、原告の請求を事実上全面的に認容する判決であった。

本稿では筆者自身が原告として本件訴訟を提訴するに至った経緯と本判決の意義を明らかにする。

## 第 2 訴訟提起に至る経緯

筆者は 2015 年 4 月から 2019 年 7 月まで、ブラジル連邦共和国サンパウロ州サンパウロ市にある国外就労者情報援護センター (CIATE) の専務理事として、ブラジルに滞在した。

ここで CIATE について説明しておきたい。1990 年の入管法改正によって、「定住者」の地位が新設され、3 世までの日系人及び非日系人配偶者の入国が認められるようになった。日本はバブル景気を謳歌していた。一方のブラジルは年率 3000 パーセント近いハイパーインフレ下にあった。サンパウロの領事館には始業前からビザを求める人々の長蛇の列ができ、グアリュウリョス空港は訪日就労者と見送り家族で埋め尽くされた。日本人街であるサンパウロ市リベルダーデ区に人材会社がこぞって事務所を構え、その他の日系人集住地域にも代理店が乱立した<sup>1</sup>。1989 年末に 2000 人程度であった在日ブラジル人の数は、1991 末には 11 万 9333 人まで増加した。当時のブラジル刑法 206 条は「移民の目的で、労働者を勧誘すること (Aliciar trabalhadores, para o fim de emigração)」を犯罪としていた<sup>2</sup>。そのため、連邦警察によってリベルダーデの人材会社や新聞社の事務所が連邦警察によって搜索され、従業員が逮捕された。武装した警察官が現場に突入する場面がテレビ

\* 執筆者は愛知県弁護士会所属弁護士で、元 CIATE 専務理事を務めた。

<sup>1</sup> 二宮正人ほか編『日本からブラジルへー原点への回帰 CIATE 20 年の歴史』(トッパン・プレス、2012)、26 頁

<sup>2</sup> 1940 年 11 月 7 日付大統領令法第 2848 号

で放送され、日系人を雇用しようとしていた日本企業の関係者が連邦警察に逮捕されたこともあった<sup>3</sup>。

こうした状況を受けて、ブラジル政府と日本政府の合意に基づき、1992年10月、ブラジル日本文化協会（文協、現ブラジル日本文化福祉協会）、サンパウロ日伯援護協会（援協）、ブラジル日本都道府県人会連合会（県連）および国際協力事業団（JICA、現国際協力機構）から理事を得て、日系人が安全に良好な条件で就労できるように、訪日就労希望者が多く住むブラジルにおいて情報提供する団体として、CIATE が設立された<sup>4</sup>。翌1993年にブラジル刑法206条は「外国領に連れて行くため、欺罔によって、労働者を勧誘すること（Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro）」と改正された<sup>5</sup>。CIATE は1994年3月から公的労務経路提供事業を開始した<sup>6</sup>。

2008年のリーマンショック以降、多くのブラジル人がブラジルに帰国し、CIATE に対しても元訪日就労経験者から年金相談を中心とした多数の法律的な相談が寄せられるようになった。そのため、2012年以降は日本の弁護士が CIATE に派遣されている。

筆者が2015年4月にサンパウロに赴任した後、2016年7月10日、第24回参議院議員通常選挙が行なわれた。この選挙に投票するために在外選挙人証を取得する手続を行なったものの、選挙人証が間に合わず、投票できなかった。当時は在外選挙人証を取得するための手続を出国後に在外公館で行なうことになっていて、手続をしてから在外選挙人証を取得するまでに、ずいぶん時間がかかった<sup>7</sup>。筆者の在

外選挙人証に記載された登録日は2016年8月19日である。在外選挙人証を手にしたのはさらに後だった。

そのため、2017年10月22日の第48回衆議院総選挙の際に、筆者ははじめて在外公館投票を行なった。2016年の参議院議員通常選挙の際には、在サンパウロ総領事館の投票会場はリベルダーデ区にあるサンパウロ日伯援護協会だった。それがこの衆議院総選挙からパウリスタ大通りにある総領事館3階多目的ホールになった。参議院議員通常選挙は衆議院選挙よりも在外公館投票の期間が長く、投票者数が多い<sup>8</sup>。しかし、在サンパウロ総領事館の投票者数は2010年の参議院議員通常選挙から連続して減少し、2016年の参議院議員通常選挙の投票者数は804人だった<sup>9</sup>。投票者数の減少によって、外部会場の利用をやめ、総領事館内で投票が行なわれるようになった。在サンパウロ総領事館の在外公館投票は10月11日から14日の午前9時半から午後5時まで実施され、筆者は10月13日に投票した。

在外公館投票は日本の投票所に比べて人も少なく、整然と運営されていた。しかし、すぐに最高裁判所裁判官国民審査の投票ができないことに気がついた。

このときの国民審査は、今の最高裁長官の大谷直人裁判官、次の最高裁長官の戸倉三郎裁判官、刑法学者出身の山口厚裁判官、弁護士出身の木澤克之裁判官、外交官出身の林景一裁判官などを対象にしていた。当時は山口厚裁判官の任命と木澤克之裁判官の任命が物議を醸していた。

最高裁の長官は内閣の指名に基づいて天皇が任命する（憲法6条2項）。最高裁の長官以外の裁判官は

---

票11日から開始へ＝北朝鮮対策や消費税が争点＝各地の在外公館で実施」によれば在外選挙人登録には、申請から交付までおよそ3か月を要する。

<sup>8</sup> 2017年9月30日付ニッケイ新聞「衆議院＝在外投票11日から開始へ＝北朝鮮対策や消費税が争点＝各地の在外公館で実施」

<sup>9</sup> 2016年7月15日付ニッケイ新聞「参議院在外選挙＝全伯で1185人が投票＝高齢化、漸減傾向止まらず＝投票所数、手間を指摘する声も」

<sup>3</sup> 前掲『日本からブラジルへー原点への回帰 CIATE 20年の歴史』、10頁ないし11頁

<sup>4</sup> 前掲『日本からブラジルへー原点への回帰 CIATE 20年の歴史』、17頁および28頁

<sup>5</sup> 1993年法律第8683号

<sup>6</sup> 前掲『日本からブラジルへー原点への回帰 CIATE 20年の歴史』、17頁および18頁

<sup>7</sup> 2017年9月30日付ニッケイ新聞「衆議院＝在外投

内閣が任命する（憲法 79 条 1 項）。最高裁判官の人事は全て内閣が握っている。内閣がどのような人物を任命するか憲法上の制約はない。裁判所法は最高裁判官について長官 1 名とその他の裁判官 14 名の合計 15 名とする（裁判所法 5 条 1 項および 3 項）。最高裁判官は、識見の高い、法律の素養のある 40 歳以上の者から任命するとしている。そのうち 10 名は所定の法律職にあった者でなければならない（裁判所法 41 条）。これらの規定を前提とし、最高裁の裁判官のうち、6 人は裁判官、4 人は弁護士から選ばれる。あと 5 人は学識経験者である。慣例的には 5 人の学識経験者のうち 2 人は検察官出身となる<sup>10</sup>。

2017 年 1 月 13 日の閣議で桜井龍子裁判官と大橋正春裁判官の定年退官に伴って、弁護士・早稲田大学法科大学院教授の山口厚氏と元英国駐箚匿名全権大使の林景一氏を最高裁判事に任命することが決定した。行政官出身の桜井龍子裁判官は 1 月 15 日に、弁護士出身の大橋正春裁判官は 3 月 30 日にそれぞれ定年退官の予定だった。日弁連は「日本弁護士連合会が推薦する最高裁判所裁判官候補者の選考に関する運用基準」に従って選んだ候補を最高裁に推薦する。最高裁がよい人物を選んで内閣に伝え、最後は最高裁長官が総理と話し合っで決める。すなわち、弁護士出身の裁判官は日弁連の推薦した人物の中から選ばれる。しかし、山口裁判官は日弁連が最高裁に提出した候補に入っていなかった。そもそも山口裁判官は 2016 年 8 月に弁護士登録をしたばかりで、弁護士出身といえるような実態もなかった。山口裁判官が弁護士出身でないとすれば、大橋裁判官の退官によって弁護士出身の最高裁判事は 3 人になってしまう。そのため、山口裁判官の任命は慣例に反するとのがあがった<sup>11</sup>。

<sup>10</sup> 福田博著『オーラル・ヒストリー 「一票の格差」 違憲判断の真意—外交官としての世界観と最高裁判事の 10 年—』（ミネルヴァ書房、2016 年）、80 頁および 81 頁

<sup>11</sup> 2017 年 2 月 27 日付週間金曜日オンライン「慣行」無視の最高裁人事（西川伸一）

木澤裁判官は 2016 年 6 月 17 日の閣議で、弁護士出身の山浦善樹裁判官が 7 月 4 日に定年退官するのに伴って、最高裁判事に任命された。日弁連が推薦した候補者に入っていて当時は慣例通りということで特に注目されることもなかった。しかし、2017 年に入ってから安倍総理と加計学園の関係が取り沙汰され、木澤裁判官の元加計学園監事という経歴が週刊誌などで取り上げられた<sup>12</sup>。

筆者も話題の 2 人の投票をどうしようかと思案しながら投票所に向かった。そのため、すぐに国民審査ができないことに気がついた。投票を終えて事務所に戻った後、筆者は SNS に「総領事館に在外投票に行ってきた。……最高裁の裁判官の国民審査はなかった。これ在外投票できないとすると、憲法違反なんじゃないかな」と投稿した。この投稿に最初にコメントを付けたのが当時アメリカ合衆国に留学していた谷口太規弁護士で「私も今日投票に行っで同じことを思いました。2011 年に地裁レベルでの判決が出ているようです。違憲訴訟しませんか？」という内容だった。筆者はこれに対して、「これもう立法不作為ですね。やりましょう」と返答した。すると当時東京で弁護士として活躍していた吉田京子弁護士が「優秀な弁護士が代理人に必要ですね…」とコメントを付けた。筆者はこれに対して「吉田さんお願いします。スカイプで会議してやりましょう！」と返答した。こうして、その日のうちに訴訟をすることが決まった。

やりとりはしたものの、正直この時点では訴訟は面倒だという気持ちが強かった。評論家の大宅壮一氏はブラジルを訪れた際に「明治の日本が見たければブラジルに行け」と発言したといわれる<sup>13</sup>。ブラジル日系社会にはそれくらい古いタイプの人間が多

<sup>12</sup> 2017 年 10 月 21 日付日刊ゲンダイ DIGITAL 「国民審査で信任されるのか 木澤克之判事は家系学園元監事」

<sup>13</sup> 中村茂生「ブラジル国、ニッポン村だより 大宅壮一の「名言」をめぐって」2007 年 3 月 29 日付デイスカバー・ニッケイ

い。筆者もある人の自宅に遊びに行って、部屋の中に天皇陛下の御真影が飾られているのを見た。祖国を裁判で訴えるなんてどんでもないという意識も強い。例えば、在外選挙権を求める運動はもともとブラジル日系社会にはじまった。ブラジル都道府県人会連合会は1980年代にすでに在外選挙権問題に取り組んでいた。しかし、アメリカ日系社会の金井紀年氏が原告団長となって、1996年11月20日、東京地裁に在外選挙権訴訟を提起した際には、「国を訴えるとは穏やかでない」とブラジルからは誰も原告団に参加しなかった<sup>14</sup>。サンパウロ在住の森田隆さんが被爆者援護法の海外在住者への適用を求め、在ブラジル原爆被爆者協会を設立し、毎年自費で日本を訪れて政府に陳情する運動を18年間続けた末に、最後の手段として2002年3月1日に訴訟を提起することにした際も、母国を訴えることについて被爆者協会内の足並みがそろわず、当初の原告は森田さん1人だけだった<sup>15</sup>。裁判をするとなると先々帰国する可能性が高い自分以外にも原告が必要だ。しかも、原告は衆院選の投票をした人でなければならない。在サンパウロ総領事館に投票に行った人は800人程度しかいない。

悩みながらサンパウロで暮らす友人数名に相談したところ、2人の友人が一時帰国中に日本国内で投票していた。その際に、他の人は国民審査の投票を行なっているのに、自分たちは海外在住者であるというだけで投票することができなかったということだった。群馬県で期日前投票に訪れた海外在住者に誤って国民審査の投票用紙を交付し、投票が行われてしまったとの報道もあった。投票は有効とのことで、選挙管理委員会は再び誤って投票が行われることの

ないように再発防止を図るとコメントしていた<sup>16</sup>。

これはどう考えても間違っていると確信し、ブラジルからは日本で投票した友人2人と私の3人が原告になることにした。アメリカからは谷口弁護士と映画監督の想田和弘さんが原告となって、ブラジル組と合わせて計5人の原告で訴訟を提起することにした。

代理人は吉田弁護士のほか、塩川泰子弁護士、小川直樹弁護士、井桁大介弁護士がなってくれた。谷口弁護士は提訴前に日本に帰国し、提訴時から代理人に名を連ねた。私は控訴審の途中で帰国し、その後代理人に加わった。また、帰国した谷口弁護士は提訴時から国賠との関係だけで原告になった。帰国して在外国民ではなくなったため、次回の国民審査に関する地位確認または違法確認を求めるのは難しいとの判断だった。最高裁の判決が出るまでにブラジル組の平野司さん以外の全員が帰国し、最終的に地位確認または違法確認の原告は平野さんだけになった。

こうして筆者らは2018年4月12日に東京地方裁判所に訴訟を提起した。

### 第3 最高裁の11番目の法令違憲判決

本判決は日本の最高裁の歴史上11番目の法令違憲判決—すなわち、法律が憲法に違反するという判決—にあたる。1946年の日本国憲法制定によって最高裁に違憲立法審査権が与えられ、裁判所が立法に対して憲法的統制を及ぼすようになった。大日本帝国憲法下で設置されていた大審院は違憲立法審査権を有していなかった<sup>17</sup>。1947年5月3日に日本国憲法が施行され、最初の裁判官たちは8月4日に任命された。以後本判決までの間に法令違憲判決は10件しか存在しない。

<sup>14</sup> 海外有権者ネットワーク L A 編『海外から一票を！—在外投票運動の軌跡』(明石書房、2004年)、55頁

<sup>15</sup> 山ノ内裕子「在ブラジル原爆被爆者協会の活動のあゆみ：被爆者援護における「属地主義」の論理とのたたかい」関西大学人権問題研究室紀要 55 巻 19 頁、27 頁

<sup>16</sup> 2017年10月16日付 THE SANKEI NEWS「海外在住の日本人に国民審査 投票用紙交付ミス 群馬県玉村町」

<sup>17</sup> 大判大正2年7月11日刑録19輯790頁

最初の法令意見判決は1973年尊属殺重罰規定最大判である<sup>18</sup>。その後1975年薬事法最大判<sup>19</sup>、1976年と1985年の衆議院議員定数配分最大判<sup>20</sup>、1987年森林法最大判<sup>21</sup>、2002年郵便法最大判<sup>22</sup>と続く。

本訴訟において繰り返し引用したのは、7番目の法令違憲判決である2005年在外投票最大判<sup>23</sup>である。この判決は最高裁が国会の立法不作為について違憲判断をした最初の事例である。アメリカ日系社会の金井紀年氏が原告団長となって、1996年10月20日に実施された衆議院総選挙に投票できなかったことが違法であるとして損害賠償を請求すると共に、公職選挙法の規定が選挙権の行使を認めていない点において違法であるとの確認を求めた訴訟の判決である。提訴時には在外国民の選挙権はまったく認められていなかったものの、提訴後の1998年に公職選挙法が改正され、比例代表に限って選挙権の行使が認められた。第一審は違法確認を不適法として却下し、国賠は棄却した<sup>24</sup>。控訴審では予備的に選挙権を有することを認める請求が追加された。しかし、控訴は棄却され、予備的請求は不適法として却下された<sup>25</sup>。上告審は第二小法廷が審理することになり、福田博裁判官が主任裁判官となった。調査官が最初に出した報告書は上告棄却相当ただし在外選挙権行使の可否の問題があるという内容だった。これに対し、外交官出身で在外生活の長い福田裁判官が再調査を命じ、事件は大法廷に回付された<sup>26</sup>。また、泉徳治裁判官は大法廷の合議に確認の訴えを不適法と

することなく本案の判断をした先例と2004年行政事件訴訟法改正によって当事者訴訟に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が加わったことをふまえて合議に挑んだ<sup>27</sup>。その結果、地位確認と国賠を認容する画期的な判決が下った。

その後、2008年非嫡出子の国籍取得制限最大判<sup>28</sup>、2013年非嫡出子の法廷相続分規定最大判<sup>29</sup>と続き、10番目の法令違憲判決は2015年再婚禁止期間最大判<sup>30</sup>である。再婚禁止期間最大判は国賠法上の違法性を否定し、請求を棄却した上で、法令違憲を宣言した事件である。立法不作為がどのような場合に国賠上違法になるのか全体的な枠組みを示した事件とされるため、本件訴訟に際して再婚禁止期間最大判も検討した。

11番目の法令違憲判決となった本件訴訟は2005年在外投票最大判から17年を経てなお在外国民の国民審査を認めない国民審査法の違憲性を問うもので、在外投票最大判の考え方を踏襲した。もっとも、在外投票最大判の事案においては、訴訟提起後に公職選挙法が改正され、在外選挙権の行使が比例代表に限って認められるようになった。本件では判決に至るまで在外審査権の行使が一切認められないままであった。その違いが、在外投票最大判で認容された地位確認が本件で棄却され、在外投票最高大判で却下された違法確認が本件で認容されることにつながった。また、在外投票最大判の事案においては在外選挙権を認める法案が1984年に国会に提出され、廃案となった後10年以上も放置されていたという事実があった。これに対し、在外国民審査について法案が提出されたことはなく、質疑もほぼ行なわれていなかった。このため、控訴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に制限していることを違憲と判断しながら国賠請求を棄却した。

<sup>18</sup> 最大判1973年4月4日刑集27巻3号265頁

<sup>19</sup> 最大判1975年4月30日民集29巻4号572頁

<sup>20</sup> 最大判1976年4月14日民集30巻3号223頁、最大判1985年7月17日民集39巻5号1100頁

<sup>21</sup> 最大判1987年4月22日民集41巻3号408頁

<sup>22</sup> 最大判2002年9月11日民集56巻7号1439頁

<sup>23</sup> 最大判2005年9月14日民集59巻7号2087頁

<sup>24</sup> 東京地判1999年10月28日訴訟月報46巻10号3833頁

<sup>25</sup> 東京高判2000年11月8日判タ1088号133頁

<sup>26</sup> 山口進、宮地ゆう『最高裁の暗闘 少数意見が時代を切り開く』（朝日新聞出版、2011年）、116頁ないし125頁

<sup>27</sup> 泉徳治『一步前へ出る司法 泉徳治元最高裁判事に聞く』（日本評論社、2017年）、190頁

<sup>28</sup> 最大判2008年6月4日民集62巻6号1367頁

<sup>29</sup> 最大判2013年9月4日民集67巻6号1320頁

<sup>30</sup> 最大判2015年12月16日民集69巻8号2427頁

このように、本判決は審査権を選挙権と同様に国民民主権に基づく重要な権利と位置づけ、在外投票最大判の枠組みを踏襲しながら違法確認を認容し、国賠による救済の門戸を押し広げることで、立法に対する憲法的統制を強める在外投票最大判以降の流れを決定的なものとした。本判決が国民審査の重要性を根拠づけるにあたって、最高裁の違憲立法審査権を特に挙げたことや、違法確認の適法性を基礎付ける理由として、違憲判断が国会によって尊重されることを指摘したことは、本判決のこのような性格を際立たせている。この意味で本判決は今後の憲法訴訟において重要な意義を有する歴史的判決である。

#### 第4 国民審査制度の重要性

訴訟の中で筆者らは、国民審査は司法権を民主的に統制し、司法制度の民主的正当性を確保する重要な制度で、審査権は選挙権と同様の重要性をもつ権利であると繰り返し主張した。これに対し国は、最高裁判所裁判官の任命等に対する民主的統制は、本来的には、議院内閣制の下、国会の信任を受けた内閣によって決定されているといえとか、人権を保障する最後の砦としての裁判所には、直接的な民意の流入はむしろ忌避されるとし、他に国民審査制度を採用している国がほとんどみられないことからしても、国民審査制度は、民主制の過程に直接関わるものではなく、民主的統制の方法として例外的、補完的なものにとどまると主張していた。

これまで審査権は選挙権に比べて重要性が低く見られることがあった。比例代表について在外選挙権を認めた1998年公職選挙法改正案の審議に際して、参議院地方行政・警察委員会に参考人として出席した戸波江二早稲田大学教授は在外選挙権について「今日まで十数年議論が進まなかったというのが私は実は非常に不満であります」と意見陳述した<sup>31</sup>。

<sup>31</sup> 第百四十二回国会参議院地方行政・警察委員会会議録第十一号 平成十年四月十六日、1頁

その一方で同じ時期に、在外国民審査権について「最高裁判所裁判官の国民審査の投票まで、在外日本人に保障するには及ばないと思われる」と述べる<sup>32</sup>。

選挙権に比べて審査権の重要性を低く見る主張の論拠のひとつは、国民審査制度が他国に例の乏しい制度であることである。しかし、現実には多くの国に最高裁裁判官の任命を民主的に統制する制度が存在する。例えばブラジル憲法は連邦最高裁裁判官について、連邦上院の承認を得て大統領が任命すると定めている<sup>33</sup>。

日本国憲法の制定過程においても、国民審査か、国会の承認かが問題となって、国民審査が選ばれた。

現在の日本国憲法にあたる帝国憲法改正案は1946年6月20日に衆議院に提出された。8月24日に一部修正された上で可決され、貴族院に送付された。貴族院では、8月26日に本会議に上程され、8月30日までの質疑を経て、帝国憲法改正案特別委員会に付託された。特別委員会は、9月2日から9月26日までほとんど連日開かれて、質疑応答を行なった。そして、9月28日の委員会で、修正のための小委員会を設けることになった。この小委員会の審議次項に大河内輝耕委員の提案によって国民審査が追加された。小委員会は4回開かれ、10月3日の特別委員会で小委員長が特別委員会に審議の結果を報告した。小委員会は全会一致で国民審査に関する規定を削ることにし、その旨が特別委員会に報告された。しかし、国民審査の規定を審議事項に追加するよう求めた大河内委員が発言を求め、国民審査の規定を削りっぱなしというのも難しいらしいので、変なものを付け加えるよりも自分の提案を撤回すると述べて、国民審査の規定の修正に反対する意向を表明した。それを受けて、国民審査の規定に対する修正案は賛成する者の一人もないままに否決された。このよう

<sup>32</sup> 戸波江二「在外選挙に関する選挙法上の課題」岡澤憲英、戸波江二編『在外選挙・外国の制度と日本の課題』（インフォメディアジャパン、1998年）、22頁

<sup>33</sup> ブラジル憲法84条14号

な結果になったのは、国民審査の規定を削るのであれば、裁判官の任命を国会の同意に付し、あるいは国会の選任として任期を付すべきだとの条件をGHQが申し入れていることを、特別委員会の休憩中に委員長が報告し、そのようなことならむしろ原案の方が無難であるとの結論に達したためだった<sup>34</sup>。

また、国民審査はこれまでに1度も裁判官が罷免されていない無駄な制度だと批判される。国も本件訴訟において国民審査の重要性を否定する根拠のひとつとして、罷免の要件が厳格であることを挙げた。もっとも、ブラジルにおいても連邦上院が大統領による裁判官の任命を拒絶した経験は少ない。連邦上院の承認権は形式的なものにすぎないと指摘もある<sup>35</sup>。しかし、罷免や任命の拒絶が少ない理由は、任命自体が謙抑的になされていることに理由がある。ブラジルでは連邦上院における審議に先立って、大統領府の情報筋がマスコミに候補者の指名を知らせ、自ら候補者を公論に付すことが行なわれる。そのため、任命の拒絶の少なさにもかかわらず、連邦上院の承認は、国家最高の地位への登用を統制し、正当化するための重要な手続とされる<sup>36</sup>。前述のように、我が国の最高裁裁判官も6人は裁判官出身、4人は弁護士出身、残りは有識者で、そのうち2人は検察官出身から選ばれ、最高裁が候補者を内閣に伝え、最高裁長官と内閣総理大臣が話し合った上で、内閣が任命する。このため、明らかに不適格な人物が最高裁の裁判官に任命され、国民の間に大きな議論が巻き起こったことはない<sup>37</sup>。謙抑的な任命がなされて

いるのは、国民審査という民主的な統制が存在するため、罷免されたことがないから制度を廃止すべきという議論は暴論に過ぎる。

本判決は国民審査について「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。そして、このように、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な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」と判示し、審査権は選挙権と同様の重要性をもつ権利であると認めた。

2005年の在外選挙権訴訟大法廷判決の補足意見において、福田博裁判官は在外選挙権について次のように述べた。

現代の民主主義国家は、そのほとんどが代表民主制を国家の統治システムの基本とするもので、一定年齢に達した国民が平等かつ自由かつ定時に（解散により行われる選挙を含む。以下同じ。）選挙権を行使できることを前提とし、そのような選挙によって選ばれた議員で構成される議会が国権の最高機関となり、行政、司法とあいまって、三権分立の下に国の統治システムを形成する。我が国も憲法の規定によれば、そのような代表民主制国家の一つであるはずであり、代表民主制の中核である立法府は、平等、自由、定時の選挙によって初めて正当性を持つ組織となる。民主主義国家が目指す基本的人権の尊重にあっても、このような三権分立の下で、国会は、国権の最高機関として重要な役割を果たすことになる。

国会は、平等、自由、定時のいずれの側面におい

<sup>34</sup> 憲法調査会事務局『憲法制定の経過に関する小委員会報告書』539頁および540頁

<sup>35</sup> 佐藤美由紀『ブラジルにおける違憲審査制の展開』（東京大学出版、2006年）、17頁

<sup>36</sup> J. J. Gomes Canotilho et al., *Comentários à Constituição do Brasil* (São Paulo: Saraiva, 2018), kindle67065-67101/140976

<sup>37</sup> 西川伸一『最高裁裁判官国民審査の実証的研究「もうひとつの参政権」の復権をめざして』（五月書房、2012年）、110頁ないし139頁には組織的罷免運動が盛り上がった第9回国民審査の様子が詳しく書かれている。

でも、国民の選挙権を剥奪し制限する裁量をほとんど有していない。国民の選挙権の剥奪又は制限は、国権の最高機関性はもとより、国会及び国会議員の存在自体の正当性の根拠を失わしめるのである。国民民主権は、我が国憲法の基本理念であり、我が国が代表民主主義体制の国であることを忘れてはならない。

在外国民が本国の政治や国の在り方によってその安寧に大きく影響を受けることは、経験的にも随所で証明されている。

代表民主主義体制の国であるはずの我が国が、住所が国外にあるという理由で、一般的な形で国民の選挙権を制限できるという考えは、もう止めにした方が良くというのが私の感想である。

審査権にも同じことがいえる。本判決はその論拠として違憲立法審査権という裁判法の創造過程への関与を特に挙げた<sup>38</sup>。司法は単に紛争を解決するだけでなく、紛争解決を通じて法を創造する。また、憲法 81 条は「最高裁判所は、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」とする。違憲判決がされた場合、裁判所は要旨を官報に公告し、裁判書の正本を内閣に送付する。法令違憲判決については、裁判書の正本を国会にも送付する（裁判所事務処理規則 14 条）。この規定の趣旨は違憲判決の直接的な効力が当該事件にのみ妥当することを前提にしつつ、内閣・国会に違憲判決に対応する措置を要請する点にある。最高裁の違憲判断は国会に尊重され、立法に影響する。本判決はここから最高裁裁判官を民主的に正当化する国民審査の重要性を導き出している。それゆえに、国会は、選挙権と同様に、国民

の審査権を剥奪し、制限する裁量をほとんど持たない。

本判決は低くみられがちだった審査権の重要性を正面から認めた点において重要である。

## 第 5 地位確認または違法確認の適法性

本件訴訟では国賠の他に、次回の国民審査に関する地位確認または違法確認の請求を立てた。

2005 年在外投票最大判は違法確認について地位確認の方が適切であるとの理由で不適法却下し、地位確認を認容した。判決中で地位確認は公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係の確認の訴えとして整理された。

本件訴訟の先例として存在した 2011 年在外国民審査権訴訟東京地判<sup>39</sup>においても地位確認の請求が立てられていた。裁判所は地位確認を不適法却下したものの「そのような状態の憲法適合性を行政訴訟によって争う手段として、いわゆる無名抗告訴訟として立法不作為の違法確認請求に係る訴えを提起する方法を用いる余地があるか否かは別論として、本件各確認請求に係る訴えを用いることはできないものというべきである」と判示し、違法確認を認める余地があることを示唆した。

無名抗告訴訟としての立法不作為の違法確認訴訟とは、行政事件訴訟法 3 条 5 項が「行政庁の不作為の違法確認の訴え」を定めているのに準じて、「立法府の不作為の違法確認の訴え」を認めようというものである<sup>40</sup>。もっとも、公法上の当事者訴訟によって違憲判断を求めることができる場合にはあえてこのような訴訟形態を認める必要はないと考えられている。2005 年在外投票最大判も「上告人ら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

<sup>38</sup> 森英明「判解」最判解民事編平成 20 年度 267 頁、307 頁参照。なお、脚注 51 は違憲立法審査権の行使に当たり法創造的作用が営まれた例として、長期にわたる審理の事実上の中断につき憲法 37 条 1 項の迅速な裁判の保障条項に反するとして免訴として最大判 1972 年 12 月 20 日刑集 26 卷 10 号 631 頁を挙げる。

<sup>39</sup> 東京地判 2011 年 4 月 26 日判タ 1377 号 60 頁

<sup>40</sup> 杉原則彦「判解」最判解民事編平成 17 年度（下）603 頁、644 頁ないし 646 頁



いて違法であることの確認を求める訴えについては、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場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては、後記3のとおり、予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるということが出来るから、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない」と判示し、公法上の当事者訴訟である地位確認が認められない場合には、違法確認を認める余地があることを示唆していた。

これに対し、本件控訴審は公法上の法律関係に関する確認の訴えとして認容されるとした。また、本判決も控訴審の判断を肯定し、違法確認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して適法であるとした。控訴審は「立法的措置が全くされていないという全面的な立法の不作為と立法措置が部分的にはされているという一部の立法の不作為の場合とを比較して、前者の方が立法の不作為による権利侵害の程度が深刻であるにもかかわらず、後者には積極的な地位の確認を認める（平成17年大法廷判決）ことによって救済を図る方法がありながら、前者については司法的救済が拒否されなければならないとする理由はない」と判示していた。本判決も基本的には控訴審と同じ立場に立ち、一部立法不作為の場合には地位確認を認め、全面的立法不作為の場合には違法確認を認める立場と理解できる<sup>41</sup>。

もともと立法不作為の問題は憲法25条の生存権の法的性格に関して、生存権保障立法が制定されていない場合に立法の不作為の違憲確認訴訟を提起できると主張する具体的権利説において論じられた<sup>42</sup>。本判決が認めた違法確認は今後の憲法訴訟で広く用いられる可能性がある。その一方で、違法確認を認めることの問題点は、その対象がどこまで及ぶのか

という点にある。無限定に許容すれば、三権分立の制度下において国会の立法における裁量権に司法が不当な影響を及ぼすおそれがある。本判決も「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事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」と判示し、違法確認を認める事例に一定の歯止めをかける可能性を示唆する。

もっとも、本判決は違法確認の訴えの適法性を認めるにあたって、「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場合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、この点について争いがある場合に、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」と判示し、裁判所が国会に対して違憲判決に対応する措置を要請し、国会が裁判所の判断を尊重すること自体が、裁判所による紛争解決機能のひとつであることを正面から認めた。また、本判決の宇賀克也裁判官補足意見は違法確認を地位確認に比べて権力分立の観点からはより謙抑的な訴えと位置づける。その上で、司法制度改革において行政訴訟の活性化が改革の大きな柱であったことや、行政訴訟法改正において、実質的当事者訴訟の活用を促すこととされたことなどから、違法確認訴訟を認めることが、実質的当事者訴訟としての確認の訴えを明記した改正の趣旨に適合するとする。

立法に対する憲法的統制を強めてきた現在の傾向が続くのであれば、今後違法確認の活用は広く認められる可能性がある。

## 第6 国賠の認容

<sup>41</sup> 本判決宇賀克也裁判官補足意見参照

<sup>42</sup> 杉原則彦「判解」最判解民事編平成17年度（下）603頁、646頁注27

2005 年在外投票最大判が出るまでの間、立法不作為を理由とする国賠に対しては1985年在宅投票最判の立てた規範が立ちはだかった。在宅投票最判は「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、容易に想定し難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」とした。これによって、立法行為または立法不作為の違憲性自体について判断しなくても、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているといえない場合には、具体的に憲法適合性を審査することなく国賠請求を棄却できるようになった<sup>43</sup>。

これに対し、2005年在外投票最大判は「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、国民に憲法上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執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項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」として、1985年在宅投票最判を維持しつつ、その射程を実質的に限定して、国賠を肯定する余地を広げた<sup>44</sup>。

その後、2015年再婚禁止期間最大判は「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、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に

違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定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」とした。この判決に付された千葉克巳裁判官補足意見は多数意見の判示について、2005年在外投票最大判の判示を整理し直し、国会議員の立法的対応がどのような場合に国賠上違法になるのかについて全体的な枠組みを示したものとした。すなわち、立法行為または立法不作為が国賠上違法となるためには、違憲の明白性と合理的期間の経過が要件となり、例外的に合理的期間の経過が不要になる極端な場合は「など」に読み込まれる<sup>45</sup>。

これに対して本件では「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、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、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」として、国賠請求を認容した。これは2015年再婚禁止期間最大判の規範に2005年在外投票最大判の規範を重ねたように見えるものの、2015年再婚禁止期間最大判の規範が一般的な規範で、2005年在外投票最大判の規範が事案に即した例示であると理解すれば、2005年在外投票最大判に類似した本件において、一般的な規範として2015年再婚禁止期間最大判の規範を示した上で、事案に即した例示的規範

<sup>43</sup> 宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果：最大判平成27年12月16日を題材に」法の支配183号84頁、86頁および87頁

<sup>44</sup> 杉原則彦「判解」最判解民事編平成17年度（下）603頁、657頁および658頁

<sup>45</sup> 宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果：最大判平成27年12月16日を題材に」法の支配183号84頁、92頁

として 2005 年在外投票最大判の規範を挙げたもの、と理解できる<sup>46</sup>。

2005 年在外投票最大判は、在外選挙権を認める法案が閣議決定されて国会に提出され、その後廃案になったまま放置された事案だった。これに対し、本件は法案が国会に提出されたことのない事案だった。しかし、本判決は 1998 年公選法改正に関連して在外審査制度について質疑がされたこと、2005 年在外投票最大判が在外国民の選挙権に対する制約の憲法適合性を判断し、2006 年公選法改正によって在外選挙制度の対象が広がったこと、2007 年に在外国民の投票を認める国民投票法が定められていることなどから、違憲の明白性を認めた。

違憲の明白性については、違憲とされる憲法上の権利の性質、法律の規定による侵害の内容・程度、立法事実の変化等を踏まえて、立法行為を行なう国会にとって違憲性が明白といえるか否かが判断される<sup>47</sup>。本件は選挙権と同様の重要性をもつ審査権の問題であること、権利が一切行使できなくなっていること、特に立法事実が大きく変化したわけではないことなどから、明白性を認めやすい事案であった。国会でほとんど審議されていないのに明白性を認め、国賠による救済の可能性を大きく広げた。

2015 年婚姻禁止期間最大判は国賠を棄却した上で法令違憲を宣言した。法律の違憲性を争う際に、国賠のほか適切な方法がない場合、国賠を認めなくても憲法判断を行なう傾向がある<sup>48</sup>。しかし、この方法には憲法判断をするかしないかが、極めて裁量的になるという問題がある。

2005 年在外投票最大判において福田博裁判官補足意見は国賠を認めるべき理由として、金銭賠償のほ

かに適切な救済方法がない場合があることのほか、国民の代表たる立法府の作為または不作為によって権利が妨げられたことに対する償いに税金が使われることを国民に広く知らしめることに意味があると指摘した。

国賠による救済を拡大する傾向が今後も継続することが望まれる。

## 第 7 おわりに

裁判所法 75 条は評議の秘密を定める。しかし、11 条は最高裁を評議の秘密の例外とし、裁判書に各裁判官の意見を表示しなければならないとする。その趣旨は判決に対する最高裁の各裁判官の意見を国民審査の資料とすることにある。ブラジルでは 2002 年に連邦最高裁長官が多くの反対を押し切って裁判所にテレビ局を設置し、連邦最高裁の議論を広くテレビで放送するようにした。全国で放送され、論評されるようになって、評議の内容は充実した。裁判官が公の場で発言することも増え、裁判官の顔が国民に見えるようになった。憲法が国民審査制度を設けた趣旨からすれば、我が国の最高裁における評議の内容も広く国民に公開されてよい。

本判決を受けて、在外国民にとって投票しやすい在外国民制度を国会がすみやかに創設し、今後の裁判がいつそう開かれたものとなることを期待したい。

<sup>46</sup> 加本牧子「判解」最判解民事編平成 27 年度（下）642 頁、706 頁

<sup>47</sup> 加本牧子「判解」最判解民事編平成 27 年度（下）642 頁、696 頁

<sup>48</sup> 泉徳治『一步前へ出る司法 泉徳治元最高裁判事に聞く』（日本評論社、2017 年）、196 頁および 197 頁