

正本

2021年3月8日

最高裁判所第一小法廷 御中

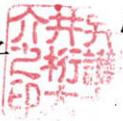
令和2年（行ツ）第254号 在外日本人国民審査権確認等上告事件

令和2年（行ヒ）第290号 在外日本人国民審査権確認等請求上告受理申立事件

上告人兼申立人 想田和弘ほか4名

被上告人兼相手方 国

上告人兼上告受理申立人（一審原告）ら訴訟代理人

弁護士	吉	田	京	子	 代
同	塩	川	泰	子	 代
同	小	川	直	樹	 代
同	井	桁	大	介	 代
同	永	井	康	之	 代
同	谷	口	太	規	 代

## 上告・上告受理申立補充書

2020年9月10日付上告理由書の「上告理由 I（憲法違反）」及び同日付上告受理申立理由書の「第 2 判例違反」について、駒村圭吾慶應大学大学院法務研究科教授の意見書（甲15。以下「意見書」という。）の内容をいずれも援用し、主張を以下のとおり補充する。

## 第1 駒村教授の業績

駒村教授は、2003年4月に慶應大学助教授(法学部)、2004年4月に同大学院助教授(法務研究科)、2005年4月に同教授(法務研究科)・同大学教授(法学部)に就任し、現在に至るまで日本を代表する憲法学の泰斗である。

立憲主義と民主政などを専門とし、立法不作為と国家賠償についても多くの論文がある。本訴に関連する主要な論文として、「討議民主政の再構築-民主主義をめぐる「合意モデル」と「挑戦モデル」-」上田章崑寿記念論文集『立法の実務と理論』3頁(信山社、2005)(甲16)、「立法行為と違憲審査」小山剛ら編『論点探究憲法 第2版』358頁(弘文堂、2013)(甲17)などがある。

## 第2 意見書の要旨

意見書は以下の4つの内容から構成される。

1. 最高裁は、かねてから、立法行為に対する憲法的統制に腐心してきたのであり、とりわけ在外投票最大判以来、その門戸を広げる方向に出ていること。
2. 近時の政治学や憲法学では、立法過程を動的にとらえ、議会内外からの関与を積極的に評価する熟議民主政(deliberative democracy)の考え方が有力になってきており、その観点からも、立法行為の違憲審査ならびに国賠法上の違法判断に際して、議会内外の入力をその法的評価において重視すべきこと。
3. 原判決の示した立法行為への国賠法適用の考え方は、総じて、国会が裁判所に法令が違憲であることを議論の余地なきまでに明白に指摘され、かつ、是正のための措置を可能にする法案の提出等がなされない限り、立法行為の国賠法上の違法判断はあり得ない、ということに帰着し、だとすれば、国賠法上違法の判断を恐ろしく狭め、国会は何もせずにはかずとなって、他律的な憲法尊重擁護義務しか国会議員は果たさなくなり、また、従来最高裁判例が行ってきた立法行為への憲法的統制の努力が無に帰するであろうこと。
4. 国民審査の制度は、最高裁判所の民主的正統性に関わるものであり、とりわけ違憲審査権行使の正統性、ならびに法の支配と民主主義という統治の二大原理の調和を支える仕組みであり、そうだとすれば、最高裁は本件事案について格別の意識を抱懷していただきたいこと。

## 第3 意見書の内容

### 1 最高裁は立法不作為の国家賠償の門戸を広げてきていること

第1に意見書は、これまでの最高裁判決の流れを整理し、最高裁が立法不作為の国家賠償についてその門戸を広げてきたことを強調する。

在宅投票最判は、立法の内容の違憲性が強く明白である場合には、立法行為も、政治的責任は言うに及ばず、国賠法上の違法評価を受ける、そして同法に基づく責任が成立する場合があることを明らかにした。

在外投票最大判はこの要件を緩和し、再婚禁止期間最大判がこれを踏襲した。これらの最高裁判決において、立法の内容と立法行為が違憲性の強度を媒介にして連結される場合がある、という構成は変わっていない。

すなわち、「最高裁は、立法行為に対して一定の法規範的統制（そして「憲法上保障されている権利」が問題になる以上、それは憲法的統制である）を想定してきており、政治の藪の中にすべてを丸投げするような立法行為観に立っていない」。これは、憲法98条1項が、「国務に関するその他の行為」として「行為」に対する憲法的統制があり得ることを想定していることと整合的である。

ここで重要なことは、裁判所が立法行為に憲法的統制を及ぼそうとすることは、立法や民主政に重い負担をかけ、ややもすれば政治のダイナミズムを阻害しかねないとの不安を呼び起こすかもしれないとの批判的射を射ておらず、むしろ逆であるという点である。「怠惰な眠りにまどろむ立法過程を覚醒させ、ダイナミズムを取り戻すためにも、憲法的統制が与える緊張感は大切であり、さらには「立法過程に対する内外の諸アクターの関与が活性化することこそが、民主政そのものの正統性を支えるという役割を果たすのである」。

そもそも、民主政あるいは民主主義は、それ自体では、「数の専制」をもたらしかねない危険性を帯びている。また、単なる多数決民主主義は、少数意見はどれだけ尊重されるべきか、数の多寡で決定を帰結するだけでは、決定に至るプロセスの質が保証されないのではないかと、といった批判が加えられる。

このような民主政の形式的構想に対して、近年唱えられたのが、「熟議民主政」である。

この概念の共通項としては、①人々の選好は所与のものではなく熟議によって変更されうる、②人々は熟議を経ることによってコンセンサスを形成することができる、③民主主義的決定の正当性は、結果として選択された選好によってではなく、熟議の過程を経て選択されたという手続的正当化によって担保される、の3点が挙げられる。

熟議民主政が本訴との関係で重要な理由は以下の点である。すなわち、「立法過程の平穩無事な手続の履践ではなく、立法府内における熟議のダイナミズムを重視し、さらに、決定のプロセスとしての立法過程を超えて、行政過程や専門家集団、そして、市民の関与すらも、立法の論争アリーナの重要な構成要素としてみなす」という点である。

熟議民主政は、合意モデルと比較される。従来、民主政における「決定」の正統性を担保するものは、合意であった。合意がなされたことそれ自体が、決定に終局性を与え、それを受け入れることを正統化していた。熟議民主政の意義はこの「合意モデル」を洗練する。それに加えて、むしろ決定が多様なチャンネルからの挑戦を生き延びたこと、あるいは多様な挑戦にさらされるダイナミズム自体に求める民主政理解こそが熟議民主政の真骨頂である。

この観点からは、立法過程を中心とする民主政のプロセスを、合意を形成している議席数のような成果物自体の静態的なカウントではなく、むしろ、より動態的なものとして把握するのが、近年の基調となっている。

立法の制度論としては、立法過程の平穩無事な手続の履践ではなく、立法府内における熟議のダイナミズムを重視し、さらに、決定のプロセスとしての立法過程を超えて、行政過程や専門家集団、そして、市民の関与すらも、民主的な決定が受けて立つべき挑戦として位置づけられ、立法過程の重要な構成要素としてみなすことが広く共有されているのである。

こうした観点に立って、立法過程・立法行為に対する憲法的統制も考察されなければならない。

## 2 立法不作為の国家賠償の法的評価においては、議会内外の議論が重視されるべきこと

以上のような熟議民主政の考え方、すなわち民主政や立法過程を、国会内外からさまざまなアクターによる関与・挑戦を通じて活性化させようとするこの発想は、実は、日本の司法判断の中にも散見できる。上述の最高裁判決は、丹念に立法府における「判断過程」に対して違憲審査権を及ぼそうとし、とりわけ立法行為の違憲審査を果敢に行ってきた。

そして、上述の各判例が国家賠償法上の責任が成立するための要件として掲げた諸要件、すなわち「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、「所要の立法措置を執ることが必要不可欠である状況、「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」を解明するヒントも、いくつかの裁判例に見て取れる。

### (1) 請願

在宅投票制廃止違憲訴訟の札幌高裁判決（札幌高判昭和53年5月24日高等裁判所民事判例集31巻2号231頁）は次のように述べる。

…衆、参両議院に対して一定の立法をなすべきことを求める請願がなされ（憲法一六条、国会法七九条）、右請願にかかる立法をなすことが憲法に

よつて義務付けられている場合に、各議院の然るべき委員会が右請願について審査をし（国会法八〇条一項）、本会議に付するのを留保すると決定したとすれば、これにより当該議院がそれぞれ右請願にかかる立法を少くとも当分の間はしないことに決定したことになり、衆、参両議院がそれぞれ右のように決定したことになる以上、結局、国会が右のように決定したことになるといわざるを得ないから、その後合理的と認められる相当の期間内に国会が当該立法をしないときは、国会は憲法によつて義務付けられた立法をすることを故意に放置するに至るものといえることができる。

これは、請願権行使そのものが、直接、立法ないし立法行為の違憲・違法性をもたらすことを言っているわけではないが、請願がなされたことに対する国会の応答が消極的なものである場合、単なる立法義務の懈怠が、請願審査とそれに続く本会議付託の留保を契機に合理的期間の徒過にカウントされ、故意の放置に変質するとともに、違憲・違法な行為になることを示唆している。

## (2) 附帯決議

2001年のハンセン病予防法違憲国家賠償請求事件に関する熊本地裁判決（熊本地判平成13年5月11日判時1748号30頁）は、ハンセン病予防法に基づく隔離政策を改廃しなかったことの違法性について次のように述べた。

新法の隔離規定は、新法制定当時から既に、ハンセン病予防上の必要を超えて過度な人権の制限を課すものであり、公共の福祉による合理的な制限を逸脱していたというべきであり、遅くとも昭和三五年には、その違憲性が明白になっていたのであるが、このことに加え、新法附帯決議が、近い将来、新法の改正を期するとしており、もともと新法制定当時から新法の隔離規定を見直すべきことが予定されていたこと、・・・を考慮し、新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和四〇年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である。

このように、従来、それ自体としては法的拘束力が認められていなかった附帯決議という法形式が、立法行為の違法性を認定する際の一考慮要素になる可能性が示唆された。

こうした下級審裁判例において示唆された請願や附帯決議の新たな可能性は、「挑戦モデル」の観点からすると一定の評価に値するだけでなく、立法行為に対する憲法的統制を追究してきた日本司法にとっても大いに参照するに足るものである。附帯決議は、野党あるいは与党が法案に見直しや修正の余地をあらかじめ組み込むことによって、法律の基礎となる合意を再編成する意味を持つし、また、請願は、立法の制度の外に位置する市民社会が政策形成のプロセスに参加することを可能にする。

### (3) 再婚禁止期間最大判

最高裁判例も、近時、果敢に立法過程の内外で生起する諸事情—熟議民主政の観点から評価に値する事実—を立法の合理性や必要性を検証する際に参照する傾向にある。

例えば、先に言及した再婚禁止期間を定める民法規定を違憲とした再婚禁止期間最大判は、「立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるか否か」に関する検討で以下のことがらを検討している（下線は引用者）。

平成年には、当裁判所第3小法廷が、再婚禁止期間を廃止し又は短縮しない国会の立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるかが争われた事案において、国会が民法733条を改廃しなかったことにつき直ちにその立法不作為が違法となる例外的な場合に当たると解する余地のないことは明らかであるとの判断を示していた（平成7年判決）。これを受けた国会議員としては、平成7年判決が同条を違憲とは判示していないことから、本件規定を改廃するか否かについては、平成7年の時点においても、基本的に立法政策に委ねるのが相当であるとする司法判断が示されたことを受け止めたとしてもやむを得ないといえることができる。

また、平成6年に法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして法務省民事局参事官室により公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」及びこれを更に検討した上で平成8年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においては、再婚禁止期間を100日に短縮するという本件規定の改正案が示されていたが、同改正案は、現行の嫡出推定の制度の範囲内で禁止期間の短縮を図るもの等の説明が付され、100日超過部分が違憲であることを前提とした議論がされた結果作成されたものとはうかがわれない。

・・・婚姻及び家族に関する事項については、その具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられる事柄であることに照

らせば、平成7年判決がされた後も、本件規定のうち100日超過部分については違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において、我が国における医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等に伴い、平成20年当時において、本件規定のうち100日超過部分が憲法14条1項及び24条2項に違反するものとなっていたことが、国会にとって明白であったということは困難である。

下線部から明らかなように、①司法判断、②法制審議会答申等が適用の可否を決することがらとして挙げられている。本判決は、①②のいずれについても、本事案の違憲性を国会にとって明白なものたらしめるには至っていないと結論付けているが、以下のことに注意しなければならない。

まず、①についてであるが、そこで言及されている最判平成7年12月5日判時1563号81頁(以下「平成7年再婚禁止期間事件最高裁判決」という)は、(a)「憲法14条1項に違反するものではなく」と述べており、明白な“合憲判決”であったこと、(b)立法行為の違憲審査についてその射程を広めた平成17年判決以前のものであったこと、が留意されるべきである。そして、上記で引用した部分からも明らかなように、最高裁は「平成7年判決がされた後も、本件規定のうち100日超過部分については違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において」と述べているのであって、違憲性の明白性要件を判定する際に、司法判断に明確な違憲判断を求めているわけではない。要するに、「司法判断」(最高裁以外のものも含み得る)において「違憲の問題が生ずる」と指摘された場合は、国賠法上の責任が生じ得る可能性を再婚禁止期間最大判は示唆している。

同様に、②につき、法制審議会答申等についても、「100日超過部分が違憲であることを前提とした議論がされた結果作成されたものとはうかがわれない」としており、逆に言えば、「違憲の問題が生ずる」ことが示唆されていれば、違憲性の明白性を基礎づける一考慮要素になり得るのである。

#### (4) 小括

このように、熟議のフォーラムである国会における立法行為の法的統制を考えるならば、上記のように、請願、付帯決議、司法判断、官庁や専門家団体からの答申等を適宜参酌し、憲法的疑義の認識の明白性を総合的に論じるのが適切であろう。そして、憲法99条が国会議員に憲法尊重擁護義務を課していることにかんがみれば、上記の諸動向をただ漫然と眺めているだけではなく、一定の積極的姿勢をもって対することが要請されているのであり、そのような99条の要求を実質化するためにも、ここで述べたような方向性に出ることが肝要である。

### 3 原判決は従来の最高裁判決による努力を無に帰するものであること

#### (1) 原判決の判示

以上を踏まえ原判決を検討すると、①原判決は、「技術的に実施不可能に近いというような状況であるとして、現段階では見送ることとした旨」の国会答弁について、「この説明自体は、少なくとも、当時の説明としては、一定の合理性があったことは否定できない」とした。

また、②原判決は、在外投票最大判は、「在外選挙制度を設けていない公職選挙法等の合憲性について判示するものであり、在外審査制度の当否について直接判示するものではなかった」とし、加えて、「選挙権と国民投票権とは、憲法15条1項を根拠とし、国民主権に関わる重要な権利である」との認識を示しつつも、「その意義や成り立ちが異なることは否定できない」とし、また、「その実施面において技術的な差異があることも事実である」と述べて、在外投票最大判があるからと言って「直ちに在外審査を認めないことの違憲性が明白になったとはいえない」とする。

続けて③原判決は、平成23年在外審査権事件東京地裁判決につき、本件の憲法適合性について「重大な疑義がある旨の指摘をしていた」ものの、2009年の時点においては、合理的期間を徒過していたとは言えないとして、「結論としては、憲法に違反するものとまではいえないと判示した」のであるから、「在外審査制度の創設のための議論の契機になり得るものとしても、これをもって、国民審査法の違憲性が明白になったものともいえない」と断じている。

さらに④原判決は、日本弁護士連合会による2度の勧告について、「法的拘束力ではなく、在外審査創設のための議論の契機となり得るものとしても、これをもって、国民審査法の違憲性が明白になったとはいえない」とする。

最後に⑤原判決は、「内閣から在外国民審査に関する法案が提出されたり、国会において在外国民審査について議論されたりしたような形跡もない」と断じる。

#### (2) 原判決のこれらの判断は過去の最高裁判決と整合しないこと

上記のような原判決の論旨は、全体としてみると、要するに、裁判所に明白に違憲であることを議論の余地なきまでに指摘され、かつ、是正のための措置を可能にする法案の提出等がなされない限り、立法行為の国賠法上の違法判断はあり得ないことになる。

このことは、国賠法上違法の判断における明白性要件をおそろしく狭く解するものであって到底受け入れられないのみならず、法律の憲法適合性に対する国会議

員の感度を鈍くすることを促進しかねず、最悪の場合、憲法問題から距離を置き、なんらの措置も講じず、議論さえもしない方が安全であるという風土を生み出し、憲法99条が要求する憲法尊重擁護義務を棄損するおそれがある。

熟議民主政、あるいは従来最高裁判例が行ってきた立法行為への憲法的統制の努力と逆行する。「憲法的疑義については気が付かなかった」「違憲の可能性については知らなかった」と言って済むものではない。

以下、①ないし⑤の判示について個別に検討する。

#### ア ①（技術的に不可能に近い旨の答弁）について

この説明がなされた1998年当時、「少なくとも、当時の説明としては、一定の合理性があったことは否定できない」との判断は理解に苦しむ。まず、それに「一定の合理性がある」ことがどうして違憲性判断の明白性を減退させる理由になるのかが説明されていない。国民審査を在外ではできないこと（つまり審査権が剥奪されている状況であること）は指摘され、かつ論題になっていたわけであって、かかる問題状況を解決するための権利実現手段のあり方を検討する際に、「技術的支障」が指摘されたからと言って、問題状況の明白性は雲散霧消するわけではない。国民審査権の剥奪は、それ自体が違憲状態なのである。さらに、これは1998年の時点の話であって、原判決が基準としている2009年の時点で通用する考え方とは到底言えない。

#### イ ②（在外投票最大判）について

原判決が、選挙権と国民審査権の差異をことさらに数え上げて、在外投票最大判で展開された憲法解釈をまるごと退けるかのごとき判示は不適切である。このように解すると、最高裁で明示的に「この趣旨は国民審査の剥奪状況にも同様に適用され、したがって在外国民審査の未整備状況は違憲である」と指摘でもされないかぎり、重要な憲法解釈を国会議員が生かすことはない、生かさなくても別段問題はない、ということになってしまう。個別的効力に立つ立たないにかかわらず、同最大判の効力が本件に及ばないのは、事案が異なる以上、当然のことであるが、そのことと、同判決で示された憲法解釈が、選挙権と国民審査権の類似性に照らして、本事案にも及ぶと明白に認識すべきことは、まったくの別問題である。また、原判決は、両者の権利につき、「その意義や成り立ちが異なることは否定でき」ないとするが、どうそれらが異なるかの説明はなく、またその差異が同最大判の憲法解釈の受け止め方にいかなる影響を及ぼすのかの説明も行っていない。

ウ ③（平成23年在外審査権事件東京地裁判決）について

同判決は、「重大な疑義がある旨の指摘」をしつつ、2009年の時点においては合理的期間を徒過していたとは言えないとして違憲判断を回避したものである。これは、権利実体論としては違憲であるが、合理的期間内なのでいわば執行猶予となったにすぎず、基本的にその違憲性は明白であったと捉えるべきである。しかも、それは2009年の時点での話であって、爾来、10年近くを経た現時点では同論することはできない。

エ ④（日弁連勧告）について

国会内外のさまざまなことがらを立法過程における熟議を可能にする多様な入力として捉えることが適切であることの例として裁判例が挙げる、請願や附帯決議、法制審議会答申なども、法的拘束力（すくなくとも即時的なそれ）は持たない。司法判断でさえもその先例拘束性は事実上のものであり、事件当事者でなければ法的拘束力を持たない。

ここで問題となるのは日弁連勧告の「法的拘束力」の有無ではなく、勧告がなされた「事実」を不法行為の成立要件の観点からどう評価するかという問題である。勧告それ自体に法的拘束力があるかどうかではなく、国会に勧告がなされたという事実が国賠法の要件を充足すると評価されることによって、一定の法的意味を付与されるということである。日弁連勧告に法的拘束力があるのであれば、国賠法の適用を受けるまでもなく、立法行為は違法となるはずであろう。

オ ⑤（法案の未提出・議論の不存在）について

原判決の述べていること額面通り受け止めれば、国会は何もしなければ、つまり不作為を決め込めば、責任を問われないということになり、言語道断の論理である。

## カ 小括

原判決の論旨は、裁判所に明白に違憲であることを議論の余地なきまでに指摘され、かつ、是正のための措置を可能にする法案の提出等がなされない限り、立法行為の国賠法上の違法判断はあり得ないことになる。有体に言えば、最高裁に法令違憲判決を下されてもなお議論もしない場合にのみ、立法行為の国賠法上違法の判断が下されるということになる。違憲性の認識も、議論の形跡も、一切見当たらなければ、国賠法上の責任は問われないという法理が定着すれば、おそらく他律的な憲法尊重擁護義務しか国会議員は果たさなくなる。熟議民主政、あるいは従来の最高裁判例が行ってきた立法行為への憲法的統制の努力は無に帰することとなる。

## 4 終わりに：最高裁は本件事案について格別の意識を抱懐すべきである

国民審査の制度は、現行憲法が司法制度の民主的正統性を確保するための重要な憲法上の仕組みである。憲法学者の佐藤幸治は、その意義について次のように述べている。

最高裁判所が規則制定権（77条）や下級裁判所裁判官の指名権（80条）を有するとともに、先例拘束力（中略）のある判決をなす立場にあり、また、何よりも違憲審査権を行使する終審裁判所で（81条）、格別の憲法保障機能を託されていることを考慮するならば、憲法が特に最高裁判所裁判官の適否について有権者団に判断させることにしたのには十分な理由があると解されるべきであろう。つまり、相互に依存的でありながら、同時にときには反発し合う、法の支配の原理と民主主義の原理との微妙な調和を達成維持しようとする1つの試みとして評価されうる（佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（2020年、成文堂）438頁）。

最高裁は「違憲審査権を行使する終審裁判所」であり、「格別の憲法保障機能を託されている」。また、憲法の両輪ともいえる「法の支配の原理と民主主義の原理」の接点にあたる国家機関として両者の「微妙な調和」を維持する立場にある。本件は、最高裁判所自身の民主的正統性と違憲審査権の負託に関わる最高度の憲法問題である。

以上