

令和元(2019)年10月4日

東京高等裁判所 御中

神戸大学大学院法学研究科  
教授 興津 征雄



5

## 意見書

令和元年(行コ)第167号 在外日本人国民審査権確認等請求控訴事件について、控訴人(第1審原告)ら訴訟代理人の依頼により、以下のとおり意見を述べる。

### 10 目次

第1	本意見書の趣旨と構成.....	2
1	本意見書の趣旨 .....	2
2	本意見書の構成 .....	2
第2	本件訴えbの適法性について.....	2
15	1 本件訴えaに関する原判決の判旨 .....	2
2	法令の適用による解決可能性.....	4
	(1) 法的判断になじむかどうか.....	4
	(2) 法令の「適用」の意義.....	7
	(3) 類似事例.....	7
20	(4) 結論 .....	8
3	具体的事件性および確認の利益.....	8
4	結論.....	11
第3	本件請求bの理由の有無について .....	11
1	国民審査法の違憲性 .....	11
25	(1) 国民審査法のどこが違憲か.....	11
	(2) 平等原則(憲法14条1項)と救済 .....	13
2	一部無効と合憲拡張解釈.....	15
	(1) 両者の関係 .....	15
	(2) 国籍法違憲判決を素材とした検討.....	17
30	3 本件への当てはめ.....	21
	(1) 司法的救済の可能性・必要性.....	21
	(2) 救済方法.....	22
5	結論.....	24

35

## 第1 本意見書の趣旨と構成

### 1 本意見書の趣旨

本意見書は、本件の請求の趣旨1(1)aおよびb(2019年8月5日付訴えの変更申立書による変更後のもの。以下同じ)に係る訴えがいずれも適法であり、また、請求の趣旨1(1)bが認容されるべきである旨を述べるものである。

### 2 本意見書の構成

本件は、日本国外に住所を有する日本国民(以下「在外国民」という)である第1審原告ら(以下「原告ら」という)が、最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査(以下「国民審査」という)において審査権(以下「国民審査権」または「審査権」という)を行使することができる地位の確認などを求めるものである。

本件の請求の趣旨1(1)aおよびbは、以下のとおりである(原告らの氏名を記号に置き換えた)。

#### 15 1(1)

a 日本国外に住所を有する原告X<sub>1</sub>、原告X<sub>2</sub>、原告X<sub>3</sub>及び原告X<sub>4</sub>が、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査において、審査権を行使することができる地位にあることを確認する。

20 b 原告X<sub>1</sub>、原告X<sub>2</sub>、原告X<sub>3</sub>及び原告X<sub>4</sub>が、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査において、在外選挙人名簿に登録されていることに基いて審査権を行使することができる地位にあることを確認する。

このうち、請求の趣旨1(1)aは、第1審第1事件の主位的請求の請求の趣旨と同旨である(以下この請求を「本件請求a」といい、本件請求aに係る訴えを「本件訴えa」という)。請求の趣旨1(1)bは、これに「在外選挙人名簿に登録されていることに基いて」という条件を付加し、「日本国外に住所を有する」という前提を削除するものである(以下この請求を「本件請求b」といい、本件請求bに係る訴えを「本件訴えb」という)。

30 本件訴えaは、原判決(東京地裁令和元(2019)年5月28日判決・平成30年(行ウ)第143号・平成30年(ワ)第11936号)が法律上の争訟に当たらず、不適法であるとして却下している。したがって、本意見書においては、まず、本件訴えaに関する原判決の判示を検討し、その結果を踏まえて、本件訴えbが適法であるとの意見を述べる(後記第2)。次に、本件請求bの理由の有無について検討し、請求が認容されるべきであるとの意見を述べる(後記第3)。

## 35 第2 本件訴えbの適法性について

### 1 本件訴えaに関する原判決の判旨

原判決は、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」の意義につき、「ここにいう法律上

の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、それが法令の適用により終局的に解決することができるものをいうと解すべきである」(第3の1(1)・30頁)と判示した上で、国民審査に関する憲法及び最高裁判所裁判官国民審査法(以下「国民審査法」という)の規定を検討し、次のように述べる。(以下、原判決の抜粋には、[1][2]……の通し番号を付し、前に引用した抜粋に言及する場合には、この通し番号で特定する。)

[1] 「このようなことからすれば、国民審査法は、在外国民につき、公職選挙法の定める在外選挙人名簿を用い、又はこれに相当するものを調製して用いることにより国民審査権を行使することを認めるという立法政策を採るものでないことは明らかである。そして、憲法79条4項によれば、在外審査制度を創設する場合に、在外選挙人名簿を用いたものとするか否かといった制度の枠組みについて、国会の判断に委ねられていることにも鑑みれば、特定の条項を違憲無効とすることも含め、国民審査法その他の法令を解釈することによって、在外国民について国民審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできないというべきである。」(第3の1(3)イ・33頁)

[2] 「以上によれば、第1事件原告らが確認を求める「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」は、現行の法令の解釈によって導き出すことのできるものではなく、国会において、在外国民について審査権の行使を可能とする立法を新たに行わなければ、具体的に認めることのできない法的地位であるといわざるを得ない。

そうすると、本件地位確認の訴えに係る紛争は、法令の適用により終局的に解決できるものではなく、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟には当たらない。」(同ウ・33頁)

上に示された法律上の争訟の定義は、次の二つの要素に分解できることが一般に認められている<sup>1</sup>。①「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」であること(以下この要素を「具体的事件性」という)。②「法令の適用により終局的に解決することができる」紛争であること(以下この要素を「法令の適用による解決可能性」という)。ある紛争が法律上の争訟に当たるには、この二つの要素が両方とも充足されることが必要である。原判決は、上記引用によれば、このうち②の要素を否定したことが明らかなので、以下この点について検討を加える。

<sup>1</sup> 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第7版)』岩波書店(2019年)349-350頁、佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂(2011年)585頁、野中俊彦ほか『憲法II(第5版)』有斐閣(2012年)229頁[野中]。

## 2 法令の適用による解決可能性

### (1) 法的判断になじむかどうか

- 5 原判決が法令の適用による解決可能性を否定した理由は、原告らが確認を求める地位が「現行の法令の解釈によって導き出すことのできるものではなく、国会において、在外国民について審査権の行使を可能とする立法を新たに行わなければ、具体的に認めることのできない法的地位である」という点にある。本意見書は、後記第3のとおり、この点について原判決とは異なる立場を採り、現行の法令の解釈によって当該地位を導き出すことができると考える。そのような結論が正当かどうかは、憲法および法令の解釈適用によって決まる
- 10 ことであるから、本件訴え a は「法令の適用により終局的に解決できる」紛争に当たり、ひいては法律上の争訟に当たる。しかし、仮にその点について原判決と同じ立場を採るとしても、なお、本件訴え a は「法令の適用により終局的に解決できる」紛争に当たると解される。

そもそも、法令の適用による解決可能性が法律上の争訟の要素とされているのは、宗教上の教義や学問上の真理をめぐる紛争など、法的判断になじまない紛争を司法権の範囲から

除くためである<sup>2</sup>。原判決が引用する最高裁判例も、その趣旨でこの要素を用いている<sup>3</sup>。原

<sup>2</sup> 興津征雄「憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟（確認訴訟）」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』日本評論社（2012年）171-180頁，177頁。安念潤司「司法権の概念」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』有斐閣（2008年）250-253頁，251頁は、「法令を適用することによって解決し得べき紛争」の意義について、「訴訟上の請求が、金員の支払、法律上の地位の存否の確認など、一見する限り問題なく法律上の争訟に当たる体裁をとっていながら、その前提問題に司法権が関与すべきでない事項が含まれるために、その裁定が司法権の対象外であり、訴えは却下されるべきである、とされることもある」（傍点引用者）と説明する。安念・同上が引用する東京地判平成8（1996）年1月19日訟務月報43巻4号1144頁は、これをさらに敷衍して、次のように述べている。「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することができる対象すなわち裁判所法第三条にいう「法律上の争訟」といえるためには、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であることのほかに、それが法令の適用により終局的に解決できることを要するものと解されるのであって、前者の要件を満たしている場合であっても、後者の要件を満たさないとき、すなわち、形の上では当事者間の具体的権利義務ないし法律関係の存否をめぐる紛争ではあるが、訴訟物たる権利義務ないし法律関係の存否の前提問題として判断せざるを得ない争点が、その問題の特殊性から、裁判所の審判に親しまないため、結局紛争全体が法令の適用によって終局的に解決するに適しない場合には、「法律上の争訟」に当たらないものと解するのが相当である。したがって、たとえば、訴訟物たる権利義務ないし法律関係の存否の前提問題が、高度に政治性のある行為の当否の判断を要する場合や、自律的な法規範を有する社会ないし団体の純然たる内部規律の問題として当該社会ないし団体の自治的措置に委ねられるべき場合、さらには、宗教団体内部の紛争を解決する前提として、裁判所が当該宗教団体の教義、信仰の内容に立ち入ってその当否を判断することが必要不可欠であるが、その点について判断することが国家の宗教上の教義、信仰に対する中立ないし不干渉の原則に抵触する結果となるような場合には、結局紛争全体が法令の適用によって終局的に解決するに適しないものとして、「法律上の争訟」に当たらないものとされているのである。」

<sup>3</sup> すなわち、最判昭和41（1966）年2月8日民集20巻2号196頁〔技術士国家試験訴訟〕は、「法令の適用によって解決するに適さない単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争は、裁判所の裁判を受けうべき事柄ではない」（傍点引用者）と述べた上で、「国家試験における合格、不合格の判定も学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為であるから、その試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであって、その判断の当否を審査し具体的に法令を適用して、その争を解決調整できるものとはいえない」として、当該判定をめぐる紛争は裁判所の審査できない事項だとしている。最判昭和56（1981）年4月7日民集35巻3号443頁〔板まんだら訴訟〕は、「本件訴訟は、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の形式をとっており、その結果信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断は請求の当否を決するについての前提問題であるにとどまるものとされてはいるが、本件訴訟の帰すうを左右する必要不可欠のものと認められ、また、記録にあらわれた本件訴訟の

告らがそのような地位（国民審査権を行使しうる地位）を有するか否かは、現行の法令である憲法<sup>4</sup>および国民審査法その他の法律を解釈して初めて確定できること、すなわち法的判断により解決されるべき争点であるから、この要素を満たすというべきである。

- 5 原判決も、憲法および国民審査法その他の法律を解釈した結果として、「在外国民について国民審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできない」という結論を導いている。これは、法的判断そのものであり、本案で示されるべき結論の先取りである。つまり、原判決自身、本件訴え a が、法令の適用により終局的に解決できる紛争であることを白認しているとすらいえよう。

経過に徴すると、本件訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となつていると認められることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであつて、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらぬ（傍点引用者）としている。

ただし、最判平成 14（2002）年 7 月 9 日民集 56 卷 6 号 1134 頁（宝塚市パチンコ店建築規制条例訴訟）は、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であつて、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであつて、自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許される」と判示した上で、当該訴えは、地方公共団体が私人に対して行政上の義務の履行を求めて提起したものであり、法律上の争訟に当たらないとしたものである。この判決は、前述の法律上の争訟の二つの要素のうち、いずれを否定したかを明言していない。しかし、地方公共団体が私人に対して行政上の義務の履行を求める訴訟が「自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできない」ことを理由に法律上の争訟性を否定したものであることからすると、法令の適用による解決可能性を否定したのではなく、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」であること（具体的事件性）を否定したものと解される。調査官解説（福井章代・最高裁判所判例解説民事篇平成 14 年度（下）531-550 頁、538 頁）が、主観訴訟と客観訴訟の区別を提示した上で、「前者は、個人の具体的な権利義務に関する争いであるから」（傍点引用者）法律上の争訟に当たるとの対し、後者はそうではないと説明していることも、このような理解を裏付ける。したがって、同判決は、本件とは事案を異にするといふべきである。

<sup>4</sup> 「法令」とは、字義通りに解せば法律および命令であるが、この文脈で憲法を除外すべき理由はない。仮に憲法が除外されるとすれば、例えば憲法 29 条 3 項を直接の根拠として損失補償請求をする訴えが法律上の争訟に該当しないことになってしまうが、最高裁がそのように解していないことは明らかである（最大判昭和 43（1968）年 11 月 27 日刑集 22 卷 12 号 1402 頁〔名取川河川附近地制限令事件〕参照）。

## (2) 法令の「適用」の意義

このような立論に対しては、原判決は確かに法令を「解釈」してはいるけれども、「適用」したわけではない、法令を「解釈」した結果として、その法令が本件には「適用」できないことを確認したにすぎないのだ、という反論がなされるかもしれない。しかし、この反論は、

5 「適用」の意義をあまりにも形式的に捉え過ぎている。

確かに、適用とは、狭い意味では、ある事実が法令の規定する構成要件に該当すると判断し、その規定の定める法的効果を導くことをいう。しかし、法律上の争訟性を基礎づける「適用」には、ある法令の規定がある事実（狭い意味で）適用されないことを当該法令の規定の解釈によって判断することも、含まれると解すべきである。例えば、ある法律の施行日前

10 に生じた事実について、当該法律が遡及適用されるか否かが争われ、裁判所が当該法律を解釈して遡及適用されないという判断に至った場合、その法律は当該事実（狭い意味で）適用されたわけではないとしても、その紛争が「法令の適用により終局的に解決できるもの」でなくなるわけではなく、したがって法律上の争訟に当たらないわけでもない。裁判所は、遡及適用を否定する判断を示すことにより、まさに「法令の適用により」その紛争を解決し

15 ているのである。

第1審被告は、「国民審査法は、我が国の領域主権の及ばない国外における審査を予定せず、『在外選挙人名簿』に関する地位も設けていない」ことを、法令の適用による解決可能性がないことの根拠として主張している（第2の4（1）（被告の主張）イ（ア）・9頁）。しかし、これはある法律の規定が日本の領域外において域外適用されるかどうか争われる

20 場合と同様である（原告らの主張は、国民審査法の域外適用を求めるものと理解することもできる）。域外適用の主張も法令の適用を求める主張であり、域外適用の有無も、上で述べた遡及適用の有無と同様に、法令の適用によって解決されるべきことなので、第1審被告の上記主張は失当である。

## 25 (3) 類似事例

本件の類似事例としては、本件と同じく在外国民が国民審査の投票をしようとする地位の確認が求められた訴訟で、原判決とほぼ同じ理由付けで同じ結論を採った判決<sup>5</sup>がある。同判決

---

<sup>5</sup> 東京地判平成23（2011）年4月26日判例時報2136号13頁。同判決の法律上の争訟性に関する判示に対する本文と同趣旨の批判として、松本哲治「在外日本国民選挙権訴訟判決の射程——在外日本国民最高裁判所裁判官国民審査権訴訟第一審判決を中心に——」曾我部真裕＝赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開（下）』信山社（2012年）325-349頁、339頁、井上典之「在外日本人最高裁判所裁判官国民審査権事件第一審判決」判例評論643号＝判例時報2154号（2012年）148-152頁、150-151頁、大沼洋一「在外国国民審査権確認等請求事件東京地裁判決への疑問とその余白についての若干の考察」自治研究91巻5号（2015年）114-130頁、121頁。なお、大沼は、結論としては、「法律上の争訟の問題ではなく、確認の利益（方法選択の適否）の問題であり、同利益を欠くとして、訴えを却下すべきであった」とする

は、第1審で確定したため、残念ながら上訴審における是正の機会が得られなかったが、このような判断が積み重なると、法律上の争訟性（法令の適用による解決可能性）に関する誤った理解を助長するおそれがある。原判決の取消しを強く求めたい。

他に、類似事例で法律上の争訟性（法令の適用による解決可能性）が争われたものは、管見の限り見当たらないが、原判決のおかしさを例証するために、次の事例を挙げておく。父系血統主義を採用していた当時の国籍法2条各号の規定が憲法14条等に違反するとして、外国人の父と日本国民の母との間に生まれた子が日本国籍の確認を求めた訴訟において、裁判所が原告の主張を退け、請求を棄却した事例である<sup>6</sup>。この事件も、出生による国籍取得について、父系血統主義を採るか、父母両系血統主義を採るか、さらには母系血統主義を採るか、はたまた生地主義を採るかが、国会の立法裁量に委ねられていることにかんがみれば、特定の条項を違憲無効とすることも含め、当時の国籍法その他の法令を解釈適用することによって、日本国籍という具体的な地位を導き出すことはできない事案であった。原判決の論理（前記[1]）によれば、この事件も法律上の争訟ではないということになってしまうであろう。しかし、国籍が法律上の地位であり、争点が憲法および国籍法の解釈にある以上、国籍確認訴訟が法律上の争訟でないはずがない。当事者もそのような主張はしていないし、裁判所も、訴えが適法であることを前提に、本案判断をしているのである。仮に、国籍と国民審査権がこの点では区別されるのだというなら、裁判所はその理由を明快に説明する必要がある。

#### 20 (4) 結論

以上の検討からすると、本件訴えaは「法令の適用により終局的に解決できる」紛争に当たるといふべきであり、これに反する原判決の判断は支持できない。そして、この点に解する限り、本件訴えbも同じように解することができるから、本件訴えbも「法令の適用により終局的に解決できる」紛争に当たるといふべきである。

25

### 3 具体的事件性および確認の利益

仮に、原告らが確認を求める地位が「現行の法令の解釈によって導き出すことのできるものではなく、国会において、在外国民について審査権の行使を可能とする立法を新たに行わなければ、具体的に認めることのできない法的地位である」という原判決の立場を前提にした場合、法令の適用による解決可能性は肯定できるとしても、法律上の争訟のもう一つの要素である具体的事件性が否定される可能性がある。なぜなら、「立法を新たに行わなければ、具体的に認めることのできない法的地位」をめぐる紛争は、「具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」とはいえないようにも思えるからである。また、同じ理由で、確

---

が、立法不作為の違憲確認を求める無名抗告訴訟のほうをより適切な訴えとして適法と考えるためであると思われる（大沼・前掲130頁）。

<sup>6</sup> 東京高判昭和57（1982）年6月23日行裁例集33巻6号1367頁。



認の利益（紛争の成熟性ないし即時確定の利益）が否定される可能性もある。

しかし、このような立論が成り立たないのは明らかである。なぜなら、原告らは、その確認を求める地位（国民審査権を行使しうる地位）が、立法を新たに行わなくても、具体的に認めることができると主張しており、実際にそのような地位が存在するか否かは、本案において判断されるべき問題だからである。仮に、そのような地位が存在しないことを理由に具体的事件性ひいては確認の利益を否定すれば、本案の結論を訴訟要件の判断で先取りすることになり、不当である。

裁判所の懸念としては、およそそのような地位を観念することができないのに、地位の有無について本案判断を示せば、具体的紛争がないにもかかわらず、法律を始めとする国家行為が抽象的に憲法に適合するか否かについて裁判所の見解を示すことになりかねず、付随的審査制の限界を超え、司法権の範囲を逸脱するというおそれがあるのかもしれない<sup>7</sup>。もちろん、原告におよそ法的保護に値する地位が観念できなければ、そのような懸念は現実のものとなろう。例えば、憲法の政教分離規定（20条3項等）は国民個人々の権利を保障していないと解される（制度説）<sup>8</sup>から、「戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受入れるか否かを含め、戦没者をどのように回顧し祭祀するか、しないかに関して（公権力からの圧迫、干渉を受けずに）自ら決定し、行う権利ないし利益」なるものを措定して、内閣総理大臣の靖国神社参拝が違憲であることの確認を求めた場合には、確認の利益ないし法律上の争訟性が否定されて訴えが却下されても<sup>9</sup>、やむを得ないであろう。

しかし、本件訴えをこれと同じように考えることはできない。なぜなら、国民審査権は、憲法上個々の国民に主観的に保障された権利であり、政教分離のような客観的制度の単なる反射とは異なるからである。原判決も、国家賠償請求に関する判示において、次のように述べている。

<sup>7</sup> 例えば、東京地判平成11（1999）年10月28日判例時報1705号50頁〔在外国民選挙権訴訟第1審〕は、次のように述べている。「本件各違法確認請求……のうち、原告らの権利行使が認められていないとする部分は、改正前の公職選挙法又は改正後の公職選挙法において、選挙権を有する在外日本人一般について右各選挙権行使の方法が確保されていないという一般的状態を現在の原告らの立場に当てはめて表現したにすぎないというべきであり、この意味における原告らの立場は、選挙権を有する他の在外日本人と特に異なることなく、また、特定の選挙を個別具体的に取上げて原告らの権利行使が認められていないことを主張するものでもない。したがって、本件各違法確認請求に係る訴えは、結局のところ、具体的紛争を離れて、改正前の公職選挙法又は改正後の公職選挙法の違法の確認を求める訴えであるというべきであり、法律上の争訟には当たらないと解すべきである。」ただし、これは地位確認訴訟ではなく公職選挙法の違法確認訴訟に関する判示であり、上告審である最大判平成17（2005）年9月14日59巻7号2087頁は地位確認訴訟の適法性を認めている。

<sup>8</sup> 最大判昭和52（1977）年7月13日民集31巻4号533頁〔津地鎮祭訴訟〕、最判昭和63（1988）年6月1日民集42巻5号277頁〔自衛官合祀訴訟〕。

<sup>9</sup> 最判平成18（2006）年6月23日判例時報1940号122頁〔靖国神社参拝違憲訴訟〕。

[3] 「憲法 79 条 2 項及び 3 項に根拠を有する解職の制度である国民審査制度は、最高の司法機関であり、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の終局的な決定をするという重要な権限を有する最高裁判所の裁判官の任命に民主的統制を及ぼそうとしたものであることは明らかであり、国民審査権は、憲法 15 5 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すべきであるから、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 10 項、3 項）についても及ぶものと解される。したがって、憲法は、国民に対し、国民審査において審査権を行使する機会、すなわち投票を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。」（第 3 の 3 (2) ア・37 頁、傍点引用者）

確かにこれは国家賠償請求に関する判示ではあるものの、原判決は憲法の解釈として国民審査権が憲法上の権利として保障されることを一般論として明言しており、その射程は地位確認訴訟にも及ぶものと解すべきである（国民審査権が「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すべきである」ことは、本件訴え a に関する判示においても述べられている（第 3 の 1 (2) イ・31 頁））。したがって、裁判所が、本件において、現行の国民審査法が原告の憲法上の権利を侵害するかどうかという点に限って違憲審査権を行使したとしても、付随的審査制の限界を超えるものではなく、司法権の範囲を逸脱することはない（仮にそれすら許されないとすると、国家賠償請求に係る訴えも不合法ということになりかねないが、それは明らかにおかしい）。そうすると、原告は、憲法上保護された国民審査権の行使が、現行の国民審査法により妨げられているために、当該権利に危険ないし不安を生じており、そのような危険ないし不安を除去するために、国民審査権を行使しうる地位の確認をすることが有効かつ適切であるから、本件訴えには確認の利益があるというべきである。

なお、後記第 3 で詳述するとおり、在外国民が国民審査において審査権を行使することができる地位は、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて認められると解される。原告らが、今回の国民審査の際になお国外に住所を有しており、在外選挙人名簿に登録されているかどうかは、厳密には現時点では不確定といわざるをえないが、在外国民選挙権制限違憲判決<sup>10</sup>は、同様の状況で、現に在外選挙人名簿に登録されている者について、確認の利益を認めている<sup>11</sup>。これにならえば、本件についても、「在外選挙人名簿に登録されていること

<sup>10</sup> 最大判平成 17 (2005) 年 9 月 14 日（前掲注 (7)）。

<sup>11</sup> 参照、杉原則彦〔在外国民選挙権制限違憲判決調査官解説〕最高裁判所判例解説民事篇平成 17 年度（下）603-680 頁、649 頁・678 頁（注 35）。

に基いて」国民審査権を行使することができる地位の確認を求める本件訴え b は、確認の利益が認められることになろう。その場合には、本件訴え a は、本件訴え b と実質的に同一の訴えと解することもできるかもしれないが、もし異なる訴えと解するならば、本件訴え b がより有効かつ適切な訴えであり、本件訴え a はそれに劣後するものとして、訴えの利益が否定されてもやむをえないと思われる。

また、確認の利益がある以上、具体的事件性も当然に肯定され、本件訴え b は法律上の争訟に当たるといふべきである<sup>12</sup>。

#### 4 結論

以上の検討から、本件訴え b は適法である。

### 第3 本件請求 b の理由の有無について<sup>13</sup>

#### 1 国民審査法の違憲性

##### (1) 国民審査法のどこが違憲か

原判決は、国家賠償請求に関する判示において、次のように述べている。

[4] 「以上によれば、前回国民審査において在外国民が審査権を行使することを認めないことについて、やむを得ない事由があったとは到底いうことができないから、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 項に違反するものであったといふべきである。」(第 3 の 3 (2) イ (エ)・40 頁)

この判示を前提とすれば、前回国民審査すなわち平成 29 (2017) 年 10 月 22 日執行の国民審査以降、国民審査法は改正されていないから、同法は、在外国民の国民審査権の行使を認めていない点において、依然として違憲である。本意見書では、このことを前提とする。

(したがって、本意見書は、国民審査法が違憲かどうかの実体審査について、原判決以上のことを述べるものではない。国民審査法の違憲性に関する原判決の判断は基本的に正当であり、維持されるべきであると考えている。)

<sup>12</sup> 確認の利益が肯定されれば、具体的事件性も当然に肯定される (興津・前掲注 (2) 178 頁)。最大判平成 17 (2005) 年 9 月 14 日 (前掲注 (7)) も、確認の利益を肯定した上で、特に理由を述べずに、「なお、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない。」と判示している。

<sup>13</sup> 以下、本件訴え b が適法であるという前提の下で、本件請求 b の理由の有無を論じるが、仮に本件訴え a が (も) 適法であると解するならば、以下で述べることは、そのまま本件請求 a にも当てはまる。つまり、国民審査法 8 条について、以下に述べる解釈を採り、原告らが在外選挙人名簿に登録されていることが認定できれば、本件請求 a についても認容の結論となるはずである。

しかし、原判決は、国民審査法のどの規定が憲法に違反するかを具体的に特定していない。手掛かりとなるのは、本件訴え a の適法性に関する次の判示である。

5 [5] 「憲法 79 条 4 項の規定を受けて国民審査に関する事項を定めた国民審査法は、衆議院議員の選挙権を有する者は審査権を有する旨定めている (4 条)。この定めは、審査権が憲法 15 条 1 項にいう国民固有の権利である公務員の選定及び罷免の権利の一つであることを受けて規定されたものとはいえるものの、その文言や、国民審査法に他に投票の方法等に関する定めがあることからすれば、あくまで審査権を有する者の資格について定めたものにすぎず、同法 4 条により直ちに具体的な審査権を行使することができる地位が発生するものと解することはできない。

10  
15  
20  
25  
そして、国民審査法は、投票の方法等に関する定めの一つとして、国民審査には公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いる旨定める (8 条) ところ、同法は、選挙人名簿と在外選挙人名簿を異なるものとして明らかに区別しており (30 条の 2 第 1 項)、在外選挙人名簿は選挙人名簿の一部ではなく、国民審査法 8 条の選挙人名簿に在外選挙人名簿が含まれると解する余地がないことは明らかである。さらに、同法の他の規定をみても、審査は、全都道府県の区域を通じて行い (3 条)、罷免を可とする投票の数が罷免を可としない投票の数より多い裁判官は、罷免を可とされたものとするが、投票の総数が公職選挙法 22 条 1 項又は 3 項の規定による選挙人名簿の登録が行われた日のうち審査の日の直前の日現在において国民審査法 8 条の選挙人名簿に登録されている者の総数の 100 分の 1 に達しないときは、この限りではないとしている (32 条) 一方、選挙人名簿に登録されない在外国民の国民審査に関する規定は見当たらないことからすれば、同法は在外審査制度を想定していないといわざるを得ない。」(第 3 の 1 (3) イ・32 頁、傍点引用者)

30 この判示は、国民審査法およびその参照する公職選挙法の規定の説明として、正確なものである。これによれば、在外国民が国民審査権を行使することができないのは、国民審査法 8 条が選挙人名簿に登録されている者についてのみ審査権の行使を認め、選挙人名簿とは区別される在外選挙人名簿に登録されている者については審査権の行使を認めていないためである。そうすると、違憲なのは国民審査法 8 条であるとも思える。

35 もっとも、別の理解も可能である。国民審査法 8 条は、あくまでも選挙人名簿に登録されている者が国民審査権を行使することを可能にする規定であって、在外選挙人名簿に登録されている者については何も規定しないという理解である。この理解によれば、後者が国民審査権を行使できないのは、公職選挙法が在外選挙人名簿に関する規定を置いていないという立法不作為のゆえであって、国民審査法 8 条自体が違憲であるわけではないことにな

る。

5 原判決は、国家賠償法1条1項の違法性判断においては、明示的に「立法不作為」が違法の評価を受けると述べているので(第3の3(3)ウ(エ)・47頁)、違憲となるのも立法不作為であると考えているように思われる<sup>14</sup>。しかし、国民審査法の理解としては、どちらもありうる。この点は、在外国民が国民審査権を行使しうる地位を導くための法律構成に違いをもたらすので、後で詳論する(後記3(2))。

## (2) 平等原則(憲法14条1項)と救済

10 原判決は、「憲法は、国民に対し、国民審査において審査権を行使する機会、すなわち投票をする機会を平等に保障している」(前記[3]、傍点引用者)と判示している。すなわち、本件が、日本国内に住所を有する日本国民(以下「在国民」という)と在外国民との間の平等での問題でもあることを指摘している。在外国民が国民審査権の行使において在国民との間に合理的理由のない差別を受けない権利は、当然ながら憲法14条1項により保護されている。本件の本案においては、このことが、重要な出発点として銘記されるべきである。

15 なぜなら、仮に在外国民の権利が、憲法15条1項・79条2項・3項の各規定のみによって保護されているとしたら、在外審査制度を創設するに当たり、さまざまな立法裁量が働くことになり、在外国民が当然に在国民と同じ条件で国民審査権の行使ができることにはならないかもしれない。しかし、平等原則は在国民と在外国民とを、合理的な理由がない限り同様に扱わなければならないことを立法者に命じるので、その限りで立法裁量を制約する。

20 その観点から国民審査法の規定を見ると、平等原則のみによって、在外国民が国民審査権を行使しうる地位を導けるとすらいえる。つまり、国民審査法4条は、衆議院議員の選挙権を有する者に審査権を行使しうる者の資格を付与しており、同法8条は、在国民について選挙人名簿に登録されていることに基づいて国民審査権を行使しうる地位を認めている。そして、原判決の判示からすれば、在外国民が国民審査権の行使ができないことについて、合理的な理由があるとはいえない(前記[4]。原判決は「やむを得ない事由」という言葉を使うが、やむを得ない事由がなければ合理的な理由があるともいえないだろう)。したがって、在外国民は、在国民と同じ条件で、すなわち選挙人名簿に対応する在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて、国民審査権を行使しうる地位を有することが、平等原則の要請として導かれ、それと異なる対応を執る立法裁量は否定される<sup>15</sup>。原判決は、「同法4条

<sup>14</sup> もっとも、立法不作為という言葉は、「国民審査法8条を改正しないこと」の意味でも用いられるので、いずれにしても決め手に欠ける。

<sup>15</sup> 畑尻剛「在外日本国民の最高裁判所裁判官国民審査権」平成23年度重要判例解説=ジュリスト臨時増刊1440号(2012年)14-15頁、15頁は、「現行審査法の衆議院議員選挙準拠という基本的な立場を念頭に置けば、憲法上重大な疑義のある現行の制度不存在(立法不作為)に対する

により直ちに具体的な審査権を行使することができる地位が発生するものと解することはできない」と判示しているが、本意見書は、国民審査法4条のみでそのような地位の発生を基礎づけるものではなく、同法4条・8条に憲法14条1項の要請を介することにより、そのような地位が発生するという理解を採る<sup>16</sup>。

- 5 本意見書は、この理由付けだけで、本件請求bを認容するのに実質的には十分であると考えている。裁判所は、本件請求bを棄却するなら、在內国民と在外国民を国民審査権の行使において区別して取り扱う合理的な理由があることを示さなければならない。

- 10 そうはいつても、裁判所としては、平等原則のみから具体的な法的地位を引き出すことには躊躇があるだろう。そこで、以下において、在外選挙人が国民審査権を行使しうる地位を有することを、国民審査法に即して詳論する。そのための法律構成として、本意見書は、一部無効<sup>17</sup>と合憲拡張解釈<sup>18</sup>の二つの方法を検討する。しかし、くり返しになるが、現行法において、在內国民と在外国民との間に合理的理由のない差別が生じており、その差別を解消することこそが司法の使命であることを、出発点とすべきである。

- 15 以下では、まず一般論として、一部無効と合憲拡張解釈の関係およびそれが認められる要件を検討し（後記2）、次にその結果を本件に当てはめる（後記3）。

裁判的救済としては、在外選挙人名簿への登録を在外審査権行使の根拠とすることも一考に値する」とする。この指摘は、在外審査制度不存在の憲法適合性について重大な疑義があったとして、違憲とまでは断じなかった東京地判平成23（2011）年4月26日（前掲注（5））を受けてのものである。在外審査制度不存在の違憲性を前提にすれば、上記指摘はいつそう強く妥当しよう。

<sup>16</sup> 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」[2008年]『憲法の境界』羽鳥書店（2009年）61-73頁、66頁は、「不合理な差別によって権利・利益の侵害を受けている者にいかなる救済を与えるかを判断する際には、違憲判断によって復帰すべきベースラインが何かを見定めることができるか否かが主要な前提問題になる」と説く。ここでいう「ベースライン」は、憲法および既存の法制度から導かれる標準的な制度形態のことである。本件においては、憲法15条1項・79条2項・3項、国民審査法4条・8条の各規定から、衆議院議員の選挙権を有する者の名簿（選挙人名簿および在外選挙人名簿）に登録されている者は国民審査権を行使しうるというのが「ベースライン」として措定され、それが行使できないという点で不合理な差別を受けている在外国民は、「ベースライン」に復帰するための救済を、憲法14条1項の趣旨に基づいて受けることができると解される。

<sup>17</sup> 憲法学の文献では、部分無効、一部違憲、部分違憲などとも呼ばれ、これらの用語は互換的に用いられているようである。ただし、本意見書では、違憲と無効を概念的に区別する。すなわち、違憲とは、憲法に違反していることをいい、無効とは、効力がないことをいう。この両者を区別する実益は、二つある。一つは、違憲であっても、当然に無効の帰結が生じるとは限らない事態（後記2（1）参照）を正確に記述することができる。もう一つは、委任命令の一部が法律による委任の趣旨に反していることを理由に無効になる場合を、同じ概念で記述することができる。

<sup>18</sup> 「合憲補充解釈」と呼ばれることもあるが、本意見書では「合憲拡張解釈」と呼ぶ。

## 2 一部無効と合憲拡張解釈

### (1) 両者の関係

合憲拡張解釈は、合憲解釈の一種である。一部無効<sup>19</sup>も、合憲解釈も、違憲な法令の全部を無効とすることなく、原告の救済を図る点で、共通の機能を営む。規制的・侵害的立法については、その適用対象を合憲な範囲に限定して解釈する合憲限定解釈と、構成要件の一部を無効とすることによって適用範囲の限定を図る一部無効とが、共通性を有することは明らかだろう。ただし、一部無効は、法令の違憲判断を伴うので、最高裁では常に大法廷で判断しなければならない(裁判所法10条1号・2号)のに対し、合憲解釈は必ずしもそうではない。また、下級裁判所においても、憲法判断回避の準則により、先に合憲解釈の可能性を検討し、合憲解釈が法令の文言や趣旨との関係で解釈の限界を超えると判断される場合に初めて、一部無効の可能性を検討することになる<sup>20</sup>。

本件のように、授益的・設権的立法については、合憲拡張解釈の可能性が検討されることになる。すなわち、憲法が一定範囲の権利を保障しているにもかかわらず、法律がそれを下回る範囲でしか権利の行使を認めていない場合、一部無効または合憲拡張解釈により、権利行使の範囲を憲法の保障する範囲(「ベースライン」)まで拡大することができる<sup>21</sup>。

ただし、授益的・設権的立法については、法律が権利行使を認めていない範囲まで、裁判所の判断により権利行使を認めることになるため、裁判所が実質的に立法作用を行っていることにならないか、その意味で司法権・違憲審査権の限界を超えないかが問われることになる。これは、次の二つの観点から検討する必要がある。

第一に、一部無効と合憲拡張解釈とに共通する点として、裁判所の判断で権利行使の範囲を拡張することが、立法裁量の侵害にならないかという点である。この場合の立法裁量は、

---

<sup>19</sup> 一部無効により救済を図った判例として、次のものがある。最大判平成14(2002)年9月11日民集56巻7号1439頁(郵便法違憲判決)、最大判平成17(2005)年9月14日(前掲注(7))〔在外国民選挙権制限違憲判決〕、最大判平成20(2008)年6月4日民集62巻6号1367頁(国籍法違憲判決)、最大決平成25(2013)年9月4日民集67巻6号1320頁(非嫡出子相続分差別規定違憲判決)、最大判平成27(2015)年12月16日民集69巻8号2427頁(再婚禁止期間違憲判決)等。また、違憲判断ではなく委任命令を違法無効としたものであるが、最判平成14(2002)年1月31日民集56巻1号246頁(児童扶養手当法施行令違法判決)も一部無効の例である。以下、これらの判決に言及する場合には、〔〕内の略称で引用することがある。一部無効に関する文献としては、とりわけ次のものを参照した。穴戸常寿「司法審査——「部分無効の法理」をめぐって」[2009年]辻村みよ子=長谷部恭男編『憲法理論の再創造』日本評論社(2011年)195-208頁、曾我部真裕「部分違憲」同ほか編・前掲注(2)『憲法論点教室』61-68頁、松本哲治「一部違憲判決と救済」土井真一編『憲法適合的解釈の比較研究』有斐閣(2018年)179-212頁。

<sup>20</sup> 長谷部恭男『憲法(第7版)』新世社(2019年)430頁。

<sup>21</sup> 長谷部・前掲注(20)439頁。

権利行使の方法ないし手続にかかわる。権利の実体的存否については、憲法レベルですでに決定されているから、それを下回る範囲でしか権利行使を認めないという立法裁量は、存在しない。しかし、その権利をどのような方法ないし手続で行使させるかについては、立法裁量が認められる場合がある。そして、権利行使の方法ないし手続について、立法裁量の範囲内で想定される合理的な選択肢が複数存在する場合に、裁判所がそのうちの一つを特定すると、立法裁量の侵害に当たると評価される可能性がある。

5  
10  
15  
第二に、一部無効に特有な点として（規制的・侵害的立法にも当てはまる）、法令の無効とされる一部と、有効とされる残部とが、合理的な立法者意思に照らして、可分といえるかどうかである。「残部の規定だけではおよそ法制度として成り立たない場合……はもとより、立法府が残部に代わる規定を別途創設したか、又は残部だけなら規定自体を設けなかったであろうと認められる場合」<sup>22</sup>、すなわち無効とされる一部を除去した残部の規定から再構成される法制度が、当初の法制度の立法趣旨を変質させるような場合には、可分とはいえ、一部無効の手法は用いることができない。この点は、「当該法令の立法理由ないし立法趣旨をはじめ、法令全体の基本理念、他の規定等との関係その他法令全体の体系的な整合性、残余の規定の持つ意味、効果等を総合考慮した上で、残部のみをもって有効な規定と解することの客観的合理性の有無によって」<sup>23</sup>判断されるべきである。

20  
なお、可分性に関連して、文言上の一部無効と意味上の一部無効の区別が導入された上で、文言上の一部無効のほうが違憲部分とそうでない部分との区分が文言上明らかなので、裁判所の恣意を排除しやすいと指摘されることがある<sup>24</sup>。しかし、郵便法違憲判決や再婚禁止期間違憲判決は、意味上の一部無効の例であるとされるが、無効部分と有効部分の区分が恣意的であるとか、一部無効の限界を超えたとかいった批判が、一般的に聞かれるわけではない。他方で、文言上可分のように見えても、解釈によっては可分ではなく一部無効の処理が認められないこともある<sup>25</sup>。実際にも、意味上の一部無効と文言上の一部無効のいずれに該

<sup>22</sup> 森英明〔国籍法違憲判決調査官解説〕最高裁判所判例解説民事篇平成 20 年度 267-325 頁、301 頁。

<sup>23</sup> 森・同上。

<sup>24</sup> 松本・前掲注（19）「一部違憲判決と救済」186 頁。

<sup>25</sup> 大阪高判平成 7（1995）年 11 月 21 日行裁例集 46 卷 10=11 号 1008 頁（児童扶養手当法施行令違法判決の原判決）は、当時の児童扶養手当法施行令（政令）1 条の 2 第 1 号 3 項の規定（「母が婚姻（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。）によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）」）について、「本文と括弧書という二つの規定ではなく、一体として母が婚姻によらないで懐胎した児童であって父から認知されていないものを児童扶養手当の支給対象とすることを定めた規定である」として、「（父から認知された児童を除く。）」の部分のみを分離して違法無効とすることはできないと判示した。このようなケースが存在するため、可分性については、文言のみによって形式的に判断するのではなく、法令の趣旨や構造を踏まえて解釈により判断する必要がある。



当するかが判別しにくいケースもあり<sup>26</sup>、両者の区別はほとんど意味がないという指摘もある<sup>27</sup>。したがって、本意見書では、文言上の一部無効と意味上の一部無効の区別には、こだわらない<sup>28 29</sup>。

## 5 (2) 国籍法違憲判決を素材とした検討

ア 国籍法違憲判決 以下では、国籍法違憲判決を素材として、一部無効と合憲拡張解釈の関係をさらに検討する。同判決においては、多数意見が一部無効を、藤田宙靖裁判官の意見が合憲拡張解釈を、それぞれ用いて救済を図る一方で、反対意見が司法的救済を否定しているため、これらの意見を分析することで、それぞれの手法の具体的な適用のありようを明らかにすることができる。

同判決は、当時の国籍法 3 条 1 項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に生まれた婚外子について、準正（父母の婚姻と父の生後認知）を要件として届出による国籍取得を認めていたところ、父から生後認知を受けたものの父母が婚姻をしていない非準正子

<sup>26</sup> 公職選挙法違憲判決を意味上の一部無効と見るものとして佐藤・前掲注（1）657 頁、文言上の一部無効と見るものとして穴戸・前掲注（19）202 頁。

<sup>27</sup> 土井真一ほか「違憲審査制と最高裁の活性化」論究ジュリスト 2 号（2012 年）169-192 頁、189 頁 [長谷部恭男発言]。

<sup>28</sup> 曾我部・前掲注（19）62 頁。駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』日本評論社（2013 年）386 頁も、「法規定の意味するところを部分的に違憲とする判断がまずあって、それを法規定に具体的に反映できるか否かの判断が次に続き、法規定が意味上の部分違憲に対応して可分であれば、文言上の部分違憲が可能になる、という関係に両者はあるように思われる」とする。

<sup>29</sup> したがって、東京地判平成 23（2011）年 4 月 26 日（前掲注（5））が、在外国民選挙権制限違憲判決（平成 17 年大法院判決）との対比で、次のように述べるのは、首肯できない。「平成 17 年大法院判決は、在外審査制度に関する立法が全くされていない本件とは前提となる事情が相違し、事案を異にするものというべきであって、本件各確認請求に係る訴えの適法性の判断に当たり参照するものとして適切ではないというべきである。」同判決は、「平成 18 年改正前の公職選挙法附則 8 項において、在外選挙制度の対象となる選挙が当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定されていたために、在外国民が両議院の議員の他の選挙につき投票をすることができない状況に置かれていたという事案、すなわち、同項の規定のうち在外選挙制度の対象となる選挙を上記のように限定する部分が違憲無効である場合には、そのような限定が及ばないものとして公職選挙法の規定を適用することにより、当該事案の原告である在外国民につき、『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』という法的地位を導き出すことができる」のに対し、国民審査法についてはそうではないことを重視するが、これは文言の可分性にあまりにとらわれすぎた解釈論である。本文で述べたところからして、文言の可分性の前に、意味の可分性を検討すべきである。

が国籍を取得できない区別（本件区別）が合理的な理由のない差別に当たるとして違憲としたものである。それに対する救済として、非準正子に届出による国籍取得を認めることができるかどうかの問題となった。

イ 多数意見と藤田意見 多数意見と藤田意見は、国籍取得を認めるという結論は一致  
5 しつつも、その理由付けが異なっている。すなわち、多数意見は、国籍法3条1項が婚外子の国籍取得につき、父の生後認知のみならず父母の婚姻をも要求していることが「過剰な要件」であるとし、「同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることによって本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈し」、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、  
10 同項に基づいて日本国籍を取得することが認められる」として、一部無効による救済を行った。それに対し、藤田意見は、本件区別の原因が、多数意見の言うような「過剰な要件」にあるのではなく、非準正子が届出により国籍を取得するための規定を設けていないという立法不作為にあると見た上で、国籍法3条1項の「合理的拡張解釈」により救済を図った。藤田意見によれば、国籍法3条1項はそれ自体が違憲な規定を内包しているわけではない  
15 ので、部分的にせよ同項を無効とする解釈は採りえないことになる。

多数意見と藤田意見を比較すると、憲法上の権利の存否については、両者は共通の前提に立っているというべきである。なぜなら、多数意見も藤田意見も、父の生後認知を受けた非準正子にも届出による国籍取得が認められるべきであるという憲法上の前提から出発し、  
20 当時の国籍法がそれを下回る範囲でしか届出による国籍取得を認めていないことを違憲と見ているからである<sup>30</sup>。

さらに、両者とも、父から生後認知を受けた非準正子に届出による国籍取得を認めることが、国籍法の立法者意思に反しないことについても、認識を共有している。多数意見は、一部無効の解釈が国籍法3条1項の規定の趣旨・目的に沿うものであること、「国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても」、裁判所が立法作用を行うことにはならないこと、を指摘している。藤田意見も、違憲状態の解消のために、非準正子を準正子と同様の扱いとすることが「ごく自然な方法」であって「現行国籍法の立法者意思に決定的に反すると見るだけの理由は存在しない」こと、立法政策として他の要件を付加することが合理的な選択肢とはならないこと、を説示している。  
25

両者の違いは、違憲な本件区別を生じさせた原因が、過剰な要件によるものであるか、立法不作為によるものであるかという点である。これは、国籍法3条1項の構造に関する理解の違いである。多数意見によれば、同項は、準正子に対して届出により国籍を取得しうる権利を付与する規範内容と、非準正子に対しそのような権利を付与することを妨げる規範内容との二つを含んでいる。そして、後者を無効としても同項の立法趣旨（血統主義の補完）を変質させることにはならないから、両者の可分性を認め、一部無効を用いた。  
30

<sup>30</sup> 長谷部恭男・前掲注(16)「国籍法違憲判決の思考様式」65頁(多数意見について)・72頁注31(藤田意見について)。

それに対し、藤田意見は、同項はあくまでも準正子に対して届出による国籍取得の権利を付与する規範内容のみを含んでおり、非準正子を対象とする規範内容は含んでいないと考える。つまり、同項には、準正子に関する規範内容から切り離して無効としうるような可分な規範内容は存在しないので、一部無効は使えないことになる。その代わり、違憲性の原因は、非準正子について立法者が何も規範を定めていないという立法不作為に求められることとなった<sup>31</sup>。

なお、国籍法3条1項の可分性を多数意見のように解するとしても、一部違憲のほかに、合憲解釈も選択肢になりうる。この場合の合憲解釈は、父母の婚姻という要件がないものとして国籍法3条1項を解釈することであるが、それは明文の文言を無視することになるため、解釈の限界を超えると判断されたために、一部無効が選択されたのではないかと推測できる。なお、この場合の合憲解釈は、多数意見のいう「過剰な要件」がないものと解釈することであり、藤田意見のいう、国籍法3条1項の趣旨を本来の適用対象でない者にも及ぼす合理的拡張解釈とは異なる<sup>32</sup>。そこで、以下では、前者に相当するものを「合憲解釈」、後者に相当するものを「合憲拡張解釈」と呼び分けることにする。

15 ウ 司法的救済の可否・方法 以上を要するに、授益的・設権的立法について、違憲状態の是正・救済をどのような方法で与えるかを判断するには、次のような理路をたどることになる。(ア) 憲法上保障されている権利行使の範囲を画定し、立法がそれを下回る範囲でしか権利行使を認めていなければ、当該立法は違憲である。(イ) 当該違憲性を解消し、権利行使の範囲を憲法上保障されている範囲まで拡張するための方法・手続について、合理的な選択肢が一つしかなければ、立法裁量を侵害することなく、司法的救済が可能であり、かつ必要である。(ウ) 当該立法の規定が、合憲部分（憲法適合的に権利行使を根拠づける規範内容）のほかに、違憲部分（憲法に違反して権利行使を妨げる規範内容）を含んでいれば合憲解釈と一部無効が選択肢となり、そうでなければ（違憲な権利制限が立法不作為による

<sup>31</sup> 藤田裁判官は、「同項が設けられた趣旨についての上記の私の考え方からすれば、同項自体が違憲となる理論的可能性はおよそあり得ない」と述べている。

<sup>32</sup> 長谷部・前掲注(16)「国籍法違憲判決の思考様式」72頁注31)は、藤田意見の用いた拡張解釈についても、「合憲拡張解釈が認められるか否かは、対象となる法令の文言や趣旨から導かれる解釈の限界内といえるか否かに依存する」とする。しかし、藤田意見の拡張解釈は、当該規定が本来規律対象としていないものにその趣旨を及ぼすというのだから、当該規定の文言や趣旨を超えることがもともと想定されている。そして、藤田意見の国籍法3条1項理解によれば、一部無効は用いようがないので、拡張解釈が解釈の限界を超えているとして排除された場合、救済の方法がなくなってしまうことに留意すべきである。この点は、多数意見の国籍法3条1項理解では、救済方法としては合憲解釈と一部無効の二つの選択肢があるので、憲法判断回避の準則を考慮しつつ、合憲解釈が通常の解釈の限界を超えないかという観点から一部無効との優劣を比較すればよいのと異なる。したがって、藤田意見のような合憲拡張解釈の許容性は、通常の解釈の限界を超えているかどうかで判断するのではなく、藤田意見が掲げた限定的要件(後記エ)が充足されているかどうかで判断すべきである。

なら)合憲拡張解釈のみが選択肢となる。合憲解釈と一部無効の両方が選択肢となる場合には、合憲解釈が解釈の限界を超えていなければ憲法判断回避の準則により合憲解釈が選択され、そうでなければ、違憲部分を無効としても立法趣旨が変質しないことを条件に、一部無効が選択される。

5 エ 補足 国籍法違憲判決の個別意見の読み方につき、3点補足する。

第一に、藤田意見は、自らの言う拡張解釈が許される場合について、以下のような説示をしている。

10 「しかし、立法府が既に一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著しく不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考  
15 える。」

ある論者は、これを受けて、合憲拡張解釈が許される要件を次の4点に整理している。「①立法府の基本的判断の存在、②その範囲内であること、③立法府の合理的選択の余地が極めて限定されていること、④被害者の不利益が著しいこと」<sup>33</sup>。このうち、①～③は首肯  
20 できるが、④の要件の必要性には疑問がある。拡張解釈は、法令の本来の文言や趣旨が想定していない対象にもその趣旨を及ぼすものであるため、立法府との関係で①～③の要件(前記ウの(イ)に対応する)が満たされることは必要であろう。しかし、憲法上の権利の侵害があり(前記ウの(ア)が満たされ)、その救済方法が合憲拡張解釈しかなければ、それだけで救済の必要性は十分に基礎づけられるというべきであり、それに加えて被害者の不利益の著しさを要求する理由は存在しないと思われる。国籍はそれがなく日本で生活して  
25 いく上で著しい不利益を被るが、国民審査権は行使できなくても日常生活には大した不便がないから、著しい不利益には当たらない、などといった解釈は、解釈者の主観によって憲法上の権利に序列をつけることになりかねず、採るべきではない。

第二に、甲斐中辰夫・堀籠幸男両裁判官の反対意見は、本件区別の違憲性を肯定しつつ、  
30 司法的救済を否定して、「違憲状態の解消は国会にゆだねるべきである」と述べる。その理由としては、「立法上複数の合理的な選択肢がある場合、そのどれを選択するかは、国会の権限と責任において決められるべきであるが、本件においては、非準正子の届出による国籍

<sup>33</sup> 山田哲史「日本における「憲法適合的解釈」論の現状分析」土井編・前掲注(19)『憲法適合的解釈の比較研究』1-39頁、19頁。論者は、「筆者の暫定的結論としては、国籍法違憲判決における藤田意見の判断枠組みは、比較的明瞭に考慮要素を明らかにしているという点でも、妥当すべきだと考えている」(21頁)と述べている。

取得の要件について、多数意見のような解釈により示された要件以外に「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性」がある」ことを挙げている。しかし、具体的にどのような選択肢が存在するか、それが合理的かどうかには、一切触れていない。このような抽象的な可能性だけで司法的救済を否定しては、立法に対する違憲審査権を与えられた司法の使命は、まったく果たされないであろう。前記ウの（イ）の検討に当たっては、具体的な選択肢を挙げてその合理性を検討する必要がある。

5  
10  
15  
20  
25  
30

第三に、今井功裁判官の補足意見および藤田意見がいうように、立法府は、違憲状態を解消するために裁判所が採った選択肢がその合理的意思に反すると考えれば、立法裁量の範囲内で、新たな立法を行い、裁判所の採った選択肢を修正することができる。このことからしても、裁判所は、立法裁量を理由に、司法的救済を与えることを過度に躊躇すべきではない<sup>34</sup>。

### 3 本件への当てはめ

15  
20

前記2で述べた一般的考察を本件に当てはめ、本件において司法的救済が可能であり、また必要であることを論証する。

#### (1) 司法的救済の可能性・必要性

20  
25  
30

前記2(2)ウで示した理路に従い、本件における司法的救済の可能性・必要性を検討する。

本件では、原判決の示した憲法解釈に従い、憲法15条1項・79条2項・3項（さらに原判決は明示しないが14条）から、国民が国民審査において審査権を行使する機会が憲法上平等に保障されているという前提から出発すべきである。ここでいう国民が、在国民のみならず、在外国民を当然に含むことは、いうまでもない。しかるところ、国民審査の審査権行使の具体的な方法・手続について定めた国民審査法は、在外国民の審査権の行使を合理的な理由なく排除している。これは、憲法によって保障された権利行使の範囲を下回る範囲でしか権利行使を認めていない点において、違憲である。

この違憲性を解消し、在外国民に救済を与えるためには、在外国民にも審査権の行使を認める必要がある。それを実現する具体的な方法・手続について、立法裁量の範囲内における合理的な選択肢としてどのようなものがあるかを検討すると、公職選挙法に規定する在外選挙人名簿を用いて行うことが、最も簡明であるといえる。もちろん、在外選挙人名簿以外の方法を用いること（例えば在外審査制度のために独自の名簿を調製すること）も考えられないではない。しかし、現行の国民審査制度が在国民については公職選挙法の選挙人名簿を利用しており（国民審査法8条）、かつ、公職選挙法において在外選挙のために在

<sup>34</sup> 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す（第2版）』有斐閣（2019年）549-550頁、常本照樹「国籍法違憲判決—平等判例における違憲判断と救済方法の到達点」長谷部恭男編『論究憲法—憲法の過去から未来へ』有斐閣（2017年）249-263頁、261-262頁。

外選挙人名簿が調製されている以上、在国民の場合には特別の手續を要せず選挙人名簿に登録されれば自動的に審査権行使の機会が保障されるのに、在外国民には在外選挙名簿の登録に加えて新たな要件を課とするならば、それ自体が新たな平等権侵害と評価される可能性すらある。したがって、在外選挙人名簿以外の方法を用いることは、立法裁量の行使として合理的とはいえず、在外国民に対し、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて、国民審査の審査権の行使を認めることは、立法裁量の侵害には当たらない（立法者は、仮にそれを不合理と考えた場合には、新たな立法を行ってそれを修正すればよい）。

以上の検討からすると、前記2(2)ウの(ア)(イ)の要件は満たされている。したがって、司法的救済は可能であり、かつ、必要である。

## (2) 救済方法

ア 国民審査法8条 前記(1)の検討を前提に、裁判所はどのような方法で救済を与えるべきか。前記2(2)ウ(ウ)に従い検討する。

国民審査法8条は、「審査には、公職選挙法（昭和25年法律第100号）に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いる。」と規定している。この規定が、在外選挙人名簿の利用を排除し、そのことによって在外国民の国民審査権の行使を排除している規範内容を含んでいるとすれば、その規範内容は、在国民について選挙人名簿を利用すると定めた規範内容から可分であるから、前者の規範内容が存在しないものとして同条を解釈する合憲解釈と、前者の規範内容を無効とする一部無効の、二つの選択肢がある。それに対し、この規定はあくまでも在国民について選挙人名簿を利用するという規範内容のみを含み、在外選挙人名簿については何も規定していないと読むのであれば、国民審査法8条自体は違憲ではないので、一部無効は選択肢にならず合憲拡張解釈により救済を図ることになる。

イ 合憲拡張解釈 国民審査法8条の規定を率然と読むと、後者の理解が正しいように見える。同条は、選挙人名簿すなわち日本国内に住所を有する者を対象とする名簿にしか言及しておらず、在外選挙人名簿すなわち在外国民を対象とする名簿には言及していないからである（原判決が、「在外選挙人名簿は選挙人名簿の一部ではなく、国民審査法8条の選挙人名簿に在外選挙人名簿が含まれると解する余地がないことは明らかである」（前記[5]）と判示するのは、正当である）。そうすると、同条は、選挙人名簿（に登録されている者）に関する規範内容のみを含み、在外選挙人名簿（に登録されている者）に関する規範内容は含んでいない。在外選挙人名簿に登録されている者が国民審査の審査権を行使できないのは、同条があるからではなく、立法者が在外選挙人名簿に登録されている者について何も規範を定めていない不作為が原因ということになる。そのように解すると、違憲状態を解消するためには、同条の趣旨を、本来の適用対象ではない在外選挙人名簿に登録されている者にも拡張する拡張解釈によるべきことになる。国籍法違憲判決で藤田意見が採った方策である。

ウ 合憲解釈・一部無効 しかし、別の読み方をすることもできる。国民審査法8条の

規定は、在外選挙制度を創設し在外選挙人名簿を新たに設けた平成10年法律第47号による公職選挙法の改正に際しても、その後も、改正されていない。だが、同改正法の法律案の審議の過程で、在外審査制度について参議院地方行政・警察委員会において質疑があり、政府委員の1人が現段階では在外審査制度の創設を見送ることにした旨答弁した事実が、原判決において認定されている（第3の3(1)イ(ア)・36頁）。そうすると、国民審査法8条の規定は、在外選挙制度が設けられたことを前提として、選挙人名簿に登録されている者の審査権の行使を可能にする規範内容に加えて、在外選挙人名簿に登録されている者の審査権の行使を妨げる規範内容をも、含むようになったと解することができる。このように解すれば、一部無効が選択肢となる。国籍法違憲判決で多数意見が採った立場である。もちろん、合憲解釈も選択肢となる。

エ 検討 以上の救済方法のうち、いずれの選択肢を採ることが適切か。国民審査法8条の文言を素直に読み限りは、同条は在国民についてのみ定めた規定であって、在外国民については何も定めていない、すなわち立法不作為の状態にあると解される。この場合、前記2(2)エに示した合憲拡張解釈が許容されるための要件が、本件では満たされているため、合憲拡張解釈により救済が与えられるべきである。

それに対し、憲法が在国民・在外の区別なく国民審査権を保障しており、国民審査法4条が「衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する。」と規定しているにもかかわらず<sup>35</sup>、同法8条がその行使の基準を選挙人名簿に限定していることは、その反面で、在外選挙人名簿の利用を排除する規範内容を含んでいると解釈する余地もある<sup>36</sup>。そうすると、救済の方法の選択肢としては、合憲解釈と一部無効とがある。合憲解釈が、国民審査法8条の文言や趣旨に照らして解釈の限界を超えていないと考えるのであれば合憲解釈が、そうでなければ一部無効が選択されることになる。私見では、本件の合憲解釈は、同条の明文にはない在外選挙人名簿を付け加えてしまう点で、文言との乖離が著しく、解釈の限界を超えるように思われる。一部無効は、国民審査法8条を、在外選挙人名簿に登録された在外国民の国民審査権の行使を認めていない点で違憲無効と解することにより、平等の要請（前記1(2)）から在外選挙人名簿に登録されている者が審査権を行使しうる地位を導き出すことができるので、より明確であり、法的安定性にも資する。このように解しても、衆議院議員の選挙権を有する者に審査権を有する者の資格を付与する国民審査法の立法趣旨を変質させるこ

<sup>35</sup> 原判決は、国民審査法4条につき、「あくまで審査権を有する者の資格について定めたものすぎず、同法4条により直ちに具体的な審査権を行使することができる地位が発生するものと解することはできない」（第3の1(3)イ・32頁）と述べるが、国民審査法の体系的解釈に当たって同条の趣旨を考慮に入れることまでは、原判決は否定していないと解される。

<sup>36</sup> 同旨、松本・前掲注(5)「在外日本国民選挙権訴訟判決の射程」336頁、井上・前掲注(5)150-151頁、岡室悠介「在外国民の最高裁判所裁判官国民審査権」阪大法学63巻1号(2013年)173-186頁、179頁

とはならない。したがって、一部無効が選択されるべきことになる<sup>37</sup>。ただし、裁判所が、解釈の限界を超えるものではないと判断するなら、合憲解釈を採ればよい。

## 5 結論

- 5 以上の検討からすると、国民審査法 8 条の規定は、在外選挙人名簿に登録された在外国民の国民審査権の行使を認めていない点で、違憲であり、かつ無効であるから、在外選挙人名簿に登録された在外国民は、同条に基づいて、国民審査権を行使することができる。

- したがって、原告らが、次回の国民審査において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて審査権を行使することができる地位にあることの確認を求める本件請求 b は理由があり、認容されるべきである<sup>38</sup>。
- 10

---

<sup>37</sup> 国民審査法 8 条の規定の一部無効を示唆する見解として、松本哲治「在外日本国民最高裁判所裁判官国民審査権訴訟」新・判例解説 Watch 10 号 (2012 年) 9-12 頁, 12 頁, 同・前掲注 (19)「一部違憲判決と救済」207 頁。

<sup>38</sup> 筆者は、かつて、本件と類似の事案 (東京地判平成 23 (2011) 年 4 月 26 日 (前掲注 (5))) を念頭において、次のように述べた。「例えば、最高裁判所裁判官国民審査法が、在外国民の国民審査の投票を認めていない点で違憲であると主張して訴えを提起する場合、違憲の主張が容れられても、すでに在外選挙制度が比例代表について法定されていた公職選挙法のケースとは異なり、国民審査法はもともと在外審査制度を設けておらず、法律に基づいて在外国民の国民審査の投票ができる地位を導き出すことは難しい。」(興津・前掲注 (2) 179-180 頁) これを執筆した時点では、国民審査法を違憲としても、受け皿となる在外審査制度が存在しないため、在外国民が国民審査の審査権を行使しうる具体的地位を導き出すことは難しいと考えていた。しかし、本文で詳論したように、現在では、国民審査法 8 条の規定の一部無効により、そのような具体的地位を導き出すことができると考えるに至った。したがって、この点に関しては、上記引用部分は改説する。