

平成30年（行ウ）第143号 在外日本人国民審査権確認等請求事件

平成30年（ワ）第11936号 国家賠償事件

原告 （平成30年（行ウ）第143号事件につき）想田和弘ほか3名

原告 （平成30年（ワ）第11936号事件につき）谷口太規

被告 国

## 第1準備書面

2018年8月21日

東京地方裁判所民事第2部B係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 吉 田 京 子

同 塩 川 泰 子

同 小 川 直 樹

同 井 桁 大 介

同 谷 口 太 規

## 目 次

第1	積極的確認の訴え（請求の趣旨1（1））は適法である	3
1	法律上の争訟である	3
2	訴えの利益がある	5
第2	消極的確認の訴え（請求の趣旨1（2））は適法である	6
第3	答弁書「第2 1 国民審査制度の概要」に対する反論	7
1	国民審査権をはく奪する裁量はない	7
2	領域主権の問題ではない	8
3	国民審査法8条の解釈について	9
	（1）8条の「選挙人名簿」は「在外選挙人名簿」を含む	9
	（2）国民審査法8条の解釈と訴えの適法性との関係	12
第4	被告準備書面(1)第2に対する反論	12
1	「2 国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法と評価される場合」に対する反論	12
2	「国民審査の在外投票制度を設けないことが憲法の諸規定に違反せず、国賠法1条1項の適用上違法となる余地がないこと」に対する反論	13
	（1）国民審査権は、選挙権同様に憲法上の権利である	13
	（2）国会に広範な裁量が認められる事柄ではない	14
	ア 国民の選挙権の制約について国会に広範な裁量は認められていない	14
	イ 在外日本人に国民審査を行使できない状態におく裁量はない	15
	ウ 小括	16
	（3）技術上の問題はない	16
	ア 在外国民の審査権を広く制約するに足りる技術上の問題は現在存在しないし、過去にも存在しなかった	16
	イ 現行法の投票手続を前提とした場合にのみ生じる問題は「技術上の問題」に当たらない	17
	ウ 日本で投票を行った原告らに関し、技術上の問題は審査権行使を制約する理由になりえない	18
	エ 小括	18
	（4）在外国民の審査権行使をはく奪することは違憲であり、権利行使の機会を確保するための立法を行うことが不可欠であること	18
3	「4 原告の主張に理由がないこと」に対する反論	19
	（1）権利の性質は共通する	19
	（2）選挙権との議論経緯の異同について	20
	（3）在外国民審査権行使のはく奪に対する問題提起の経緯	21
4	「5 中央選挙管理会が、原告らに審査用紙を交付しなかったことが国賠法1条1項の適用上違法となる余地がないこと」に対する反論	23
第5	訴状の訂正	23

## 第1 積極的確認の訴え（請求の趣旨1（1））は適法である

被告は、請求の趣旨1（1）にかかる訴えの法律上の争訟性について、裁判所に立法を求めるものであるから司法審査に適さないなどとしてこれを否定する。しかし、この主張は誤りである。原告が求めているのは憲法及び国民審査法4条に基づく法的な地位の確認であり、これは立法を待たずにその存否を確定することができる法律関係である。

本訴の訴えの利益についても、被告は、国民審査法8条が違憲無効であっても、また憲法上の抽象的な権利の確認がされたとしても、結局具体的な立法のない限り投票できないのであるから紛争解決に役立たないとしてこれを否定する。しかし、この主張も誤りである。原告は国民審査法8条の違憲無効を主張しておらず憲法上の権利の確認も求めている。確認の対象はあくまで国民審査法4条に基づく法的地位であり、これが認められれば被告は在外国民審査制度を整備する義務を負う。これによって紛争は抜本的に解決することになる。

### 1 法律上の争訟である

本訴の確認の対象は、原告らが憲法15条1項、憲法79条2項3項4項及び国民審査法4条に基づく国民審査権を有しており、かつ、それを次回の審査において行使することができる地位にあることである。

原告が国民審査権を有することを裁判所が審査できるのは当然である。その審理は事実の認定と、憲法及び国民審査法等の現行法の解釈によって行われる。これが法律上の争訟であることに疑いはない。

原告が主張しているのは、原告が国民審査権を有するのであれば、そのことの当然の帰結として、国民審査権を行使することができる地位にあることもまた認められなければならない、ということである。すなわち、「国民審査権の保障とは当然にそれを行使することの保障を意味」（訴状6頁18行）しているのであり、国民審査権というものの自体に、その行使をすることができる地位が必然的に含まれているということである。したがって、裁判所で審理し判断されるべきは、憲法が保障し国民審査法4条が具体的に付与した国民審査権の意義とその内容、法は在外邦人の国民審査権を制限する規定をおいているのかどうか、また権利があるのに行使をさせないということが現行法上許容されるのかどうかという点であり、いずれも現行の憲法及び国民審査法の解釈論によって解決されるべき問題である。

被告は、原告が確認を求める対象について、「新たな立法によって、…国外においても国民の審査権の行使を可能とする制度が採用されない限りはおよそ

存在し得ない」（答弁書5頁下から4行目）地位であり、原告は「裁判所に対して、新たな制度の創設を求め」（答弁書6頁8行）ているなどと主張する。しかし、原告が求めているのは、在外国民たる原告らにも等しく国民審査権が保障されており、同時に、その権利を行使することができる地位にあること、言い換えれば、国民審査権の保障は国民審査権の行使の保障であることを確認することである。これらの審理と判断は、憲法とすでにある国民審査法を正しく解釈することによって達成される。被告のあり得る反論はいずれも実体法の問題に過ぎず、裁判所はその内容を吟味した上で原告の主張する法律関係の存否を判断することができる。

被告は、名簿等の手続規定が整備されていないから法律上の争訟ではないとも主張する（答弁書5頁下から7行目）。これは、本訴が確認の訴えであることを十分に理解しない主張である。次回の国民審査において原告らに審査用紙を交付するよう求める将来給付の訴えであれば、原告らの審査用紙の交付請求権を基礎づけるだけの手続規定がおかれている必要がある。給付訴訟の認容判決は強制執行が可能であり、手続規定なしに給付判決をすることはまさに裁判所が立法をすることになるからである。しかし、本訴は確認の訴えであり、あくまで原告と被告の法律関係を確定しようとするものであって、給付の訴えとはその性質を異にする。強制執行は想定されず、ただ、被告はここで確定した法律関係を前提に法制度を整備し執行する義務を負うことになるにすぎない。一定の法律関係の確認がされた後で、具体的にどのような制度を整備するかは被告の裁量に委ねられており、認容判決が被告の立法裁量を害することはない。このため、給付の訴えとは異なって、細かな手続規定がなくとも法律関係それ自体の確認をすることが当然に許されるのである。認容判決によって被告は原告を排除した国民審査制度を存続させて執行することは許されなくなるが、被告には違憲な法制度を維持する裁量はないから、このことは被告の立法裁量を害するものではない。

なお、成年被後見人である原告が、「次回の衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙において投票をすることができる地位にあること」の確認を求めた訴訟において、国が、「当該権利につき新たな立法をしない限り、その存在や内容等が確定されないから、当該権利を確認対象とする確認の訴えは、現行の法令の規定を適用することによっては導き出せない権利の確認を求めるものであって」法律上の争訟に当たらないと主張したのに対し、東京地裁は次のように述べて法律上の争訟性を肯定した（東京地判平25・1・24判時2178-3。強調は引用者）。

違憲立法審査権行使の結果として立法府の意思に反する事態が生じることは憲法が当然のこととして予定するところである上、**立法府がその裁量権を用いて憲法に適合する範囲で法律の改正をすることは何ら否定されない**のであるし、裁判所は、違憲と判断された規定以外の有効に存続する法令の規定を解釈適用することによって法的な争訟について裁判をすることが国法上の権限であり義務とされているのであるから、この点についての被告の主張に与することはできない。なお、このことは、平成一七年大法廷判決が、選挙権行使の制限条項である公職選挙法附則八条を違憲と判断した上で、立法府の新たな立法等を待つことなく、有効に存続する法令を適用することによって本案判決をしており、「法律上の争訟」に該当しないとして却下判決をしていないことから明らかである。

国が憲法に違反する制度を維持しようとする場合に、裁判所が確認の訴えにおいてさえその違憲性を審理・判断することができないというのは、憲法が裁判所に違憲立法審査権を与えて三権の抑制均衡を図り国民の権利を擁護しようとした趣旨に背くものである。国に立法裁量があることをもって原告の請求を棄却するのであればともかく、裁判所が一切の憲法判断を放棄することは許されない。

## 2 訴えの利益がある

本訴が認容されると、被告には、原告らの参加を許さない国民審査制度を存続させ執行する裁量がないことが確定する。被告は国民審査制度を拡充する義務を負う。これによって、在外邦人が国民審査権を事実上制限されており、これは憲法と国民審査法に違反するのではないかという本件の本質的な紛争は抜本的に解決することになる。本訴に訴えの利益があることは明らかである。

被告は、本訴で求める審査権を行使することができる地位は「国民審査法8条が違憲無効であったとしても」新たな立法措置がない限り存在し得ないから、本訴は確認の利益がないと主張する（答弁書7頁9行目）。しかし、訴えの利益とは、請求を認容する判決がされることを前提として、それが紛争の解決に資するかどうかによって判断される。被告の主張の实质は「本訴は認容されえない」というものであるから、法律上の争訟の主張としてはともかく、訴えの利益に関する主張として失当である。また、被告は、「憲法上の抽象的な権利としての『国民審査権』に係る地位」を「確認しても、具体的な立法がない

以上、国民審査において投票することはできないのであるから」確認の利益がないともいう（答弁書7頁16行）。しかし、原告が確認を求めているのは国民審査法4条に基づく法律関係であり、憲法上の権利の確認を求めているのではない。そもそも、認容判決があれば被告は立法の義務を負うのであり、それによって紛争が抜本的に解決するから、いずれにしても被告の反論は当を得ない。

なお、本訴の認容判決によって立法の義務を負う被告がこの義務を怠る危険性があるとしても、被告自らがそれを理由に本訴の訴えの利益を否定することは許されない。万が一被告がこの義務を怠る場合には原告らは次回の国民審査の後ただちにその義務の懈怠を理由として国家賠償請求をすることができるから、いずれにしても訴えの利益は否定されない。

## 第2 消極的確認の訴え（請求の趣旨1（2））は適法である

被告は、請求の趣旨第1項（2）に係る違法確認の訴えについて、「国民審査法が違法であることの確認、あるいは立法不作為の違法確認を求めるもの」と解した上で、法律上の争訟にあたらないと反論する（答弁書9頁4-8行）。

しかし、請求の趣旨第1項（2）に係る違法確認の訴えは、原告との関係で、次回の国民審査において、審査権の行使をさせないことの違法確認を求めるものである。特定の個人との間の個別具体的な法律関係の確認を求めており、抽象的な法令の違法・違憲確認や立法不作為の違法確認を求めるものではない。

また、被告は、法律上の争訟にあたらないとする補助的な理由として、最大判平17.9.14の原審を挙げるようである（答弁書9頁9行以下）。

しかし、最大判平17.9.14は、法令の違法確認の訴えについて、「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、後記3のとおり、予備的確認請求〔原告代理人注：公法上の当事者訴訟〕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〔原告代理人注：違法確認の訴え〕は不適法であるといわざるを得ない」と判示しているのであって、カテゴリーとして法令の違法確認の訴えを否定していない（塩野宏『行政法Ⅱ第五版補訂版』262～263頁参照）。

むしろ、同判決の調査官は、「仮に、本件改正がされず、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」場合に、「本件訴訟の帰すう」、すなわち「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する権利を有することの確認を求める訴え」の適法性について具体的に検討した上で、「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する権利を有することの確認を求める訴え」を許容できないという、本訴における被告のような考え方も「あり得ないではない」としつつ、「しかしながら、在外国民の選挙権を認めないという立法不作為が違憲であることに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」として、被告のような主張を批判している（杉原則彦「判解」最判解民事篇平成17年度673頁）。

学説においても、「法令の違法性を主張する確認訴訟においては、……『原告の法的地位を侵害する点で法令の規定が違法であること』という消極的確認の方が、むしろ原則形態とも考えられる。こうした消極的確認は権力分立原理によく適合する。また、こうした消極的確認を認めなければ、立法機関の裁量を裁判所が合憲性の観点から実効的に統制できないおそれがある」（山本隆司「在外邦人選挙権最高裁判決の行政法上の問題点」法教308号30～31頁）とか、「確認訴訟の予防的機能を果たすには、行為〔立法〕の違法又は無効を確認の対象とすることに馴染む場合が民事関係よりは多い」（前掲塩野264頁）と言われているところである。

消極的確認の訴えに法律上の争訟性がないとする被告の主張は誤りである。

### 第3 答弁書「第2 1 国民審査制度の概要」に対する反論

#### 1 国民審査権をはく奪する裁量はない

被告は、答弁書「第2 1 国民審査制度の概要」（1）において、国民審査制度に関する憲法の規定や法的性格を挙げた上で、国民審査制を採用している国が少ないことを理由に「法制度としての内容に定まったところがあるものではない」と述べる。そして、憲法79条4項を根拠に、「国民審査制度を具体的にどのような内容の制度とするかの決定を広く立法政策にゆだねている」と主張する（2～3頁）。

しかしながら、憲法15条1項は「公務員」の選定及び「罷免」を国民固有の権利として定めている。裁判官も「公務員」であり、しかも違憲立法審査権等の強大な権限をもつ「公務員」である。こうしたことを考慮して、国民主権を定める憲法15条1項を具体化し、特に裁判官に対して民主的コントロールを及ぼすために定められたのが憲法79条2項の国民審査制度である。国民審査制度が被告の指摘するとおり解職制と解されていることは、国民審査権の重要性と

何ら関係がない（この点について、被告は準備書面(1)で詳述しているので、その項で詳しく反論する）。日本国憲法が国民主権を支える重要な権利として国民審査権を保障していることは、東京地判平23. 4. 26も認めるところである。

また被告は、国民審査制を採用している国が少ないことを理由に「法制度としての内容に定まったところがあるものではない」と主張するが、諸外国において内容がいかに幅のあるものであっても、日本国憲法が現に「国民」に国民審査権を保障している以上、憲法で保障されている権利の行使をやむを得ない事由もないのに事実上剥奪する制度は認められない。やむを得ない事由がないことについては、後述するとおりである（第4 2（3））。

さらに被告は、憲法79条4項を根拠に「広く」立法政策にゆだねられているとして立法裁量を強調しているが、憲法が法律に委ねているのは、国民の有する審査権をどのような形で実現するかであって、やむを得ない理由もないのに事実上国民審査権をはく奪することをその裁量に委ねているとは解されない（前掲平成17年最大判参照）。

## 2 領域主権の問題ではない

被告は、答弁書「第2 1 国民審査制度の概要」（2）において、「公選法は、我が国の領域主権の及ばない国外においても、国民による選挙権の行使を可能とするため、選挙人名簿のほか、在外選挙人名簿に関する規程を設けている」（4頁10行）が、国民審査法にはそのような規定がないことを指摘する。そして、「国民審査の具体的内容として我が国の領域主権の及ばない国外における審査を予定していないものというほかない」（4頁20行）と主張する。

被告が領域主権という語をどのような意味で使用しているのか、必ずしも明らかではないが、ミスリーディングな主張である。

領域主権とは、統治権と同義である（山本草二「国際法【新版】」有斐閣270頁）ところ、領域主権（統治権）が日本国外に及ばないことは確かである。しかし、在外投票は、日本国に対する主権の行使であって、居住国の国家権力に対して、何ら影響するものではなく、（領域）主権の問題は生じない。つまり、領域主権（統治権）と、在外投票制度は何ら関係がない。

被告は、あたかも、領域主権の及ばない国外では、本来選挙権を行使できないはずであるにもかかわらず、公選法が在外選挙人名簿を作成したことによってできるようになったかのように主張しているように見える。しかし、最大判平17. 9. 14は、「在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったこ



とは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する」と述べており、領域外でも本来権利の行使が認められるべきだったことを認めている。在外選挙人名簿ができたために選挙権の行使が可能になったのは、それまで手続きが存在しなかったことから投票しようがなかったところ、それが是正されたということにすぎない。主権者が領域外にいることはその権利の性質に何ら影響しない。

### 3 国民審査法8条の解釈について

被告は、国民審査法8条の「選挙人名簿」には在外選挙人名簿を含むとする解釈（訴状8頁9行目以下）について、公選法が「選挙人名簿」と「在外選挙権名簿」（在外選挙人名簿の誤記と思われる）とを区別していることから「法律の文言に反する解釈であって誤りである」と主張する（答弁書4頁17行）。しかし、国民審査法8条の「選挙人名簿」の意義を、文言に拘泥して解釈するのは誤りである。

#### （1）8条の「選挙人名簿」は「在外選挙人名簿」を含む

「選挙人名簿」の意義は、「憲法の趣旨を十分に踏まえた上で立法府の真に意図しているところは何か、この規定の目的はどこにあるか、国民審査法の体系的な理念、思想はどのようなものか、憲法の趣旨に沿った国民審査法の実施の在り方をどう考えるのか等を踏まえて、条文の丁寧な解釈を試みるべきで」ある（訴状8頁26行）。

憲法に違反する条文の解釈についての先例として、国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決（最大判平20・6・4民集62-6-1367）は重要な意義を有している。次のような事案である。原告は法律上の婚姻関係にない日本国民を父、フィリピン共和国籍者を母として日本国内で生まれた。出生後に父から認知された。法務大臣あてに国籍取得届を提出したが認められなかった。当時の国籍法3条1項は「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」と規定されていた。日本国民である父の非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子の身分を得た者だけが法務大臣に届け出ることにより日本国籍を取得できると規定されており（準正要件）、原告のように出生後に父から認

知された子は日本国籍を取得することができないこととされていたのである。原告は日本国籍を有することの確認を求めて提訴した。

原判決は、仮に同項の規定が憲法14条1項に違反し無効だったとしても、出生後に日本国民である父から認知を受けた子が日本国籍を取得する制度が創設されるわけではなく、原告が当然に日本国籍を取得することにはならないし、国籍法について法律上の文言を厳密に解釈することが要請され、立法者の意思に反するような類推解釈や拡張解釈は許されず、そのような解釈の名の下に同法に定めのない国籍取得の要件を創設することは、裁判所が立法作用を行うものとして許されないなどとして請求を棄却した。

最高裁は大法廷を開いて原判決を破棄した。国籍法3条1項が憲法14条1項に違反すると論じた上で、国籍法3条1項全体を違憲無効とするのではなく、そのうちの準正要件のみを無効と解釈した上で、この要件を除いた同項の要件を満たす場合には日本国籍を取得すると判断したのである。このような解釈の正当性について法廷意見は次のように述べている（民集62-6-1378。強調は引用者）。

上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、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り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たものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである。この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、**同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、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、当を得ないものというべきである。**

最高裁は、憲法に違反する条文の解釈について、文言解釈に拘泥し国会の立法裁量を過度に強調した原判決を批判し、「他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮」した上で、法の「規定の趣旨及び目的に沿う」限

り、憲法に適合的に解釈することができることを宣言し、それによって人権の救済を図ろうとしたのである。

さらに、藤田宙靖裁判官はその意見で次のように述べてこうした解釈の正当性を強調した（民集62-6-1397, 1398。強調は引用者）。

現に生じている違憲状態を解消するためには、非準正子についても準正子と同様の扱いとすることが、**ごく自然な方法である**ということができよう。そして、このような解決が現行国籍法の**立法者意思に決定的に反するとみただけの理由は存在しない**。

\*\*\*なお、いうまでもないことながら、国籍法3条1項についての本件におけるこのような解釈が一般的法規範として定着することに、国家公益上の見地から著しい不都合が存するというのであれば、**立法府としては、当裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、これを修正する立法に直ちに着手することが可能なのであって、立法府と司法府との間での権能及び責務の合理的配分については、こういった総合的な視野の下に考察されるべきもの**と考える。

本件においても、在外選挙人名簿登載者の国民審査を認めないことは憲法に違反していることから、それを解消するために必要があるのであれば、国民審査法8条の選挙人名簿には在外選挙人名簿も含むと解しなければならないのである。

国民審査法が、「衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する」（同法4条）と規定するなどして選挙権と審査権とを一貫して同等のものとして取り扱っていること、すでに在外選挙制度が実施されていること、立法者は在外国民審査制度を導入しない理由を技術上の制約にすぎないと説明している（甲6）ことからすれば、その技術的制約がなくなった今日では、このような解釈が立法者意思に反するとみる理由はまったくない。

被告の主張するところは、国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決が否定した原判決の判断と同様のものである。また、大法廷判決の反対意見にも類似の主張が述べられている。しかし、これらの解釈がいずれも誤りであることは法廷意見が述べるとおりである。

## (2) 国民審査法8条の解釈と訴えの適法性との関係

上記の国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決が、新たに緩和された国籍取得要件を創出したとみうる点について、「立法作用を行うものとして許されないと評価することは、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、当を得ない」と述べたことは、本訴における確認の訴えの法律上の争訟性においても参照されなければならない。さらに、国籍法違憲訴訟と本訴との相違点に注意が必要である。国籍法違憲訴訟においては、国籍法3条1項によれば原告は日本国籍を取得できない場合だった。最高裁は同項の定める要件の一部を無効と解することによってはじめて得られた新たな国籍取得要件に基づいて原告の日本国籍取得を認めた。本訴は、国民審査法4条がすでに原告らに国民審査権を付与している状況において、その行使の確認を求めているにすぎない。「権利」とその「行使」との関係は、別個独立のものではありえない。「行使」は常に権利に付随して権利の一部をなすものである。条文上は原告に認められえない国籍の確認を求めた上記の訴訟が適法であることは、法律が原告に国民審査権を付与している状況においてその内実としての権利行使の確認を求めている本訴の適法性をいっそう明確に示すものである。

### 第4 被告準備書面(1)第2に対する反論

#### 1 「2 国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法と評価される場合」に対する反論

被告は国会議員の立法不作為が国賠法上違法と評価される場合の規範について、制限的な表現を用いた最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決を強調する。しかしこの論点については、その後憲法上保障された権利行使に関し国賠法上の違法が認められるための具体的な要件を定立した最大判平17.9.14が出ている。本件は事案の内容からすればこの最大判平17.9.14が定立した要件に則り判断されるべきである。

すなわち、最一小判昭60.11.21は、「容易に想定し難いような例外的場合」にのみ立法不作為に対する国家賠償が認められると述べたが、最大判平17.9.14は、「上記の例外的場合は、昭和60年判決の制限的な文言にかかわらず、憲法上保障されている権利についてこれを侵害する内容であることが明らかかな立法を行う場合や、憲法上保障されている権利の行使を確保するために立法を行うことが不可欠であり、それが可能であるのにこれをしない場合を指す

と解する」ことを明らかにした（杉原則彦「判解」最判解民事篇平成17年度655頁11行目、656頁14行目）。

本件においては、在外国民に国民審査権の行使が許されていないことが、「憲法上保障されている権利の行使を確保するために立法を行うことが不可欠であり、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」であると認められれば、国家賠償請求は最高裁判例に従って認められることになる。

なお、被告は、「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の**極めて**例外的な場合」（強調は引用者）に限り違法となると主張する（被告準備書面（1）9頁12行目以降）。しかし、前掲最高裁大法廷判決は国家賠償法上の違法の判断において「極めて」という言葉を用いていない。被告の主張は前掲大法廷判決の示した規範に反する独自のものである。

## 2 「国民審査の在外投票制度を設けないことが憲法の諸規定に違反せず、国賠法1条1項の適用上違法となる余地がないこと」に対する反論

在外国民の国民審査権行使は「憲法上保障されている権利行使」である。それにもかかわらず、被告は、国民審査権は選挙権ほど重要ではない（被告準備書面（1）第2の3（1）「国民審査の憲法上の位置づけ」）、選挙制度の仕組みの決定について国会に広範な裁量がある（同（2）「国民審査の仕組みの決定は、国会に広範な裁量が認められていること」）、国民審査の仕組みの決定は、選挙制度よりもさらに国会に広範な裁量がある（同上）などとして、国民審査権の制約については、最大判平17.9.14が示した「やむを得ない事由」の基準ではなく、「合理性の基準」もしくは「明白性の基準」といった緩やかな審査基準を用いるべきと主張するようである。しかし、在外国民の審査権行使を一律で制限することについて、審査基準は「やむを得ない事由」の基準でなくてはならない。そして、「やむを得ない事由」の基準はとうてい満たさない。被告の主張するような技術上の問題（同（3）「国民審査の在外投票制度をもうけないことは、在外投票制度に係る技術上の問題があるからであり、少なくとも国会の裁量権の行使として著しく不合理と評価できないこと」）はない。以下、詳述する。

### （1）国民審査権は、選挙権同様に憲法上の権利である

被告は、国民審査制度が解職制度の性質を有するものであるところ、公務員の罷免については、「国民が全ての公務員を直接に罷免すべきであるとの

意味を有するものではない」といし、弾劾裁判があるから「全く民主的コントロールが及んでいないわけではない」と述べる（被告準備書面(1)10頁）。そして、国民審査制度は、海外で採用例が少ないことを挙げつつ、「選挙権とは位置づけが相当異なる」「いくらか任命ということよりは軽い意味を含んで」いるなどと述べ、国民審査権は選挙権よりも憲法上の保障が弱い旨を主張する（同11・12頁）。

しかし、被告の指摘する内閣総理大臣、国务大臣、国会議員、下級裁判所の裁判官については国民投票を採用していないのに対して、最高裁判所裁判官については、憲法が15条1項、憲法79条2項により明確に国民審査制度を採用し、国民に憲法上国民審査権を保障している。また、弾劾裁判による間接的な民主的コントロールの制度がありはすれど、国民審査権もまた選挙制度がない司法府に対する数少ない民主的コントロールの手段であることには変わらない。加えて、海外では国民審査の採用例がないとはいえ、被告の論法によるところ、国民審査より重い意義のある選挙を裁判官についても行う国も存在するし、日本でも憲法制定時、裁判官の選挙も検討されたのである。

しかも、終局的に日本国憲法は、国民審査を採用したのであって、それが「国民主権の観点から重要な意義を持つ」ことは被告も認めることである（被告準備書面(1)11頁16行）。これが日本国憲法の採用する国民主権の在り方であって、罷免権であろうと、選挙権と規定の仕方が異なろうと、全国民に認められた国家権力へのコントロールを及ぼすことのできる権利であることには変わらない。だからこそ、東京地判平23.4.26は、「選挙権に関する憲法の規定（15条3項及び4項、44条ただし書）及び投票の機会の平等の要請（憲法14条1項参照）の趣旨は、国民審査における審査権についても及ぶ」「憲法は、最高裁判所の裁判官の罷免権である審査権を国民の固有の権利として保障し」と述べていると述べたのである。

この国民審査権が問題となっているときに、「やむを得ない事由」よりも緩やかな基準をとることはありえない。

## （２）国会に広範な裁量が認められる事柄ではない

### ア 国民の選挙権の制約について国会に広範な裁量は認められていない

被告は「選挙制度の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」（被告準備書面（１）12頁）と述べるが、その根拠として挙げる昭和51年4月14日最大法廷判決は、国民の参政権の制限についてではなく、投票結果をどのように国政に反映させるかについての判断である。個々の国民の参政権の制約に関し、国に広範な裁量があるなどと述べた判例はない。最

大判平成17.9.14が「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許され」ないと述べているとおり、国には、選挙権やその行使を制限する広範な裁量など認められていない。

#### イ 在外日本人に国民審査を行使できない状態におく裁量はない

また、被告は権利の重要性を軽く見ることの帰結として、「国民審査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場合というのは、例えば思想や出自を理由に国民審査権を行使させない場合など、国会の裁量権の行使が著しく不合理と評価される場合に限られる」として、極めて緩やかな審査基準が適用されると主張する（被告準備書面（1）13頁）。

しかし、ここで問われているのは「制度の仕組み」ではない。国民の憲法上の権利を保障するか否かに関して、国に裁量はない。先述のとおり、国民審査権は、憲法15条1項、79条2項により、日本国民の固有の権利として保障されている。加えて、国民審査が国民主権の具現化であることについては争がないところ、国民主権の前提として、国民一人一人が等しく国家権力にコントロールを及ぼす機会を与えられることが必要であり、憲法44条但書および憲法14条の趣旨が国民審査に及ばない理由はない。したがって、当然、選挙権制度同様、その制度設計においては、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙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というべき」であり、「そのような制限することなしには選挙の公正さを確保しつつ選挙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言えない」のである（最大判平17.9.14参照、東京地判平23.4.26）。

国民審査権の権利行使を制限する場合も、選挙権の行使を制限する場合と何ら変わらない審査基準による必要がある。

#### ウ 小括

以上のとおり、国民審査権の権利行使を制限する場合にも、「やむを得ない事由」の基準が用いられるべきである。

### (3) 技術上の問題はない

#### ア 在外国民の審査権を広く制約するに足りる技術上の問題は現在存在しないし、過去にも存在しなかった

被告は国民審査の在外投票を設けないことは、在外投票制度に係る技術上の問題があるからであり、少なくとも国会の裁量権の行使として著しく不合理と評価できない；2016年（平成28年）法改正前の国民審査法では国民審査の対象となる裁判官の氏名の告示を実務上期日の12日前に行っていて、投票用紙は告示を待って印刷をしていたため投票用紙の印刷及び配布に少なくとも5日を要し、投票用紙の印刷及び配布は審査の期日前7日間以降でなくては行えず、東京高裁2010年（平成22年）2月24日判決も当該法制度を「やむを得ない」と判示していた、と主張する（被告準備書面（1）13頁）。

しかし、被告自身が認めるように、2016年法改正後には衆議院議員の任期満了の日前60日に当たる日又は衆議院の解散の日のいずれか早い日以後直ちに審査に付されることが見込まれる裁判官の氏名等を選挙管理委員会に通知しなければならないこととされ、投票用紙も直ちに印刷が行われることとなった。本件訴訟の対象である2017年の国民審査においてもこの方法によって投票用紙の印刷が行われ、衆議院選挙と同様に告示日の翌日から国民審査の期日前投票が実施されている。

2016年法改正前においては、被告は告示日以前に投票用紙を印刷することは不可能としていたのであり、被告が引用する東京高裁2000年（平成12年）2月24日判決もこれを前提とする。しかしながら、実際には衆議院任期満了又は解散の時点で審査が必要な裁判官は判明しているわけで、被告の主張を前提としても裁判官が確定しないことによって技術上の問題が生じるケースは解散又は任期満了前60日に当たる日から告示日までに内閣が新たな裁判官を指名した場合に限られる。

2000年（平成12年）東京高判はこのことを認識しないままなされた判決である。そして2017年の国民審査のように解散後直ちに投票用紙の印刷が行われた国民審査において、在外国民審査権を制約してもやむを得ないといえるような技術上の問題が存在しなかったことは明らかであるし、任期満了前又は解散時に審査の対象となる裁判官が確定していた2016年法改正前の全ての国民審査においても告示を待つことなく投票用紙を印刷することは十分可能で、在外審査を行うことについての技術上の問題は存在していなかった。



## イ 現行法の投票手続を前提とした場合にのみ生じる問題は「技術上の問題」に当たらない

被告の主張する「技術上の問題」は投票用紙に裁判官名を印刷して行う現在の選挙の方式を前提としている。しかしながら、2011年（平成23年）東京地裁判決が指摘するように、憲法は審査の投票についてどのような方法を用いるのかについても法律にこれを委ねているのであって（憲法79条4項）、あらかじめ裁判官名を印刷した投票用紙を用いるという現在の方法以外の方法を用いることも許容されている。

例えば、国民審査においても衆議院選挙と同様に、点字による投票が認められている。その際は、罷免を可とする裁判官の氏名を投票用紙に記載すべきこととされている（国民審査法16条1項）。在外国民審査もこれと同様に、裁判官名を自ら記載する方法で行うことができる。

また、原告永井ら3名が在住するブラジル連邦共和国においては1989年に初めて電子投票機を利用した投票が行われ、今から18年前の2000年以降全国で電子投票が行われている。ブラジルの電子投票機はディスプレイと数字のキーを備えた電子投票機を用いて行われている（甲7）。こういった装置を用いれば印刷及び配布に伴う問題はなくなる。

さらに、公職選挙法においては、ファクシミリによる洋上投票を認めており（同法47条7項）、類似の制度を導入すれば被告の主張する弊害は完全に回避できる。

投票用紙の印刷に厳正さを期すことが公正な審査の実施のために必要と考えても、例えば、投票用紙に1から15までの番号をあらかじめ印刷し、審査の対象となる裁判官の名前と番号を対応させた用紙を投票所内に掲示して、投票用紙には各番号の欄に×の記号を記入する方式によることができる。この方法によれば、投票用紙について選挙と審査との相違点はまったくなくなる上に、投票の方式においても国内と国外との差異はほとんどなくなる。

こうして簡便かつ公正さを確保した在外投票は十分に可能であり、その実現は容易である。

かねてから日本弁護士連合会は被告に対し点字投票や公職選挙法のファクシミリによる洋上投票を参考にすれば在外投票の技術的制約が存在しないことを具体的に指摘した勧告を出しており（甲9及び甲10）、被告もそのことを十分に認識していた。特に記名式投票の方法については2011年に東京地裁が明示的に指摘して被告の主張に疑問を呈しており（前掲東京地判平23・4・26）、被告はそれを知りながら、2018年に至ってもいまだにこうした指摘を無視して「技術上の問題」を主張し続けている。

#### ウ 日本で投票を行った原告らに関し、技術上の問題は審査権行使を制約する理由になりえない

なお、原告平野ら2名は日本国内の投票所で投票を行ったにもかかわらず、国民審査を行うことができなかった（争いのない事実）。国内で投票した原告らに関し、被告の主張する技術上の問題は全く存在しない。原告平野らが投票できなかった理由は原告平野らが「選挙人名簿」に記載されておらず、「在外選挙人名簿」に記載されているからにすぎない。

2017年の国民審査においても、投票所において投票用紙を配布され、国民審査に参加してした在外国民が存在したが（甲8）、このように国内の投票所を訪れて投票を行う在外国民の国民審査権を制約する技術上の問題はまったく存在しない。

#### エ 小括

以上のとおり、在外国民が国民審査に参加することについて、技術上の問題はない。2016年改正は従来から技術上の問題がなかったことを前提とする法改正である。また、点字投票のような記名審査、ブラジルで行われているような電子機器を利用した審査、洋上投票のようなファクシミリによる審査などを用いることができるのであるから、在外国民の審査権行使に技術上の問題は存在しない。このことは、在外選挙人名簿に登載されている在外国民が国内の投票所で投票する際に、より顕著となる。

技術的制約があるから在外国民に審査権を行使させないことはやむを得ない、とする被告の主張は理由がない。

#### （4）在外国民の審査権行使をはく奪することは違憲であり、権利行使の機会を確保するための立法を行うことが不可欠であること

これまで述べてきたとおり、国民審査権行使の制限の合憲性は「やむを得ない事由」の基準によって判断される。被告の述べる技術的理由は、到底、「そのような制限なしに公正さを確保しつつ審査権を認めることが事実上不可能ないし著しく困難である場合」とはいえず、やむを得ない事由はない。被告の主張する技術上の問題は存在しない。したがって、在外国民の国民審査権の行使を事実上はく奪する制約は違憲であり、本件では「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立法を行うことが不可欠」であった。

### 3 「4 原告の主張に理由がないこと」に対する反論

被告は、最大判平17.9.14の時点において国民審査の在外投票制度を設けないことの違憲性が明らかになったとする原告の主張に対し、選挙における投票権と審査権とは権利の性質が異なること、在外選挙と在外国民審査とは議論の経緯が異なることなどを理由として、原告の主張の合理性を否定する。

#### (1) 権利の性質は共通する

しかし、国民審査権も憲法上「国民」に保障された国民主権を具現化する制度であり、憲法15条1項の公務員の選任・罷免権の一部をなす重要な制度である。同様の憲法15条の保障する公務員選任罷免権に関する最大判平17.9.14の判断が出された時点で、それが選挙権そのものにしか適用されず、国民審査権には関係のない論理であると国会が認識したというのは不合理である。国民審査権が選挙権と同様の保障を受けることは、東京地判平23.4.26も明確に述べているところである。

現に国会としても、自ら定めた国民審査法4条において、国民審査権を衆議院議員選挙権と全く同一のものとして取り扱ってきている。さらに、訴状でも指摘したとおり（訴状12頁）、1998年の公職選挙法改正の際に在外国民審査が国会で議論された際には、答弁に立った政府委員は

「国民審査法によりますと、これは選挙人名簿に基づいてやるということになっております。その結果、衆議院選挙に今参加できていないわけです、在外邦人については。このことの結果として国民審査にも参加できないということになっておるわけでありまして。これは、むしろどちらかという**と選挙権の行使ができないというところに原因があるということであらうかと思ひますし、その限りにおいてはやむを得ないというふうに思っております。**」（強調は引用者、甲6）

と述べており、選挙権と国民審査を完全に連動したものとする見解を述べている。

国会において、国民審査権は選挙権とは権利の性質が異なるので、その権利行使を制約して良いなどという認識は全く存在しておらず、当然そうした議論がなされたこともない。本件提訴に対応するため被告が新たに作り出した論理に過ぎず、立法者の意思とは異なる。

## (2) 選挙権との議論経緯の異同について

被告は、最大判平17.9.14の影響が選挙権についてのみ及ぶことを言わんがために、同判決においては、1984年に在外国民の投票を可能とするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたことがあるという事実が重視されているとの点を強調する。そして同様の事実がない国民審査についてはこれとは異なる旨を主張して、同判決によっては国会にとって違憲性が明らかにはなっておらず「正当な理由なく、長年にわたって怠」ったとは言えないと主張をするようである。

しかし、最大判平17.9.14は「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して解決されるべき問題があったとしても、(中略)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**上記の法律案を国会に提出していることを考慮する」(強調は引用者)と述べており、法案提出という事実の存否自体を重視しているというよりも、法案が提出されていることをもって「解決が可能である」ことが推認され、その事実が重要であることを指摘しているのである。したがって、本件においても、いつの時点でその技術的問題が解決可能であったのかが検討されるべきである。

そして、在外国民審査についても、最大判平17.9.14が出された直後に、2016年国民審査法改正と同様の改正をすることによって、少なくとも衆議院議員の任期満了の日の60日前か衆議院解散の日のいずれか早い日から衆議院議員総選挙の公示の日の間に新たに裁判官が任命されるという例外的な事態が生じた場合以外においては、在外国民審査を実施することに何らの技術的困難があったとは言えないことは既に先に述べたとおりである。そしてこのような例外的事態は、最高裁判所裁判官の任命の実務的な運用からは考えがたいものであり、実際に1949年から2017年までの24回に及ぶ国民審査の歴史の中で生じたことは一度もない。

さらに、このような法改正を経なくても、この時点でも政府で用いられてきた電子メール等の送信技術を使って地域の主要な在外公館において投票用紙を印刷することや、先に述べたとおり、点字投票の際には認められているように記名投票制度を在外者についても用いること等さまざまな代替案を用いることも可能であった。

そもそも、違憲状態が発生していても国会がその怠慢によって、その問題を取り上げず、十分な討議や検討をしなかった場合に、国家賠償が認められなくなるというのは不合理であり、権利保障にもとる。最大判平17.9.14の

調査官解説においても、同判決の「基本的な考え方」を説明する中で「どの程度の期間を経過すれば、是正に必要な期間を経過したとして立法不作為が違憲となるかについて一般的な基準を定立することは困難であるが、制限されている権利が憲法上保障された権利の中でも重要な権利である選挙権であることからすれば、少なくとも、具体的な調査、検討等を進めることなく、長期間にわたってこれを放置することは許されないというべきであろう。」(杉原則彦「判解」最判解民事篇平成17年度636頁)と述べられている。

本件において、被告は、平成10年や平成18年において政府内で検討されたという(被告準備書面(1)16頁カ)技術的問題の解消や代替案の実施について、具体的にどのような調査・検討等を進めたのか、それがなぜ実現されなかったのかといった具体的な理由を明らかにすることなく、単に国会に法律案が提出されなかったことのみを指摘するが、これは「具体的な調査、検討等を進めることなく、長期間にわたってこれを放置」したからである。このような対応は「許されないというべきで」ある。

### (3) 在外国民審査権行使のはく奪に対する問題提起の経緯

原告らは最大判平17.9.14が出されたことのみによって、国会が「正当な理由なく、長年にわたって怠った」旨を主張しているわけではない。在外国民審査権の行使が制限されていることの問題点は、さまざまところで指摘され、国会や政府に伝えられてきた。

1998年の公職選挙法の改正の際にも、次のように技術的な問題点により実施できないと議論の俎上に乗せておきながら、実際にはそれ以後約20年間にわたって放置してきたというのが現状なのである。

○政府委員(牧之内隆久君) 今回の在外選挙制度の構築に当たりまして、国民審査につきまして何ら言及をしていないわけですが、国民審査は記号式投票でございまして、審査の告示後に投票用紙を印刷いたしまして国外に交付をする、やるとすればそういうことになるわけです。そうしますと、一方、今度は投票日の五日前までには送付をしなきゃいけない、有権者の方が。ということで、ほとんど審査期間が確保できないという技術的に実施不可能に近いというような状況でございまして、現段階では見送るところでございまして。

○魚住裕一郎君 技術的問題で見送っているということでございまして、これもできる限り速やかに私は改正をすべきだという意見を表明しておきたいと思います。

また、2002年7月30日には日本弁護士連合会から、在外国民に対して国民審査権の行使を許さないのは人権侵害に該当するという勧告が、内閣総理大臣、総務大臣、外務大臣、法務大臣、衆議院及び参議院の各議長に対してなされている（甲9）。「海外在住日本国民の最高裁裁判所裁判官国民審査に関する人権救済申立事件調査報告書」（甲10）によれば、この勧告に先立ち、次のような要望や照会がなされている。

1996年 5月 1日 橋本龍太郎内閣総理大臣に対して在外国民審査を実施すべきとの要望

2000年11月28日 西田司自治大臣に対して一部の在外選挙権を認めることとした平成10年公職選挙法の改正において国民審査法の改正をしなかった理由について照会

2001年 4月 5日 片山虎之助総務大臣に対して、在外国民審査実施にあたっての「技術的困難」についていかなる方策を検討しているかについての照会

国は、従前からこのような在外国民の国民審査権の権利行使についての問題が指摘され、国会でも現に議論され、かつ極めて類似する事案につき2005年に最高裁大法廷判決が出されたというのに、以後も12年にわたってその問題を漫然と放置し、原告らの憲法上保障された権利の行使の機会を保障する立法を長期間にわたって怠ってきたのである。

なお、原告らは最大判平17. 9. 14が出された時点で国会にとってはその違憲性が明白になったと考えるが、仮にこれより後の、例えば、2009年8月30日に行われた国民審査において在外国民の国民審査権の権利行使が制限されていることが憲法上重大な疑義があると明確に判示し確定した2011年4月26日東京地判の判決の時点からであっても、本件国民審査は違憲状態であると指摘された国民審査の時点から既に8年以上が経過しているのであるから、長期間性は十分満たされており、国会に立法不作為の過失は十分認められる。前記日弁連報告書（甲10）によれば、この時点までを考えれば、2010年

12月24日に両議院議長と総務大臣に対する検討状況の照会もなされていることも分かる。

東京地裁判決以後も、下記のような問題点の指摘や政府や国会への働きかけがなされている（甲10）。

2011年 8月 5日 片山善博総務大臣に対しファックス投票・点字投票に類した記名投票の可否についての検討状況の照会

2011年12月12日 川端達夫総務大臣に対する前記回答に対する追加照会

2011年12月12日 玄葉光一郎外務大臣に対する在外選挙実施状況に対する照会

2012年 3月28日 日本弁護士連合会より両議院議長、内閣総理大臣、総務、外務、法務各大臣、衆議院議長・参議院議長に対して人権侵害の勧告書送付

#### 4 「5 中央選挙管理会が、原告らに審査用紙を交付しなかったことが国賠法1条1項の適用上違法となる余地がないこと」に対する反論

訴状で述べたとおり（10頁）、中央選挙管理会は、審査権を有しその行使を希望するすべての人たちが、平等にその権利を行使することができるよう原告らに審査用紙を交付する職務上の法的義務を負っている（国民審査法9条、10条、14条）。これまで述べてきたとおり、憲法上在外国民の国民審査権行使を事実上はく奪することは憲法上許容されない。国民審査法4条は、在外国民に憲法によって保障された国民審査権の行使を認めている。

しかし、中央選挙管理会は、この法的義務に違背し、原告らが審査権を行使することを事実上制限した。これは違憲な扱いであるから、当然に国賠法1条1項の適用上違法となる。

### 第5 訴状の訂正

被告が準備書面(1)5頁において指摘するように、原告\*\*\*\*の在外選挙人名簿登録の日は\*\*\*\*年\*月\*\*日が正しく、原告平野司の生まれた年は1978年（昭和53年）であり、その在外選挙人名簿登録日は2010年（平成22年）6月2日が正しい。

以上