

2020年9月10日

最高裁判所 御中

令和2年（行サ）第68号 在外日本人国民審査権確認等上告事件

上告人 想田和弘ほか4名

被上告人 国

上告人ら訴訟代理人

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 

同 永 井 康 之 

上告理由書



目次

上告理由Ⅰ：憲法違反	3
1 原判決の要旨	3
2 憲法15条1項、79条2項3項の保障	4
3 憲法17条の保障	5
4 立法不作為の違憲と国家賠償責任	5
5 国民審査権制限を緩やかに認めた原判決は、憲法15条1項3項、79条2項3項、14条、15条3項、44条但書きの解釈を誤るものである	5
6 国家賠償法上の違法を極めて厳格に解して国家賠償請求を棄却した原判決は、憲法17条の趣旨を没却し、同条に違反するものである	6
上告理由Ⅱ：理由の食違い（民訴法312条2項6号）	7
上告理由Ⅲ：理由不備（民訴法312条2項6号）	8

上告理由 I : 憲法違反

原判決は、国家賠償法上の違法の判断にあたって、国民審査権侵害の憲法適合性を緩やかな基準で審査することを前提とした。これは、憲法による国民審査権の保障に反し、憲法15条1項、79条2項3項、14条、15条3項、44条但書きの解釈を誤るものである。また原判決は、国家賠償法上の違法を不当に狭く解して上告人らの請求を棄却した。これは、憲法17条の保障の趣旨を没却するものであり、同条に違反する。

1 原判決の要旨

原判決は、立法不作為の国家賠償責任を基礎づける要素の一つとして「憲法の規定に違反するものであることが明白である」ことを挙げた上、本件では2017年の国民審査の時点で憲法違反が明白だったとはいえない旨判示して国家賠償請求を棄却した。

原判決は明白性の認定にあたって、まず、在外選挙を創設した1998年の公職選挙法改正の当時、国民審査を記号式投票で実施していたことなどから国外での投票には「技術的な問題がある」とする政府の説明には「一定の合理性があったことは否定できない」という（原判決56頁22行）。

1996年執行の総選挙までに在外国民に投票の機会を与える立法を怠った違法を認めて国家賠償請求を認容した最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁（以下「在外投票最大判」という）については、「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」（同57頁4行）とし、選挙は自書式であるが、国民審査は記号式であるということを前提とすれば、両者には「実施面において技術的な差異があることも事実である」（同9-10行）から、在外投票最大判があるからといって、「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」（同10-11行）とした。

また審査権制限の憲法適合性について「重大な疑義がある」と判示した東京地判平成23年4月26日判時2136号13頁（以下「平成23年在外審査権事件東京地裁判決」）についても、「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」（同18-19行）たことから、同判決をもって、「国民審査法の違憲性が明白になったものともいえない」（同21-22行）とする。

さらに、在外国民審査の実施に関する法案提出の事実もないことにも触れた上で、2017年当時、審査権制限の違憲が明白だったとはいえないと判示して、上告人らの国家賠償請求をいずれも棄却した。

2 憲法15条1項、79条2項3項の保障

日本国憲法は、主権が国民にあることを宣言した（前文、1条）上で、国会・内閣・裁判所が相互に抑制し合い、均衡を保つことによって権力の濫用を防ぎ、国民の権利と自由を保障する三権分立の原則を定めた。具体的には、公務員の選定及び罷免を国民固有の権利とし（15条1項）、特に最高裁判所の裁判官について国民審査制度をおいた（79条2項3項）。

国民審査は、最高裁判所裁判官の任命についての内閣の専断を防止するためにある（法学協会編「註解日本国憲法 下巻」1176頁（有斐閣、昭和29年））。すなわち、一般に、三権のうち行政府だけが司法府の人事権を掌握すれば、司法府は行政府に従属することになって三権の均衡が保たれない。そこで、近代立憲主義国家の多くが、司法府の人事を行政府のみの権限とはせず、立法府を関与させることにした。日本国憲法制定時にも、三権の抑制と均衡の観点から最高裁判事の任命を国会承認人事とすることが検討された（憲法調査会事務局編『憲法制定の過程に関する小委員会報告書』539頁参照）。最終的に日本国憲法は国会承認ではなく国民審査制を採用することにした。三権分立の要請からすれば少なくとも国会承認人事とすべきところを、これに代えて主権者による直接投票というより強力な制度を選んだのである。国民審査は選挙と並んで国民主権と三権分立原理を支える重要な権利である。

選挙権の主体についての憲法の保障はすべて国民審査権の主体についても及ぶ。日本国憲法制定以前には、選挙権は、性別、社会的身分、財産又は収入によって制限されてきた。新憲法は普通選挙を明示的に規定し（15条3項、44条但書き）、選挙権の行使主体についての差別を禁じた。同時に国民審査権を保障した。宮澤俊義は選挙権と審査権の関係について、「公務員の選挙に参加する資格について憲法の定めるところは、すべて、国民審査に参加する資格について準用されるべきである」（宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法（第2版）』643頁（日本評論社、1978年））と述べる。選挙権と審査権とは、国民主権に不可欠の参政権として同一の性質を有し、憲法によって同等の保護が与えられているのである。

選挙権の制限は原則として許されない。選挙権制限にはやむを得ない事由がなければならぬ。このやむを得ない事由とは、そのような制限なしには選挙の公正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のことをいう（在外投票最大判、民集59巻7号2096頁参照）。同様に、審査権の制限もまた原則として許されない。そのような制限なしには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いえない限りは、審査権制限のやむを得ない事由はない。やむを得ない事

由なしにされた審査権の制限は憲法15条1項、79条2項3項、14条、15条3項、44条但書きに違反する。

3 憲法17条の保障

憲法17条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる」と定める。同条にいう公務員には国会議員も含まれ、立法とその不作為を理由とする不法行為責任にもその保障が及ぶ。公務員による不法行為によって損害を受けた者が国にその賠償を求める権利は憲法の保障するものであり、その趣旨を没却するような免責規定は同条に反して無効である（最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁参照）。同様に、実効的な国家賠償制度の創設を求めた憲法17条の保障の趣旨を没却するような判断を裁判所がすることは同条に反して許されない。

4 立法不作為の違憲と国家賠償責任

国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違反して損害を与えた場合には、憲法17条及び国家賠償法1条1項に基づいて、国にその損害を賠償する責任が生じる（在外投票最大判、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427号（以下「再婚禁止期間最大判」という）参照）。同条の要件を満たすのは、たとえば、「憲法の規定に違反す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」（再婚禁止期間最大判）や、「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」、あるいは「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」（以上在外投票最大判）などである。

5 国民審査権制限を緩やかに認めた原判決は、憲法15条1項3項、79条2項3項、14条、15条3項、44条但書きの解釈を誤るものである

原判決は、国民審査権制限を放置する立法不作為の国家賠償法上の違法について、国民審査権制限の合憲性を緩やかな基準で審査することを前提として判断した。これは、憲法15条1項、79条2項3項が参政権の一環として国民審査権を保障し、その行使の主体について憲法14条、15条3項、44条但書きの保障が及ぶとする憲法の保障に反しており、これらの憲法の規定の解釈を誤るものである。

原判決は、立法不作為の国家賠償責任を基礎づける要素の一つとして「憲法の規定に違反するものであることが明白である」ことを挙げた。その明白性の判断

にあたって、1998年の公職選挙法改正時に在外国民審査の実施を見送ったことには「一定の合理性があった」（56頁22行）と判示し、合理性があったといえる時期やその後の経過を国家賠償責任の判断において考慮した。そして、2017年の国民審査の時点で憲法違反が明白だったとはいえない旨判示して国家賠償請求を棄却した。これは、国家賠償法上の違法の判断にあたって、国民審査権制限の違憲審査に緩やかな基準（立法目的と規制手段が不合理でない限り合憲とする合理性の基準）を用いることを前提とするものである。審査権は憲法15条1項、79条2項3項が参政権の一環として保障する権利であり、その行使の主体の制限には憲法14条、15条3項、44条但書きの保障が及ぶことから、審査権制限の違憲審査には厳格な基準が用いられなければならない。原判決は、国家賠償法上の違法を審査するに際して緩やかな基準を前提としており、憲法による審査権の保障に反し、これらの憲法の解釈を誤るものである。

なお、再婚禁止期間最大判は、国家賠償法上の違法の判断にあたって、昭和22年の民法改正当時において再婚禁止期間が「一定の合理性を有していたと考えられる」と述べ、その後「合理性を説明することが困難になった」のであるが、このような変化が生じたのは医療や科学技術の発達や社会状況の変化によるものであるから、平成20年当時に違憲が明白だったというのは困難であると判示した

（民集69巻8号2439-2440頁）。この判示は、原判決が国家賠償法上の違法の判断にあたって審査権制限の合理性を考慮したことを正当化するものではない。再婚禁止期間最大判が国家賠償法上の違法の判断の際に規制の合理性に言及したのは、同判決の事案が婚姻の自由という憲法上保護されている利益を対象とし、違憲審査基準に合理性の基準を用いたからである。本件はこれとは異なり、憲法が保障する参政権の制限であって、違憲審査には厳格な基準が用いられる。権利の性質に応じて正しく合理性の基準を用いた再婚禁止期間最大判の判旨によれば、原判決が国民審査権の性質を誤って解釈したことは一層明らかである。

6 国家賠償法上の違法を極めて厳格に解して国家賠償請求を棄却した原判決

は、憲法17条の趣旨を没却し、同条に違反するものである

上告人らは、2017年の国民審査の時点で国外に住所を有していた日本国民であり、国民審査の投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていた。この権利行使の機会を確保するためには、国会において、在外審査制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠だった。

在外審査制度、すなわち在外公館における投票、郵便投票、国内における投票のいずれについてもその実施に技術的な問題はなく、立法さえあればただちに実現可能だった。たとえば、国家賠償請求の対象となる国民審査は2017年10月22日

に実施されたが、在外公館における投票（公職選挙法49条の2第1項1号）については、同年9月2日に審査予定裁判官の通知（国民審査法4条の2第1項）がされていたから、この通知に基づいて投票用紙を調製し、在外公館に送付し、在外公館において審査期日の6日前である同月16日までに投票を行うことができた。郵便等による投票（同2号）も同様に実施できた。国内における投票（同2項）については、もともと技術的な問題は存在せず当然に実施できた。

またそもそも在外国民審査においても選挙と同様の自書式投票を用いれば、選挙と審査の実施方式には差異がなくなるから、このような方法を用いることなどによっても在外審査は実施可能だった。

国会は、事前通知制度の導入や投票方式を改めるなど必要な法改正をすることによって、遅くとも2006年公職選挙法改正とあわせて在外国民審査（在外公館による投票、郵便による投票、日本国内における投票を含む）を実施する法改正をすることができた。

2016年改正で導入された事前通知制度は、同じ内容の法案が2007年に国会で審議されて衆議院で可決された後参議院で審議未了廃案となっていた（甲12、13）。自書式投票は選挙で用いられているのはもちろん、点字による国民審査の投票でもすでに用いられていた。これらの事実によれば、国会は、事前通知制度や自書式投票の導入などの方策によって在外審査が実施できることを承知していた。

国会は、権利行使の機会を確保するためには立法措置が必要不可欠であり、その立法措置が可能であることを知りながら、在外投票最大判からさらに12年という長期間にわたって、何らの立法措置も執らなかつた。このような著しい不作為は、国会が国民に対して負担する職務上の法的義務に違反し、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受ける。

原判決は、以上に反して国家賠償法上の違法を否定した。これは、国家賠償法1条1項の違法を不当に狭く解して国を免責するものであり、憲法17条の趣旨を没却するものであって、同条に違反する。

上告理由Ⅱ：理由の食違い（民訴法312条2項6号）

原判決は、国民審査権制限の憲法適合性を審査する際には、その権利の性質に従って厳格な基準を用いた。当然、立法不作為の国家賠償法上の違法の判断にあたっては、同様の基準が前提とされなければならない。しかし、原判決は、国家賠償法上の違法については、より緩やかな基準を前提にして判断をした（上告理由Ⅰの5参照）。原判決が憲法違反を認める理由と国家賠償請求を否定する理由には食違いがある。

上告理由Ⅲ：理由不備（民訴法312条2項6号）

原判決は、在外国民に対して日本国内においても投票の機会を与えなかった立法不作為の違法についてまったく触れることなく、上告人らの国家賠償請求をいずれも棄却した。しかし、上告人■■■■及び同平野は、2017年の国民審査の際、一時的に日本に帰国し、国内で選挙の投票（公職選挙法49条の2第3項4項）をしたが、国民審査の投票は許されなかったものである。両名の国家賠償請求の根拠は、在外公館における審査制度の創設を怠った違法ではなく、国内での投票制限を放置した違法にある。原判決には、上記上告人両名の国家賠償請求について、判決に理由を付さなかった違法がある。

以上