

2022年3月22日

最高裁判所大法廷 御中

令和2年(行ツ)255号、同年(行ヒ)291号 在外日本人国民審査権確認等上告事件

上告人(一審被告) 国

被上告人(一審原告) 平野司

被上告人(一審原告)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 永 井 康 之

同 谷 口 太 規

## 答弁書

### 第1 上告の趣旨に対する答弁

- 1 本件上告をいずれも棄却する
  - 2 上告費用は上告人の負担とする
- との判決を求める。

## 第2 上告の理由に対する答弁

被上告人（一審原告）平野司は、主位的に、次回の国民審査で審査権を行使することができる地位にあること、予備的に、国が、次回の国民審査において彼に審査権の行使をさせないことが違法であることの確認を求めた。第一審判決は、いずれの訴えも法律上の争訟に当たらないとして却下した。一審原告が控訴した。原判決は、第一審判決を変更し、予備的請求にかかる違法確認の訴えを認めた。予備的請求については確認の利益を欠くとして却下した。

国は、違法確認の訴えを認めた原判決に対して上告した。その理由は、在外審査を実施しないことは憲法に違反せず、憲法違反を認めた原判決は憲法15条1項、79条2項及び3項の解釈を誤ったものであるという。しかし、被上告人に対する国民審査権の制限は憲法に違反するとした原判決に憲法解釈の誤りはない。

### 1 被上告人に対する国民審査権の制限は憲法に違反する

#### (1) 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ない。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可能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可能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。

## (2) 国民審査権を制限するやむを得ない事由はない

被告人平野氏は国外に住所を有する日本国民であり、憲法によって国民審査権を保障されている。彼がその権利を行使するのを制限するやむを得ない事由はない。

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である。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、審査予定裁判官の通知（国民審査法4条の2第1項）に基づいて投票用紙を調製し、在外公館に送付し、在外公館において投票を行うことができる。郵便等による投票（同2号）も同様に実施できる。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るものである<sup>1</sup>。

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である。

在外審査は法改正のみによって実施することができるから、国民審査権を制限するやむを得ない事由はない。平野氏に対する審査権の制限は、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。

## 2 国の主張は誤りである

国は、国民審査法が在外審査制度を定めていないことは憲法に違反せず、憲法違反を認めた原判決は憲法解釈を誤ったものであると主張する。この主張は誤りである。

### (1) 憲法は国民審査権を行使する資格を選挙権と同等のものとして保障する

国は、国民審査権は選挙権よりも緩やかにその制限が認められると主張する。その根拠として、審査権は「民主政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も飽くまで例外的、補完的なものとどまる」（上告理

---

<sup>1</sup> なお、平野氏は、2017年10月執行の国民審査において、国内の投票所で投票を試みたところこれを拒否されたものであって、国は本来「技術的問題」が生じ得ない帰国投票による方法すら認めていない。

由書15頁) ことや、「審査権は、憲法上、選挙権と同等の権利に位置づけられておらず、選挙権とは憲法上の位置づけが異なる」(同18頁) ことを挙げる。

しかし、我が国の民主主義とその基礎をなす三権分立の実現において、国民審査権が選挙権と並んで極めて重要な位置を占めており、それを憲法が裏付けていることは上記1(1)で述べたとおりである。国民審査権を選挙権と比べて軽視する国の主張はいずれも誤りである。

## (2) 主要都市における在外審査の実施に「技術上の問題」はない

### ①記号式投票に一定の合理性があることは全在外日本人の国民審査権を一律に制限する「やむを得ない事由」ではない

国は、国民審査において記名式投票を用いると「国民の解職を求める意思が適切に反映されず、国民審査の制度としての実効性が損なわれることになりかねない」(同23頁) から、記号式投票を前提として在外投票の実施を検討することには「十分な合理性があ[り]」(同25頁)、記号式投票を前提とすれば在外投票の実施には「技術的な困難性を抱える諸問題が存在」するから、審査権制限は許されると主張する。またその問題とは、投票用紙の調製にあたって、「審査予定裁判官の通知後、審査の告示までの間に新たに裁判官が任命された場合には、(中略)改めて投票用紙の印刷を行わなければならない」ことであり、これらによれば在外審査の実施には「技術上の問題」が存在するのだという。これらの主張は誤りである。

国の主張は、記名式投票を維持する場合には実施に困難がありうるというに留まる。これが国民審査権を制限するための「やむを得ない事由」といえるためには、まず、自書式又は分離記号式投票を用いることが、「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」な場合に当たるといえなければならない。国の主張は、単に、記号式の方が自書式よりも過誤が少ないという程度の事情を記号式の優位性として挙げた上で、記号式を用いることには「十分な合理性がある」というものである。一定の合理性があるという程度のことでは国民審査権を一律に制限する「やむを得ない事由」とは到底いえない。

在外国国民審査に自書式投票又は分離記号式投票を用いることを前提とすれば、在外審査は在外選挙とまったく同等の方法で実施することができる。告示日直前に最高裁判事が任命される場合も含めて、在外国国民審査は法改正のみによって実施できる。その制限にやむを得ない事由はない。

なお、審査予定裁判官の通知後に裁判官が任命される場合があり得ることは、自書式または分離記号式投票を前提としない場合にも、全在外日本人の国民審査権を一律に制限するための「やむを得ない事由」とはなりえない。審査

予定裁判官の通知後に新たな裁判官が任命される場合とは極めてまれな事例であり、その場合には、その裁判官についてのみ在外審査から除外するか、その裁判官についてのみ自書式投票を併用する<sup>2</sup>などの方策があり得るからである。

国がこのような極めてまれな事例を挙げてようやく在外審査の実施が困難であると主張するのは、むしろ一般的には在外審査は実施できることを自ら認めるものである。極めて稀な例を殊更に取り上げて、平時の在外審査の実施を一律に怠ることはもはや正当化されない。

## ② 在ホンジュラス日本国大使館への送付に時間がかかることは全在外日本人の国民審査権を一律に制限する「やむを得ない事由」ではない

国は、在外国国民審査の実施に「技術上の問題」がいまだにあるとの主張の根拠として、在オークランド日本国総領事館、在ボリビア日本国大使館、在イエメン日本国大使館、在ホンジュラス日本国大使館への投票用紙の送付に比較的長期化を要したことを挙げる（同28頁。ただし、主張を基礎づける証拠は何ら提出されていない）。この主張は、ブラジルサンパウロ市を含む主要都市における在外投票の実施が困難であることを示すものではないから、本訴において意味をなさない。

まず、上記2(2)①で述べたとおり、自書式又は分離記号式投票を用いれば、在外国国民審査は在外選挙とまったく同等の方式で実施できる。したがって、ホンジュラスでもボリビアでもイエメンでも、在外選挙が実施されている以上は在外審査も実施できる。ホンジュラスへの投票用紙の送付に一定の時間を要することは、これらの国での在外審査の実施が「事実上不能ないし著しく困難」であることを基礎づけない。

また、そもそも被上告人は、世界中のすべての在外公館で滞りなく国民審査を実施することができるかと主張しているのではない。実際に、2006年の公職選挙法改正後も、すべての在外公館において国政選挙が実施されてきたわけではない。たとえば、2017年10月22日執行の衆議院議員選挙においては、在ブータン日本国大使館、在キリバス日本国大使館、在ドミニカ、在バハマ、在アルバニア、在バチカン、在モナコ、在モーリシャス等、60を超える在外公館等において在外投票は行われなかった（平成29年総務省告示331号参照）。公職選挙法は、各選挙ごとに、総務大臣が外務大臣と協議して、在外選挙を行わない在外公館を指定することを認めている（同法49条の2第1項1号）。この規定は、

---

<sup>2</sup> 選挙に関するものとして、例えばアメリカにおいては複数の州において投票用紙に候補者指名が記名されている投票用紙を利用する選挙でも、投票用紙に名前が記載されていない候補者を記述して投票することが認められる（テキサス州について2005 Texas Election Code CHAPTER 146.、テキサス州についてOhio Revised Code 1.01）。

判例が「そのような制限をすること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可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」、選挙権の制限にはやむを得ない事由があるとはいえず、そのような場合にまで選挙権を制限することは憲法に違反すると述べたことを前提として解釈される。すなわち、交通の遮断等の事情で在外選挙を行うことが事実上不可能ないし著しく困難な場合には、選挙ごとに、その在外公館で在外選挙を実施しないことが認められるのである。この規定は、判例の要求に従って用いられる限り何ら憲法に違反しない。

国は、在外国民審査においても同様に、在外投票を行うことが事実上不可能ないし著しく困難な事情のある在外公館では在外審査を実施しないこととする裁量を有している。しかし、本訴の争点はブラジルという、多くの日本人が在留し、経済的にも文化的にも日本との結びつきの強い国の、現に在外選挙を実施している在外公館において、あるいは一時帰国中に日本国内の投票所において、平野氏に次回の国民審査の投票をさせないことの違法性である<sup>3</sup>。在ホンジュラス日本大使館において在外審査が実施できるかどうかは本訴の争点とは無関係であり、国の主張は被上告人の主張に対する反論として意味をなさない。むしろ、この国の主張によって、少なくともブラジルサンパウロ市を含む主要都市においては在外審査が実施できることが明らかになったというべきである。

日本からの移動に極めて長時間を要する地域や、戦時下で退避が勧告される地域など、一部の在外公館での投票に困難がありうることはむしろ当然のことである。このことは、ブラジルサンパウロ市を含む全在外公館での投票、郵便投票及び帰国投票までもを一律に拒否することを正当化しない。

なお、たとえ一部の在外公館であったとしても、ひとたび在外審査が実現すれば、すべての在外日本人にとって、国民審査権の一律制限は緩和されることになる。彼らには、日本に帰国して投票する道が拓かれるからである。郵便の遅配や帰国便の手配の困難等によって事実上権利行使が妨げられることと、法律上一律に投票の機会を失うこととは権利制限の性質が全く異なる。後者は国が彼らの審査権をはく奪したというべきものであり、憲法はこのような権利の制約を許さない。

---

<sup>3</sup> 国家賠償請求事件について付言すれば、そこで議論されているのは、上記に加えて、米国の主要都市の在外公館や郵便投票・帰国投票による国民審査の実施を制限するやむを得ない事由の有無である。

### 第3 上告受理申立ての理由に対する答弁

被上告人（一審原告）平野司は、主位的に、次回の国民審査で審査権を行使することができる地位にあること、予備的に、国が、次回の国民審査において彼に審査権の行使をさせないことが違法であることの確認を求めた。第一審判決は、いずれの訴えも法律上の争訟に当たらないとして却下した。一審原告が控訴した。原判決は、第一審判決を変更し、予備的請求にかかる違法確認の訴えを認めた。主位的請求については確認の利益を欠くとして却下した。

国は、違法確認の訴えを認めた原判決に対して上告受理申立てをした。その理由は、本訴は法律上の争訟ではなく、また訴えの利益を欠くから、原判決は裁判所法3条1項及び行政事件訴訟法4条の解釈及び適用に誤りがあるという。しかし、本訴が法律上の争訟であり、また被上告人には訴えの利益があるとした原判決に法令解釈の誤りはない。

#### 1 違法確認の訴えは法律上の争訟である

違法確認の訴え（請求の趣旨1(2)）は、国が、平野司氏が日本国外に住所を有することをもって、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査における審査権の行使をさせないことは違法であることの確認を求めるものである。

原々審判決は、これを法律上の争訟に当たらないとして却下した。その際「現行の法令の適用により原告の主張する特定の地位を導き出すことが不可能」であること及び「法令の違法性を抽象的に確認するものであること」を理由として挙げた。

原判決は、違法確認の訴えが主観訴訟であることを指摘して法律上の争訟性を認めた。

国は、上告受理申立て理由において、違法確認の訴えの適法性を認めた原判決は誤りであると主張した。その主張はおおむね第一審判決を踏襲するものである。しかし、本訴における違法確認の訴えが法律上の争訟であることはむしろ当然のことであり、国の主張は法律上の争訟概念の理解を誤るものであって、排斥されなければならない。

#### (1) 法令の適用により終局的に解決することができる

法律上の争訟（裁判所法3条1項）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、かつ、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」（最判昭和56年4月7日民集35巻3号445頁（板まんだら事件））のことである。法令の適用によって終局的な解決ができず、したがって法律上の争訟に当たらない紛争とは、宗教における教義に関する問題（上記板まんだら事件）や、学問的・科学的論争など、法的な解決基準を欠く紛争のことである。憲法と法律の解釈によって紛争を解決しようとする営みは、原告の主張の当否に関わらず当然に「法令の適用により終局的に解決することができる」ものであり、本訴はこれに当たる。

国は、「法令の適用によって原告の主張する地位を導き出すことができないこと」を、本訴の法律上の争訟性を否定する要素のようにいう（上告受理申立て理由書10頁）。この主張は本来の法律上の争訟性の理解からかけ離れたものである。法律上の争訟性とは、法律の解釈によって「解決できる」かどうかの問題であり、原告の主張のとおり地位を「認める」かどうかはむしろ本案の問題である（甲14・8-11頁）。原告の主張が認められないから法律上の争訟性を否定するというのは明らかな誤りである。

学説も第一審判決の判断を一斉に批判している（渋谷秀樹「在外国民は最高裁判所裁判官国民審査において審査権を行使できるか」ジュリ1538-60、曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法教476-61、高橋雅人「判批」ジュリスト1544-29、堀口悟郎「判批」法セミ777-120）。たとえば、巽智彦准教授は、「〔現行の法令の適用により原告の主張する特定の地位を導き出すことが不可能であることは〕法律上の争訟性に関してこれまで最高裁が明らかにしてきた理解とは無関係であ〔る〕」と指摘する（判時2487-120、122）。

## (2) 当事者間の具体的な権利義務・法律関係の存否に関する紛争である

本訴は、国が平野氏に対して次回の国民審査で投票をさせないことの違法を確認しようとするものであるから、「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。

国は、本訴が抽象的違憲審査を求めるものであって、法律上の争訟には当たらないと主張する（上告受理申立て理由書16頁）。この主張は誤りである。

抽象的違憲審査制とは、具体的な事件を前提とせずに、法令自体の違憲確認を認める法制度のことである。法令の違憲を確認する判決によって直ちにその法令が廃止されたのと同様の効力を生じる。違憲とされた法令の無効は対世効を生じることになり、裁判所が立法の一翼を担う制度といえる。

本訴がこれに当たらないことは明らかである（前掲・巽-122、興津征雄「立法不作為と違法確認訴訟」法律時報1155）。原判決が認めたのは、あくまで「次回の国民審査において、平野氏に投票させないこと」の違法を確認することである。確認の対象は法令自体の違憲性ではなく「国が平野氏に審査権を行使させないこと」の違法性である。この判決確定によって直ちに法令が廃止されることにはならず、当然、当事者である平野氏以外に対する効力は生じない。

この訴えは、具体的な事件において立法不作為が違憲であることを裁判所が確認することによって、国会の立法を促すものであるから、裁判所がその権限を越えて自ら立法を行うと評される性質のものではない。

## 2 違法確認の訴えには確認の利益がある

原判決は、地位確認の訴え（請求の趣旨1(1)）については「確認を求める対象として有効、適切ではない」から確認の利益を欠くとした。そして、原告らの救済のためにほかに適切な方法がないことも挙げて、違法確認の訴えについて確認の利益を肯定した。

確認の利益は、「即時確定の利益がある場合、換言すれば、現に、原告の有する権利または法的地位に危険または不安が存在し、これを除去するため被告に対し確認判決を得ることが必要かつ適切な場合に限り、許される」（最判昭和30・12・26、民集9-14-2082）。平野氏は、国民審査権の行使を現に妨げられており、次の国民審査においても同様の危険が生じている。違法確認の訴えの認容判決によって、国会は平野氏に次の国民審査でその権利を行使させるための立法を行う義務を負うから、平野氏の危険は除去される。彼が本訴について確認の利益を有することは明らかである。

国は、実際に平野氏が国民審査の投票をすることを実現するためには「国会の立法措置を経ることが必要である」（上告受理申立書21頁）から、本訴によって紛争が終局的に解決されることにはならず、確認の利益を欠くと主張する。この主張は誤りである。

確かに、違法確認の訴えの認容判決によってただちに法令が改廃されたのと同じ効力が生じるものではない。また判決は特定の立法をするように国会を拘束するものでもない。しかし、この判決によって、国会は、その裁量の下に、平野氏に対する違法を解消するための法改正を行う義務を負う。これによって平野氏は次回以降の国民審査で投票することができるようになる。万が一、認容判決後に国会がその義務に反して立法を拒否する場合には、平野氏は改めて訴訟を提起して国家賠償法1条1項の違法を容易に立証しうることで、彼の権利の実現を担保しているということもできる。そもそも、最高裁の求める立法を国会が拒否するという不当な事態を、本来その義務を負う国自身が想定して裁判を拒否することは許されないというべきである。本訴は平野氏の権利の実現に極めて有効である。

在外国民の国政選挙の投票が制限されていたことの憲法適合性が争われた在外邦人選挙権事件判決（最大判平17・9・14民集59巻7号2087頁）は、公選法の違憲を認めた上で、次の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にあることの確認を求める請求を認容した。ただし、この判決によって当然に訴訟の当事者や他の在外日本人が衆議院選挙区選出議員選挙の投票ができるようになったわけではない。判決の翌年である2006年6月の公職選挙法改正で、在外選挙の対象が拡大されたことによって、彼らの権利はようやく実現した。これは確認訴訟の判決に法令を改廃する効力が認められないことからの当然の帰結であり、立法を要するから訴えの利益が認められないということにはなり得ないのである。

確認の訴えでは、給付訴訟とは異なり判決の執行は想定されない。給付判決のように、判決の直接の効力として権利が実現される場合ではない。しかし、これは本訴に限ったことではなく、あらゆる確認訴訟に共通の性質である。立法を要するから確認の利益を欠くとする国の主張はすべての確認の訴えを拒否しようとする不当なものである。

### 3 結語

一般に、違法確認の訴えは、地位確認の訴えに比べて、原告が自らの法的地位と無関係な訴えを提起しやすくなることから、訴えの許容性を実質的に判断する

必要があるとされる。しかし、本訴で被上告人が求めたのは、あくまで「国が審査権の行使をさせないこと」という特定の不作為の違法性ないし違憲性の確認であり、原判決は法令の違法性ないし違憲性を確認するものではない。確認の対象は具体的かつ明確に構成されており、このため訴えの許容性の実質的な判断に耐えうるものと判断されたのである。原判決に法令解釈の誤りはない。著しい立法不作為をしながらかえって権利救済の道を閉ざそうとする国の主張は、平成17年最大判の判断と「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がたいものというべき」（杉原則彦「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成17年度下674頁（2008））である。

以上