

印 本

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(第1事件)

平成30年(ワ)第11936号 国家賠償請求事件(第2事件)

原 告 想田和弘ほか3名(第1事件)

原 告 谷口太規(第2事件)

被 告 国

準備書面(1)

平成30年7月23日

東京地方裁判所民事第2部B係 御中

被告指定代理人	松	本	亮	-
	齋	藤	聡	申
	加	藤	隆	信
	松	尾	淳	-

第1 請求の原因に対する認否	4
1 「第2 事案の概要」について	4
(1) 第1段落ないし第4段落について	4
(2) 第5段落について	4
(3) 第6段落について	5
2 「第3 原告らに国民審査権を行使させないことは憲法及び国民審査法に違反する」について	5
(1) 柱書きについて	5
(2) 「1 前提事実」について	5
(3) 「2 国民審査権は憲法が保障する国民固有の権利である」について	6
(4) 「3 国民審査法は原告らの審査権行使を認めている」について	7
(5) 「4 原告らは国民審査権の行使を事実上制限されている」及び「5 原告らに対する審査権制限は憲法と国民審査法に違反する」について	7
3 「第4 次回審査権行使することができる法的地位にある（請求の趣旨1(1)）」ないし「第7 結語」について	7
第2 請求の趣旨第2項の国家賠償請求に理由がないこと	7
1 はじめに	7
2 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	8
3 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	9
(1) 国民審査の憲法上の位置付け	9
(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	12
(3) 国民審査の在外投票制度を設けないことは、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こと	13
(4) 小括	18

被告は、本準備書面において、請求の原因に対する認否をし（後記第1）、原告らの請求の趣旨第2項の国家賠償請求に理由がないことを主張する（後記第2）。

なお、略語等については、本準備書面で新たに用いるもののほか、従前の例による。

第1 請求の原因に対する認否

1 「第2 事案の概要」について

(1) 第1段落ないし第4段落について

平成10年の公選法改正によって在外選挙制度が創設されたこと、最高裁判所が、原告の指摘する大法廷判決において、在外国民である当該事件上告人らが、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にある旨判示したこと、平成18年の公選法改正によって、それまで在外選挙制度は衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙に對象が限られていたのが、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙も對象とされたこと、日本国憲法の改正手続に関する法律が在外投票制度を設けていることは認める。

(2) 第5段落について

第1文は認める。

第2文については、東京地裁平成23年判決に係る訴訟において、国が、在外国民が国民審査の投票をすることには技術的問題があると主張したこと、同判決が「少なくとも本件国民審査が行われた平成21年8月30日の時点では、在外審査制度の創設に係る立法措置を執らないという不作為によって在外国民が審査権を行使することができないとの事態を生じさせていたことの憲法適合性については、重大な疑義があったものといわざるを得ない

4	原告の主張に理由がないこと	18
(1)	原告らの主張	18
(2)	被告の反論	18
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	23
6	まとめ	24
第3	結論	24

というべきである。」と判示したことは認める。

第3文は争う。

(3) 第6段落について

第1文は認め、その余は認否の限りでない。

2 「第3 原告らに国民審査権を行使させないことは憲法及び国民審査法に違反する」について

(1) 柱書きについて

ア 第1段落について

第1文及び第2文は認める。

第3文は争う。

イ 第2段落及び第3段落について

争う。

(2) 「1 前提事実」について

ア 「(1) 原告想田和弘」について

ア及びイは認める。

ウは不知。

イ 「(2) 原告」について

アは認める。

イは、第1文中、「2016年8月19日」が「2016年5月25日」(甲第2号証)である点を除いて認める。

ウは不知。

ウ 「(3) 原告平野司」について

アについては、「1980年」が「昭和53年」(甲第3号証)である点を除いて認める。

イについては、第1文中、「2016年8月19日」が「平成22年6月2日」(甲第3号証)である点を除いて認める。

ウは不知。

エ 「(4) 原告永井康之」について

ア及びイは認める。

ウは不知。

オ 「(5) 原告谷口太規」について

ア及びイは認める。

ウは不知。

(3) 「2 国民審査権は憲法が保障する国民固有の権利である」について

第1段落及び第2段落について、原告らが引用する憲法の規定の存在及び内容、並びに、国民審査制度の趣旨が、最高裁判所の裁判官を、適度な範囲と程度において、国民による民主的コントロールのもとにおく点にあることは認める。

第3段落については、原告らの引用する文献に原告らの引用する記載があること、同文献に「ここ（引用者注：第二次試案）に国民審査の制度が設けられているのは、一でみた第一次試案についての討議の結果であって、司法部を国民により近い存在とし、国民が司法部に対しても有効なコントロールを及ぼしうるようにしようとして加えられたものである。」（乙第1号証238及び239ページ）との記載があるとの限りで認める。

第4段落について、国民審査制度の趣旨が、最高裁判所の裁判官を、適度な範囲と程度において、国民による民主的コントロールのもとにおく点にあることは認め、その余は否認ないし争う。国民審査について、原告の引用する文献には、「裁判官の選挙とリコールが提案されたが、結局、最高裁判所の任命を一定期間をおいて国民審査にするだけにきまつた。」（乙第2号証49ページ）との一文があるのみである。

第5段落について、最高裁判所昭和40年9月10日第二小法廷判決（集民80号275ページ）の補足意見において、原告らの引用する箇所がある

ことは認める。

第6段落は争う。

(4) 「3 国民審査法は原告らの審査権行使を認めている」について

第1段落及び第2段落は、一般論として認める。

第3段落及び第4段落は、全体として争う。

(5) 「4 原告らは国民審査権の行使を事実上制限されている」及び「5 原告らに対する審査権制限は憲法と国民審査法に違反する」について

全体として争う。

3 「第4 次回審査権行使することができる法的地位にある（請求の趣旨1

(1)）」ないし「第7 結語」について

全体として争う。

第2 請求の趣旨第2項の国家賠償請求に理由がないこと

1 はじめに

原告らの請求の趣旨第2項の国家賠償請求は、平成29年10月22日施行の国民審査（以下「本件国民審査」という。）において、当時、在外選挙人名簿に登録されていた原告らが、投票ができなかったことにつき、原告らが憲法と国民審査法4条によって国民審査権を行使することができる地位が保障されているにもかかわらず、①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、②遅くとも、最高裁平成17年判決の時点で、在外国民に国民審査権の行使を認めないことが違憲であることが立法府にとって明白となっていたにもかかわらず、被告（国）が、在外国民が国民審査の実施に必要な法改正をしなかったことに違法があるとして、被告に対し、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項に基づく損害賠償として一人当たり1万円を支払うよう求めているものと解される。

しかしながら、確立した最高裁判所の判例によれば、立法不作為が国賠法1

条1項の適用上違法となるのは、その立法不作為が憲法上保障されている国民の権利を違法に侵害することが明白である場合など極めて例外的な場合に限られるところ、国民審査の在外投票制度を設けないことは憲法の諸規定に違反しない以上、国会議員に、国賠法上違法と評価されるべき不作為はない。また、本件国民審査において、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上違法と評価される余地もない。したがって、本件国民審査において投票できなかったことを理由とする原告らの請求に理由がないことは明らかである。

以下においては、まず、上記②の請求原因に関し、立法不作為に関する国賠法1条1項の「違法」の判断枠組みを述べ（後記2）、国民審査の憲法上の位置付けについて説明した上で、これらを前提として、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ついて述べる（後記3）。その上で、原告らの主張に対して反論し（後記4）、最後に、上記①の請求原因に関し、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同項の適用上違法となる余地がないことについて述べる（後記5）。

2 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

- (1) 国賠法1条1項にいう「違法」とは、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背することをいう（最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512ページ、最高裁平成17年判決等参照）。したがって、公務員の職務行為が国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるのは、当該公務員が、職務上通常尽くすべき注意義務を果たすことなく、漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合に限られる。
- (2) このような国賠法1条1項の意義からすれば、国会議員の立法行為（立法不作為も含む。）が同項の適用上違法となるかどうかは、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背したかどうかの問題であって、当該立法等の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。

そして、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民に対応した関係での法的義務を負うものではない。したがって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず、あえて当該立法を行うというとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けないものというべきである（前掲最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決）。

具体的には、例えば、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や、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に限り、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものというべきである（最高裁平成17年判決参照）。

(3) そして、国賠法1条1項にいう違法を基礎づける事実の主張立証責任は、原告にあるものと解されており、従来の裁判例においても、原告に主張立証責任があることを前提とした処理がされている（井上繁規「最高裁判所判例解説民事篇平成5年度（上）」・114ページ以下参照）。

3 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

(1) 国民審査の憲法上の位置付け

答弁書第2の1(1)(2及び3ページ)で述べたとおり、国民審査は、最高裁判所裁判官に対する「国民罷免手続又は国民解職手続」であり、選任で

はなく、「リコール（国民解職）」の性質を有するものである。

ふえんすると、答弁書第2の1(1)(2及び3ページ)でも引用した最高裁判所昭和27年2月20日大法廷判決（民集6巻2号122ページ。以下「最高裁昭和27年判決」という。）は、国民審査制度について解職制度であると明示した上で、「最高裁判所の長たる裁判官は内閣の指名により天皇が、他の裁判官は内閣が任命するのであつて、その任命行為によつて任命は完了するのである。（中略）所論の様に、国民の投票ある迄は任命は完了せず、投票によつて初めて完了するのだという様な趣旨はこれを窺うべき何等の字句も存在しない。（中略）飽く迄罷免であつて、選任行為自体に関係するものではない。」と判示しており、原告らが引用する前掲最高裁判所昭和40年9月10日第二小法廷判決を含む、その後の累次の最高裁判決においても、国民審査制度が解職制度の性質を有することが明示されている。

公務員の罷免に関し、憲法15条1項は、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは…」と規定しているが、これは、あらゆる公務員の終局的任免権が国民にあるという国民主権の原理を表明したもので、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く、実際に、公務員の罷免手続に関する憲法の個別規定を見ても、内閣総理大臣（憲法69条）、国務大臣（憲法68条2項、69条、70条）、国会議員（憲法58条2項）、下級裁判所の裁判官（憲法64条、78条）については、国民投票を採用していない。国民審査だけに限って見ても、国民審査は、最高裁判所の裁判官の任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際に行われるものであるから、任命後、衆議院議員総選挙が行われるまでの間に退任又は死亡した場合、国民審査の対象となるものではなく、必ずしも、全ての最高裁判所の裁判官の審査が行われるわけではない。なお、念のため付言すると、このような最高裁判所の裁判官についても、罷免の訴追を受けた場合、弾劾裁判所の裁判によつて罷免される可能性があるのであり（憲法64条、78条）、

全く民主的コントロールが及んでいないわけではない（乙第3号証533ページ参照）。

そして、最高裁判所裁判官の国民審査についても、憲法79条2項において、「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。」と規定するのみであり、選挙権に関する諸規定（憲法15条3項及び4項、44条）と比較して、規定ぶりが異なっており、在外国民を含めた成年者の投票資格があることが規定されているものでもない。また、選挙は各候補者が自ら立候補し、選挙運動をして氏名を宣伝することで投票を得るものであり、公職選挙法において選挙運動について詳細に規定が設けられている一方で、国民審査は、上記のとおり、内閣が任命した最高裁判所の裁判官に関する解職制度であり、国民審査法には公職選挙法における選挙運動に関する規定と類似の規定が設けられていないことからしても、国民審査は、選挙とは異なる性質のものであることは明らかである。

また、国民審査は、国民主権の観点から重要な意義を持つものではあるが、国民主権原理や議会制民主主義を採用している諸外国においても、最高裁判所や憲法裁判所の裁判官に対する国民審査制度を採用している国家は少数であることから見ても（乙第3号証524及び550ページ参照）、議会制民主主義の根幹を成す選挙権とは位置付けが相当異なる制度であることは明らかである。この点に関しては、憲法制定時の帝国議会において、最高裁判所の裁判官を選挙ということにした方がよい旨の質問に対し、金森徳次郎国務大臣が、「この国民の審査に付しまするのは任命の方ではなくって、寧ろその任命が正しいかどうか、裏から言えば裁判官がそこに任命されて居ることが正しいかどうかと云う批判をして貰うのであります。その批判に罷免の効力がくっついて居るのであります。幾らか任命ということよりは軽い意味を

含んで居ります。」(乙第3号証528及び529ページ)と答弁しているところである。

(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

選挙制度の仕組みの決定については、最高裁判所昭和51年4月14日大法廷判決(民集30巻3号223ページ)は、「代表民主制の下における選挙制度は、選挙された代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政の運営に反映されることを目標とし、他方、政治における安定の要請をも考慮しながら、それぞれの国において、その国の実情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではない。わが憲法もまた、右の理由から、国会両議院の議員の選挙については、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし(43条2項、47条)、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねているのである。」と、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旨を判示し、このような解釈は、累次の最高裁判所大法廷判決においてひとしく採用されているところである。

したがって、選挙制度の合憲性は、国会に与えられた裁量権の行使として合理性を有するといえるか否かによって判断されることになり、国会がかかる選挙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ため、上記の裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是正することができない場合に、初めてこれが憲法に違反することになるものと解すべきである。

このような判断枠組みは、選挙制度と同様、憲法が法律でこれを定めるものと定め(79条4項)、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国民審査制度についても同様に当てはまるものであるところ、前記(1)で述べた国民審査の憲法上の位置付け、とりわけ、国民審査が「リコ

ール（国民解職）」の性質を有するものであり、選挙権とは相当位置付けが異なること、憲法上も、「最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。」と規定するのみであり、選挙権に関する諸規定と比較して、規定ぶりが異なっていることからすれば、選挙制度の仕組みの決定に比して、更に国会に広範な裁量が認められるというべきである。

したがって、国会が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いうべきである。

(3) 国民審査の在外投票制度を設けないことは、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こと

ア 衆議院議員及び参議院議員の選挙については、いずれも自書式投票（有権者が、投票用紙に候補者の氏名や政党名を自書する投票方式）が採用されているのに対し、国民審査は、15名それぞれに任期の異なる最高裁判所の裁判官を対象とし、衆議院議員総選挙の機をとらえ、記号式投票（予め候補者名や政党名が記載された投票用紙に、投票者が○や×などの所定の記号〔国民審査の場合は罷免を求める裁判官につき×印〕を記す投票方式）を用いて行うこととされている点で、衆議院議員及び参議院議員の選挙とは全く異なる技術上の問題がある。

イ すなわち、平成28年法律第49号による改正（以下「平成28年改正」という。）の前後を問わず、国民審査においては、投票用紙には、審査に付される最高裁判所の裁判官（以下、単に「裁判官」ということがある。）の氏名を印刷するとともに、それぞれに対する×の記号を記載する欄を設

なければならないものとされ（国民審査法14条）、審査人は、投票所において、罷免を可とする裁判官については、当該記載欄に自ら×の記号を記載し、罷免を可としない裁判官については、当該記載欄に何等の記載をしないで、投票用紙を投票箱に入れなければならないものとされている（同法15条1項）。国民審査において、このような記号式投票が採用された趣旨は、国民審査は、各候補者が氏名を宣伝して投票を得る選挙とは異なる性質の制度であることから、審査人に審査対象の裁判官全員の氏名を知らせる必要があるとともに、なるべく簡易な方法で投票できるようにすべき点にある。

国民審査がこのような記号式投票を採用したことについて、最高裁昭和27年判決は、「法が連記投票にして、特に罷免すべきものと思う裁判官にだけ×印をつけ、それ以外の裁判官については何も記さずに投票させ、×印のないものを『罷免を可としない投票』（括弧内省略）の数に算えたのは前記の趣旨（引用者注：解職制度という国民審査制度の趣旨）に従ったものであり、憲法の規定する国民審査制度の趣旨に合するものである。」と判示し、その正当性を是認しているところである。

なお、国民審査において記号式投票が採用されず、自署式投票が採用された場合、衆議院議員及び参議院議員の選挙と異なり、連記投票（最大15名）となることが想定される国民審査において、審査人が裁判官の氏名を自書するのは、時間及び手間を要し、投票所における投票が滞ることになりかねないばかりか、記載の趣旨が不分明などの疑問票が増加し、開票事務が滞ることになりかねないといった弊害が考えられるところである。

ウ 平成28年改正前の国民審査法の下では、中央選挙管理会は、国民審査の期日前12日までに、審査の期日及び審査に付される裁判官の氏名を官報で告示しなければならないが（平成28年改正前の国民審査法5条）、国民審査は衆議院議員総選挙と同日に行われることから、選挙の公示日を

待つて裁判官の氏名等の告示を行っていた。この点、衆議院議員総選挙の期日は、少なくとも期日の12日前に公示しなければならないが（公職選挙法31条4項）、実務上は、期日前12日に公示されるのが通常である。

そして、投票用紙の調製の時期については、平成28年改正前の国民審査法上定められていないものの、後記キで述べるような、審査の告示の前に審査に付されることが見込まれる裁判官を通知する制度もなかったことから、投票用紙は審査に付される裁判官の告示を待つて印刷していた。この点において、自書式投票を採用し、あらかじめ投票用紙の印刷及び在外公館への送付が可能である衆議院議員及び参議院議員の選挙の場合と相違があった。

エ 以上の取扱いについては、国民審査の期日前投票は審査の期日前7日以降でなければできなかつたこと（平成28年改正前の国民審査法26条）の合憲性等について判断した東京高等裁判所平成22年2月24日判決（公刊物未登載，乙第4号証）においても、「最高裁判所の裁判官は、前任者の定年退官等により不定期に任命されるところ、憲法79条2項ではその任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付すべきことが定められていることから、審査に付される裁判官を審査の期日前12日までに確定すること（国民審査法5条）は合理的であり、その確定後、裁判官の氏名を記載した投票用紙の印刷（衆議院議員選出のための投票用紙は、枠の印刷で済むこととの対比）、配布等の一定の事務手続が必要であるため、審査の期日前7日以降でなければ期日前投票ができないこと（同法26条）は、やむを得ないことである旨告示されているところであつて、合理的な取扱いであるといえる。

オ そうすると、在外国民が在外公館において国民審査に投票するためには、①審査に付される裁判官の告示（期日前12日）、②各裁判官の氏名等の印刷、裁断及び発送準備、③各地の在外公館への配布準備、④東京国際郵

便局への送付，⑤各在外公館への送付，⑥到着後の各在外公館における整理，審査，⑦（審査後の）在外公館から外務省への投票用紙の送付，⑧外務省から各投票所への送付の各過程を経るところ，在外公館と日本国内の市町村との投票用紙の送付（⑦及び⑧）だけでも原則として5日から6日，地域によってはそれ以上の郵送期間を要する状況であり，一定期間の審査期間を確保しつつ，国民審査の期日までに作業を完了して開票に間に合わせることは實際上不可能であると考えられた。

カ そのため，平成10年法律第47号により公職選挙法が一部改正され，国会議員の選挙につき在外選挙制度が創設された（以下「平成10年改正」という。）際に，国民審査も在外選挙制度の対象とするか否かについて政府内で検討されたが，前記オで述べた「主として投票用紙の調製，送付等に関する技術上の困難により十分な投票期間を確保することができないなどの理由」があることなどから，在外選挙制度の対象とすることは見送られた。

最高裁平成17年判決を受け，平成18年法律第62号によって公職選挙法が一部改正され，在外選挙制度の対象が衆議院小選挙区選出議員の選挙又は参議院選挙区選出議員の選挙に拡大された際も，国民審査の投票についてかかる上記の技術的な問題が解消されるものではないことから，在外選挙制度の対象とされなかったものである。

この点に関しては，原告らが引用する東京地裁平成23年判決も，「現行の国民審査法が採用している都道府県の選挙管理委員会が調製する投票用紙によるいわゆる記号式投票の方法（括弧内省略）及び現行の公職選挙法の下における在外投票の方法（括弧内省略）に準ずる方法を前提とする限り，在外審査制度を創設し世界に散在する多数の在外国民に審査権の行使を認めるに当たり，被告が指摘するような解決されるべき技術上の問題がなお相応に存することは否定することができないものと考えられる」と

判示し、技術上の問題があることを認めているところである。

キ なお、原告らは、最高裁平成17年判決の時点で、在外国民に国民審査権の行使を認めないことが違憲であることが立法府にとって明白となっていた旨主張するものと解されるため、請求の趣旨第2項の国家賠償請求との関係で意味を持つものではないが、平成28年法律第49号により国民審査法が一部改正されたため、平成28年改正後の投票用紙の送付等について念のため付言する。

中央選挙管理会は、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、同日以後初めて行われる衆議院議員総選挙の期日に審査に付されることが見込まれる裁判官（以下「審査予定裁判官」という。）の氏名等を都道府県の選挙管理委員会に通知しなければならないものとされ（国民審査法4条の2第1項）、当該通知の後、審査の告示（同法5条1項により、衆議院議員総選挙の期日の公示の日になされ、前記ウで述べた理由により、通常は、審査の期日前12日に告示される。）までの間に裁判官が任命された場合には、中央選挙管理会は、直ちに、その旨及びその時における審査予定裁判官の氏名等を都道府県の選挙管理委員会に通知しなければならないものとされている（同法4条の2第2項）。

そして、平成28年改正後は、実務上、国民審査法4条の2第1項の通知を待って、投票用紙の印刷が行われるようになったが、同法4条の2第1項の通知後、審査の告示の前までに新たに裁判官が任命された場合には、同法4条の2第2項の通知を待って改めて投票用紙の印刷を行わなければならないなど、審査予定裁判官は、審査の告示の日にならないと最終的に確定しないため、投票用紙の内容も審査の告示の日にならないと最終的に確定しない。そのため、平成28年改正によっても、在外投票制度に係る技術上の問題は解消されなかった。この点、平成28年改正により、期日

前投票も衆議院小選挙区選出議員の期日前投票と同時に、すなわち選挙の期日の公示のあった日の翌日（公選法48条の2第1項柱書き）から行うことができるようになったが、審査の告示の日が国民審査法4条の2第1項又は2項の通知の日から4日以内である場合には、平成28年改正前と同様、審査の期日前7日からでないといけないものとされているところである（同法16条の2第1項）が、これは、投票用紙の調製等に係る技術的な課題を踏まえたものである。したがって、平成28年改正時においても、国民審査を在外選挙制度の対象とすることは見送られたところである。

ク 以上より、国民審査の在外投票制度を設けないことは、平成28年改正の前後を問わず、在外投票制度に係る技術上の問題という合理的な理由があるからであり、少なくともこれを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明らかである。

(4) 小括

したがって、国民審査の在外投票制度を設けないことは、平成28年改正の前後を問わず、憲法の諸規定に違反するものではなく、国賠法1条1項の適用上違法となる余地はない。

4 原告の主張に理由がないこと

(1) 原告らの主張

原告らは、「遅くとも2005年の同最大判が下された時点で、在外国民に国民審査権の行使を認めないことが違憲であることは、立法府にとっても明白となった。」（訴状第6の2・12ページ）と、最高裁平成17年判決の存在を根拠に、同判決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旨主張するようである。

(2) 被告の反論

ア 問題とされた権利について、憲法上の位置付けが異なっていること

そもそも、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

反しないことは、前記3で述べたとおりであるが、この点をおくとして、まず、最高裁平成17年判決で問題とされた国政選挙における選挙権は、国民主権に立脚する我が国において、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利であり、議会制民主主義の根幹を成す権利である。

この点は、最高裁平成17年判決も、以下のとおり判示しており、国政選挙における選挙権が我が国の憲法上も、議会制民主主義の根幹を成す権利として位置付けられていることを重視している。

「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。

憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動することを定めるとともに、43条1項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、15条1項において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票することによって国の政治に参加することができる権利を保障している。そして、憲法は、同条3項において、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障すると定め、さらに、44条ただし書において、両議院の議員の選挙人の資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないと定めている。以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して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。」

他方で、答弁書第2の1(1)(2及び3ページ)及び前記3(1)で述べたとおり、国民審査は、最高裁判所裁判官に対する「国民罷免手続又は国民解職手続」であり、選任ではなく、「リコール(国民解職)」の性質を有するものである。

したがって、最高裁平成17年判決と本件とでは、問題とされた権利について、憲法上の位置付けが異なる。

イ 在外選挙制度とは経緯が異なること

(ア) 平成10年の公職選挙法の改正により、初めて在外選挙制度が導入されるに至るまでの経緯は、次のようなものであった(乙第5号証)。

a 昭和58年3月24日、衆議院内閣委員会において、在外公館名称位置法を可決するに当たり、国外に居住する日本国民が選挙権を行使できない実情にあることについて、「海外に在留する邦人が選挙権の行使ができるよう、早急に適切な措置を講ずること」という附帯決議が行われた。

b これを契機として、政府は、昭和59年4月27日に、第101回国会へ、在外選挙制度の創設に係る「公職選挙法の一部を改正する法律案」を提出した。同法律案は、第105回国会まで継続審査とされていたものの実質的な審議は行われず、昭和61年6月2日に衆議院が解散されたことにより廃案となった。

c その後も、在外選挙制度の創設について検討が行われていたが、平成4年6月19日の臨時行政改革推進審議会(第3次行革審)の「国際化対応・国民生活重視の行政改革に関する第3次答申」において、「国政選挙の選挙権は成年に達した日本国民に保障される権利であり、国外に居住する者にも可能な限りその権利行使の機会を保障する制度の創設を早急に検討する。この場合、選挙の公正が損なわれることのないよう、また、在外公館の事務の肥大化を招くことのないよう十分

配慮する。」旨の意見が付された。

- d このような状況の下、平成6年以降、議論が本格化し、平成9年5月には、与党3党（自由民主党、社会民主党、新党さきがけ）の選挙制度協議会において、第140回国会への在外選挙法案の提出に向けた合意がなされた。
- e 政府・国会関係以外でも、平成8年5月には、日本弁護士連合会が衆議院・参議院議長、内閣総理大臣等に対し、在外邦人が選挙権を行使できるように公職選挙法の改正を行うべきであるとする要望書を送付しているほか、平成8年10月20日に実施された衆議院議員の総選挙において投票をすることができなかった在外国民らが原告となり、国を被告として、そのことが違憲違法であることの確認及び慰謝料の支払を求める訴訟（最高裁平成17年判決の事案である。）が提起されるなどの行動が見られた。
- f 政府は、平成9年6月10日、在外選挙の創設に係る「公職選挙法の一部を改正する法律案」を閣議決定の上、第140回国会に法案を提出した。

同案は、同国会に提案された石井一衆議院議員ほか4名が提出した在外選挙制度の創設に係る法律案とともに、第141回国会の衆議院公職選挙法改正に関する調査特別委員会における提案理由の説明以降、本格的に審議され、政府案が衆議院において一部修正された後、平成10年4月24日に第142回国会の参議院本会議で可決され成立した。

同法律は、平成10年5月6日に、平成10年法律第47号として公布され、平成12年5月1日に施行された。

- (イ) 最高裁平成17年判決は、「世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、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、既に昭和59年の時点で、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と、同法律案が廃案となった後、国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、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。」と判示し、また、「在外国民であった上告人らも国政選挙において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のであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後、本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することができない。」とも判示しているが、これらによれば、最高裁平成17年判決においては、昭和59年に、在外国民の選挙権行使を可能とするための法律案が、内閣によって国会に提出されながら廃案となり、しかも、その後10年以上の間、何らの立法措置も講じられなかったという経緯を非常に重視して、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受ける「例外的」な場合に当たると判断したことは明らかである。

(ウ) これに対し、在外国民を国民審査の対象とするかどうかについては、平成10年の公職選挙法改正時の審議において、国民審査を対象としない理由についての質疑が若干なされたことはあるが、国民審査の執行について責任を負う内閣が在外国民の国民審査権の行使を認める上での間

題の解決が可能であることを前提に、在外国民の投票を可能とするための法律案を提出したことはなく、そのような法律案が国会で審議されたことは一度もない。

また、政府・国会関係以外を見ても、前記(7) eで述べた日本弁護士連合会による要望書の末尾において、国民審査についても在外投票制度の対象とすべきである旨の指摘がなされたことなどはあるが、在外選挙制度と比べて世論等の動向は明らかに乏しい。

かかる経緯を比較しても、本件は、最高裁平成17年判決の事案とは全く異なっている。

ウ 小括

したがって、最高裁平成17年判決と本件とでは、問題とされた権利について憲法上の権利が異なる上、制度が問題とされた経緯も全く異なっているのであるから、最高裁平成17年判決の存在を根拠に、同判決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は到底いうことができず、原告らの前記(1)の主張は理由がない。

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

前記2(1)で述べたとおり、公務員の職務行為が国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるのは、当該公務員が、職務上通常尽くすべき注意義務を果たすことなく、漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合に限られる。

原告らは、国民審査法4条が原告らの国民審査権の行使を認めており、中央選挙管理会は、「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)」と主張するが、答弁書第2の1(2ないし4ページ)及び2(2)イ(5及び6ページ)で述べたとおり、国民審査制度について、憲法は、国民審査の具体的な在り方の定めを広く国会の立法政策

にゆだねたもので、これを受けた国民審査法は、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」に関する規定も設けていない。

したがって、国民審査法上、在外国民が国民審査において投票することは認められておらず、本件国民審査において、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は、同法に基づく取扱いとして誤りがなく、その職務上通常尽くすべき注意義務に違反したということはできないから、国賠法1条1項の適用上違法となる余地はない。

6 まとめ

以上検討した点を総合すると、本件国民審査において投票できなかったことを理由とする原告らの国家賠償請求には理由がない。

第3 結論

以上によれば、本件地位確認の訴えは、法律上の争訟性を欠く上、確認の利益も欠くから不適法であり、また、本件違法確認の訴えも、法律上の争訟性を欠くから不適法であって、いずれも速やかに却下されるべきである。

また、本件国民審査において投票できなかったことを理由とする原告らの国家賠償請求は理由がないから、速やかに棄却されるべきである。

以上