

令和元年（行コ）第167号 在外日本人国民審査権確認等，国家賠償請求控訴事件  
 控訴人 兼 被控訴人（一審原告） 想田和弘ほか4名  
 被控訴人 兼 控訴人（一審被告） 国

### 準備書面(1)

令和元年11月5日

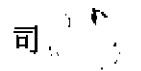
東京高等裁判所第8民事部BC係 御中

一審被告指定代理人

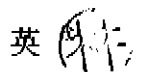
松 本 亮



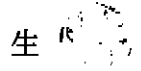
林 聡 司



中 尾 正 英



小 林 広 生



第1 国民審査権と選挙権の憲法上の位置づけが相当異なるものであること	—3
1 原判決の判示	3
2 仮に国民審査権が憲法15条1項に基づくものであったとしても、そのことから直ちに選挙権と同等の憲法上の権利とはいえず、選挙権の制限の場合と同様の厳格な審査基準が妥当するものとは解されないこと	3
(1) はじめに	3
(2) 選挙権と国民審査制度の意義及び成り立ちの違いについて	4
(3) 憲法上の規定ぶりの違いについて	11
(4) 小括	11
3 在外審査制度を設けていない国民審査法の規定が違憲と判断される場合は、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こと	12
第2 結論	—13

一審被告は、本準備書面において、国民審査権と選挙権の憲法上の位置づけの相違について、従前の主張を補充する。

なお、略語等については、本書面で新たに用いるもののほか、原判決及び一審被告国の令和元年7月30日付け控訴理由書（以下「一審被告控訴理由書」という。）の例による。

## 第1 国民審査権と選挙権の憲法上の位置づけが相当異なるものであること

### 1 原判決の判示

原判決は、「国民審査権は、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いうべきである」（原判決32及び38ページ）とし、「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項、3項）についても及ぶものと解される。」とした上で、「国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、これ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る。」（原判決38及び39ページ）と判示する。

上記の原判決の判示は、在外国民の選挙権に係る平成17年大法廷判決の判示を踏まえてのものであると思われるが、以下に述べるとおり、国民審査権と国会議員の選挙権との憲法上の位置づけの相違を無視するものであって、相当でない。

2 仮に国民審査権が憲法15条1項に基づくものであったとしても、そのことから直ちに選挙権と同等の憲法上の権利とはいえず、選挙権の制限の場合と同様の厳格な審査基準が妥当するものとは解されないこと

(1) はじめに

原判決が国民審査権の根拠として挙げる憲法15条1項は、被告準備書面(1)第2の3(1)(10ページ)並びに被告準備書面(2)第1の2(1)(4及び5ページ)で述べたとおり、あらゆる公務員の終局的任命権が国民にあるとする国民主権の原理を表明し、国政を担当する公務員の権威が国民に由来すること(憲法前文参照)を明らかにするものであるが、全ての公務員を国民が直接に選定し、罷免すべきとの意味を有するものではない(最高裁昭和24年4月20日大法廷判決・民集3巻5号135ページ参照)。そして、国民が選定又は罷免に関与する公務員の範囲及び具体的な内容については、別途憲法又は法律により定められているところによるのであるから、これらの規定により具体化された公務員の選定罷免権の憲法上の位置づけを検討するに当たっても、それぞれの選定又は罷免に関する制度の内容・性質等を個別に検討する必要がある。

ところが、原判決は、国民審査権が憲法15条1項に基づくことを理由に、憲法15条3項及び憲法44条の趣旨が及ぶとした上で、権利又はその行使の制限の憲法適合性について、直ちに選挙権の場合と同様の厳格な審査基準を導き出しているが、憲法15条3項等の趣旨が及ぶとの趣旨が不明確で、それによりなぜ厳格な審査基準が導き出されるか定かではなく、結局、国民審査権と国会議員の選挙権の憲法上の位置づけの違いを無視して、国民審査権を国会議員の選挙権と同一視するもので妥当ではない。

以下、一審被告控訴理由書において述べた点と重複する部分もあるが、国民審査権が議会制民主主義の根幹を成す選挙に係る選挙権とは憲法上の位置づけが相当異なるものであることについて、各権利ないし制度の意義及びその成り立ちの違い、憲法上の規定ぶりの違いを踏まえて、ふえんして述べる。

## (2) 選挙権と国民審査制度の意義及び成り立ちの違いについて

選挙権とは、一言でいえば、国民の代表となる「公職<sup>1)</sup>の候補者」を公選するものである（公選法1条参照）。

国会議員の選挙権に関して、憲法は、憲法前文1項において、日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、国政は、国民の厳粛な信託に基づき、国民の代表者が行うものと宣言し、憲法41条、42条及び43条1項において、国権の最高機関である国会は、全国民を代表する選挙された議員で組織する衆議院及び参議院で構成するものとされ、その国会の両議院の議員を選挙する権利について、憲法15条3項は、「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。」とした上で、選挙の資格について、憲法44条ただし書は、「但し、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて（引用者注：両議院の議員及びその選挙人の資格を）差別してはならない。」と規定する。これらの国会議員の選挙権に関する規定は、選挙権が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なすものであり、民主政治の歴史的発展の成果の表れであることに基づくものである。すなわち、現代民主国家においては、選挙権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とされるのが一般であるが、このような選挙権の平等化が実現されたのは、必ずしも古いことではないものの、当初においては、国民が政治的価値において平等視されることがなく、基本的な政治的権利というべき選挙権について、種々の制限や差別が存在しており、それが多年にわたる民主政治の発展の過程において次第に撤廃されてきたもので、国民の選挙権に関する憲法の諸規定も、このような議会制民主主義の根幹をなす選挙権の歴史的発展の成果のあらわれである（最高裁昭和51年4月14日大法廷判決・民

---

<sup>1)</sup> 公選法において、「公職」とは、衆議院議員、参議院議員並びに地方公共団体の議会の議員及び長の職をいうものとされている（同法3条）。

集30巻3号223ページ参照)。我が国においても、選挙自体は日本国憲法制定以前から実施されていたところ、「1925年に日本で初めて普通選挙制が実現したが、それは、25歳以上の男子に選挙権を認めるにとどまっていた。普通選挙は、広い意味では、財力の他に、教育、性別などを選挙権の要件としない制度を言い、とくに戦後、婦人参政権を含むものと考えられるようになったことが重要である。この意味での普通選挙制は、わが国では1945年に、20歳以上の国民すべてに選挙権が認められたことによって実現した。日本国憲法は、『成年者による普通選挙を保障する』と定めて（15条3項）、この原則を確認するとともに、選挙権のみならず被選挙権についても資格の平等を具体的に定めている（44条）。」（芦部信喜〔高橋和之補訂〕憲法〔第7版〕273ページ）というものである。

他方、国民審査制度は、被告答弁書第2の1(1)(2及び3ページ)で述べたとおり、裁判官（以下、断りのない限り最高裁判所裁判官を指す。）に対する「国民罷免手続又は国民解職手続」であり、「リコール（国民解職）」の性質を有するものである。

そして、被告答弁書第2の1(1)(3ページ)及び被告準備書面(1)第2の3(1)(11ページ)において述べたとおり、国民審査制度は、1940年(昭和15年)にアメリカ合衆国のミズーリ州が採用し、それが現憲法の制定過程で参考にされたものと考えられているが、被告答弁書第2の1(1)(2ページ)のとおり、国民主権制度を採用している諸外国においても、我が国と同様の国民審査制度を採用している国はほとんどみられず、日本国憲法制定当時のアメリカ合衆国においても、ミズーリ州とカリフォルニア州の2州のみ

で採用されていたにすぎないとされている（乙第1号証239ページ）<sup>\*2</sup>。このことから明らかなとおり、国民審査制度は、国民主権の在り方として普遍的な制度ということはできず、むしろ、日本国憲法制定時の帝国議会において、木村篤太郎司法大臣が、「憲法第75条（憲79条）で認められました最高裁判所の判事に対する審査権であります。」「75条に於きまして、この国民に対する審査権を与えたような次第であります。」（乙第3号証534及び535ページ）と答弁しているとおり、国民審査権は、日本国憲法の制定により、解職制度という形で創設的に付与されたものである。

更にいえば、被告答弁書第2の1(1)（2ページ）のとおり、国民審査制度の趣旨が、裁判官を適当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ことにある点については、一審被告も争うものではないが<sup>\*3</sup>、国民の代表者を直接「選定」することによって民主主義を実現する「選挙」と異なり、最高裁判所判事の任命権は、憲法上、行政権の責任者である内閣に与えられており、国民審査権は「罷免」を通じて、内閣の任命権の濫

---

\*2 田中英夫准教授（当時）の「アメリカにおける裁判官の選任方法—わが最高裁判所裁判官に対する国民審査制度の歴史的背景—」（乙第14号証の1及び2）によれば、「司法部に対しても人民が直接コントロールを及ぼすべきであるという考え方」（乙第14号証の1）に基づき採用された裁判官の公選制の欠点（選任に際し政治的な影響が強いこと、選ばれた裁判官の資質が劣ること、裁判官の職務の独立が損なわれ、法の運用が公正を欠くおそれがあることなど。乙第14号証の2・277及び278ページ）を改めることを目的として（同号証286ページ）、ミズーリ州などで導入されたものが州民審査の制度であるとされている（同号証288ページ）。そうすると、我が国の国民審査が参考にした州民審査は、民主主義の要請を司法権の独立と調和させ、選挙とは一選を面す形で生まれたものといえる。

\*3 この点に関し、後述する国民審査法の逐条解説（乙第13号証）において「逆説的ないい方をすれば、選挙は事前の国民審査であり、審査は事後の選挙であるともいわれるのである。」（同号証8ページ。旧字体の置き換えは引用者による。以下同じ。）とされているのも、国民審査権の重要性についてそのように表現したものと解される。

用に対して民主的コントロールを及ぼすことに意義を有する。すなわち、「裁判官国民審査の場合は、投票者が直接裁判官を選ぶのではなく、内閣がこれを選定するのであり、国民は只或る裁判官が罷免されなければならないと思う場合にその裁判官に罷免の投票をするだけで、その他については内閣の選定に任かす建前」（最高裁昭和27年2月20日大法廷判決・民集6巻2号122ページ）なのである<sup>4</sup>。

この点に関しては、昭和23年に発行された国民審査法の逐条解説である「最高裁判所裁判官の国民審査」（乙第13号証）において、国民審査の制度趣旨として、「新憲法下における最高裁判所の権限は比類なく重大なものであるから、これを構成する裁判官の選任も、民主主義的公務員選任の理想からいへば、国民の直接選挙によるのが当然である。しかしながら一方裁判官の職務の性質を考えると、現実の問題としては、その公選制に大なる疑問がある。けだし最高裁判所の裁判官は、深い法律的素養と、多数の意思に屈せずして法と正義を主張する気概と、国政の根本問題に対する広い識見教養とを兼備しなければならないが、このような人は一般に候補者となつて自ら選挙運動をするようなことを好まず、国民もまたこのような人を選ぶ能力があるかどうか疑がわしく、徒に司法権までが政争の具に供され、法治国の要求も根本的に破壊される虞があるからである。そこで憲法は、先づ一応内閣をして、その責任において最高裁判所の裁判官を選任させ、その後適当な機会において国民の事後審査に付し、その選任の当否を最終的に決定する方法を採用したものである。」、<sup>4</sup>「要約すればそれは、司法権の独立と民主主義の理念との調和の所産である。すなわち、最高裁判所の裁判官任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際における審査（第1回目の審査）は、いわ

<sup>4</sup> 憲法制定時の帝国議会において、金森徳次郎国務大臣は国民審査制度の趣旨について「幾らか任命と云うことよりは軽い意味を含んで居ります。」（乙第3号証529ページ）と答弁している。



ば任命審査であつて、内閣による最高裁判所裁判官の選任が、果して国民の信託を裏切らないものであるかどうかを審査するものである。これによつて民主主義はその名目を立てるとともに、直接選挙の陥り易い弊害をさけることができるのである。」(同号証7及び8ページ)と説明されており、選挙との相違が強調されているところである。

以上のとおり、国民を代表する国会議員を直接「選定」するものであり、議会制民主主義の根幹を成す選挙と、国民主権の在り方として普遍的な制度とはいえない裁判官の「罷免」を目的とする国民審査とでは、その意義及び成り立ちが相当異なるのであるから、選挙権と国民審査権の両者が憲法15条1項にその泉源を置くとしても、そのことをもって、国民審査権が選挙権と同等の権利であり、在外審査制度を設けないことの憲法適合性を判断するに際しても、在外選挙権と同様の厳格な審査基準が妥当するなどといえないことは明らかである。

そして、国民審査権が国会議員の選挙権と同等の権利とはいえないことは、被告準備書面(1)第2の3(1)・10ページで述べたとおり、憲法が必ずしも全ての裁判官に対して国民審査が行われるわけではないことを前提としていることからもうかがわれるところである(なお、一審被告は、原審において主張していたものの(被告準備書面(1)第2の3(1)・10ページ)、原判決は、争点に関する当事者の主張としてこれを摘示していない(原判決17ないし19ページ参照))。

すなわち、憲法79条2項が「総選挙の際」と定めているとおり、国民審査は、各裁判官につき、その任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の期日に、これを行うものとされており(国民審査法2条1項参照)、任命後、衆

議院議員総選挙が行われるまでの間に裁判官が退任又は死亡した場合<sup>\*5</sup>のように、憲法は、必ずしも全ての裁判官の審査が行われるわけではないことを前提としている（なお、憲法上は長たる裁判官とその他の裁判官の最低2名で構成すれば足りるところ、その全ての裁判官について審査が行われないまま退任等する場合も憲法は許容している。）。仮に、一審被告控訴理由書第6の3（23及び24ページ）でも述べたように、国民審査権が選挙権と同等の権利といえるのであれば、裁判官が任命される都度国民審査を行ったり、国政選挙に伴って実施されるとしてもその都度全裁判官を対象に国民審査を行う制度設計も考えられるが、憲法は、そのような制度を採用しておらず、国民審査は、任命後初めて実施される衆議院議員総選挙又はその後10年を経過した後初めて実施される衆議院議員総選挙に伴って実施されるものにすぎない。この点に関しては、憲法制定時の帝国議会において、金森徳次郎国務大臣も、「『総選挙の際』と云うことは『際』でなくとも、別に新たに国民投票に依る審査をやっても宜いのじゃないかと云う御話もあったようですが、それは考えて居りませぬ。わざわざ特別な独立の国民投票と云う必要もない、一緒にやれば宜かろうと云う考えで居ります。」（乙第3号証546ページ）と答弁しているところである。

このように、憲法が、国会議員については、全ての選任を国民の選挙によるものとしているのに対し、国民審査については、必ずしも全ての裁判官に対して国民審査が行われるわけではなく、かつ、衆議院議員総選挙の機会の限度で施行することを前提としていることに鑑みても、国民審査権を選挙権と同等の権利として論じることはできないというべきである。

---

\*5 一審被告控訴理由書第6の3（23ページ）のとおり、実際、庄野理一裁判官（依願免官）と徳積重遠裁判官（在任中に死去）は、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ため、国民審査を受けることがなかった。

### (3) 憲法上の規定ぶりの違いについて

前記(2)のとおり、選挙権と国民審査制度に基づく国民審査権は、その意義及び成り立ちが相当異なっているところであるが、それを受けて、憲法上の規定ぶりも選挙権と国民審査権では相当異なっている。

すなわち、憲法は、国会議員の選挙については、その前文において、日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであると宣言した上で、憲法41条、42条及び43条1項において、国権の最高機関である国会は、全国民を代表する選挙された議員で組織する衆議院及び参議院で構成するものとされ、憲法15条3項により普通選挙権を保障し、選挙の資格について、憲法44条ただし書によって選挙人の資格に関する平等原則を規定するが、これらの選挙権に関する規定は、選挙権が議会制民主主義の根幹をなすものとして、民主政治の歴史的発展として獲得してきたものを表すものである。

これに対し、国民審査については、憲法79条2項において「最高裁判所の裁判官の任命は（中略）国民の審査に付し」とあるのみで、それ以上、審査人の資格について具体的に規定するものではなく、憲法79条4項において「審査に関する事項は、法律でこれを定める。」とあるのみで、同条には憲法44条ただし書に相当するような規定もない。

### (4) 小括

以上のとおり、選挙権と国民審査権は、その意義、成り立ち及び内容が相当異なるものであり、憲法の規定ぶりの相違も、それらの点を受けたものと解されるから、憲法上、選挙権と国民審査権の位置づけは相当異なるものというべきである。にもかかわらず、国民審査権に選挙人の資格について定めた憲法15条3項や憲法44条ただし書の趣旨が及び、それによって、国民審査権の制限について選挙権の場合と同様の厳格な審査基準が妥当するとした原判決の判示は、このような選挙権と国民審査権の憲法上の位置づけの差

異を無視したものであり、厳格な審査基準が妥当する根拠について論理の飛躍があって相当でない。

3 在外審査制度を設けていない国民審査法の規定が違憲と判断される場合は、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こと

(1) 前記2で述べたとおり、仮に、国民審査権が憲法15条1項の趣旨に基づくものであったとしても、国民審査権と選挙権とは、その意義、選任又は罷免に関する国民の関与の態様等に関し、憲法上の位置づけが相当異なるのであるから、「国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、これ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ぬというべきである。」（原判決38及び39ページ）との厳格な審査基準を本件に用いる根拠は乏しいというべきである（東京高裁平成25年2月19日判決・判例時報2214号132ページ、広島地裁平成28年7月20日判決・判例時報2329号68ページ参照）。

(2) そして、一審被告が被告準備書面(1)第2の3(2)（12及び13ページ）で主張し、原判決が32ページで判示するとおり、国民審査制度を具体的にどのような制度にするかについては、広く立法政策に委ねられているのであるから、国民審査制度が違憲と判断される場合とは、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ため、国会の裁量権の行使が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、すなわち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ものというべきである。

(3) その上で、一審被告が被告準備書面(1)第2の3(3)（13ないし18ページ）で主張し、原判決が40ページで判示するとおり、平成28年改正後においても、在外国民の国民審査を実施するための技術上の問題が解消されたとはいえず、また、現在においても、現行の記号式投票以外の投票方法を採用

用することに問題があることは、一審被告控訴理由書第4（7ないし16ページ）で述べたとおりである。

以上述べた点に鑑みれば、在外審査制度を設けないことは、平成28年改正の前後を問わず、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り、憲法の諸規定に違反するものではない。

- (4) なお、仮に、前記(1)の原判決が判示した厳格な審査基準を本件に用いたとしても、一審被告控訴理由書第4（7ないし16ページ）のとおり、在外審査制度を設けないことについては、「やむを得ないと認められる事由」があるというべきであるから、在外審査制度を設けていない国民審査法は、憲法の諸規定に違反するものではない。

## 第2 結論

以上によれば、前回国民審査において投票できなかったことを理由とする一審原告らの国家賠償請求は理由がないものである。

よって、一審原告らの請求を一部認容した原判決は不当であるから、一審被告敗訴部分を取り消し、一審原告らの請求を棄却するべきである。

以 上