

2019年11月12日

東京高等裁判所第8民事部BC係 御中

令和元年（行コ）第167号 在外日本人国民審査権確認等請求控訴事件

一審原告 想田和弘 ほか4名

一審被告 国

一審原告ら訴訟代理人

弁護士 井 桁 大 介  (代)

同 小 川 直 樹  (代)

同 塩 川 泰 子 

同 谷 口 太 規  (代)

一審原告準備書面（2）

本年11月5日付一審被告準備書面（1）に対する主張は次のとおりである。

1 審査権と選挙権の「意義及び成り立ちの違い」は審査権制限を正当化しない （一審被告準備書面（1）第1の2（2）に対する反論）

一審被告は、国民審査と国政選挙の「意義及び成り立ちの違い」を強調し、これによって審査権制限を選挙権制限よりもより緩やかな基準で審査すべきことが基礎づけられると主張する（一審被告準備書面（1）第1の2（2））。しかし、両者は我が国における国民主権の実現に必須の制度として憲法に規定されている。審査権と選挙権とが異なる役割を期待されて定められているのは当然のことであり、それらの違いは審査権の制限を許容する根拠にはなりえない。審査権制限を選挙権制限よりもより緩やかな基準で審査してよい理由はない。

以下では一審被告の主張の順に沿ってその誤りを指摘する。カッコ内の頁数・行数はいずれも本年11月5日付一審被告準備書面（1）のものである。

(1) 「普遍的な制度ということはできず」 (7頁2-3行; 6頁16行-7頁8行)

一審被告はまず、国民審査は国民主権にとって普遍的な制度ではないと主張する。「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」(6頁20-21行)、「このことから明らかなとおり」(7頁2行)、「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」(7頁1-2行)ないというのである。しかし、国民審査制度を採用する国が少ないことは、我が国の国民審査が国民主権にとって必要不可欠な制度であることを否定する根拠にはなりえない。

日本の国民審査制度は、憲法の国民主権と三権分立の要請の下で、司法府の人事権を行政府のみが掌握することを防ぐための立法府による介入に代わるものとして定められた。この意味で国民審査は三権分立と国民主権にとって必要不可欠の制度である。

一般に、三権のうち行政府のみが司法府の人事権を掌握することになれば、司法府は行政府と一体化するか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、司法府の人事権について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¹。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ることにした²。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。

一審被告は、ただ国民審査という形態が比較法的に珍しいことをとらえてこれが国民主権にとって重要な制度ではないかのようにいう。三権分立原理における国民審査の意義と我が国の憲法制定史を顧みない不当な主張である。

(2) 「選挙との相違が強調されている」 (9頁4-5行; 7頁9行-9頁13行)

一審被告は次に、『最高裁判所裁判官の国民審査』(乙13)の記載を引用した上で、「選挙との相違が強調されているところである」(9頁4-5行)から、「その意義及び成り立ちが相当異なるので」(9頁8-9行)あり、国民審査権に

¹ 行政府と立法府が互いに任命権限を分け合うか(フランス、イタリア、オーストリアなど)、立法府の承認を要求する(アメリカ合衆国、ドイツ、カナダなど)のが一般的である。

² なお現在でも最高裁判事の任命を国会承認人事とすべきとの議論が行われている。たとえば、衆議院憲法審査会事務局編「憲法に関する主な論点(第6章 司法)に関する参考資料」14頁には、「最高裁判所裁判官の任命方法を改めるべきとする意見として、例えば、最高裁判所裁判官の任命を国会の承認人事とすべきとする意見がある」と紹介されている。

ついて「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」（9頁12-13行）と結論する。

一審被告は、国民審査と国政選挙との「相違が強調されている」ことや「意義及び成り立ちが相当異なる」ことを指摘するものの、それがなぜ審査権の制限が選挙権の制限よりも緩やかに認められてよい根拠となるのかを説明していない。たとえば、憲法改正国民投票も選挙権とはその意義も成り立ちも相当異なるものであるが、だからといって前者に対する規制が後者に対するものよりも緩やかに行われてよいとはいえない。一審被告の主張は、審査権と選挙権の相違を強調して前者が劣後する権利であるかのように印象付けようとするものにすぎない。審査と選挙とはそれぞれ異なる役割を期待されている点で当然にその「意義」や「成り立ち」には相違があるものの、憲法がこれらの権利を国民主権の具現化として定める点で共通している。根拠なく審査が選挙に劣後するかのようという一審被告の主張は誤りである。

（3）「同等の権利とはいえないこと」が「うかがわれる」（9頁14-17行）

一審被告はさらに、「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、審査権が選挙権と「同等の権利とはいえないこと」が「うかがわれるところである」と主張する（9頁14-17行）。しかし、例外的に国民審査に付されない最高裁判事がありうることは、審査権が選挙権よりも劣後する根拠とはなりえない。

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（註解日本国憲法下巻（2）1176頁）。この「防止する」というのは、内閣の専断によって任命された最高裁判事を事後的に罷免する場合だけでなく、その権限を主権者に留保することによって、そもそも内閣の恣意的な人事権行使を抑止する意味を含んでいる。もし国民審査権を失えば、最高裁判事の任命について内閣の恣意に対する歯止めになるものは何もない。内閣は自らの政策を支持する者だけを最高裁判事に任命することができることになる。これは政権と司法府とが一体化し、司法府が行政府の下におかれることを意味する。いま最高裁がその多様性を保ち、政権と一定の距離をおいて違憲立法審査権を行使することができるのであれば、それは、内閣がその信奉者のみを最高裁判事とする恣意的な人選を国民審査が許さないと予め警告しているからである。

結果的に国民審査に付されなかった最高裁判事が2名いたことは、国民審査による民主的コントロールの重要性をなんら否定しない。内閣による任命権の濫用に対する国民審査による抑止効果は、内閣による人選の際にすでに発揮さ

れており、偶発的な事情で例外的に国民審査に服さないことが結果としてありうるとしても、この効果を左右しないからである。

これまでに国民審査によって罷免された最高裁判事がないことは、この事前抑止機能が十分にその役割を果たしてきたことを示している。しかし、一定の類型の国民から審査権の行使の機会を奪えば、その類型の国民についてはこの事前抑止効果がまったく働かないことになる。現に国外居住者は国民審査権を行使する機会を奪われているから、彼らの権利や利益を不当に軽視する裁判官の任命を抑止することがまったくできないのである。

国民審査に付されない最高裁判事がありうるから審査権は選挙権に劣後するという一審被告の主張は、国民審査権の機能を事後的な罷免の場面に矮小化して理解し、現代においてより重要な機能である内閣の専断に対する事前の抑止的機能を看過する点で誤りである。

2 「憲法の規定ぶりの違い」は審査権制限を正当化しない（一審被告準備書面（1）第1の2（3）に対する反論）

一審被告は、「憲法の規定ぶりの違い」が審査権制限を正当化すると主張する。選挙については「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」（11頁8-10行）、審査権については「審査人の資格について具体的に規定するものではな」（11頁14-15行）いから、原判決が審査権制限にも厳格な基準を用いるのは「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」（11頁最終行-12頁1行）るというのである。しかし、憲法が選挙権については明示的に普通選挙権を保障する規定をおき、選挙人の資格についての平等原則を特に定めていることは、憲法が審査権の行使の主体に対する制限を選挙権よりもより広範に認めていることを意味しない。

日本における国政選挙の選挙権は当初、直接国税を15円以上納める25歳以上の男子のみに与えられた。その後法改正を経て1925年には原則として25歳以上の男子に選挙権が与えられることとなったが、女性、破産者、貧困により扶助を受けている者、華族当主らには長く選挙権は与えられなかった。第二次世界大戦終戦後の1945年ようやく普通選挙が実現した。憲法が普通選挙を明示的に規定し、選挙権の行使主体についての差別を特に禁じるのは、このような歴史的経緯によるものである。一審被告も、これらの規定は「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」（5頁14-15行）としてこのことを認めている。

国民審査権はこの新憲法制定時にはじめて設けられた。審査権については、選挙権とは異なり、性別、社会的身分、財産又は収入による差別は行われてこなかった。新憲法下において主権の行使にそのような差別が許されないのは当然のことであり、あえて差別を禁じる規定をおくまでもないと考えられたのである。宮澤俊義はこの点を「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」（『全訂日本国憲法（第2版（全訂版））』643頁）と説明する。

憲法が選挙権について普通選挙を定め権利行使主体の差別を明示的に禁じたのは、現に差別が行われてきたという歴史的経緯に基いて、それを解消するためである。歴史的に権利行使主体の差別が行われてきたわけではない審査権について憲法が同様の規定をおかないことが、憲法が選挙権については許されない差別を審査権については許しているとする一審被告の主張は、このような憲法制定過程を無視した恣意的な解釈であって誤りである。

以上