

2019年11月5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 

同 小 川 直 樹 

同 塩 川 泰 子 

同 谷 口 太 規 

控訴答弁書

一審被告の控訴理由書に対する答弁は次のとおりである。

目次

第1 控訴の趣旨に対する答弁	3
第2 控訴の理由に対する答弁	3
1 憲法適合性の審査は少なくとも平成17年最大判の基準で行われなければならない（控訴理由書第6に対する反論）	3
（1）国の主張	3
（2）審査権制限の憲法適合性審査には極めて厳格な基準を用いるべきである	3
ア 司法に対する民主的統制は国民主権と三権分立に不可欠の要請である	3
イ 直接民主制による民主的統制の重要性	6
ウ 国民審査権侵害の審査基準は平成17年最大判を上回るものでなければならない	6
（3）一審被告の主張は誤りである	8
ア 憲法15条3項及び憲法44条但書きは国民審査権に準用される	8
イ 審査権は選挙権より「軽い」とする一審被告の主張の誤り	10
ウ 司法の民主的統制に関する審査基準を司法自身が緩めることは許されない	11
（4）小括	11
2 国民審査権を制限する理由はまったくない（控訴理由書第4に対する反論）	11
（1）「自書式は意思表示の容易性を欠くから採用できない」は間違いである	12
（2）「在外審査のみ自書式で行うと審査の公平性を欠く」は間違いである	13
（3）国内の投票所における投票を制限する理由はない	14
（4）在外国民審査を否定する理由はない	14
3 国家賠償法1条1項の違法がある（控訴理由書第5に対する反論）	15
（1）国の判断は合理的根拠に基づかないものであった	15
（2）国会は「見送っていた」のではなく放置したのである	15
（3）「明白性」は、過失判断の一要素である	16
（4）平成17年大法廷判決、平成23年東京地裁判決から「明白性」は明らかである	17

第1 控訴の趣旨に対する答弁

- 1 一審被告の控訴を棄却する
- 2 控訴費用は一審被告の負担とするとの判決を求める。

第2 控訴の理由に対する答弁

- 1 憲法適合性の審査は少なくとも平成17年最大判の基準で行われなければならない(控訴理由書第6に対する反論)

(1) 一審被告の主張

一審被告は、「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って」(22-23頁)「在外国民に審査権の行使を認めていないことの憲法適合性を判断するに当たり、選挙権の場合と同等の厳格な審査基準を用いるのは相当ではない」(24頁)と主張する。憲法上の位置づけの違いとしては、憲法15条3項及び44条但書きが「選挙」の平等原則を定めているのに対し、国民審査権についてはそのような規定がないこと、国民審査権の法的性質が罷免権であること、国民審査権を認めていない国もあることなどを挙げている。しかしこの主張はいずれも誤りである。

(2) 審査権制限の憲法適合性審査には極めて厳格な基準を用いるべきである

司法に対する民主的統制は国民主権と三権分立に不可欠の要請である。その手段として憲法が唯一定めた国民審査権の重要性は、選挙権と比べて劣るところはない。また憲法はその重要性にかんがみて直接民主制を選択した。直接の主権行使が保障される審査権は、間接的な主権行使にすぎない選挙権よりもさらに厳格な基準によってその制限の許容性が審査されなければならない。審査権の侵害は選挙権侵害よりもさらに深刻に国民主権原理を棄損するものだからである。したがって、在外国民の審査権侵害の憲法適合性の審査にあたっては、平成17年最判が選挙権侵害について示した以上に厳格な基準が用いられなければならない。

ア 司法に対する民主的統制は国民主権と三権分立に不可欠の要請である

憲法は、国民主権の理念の下で、包括的なグランドデザインに基づき各機関に権限を分配している。すなわち、前文で国民主権の原理を定め、国のあり方の判断権は国民にあることを宣言した。有権者団は国会議員を選挙により選任し、国会議員により構成される国会が法律を制定し、国会の多数により内閣総理大臣が任命されて内閣が構成され、内閣により最高裁判所の裁判官が指名・任命される。国民の多数派の委託に基づき三権の枢要部が構成される一方で、国会が制定した法律が憲法に反する場合

には最高裁判所に違憲審査権の行使を認める。同時に憲法は、国民に最高裁判所の裁判官を審査により罷免する権利を付与した。

憲法はこれらの制度設計によって三権の均衡を維持させながら国民主権を実現している。この全体的な権力の均衡の中で、最高裁判所の裁判官の選任過程は特徴的である。日本の最高裁判所の裁判長は内閣が指名し天皇が任命する（6条2項）。その他の裁判官は内閣が任命する（79条1項）。選任権は行政権が独占しており、民主的統制が及ばない。

裁判官の人事権をどうするか、その民主的統制をどのように確保するかは、憲法が定めるべき重要なテーマの一つである。

裁判官の任命権もしくは人事権を何処に置くかは、その国家体制と密接に関連する。***司法権独立の思想を徹底せしめて、裁判官の選任を司法部の自治に委ねることは、国民と遊離して却って民主主義的司法の本質に背馳する危険が多いのみならず、司法部の優越の認められる所では司法部の独善を誘致して国政の円滑な運営を阻害する虞が少くない。又、選任を国会の権限とすることは、司法部を立法部に従属せしめ、政争を裁判に反映せしめる危険があり、特に裁判所が憲法を擁護する使命を持つ高度の民主法治国体制の下においては適当でない。従って裁判官制の立場をとる場合においては、以上の二途を避け、行政部にこれを委ねることが多い。しかし、裁判官の任命を行政部の権限としながらも、民主主義体制の前進に伴い、任命を政府の専断に委ねることにより裁判官が政府と情実関係に立つに至るを防止し、その官僚化を阻止しようとする努力が生れる。任命に当たって立法部の同意を必要としたり、特別の委員会の諮問を経ることを必要としたりするのはかかる要求に基くものであり、又、行政部以外の機関の作成したリストにある程度の拘束性を認めるのも、同一の趣旨に出るものである。新憲法は***最高裁判所の裁判官の任命は、司法部の自治に委ねることの前述の弊を考慮して、人選については全く内閣の自由にし、ただその任命について国民審査の制度を認めて、これに民主的な基礎を与えることを企図している。そして、これに配するに両者を通じての弾劾の制度を以ってして、直接民主主義の要素を多分に織り込んでいるものといえる。（註解日本国憲法下巻(2) 1175頁以下、下線は引用者。なお引用者において旧字体を改めた。以下同様）

国民審査は、上述の如く最高裁判所の裁判官の任命は内閣が自由に行うとされているのに対し、任命についての内閣の専断を防止し、これを国民の監視の下におき、それに民主的な基礎を与えんとするものであるとともに、最高裁判

所の裁判官が憲法の擁護と人権の保障という重大な職責を有することに鑑みて、とくに最高裁判所の裁判官につき認められた国民罷免の制度であり、裁判官弾劾の制度とならぶ裁判官罷免の方法でもある。即ち国民審査は、任命の事後審査という面と、国民罷免制度であるという面とを併有する。何れにせよ、国民の基本権たる公務員の選定罷免権の司法部への拡張という意味を持つものである（同1176頁以下、下線は引用者）

このように、国民審査は任命権者である内閣の専断を防止するとともに、強大な権力と重大な職責を有する司法を民主的に直接コントロールするための重大な制度である。憲法制定者は、国民に国民審査権という強力な権利を付与しなければ、少数者の権利保護を使命とする司法の統制が不十分になると考えたのである。

日本国憲法の制定過程を紐解くと、帝国憲法改正案特別委員会の議論では国民審査制度の削除が検討されていた。これに対し、原案を提示したGHQのホイットニー民政局長は、仮に国民審査制度を削除するなら、最高裁判所裁判官の選任を国会の「コンファメーション」（承認）とするか、または「国会の選任」にすること、かつ、いずれを採用にするにしても裁判官の任期を定めることを求めた。特別委員会はこの指摘を受け、民主的統制の必要があることを前提に、提案された制度と比較をした上で原案を採用することとしたのである（憲法調査会事務局『憲法制定の過程に関する小委員会報告書』539頁以下）。

国民審査は、近代憲法の根幹である三権分立（司法の独立）や違憲立法審査権を日本国憲法に組み入れる際に、強力な司法とセットで採用された、司法に対する民主的統制を担保する重要な制度である。国民がこの国のかたちを定める主権を有しており、国民の判断を究極の拠り所として権力の行使は正当化される。国会による立法がその一つの現れであるのと同様、司法に対する国民審査も憲法が定めた国民主権の重要な現れである。

司法府に違憲立法審査権を認めた近代憲法においては、裁判官の選任過程に民主的統制を及ぼすことは必然である。比較法的に見ても、近代立憲主義国家において、違憲審査権を有する裁判所裁判官の選任過程に民主的統制、すなわち直接選挙や議会の承認などをおかない国はごくまれである。

たとえば、アメリカ連邦裁判所の裁判官のうち、最高裁判所、控訴審裁判所などの憲法3条に規定される裁判官の任命は上院の承認を要件とする。ドイツでは、違憲審査権を有する連邦憲法裁判所の裁判官は、連邦議会と参議院のそれぞれの3分の2の同意を要する。フランスの憲法裁判所（憲法院）の裁判官は、9人のうち3人を国民議会議長が、3人を上院議長が任命する。イタリアでは両議院の合同会議が15名中5名を任命する。韓国の憲法裁判所の裁判官の9名のうち3名は国会による任命であ

る。台湾の憲法裁判所は、大統領が推挙した裁判官につき、国民大会の同意が必要である。ブラジルの最高裁裁判官も上院の承認が必要であるし、インドネシアも国会の承認が必要である。スイスは連邦議会が直接選任する。カナダの下級審裁判官は、裁判官候補者評価委員会制度に基づく公的選任制度がある（司法制度改革推進本部「諸外国等における最高裁判所裁判官任命手続き等一覧表」参照）。司法府に対する民主的統制は、近代立憲主義国家における必須の要請なのである。

日本の制度下では、国民審査権がなければ、最高裁判所の裁判官に対し国民による民主的統制を及ぼすことが全くできなくなる。裁判官は強力な権力を有しながら、任命権を有する行政権の統制のみに服することとなり、主権者である国民の統制から自由になってしまう。これでは国民主権の根幹がゆるがせになる。国民審査は日本における国民主権と三権の抑制・均衡にとって不可欠のものである。

イ 直接民主制による民主的統制の重要性

日本国憲法は、上記のとおり司法府に対する民主的統制の手段として、国民審査制度を採用した。これは憲法が定める3つの直接民主制のうちの一つである。そのうち国政に関するものは、憲法改正（憲法96条）と、この国民審査（憲法79条）だけである。これらはいずれも主権の行使にあたって特に重要な事項について主権者の意思を直接に反映すべきこととされたものである。間接民主制、すなわち代表を定めて業務を委託するのではなく、主権者である国民が自ら判断することとしたのは、憲法改正や最高裁判事の罷免というこの国の在り方の根幹に関わる特に重要な事項についての主権の行使の場面であるからにほかならない。

このような直接の主権行使の場面においては、間接的な主権行使よりもその権利はさらに厳格に保障されなければならない。当然のことながら、憲法改正国民投票の権利は、在外国民も剥奪されていない（憲法改正に関する国民投票法33条以下、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票できる。）。

ウ 国民審査権侵害の審査基準は平成17年最大判を上回るものでなければならない

平成17年最大判は、憲法前文及び1条に加え、憲法15条1項、3項、43条1項、44条但書きを根拠に厳格な審査基準を定立する（民集59巻7号2095頁以下）。本訴の審査権侵害にはこれを上回る厳格な基準が用いられなければならない。

まず、国民審査権が国民主権の現れとして、直接的に裁判官の民主的統制を定めたことを踏まえると、その侵害に対しては憲法43条1項を上回る保護が必要である。

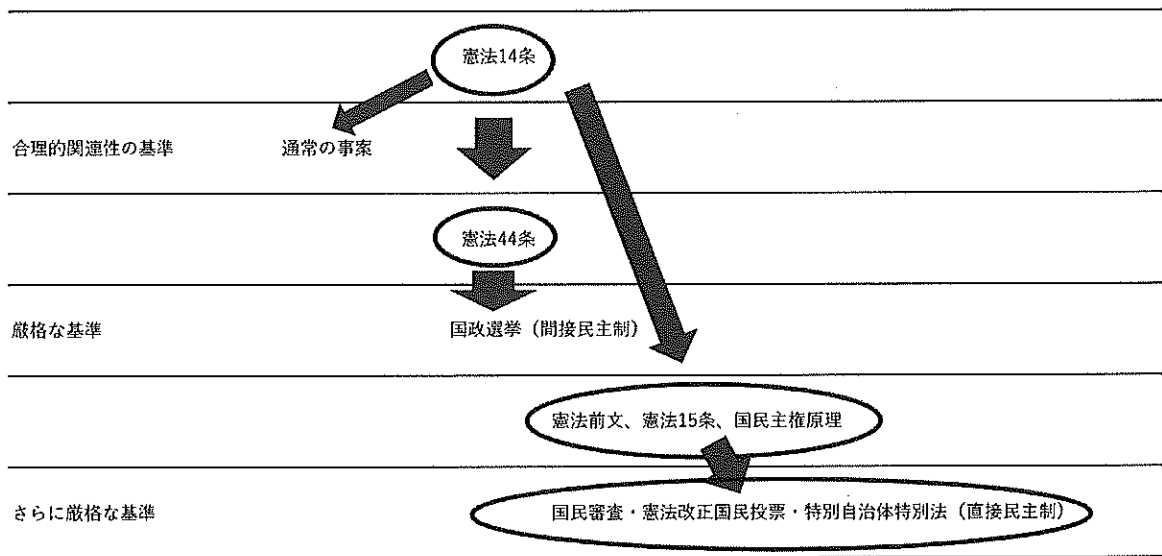
一般に選挙権の剥奪に厳格な審査が必要な理由は、間接民主制の選挙において、一度権利を剥奪されてしまうと、当該選挙によって選出された議員にとって、当該剥奪

を定めた法律を修正する動機がなく、民主政治の過程において回復が困難だからとされる。

他方、直接民主制の行使は、そもそも主権行使の“過程”ではない。代表を選出して立法という主権に基づく実務を委ねる選挙制度と異なり、当該権利の行使こそ主権の直接の行使である。憲法改正の手続きにおいてその権利を奪われれば、当該憲法の改正という主権を行使することは二度とできない。同様に、ある裁判官の国民審査の権利を奪われれば、当該裁判官の審査という主権を行使することは二度とできない。当該機会における主権の行使は、永久に剥奪される。回復は完全に不可能である。主権の直接の行使の場面である直接民主制においては、間接民主制における“民主政の過程”論を超える保護が必要になるのである。

さらに、憲法44条但書きの趣旨、すなわち平等的取り扱い、直接民主制においてより厳格に保護されなければならない。民主制の根幹に関わる手続きに参加できるか否かという重大な場面だからである。間接民主制での主権の行使は、選挙で代表者を選ぶことにとどまっており、実際的意思決定はその代表者で構成される議会によって行われる。これに対して直接民主制においては、主権者自らが意思決定をする。直接民主制下の参政権に対する制約は主権の行使を直接侵害し国民主権原理を著しく毀損する。この意思決定に参加する地位は、国民主権の根幹にかかわる問題であり、選挙権以上に厳格に保障されなければならない。次頁の図は、平等権侵害に対する審査基準の要請について木下昌彦神戸大学准教授に意見を伺った際に同准教授が描いた図から着想を得たものである。

【図：平等権侵害に対する審査基準の要請】



国民審査には憲法44条但書きのような規定がないから選挙よりも不平等で良いなどということはありません。たとえば、国民審査と同様に直接民主制の規定である憲法96条(憲法改正国民投票)にも憲法44条但書きと同等の規定はない。しかし、憲法改正国民投票から排除された人がその憲法適合性を争う際に選挙よりも緩やかな基準を用いてよいとするのは明らかに不合理である。むしろ、憲法79条2項や憲法96条のような直接民主制における参政権について憲法44条但書きのような規定がないのは、これらの参政権が選挙権以上に重要なものであることは明らかであって、あえてそのような規定を設けるまでもないからである。

国民審査権は主権者が直接その主権を行使しうる点で間接的な主権の行使にすぎない選挙権よりもさらに重要な権利であり、その侵害にはより厳格な審査が求められる。

(3) 一審被告の主張は誤りである

ア 憲法15条3項及び憲法44条但書きは国民審査権に準用される

原判決は、審査権制限の合憲性審査において、選挙権制限の場合と同様に厳格な基準を用いることとした。すなわち、「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罷免の権利のうちの一つというべきであるから、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)およ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」(原判決38頁16-21行)とした上で、審査権の制限には選挙権の制限と同様に「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」(原判決38頁25-26行)と述べた。

これに対して一審被告は、選挙については憲法15条3項及び憲法44条但書きの規定があるが、審査にはこれらの規定がないことを指摘し、「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ものの、議会制民主主義の根幹を成す国政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は明らかである」(一審被告控訴理由書24頁10-13行)と主張する。そして、この「憲法上の位置づけ」の相違が審査権侵害を正当化するかのようにいう。この主張は誤りである。

憲法前文が定める国民主権は一審被告のいう「議会制民主主義」に限られない。憲法は国民主権の実現方法として間接民主制と直接民主制を定めた。これは主権者が国政に関与する形態の違いにすぎない。むしろ、憲法は主権者が直接に決する必要がある重要事項として憲法改正と並んで最高裁判所裁判官の審査を規定したのであり、その権利を間接民主制下の参政権より劣後したものと扱うことは許されない。したがって、憲法15条3項及び憲法44条但書きはいずれも当然に国民審査に準用される。この点について、日本国憲法の制定時に学術面から寄与した憲法学者はつぎのように指摘する。

「国民の審査」には、ひろく一般国民が参加することが要請される。審査に参加する国民の資格については、「公務員の選挙」における選挙権に関する憲法の規定が準用されると解すべきである。国民審査は、***一般国民の意志による公務員の解職にほかならない。選挙が公務員を積極的に指名する行為だとすれば、解職は公務員を消極的に指名する行為だといえる。その意味で、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(宮沢俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法(第2版(全訂版))』643頁。下線は引用者)。

憲法は審査権が選挙権に劣後する権利であると定めていない。その参加資格について少なくとも同等の保障をおいている。一審被告のいう「憲法上の位置づけ」の相違が審査権制限を正当化するとの主張は論拠を欠く。

イ 審査権は選挙権より「軽い」とする一審被告の主張の誤り

一審被告は、憲法制定時の帝国議会における「任命ということより軽い意味合いを含んで」いるとの政府委員答弁を引用して、審査権制限を正当化しようとする(一審被告控訴理由書24頁)。しかし、この主張も誤りである。

「任命ということより軽い」という答弁の趣旨は、選挙により国民が任命する国会議員の選任と比して、任命後の罷免の是非を確認するにとどまる審査制度の特質に言及したにすぎない。むしろ、制定過程から明らかなどおり、国民審査は、憲法における唯一の直接的な民主的統制の制度であるから、その行使の機会の重要性は選挙権に勝るとも劣らない。

改めて制定過程を紐解くと、憲法制定時、「『司法』の章は、国民の基本的人権の主保障を確実ならしめるため、司法権を拡大、強化し、確固、独立の司法部を樹立することをめざし」、起草されたが、「司法権があまりに強く、独立的に過ぎ、政府の他のすべての部門を支配する司法的寡頭制をもたらすものではないか」との批判が加えられ、「強力であって独立的な司法部をして、同時に…『国民に対し責任を負う政府』の一翼たるにふさわしいものにしようという趣旨」の論議が行われた（高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法制定の過程Ⅱ-解説』230-231頁（有斐閣、1972年））。

その結果、大日本帝国憲法では認められていなかった違憲立法審査権（憲法81条）及び司法に関する規則制定権が与えられ（憲法77条1項）、司法府の独立を図る一方で、民主的統制を及ぼす制度も導入されることになったのである。国民審査は、まさにこの民主的統制の制度として、裁判官の選挙制度も候補とされる中で選択された、司法制度の正当性確保のために不可欠な仕組みなのである（連合国最高司令部民政局編『日本の新憲法』49頁（憲法調査会事務局、1956年））。この機会の保障において、審査基準を緩める理由は何一つ見当たらない。

実証的にも、国民審査権による司法への民主的統制は決して「軽い」ものではない。例えば、第9回国民審査では、就任前に沖縄の核付き返還を容認する発言をしたとされる下田武三裁判官に対し、沖縄の罷免率は極めて高く、一部の市町村では罷免が過半数を占めた（西川伸一『最高裁裁判官国民審査の実証的研究』141頁以下）。第17回国民審査は、沖縄米兵少女暴行事件等を引き金とする国と沖縄県の訴訟において沖縄県が最高裁で敗訴した直後に実施されたが、一部の市町村でやはり罷免が過半数を超える裁判官が複数出ている（同145頁以下）。近年ではいわゆる一票の格差訴訟において、合憲判決を下した最高裁裁判官に対する罷免運動が活発となり、結果として罷免率に顕著な差異が認められた（西川15頁以下など）。これらの結果は、国民審査が裁判官の判決に対する民主的統制として重要な意味を有することを如実に表している。さらに、この審査の結果は議会に対するメッセージともなる。現行の国民審査権の実効性が低いかのように誤解されているのは、棄権が認められることが周知されていないこと、白紙が信任とみなされてしまうことなど具体的な実施方法に伴う問題にすぎない（芦部信喜『憲法第七版』362頁参照）。憲法が想定す

る国民審査制度は、裁判官に対する直接的な民主的統制を及ぼす点で極めて強力なものである。

いずれについても、審査権の剥奪に対する審査基準を緩めようとする一審被告の主張は理由がない。

ウ 司法の民主的統制に関する審査基準を司法自身が緩めることは許されない

一審被告の主張に従えば、司法府に対する民主的統制の権利を争う訴訟において、その利害関係者というべき司法府が選挙権侵害よりも緩やかな審査基準を用いることを許すことになる。裁判所が憲法適合性の判断に一定の審査基準を用いるのは、その判断が恣意的に行われるのを防ぐためである。司法府が自らに対する民主的統制の権利を立法府に対するそれよりも劣るとすることは、まさにその恣意によるものとの批判を免れない。この意味でも一審被告の主張は誤りである。

(4) 小括

国民審査権の剥奪には厳格な審査基準が用いられなければならない。憲法はその前文で国民主権の原理を定め、その実現のために三権の抑制と均衡を求めた。そしてこの国民主権と三権分立に不可欠の制度としての司法府に対する民主的統制の手段として国民審査権を規定した。その権利の侵害は国民主権原理を直接に損なうものであり、間接民主制下の参政権侵害よりもさらに厳格な基準でその憲法適合性が審査されなければならない。

平成17年最大判が選挙権侵害についての違憲審査基準の定立に際して考慮した要素は、いずれも国民審査権侵害においても妥当する。一審原告らの審査権侵害に対する憲法適合性の審査基準は、少なくとも平成17年最大判と同一のものでなければならない。

2 国民審査権を制限する理由はまったくない（控訴理由書第4に対する反論）

一審被告は、国政選挙と国民審査の性質の違いを強調し、そのために国民審査において採用することができる投票方式には制約があるから、在外審査を行うことができないやむを得ない事由があるなどと主張する（一審被告控訴理由書第4）。しかし、この主張は、すでに用いられている多元的な投票方式を在外審査に活かすことを拒否し、かつ、記号式投票に固執することによって、在外国民審査の実施は困難であると無理やりに結論するものにすぎず、これは在外国民審査実施の「技術的制約」ではない。国はこの「技術的制約」のほかには在外国民審査を拒否する理由を示していない。一審被告の主張を十分に考慮しても、公平な国民審査を海外で実施することはできるから、国民審査権を制限する理由はまったくない。憲法違反は明らかである。

(1) 「自書式は意思表示の容易性を欠くから採用できない」は間違いである

一審被告は、「国民審査においては、選挙とは異なる観点から、審査制度としての実効性の確保に留意して投票方法を定める必要があることは明らかである」と主張する（同控訴理由書8頁10-13行）。一審被告はその理由として、選挙は公務員を「選定」するものであるが、審査は公務員を「罷免」するものである；選挙では選挙活動が行われるが審査ではこれに相当するものがない；過去の審査で実際に罷免された裁判官はいないことを挙げる。その上で一審被告は、審査においては「意思表示の容易性」を確保するために記号式が用いられており、自書式投票を含むこれ以外の投票方式を採用すると「解職制度としての審査の実効性を確保する観点から問題があるというべきである」（同9頁下から5-3行）というのである。この主張は誤りである。

自書式投票と記号式投票とを比較した場合、確かに記号式投票の方がより投開票における過誤は少ない。しかし、だからといって自書式を採用することで審査の「実効性の確保」ができなくなるという主張には論理の極端な飛躍がある。現に国政選挙は自書式で行われており、それによって可能な限りで国民の意思が反映されている。一審被告は選挙と審査の差異を縷々述べるものの、選挙であっても「意思表示の容易性」が求められるのは当然のことであり、結局なぜ審査についてだけ自書式の採用で「実効性」が損なわれるほどの著しい問題が生じるのかは説明されていない。また一審原告の主張にはなんらの実証もない。自書式投票を採用すると審査の「実効性」を損なうという主張には合理的な根拠がない。

また、一審被告は在外邦人総数と点字投票による投票数を比較し、「現時点では点字による投票を行うことが予想される者の数は限定的であるのに対し」「在外審査権の行使が予想される者の数は明らかに異なる」ため、「自書式投票を許容できるかという点で、有意な違いがある」とも主張する（一審被告控訴理由書11頁下から9行目以下）。しかし、平成25年度の障害者白書によれば日本の視覚障害者の人口は18歳以上の有権者のみに限っても31万人に及ぶ。これは在外選挙人名簿登録者の約10万人（乙8・23頁）を大きく上回る。したがって、視覚障害者に認められている自書式の投票を在外国民審査において用いることが不可能であるとする根拠はない。

なお、一審被告は、現行の記号式投票以外に審査の「実効性の確保」が可能な投票方式はほかにないとも主張する（控訴理由書9頁下から3-1行）。しかし、原審で原告が提案した「分離記号式」（原告第1準備書面17頁21-26行）であれば、一審被告のいう「意思表示の容易性」を確保したまま公平な審査を実施できる。

(2) 「在外審査のみ自書式で行うと審査の公平性を欠く」は間違いである

一審被告は、在外審査にだけ自書式を採用することについても、「全ての審査人について、罷免を求める意思を公平かつ適切に反映させるという国民審査制度の実効性

を確保する観点から問題がある」（控訴理由書11頁5-7行）と主張する。しかし、この主張は誤りである。

国は、日本国内に住所を有する国民にだけ審査権行使を認め、国外に住所のある人の審査権行使を一切拒絶している。両者はともにこの国の主権者であるのに後者の主権の行使を禁じる現行の審査制度は著しく公平性を欠いている。審査権行使の範囲を広げることは国外居住者の権利を回復して審査の公平性に資するものである。したがって、在外国民審査の実施によって国民審査制度がより公平でより幅広く国民の意思を反映するものになるのであり、現状と比べてより不公平になるということはない。

そもそも、現行制度においても、投票の期日・方式は一律ではない。投票における障壁を減らしてより多くの国民が投票できるようにするために、複数の投票方式が採用されている。期日前投票はその代表例である。告示の翌日から始まる期日前投票では選挙運動の結果が十分に反映されない。しかし、選挙当日に用務のある人も選挙権を行使することができるようにするためにこの制度が必要とされている。期日における投票と比べて情報量に格差があり不公平だから採用すべきでないなどとはいえない。ほかにも点字投票、洋上投票、在外投票など多様な投票制度がある。投票方式はそれぞれに異なっているが、それによって選挙の公平が害されるなどということはない。

なお、在外審査には常に自書式（または分離記号式）を用いることとするのではなく、「極限的事態」の場合にのみ自書式を併用することとして、自書式投票を用いる機会を限定することもできる。在外審査の投票用紙の調製及び送付に問題が起こりうるのは、任期満了60日前又は解散の日から告示日までの間に新たな裁判官を任命した場合のみである（国民審査法4条の2第1項参照）。投票用紙の調製及び送付には5日もあれば足りる（同法16条の2第1項但書参照）から、実際に問題が生じるのは告示日直前の5日間という極めて短い期間に任命があった場合にすぎない。そして、この場合にのみ自書式投票を併用することによって問題は完全に解消可能である。すなわち、在外国民審査の投票用紙には従前のおりに審査の対象となる裁判官名を記載するほか、審査の対象に加わる可能性のある裁判官の数だけの空欄を設けておけばよい。告示日直前に対象裁判官が増えるという極限的事態が生じた場合には、その加わった裁判官についてだけ自書式を用いることとすればよいのである。この方式であれば、告示日直前に最高裁判事が新たに任命されるという極限的事態を考慮に入れたとしても、投票用紙を調製し送付をする段取りには在外選挙と在外審査とで異なるところはまったくない。20年間にわたって在外選挙が滞りなく行われている今、在外審査を実施し得ない理由はないのである。

一審被告のいう、投票方式が一律でなければならず、これに反すると不公平になるという主張は誤りである。

(3) 国内の投票所における投票を制限する理由はない

原告らのうち2名は、前回の衆議院議員選挙の際、一時帰国中に日本国内の投票所で期日前投票を行った。被告はその主張において日本国内で国民審査権の行使が不可能な理由にまったく言及していない。実際に国内の投票所には投票用紙が用意され、在外国民のうちには現に「誤って」投票が認められた者さえ存在する。国内の投票所での投票を許すことについては、自書式投票などを行う必要もなく、技術的困難は全く存在しない。国内における審査権行使を否定することにつき、やむを得ない理由がないことは明白である。

(4) 在外国民審査を否定する理由はない

憲法が定める参政権（憲法15条1項等）を実質的に保障するためには、投票を通じて民意がより正確に反映される制度が実施されなければならない。この要請は選挙と審査の両者に共通のものである。

投票によって民意をより正確に反映するためには、大きく二つの方策が求められる。第一に、投票における障壁をできる限り減らしてより多くの国民が投票できるようにすることである。この要請に応えたのが、期日前投票、在外投票、点字投票などの諸制度である。第二に、投開票における過誤をできるかぎり減らすように務めなければならない。この要請には、投票方式の周知、開票所の一般公開、地方選挙で導入された電子投票などが応えている。

一審被告は、自書式と記号式の軽微な差異を過度に強調してこれが第二の要請に反するかのようについている。しかしその主張は同時に、在外100万人有権者の審査権行使を阻んで第一の要請をないがしろにするものである。事前運動などの公職選挙法違反の一切ない国政選挙は今のところ一度も実現していない。しかしだからと言って、「選挙は公平性を欠くからやめる」というわけにはいかない。それは民主主義自体を否定することにほかならない。同様に、在外国民審査制度におけるごく軽微な問題をことさらに強調して制度自体を否定することも許されない。それはやはりこの国の民主主義を否定することだからである。

一審被告は、在外国民審査の実施について、1998年に国会で示した「技術的に実施不可能に近い」ために「現段階では見送ることにした」（甲6）との見解をその後20年にわたって固持している。しかし、この「技術的制約」なるものはもはや存在しない。そして一審被告は、この「技術的制約」以外には在外国民の国民審査権を制限する根拠をなんら示していない。在外国民の審査権行使を制限する理由はもはやまった

く存在しない。なんらの理由もなくされた国民審査権の侵害が憲法に違反することは明らかである。

3 国家賠償法1条1項の違法がある（控訴理由書第5に対する反論）

（1）国の判断は合理的根拠に基づかないものであった

一審被告は、在外国民審査制度を設けていない国会議員の立法不作為について国賠法1条1項の適用上違法でないと主張するにあたって、まず、国会が在外国民審査制度の創設を見送っていたことについて、「国民審査の本質に根ざした相応の合理的根拠に基づくもの」であったと述べる（一審被告控訴理由書17頁15行目）。

しかし、在外国民審査制度を設けないことが憲法に違反すると判断されるのは、国会が制度創設を見送っていたことが「国民審査の本質」に反し、その根拠が国民主権を支えるのに不可欠な重要な憲法上の権利をはく奪するのに合理的なものとは認められないが故である。

一審被告の議論はそもそもの前提から誤っている。

（2）国会は「見送っていた」のではなく放置したのである

しかも、事実経緯からすれば、国会は、議論の上で、「在外国民審査制度の創設を見送っていた」のではなく、単に何の議論もなく放置していたに過ぎない。

国会の審議録上、在外国民審査制度の創設について議論されたのは、21年前の1998年の公職選挙法改正の際が最後である。国民審査制度が記号式であることを前提に在外国民審査制度が技術的に実施不可能に近い旨の政府の答弁が確認できるが（甲6）、それ以後、国会においては在外国民審査制度の創設について何ら議論されていない。在外選挙制度について違憲判断が出された平成17年（2005年）大法廷判決後も、同判決を受けた公職選挙法改正時（2006年）も、在外国民審査制度がないことについて「憲法上重大な疑義がある」と直接判断した平成23年（2011年）東京地裁判決後も、2012年に日本弁護士連合会人権擁護委員会から強い勧告をなされた（甲10）後も、国会は在外国民審査制度の創設につき何ら議論を行っていない（この点は争いがない。一審被告控訴理由書18頁13行目以下、同20頁16行目以下等）。この21年間、科学、特にテクノロジーの分野は飛躍的に発展向上し、技術的問題についての議論の前提は根底から変容している。にも関わらず、この間、ただの一度も調査も検討も行われなかったのである。

これら事実経緯からすれば、国会が、在外国民審査制度について技術的問題からその創設を見送るという判断をした、というのは正しくない。国会は、平成17年大法廷判決以後も、平成23年東京地裁判決以後も、在外国民審査制度の創設につき、現在も

解消できない技術的問題がないか否かの調査・検討・議論を全くしなかった。端的に言えば、放置したのである。

(3) 「明白性」は、過失判断の一要素である

国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、故意又は過失によつて国民に損害を加えたときは、国又は公共団体が損害賠償責任を負う(国家賠償法1条1項)。一審原告らは国会の過失によつて国民審査権を行使することができなかつたと主張して国に対し損害賠償を求めた。国会の立法不作為に国家賠償法条1条1項の「過失」が認められるのは、その立法不作為が憲法に違反し、かつ、それが憲法上の権利を侵害するものであることが明白な場合や、憲法上の権利の行使の機会を確保するために立法措置が必要不可欠であり、それが明白であるのに、国会が正当な理由なく長期間この義務を怠る場合である(平成17年最大判)。原判決はこの基準に則つて、立法不作為の違法、すなわち国会の過失を認めた。

これに対し一審被告は、平成17年大法廷判決以後も、平成23年東京地裁判決以後も、2016年の国民審査制度改正時の国会審議においても、在外国民審査制度について議論がなされなかつたことを根拠として、これら判決が「国会にとって違憲性を認識させる契機となり得なかつた」「国会にとって違憲が明白であることを根拠づけるものとはいえない」旨主張する(一審被告控訴理由書17頁19行目以下、19頁12行目以下、同20頁16行目以下等)。

しかし、国会で議論をしなかつたことが国会の過失責任を免じるものでないのはもちろん、その際国会がその違憲性を認識していなかつたとしても、そのこと自体は国会の過失責任に影響しない。上記平成17年最大判のいう「明白な場合や」「明白であるのに・・・」とは、当時の社会状況からして違憲性が客観的に明白だったのであるから国会は当然にそれを認識した上で立法措置を講じるべきであつたのに、これを認識せずに立法の義務を怠つた過失のある場合を指している。国会は憲法違反を知らなかつたとする一審被告の主張は、国会には故意がないといつているに過ぎないから、その主張によつて国会の過失を否定することはできない。

平成17年最大判の担当調査官は次のように解説する。

どの程度の期間を経過すれば、是正に必要な期間を経過したとして立法不作為が違憲となるかについて一般的な基準を定立することは困難であるが、制限されている権利が憲法上保障された権利の中でも重要な権利である選挙権であつたことからすれば、少なくとも、具体的な調査、検討等を進めることなく、長期間にわたつてこれを放置することは許されないというべきであろう(杉原則彦「判解」最判解民事篇平成17年度下636頁)。

上述のとおり国民審査権は、立法府による司法の民主的コントロールの制度を持たない日本の制度において、権力分立の下で行政権に対峙する司法の民主的基盤を支える唯一の制度である。それは、国民主権の表れである公務員任免権の一つとして憲法上保障された権利の中でも重要な権利であるというだけでなく、この権利が奪われた場合には司法に対する民主的コントロールが全く及ばなくなるという意味で、国民主権にとっては選挙権に勝るとも劣らない重大な権利である。また、国民審査権が直接民主制の制度であることも選挙権以上の保護の必要性を基礎づける。前記調査官解説において指摘されている理は在外国民審査についてなおさら該当する。

(4) 平成17年大法廷判決、平成23年東京地裁判決から「明白性」は明らかである

そして、原判決が述べるように、在外選挙制度が国内と平等に整備されていない状態を違憲と判断した平成17年大法廷判決によって、国会は、在外国民審査権の行使が認められていないことについて憲法に違反するに至っていたものと言えることについて十分認識し得たと言うべきであり（原判決45頁13行目以下）、さらに直接在外審査制度がないことを違憲状態であると述べた平成23年東京地判によって、在外審査制度を創設しないことが憲法に違反するに至っていたことは明白となったと言うべきである（同46頁26行目）。

憲法上保障された在外審査権の行使の機会を確保するためには、立法措置を執ることが不可欠であるが、国がその措置を講じることができない理由として挙げている、海外では衆議院選挙の行使ができないという点や、記号式投票を前提とした「技術的な問題」（1998年4月23日参議院地方行政・警察委員会における政府委員答弁・甲6）は、いずれも在外選挙制度が創設された1998年の時点で解消が可能な状態にあった。すなわち1998年の公選法改正により、在外選挙権の行使が可能になったし、また国民審査権の行使の方法として、記号式投票でなければならないという絶対的な理由はない中で、国民審査法が現に点字投票の場合は自書式を採用していたほか、在外選挙制度においても繰り返し自書式による投票が実施されていた。国が答弁の際に挙げた在外審査が実施できない理由は、客観的事実関係からすればこの時点で合理性を失っていたのである。

そうした中で、平成14年に、日弁連が、明確かつ直接的に両議院の議長等に対し、在外審査制度を創設しないことは人権侵害であるという勧告を出し、さらには、前掲平成17年最判が、1998年改正前の公選法が在外選挙権行使を認めていなかったことが、憲法15条1項及び3項に反する旨判示したのである。このような状況からすれば、在外審査権の行使ができない状態においたまま放置することが憲法に違反するということは、国会にとって十分認識し得たと言うべきである。

その後、さらに平成23年東京地判が、在外審査権について、直接、自書式投票によって技術上の問題が解消し得ることに言及した上で、憲法適合性について「重大な疑義があった」旨を判示しているのである。

これら客観的な社会状況からすれば、在外審査権を行使させないままであることが違憲であるということについて、国会は明らかに認識し得たというべきであり、国会の過失を基礎付ける「明白性」は十分認定できる。

平成17年最判も、平成23年東京地判も、いずれも国会の違憲性の認識をもたらさないとの被告の主張は、国会において現に政府委員が述べた「選挙権の行使ができないというところに原因がある」とか「技術的不能」であるといった理由について、両判決において明確に反する指摘がそれぞれなされていることを無視するものであり、不合理というほかない。

以上