

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（一審被告） 国

被控訴人（一審原告） 想田和弘ほか4名


控訴理由書

令和元年7月30日

東京高等裁判所第8民事部BC係 御中

控訴人指定代理人

松 本 亮

— 


林 聡 司



中 尾 正 英



松 尾 淳

— 

第1	事案の概要	3
第2	一審被告敗訴部分に関する原判決の判示の要旨	3
第3	控訴理由の要旨	6
第4	在外審査制度を設けていないことは憲法の諸規定に何ら違反しないこと	7
1	解職制度である国民審査においては、選挙とは異なる観点で、その実効性を確保に留意して投票方法を定める必要があること	7
2	国民審査法は、審査の実効性を確保する観点も踏まえて記号式投票を採用しており、少なくとも現時点において、記号式以外の投票方法を採用することには、実効性を確保するという観点から問題があること	8
3	在外国民に対して自書式等の記号式以外の投票方法を併用することにも問題があること	10
4	小括	16
第5	在外審査制度を設けていないことが憲法に違反するとしても、国会にとってその違憲が明白になっていたといえず、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が国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はないこと	17
第6	国民審査権と選挙権の憲法上の位置づけの相違も前記主張を補強するものであること	22
第7	結論	24

控訴人（一審被告。以下「一審被告」という。）は、本書面において、控訴の理由を明らかにする。

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、原判決の例により、原判決に略語がないものについては、従前の例による。ただし、一審被告の原審における準備書面は、「被告準備書面(1)」というように略称するほか、被控訴人ら（一審原告ら）については、「一審原告ら」等と表記する。

第1 事案の概要

本件は、在外国民である一審原告らのうち一審原告想田らが、主位的に、憲法15条1項、79条2項及び3項等により国民審査における審査権が保障され、国民審査法4条によりその行使が認められているにもかかわらず、一審被告がその行使の機会を与えなかったとして、一審原告想田らが次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求め（本件地位確認の訴え）、予備的に、一審被告が一審原告想田らに対し、日本国外に住所を有することをもって、次回の国民審査において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（本件違法確認の訴え）、また、前回国民審査について、中央選挙管理会が在外国民であった一審原告らに投票用紙を交付せず、又は一審原告らが現実に審査権を行使するための立法を国会がしなかった結果、一審原告らが審査権を行使することができず、精神的苦痛を受けたとして、国賠法1条1項に基づき、損害賠償を求める事案である。

第2 一審被告敗訴部分に関する原判決の判示の要旨

原判決は、要旨、以下のとおり判示して、在外審査制度を設けていなかった国会の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるべきものとして、一審原告らの国家賠償請求を一部認容した。

- 1 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）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。したがって、憲法は、国民に対し、国民審査において審査権を行使する機会、すなわち投票をする機会を平等に保障している。

以上のような憲法の趣旨に鑑みれば、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、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（国民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ないし著しく困難で認められる場合）がなければならない。

（以上につき、原判決38及び39ページ）

- 2 現行の記号式投票（審査に付される裁判官の氏名が印刷された投票用紙を使用し、罷免を可とする裁判官に「×」の記号を記載する投票方法。国民審査法14条2項、15条1項）を前提とする限りにおいては、投票用紙の調製や送付について技術上の問題がないとまではいえないが、憲法は、国民審査権の行使につきどのような方法を用いるかについて、法律に委ねており（憲法79条4項）、現行の記号式投票以外の方法を採用することも可能である。記号式投票は、審査人に審査対象の裁判官の氏名を知らせるとともに、なるべく簡便な方法で投票できるようにする点で合理性を有するものの、国民審査権が憲法15条1項の定める公務員の選定及び罷免の権利の一つであり、司法に対する民主的統制の方法として憲法上認められた重要な権利であることに鑑みれば、他の投票方法を採用し、又は併用することにより在外審査制度の実施が可能となるにもかかわらず、記号式投票による投票が不可能ないし著しく困難であるという理由により一切投票を認めないことは、不合理である。

少なくとも、現行の記号式投票の実施に係る技術上の問題を解消するという観点からは、例えば、点字による国民審査の投票方法として採用され、在外選

挙制度においても創設以来多数回の選挙において行われてきた投票方法である自書式投票(罷免を可とする裁判官の氏名を投票用紙に自ら記載する投票方法)を採用するなどの方法により、在外審査制度を実施することは可能であった。

以上によれば、前回国民審査において在外国民が審査権を行使することを認めないことについて、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から、国民審査法が、前回国民審査当時、在外国民であった一審原告らの審査権の行使を認めていなかったことは、国民に対して審査権を認めた憲法15条1項並びに79条2項及び3項に違反する。

(以上につき、原判決39ないし42ページ)

3 在外国民の国政選挙における選挙権の行使については、平成10年法律第47号による公選法の改正により、在外選挙制度が創設され、両議院の比例代表選出議員について、自書式投票による選挙が繰り返し実施されていたなどの状況の下で、平成17年大法廷判決は、公選法が、在外国民が国政選挙において投票するのを全く認めていなかったことは、憲法に違反する旨を判示したのであるから、国会としては、同判決が言い渡された時点において、在外国民に対し、国民審査権を行使するのを認めていないことについて、技術上の問題を解消する方法を見いだし得る状況にあったことを併せ考えれば、憲法に違反するに至っていたものといえることについて十分に認識し得た。

平成17年大法廷判決の後、平成23年東京地裁判決は、自書式投票が解決方法の一つであることを指摘した上で、在外国民が審査権を行使することができないことの憲法適合性につき「重大な疑義があった」旨判示している。遅くとも同判決が言い渡された時点においては、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ていた。

その後、国会において、在外審査制度の創設について何らの措置も執らないまま、平成23年東京地裁判決から約6年半、平成17年大法廷判決からは約12年もの期間が経過する状況の下で、前回国民審査を迎えたことから、一審

原告らが国民審査権を行使することができない事態に至っているところ、そのことについて正当な理由があることはうかがわれない。そうすると、このような長期にわたる立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受ける。

(以上につき、原判決43ないし47ページ)

第3 控訴理由の要旨

- 1 解職制度である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つつその投票方法を決定する必要があるところ、少なくとも現時点において、記号式投票以外の投票方法を採用することには、審査の実効性を確保する観点から問題がある。そして、記号式投票を前提とする限り、在外審査制度を設けることには、投票用紙の調製や送付について技術上の問題があることは明らかであるから、在外国民に対して審査権の行使を制限していることについては、やむを得ない事由があるというべきである。

したがって、在外審査制度を設けていないことは憲法の諸規定に違反せず、一審原告らに対して審査権の行使を認めていなかったことが憲法15条並びに79条2項及び3項に違反するとした原判決の判示は誤りである(後記第4)。

- 2 また、仮に在外審査制度を設けないことが憲法に違反するとしても、国会において、記号式投票以外の方法を採用することには問題があり、記号式投票を採用する限り、同制度を設けるには技術上の問題がなお存在すると認識したことには、国民審査の解職制度としての本質に根ざした相応の合理的根拠がある。その上、平成17年大法廷判決及び平成23年東京地裁判決の判示内容は、国会において上記のとおり判断したことの合理性を揺るがすものではなく、これらの司法判断をもって、国会にとって違憲性が明白になったということとはできない。

以上によれば、仮に在外審査制度を設けないことが違憲であったとしても、その違憲が国会にとって明白になっていたとは到底認められない。

したがって、在外審査制度を設けていない国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であったと評価する余地はなく、その違法性を認めた原判決の判断は誤りである（後記第5）。

- 3 以上に加え、国民審査権は、国民主権の観点から重要な意義を有するものではあるが、選挙権とは憲法上の位置づけが相当異なることは否定できず、国民審査権と選挙権との憲法上の位置づけの相違も、一審被告の上記各主張の合理性を補強するものというべきである（後記第6）。

以下、詳述する。

第4 在外審査制度を設けていないことは憲法の諸規定に何ら違反しないこと

- 1 解職制度である国民審査においては、選挙とは異なる観点で、その実効性を確保に留意して投票方法を定める必要があること

被告答弁書第2の1(1)(2及び3ページ)で述べたとおり、国民審査は、最高裁判所裁判官の解職制度であるところ、解職制度である国民審査においては、公務員を積極的に選定する制度である選挙とは異なる観点から、その実効性の確保に留意して、投票方法を定めることが求められるというべきである。

すなわち、議員の選挙は、候補者の中から議員を「選定」するものであるから、その性質上、原則として投票結果に従って議員が選定されるものである上、被告準備書面(1)第2の3(1)(11ページ)で述べたとおり、選挙においては、通常政治活動を行い氏名等を周知している者らが自ら立候補し、特定の選挙のために法定の選挙運動をして氏名等を宣伝するなどして投票を得ることが想定されるものである。

他方、国民審査は、既に内閣によって任命されている最高裁判所裁判官を「罷免」する解職制度であって、性質上、罷免を可とする意思の表明がされない限り、罷免を可としない投票として取り扱うものであるため、仮に罷免を可とする意思の表明が容易でない投票方法を採用した場合には、白票を始めとする罷

免を可としないと解される投票数が増加することが想定されるなど、投票方法によって、罷免を可とする民意の適切な反映という解職制度としての実効性に影響を及ぼすものとなり得る。

加えて、審査に付される最高裁判所裁判官が政治活動や選挙運動に相当する運動を行うことはおよそ想定されないことや、過去に執行された国民審査において解職された裁判官は存在せず、解職を可とする投票が十数パーセント^{＊1}を超えたことがないなどの過去の国民審査の状況等を踏まえても、国民審査においては、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性が高いというべきである。

以上によれば、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。

2 国民審査法は、審査の実効性を確保する観点も踏まえて記号式投票を採用しており、少なくとも現時点において、記号式以外の投票方法を採用することには、実効性を確保するという観点から問題があること

そして、現行の国民審査法は、審査に付された裁判官の氏名が印刷された投票用紙の所定欄に「×」の記号を付す記号式投票を採用しているところ（国民審査法14条2項、15条1項。以下、単に「記号式」ということもある。）、記号式投票は、被告準備書面(1)第2の3(3)イ(13及び14ページ)で述べたとおり、審査人に審査対象の裁判官全員の氏名を知らせるとともに、「×」の記号を付するという簡易な方法で投票ができるようにする点で、審査制度の実効性を確保するという観点において、優れた投票方法ということができ、高

^{＊1} 罷免を可とする比率が最も高かったのは、昭和47年に執行された第9回国民審査における15.17パーセントである。

度な合理性を有するものであるから、現行の国民審査法は、国民審査の実効性を確保する観点も踏まえて、上記の点で合理性を有し、罷免を可とする意思を容易に表明できる記号式投票を採用しているものと解することができる。

他方、仮に、国民審査において国会議員選挙等において採用されている自書式投票（公選法46条。以下、単に「自書式」ということもある。）を採用した場合、審査人は、各裁判官の氏名を把握した上で、自ら罷免を可とする裁判官全員の氏名を投票用紙に記載する必要があるが、前述した国民審査制度の特徴等を踏まえると、記号式投票と比較して、審査人にとって罷免を可とする意思表示の容易性の程度に明白な差異があることは明らかである。実際、審査に付される裁判官は、複数名になることが通常（過去の国民審査において、審査に付された裁判官の平均は約7名であり、平成29年に執行された前回国民審査においても7名の裁判官が審査に付されている。）であるが、殊に複数の裁判官につき罷免を求める意思がある場合に、裁判官の氏名が記載された投票用紙の所定欄に単に「×」の記号を付する場合と、審査に付される裁判官を投票用紙以外から把握した上で、自らその氏名を自書する場合とで、罷免を可とする意思を表明する容易性に明白な差異があることは明らかである。

このようにみると、仮に国民審査において自書式投票を採用した場合には、現行の記号式投票によった場合ならば罷免を可とする「×」の記号が付されるべき場合を含めて、白票を含む罷免を可としないとみなされる投票が著しく増加するなどし、国民の解職を求める意思が適切に反映されず、解職制度としての実効性が損なわれる可能性が高い。

以上のとおり、仮に国民審査において自書式投票を採用した場合には、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。

そして、少なくとも現在の技術水準等の下においては、国民審査の公正性及び実効性について、現行の記号式投票以外の投票方法をもって、記号式投票における程度に確保できる投票制度を具体的に想定することは困難である。

以上述べたことからすれば、国民審査の実効性を確保する観点から、少なくとも現時点においても、記号式投票以外の投票方法を採用することには問題があるというべきである。

3 在外国民に対して自書式等の記号式以外の投票方法を併用することにも問題があること

(1) 前記2のとおり、現時点においても、国民審査の投票方法として記号式投票以外の方法を採用することは問題があるところ、仮に、在外国民に対してのみ自書式等の投票方法を併用することについても、次のとおり問題がある。

前記のとおり、国民審査の公正性、実効性を十分に確保できる投票方法としては、記号式投票以外の方法を具体的に想定できない上、在外国民に対してのみ自書式等の投票方法を併用した場合には、在外国民と国内の審査人との間において、罷免を可とする意思の表明の容易性に明らかな差異が生じてしまうという問題も生じ、このことは、審査制度の実効性のみならず、審査結果の公正性にも悪影響を及ぼすこととなる¹²。

*2 なお、国民審査は、その性質上、審査に付された裁判官の氏名、経歴等の審査に関し参考となるべき事項を周知することも重要であるが、国民審査が行われる際には、審査に付される裁判官の氏名、経歴、その他審査に関し参考となるべき事項（生年月日、経歴及び最高裁判所において関与した主要な裁判例等）が掲載された審査公報が発行され、審査人の属する各世帯に対して配布されている（国民審査法53条、国民審査法施行令28条、乙第7号証）。しかし、全世界に点在する在外国民に対し、審査公報を漏れなく配布することは事実上困難であるし、インターネット等の「通信手段が地球規模でますます著しい発達を遂げ」（原判決41ページ）つつあることを踏まえても、そのような通信手段の整備状況及び各世帯への普及状況等につき、国・地域等によって相当の差異がある以上、在外国民に対する迅速・確実な情報伝達の困難性に係る問題が解消されたとは言えない。

このように、在外国民に対してのみ、罷免を可とする意思の表明の容易性に明らかな差異のある投票方法を併用することは、その投票の便宜上の問題にとどまらず、在外国民における罷免を可としないと解される投票が相対的に増加し、その結果、国内における罷免を可とする投票の審査結果への影響力を減少させることになり、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。

以上によれば、解職制度である国民審査の実効性を確保する観点からは、在外国民に対して自書式等の記号式以外の投票方法を併用することにも問題があるといわざるを得ない。

(2) これに対して、原判決及び平成23年東京地裁判決は、国民審査法が点字による投票を行う場合に、審査人が罷免を可とする裁判官の氏名を自ら投票用紙に記載する方法を採っていることを根拠に、記号式以外の投票方法を採用し、又は併用することが可能であると判示する。

しかしながら、点字による投票は、視覚障害者を対象としているところ、そもそも、これらの者については、視覚の障害という事情が認められるため、他の投票方法を採用することが困難な事情があることに鑑みて、特にこのような投票方法が認められたものである上、平成29年執行の最高裁判所裁判官国民審査(前回国民審査)における点字投票による投票数は6481票(乙第8号証569ページ)であるなど、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、在外邦人の総数は135万1970人(平成29年10月1日現在。乙第9号証)に上り、平成29年執行の衆議院議員総選挙における公示日前日現在の在外選挙人名簿登録者数は約10万人(乙第8号証23ページ)であるなど、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など、審査制度の実効性を確保する観点から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。

このように、点字による投票は、視覚障害というやむを得ない事情があり、そのような投票方法を採用しても、審査制度としての実効性の観点からも問題がないことなどを踏まえて、特に採用されたものである。これに対し、在外国民には、上記と同様の事情が認められず、前記のとおり、審査制度としての実効性を確保する観点から、自書式投票を採用することには問題があるというべきであるから、国民審査法が視覚障害者について点字による投票を認めていることをもって、在外審査において自書式投票を採用することが可能とはいえないことは明らかである。

したがって、原判決及び平成23年東京地裁判決の上記判断は、上記の相違を看過した点において誤りがあるというべきである。

(3) 在外国民に対して自書式投票を併用することは、その想定される開票作業の内容を踏まえると、實際上困難なものといえること

以上に加え、在外国民審査に対して自書式投票を採用すること自体、想定される開票作業の内容を踏まえると、實際上困難なものといえる。

ア 国民審査の開票事務の一般的流れについて（全体として乙第10号証）

国民審査の開票事務は、以下のとおり、①投票の分類、②疑問票の処理、③有効投票の点検、無効投票の点検という流れで行われる。

まず、投票を「明らかに有効と認められる投票」、「明らかに無効と認められる投票」、「疑問票」等に分類する（上記①）。

次に、「疑問票」に分類した投票について、開票事務従事者が有効、無効を判断し、決定票箋を添付した上で、投票を開票立会人に回覧し、所要の捺印を得た後、開票管理者がその投票の効力又は記載の効力を決定する。記載の効力については、その決定の結果を有効、無効決定票箋の余白に、〇〇裁判官有効、△△裁判官無効等の例により記載する。有効と決定した投票（記載の一部を無効とされたものを含む。）は、「明らかに有効と認められる投票」の区分の中に入れ、無効と決定した投票（すべての記載を

無効とされたもの)は、「明らかに無効と認められる投票」の区分の中に入れる(上記②)。

その上で、上記①で分類した「明らかに有効と認められる投票(疑問票のうち上記②で開票管理者が有効と決定したものを含む。)」を、審査に付される裁判官の全ての裁判官について罷免を可としない投票(何も記載されていない投票)と、記載を無効とされた裁判官のほか全ての裁判官について罷免を可としない投票、審査に付される裁判官の一部の罷免を可とする投票(裁判官の一部の罷免を可とする記載のほかは、裁判官の罷免を可としないとするか又は記載が明らかに無効と認められる投票)に区分する。その後、審査に付される裁判官の全ての裁判官について罷免を可としない投票(何も記載していない投票)は、適宜の数に一括し、点検票を添付し、その票数を記載して、別途計算を行う係(以下「計算係」という。)に回覧する。また、記載を無効とされた裁判官のほか全ての裁判官について罷免を可としない投票も、適宜の数の一括し、点検票を添付し、所要の記載をして、計算係に回覧する。そして、審査に付される裁判官の一部の罷免を可とする投票(裁判官一部の罷免を可とする記載のほかは、裁判官の罷免を可としないとするか又は記載が明らかに無効と認められる投票)は、適宜の数に一括し、点検票を添付し、所要の記載をして計算係に回覧する。最後に、上記①で分類した「明らかに無効と認められる投票(疑問票のうち上記②で開票管理者が無効と決定したものを含む。)」を、「所定の用紙を用いないもの」、「×の記号以外の事項を記載したもの」、「裁判官の全てについて記載を無効とされたもの」のように区分して無効投票箋を添付し、その票数を記載して計算係に回覧する(上記③)。

イ 想定される開票作業の内容を踏まえると、在外国民に対して自書式投票を採用することは、實際上困難であること

前記のとおり、仮に、自書式投票を導入した場合には、罷免を可とする

裁判官の氏名を複数記載する連記投票となることが想定される（過去の国民審査において、審査に付された裁判官が1名であった例はなく、前記2のとおり、その平均は約7名である。）。

そして、国民審査において連記投票となる場合は、通常の議員選挙で行われている単記投票の場合とは全く異なる、次のような開票作業の負担が生じる。

すなわち、まず、上記①の段階において、単記投票であれば1名の氏名の効力の判定で足りるところ、連記投票になった場合は、投票用紙に複数記載された裁判官の氏名1つ1つについて、記載の効力を判定して分類する必要が生じる。

そして、複数人の氏名が記載された投票用紙の一部にでも、誤字、脱字のある記載、候補者の氏名のうち氏か名だけの記載、候補者の氏名の一部が他の候補者の氏名の一部と混記してある記載などを含む投票は選挙と同様に疑問票となるから、上記②の段階において、処理すべき疑問票の数は、単記投票に比して増加することが予想される。

さらに、疑問票が増加することに伴い、明らかに有効又は無効と判断することができる投票が減るなどの結果、上記③の段階においても、集計作業等が煩雑となる。

以上のほか、自書式投票の場合には、順不同で複数の裁判官の氏名を審査人が記載することとなるため、点検の事務負担も増えることが見込まれる。

このように、仮に国民審査において自書式を採用した場合には、国政選挙において自書式を採用している場合と比較して、開票作業の負担が相当程度増加することが容易に想定される。

そして、前記(2)のとおり、在外邦人の総数は135万1970人であり（乙第9号証）、平成29年執行の衆議院議員総選挙における公示日前

日現在の在外選挙人名簿登録者数は約10万人（乙第8号証23ページ）と多数に上ることを考慮すると、上記の想定される開票作業を円滑に処理することは、實際上困難なものというべきである。

なお、国民審査は、衆議院議員総選挙と同時に行われることが憲法上定められていることから、その開票についても、国民審査法により、衆議院小選挙区選出議員の選挙の開票所において、全ての投票箱の送致を受けた日又はその翌日に行うこととされている（国民審査法20条）。そして、選挙結果と同様に審査結果は速やかに審査人に知らせるべきであることや、人員確保や通常業務への影響のおそれ、開票場所の確保の懸念があることを踏まえ、衆議院（小選挙区選出）議員選挙、衆議院（比例代表選出）議員選挙及び国民審査の開票は投票日当日に同時に行われているのが実情である。以上のような状況において、仮に自書式投票を採用した場合、人的、物的態勢の大幅な増強を直ちに実現することが困難であると予想されることから、上記の影響や懸念等が現実化するおそれもある。

以上によれば、在外国民に対して自書式投票を併用することは、その想定される開票作業の内容を踏まえると、實際上困難なものというべきである。

これに対し、原判決は、在外国民審査において自書式投票を採用した場合について、「疑問票が増加し、開票事務が滞るとの点については、自書式投票が採用されている国政選挙の場合と比較して、投票用紙に記載する氏名等の数の多寡はあるものの、問題状況が大きく変わるとは考えにくい。」（原判決41及び42ページ）と判示するが、これは、単記投票である国政選挙の場合と、最大15名、平均しても7名程度の連記投票となることもあり得る国民審査の場合との開票事務の負担等の相違を看過するものであり、正しいものとはいえない。

また、原判決は、前記のとおり、「点字による国民審査の投票方法とし

て採用され、(中略)投票方法である自書式投票を採用するなどの方法により、在外審査制度を実施することは可能であった」(原判決41ページ)と判示するが、前記(2)のとおり、点字による投票の場合は、視覚の障害という事情に認められるため、特に採用されたものである上、当面下においては、点字による投票を利用した投票数は数千票であることから、その開票作業を円滑に処理することが困難であるとはいえず、在外審査において自書式投票を併用する場合とでは事情が異なるものである。したがって、点字による投票が採用されていることをもって、在外審査において自書式投票を採用することが可能であるとは到底いえず、原判決の上記判断も相当とはいえない。

4 小括

以上のとおり、解職制度である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ところ、かかる観点からは、少なくとも現時点においては、記号式投票以外の投票方法を採用することには問題がある。そして、記号式投票を前提とする限り、被告準備書面(1)第2の3(3)(13ないし18ページ)で述べたとおり、在外審査制度を設けることには投票用紙の調製や送付についての技術上の問題があることは明らかである(原判決及び平成23年東京地裁判決もこれを前提としている。)。そうすると、仮に、在外国民に対して審査権の行使を制限していることについては、仮に審査権の行使を制限するには「やむを得ないと認められる事由」がなければ許されないという原判決の見解を前提とした場合においても、「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。したがって、在外審査制度を設けていない国民審査法の規定は、憲法の諸規定に違反せず、一審原告らに対して審査権の行使を認めていなかったことが憲法15条並びに79条2項及び3項に違反するとした原判決の判断が誤りであることは明らかである。

第5 在外審査制度を設けていないことが憲法に違反するとしても、国会にとってその違憲が明白になっていたといえず、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が国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はないこと

1 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については、被告準備書面(1)第2の2(8及び9ページ)並びに被告準備書面(2)第5の1(14ないし17ページ)で述べたとおりであるところ、仮に在外審査制度を設けていないことが憲法に反するとしても、以下のとおり、国会にとって違憲が明白になっていたとは到底いえない。

2 (1) すなわち、前記第4において詳述したとおり、国会は、少なくとも現時点においては、記号式以外の投票方法を採用することには問題があるところ、記号式投票を前提として在外国民審査制度を設けることには技術上の問題があると判断して、在外審査制度の創設を見送っていたものであるが、この判断は、解職制度である国民審査においては、選挙とは異なる観点から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を根拠とするものであって、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る。

(2) そして、以下述べる通り、平成17年大法廷判決、平成23年東京地裁判決の司法判断をもって、国会にとって違憲が明白になっていたと認めることもできない。

ア 平成17年大法廷判決は国会が違憲性を認識する契機とはなり得ないこと

被告準備書面(1)第2の4(2)イ(20ないし23ページ)で述べたとおり、そもそも平成17年大法廷判決は、在外選挙制度に関わるものであり、国民審査制度に関わるものではないから、在外審査制度を設けないことの違憲性を国会が認識する契機とはなり得ないものである。

すなわち、平成17年大法廷判決は、自書式投票が採用されている国政

選挙において、在外国民に選挙権の行使を認めないことについては、やむを得ない事由があったとはいえない旨の判断を示したものであり、もとより、在外審査の実施について技術上の問題点が解消し得ることを判示したものである。その上、同判決が挙げる、内閣が在外選挙制度の創設を内容とする法律案を提出していたことや、通信手段の地球規模での目覚ましい発達等の在外選挙の実施の可否に係る事情は、在外審査において自書式等の投票方法を採用できることを示唆するようなものとも認め難い。

このように、平成17年大法廷判決は、国民審査とは、権利の性質、投票方法、技術上の問題点が全く異なる在外選挙に関して判示したものであって、その判示内容を踏まえても、在外審査において記号式投票を採用することの合理性が揺らぐものではないから、国会にとって、在外審査制度を設けないことの違憲性を認識する契機とはなり得ないものである。

実際にも、平成17年大法廷判決を受け、平成18年に公選法が改正されているものの、その国会審議等において、在外審査制度を創設することについての議論は行われていない。また、同判決直後の国民審査に関する国会質疑等においても、在外審査制度を設けていないことの問題点や合憲性に関する質疑等はなかった⁹。そして、このような平成17年大法廷判決後の国会における議論状況も、同判決が、国会にとって違憲性を認識させる契機となり得なかったことを裏付けているというべきである。

これに対して、原判決は、平成17年大法廷判決が言い渡された時点で、衆議院議員総選挙の際に行われる国民審査を在外国民に認める場合の技術

*3 平成17年大法廷判決の言渡し直後の同年10月14日の衆議院法務委員会において、国民審査の意義等について質疑があったが、在外審査制度を設けていないことの問題点や違憲性についての議論はされていない（乙第11号証）。

上の問題点について解消方法が見いだし得る状況にあった以上、国会において、在外審査制度を設けないことが憲法に違反するに至っていたものといえることについて十分に認識し得たというべきである旨判示するが（原判決45ページ）、前記のとおり、平成17年大法廷判決は、権利の性質、投票方法、技術上の問題点が全く異なる在外選挙についての判示であって、同判決の判示を踏まえても、国民審査において記号式投票を採用していることの合理性は何ら揺らぐものではなく、また、記号式投票を前提とした技術上の問題点が解消され得るものでないことも明らかである。

したがって、平成17年大法廷判決が言い渡された時点で、在外審査の技術上の問題点について解消方法が見いだし得る状況にあったとする原判決の上記判示は誤りであるといわざるを得ない。

イ 平成23年東京地裁判決は、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こと

また、平成23年東京地裁判決は、以下のとおり、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。

確かに、平成23年東京地裁判決は、国民審査法が採用している記号式投票を前提とする限り、技術上の問題がなお相応に存することは否定できないと判示しつつ、同事件の被告（国）が主張する技術上の問題点は、国民審査の公正の確保に留意しつつ在外審査制度の創設に係る立法措置を執ることが事実上不能ないし著しく困難であることを基礎づける事情としては、直ちに十分なものであるとはいえないとし、例えば、点字による投票に類する記名式投票の方法を採ることなどによって技術上の問題には対処が可能であると判示して、在外審査制度を設けていないことの憲法適合性については重大な疑義があるとしており、記名式投票（自書式投票）の方法を採用することにより在外審査が可能であることを具体的に指摘している。

しかしながら、平成23年東京地裁判決は、点字による投票の場合が定められていることのみをもって、直ちに記名式投票（自書式投票）の方法が採用できることを指摘するものであり、国会において記号式以外の投票方法を採用することには問題があると判断していることについて、十分な根拠を示して否定するものではない。そうすると、平成23年東京地裁判決の判示を踏まえても、審査の実効性を確保する観点から記号式投票を採用していることの合理性は揺らがないから、同判決は、国会にとって違憲性が明白であることを根拠づけるものではないというべきである。

そして、このことは、平成23年東京地裁判決後の国民審査に関する国会の議論状況からも裏付けられている。

(7) すなわち、平成23年東京地裁判決後、国民審査に関しては、平成25年4月15日の衆議院予算委員会第2分科会において、畠中光成委員から、罷免したい裁判官に対して×を付けるという現在の方法以外の投票方法も検討すべきとの質問がなされている。しかしながら、これは、「国民審査制度の形骸化が言われている」こととの関係での質問であり、同委員会から、在外審査を実施することの可否についての質問はされていない（乙第12号証52ページ）。そして、この質問に対しては、政府参考人から、要旨、以下のとおり答弁されている（同ページ）。

○現在の方法は、審査に付される裁判官の氏名を投票用紙に印刷した上で、罷免を可とする裁判官に対する記載欄に×の記号を記載することとしている。

○この規定は、有権者に裁判官全員の氏名を知らせる必要があること、なるべく簡易な方法で投票できるようにすべきことから、記号式投票を採用する一方で、全ての有権者が、審査対象裁判官の全員について十分認識しているとはいえないことから、罷免を可としないという意思表示を求めることは、無理を強いるという配慮から定められたものと承知し

ている。

○この点に関しては、最高裁判決においても、罷免を可とする裁判官を選択する現行の仕組みについて、むしろ有権者の意思に合う効果を生じさせると判示していると承知している。

○したがって、国民審査の投票の制度を見直すことについては、こうした立法経緯や判例等も踏まえつつ、解職制度としての趣旨に合致するよう、慎重な検討が必要と考える。

(イ) さらに、被告準備書面(1)第2の3(3)キ(17及び18ページ)のとおり、平成28年改正時においても、在外審査制度を設けることは見送られたところであるが、平成28年改正の際の国会審議においても、在外審査制度についての議論はされていない。

このように、平成23年東京地裁判決から平成28年改定時までの国会の審議等をみても、在外審査制度を設けていないことの問題点や合憲性についての議論は行なわれていない。このような国会の議論状況は、平成23年東京地裁判決が、国会にとって違憲が明白であることを根拠づけるものではないことを裏付けているというべきである。

なお、平成23年東京地裁判決は、同事件の各事件原告の請求をいずれも却下ないし棄却する同事件の被告(国)勝訴の判決(同事件の各事件原告が控訴せず確定)であるから、同判決の確定をもって、国が上記判断を受け入れたということもできない。

以上によれば、平成23年東京地裁判決は、国会にとって違憲が明白であったことを根拠づけるものとはいえず、同判決を根拠に違憲が明白になったということとはできない。

これに対し、原判決(46及び47ページ)は、平成23年東京地裁判決において、在外審査制度の実施における技術上の問題点と、それが解消され得るものであることを具体的に明らかにした上で、在外審査制度が認

められないことの憲法適合性について重大な疑義がある旨判示する司法判断が示されたことにより、遅くとも同判決の時点におい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ということは明白になっていたといえる旨判示するが、前記のとおり、平成23年東京地裁判決は、その判示の内容等に照らしても、記号式以外の投票方法を採用することには問題があるとの国会の認識を揺らがすようなものではないから、原判決の上記判示は誤りである。

- (3) 以上のとおり、仮に在外審査制度を設けていないことが違憲であるとしても、国会は、国民審査の審査制度としての実効性の確保等、その本質に根ざした相応の合理的根拠に基づき、記号式以外の投票方法を採用することには問題があり記号式投票を前提とすればなお在外審査制度を設けることには技術上の問題があると判断したものである上、平成17年大法廷判決及び平成23年東京地裁判決をもって、国会にとって違憲が明白になったということもできない。

そうすると、在外審査制度を設けていないことの違憲性が国会にとって明白となっていたとは到底いえず、同制度を創設しなかった国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であるとの評価を受ける余地はない。

したがって、在外審査制度を設けていない国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法との評価を受けるものとした原判決の判断に誤りがあることは明らかである。

第6 国民審査権と選挙権の憲法上の位置づけの相違も前記主張を補強するものであること

- 1 以上述べたところから本件控訴に理由があることは既に明らかというべきであるが、被告準備書面(1)第2の3(1)(9ないし12ページ)及び被告準備書面(2)第1の2(4ないし7ページ)で述べたとおり、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、このことも、一審被告の前記各主張の合理性を補強するものである。

2 すなわち、憲法は、選挙権に関しては、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」と定めた上で、本文において、「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。」（憲法15条3項。普通選挙の原則）、「すべて選挙における投票の秘密は、これを侵してはならない。選挙人は、その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない。」（同条4項。秘密選挙、自由選挙の原則）、「（引用者注：選挙人の資格は）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差別してはならない。」（憲法44条ただし書）、との諸規定を設けているのに対し、国民審査に関しては、憲法79条2項及び3項において、最高裁判所の裁判官の任命を国民の審査に付す場合と、投票の結果裁判官が罷免される場合を定めるのみである。以上のとおり、国民審査権と選挙権とでは憲法の規定が大きく異なる。

3 また、選挙権は、国民が国政へ参加する機会を保障する基本的な権利として、議会制民主主義の根幹を成す不可欠なものであるのに対し、国民審査は、選任ではなく「リコール（国民解職）」制度であつて、国民主権原理を採用している諸外国においても、国民審査制度を採用している国はほとんどみられないことから明らかとなお、同制度は、国民主権原理から必然的に導かれる制度、権利ではない。そして、憲法は、国民審査に付される場合を「総選挙の際」と定めており（79条2項）、任命から衆議院議員総選挙までの間に裁判官が退任又は死亡した場合等について、審査に付されない場合があることを許容している。実際、最高裁判所裁判官に任命された庄野理一裁判官（依願免官）と穂積重遠裁判官（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。仮に、憲法が、国民審査権を選挙権と同等の権利であるとして規定するならば、総選挙の際ではな

く、任命の都度国民審査を行う制度とすることも考えられるし、国政選挙の際とすることも考えられるが、憲法は国民審査をそのような制度としていないのである。この点については、憲法制定時の帝国議会において、金森徳次郎国務大臣が、「『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を云う必要もない、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)、「幾らか任命ということより軽い意味を含んで居ります。」(同号証529ページ)と答弁しているところである。

- 4 以上によれば、最高裁判所裁判官に対する国民審査は、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。
- 5 そうすると、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基準を用いることは相当ではないというべきであるから、上記のような憲法上の位置づけの相違は、在外審査制度を設けないことが憲法の諸規定に反しないとの一審被告の前記主張(第4)を補強するものというべきである。
- 6 また、仮に在外審査制度を設けていないことが憲法に違反するとしても、国会にとって違憲が明白であるかは、違憲とされる憲法上の権利の性質等から判断されるから(加本牧子「最高裁判所判例解説」法曹時報69巻5号262ページ参照)、憲法上の位置づけの相違は、在外審査制度を設けていない国会議員の立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地がないとの一審被告の主張(第5)をも補強するものというべきである。

第7 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べきである。

以 上