

附 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(2)

平成30年11月1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

中 尾 正

松 尾 淳



第1	国民審査は国政選挙におけ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	4
1	原告らの主張	4
2	被告の反論	4
第2	本件地位確認の訴えが適法であるとの原告らの主張に理由がないこと	7
1	本件地位確認の訴えが法律上の争訟であるとの原告らの主張に理由がないこと	7
(1)	原告らの主張	8
(2)	被告の反論	8
2	本件地位確認の訴えに訴えの利益があるとの原告らの主張に理由がないこと	10
(1)	原告らの主張	10
(2)	被告の反論	10
3	小括	10
第3	本件違法確認の訴えが適法であるとの原告らの主張に理由がないこと	10
1	原告らの主張	11
2	被告の反論	11
第4	国民審査制度に係る原告らの主張に理由がないこと	11
1	領域主権に係る原告らの主張に理由がないこと	11
(1)	原告らの主張	12
(2)	被告の反論	12
2	国民審査法8条の「選挙人名簿」は「在外選挙人名簿」を含むとの原告らの主張に理由がないこと	12
(1)	原告らの主張	13
(2)	被告の反論	13
第5	請求の趣旨第2項の国家賠償請求に係る原告らの主張に理由がないこと	14

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（被告準備書面(1)の主張の補充) .....	14
2 国会に広範な裁量が認められる事柄ではないとの原告らの主張に理由がないこと .....	17
(1) 原告らの主張 .....	17
(2) 被告の反論 .....	17
3 技術上の問題がないとの原告らの主張に理由がないこと .....	18
(1) 投票用紙の印刷に係る原告らの主張に理由がないこと .....	18
(2) あらかじめ裁判官名を印刷した投票用紙を用いるという現在の方法以外の方法を用いることも許容されているとの原告らの主張に理由がないこと .....	20
(3) 在外選挙人名簿に登録されている選挙人につき日本国内における投票が認められていることに係る原告らの主張に理由がないこと .....	22
(4) 小括 .....	23
第6 結論 .....	23

被告は、本準備書面において、原告らの2018年（平成30年）8月21日付け第1準備書面（以下「原告第1準備書面」という。）に対し、必要と認める限度で反論し、併せて、後記第5の1において、最高裁判所平成27年12月16日大法廷判決（民集69巻8号2427ページ。以下「最高裁平成27年判決」という。）を踏まえて、被告の平成30年7月23日付け準備書面(1)（以下「被告準備書面(1)」という。）の主張を補充する。

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 国民審査は国政選挙におけ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

### 1 原告らの主張

原告らは、「本訴の確認の対象は、原告らが憲法15条1項、憲法79条2項3項4項及び国民審査法4条に基づく国民審査権を有しており、かつ、それを次回の審査において行使することができる地位にあることである。」（原告第1準備書面第1の1・3ページ）とし、憲法15条1項が「公務員」の「罷免」を国民固有の権利として定めているとした上で、「終局的に日本国憲法は、国民審査を採用した」のであるから、「これが日本国憲法の採用する国民主権の在り方であって、罷免権であろうと、選挙権と規定の仕方が異なろうと、全国民に認められた国家権力へのコントロールを及ぼすことのできる権利であることには変わりない」とし、国民審査権が選挙権と同等の憲法上の権利である旨主張する（同第3の1・7ページ、同第4の2(1)・13及び14ページ）。

### 2 被告の反論

(1) しかしながら、原告らが上記主張の根拠として挙げる憲法15条1項が、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あることは、被告準備書面(1)第2の3(1)（10ページ）で述べた

とおりである。また、同項の定める公務員の選定罷免権の具体的内容については、別途それぞれ憲法又は法律により定められているところ、これらの規定により具体化された公務員の選定罷免権が一律に選挙権と同等の憲法上の権利であるとは解されない。

そして、選挙権に関しては、憲法上、「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、投票資格等に関する諸規定が設けられているのに対し、国民審査制度に関しては、憲法79条2項が、「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」と、裁判官の任命が国民審査に付されることを規定するのみであり、同条3項及び4項を含め、在外国民を含めた成人国民に投票資格があることが規定されているわけではない。以上のように、国民審査に関する憲法上の規定ぶりは、選挙権に関する憲法上の諸規定とは異なるものといえる。

このような両者の規定ぶりの相違は、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成すものであるのに対し、国民審査については、被告準備書面(1)第2の3(1)(9ないし12ページ)で述べたとおり、国民審査が選任ではなく「リコール(国民解職)」の性質を有するものであること、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が反映されたものといえる。

以上のような両者の憲法上の規定ぶりの相違等に照らして見れば、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、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。

この点に関し、原告らは、「国民審査制度が被告の指摘するとおり解職制と解されていることは、国民審査権の重要性と何ら関係がない」（原告第1準備書面第3の1・7及び8ページ）と主張するが、国民審査と選挙権との憲法上の位置づけの相違を看過するものであって、理由がない。

以上のとおり、国民審査と選挙権との憲法上の位置づけが異なることを一切考慮せず、民主的コントロールを及ぼすことのできる権利であるとの点をもって、国民審査権が選挙権と同等の権利とする原告らの主張は、理由がない。

(2) この点に関し、原告らは、「国民審査権が選挙権と同様の保障を受けることは、東京地判平23.4.26も明確に述べているところである。」（原告第1準備書面第4の3(1)・19ページ）と主張する。しかしながら、原告らが原告第1準備書面第4の2(1)（14ページ）において引用するとおり、東京地裁平成23年判決は、「このような国民審査の制度の趣旨に照らせば、選挙権に関する憲法の規定（15条3項及び4項、44条ただし書）及び投票の機会の平等の要請（憲法14条1項参照）の趣旨は、国民審査における審査権についても及ぶものというべきであって、憲法は、最高裁判所の裁判官の罷免権である審査権を国民の固有の権利として保障して」と判示しているところ、国民主権の原理及び最高裁判所の裁判官を国民による民主的コントロールのもとにおくという国民審査制度の趣旨のみをもって、選挙権に関する憲法の規定の趣旨が国民審査制度にも及ぶと判示するものであるから、前記(1)で述べた、国民審査制度と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。

また、原告らは、平成10年の公選法改正の審議の際に、政府委員が「選挙権と国民審査を完全に連動したものとする見解を述べている」（原告第1

準備書面第4の3(1)・19ページ)と主張するが、原告らが引用する答弁は、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る前に在外国民が国民審査の投票権が与えられていないことの理由を問われたのに対し、そもそも在外国民が衆議院議員の選挙に参加できないことの結果として国民審査にも参加できない旨を述べるものにすぎない。むしろ、原告らが原告第1準備書面第4の3(3)(21ページ)において引用するとおり、平成10年の公選法改正による在外選挙制度創設の際に国民審査についての言及のない理由として、上記の答弁の後、同じく政府委員により、国民審査が記号式投票によるものであることに伴う技術上の制約がある旨の答弁がなされているのであり(甲第6号証)、「選挙権と国民審査を完全に連動したものとす

る見解」が採られていないことは明らかである。

さらに、原告らが「国民審査権は選挙権とは権利の性質が異なるので、その権利行使を制約して良いなどという認識は全く存在しておらず、当然そうした議論がなされたこともない。本件提訴に対応するため被告が新たに作り出した論理に過ぎず、立法者の意思とは異なる。」(原告第1準備書面第4の3(1)・19ページ)と述べる点については、被告準備書面(1)第2の3(1)(9ないし12ページ)で述べたとおり、憲法制定時の帝国議会において、国務大臣が「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。」と答弁していることを無視するものである。

(3) 以上のとおり、国民審査は、国政選挙に関す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から、国民審査権が選挙権と同等の憲法上の権利である旨の原告らの主張に理由はない。

## 第2 本件地位確認の訴えが適法であるとの原告らの主張に理由がないこと

1 本件地位確認の訴えが法律上の争訟であるとの原告らの主張に理由がないこと

## (1) 原告らの主張

原告らは、前記第1の1のとおり、「本訴の確認の対象は、原告らが憲法15条1項、憲法79条2項3項4項及び国民審査法4条に基づく国民審査権を有しており、かつ、それを次回の審査において行使することができる地位にあることである。」とし、「国民審査権というものの自体に、その行使をすることができる地位が必然的に含まれている」とした上で、「裁判所で審理し判断されるべきは、憲法が保障し国民審査法4条が具体的に付与した国民審査権の意義とその内容、法は在外邦人の国民審査権を制限する規定をおいているのかどうか、また権利があるのに行使をさせないということが現行法上許容されうるのかどうかという点であり、いずれも現行の憲法及び国民審査法の解釈論によって解決されるべき問題である。」から、本件地位確認の訴えが「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）に当たる旨主張する（原告第1準備書面第1の1・3ないし5ページ）。

## (2) 被告の反論

しかしながら、答弁書第2の1(1)（2及び3ページ）で述べたとおり、憲法は、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。」と規定しており、国民審査制度を具体的にどのような制度とするかの決定を広く立法政策に委ねているのであるから、法律による制度の具体化を待った上で権利行使が可能になるものと解されるのであり、国民審査制度にあらゆる場合に行使をすることができる地位が必然的に含まれているということはいえない。

また、原告らが国民審査法4条に基づく権利を主張する点については、同条は、衆議院選挙の選挙権を有する者が審査権を有する旨定めるものであり、審査人の資格を定めるものにすぎず、国民審査法が別に審査人の名簿や投票の方式等について規定を設けていることからしても、同条を根拠に審査権を行使できる地位、すなわち国民審査において投票することができる地位の確



認を求めることはできない。原告らは「国民審査法の解釈論によって解決されるべき問題である。」と主張するが、答弁書第2の2(2)イ(5及び6ページ)で述べたとおり、そもそも、国民審査法は、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のであるから、同法の解釈によっても存在しない地位の確認を求めることはできない。

これらのことは、答弁書第2の2(4)(7及び8ページ)で述べたとおり、最高裁平成17年判決が、公選法附則8項が違憲無効であれば、新たな立法によらずとも、公選法に基づき在外選挙人に選挙権が認められることになるため、在外選挙人名簿に登録されていることに基づき、両議院の選挙区選出議員の選挙について、投票することができる地位の確認請求が認容できるとしたことから明らかである。

結局のところ、原告らが「被告はここで確定した法律関係を前提に法制度を整備し執行する義務を負うことになる」(原告第1準備書面第1の1・4ページ)と自認するとおり、前記(1)の原告らの主張は、裁判所に対して、新たな制度の創設を求めるに等しいものであり、理由がない。

なお、原告らは、東京地方裁判所平成25年3月14日判決(判例時報2178号3ページ。原告らは、「東京地判平25・1・24」とするが、上記判決を指すものと思われる。)を引用するが、同判決の事案は、平成25年法律第21号による改正前の公選法11条1項1号が成年被後見人は選挙権を有しないと規定していたことから、同号が違憲無効であるとして、成年被後見人である原告が次回の衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙において投票することができる地位にあることの確認を求めたものであるところ、同事案においては、成年被後見人の選挙人の資格の有無が争点となったものであり、同号が違憲無効と判断されれば、公選法のその余の規定により原告が上記の地位にあることが確認できたのであるから、本件と事案を異にし、適切でない。

## 2 本件地位確認の訴えに訴えの利益があるとの原告らの主張に理由がないこと

### (1) 原告らの主張

原告らは、「本訴が認容されると、被告には、原告らの参加を許さない国民審査制度を存続させ執行する裁量がないことが確定する。被告は国民審査制度を拡充する義務を負う。これによって、在外邦人が国民審査権を事実上制限されており、これは憲法と国民審査法に違反するのではないかという本件の本質的な紛争は抜本的に解決することになる。本訴に訴えの利益があることは明らかである。」（原告第1準備書面第1の2・5及び6ページ）と主張する。

### (2) 被告の反論

しかしながら、「被告は国民審査制度を拡充する義務を負う。」との前記(1)の原告らの主張は、正に、具体的立法がない以上、国民審査において投票することはできないことを自認するものであるから、答弁書第2の2(3)イ(7ページ)で述べたとおり、結局のところ、原告想田らが確認を求めている地位というのは、法律により具体化される以前の抽象的な権利の確認にすぎず、確認の対象として有効、適切とはいえない。

なお、原告らは、「原告が確認を求めているのは国民審査法4条に基づく法律関係であり、憲法上の権利の確認を求めているのではない。」（原告第1準備書面第1の2・6ページ）と主張するが、「国民審査法4条に基づく法律関係」というのは、審査人の資格の有無についての法律関係にほかならず、前記1(2)で述べたとおり、同条を根拠に国民審査において投票することができる地位の確認を求めることはできない。

## 3 小括

以上より、本件地位確認の訴えが適法であるとの原告らの主張に理由はない。

## 第3 本件違法確認の訴えが適法であるとの原告らの主張に理由がないこと

## 1 原告らの主張

原告らは、本件違法確認の訴えが「原告との関係で、今回の国民審査において、審査権の行使をさせないことの違法確認を求めるもの」であり、「特定の個人との間の個別具体的な法律関係の確認を求めており、抽象的な法令の違法・違憲確認や立法不作為の違法確認を求めるものではない」から適法である旨主張し、最高裁平成17年判決も、「カテゴリーとして法令の違法確認の訴えを否定していない」と主張する（原告第1準備書面第2・6及び7ページ）。

## 2 被告の反論

しかしながら、被告は、本件地位確認の訴えが、新たな立法措置がない限り存在し得ない地位の確認を求めるものである以上、国民審査制度に関し、原告想田ら及び被告との間において、他に確認の対象となり得る当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係が存在しないことから、本件違法確認の訴えが、国民審査法が違法であることの確認、あるいは立法不作為の違法確認を求めるものと解したのであって、このような訴えが「特定の個人との間の個別具体的な法律関係の確認を求め」るものであるとは到底いえない。

原告らが、最高裁平成17年判決が「カテゴリーとして法令の違法確認の訴えを否定していない」ことの根拠として挙げる判示も、確認の利益の要件との関係でなされた判示であり、法令の違法確認の訴えが法律上の争訟に当たるかどうかについて判断したものではない。

したがって、立法不作為が国賠法上違法と評価される余地があることは格別、このような抽象的、一般的に法令等の違憲あるいは違法性等に関する判断を求める訴えは、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に当たらず、不適法といわざるを得ない。

## 第4 国民審査制度に係る原告らの主張に理由がないこと

### 1 領域主権に係る原告らの主張に理由がないこと

## (1) 原告らの主張

原告らは、「在外投票は、日本国に対する主権の行使であって、居住国の国家権力に対して、何ら影響するものではなく、(領域)主権の問題は生じない。つまり、領域主権(統治権)と、在外投票制度は何ら関係がない。」

(原告第1準備書面第3の2・8ページ)と主張する。

## (2) 被告の反論

しかしながら、在外国民が国家に対して権利を行使するに当たっては時間的制約や地理的制約等、おのずから制約があるところ、公選法上の在外選挙制度も、このような制約を考慮の上で一定の範囲で在外国民に選挙における投票を可能とするために設けられたものであり当該国民が領域外にいるか否かは当該国民の有する選挙権の内容と無関係ということとはできない。

そもそも、多くの国で在外選挙制度が一般に導入されたのは1980年代から90年代にかけてであり、その導入の背景には、国際交流の活発化、経済活動の規模の拡大等による国際化に伴って国外に居住する国民の数が飛躍的に増大したこと、交通・通信技術の進歩によって国外に居住する国民も自国の国内情報を容易に入手できるようになったこと、さらには、国民の政治参加や民主主義に対する政治意識が高まったことなどの社会的状況の変化があるといわれているところ(杉原則彦・最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(下)617及び618ページ)、最高裁平成17年判決もこのような事情を踏まえた上にあるものといえるのであり、「在外選挙人名簿ができたために選挙権の行使が可能になったのは、それまで手続きが存在しなかったことから投票しようがなかったところ、それが是正されたということにすぎない。」(原告第1準備書面第3の2・9ページ)と、あたかも当初から在外国民の選挙権の行使が憲法上保障とされていたかのように原告らが述べるのは、誤解を招くものである。

## 2 国民審査法8条の「選挙人名簿」は「在外選挙人名簿」を含むとの原告らの

## 主張に理由がないこと

### (1) 原告らの主張

原告らは、最高裁判所平成20年6月4日大法廷判決（民集62巻6号1367ページ。以下「最高裁平成20年判決」という。）が、平成20年法律第88号による改正前の国籍法3条1項が国籍取得の要件として父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことを定めたこと（準正要件）が憲法14条1項に違反するとした上で、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子が、同項所定の要件のうち準正要件を除いた要件が満たされるときは、同項に基づき日本国籍を取得する旨判示したことを根拠に、「本件においても、在外選挙人名簿登載者の国民審査を認めないことは憲法に違反していることから、それを解消するために必要があるのであれば、国民審査法8条の選挙人名簿には在外選挙人名簿も含むと解しなければならないのである。」と主張する（原告第1準備書面第3の3(1)・9ないし11ページ）。

### (2) 被告の反論

しかしながら、そもそも、国民審査の在外投票制度を設けないことが、平成28年改正の前後を問わず、憲法の諸規定に違反しないことは、被告準備書面(1)第2の3（9ないし18ページ）で述べたとおりである。そして、前記(1)のとおり、最高裁平成20年判決は、平成20年法律第88号による改正前の国籍法3条1項のうち準正要件の部分が違憲であることを前提に、「違憲の瑕疵を是正するため」前記(1)のような同項の解釈を行ったものであるから、原告らが国民審査法8条の「選挙人名簿」には「在外選挙人名簿」も含まれることの根拠として最高裁平成20年判決を持ち出すことは、答弁書第2の1(2)ア（3及び4ページ）で述べたとおり、文理解釈としてこのような解釈を採り得ないことを自認するものにほかならない。

なお、原告らは、「上記の国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決が、新たに緩

和された国籍取得要件を創出したとみ得る点について、『立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ない』と述べたことは、本訴における確認の訴えの法律上の争訟性においても参照されなければならない。」(原告第1準備書面第3の3(2)・12ページ)と主張するが、仮に、国民審査法8条の「選挙人名簿」に公選法の「在外選挙人名簿」が含まれると解したとしても、この解釈のみをもって直ちに在外国民が国民審査において投票できることにはならず(公選法上も、在外選挙人名簿に係る30条の2ないし16の規定のほか、在外投票等に係る49条の2の規定や、公選法の委任を受けて公職選挙法施行令及び在外選挙執行規則において詳細な規定を設けているところである。)、裁判所に対して新たな制度の創設を求めることには変わりないから、上記の原告の主張は失当である。

## 第5 請求の趣旨第2項の国家賠償請求に係る原告らの主張に理由がないこと

### 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(被告準備書面(1)の主張の補充)

(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)において述べたところであるが、この点に関し、平成28年法律第71号による改正前の民法733条1項の規定のうち100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分が、平成20年当時において憲法14条1項、24条2項に違反するに至っていた旨判示した最高裁平成27年判決は、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであるところ、国会議員の立法行為又は立法不作為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

動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法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、上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、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ことがあるというべきである（最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁，最高裁平成13年（行ツ）第82号，第83号，同年（行ヒ）第76号，第77号同17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁参照）。」と判示する。

上記の判示に関し、千葉勝美裁判官の補足意見は、最高裁平成17年判決が「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」の「前段部分」と、「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」の「後段部分」から成っているとした上で、「本件は、平成17年判決の判示のうち前段部分と同様のケースであるところ、前段部分の判示のような憲法上の権利侵害が一義的な文言に違反しているような極端な場合ではないので、多数意見は、今回、改めて、これらの従前の当審の判示をも包摂するものとして、一般論的な判断基準を整理

して示したものであり、平成17年判決を変更するものではない。」とし、  
「また、本件は、平成17年判決中の前段部分の違憲の立法の改正を怠ると  
いう立法不作為の違法性に関する事件ではあるが、多数意見で示された一般  
論は、その判示内容からして、前段の場合に限らず、後段の場合をも含め、  
国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法  
になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したものと解することがで  
きる」と述べる。

千葉勝美裁判官の補足意見から明らかなように、最高裁平成27年判決の  
上記の判示は、立法不作為が国賠法上違法となる場合に関する従前の最高裁  
判決の判示について「一般論的な判断基準を整理して示したもの」であり、  
最高裁平成17年判決の判断枠組みを変更するものではないから、被告準備  
書面(1)第2の2(8及び9ページ)において、最高裁判所昭和60年11  
月21日第一小法廷判決(民集39巻7号1512ページ。以下「最高裁昭  
和60年判決」という。)及び最高裁平成17年判決を引用しつつ被告が主  
張した、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の判断枠組  
みに変更を求めるものではないと解される。

- (2) なお、原告らは、「被告は国会議員の立法不作為が国賠法上違法と評価さ  
れる場合の規範について、制限的な表現を用いた最高裁昭和60年11月2  
1日第一小法廷判決を強調する。しかしこの論点については、(中略)最大  
判平17. 9. 14が定立した要件に則り判断されるべきである。」とし、  
「前掲最高裁大法廷判決(引用者注:最高裁平成17年判決)は国家賠償法  
上の違法の判断において『極めて』という言葉を用いていない。」(原告第  
1準備書面第4の1・12及び13ページ)と主張する。

しかしながら、最高裁昭和60年判決と最高裁平成17年判決の関係につ  
いては、最高裁平成17年判決が、最高裁昭和60年判決は「以上と異なる  
趣旨をいうものではない。」と判示している(判例変更の手続は採られてい



ない。)ことに照らすと、国会議員の立法行為は原則として国賠法上違法の評価を受けるものではないとの一般原則を堅持しつつ、最高裁昭和60年判決が示した「例外的な場合」の例示部分を、前記(1)で述べた「前段部分」と「後段部分」の場合に置き換えたものと解すべきである。原告らは、杉原則彦・最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(下)655及び656ページを引用するが、当該箇所においても、最高裁平成17年判決が最高裁昭和60年判決を前提にするものであることが述べられており、また、同判例解説は、657及び658ページにおいて、「本判決は、昭和60年判決を維持しつつも、その射程を実質的に限定し、国会の立法又は立法不作為について国家賠償責任を肯定する余地を拡大した」と述べているところである。

## 2 国会に広範な裁量が認められる事柄ではないとの原告らの主張に理由がないこと

### (1) 原告らの主張

原告らは、国民審査権が選挙権と同等の憲法上の権利であるとの前記第1の1の主張を前提に、「個々の国民の参政権の制約に関し、国に広範な裁量があるなどと述べた判例はない。」「国民主権の前提として、国民一人一人が等しく国家権力にコントロールを及ぼす機会を与えられることが必要であり、憲法44条但書および憲法14条の趣旨が国民審査に及ばない理由はない。」として、「国民審査権の権利行使を制限する場合も、選挙権の行使を制限する場合と何ら変わらない審査基準による必要がある。」と主張する(原告第1準備書面第4の2(2)・14及び15ページ)。

### (2) 被告の反論

しかしながら、前記第1の2で述べたとおり、国民審査権が選挙権と同等の憲法上の権利である旨の前記第1の1の原告らの主張に理由はない以上、前記(1)の原告らの主張は、その前提において理由がない。

そして、答弁書第2の1(1)(2及び3ページ)及び被告準備書面(1)第2

の3(1)(9ないし12ページ)で述べたとおり、国民審査制度の法的性格が解職制度と解されていること等によれば、当該制度の合憲性の判断枠組みとしては、選挙権の制限について述べた最高裁平成17年判決の判示よりも、選挙制度の仕組みの決定について述べた最高裁判所昭和51年4月14日大法廷判決(民集30巻3号223ページ)をはじめとする累次の最高裁判所大法廷判決の判示が妥当するものというべきであり、被告準備書面(1)第2の3(1)(9ないし12ページ)で述べたとおり、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、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。

したがって、前記(1)の原告らの主張に理由はない。

### 3 技術上の問題がないとの原告らの主張に理由がないこと

#### (1) 投票用紙の印刷に係る原告らの主張に理由がないこと

##### ア 原告らの主張

原告らは、平成28年改正前の国民審査法の下でも、「実際には衆議院任期満了又は解散の時点で審査が必要な裁判官は判明しているわけで、被告の主張を前提としても裁判官が確定しないことによって技術上の問題が生じるケースは解散又は任期満了前60日に当たる日から告示日までに内閣が新たな裁判官を指名した場合に限られる」から、「在外審査を行うことについての技術上の問題は存在していなかった。」と主張する(原告第1準備書面第4の2(3)ア・16ページ)。

##### イ 被告の反論

しかしながら、被告準備書面(1)第2の(3)キ(17及び18ページ)で述べたとおり、被告は、「解散又は任期満了前60日に当たる日から告示日までに内閣が新たな裁判官を指名した場合」に、投票用紙の送付が間に合わないという技術上の問題があることから、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が解消されず、国民審査を在外選挙制度の対象とすることが見送られた旨主張しているのであり、このことは平成28年改正前の国民審査法の下でも同様であるから、前記アの原告らの主張は、そもそも、被告の主張に対する反論となっていない。

この点に関し、原告らは、「衆議院議員の任期満了の日の60日前か衆議院解散の日のいずれか早い日から衆議院総選挙の公示の日の間に新たに裁判官が任命されるという（中略）例外的事態は、最高裁判所裁判官の任命の実務的な運用からは考えがたいものであり、実際に1949年から2017年までの24回に及ぶ国民審査の歴史の中で生じたことは一度もない。」（原告第1準備書面第4の3(2)・20ページ）と、過去にこのような事態が生じなかったことをもって、技術上の問題がないと主張するようである。しかしながら、国民審査法上、このような事態が生じることが予定されている以上、上記のような投票用紙の送付が間に合わないという技術上の問題が解消されていないことは変わりなく、このような技術上の問題が解消されていないにもかかわらず国民審査の在外投票制度を実施した場合、一たびこのような例外的事態が生じれば、当該国民審査については、在外国民への投票用紙の送付が間に合わず、在外国民が投票に参加できないことになることで、在外国民が投票に参加した国民審査と投票に参加しない国民審査の両方が生じることとなり、制度内で不整合が生じる結果となるが、国民審査法がこのような不整合が生じることを許容しているとはいえない。

また、平成28年改正後においては、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ているところ、投票用紙の調製は、どんなに早くとも国民審査の実施が確定する衆議院解散の日から始めるしかなく、投票用紙の調製に要する期間や在外公館への投票用紙の送付に要する期間等を考慮すると、在外公館によっては、一定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実際上不可能という状況に変わりはない。

したがって、前記アの原告らの主張に理由はない。

(2) あらかじめ裁判官名を印刷した投票用紙を用いるという現在の方法以外の方法を用いることも許容されているとの原告らの主張に理由がないこと

#### ア 原告らの主張

原告らは、国民審査法においても衆議院選挙と同様に点字による投票が認められていること（同法16条1項）、公選法においては、ファクシミリによる洋上投票が認められていること（原告らは、同法47条7項を根拠に挙げるが、同法49条7項の誤りである。）、ブラジル連邦共和国においては電子投票機を利用した投票が行われていることなどを根拠に、あらかじめ裁判官名を印刷した投票用紙を用いるという現在の方法以外の方法を用いることも許容されているから、記号式投票（国民審査法14条）は「技術上の問題」に当たらない旨主張する（原告第1準備書面第4の2(3)イ・17ページ）。

#### イ 被告の反論

しかしながら、国民審査法16条1項が点字による投票を認めているのは、短期間で点字により記号式投票の投票用紙を調製するのが難しいことに加え、点字には「×」といった記号がないところ、記号式投票の「審査に付される裁判官」の欄に点字で氏名が打たれた場合に、その意思を表示すべき箇所に審査人が点字により正確に記入することが難しいという事情があるからであり、被告準備書面(Ⅰ)第2の3(3)イ(13及び14ページ)で述べた記号式投票の趣旨及び自書式投票が採用された場合の弊害からすれば、国民審査法16条1項が点字による投票を認めているからといって、点字による投票以外の場合に自書式投票が許容されるということにはならない。

また、公選法49条7項の規定によるいわゆる洋上投票制度は、遠洋区域を航行区域とする指定船舶に乗船する船員について、ファクシミリ装置を用いて送信する投票を認めるものであるところ、投票送信用紙を受信する指定市町村の選挙管理委員会や不在者投票管理者となる船長等の事務負担等が大きい中で、対象となる選挙人の数などを踏まえて、衆議院議員の総選挙と参議院議員の通常選挙の不在者投票を対象として制度化されたものであり、現行の公選法の体系の中で極めて例外的な制度である。そして、在外国民にファクシミリ装置を用いて送信する投票を認めるには、投票の確実な送受信を確保し適正に管理執行する観点から、それぞれ時差が異なる世界各地から送信された投票を受信する全国の市町村の選挙管理委員会において、投票の送受信の都度、送信者と連絡できるようにしておく必要があるが、こうした措置を講じることは現実には不可能と考えられている（甲第10号証の1・9及び11ページ）。

さらに、ブラジル連邦共和国において電子投票機を利用した投票が行われていることや、原告らが挙げる「投票用紙に1から15までの番号をあらかじめ印刷し、審査の対象となる裁判官の名前と番号を対応させた用紙を投票所内に掲示して、投票用紙には各番号の欄に×の記号を記入する方式」（原告第1準備書面第4の2(3)イ・17ページ）という具体例も、国民審査法が公製公給主義を規定している趣旨や、同法が記号式投票を採用している趣旨に反するものである。すなわち、国民審査法は、選挙管理委員会が投票用紙を調整しなければならないことを規定するなどし、国民審査の投票用紙について、公製公給主義を採用している（同法13条、14条）。これは、一人一票の原則に反した不正の投票を防止し、投票の秘密を保持し、もって選挙の公正を確保しようとする趣旨によるものであって、公職選挙法においても同様に、公製公給主義（同法45条）を採用している（安田充ほか・逐条解説公職選挙法（上）369及び370ページ）。

乙第6号証)。そして、原告らが主張する上記の投票方法は、国民審査制度において公製公給主義を採用した上記の趣旨を放棄するものにほかならない。また、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、国民審査法14条が記号式投票を採用した趣旨は、審査人に対し審査対象の裁判官全員の氏名を知らせるとともに、なるべく簡易な方法で投票できるようにすることによって、審査人の投票の便宜をはかるにとどまらず、簡明な投票方法を採用することで過誤投票を防ぐこと等にあるところ、原告らが挙げる、投票用紙に番号を記載する上記方式を採用した場合、番号と対応する裁判官を誤って認識するなどして記号式投票と比して過誤投票が増加する可能性があり、このような投票方式が記号式投票を採用した上記趣旨に反することは明らかである。

したがって、前記アの原告らの主張に理由はない。

(3) 在外選挙人名簿に登録されている選挙人につき日本国内における投票が認められていることに係る原告らの主張に理由がないこと

ア 原告らの主張

原告らは、原告■■■■及び原告■■■■が一時帰国中に日本国内の投票所で投票を行ったにもかかわらず本件国民審査において投票できなかったこと、本件国民審査において、投票所において投票用紙を配布され、本件国民審査において投票した在外国民が存在したことから、「国内の投票所を訪れて投票を行う在外国民の国民審査権を制約する技術上の問題はまったく存在しない。」と主張する(原告第1準備書面第4の2(3)ウ・18ページ)

イ 被告の反論

しかしながら、在外選挙人名簿に登録されている選挙人については、衆議院議員又は参議院議員の選挙において、日本国内における投票が認められているところ(公選法49条の2第3項及び4項)、これは、在外選挙

制度を前提として、国外で投票できる選挙人が一時帰国した際などに国内で投票できないこととするのは均衡を欠くことから設けられたものであり、そもそも国外における投票が認められていない国民審査とは何ら関係のない事情である。

また、投票所において投票用紙を配布され、本件国民審査において投票した在外国民が存在した事実は、本来、投票用紙を配布すべきではなかった者に対して投票用紙が配布されたことによるものであり、それ自体、不適切な取扱いであり、かかる極めて例外的な過誤事例を前提とした原告の主張には理由がない。

したがって、前記アの原告らの主張に理由はない。

#### (4) 小括

以上より、請求の趣旨第2項の国家賠償請求に係る原告らの主張は、いずれも理由がない。

### 第6 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