

2018年12月3日

東京地方裁判所民事第2部B係 御中

平成30年（行ウ）第143号、同（ワ）第11936号

原告 想田和弘ほか4名

被告 国

原告ら訴訟代理人

弁護士 吉 田 京 子

同 塩 川 泰 子

同 小 川 直 樹

同 井 桁 大 介

同 谷 口 太 規



第3準備書面

被告準備書面（2）で新たに述べられた被告の主張について、次のとおり反論する。

第1 法律上の争訟である

1 「あらゆる場合」に権利行使できるという主張ではない

被告は、実質的当事者訴訟の適法性に関して、「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とはできない」（被告準備書面（2）8頁19-21行）と反論する。

しかし、そもそも原告は「あらゆる場合」に権利行使できると主張していない。原告らが審査権を有することは法文の規定上明らかであり（国民審査法4条、公職選挙法9条1項）、国民審査法その他の法律に原告らの権利行使を制限する規定はない（国民審査法8条は原告らの権利行使を制限する規定ではありえない。同条は権利を設定したりそれを制限したりするものではなく、国民審査の実施方法の細目を定める手続規定にすぎない。）から、原告らが権利を行

使することができる地位にあることは、判決において認容しうると主張しているのである。

原告の権利行使を基礎づける規定が存在しないという被告の主張は、したがって原告の請求は棄却されるべきであるという実体法上の主張にほかならない。仮に被告の主張が正しいと裁判所が判断する場合には、原告の主張を認める判決が**できない**だけであり、裁判所による終局的解決に**なじまない**ことにはならない（大沼洋一「行政判例研究」自治研究91巻5号121頁参照）。裁判所は、被告の主張に従うことが憲法に適合するかどうかを審理し、現行法の憲法適合的解釈を示して結論を導くべきである。

2 法令の違法確認訴訟の法律上の争訟性は明らかである

被告は、最高裁大法廷の示した判断について、「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」

（被告準備書面（2）11頁16-19行）として、あたかも、上記最高裁大法廷判決が本違法確認訴訟の法律上の争訟性とは無関係であるかのようについていう。

しかし、最高裁が、訴えの利益との関係で違法確認訴訟を挙げて判示したことは、本訴の法律上の争訟性との関係で極めて重要な意義を有している。すなわち、最高裁は、本件と類似の違法確認訴訟について、法律上の争訟性を否定して容易に却下できることを前提とせず、あくまで補充性の観点から訴えの利益を欠くものとして訴えを却下したのである。この判示は、補充性を満たす場合には違法確認訴訟の適法性が認められ得ることを前提とするものである。

そもそも、本地位確認訴訟のような積極的確認を認めず、かつ本違法確認訴訟のような消極的確認を認めなければ、立法機関の裁量を裁判所が合憲性の観点から実効的に統制できない事態が生じることになる。それは、もはや立法機関・行政機関に裁量を認めつつそれを統制して機能分担を図るという三権分立原理の下における司法の役割の放棄に他ならない。本違法確認訴訟に法律上の争訟性が認められることは明らかである（山本隆司「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政法上の論点」法学教室308号30～31頁、前掲大沼洋一・自治研究91巻5号128～130頁）。

3 「解釈のみをもってただ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」ないという主張について

被告は、現行法の解釈のみによっては在外国民審査は実施できず、その執行に関する詳細な規定が必要であるから、本訴は法律上の争訟性を欠くと主張する（被告準備書面（2）14頁6-7行）。

被告の主張は本訴の意義を誤解したものである。本訴が求めているのは、原告らが、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法的地位にあることを確認することである。審査用紙の交付を求めたり、審査を行う場所への立ち入りを求めたりするものではない。在外国民審査実施方法の細目は当然に国会や行政庁において定めればよく、それらが定まっていなくても、それは原告らの法的地位それ自体が存在することの妨げにはなりえない。たとえば、国民審査実施の際の在外公館における投票時間が定められれば、それが権利行使の實質を奪うものでない限りは、審査人はその規定に従って投票をする。あるいは、投票用紙の記載方法について定められれば、当然にそれに従って投票を行う。本訴は、24時間いつでも投票をさせよと求めているのではないし、原告らが思うままの記載方法で投票させよと主張するのでもない。当然、実施手続の細目について議論したり定めたりしようとするものでもない。あくまで、権利行使をすることができる地位という法律関係を確認し、その法律関係の實質に背くことがない制度として被告が次回の国民審査を実施するよう求めるものである。したがって、本訴が認容された後の国民審査においては、原告らの権利行使の機会を實質的に奪うような態様での国民審査を実施することは許されないことになるが、在外国民審査制度をどのように定めるかはいまだ国会の裁量の範囲に属しているのである。

被告の主張は、あたかも、被告会社の従業員たる地位にあることの確認を求める訴訟において、「従業員たる地位を有する場合の出勤時間や座席の配置の詳細が定められていないのでそのような地位確認は認められない」と主張するかのようなものである。たしかに、現に未払賃金の支払いを請求するのであれば、その根拠となる所定労働時間や時間外労働に関する規定が必要である。しかし、地位確認はそれらの前提となる法律関係それ自体を確認して紛争を抜本的に解決しようとするものであるから、手続の細目規定がないから地位確認ができないなどという主張は当を得ない。地位確認が認められた後で、会社はその必要に応じて規定を整備する義務を事実上負うに過ぎない。本訴の被告もこれと同様の立場にある。

第2 平成17年最大判の枠組みが用いられる

被告は、「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」等の判示が妥当すると主張する（被告準備書面(2)17頁）。

しかし、本件と昭和51年最判は全く問題状況が異なる。昭和51年最判では原告らに投票する権利は保障されている。侵害された権利・自由は、他の地域の住民と、一票の価値において平等に取り扱われることである。他方、本件の原告らは、原告らは国民として憲法上保障された権利が全く行使できなかつた。ただ海外に住むというそれだけで権利が完全に剥奪されていた。価値の平等ではなく、そもそも権利が保障されていなかったのである。

これは平成17年と全く同じ状況である。平成17年最大判の原告らも、海外に住むというそれだけで、選挙権が剥奪されていた。平成17年最大判は、権利は行使できなければ意味がなく、国には国民が憲法上保障された権利を行使できるように所要の措置を取るべき責務があると判示する。憲法上保障された権利が剥奪されている本件においては、平成17年最大判の判示が妥当する。

また、国民審査制度が公務員の解職制度と解されていることは、本件に平成17年最大判の判示が妥当することを否定するものではない。公務員を「選定し、及びこれを罷免する」ことは、国民主権の具現化たる国民固有の権利として表裏一体の関係にある（憲法15条1項）。国民主権を支える権利の行使について、解職制度であることを理由に権利の剥奪が緩やかに許される合理性はない。公務員の「解職制度」は、選挙制度と本質的に同じものである。選挙制度における国民の権利が剥奪された平成17年最大判の判示は、国民審査制度における国民の権利が剥奪された本件に妥当する。

以上より、本件では平成17年最大判の枠組みが用いられる。すなわち、国民の国民審査権又はその行使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」。そして、「そのような制限をすることなしには」国民審査の公正を確保しつつ国民審査権の行使を認めることが「事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない。このような事由なしに国民の国民審査権の行使を制限することは、憲法15条1項、憲法79条2項3項、憲法15条3項、憲法44条但書に違反する。また、このことは、国が国民の国民審査権の行使を可能にするための「所要の措置を執らないという不作為によって国民が」国民審査権を「行使することができない場合についても、同様である」。

第3 原告の権利を制限するやむを得ない事由はない

被告は、在外国民審査は「技術上の問題」のために実施が困難であり、これが、原告の権利を制限するやむを得ない事由に当たると主張する（被告準備書面(2)18-23頁）。この主張は誤りである。まず、被告の主張するような「技術上の」制約は存在しない。技術的には容易に実現可能である。被告の主張するところによっても、この「技術上の問題」のほかに原告らの権利行使を制限する理由はないから、結局、原告の権利行使の制限は許されない。また、仮に被告のいう「例外的事態」において技術的困難があり得るとしても、それは全在外国民の権利を制限するやむを得ない事由には当たらない。

1 在外国民審査の実施に「技術上の」問題はない

被告は、在外国民審査は「技術上の」問題のために実施が不可能であるか著しく困難であると主張するようである（被告準備書面(2)18-23頁）。しかし、被告の懸念を最大限に考慮しても、やはり在外国民審査は実施できる。被告のいう問題点はいずれも法改正等の措置によって克服できるものであって、「技術上の」制約ではないからである。

在外国民審査の実施における「技術上の」問題を理由に原告らの権利行使を制限することは許されない。

(1) 被告の主張

すべての国政選挙において在外投票が実施されている。在外投票そのものの、すなわち、日本国内における投票用紙の印刷・裁断及び発送の準備、各在外公館への配布準備、東京国際郵便局への送付、各在外公館への送付、各在外公館における整理、投票後の在外公館から外務省への送付、外務省から各投票所への送付のいずれについてもこれまで滞りなく実施されてきた。これらの過程に「技術上の」問題がないことはもはや明らかである。被告は、しかし、選挙と国民審査の投票用紙の様式の相違を強調して、国民審査には「技術上の」問題があり、選挙とは違って在外公館での実施が不可能であると主張する。すなわち、選挙は自書式投票だが審査は記号式投票である（被告準備書面(1)第2(3)ア）；国民審査に自書式投票を用いると、投開票に時間がかかる（同イ）；分離記号式投票を用いると、過誤投票が増える（被告準備書面(2)第5の3(2)イ）、というのである。

なお、被告は、60日前通知を導入した現行国民審査法を前提としても、「在外公館によっては」在外国民審査の実施は「實際上不可能という状況に変わりはない」とも主張する。しかし、告示60日前または衆議院の解散時に審査予定裁判官を通知し印刷を開始することとした現行法下において、投票

用紙の印刷と送付に関して国政選挙と国民審査との相違は解消した。現に滞りなく行われている国政選挙と異なって、国民審査だけが一部の在外公館で実施できないというのは明らかに不合理である。

(2) 在外国国民審査は実施できる

被告の主張は、在外国国民審査実施に対する懸念にすぎない。こうした懸念を最大限考慮しても、公正な在外国国民審査は実施できる。「技術上の」問題が過去にもなく、現在もないことは明らかである。

被告は、在外国国民審査に自書式を採用すると投開票に時間がかかると主張する。しかし、投開票に時間がかかるからといって、公平な在外国国民審査が実施できないということにはならない。投開票の時間を短縮するための方を講じることは十分可能である。投票にあたっては、たとえば、投票ブースを増やせばよく、開票にあたっては、開票作業に当たる人を増やせばよい。なお、被告は自書式投票によって疑問票が増えることをも開票作業の遅滞の原因として主張するようであるが、そもそも国政選挙は自書式投票で行われており、多数の疑問票を生んでいる。疑問票が生じるから開票作業ができないということはありません。

また、被告は、審査の対象裁判官名と対応する番号を付した表を投票所に備えおき、投票用紙には1から15までの番号のみを印刷する分離記号式投票について、過誤投票が増えるとの問題点を指摘する。しかし、このような懸念は在外公館における公平な国民審査の実施の支障にはなりえない。国政選挙で用いられている自書式投票は先進国において日本に独特のものである。その問題点は多数の疑問票を生むことにある。候補者氏名の漢字の書き損じや余事記載はいずれも疑問票・無効票となり得る。また、政党の改編に伴って政党名とその略称が変更されることも混乱を招いている。こうした自書式投票は多数の無効票を生んでおり、有権者の意思を正確に反映する投票方式とはいえない。多くの国で記号式投票を採用するのはこのためである。分離記号式投票は国政選挙における自書式投票よりもよほど過誤投票の危険の少ない優れた投票方式である。そもそも、自書式投票に疑問票が多数生じる懸念があるからといって、自書式投票とそれを採用する我が国の国政選挙の公正そのものを否定することはできない。同様に、過誤投票がありうるからといって、在外国国民審査が公平に行われえないということにはならない。被告がこれを「不可能」と呼ぶのは、その本来の意味から外れた誤用である。

さらに、自書式投票・分離記号式投票についての被告の懸念を払しょくするには、国民審査法4条の2第1項に基づいて当初通知した審査予定裁判官については記号式投票とし、その後任命された裁判官がある場合にはその裁判

官についてだけ自書式投票とする方式も考えられる。このような投票方式はアメリカ合衆国の一部の州の選挙において現に用いられており、「write-in方式」と呼ばれる。自書式、分離記号式、write-in方式の相違はその実現可能性ではない。どの方式によっても在外国民審査は技術上実現できる。ただ各方式によって、投開票の手間や疑問票の可能性等に違いがあるにすぎない。当然、立法府はこれ以外の投票方式を採用することもできる。しかし少なくとも、上記の3方式のいずれかによって在外国民審査を実施できることは明らかであり、被告の懸念はその執行の負担をいうにすぎない。審査の公正を害さない投票方式を用いて在外国民審査を行うことは可能である。

(3) 「技術的な」問題を理由に原告の権利行使を制限することは許されない

被告は、2005年の最高裁大法廷判決を受けた2006年の公職選挙法改正の際に、在外国民審査の実施を見送ったのは、「技術的な問題が解消されるものではない」ことが理由であると主張する（被告準備書面（1）16頁8-14行）。

しかし、たとえば記号式投票以外の投票方式を用いることによって、公正な在外国民審査はこれまでも実施できたし、今後も実施できる。在外国民審査の実施に当たって「技術的な」問題はないから、それを理由に原告らの権利行使を制限することは許されない。

なお、本件訴訟でも、被告は技術的問題について、一貫して抽象的な主張しか行わない。それがなぜ「現実には不可能」（被告準備書面(2)21頁12行）とか「實際上不可能」（同20頁1-2行）なのかについて、何ら具体的主張も立証も行っていない。憲法上の権利を制約するやむを得ない事由の有無は、単なる懸念とか推測によって判断されるべきではなく、事実と証拠に基づき判断されるべきである。被告においてこれらの点についての具体的事実の主張立証がなされていない以上、「やむを得ない事由」が認められる余地はない。

2 被告の主張する「不整合」はやむを得ない事由に当たらない

現行の投票方式を改めることによって、被告のいう「例外的事態」の場合を含めて在外国民審査の実施に「技術上の」制約はない。加えて、現行の投票方式に固執する場合でも、原告の権利行使の制限は許されない。

(1) 被告の主張

被告は、現行と同様の記号式投票方式を用いることを前提に、「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」から、「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」うるので、「制度内で不整合」が生じうるのであり、国民審査法はこのような「不整合」を「許容しているとはいえない」と主張する（被告準備書面（2）19頁16-21行）。

(2) 「不整合」のために在外審査を否定することは許されない

法は、国民の選挙権・審査権の行使を可能にするための投票方法を漸次的に発展させてきた¹。これによって、重い疾病や障害によって投票所に出頭することが困難な人や、投票期日に投票所へ出頭するのに支障のある人らが選挙権、審査権を行使することが可能になりつつある。もっとも、現実にはそれらの制度によっても、疾病や障害の程度や投票期日における用務等によっていまだに投票ができない人もいる。公職選挙法も、国民審査法も、このような制度内での一定の「不整合」を前提に成り立っているといえる。

こうした「不整合」をできる限り解消すべきことは当然である。そしてそれは、投票の機会を増やすことによって果たされなければならない。被告の主張は、「不整合」を解消するために一律に在外国民から審査権行使の機会を奪おうとするものであり、これこそが法の趣旨に反している。

加えて、在外国民から一律にその審査権行使の機会を奪うことは、疾病や用務などの個別の事情によるものではなく、もはや法が予定し許容する「不整合」とは到底いえない。被告の主張は、ごくまれにしか生じ得ない軽微な「不整合」（例外的事態が生じた場合に限りて在外国民が審査権を行使できなくなる）を解消するために、現に生じている極めて重大な「不整合」（100万を超える全在外国民から一律に審査権行使の機会を奪う）を正当化しようとするものである。

そもそも、被告のいう「不整合」とは、在外国民が参加する国民審査と参加しない国民審査が生じることを国民審査法は許容していない、という主張である。しかし、原告は、現行の国民審査法が在外国民審査の実施を認めないとする解釈は憲法に違反するので、同法を憲法適合的に解釈しなくてはならないと主張している。これに対して、同法の憲法適合的解釈を「法が許容しない」というのはそもそも筋違いの反論である。また、現行国民審査法は審査予定裁判官の通知制度を定めた上で、国民審査においても衆議院議員選挙と同様の期日前投票制度をおく（同法4条の2、16条の2第1項本文）。ただ

¹ 期日前投票、不在者投票（名簿登録地以外の市区町村の選挙管理委員会における不在者投票、指定病院等における不在者投票、郵便等による不在者投票、国外における不在者投票、洋上投票、南極投票）、投票用紙の記載方法としての点字投票などがこれに当たる。

し、審査の告示直前に新たに最高裁判事が任命されるなどの「例外的事態」が生じて通知が告示前4日間に行われた場合には、期日前投票の期間を短縮することとしている（同法16条の2第1項但書き）。現行国民審査法は、「例外的事態」の場合には柔軟に対応することを許容した上で、これを標準とすることなく、できる限り投票の機会を確保することを求めているのである。国民審査法が例外的事態を理由に在外国民審査を許容しないという被告の主張は、こうした国民審査法の基本原理を読み誤るものである。

(3) 「例外的事態」は国民審査の公平とは関係がない

国民審査権の行使を制限することが許されるのは、**審査の公平を維持するのが事実上不可能か著しく困難な場合**に限られる。しかし、「例外的事態」が生じて在外国民の審査権行使が一回限り制限されることがあり得るとしても、それは国民審査の公平な実施とはなんら関係がない。したがって、「例外的事態」は在外国民から審査権行使の機会を奪うことを正当化しない。

以上