

## 主 文

- 1 原判決を次のとおり変更する。
  - (1) 一審原告A, 同B及び同Cの地位確認の訴えをいずれも却下する。
  - (2) 一審被告が, 一審原告A, 同B及び同Cが日本国外に住所を有することをもって, 次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査において, 審査権の行使をさせないことは違法であることを確認する。
  - (3) 一審原告A, 同B及び同Cのその余の請求並びに同D及び同Eの請求をいずれも棄却する。
- 2 一審原告A, 同B及び同Cのその余の控訴並びに同D及び同Eの控訴をいずれも棄却する。
- 3 訴訟費用は, 第1, 2審を通じ, 第1事件及び第2事件とも, これを4分し, その3を一審原告らの負担とし, その余を一審被告の負担とする。

## 事 実 及 び 理 由

### 第1 控訴の趣旨

#### (一審被告)

- 1 原判決中, 一審被告敗訴部分を取り消す。
- 2 上記の部分につき, 一審原告らの請求をいずれも棄却する。
- 3 訴訟費用は, 第1, 2審を通じ, 第1事件及び第2事件とも, 一審原告らの負担とする。

#### (一審原告ら)

- 1 原判決を次のとおり変更する。
- 2 主位的請求 ((1)と(2)は選択的關係)
  - (1) 日本国外に住所を有する一審原告A, 同B及び同C (以下, 一審原告A, 同B及び同Cを「一審原告Aら」という。)が, 次回の最高裁判所の裁判官の任

命に関する国民の審査において、審査権を行使することができる地位にあることを確認する。

(2) 一審原告Aらが、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて審査権を行使することができる地位にあることを確認する。

### 3 予備的請求

主文1(2)と同旨

4 一審被告は、一審原告らに対し、各1万円及びこれに対する平成29年10月22日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

5 訴訟費用は、第1, 2審を通じ、第1事件及び第2事件とも、一審被告の負担とする。

## 第2 事案の概要

1 本件は、(1) 日本国外に住所を有する日本国民（以下「在外国民」という。）である一審原告A, 同B, 同C及び同Dが、①主位的に、憲法15条1項, 79条2項及び3項等により最高裁判所の裁判官（以下、単に「裁判官」ということがある。）の任命に関する国民の審査（以下「国民審査」という。）における審査権が保障され、最高裁判所裁判官国民審査法（以下「国民審査法」という。）4条によりその行使が認められているにもかかわらず、平成29年10月22日執行の国民審査（以下「平成29年国民審査」という。）において一審被告が審査権の行使の機会を与えなかったとして、上記一審原告らが次回の国民審査において審査権の行使ができる地位にあることの確認を求め（以下「本件地位確認の訴え」という。）、②予備的に、一審被告が、上記一審原告らに対し、日本国外に住所を有することをもち、次回の国民審査において審査権の行使をさせないことは違法であることの確認を求め（以下「本件違法確認の訴え」という。）、また、(2) 一審原告らが、平成29年国民審査において、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しなかったため、又は国会が在外国民が現実に国民

審査の審査権を行使するための立法をせず、一審原告らが審査権を行使することができなかつたため、精神的苦痛を受けたとして、国家賠償法1条1項による損害賠償請求権に基づき、各1万円の損害賠償及びこれに対する違法行為の日である同日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める事案（第1事件）並びに一審原告Eが上記(2)と同様に国家賠償法1条1項による損害賠償請求権に基づき、1万円の損害賠償及びこれに対する違法行為の日である同日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める事案（第2事件）である。

原審は、第1事件の(1)の本件地位確認の訴え及び本件違法確認の訴えは、いずれも裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に当たらないから、不適法であるとして却下したが、(2)及び第2事件については、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しなかったことは違法ではないものの、国会の在外審査制度を創設しないという立法不作為には違法性が認められるとして、一審原告らの国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求を、一審被告に対し、各5000円及びこれに対する平成29年10月22日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で認容した。

一審原告ら及び一審被告は、敗訴部分を不服として、それぞれ控訴を提起した。

なお、当審において、一審原告Dは、帰国して在外国民ではなくなったとして、第1事件(1)の訴えを取り下げ、一審原告Aらは、本件地位確認の訴えについて、次回の国民審査において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて審査権を行使することができる地位にあることを確認するとの請求の趣旨（第1の控訴の趣旨の（一審原告ら）の2の(2)）を選択的に追加したが、次回の国民審査における審査権を有する地位にあることの確認を求める意味において実質的に訴訟物を変更するものではないと解される。

## 2 関係法令の定め

平成29年国民審査の時点における関係法令の定めは、別紙2のとおりである。

### 3 前提となる事実

(1) 平成29年9月28日に衆議院が解散され、同年10月10日に第48回衆議院議員総選挙（以下「第48回総選挙」という。）が公示され、同月22日に執行された。

同時に、同月10日に平成29年国民審査が告示され、同月22日に執行された。同国民審査においては、平成27年2月から平成29年4月までに任命された7名の裁判官が審査の対象とされた。

（乙7，公知の事実）

(2) 一審原告Aは、肩書住所地に居住し、平成12年9月2日、同住所地に住所を有する在外国民として、栃木県足利市の在外選挙人名簿に登録された。同一審原告は、第48回総選挙については、郵便投票の方法によって投票をしたが、平成29年国民審査については、投票用紙が交付されず、投票はできなかった。

（甲1，弁論の全趣旨）

(3) 一審原告Bは、肩書住所地に居住し、平成28年5月25日、同住所地に住所を有する在外国民として、東京都新宿区の在外選挙人名簿に登録された。同一審原告は、一時帰国し、第48回総選挙については、同区内の投票所において、期日前投票を行ったが、平成29年国民審査については、投票用紙が交付されず、投票はできなかった。

（甲2，弁論の全趣旨）

(4) 一審原告Cは、肩書住所地に居住し、平成22年6月2日、ブラジル連邦共和国内に住所を有する在外国民として、埼玉県川口市の在外選挙人名簿に登録された。同一審原告は、一時帰国し、第48回総選挙については、同市内の投票所において、期日前投票を行ったが、平成29年国民審査については、投票用紙が交付されず、投票はできなかった。

（甲3，弁論の全趣旨）

(5) 一審原告Dは、平成28年8月19日、ブラジル連邦共和国内に居住する在

外国民として、名古屋市 a 区の在外選挙人名簿に登録された。同一審原告は、第 48 回総選挙については、在サンパウロ日本国総領事館において投票をしたが、平成 29 年国民審査については、投票用紙が交付されず、投票はできなかった。同一審原告は、その後帰国し、現在、日本国内の肩書住所地に居住している。

(甲 4, 弁論の全趣旨)

(6) 一審原告 E は、平成 28 年 3 月 2 日、アメリカ合衆国内に居住する在外国民として、横浜市 b 区の在外選挙人名簿に登録された。同一審原告は、第 48 回総選挙については、在デトロイト日本国総領事館において投票をしたが、平成 29 年国民審査については、投票用紙が交付されず、投票はできなかった。同一審原告は、その後帰国し、現在、日本国内の肩書住所地に居住している。

(甲 5, 弁論の全趣旨)

### 3 争点

- (1) 在外国民に対する国民審査権の行使制限の憲法適合性
- (2) 本件地位確認の訴えの適法性
- (3) 本件違法確認の訴えの適法性
- (4) 国家賠償請求の成否

### 4 争点に関する当事者の主張

- (1) 在外国民に対する国民審査権の行使制限の憲法適合性（争点(1)）について  
（一審原告らの主張）

ア 憲法が最高裁判所の裁判官について特に国民審査による罷免の制度を設けたのは、役割と権限が極めて大きい最高裁判所を国民による民主的統制の下に置くこととしたものであり、国民審査は、司法制度の正当性を確保するために不可欠な仕組みである。

憲法は、公務員の選定及び罷免は国民固有の権利であり（15条1項）、国民は国会議員を選挙により選任し、同時に、最高裁判所の裁判官を審査に

より罷免するとしているところ（79条2項，3項），これらは国民主権の原理（前文1条）を具体化するものである。

このように，国民審査権の保障は国民主権の原理に基づくものであるから，選挙権に関する憲法の規定（15条3項，44条ただし書）及び投票の機会の平等の要請（14条1項）の趣旨は国民審査にも同様に及ぶものというべきである。

したがって，満18歳以上の在外国民に国民審査権を行使する機会を与えないことは，国民審査権を国民固有の権利として保障し，その行使の機会の平等を規律する憲法14条，15条1項及び3項，44条ただし書並びに79条2項及び3項に違反するものというべきである。また，海外に居住することのみを理由として権利を制限することになるから，外国に移住する自由を保障する憲法22条2項にも違反することにもなる。さらに，在外国民に国民審査権を行使する機会を与えないことは，満18歳以上の全ての日本国民に国民審査権の行使を認めた国民審査法4条にも違反する。

イ 在外国民の選挙権についての最高裁判所判決（最高裁判所平成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。以下「平成17年大法廷判決」という。）においては，選挙権の行使の制限について，やむを得ない事由の審査基準が用いられている。

選挙権と国民審査権は，その成り立ちが異なるにせよ，司法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であることを踏まえ，憲法は，違憲立法審査権等の強大な権限を持つ裁判官に対して民主的統制を及ぼすために，憲法改正（96条）と並んで，主権者の意思を直接反映させることとしたものであって，国民審査権を間接民主制下における参政権に劣後するものとして扱うことは許されない。それが解職の制度と解されることは，権利の重要性に何ら影響しない。そして，憲法が現に国民主権の実現の一環

として国民に国民審査権を保障している以上、やむを得ない事由もないのに権利を事実上はく奪することが国会の裁量に委ねられているものとは解されない。

したがって、国民審査権の行使を制限する場合も、選挙権の行使を制限する場合と同様に、やむを得ない事由の審査基準が用いられるべきである。

そして、在外国民について国民審査権の行使を制限するやむを得ない事由はないから、在外国民がこれを行行使することができないことは、上記のとおり憲法等に違反する。

ウ 一審被告は、在外国民に国民審査権の行使を認めていない理由として、在外投票に係る技術上の問題があることを挙げているが、以下のとおり、技術上の問題はない。

(ア) 投票用紙の送付等の点について、平成28年法律第94号による国民審査法の改正（以下「平成28年改正」という。）の前においては、国民審査の告示以前に投票用紙を印刷することは不可能であるとしていたが、実際には、衆議院議員の任期満了又は衆議院の解散の時点で審査が必要な裁判官は判明しており、審査の告示を待つことなく投票用紙を印刷することは十分可能であるから、在外国民に国民審査権の行使を認めること（以下、このような制度を「在外審査制度」又は「在外審査」ということがある。）についての技術上の問題は存在していなかった。平成28年改正後には、衆議院議員の任期満了の日前60日に当たる日又は衆議院の解散の日のいずれか早い日以後直ちに審査に付されることが見込まれる裁判官の氏名等を選挙管理委員会に通知しなければならないこととされ、投票用紙も直ちに印刷されることとなったのであるから、一審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のは、任期満了の日前60日に当たる日又は衆議院の解散の日から審査の告示の日までの間に新たな裁判官が任命された例外的な場合に限られる。

一審被告は、上記例外的な場合が発生すると、在外国民が投票に参加した国民審査と参加しない国民審査の両方が生じる可能性があり、国民審査法はこのような制度内での不整合を許容しているとはいえない旨主張するが、疾病や障害の程度、投票期日における用務等によりいまだに投票することができない人もおり、公職選挙法や国民審査法も、このような不整合を前提に成り立っている。このような不整合をできる限り解消することは、投票の機会を増やすことによって果たされるべきであって、そのために、一律に在外国民の国民審査権の行使の機会を奪うことは許されない。

(イ) 一審被告の主張する技術上の問題は、投票用紙にあらかじめ裁判官名を印刷しておき、投票人は罷免を可とする裁判官の欄に「×」を付して投票する方式（以下、このように投票者が候補者氏名、政党名あるいは裁判官氏名があらかじめ印刷された投票用紙の記号欄に記号を記載する方式を「記号式」という。）を前提としている。

しかしながら、憲法は国民審査の投票についてどのような方法を用いるのかについても法律にこれを委ねているのであって（79条4項）、記号式以外の方法を用いることも許容されている。例えば、国民審査法においても衆議院議員の選挙と同様に、点字による投票が認められ、その際には、罷免を可とする裁判官の氏名を投票用紙に記載すべきこととされているから（16条1項）、投票用紙に罷免を可とする裁判官の氏名を投票人が自書する方式（以下、このように投票者が候補者の氏名、政党名あるいは裁判官の氏名を投票用紙に自ら記載する方式を「自書式」という。）によることも可能である。また、ブラジル連邦共和国において行われているような電子投票機を利用した投票方法を用いれば、投票用紙の印刷及び配布に伴う問題はなくなる。さらに、公職選挙法は、ファクシミリによる洋上投票を認めており（49条7項）、これと類似の制度を国民審査においても導入すれば、一審被告が主張する技術上の問題は完全に解消することが

できる。投票用紙の印刷に厳正さを期すことが公正な審査の実施のために必要であるとしても、例えば、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氏名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「×」の記号を記載する方式（以下、このように投票者が候補者、政党あるいは裁判官に対応する投票用紙の番号欄に記号を記載する方式を「分離記号式」という。）によることもでき、この方法によれば、投票用紙について選挙と国民審査との相違点は全く無くなる上に、投票の方式においても国内と国外との差異はほとんど無くなる。

このように、記号式以外の投票方式によれば、簡便かつ公正さを確保した在外審査制度を設けることは十分に可能であり、その実現も容易である。なお、一審原告B及び同Cは、一時帰国し、第48回総選挙については、日本国内の投票所で投票をすることができたにもかかわらず、同時に執行された平成29年国民審査については投票をすることができなかったが、国内で投票する場合には、技術上の問題は全く存在しない。

- (ウ) 一審被告は、在外審査制度について、自書式による投票によると、投開票に時間がかかる旨主張するが、投開票の時間を短縮するための方策を講じることは十分可能であるから、投開票に時間がかかるからといって、公平な国民審査が実施できないということにはならない。また、一審被告は、自書式による投票によると、疑問票が増えて開票作業の遅滞の原因となる旨主張するが、そもそも国政選挙は、自書式による投票で行われ、疑問票が発生することが多いものの、それによって開票作業ができないという事態はない。さらに、分離記号式による投票によると、過誤投票が増える旨主張するが、自書式による投票は多数の無効票を発生させており、分離記号式による投票の方が、自書式による投票よりもよほど過誤投票の危険が少ないものといえる。そもそも、過誤投票があり得るからといって、在外

審査制度が公平に行われたいということにはならない。仮に、一審被告の主張するような懸念があるというのであれば、国民審査法4条の2第1項に基づき、当初通知した審査予定裁判官については、記号式による投票とし、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による投票を併用することも考えられる。

このように国民審査の公正を害することがないような投票方式を用いて、在外審査制度を実施することは十分可能である。

(エ) 以上によれば、在外国民に国民審査権を行使させないことには技術的な問題はないから、これを制限するやむを得ない事由はないというべきである。

(一審被告の主張)

ア そもそも、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が、選挙権は、議会制民主主義の根幹を成すものであるのに対し、国民審査制度は、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、採用している国家は少数にとどまり、国民主権の在り方として普遍的な制度ではないから、選挙権と国民審査権は、その意義及び成り立ちは相当異なるものといえる。そして、選挙権が国民を代表する国会議員を直接「選定」するものであるのに対し、国民審査は、裁判官に対する「国民罷免手続又は国民解職手続」であり、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。

憲法15条1項は、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、国民が全ての公務員を直接に選定し、罷免すべきであるとの意味を有するものではなく（最高裁判所昭和24年(才)第8号同年4月20日大法廷判決・民集3巻5号135頁参照）、国民審査についても、任命後衆議院議員総選挙が行われるまでの間に裁判官が退官又は死亡した場合のように、憲法自体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（実際、これまで、退官や死亡により、2名の裁判官が国民審査を受けなかった。）。

また、憲法の規定ぶりを見ても、最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後10年を経過した後初めて行われる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とするとされている（79条2項）のみであり、選挙権に関する諸規定（15条3項、4項、44条）とはその規定ぶりが異なっており、在外国民を含めた成年者に投票資格があることが規定されているものでもない。しかも、選挙については、公職選挙法において選挙運動に関する詳細な規定が設けられている一方で、国民審査法には公職選挙法における選挙運動に関する規定と類似の規定は設けられていない。このように、同法15条1項にその泉源を置くものであるとしても、選挙権と国民審査権は、異なる性質のものであることは明らかであり、同等の権利とはいえない。

選挙制度の合憲性は、国会に与えられた裁量権の行使として合理性を有するといえるか否かによって判断され、国会がかかる選挙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ため、上記の裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是正することができない場合に、初めて憲法に違反することになるものと解すべきであるところ、このような判断枠組みは、選挙制度と同様、その仕組みの決定については国会に広範な裁量が認められている国民審査制度についても同様に当てはまる。そして、前記の国民審査の憲法上の位置付け、取り分け、国民審査が「リコール（国民解職）」の性質を有するものであり、選挙権とは相当位置付けが異なること、憲法上も、国民審査に関する規定と選挙権に関する規定の規定ぶりが異なっていることからすれば、その仕組みの決定においては、選挙制度と比較して、更に国会に広範な裁量が認められるというべきである。

したがって、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、例えば思想や出自を理由に国民審査権を行使させない場合など、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り、在外審査制度を設けないことの憲法適合性を判断するについても、選挙権と同様の厳格な審査基準を用いる根拠は乏しいものというべきである。

イ(ア) 衆議院議員及び参議院議員の選挙については、いずれも自書式による投票が採用されているのに対し、国民審査は、15名それぞれに任期の異なる裁判官を対象とし、衆議院議員総選挙の機をとらえ、記号式による投票を用いて行うこととされている点において、衆議院議員及び参議院議員の選挙とは全く異なる技術上の問題がある。

イ(イ) 平成28年改正の前後を問わず、国民審査においては、投票用紙に審査に付される裁判官の氏名が印刷され、罷免を可とする裁判官に「×」の記号を記載する投票方法が採用されているところ、このような記号式による投票が採用された趣旨は、国民審査が、各候補者が氏名を宣伝して投票を得る選挙とは異なる性質の制度であることから、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、なるべく簡易な方法で投票できるようにしたものであり、解職制度という国民審査制度の趣旨に合致するものである。

イ(ウ) 平成28年改正前の国民審査法の下では、中央選挙管理会は、国民審査の期日前12日までに、審査の期日及び審査に付される裁判官の氏名を官報で告示しなければならないとされ(5条)、国民審査は衆議院議員総選挙と同日に行われることから、選挙の公示日を待って裁判官の氏名等の告示を行っていた。衆議院議員総選挙の期日は、少なくとも期日の12日前に公示しなければならないが(公職選挙法31条4項)、実務上は、期日前12日に公示されるのが通常である。そして、投票用紙の調製の時期については、平成28年改正前の国民審査法上定められておらず、投票用紙

は審査に付される裁判官の告示を待つて印刷していた。自書式による投票を採用し、あらかじめ投票用紙の印刷及び在外公館への送付が可能である衆議院議員及び参議院議員の選挙の場合と相違があり、以上の取扱いは合理的なものであった。

そうすると、在外国民が在外公館において国民審査について投票するためには、審査に付される裁判官の告示（期日前12日）、各裁判官の氏名等の印刷、裁断及び発送準備、各地の在外公館への配布準備、東京国際郵便局への送付、在外公館への送付、到着後の各在外公館における整理、審査、（審査後の）在外公館から外務省への投票用紙の送付、外務省から各投票所への送付の各過程を経るところ、上記の在外公館から各投票所への投票用紙の送付だけでも原則として5日から6日、地域によってはそれ以上の郵送期間を要する状況であり、一定期間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である。

そのため、平成10年法律第47号により公職選挙法が一部改正され、在外選挙制度が創設された際に、在外審査制度を認めるか否かについても政府内で検討されたが、上記のとおり主として投票用紙の調製、送付等に関する技術上の問題により十分な投票期間を確保することができないなどの理由があることなどから、在外審査制度の創設は見送られた。平成17年大法院判決を受け、平成18年法律第62号により公職選挙法が一部改正され、在外選挙制度の対象が衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の選挙に拡大された際も、国民審査の投票について上記の技術上の問題が解消されるものではないことから、在外審査制度は創設されなかった。

(エ) 平成28年改正後の国民審査法においては、中央選挙管理会は、衆議院議員の任期満了の日前60日に当たる日又は衆議院の解散の日のいずれ

か早い日以後直ちに、同日以後初めて行われる衆議院議員総選挙の期日に審査予定裁判官の氏名等を都道府県の選挙管理委員会に通知しなければならないとされ（4条の2第1項）、当該通知の後、審査の告示までの間に裁判官が任命された場合には、中央選挙管理会は、直ちに、その旨及びその時における審査予定裁判官の氏名等を都道府県の選挙管理委員会に通知しなければならないものとされている（同条2項）。そして、平成28年改正後は、実務上、同条1項の通知を待って投票用紙の印刷が行われるようになったが、同通知後、審査の告示の前までに新たに裁判官が任命された場合には、同条2項の通知を待って改めて投票用紙の印刷を行わなければならないなど、審査に付される裁判官は審査の告示の日にならないと最終的に確定しないため、投票用紙の内容も審査の告示の日にならないと最終的に確定しない。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事が実際上不可能という状況に変わりはない。そのため、平成28年改正によっても、在外審査制度に係る技術上の問題は解消されず、在外審査制度は創設されなかった。

(オ) 以上のとおり、在外審査制度を設けないことは、平成28年改正の前後を問わず、技術上の問題という合理的な理由があることによるものであり、少なくともこれを国会の裁量権の行使として著しく不合理と評価することができないことは明らかである。

ウ(ア) 一審原告らは、平成28年改正前であっても、告示を待つことなく投票用紙を印刷することは十分可能であり、在外審査制度の実施について技術上の問題は存在していなかった旨主張するが、国民審査法上、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

院議員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例外的事態が生じることが予定されている以上、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らない。それにもかかわらず、在外審査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になるが、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。

(イ) 一審原告らは、在外国民が日本国内の投票所で投票する場合には、技術上の問題は存在しない旨主張するが、在外選挙人名簿に登録されている選挙人について、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（公職選挙法49条の2第3項、4項）のは、国外で投票できる選挙人が一時帰国した際等には国内で投票できないとすることは均衡を欠くことになるからであって、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。

(ウ) 一審原告らは、国民審査について、現在の記号式による投票以外の方法を用い、あるいは記号式による投票と併用することも許容されている旨主張するが、自書式による投票では、審査人が各裁判官の氏名を把握した上で、罷免を可とする裁判官の氏名を投票用紙に記載することから、記号式による投票に比べ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り、白票を含む罷免を可としない投票が著しく増加するなどし、国民の解職の意思が適切に反映することができない。また、衆議院議員及び参議院議員の選挙とは異なり、連記投票となることが予想されるどころ、審査人が自書する時間及び手間を要し、投票所における投票が滞ることになりかねないばかりか、記載の趣旨が不分明であるなどの疑問票が増加し、

開票事務も滞ることになりかねない。自書式による投票を併用した場合にも、国内の審査人と在外国民との間で罷免を可とする意思表示の容易性に差異が生じる上、在外国民に審査公報を漏れなく配布すること（国民審査法53条、同法施行令28条）も困難であるから、審査に付される裁判官に関する情報の伝達にも差異が生じ、審査の実効性のみならず結果の公平性にも悪影響がある。

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による投票用紙を調製するのが難しいことに加え、点字には「×」といった記号がなく、上記投票用紙の「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載することが難しいという事情によるものであって、記号式による投票の趣旨及び自書式による投票が採用された場合の弊害からすれば、点字による投票が認められているからといって、それ以外の場合に自書式による投票が許容されるということにはならない。点字による投票を行うことが予想される者は限定的であり、実際、平成29年国民審査において点字による投票は6481票であったが（乙8）、当時の在外選挙人名簿の登録者は約10万人であり、在外審査権の行使が予想される数は明らかに異なるから、審査の実効性確保の観点から有意な違いがある。

また、公職選挙法49条7項のいわゆる洋上投票制度は、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、現行の公職選挙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る。

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としても、このような投票方法は、国民審査法が公製公給主義（13条、14条）を規定し、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、もって審査の公正を確保しようとする趣旨を放棄するものである。加えて、分離記号式による投票によった場合、番号と対応する裁判官を誤って認識するなどして過誤投票が増加する可能性があり、簡明な投票方法を採用することで過誤投票を防ぐなどの記号式による投票を採用した趣旨に反することになる。

(エ) したがって、在外審査制度を設けないことは、平成28年改正の前後を問わず、憲法の諸規定に何ら違反するものではない。また、国民審査法4条は、在外国民に国民審査において投票することを認めたものではないから、在外審査制度を設けないことは、同条に違反するものでもない。

## (2) 本件地位確認の訴えの適法性（争点(2)）について

### （一審原告Aらの主張）

ア 在外国民は国民審査権を行使することができる地位にあること

(ア) 国民審査権は、憲法15条1項、79条2項及び3項等によって国民に保障された権利であり、国民審査について、「審査に関する事項は、法律でこれを定める。」とした同法79条4項の規定を受けて、国民審査法4条は、「衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する。」と規定し、衆議院議員の選挙権を有する者、すなわち満18歳以上の全ての日本国民に国民審査権を行使させることを確認しており、在外国民であっても、満18歳以上であれば、国民審査権を行使することができる。同法8条は、審査には、公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いると規定するが、これは国民審査権の行使の手続を

定めるものであって、在外国民の国民審査権の行使を制限するものではない。

このように、国民審査権は、憲法によって国民に保障され、国民審査法4条がその権利行使の主体を規定して具体的な権利として付与したものである。

したがって、在外国民である一審原告Aらも、憲法15条1項、79条2項、3項、国民審査法4条に基づいて国民審査権を行使できる地位にあるものというべきである。

主位的請求に係る本件地位確認の訴え(1)は、このように一審原告A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るものである。

(イ) 国民審査法4条が、衆議院議員の選挙権を有する者は審査権を有すると定め、同法8条が、審査には衆議院議員総選挙について用いられる選挙人名簿を用いる旨規定することからすれば、同法は、少なくともその制定当時、衆議院議員総選挙における選挙権の行使の主体と国民審査における審査権の行使の主体とを同一のものとして定めていたことは明らかである。これは、憲法15条1項が公務員の選定と罷免とを並列に定めて国民固有の権利であるとしているのと整合するものである。

そして、平成10年法律第47号による公職選挙法の改正によって、それまでの選挙人名簿に加えて、在外選挙人名簿が整備されるに至ったが、国民審査法8条は、憲法等の趣旨を十分踏まえて解釈されなければならない。

上記のとおり、憲法は選挙権と同等のものとして国民審査権を保障し、国民審査法もその趣旨に沿って両者に差を設けないという理念に基づいて設計されているのであるから、憲法の趣旨に沿った国民審査の実施の在り方という観点から解釈すれば、国民審査法8条の「選挙人名簿」とは、

「衆議院議員総選挙に用いる名簿」、すなわち公職選挙法上の選挙人名簿（19条）及び在外選挙人名簿（30条の2）の双方を指すと解すべきである。既に在外選挙制度が実施されていること、立法者が在外審査制度を導入しない理由を技術上の問題にすぎないと説明していることからすれば、その技術上の問題がなくなった今日では、このような解釈が立法者意思に反するとみる理由はない。

また、国民審査法8条の「選挙人名簿」を公職選挙法上の「選挙人名簿」と「在外選挙人名簿」の双方を指すとはいえないとしても、同条のうち「公職選挙法（昭和25年法律第100号）に規定する選挙人名簿」という部分は、憲法、国民審査法4条が保障する国民審査権を制限するものとして、違憲無効であるから、「衆議院選挙に用いられるもの」という文言部分が残るところ、これは衆議院議員選挙と同様の選挙人名簿及び在外選挙人名簿を用いると規定しているものと解釈することができる。

したがって、在外国民である一審原告Aらは、憲法15条1項、79条2項、3項、国民審査法4条、同法8条に基づいて国民審査権を行使する地位を有するものというべきである。

主位的請求に係る本件地位確認の訴えの(2)は、このように一審原告Aらが次回の国民審査において在外選挙人名簿に登録されていることに基づき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るものである。

#### イ 法律上の争訟であること

(ア) 本件地位確認の訴えは、実質的当事者訴訟（行政事件訴訟法4条後段）のうちの公法上の法律関係に関する確認の訴えである。

国民審査権を行使することができる一審原告Aらの地位は、憲法、国民審査法4条に基づく法的地位（主位的請求(1)）、あるいは憲法、国民審査法4条、8条に基づく法的地位（主位的請求(2)）であって、特段の立法を

待たずにその存否を確定することができる法律関係である。また、紛争の対象は、次回の国民審査における法的地位である。一審原告Aらが特定の国民審査においてその権利を行使し得る地位にあるか否かという具体的な権利の存否に関する現実の紛争であるから、観念的で抽象的な争いではなく、政治的、経済的問題や技術、学術、宗教上の争いでもない。前提問題として裁判所の判断に適さない問題についての争いがあるわけでもない。本件地位確認の訴えは、憲法及び国民審査法の解釈によって解決されるべき問題であり、一審原告Aらが国民審査権を有することを裁判所が審査することができるのは当然である。

したがって、本件地位確認の訴えは、裁判所法3条1項の法律上の争訟に当たる。

- (イ) 一審被告は、名簿等の手続規定が整備されていないから、本件地位確認の訴えは法律上の争訟には当たらない旨主張するが、本件地位確認の訴えは、確認の訴えであり、あくまで一審原告Aらと一審被告との間の法律関係を確定しようとするものであって、一審被告は、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にすぎない。一定の法律関係の確認がされた後で、具体的にどのような制度を整備するかは一審被告の裁量に委ねられており、一審原告Aらの地位確認請求が認容されても、一審被告の立法裁量が害されることはない。実施方法の細目について定まっていなくても、国会や行政庁においてそれを定めればよく、一審原告Aらの法的地位それ自体が存在することの妨げにはなり得ず、給付の訴えとは異なり、実施手続の細目が定まっていなくても法律関係それ自体の確認をすることは当然に許される。本件地位確認の訴えに係る請求が認容されることによって、一審被告は一審原告Aらを排除した国民審査制度を存続させて執行することは許されなくなるが、一審被告には違憲の法制度を維持する裁量はないから、このことは一審被告の立法

裁量を害するものではない。

平成17年大法廷判決においても、次回の選挙において在外選挙人名簿に基づいて投票することができる地位の確認を求める訴えは、法律上の争訟に当たることは論をまたないと述べており、法律によって完全に具体化されていない地位であっても、その確認を求めることは適法と認めている。

#### ウ 確認の利益があること

国民審査権は、それを行使することができなければ意味がない。国家賠償請求訴訟により慰謝料を得たところで権利行使の実質を回復することはできず、このままでは次回の国民審査においても同様の権利侵害が続くことは確実である。一審原告Aらの地位確認請求が認容されると、一審被告には、一審原告A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し、一審被告は国民審査制度を拡充する義務を負うことになり、これによって、在外国民の国民審査権の制限が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。また、一審原告Aらは、国民審査権一般の確認を求めているのではなく、次回の国民審査時に日本国外に住所を有する場合に限って国民審査権を行使することができることの確認を特に求めているものであり、確認の対象は適切に選択されている。さらに、一審原告Aらは、平成29年国民審査においてその権利を行使することができなかった。このままでは、遅くとも令和3年10月までに執行される次回の国民審査においても一審原告Aらが投票することができないことは確実であり、即時確定の利益がある。

したがって、本件地位確認の訴えについては、確認の利益がある。

#### (一審被告の主張)

#### ア 在外国民は国民審査権を行使することができる地位を有しないこと

憲法は、国民審査の内容につき、79条3項において「投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される。」とのみ規定し、

同条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、国民審査の制度を具体的にどのような内容の制度とするかの決定を広く立法政策に委ねている。それを受けて、国民審査法は、審査は全都道府県の区域を通じて行うとし(3条)、審査には公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いるものとし(8条)、罷免を可とする投票の数が過半数を占める場合であっても、投票の総数が公職選挙法22条1項又は3項の規定による選挙人名簿に登録されている者の総数の100分の1に達しないときは、その効力を生じないとする(32条)等の規定を置く一方、同法の「在外選挙人名簿」に相当する選挙人名簿に係る規定を設けていないことを総合すれば、国民審査法は、我が国の領域主権の及ばない国外における審査を予定していないものというほかなく、在外国民は、国民審査権を行使することができない。

一審原告Aらは国民審査法4条に基づいて審査権を行使することができる地位を主張するが、同条は衆議院議員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、同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があるとはいえない。また、一審原告Aらは、同法8条にいう「選挙人名簿」は、「衆議院議員総選挙に用いる名簿」を意味し、これに「在外選挙人名簿」が含まれる旨主張するが、公職選挙法が「選挙人名簿」と「在外選挙人名簿」とを区別して規定していることは明らかであるから、これは法律の文言に反する解釈である。仮に、「選挙人名簿」に公職選挙法の「在外選挙人名簿」が含まれると解したとしても、在外審査制度について詳細な規定が設けられていない以上、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することができることにはならない。

イ 法律上の争訟ではないこと

(ア) 上記のとおり、憲法は、国民審査の具体的な制度の在り方の定めを広く国会の立法政策に委ねており、これを受けた国民審査法は、我が国の領域主権の及ばない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。したがって、一審原告Aらが本件地位確認の訴えにおいて確認を求める地位は、新たな立法によって、我が国の領域主権の及ばない国外においても国民審査権の行使を可能とする制度が採用されない限りはおおよそ存在し得ないものであり、本件地位確認の訴えに係る紛争は、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争とはいえないし、法令の適用により終局的に解決できるものでもない。そして、本件地位確認の訴えは、法律上の地位の確認という形式によっているが、その実体は、国会によって立法措置が講じられておらず、自己の主張に沿う制度が実現されていないにもかかわらず、国会の立法行為をいわば先取りして、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る。そのような新たな制度の創設は、立法作用に属する事項であって、司法審査に適しない事情があるともいえる。

(イ) 一審原告Aらは、本件地位確認の訴えは、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り、国民審査権を有することを裁判所が審査することができるのは当然である旨主張するが、上記のとおり、憲法は、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って、国民審査制度があるからといって、あらゆる場合に審査権を行使することができる地位があるということにはならない。また、上記のとおり、国民審査法4条は、審査人の資格を定めるものにすぎず、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。さらに、同法は、国外における審査を予定せず、公職選挙法の在外選挙人名簿に相当するような規定も

設けていないのであるから、国民審査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。

(ウ) したがって、本件地位確認の訴えは、裁判所法3条1項の法律上の争訟に当たらないことが明らかであり、不適法というべきである。

#### ウ 確認の利益を欠くこと

一審原告Aらが確認を求めている「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」は、仮に国民審査法8条が違憲無効であったとしても、新たな立法措置がない限り存在し得ない地位である。一審原告Aらは、本件地位確認の訴えが認容されることにより、一審被告が国民審査制度を設ける義務を負うと主張するが、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り、結局、一審原告Aらが求めているのは、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ない。また、一審原告Aらは、同法4条あるいは同法8条に基づく法律関係の確認を求める旨主張するが、上記イのとおり、同法4条、同法8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。

したがって、一審原告らが主張している、在外国民の国民審査権に関する法的紛争の解決にとって、本件地位確認の訴えを提起することが有効・適切とはいえないし、このような訴訟物が確認の対象として有効・適切ともいえないから、確認の利益がないことは明らかである。

#### (3) 本件違法確認の訴えの適法性（争点(3)）について

##### (一審原告Aらの主張)

法令の規定を新たに定めなければ一審原告Aらの主張する法的地位が実現されない場合や、立法機関が一審原告Aらの法的地位を認めるか否か、あるいは認める程度・態様について裁量を残している場合には、一審原告Aらの法的地位を侵害する点で法令の規定が違法であることについての消極的確認が認

められるべきである。仮に、主位的請求に係る本件地位確認の訴えが不適法である場合には、予備的請求に係る消極的確認としての本件違法確認の訴えは適法とされなければならない。

本件違法確認の訴えは、一審原告Aらとの関係で、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る主観訴訟であって、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客観訴訟ではない。

一審原告Aらは、公法上の当事者訴訟として本件違法確認の訴えを提起するものであるが、これは主観訴訟であるから、無名抗告訴訟としても許容されるものである。

したがって、本件違法確認の訴えは、裁判所法3条1項の法律上の争訟に当たる。

#### (一審被告の主張)

前記のとおり、本件地位確認の訴えは、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り、国民審査制度に関し、一審原告Aらと一審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すれば、本件違法確認の訴えは、要するに、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される。

したがって、本件違法確認の訴えは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争とはいえ、裁判所法3条1項の法律上の争訟に当たらない（なお、平成17年大法廷判決においても、公職選挙法が違憲、違法であることの確認を求める訴えを法律上の争訟ではないとして不適法とした原審の判断が維持されている。）。

#### (4) 一審原告らの国家賠償請求の成否（争点(4)）について

(一審原告らの主張)

前記のとおり、在外国民は国民審査権を行使することができる地位にあり、これを行行使することができないことは違憲、違法であることから、一審被告は、一審原告らに対し、次のとおり、国家賠償法1条1項に基づき、損害賠償責任を負う。

ア 投票用紙の不交付が国家賠償法上違法であること

憲法は、一審原告らの国民審査権を保障し、国民審査法4条はその行使を認めている。また、同法には、一審原告らの国民審査権の行使を制限する規定はない。それにもかかわらず、中央選挙管理会は、平成29年国民審査において、一審原告らに対し、国民審査に係る投票用紙を交付しなかった。

中央選挙管理会は、国民審査権を有し、その行使を希望する全ての者が平等にその権利を行行使することができるよう、一審原告らに投票用紙を交付する職務上の法的義務を負っていた(9条、10条、14条)というべきであるが、この法的義務に違背し、一審原告らが国民審査権を行行使することを事実上制限したのであって、上記の投票用紙の不交付は、国家賠償法1条1項の適用上違法である。

イ 立法不作為が国家賠償法上違法であること

(ア) 国会議員の立法不作為は、立法内容が違憲であることが明白であり、かつ、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った場合に、国家賠償法1条1項の適用上違法となる。

国民審査法を始めとする現行法の解釈により在外国民の国民審査権の行使が実現できないとするならば、その行使を制限してよい憲法上の理由はないから、その行使を実現する法制度を整備しない立法不作為は、憲法14条、15条1項及び3項、22条2項、44条ただし書並びに79条2項及び3項に違反する。

(イ) また、在外選挙が繰り返し実施されてきたこと、通信手段が目覚ましい

発達を遂げていること、在外国民に選挙権行使の機会を与えなかった選挙制度について立法不作為の国家賠償を認める平成17年大法廷判決が言い渡されていることからすれば、遅くとも同判決が言い渡された時点で、在外国民に国民審査権の行使を認めないことが違憲であることは、国会にとっても明白となったというべきである。同判決に係る訴訟において問題とされた在外選挙制度は、平成10年の公職選挙法改正によって創設されたものであるが、この改正に当たっての国会の議論においても、在外審査制度が同時に検討されていないことの問題性が指摘されていた。その際、政府委員は、国民審査は衆議院議員選挙に連動するものであり、在外国民が衆議院議員選挙において選挙権の行使が認められていない以上、国民審査権の行使ができないのもやむを得ない旨の答弁をしていたところである。さらに、日本弁護士連合会は、平成14年7月30日、衆議院及び参議院の各議長、内閣総理大臣、法務大臣、外務大臣並びに総務大臣に対し、在外国民に対して国民審査権の行使を許さないのは人権侵害に該当するという勧告をするなどしており、このような経緯からしても、国会は、在外国民に等しく国政選挙権の行使が認められていないことを違憲とした同判決が言い渡された時点においては、在外国民の国民審査権の行使を制限することが違憲であることを明白に認識していたものというべきである。

- (ウ) その後、平成22年5月18日に施行された日本国憲法の改正手続に関する法律（平成19年法律第51号。以下「国民投票法」という。）では、憲法改正についての国民投票において在外国民の権利行使が保障されていること、平成23年には、在外国民に国民審査権の行使を認めない現行の国民審査制度について違憲状態と判断する東京地方裁判所の判決がされていること（同裁判所平成23年4月26日判決・判例時報2136号13頁。以下「平成23年東京地裁判決」という。）に照らせば、国会は、

在外審査制度を認めないことの違憲性を知りながら、長期にわたってそれを創設する立法措置を講じることを怠り続けてきたことは明らかである。仮に、国会にとって在外国民の国民審査権の行使を制限することの違憲性が明白になったのが同判決の時点であったとしても、平成29年国民審査は、同判決により違憲状態であると指摘された平成21年8月30日執行の国民審査（以下「平成21年国民審査」という。）の時点から既に8年以上が経過した後に行われたのであるから、やはり国会が長期にわたって立法措置を講じることを怠り続けてきたことは明らかである。

(エ) したがって、一審原告らが現実に国民審査権を行使するために新たな立法が必要であるとした場合、国会は、在外審査制度を創設する立法措置を講じる義務があったのにもかかわらず、これを怠ったのであるから、当該立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法であるというべきである。

#### ウ 一審原告らの損害について

一審原告らは、一審被告の上記違法行為により、平成29年国民審査において審査権を行使することができず、国の意思決定に対し民主的統制を及ぼすことのできる重要な機会を失った。国民審査は、司法に対して国民に認められた唯一の民主的な関与方法であり、しかも、国民審査においては、全ての最高裁判所の裁判官について審査権を行使することができ、民主的統制への影響力は、自らの選挙区についてのみ投票権を行使できる選挙権に比べても大きい。また、国民審査は、一度その機会を逃せば、同一の裁判官について10年間は審査権を行使することができなくなる。加えて、一審原告B及び同Cは、平成29年国民審査当時、一時帰国して日本に滞在しており、国内の投票所で国民審査をしようとしたにもかかわらず、他の投票人と異なり、国民審査に係る投票用紙の交付を拒絶されたのであり、それによる精神的苦痛は大きい。このような重大な権利である国民審査権を剥奪された一審原告らの精神的苦痛を慰謝するための慰謝料は、1人当たり1万円を下るもので

はない。

エ 一審被告の主張に対する反論

一審被告は、選挙権と国民審査権の権利の性質の相違、在外選挙制度と在外審査制度についての議論・経緯の相違を指摘し、国会にとって、平成17年大法廷判決によっては、在外審査制度を設けないことの違憲性が明らかになったとはいえない旨主張するが、国民審査権も国民主権を具現化する権利であり、憲法15条1項の公務員の選定及び罷免権の一部を成す重要な権利である。国会が同判決は選挙権そのものにしか適用されず、国民審査権には関係ないと認識したということとはできない。

また、平成17年大法廷判決は、在外選挙制度についての法律案の提出という事実自体を重視しているというよりも、法律案が提出されたことをもって、解決が可能であったことが推認され、その事実が重要であることを指摘しているのであるから、在外審査制度についても、いつの時点でその技術上の問題が解決可能であったかが検討されるべきである。そして、在外審査制度については、同判決が言い渡された直後に、平成28年改正と同様の改正をすることによって（なお、第166回国会には議員立法（衆第47号）として同趣旨の法案が提出されていた（甲12）。）、少なくとも衆議院議員の任期満了の日前60日又は衆議院の解散の日のいずれか早い日から衆議院議員総選挙の公示までの日の間に新たに裁判官が任命されるという例外的な事態が生じた場合以外の場合において、在外審査制度を実施することに何らの技術上の問題があったとはいえない。そして、このような例外的な事態は、最高裁判所の裁判官の任命の実務的な運用からは考え難いものであり、国民審査の歴史の中で生じたことは一度もない。さらに、このような法改正を経なくとも、電子メール等の送信技術を使用して地域の主要な在外公館において投票用紙を印刷することや、点字投票の際に認められるように自書式による投票を採用することなど様々な代替案を採用することも可能であっ

た。

そもそも違憲状態が発生していても、国会が怠慢によってその問題を取り上げず、十分な討議や検討をしなかった場合に、国家賠償が認められなくなるというのは不合理である。一審被告は、平成10年や平成18年に政府内で検討されたという技術上の問題の解消や代替案の採用について、具体的にどのような調査、検討等をしたのか、それがなぜ実現されなかったのかといった具体的な理由を明らかにすることなく、単に国会に法律案が提出されなかったことのみを指摘するが、これは、具体的な調査、検討等を進めることなく、長期間にわたってこれを放置したからにすぎない。

(一審被告の主張)

ア 国家賠償法1条1項にいう「違法」とは、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背することをいう。したがって、公務員の職務行為が同項の適用上違法の評価を受けるのは、当該公務員が、職務上通常尽くすべき注意義務を果たすことなく、漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合に限られる。

イ 投票用紙の不交付が違法でないこと

国民審査制度について、憲法は、その具体的な在り方の定めを広く国会の立法政策に委ねており、これを受けた国民審査法は、我が国の領域主権の及ばない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。したがって、国民審査法上、在外国民が国民審査において投票することは認められておらず、平成29年国民審査において中央選挙管理会が一審原告らに国民審査に係る投票用紙を交付しなかったことは、同法に基づく取扱いとして誤りがなく、その職務上通常尽くすべき注意義務に違反したということとはできないから、国家賠償法1条1項の適用上違法となる余地はない。

ウ 立法不作為が違法でないこと

上記のような国家賠償法1条1項の意義からすれば、国会議員の立法行為（立法不作為も含む。）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別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法等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、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民に対応した関係での法的義務を負うものではない。したがって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず、あえて当該立法を行うというような、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、同項の適用上、違法の評価を受けないものというべきである。具体的には、例えば、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や、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などの極めて例外的な場合に限り、国会議員の立法行為又は立法不作為は、同項の適用上違法の評価を受けるものというべきである。

そして、前記のとおり、在外審査制度を設けないことは、平成28年改正の前後を問わず、憲法の諸規定に違反するものではないから、国家賠償法1条1項の適用上違法となる余地はない。

#### エ 一審原告らの主張に対する反論

一審原告らは、平成17年大法院判決の存在を根拠に、同判決の言渡しの時点において在外審査制度を設けないことの違憲性が明らかになった旨主張するが、同判決で問題とされた国政選挙における選挙権は、国民主権に立脚する我が国において、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利であり、議会制民主主義の根幹を成す権利であるのに対し、国民審査は、最高

裁判所の裁判官に対する「国民罷免手続又は国民解職手続」であり、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り、同判決の事案と本件とでは、問題とされた権利についての憲法上の位置付けが異なり、それらを同様に考えることはできない（なお、一審原告らは、平成10年の公職選挙法改正の審議の際に、政府委員が選挙権と審査権を完全に連動したものとする見解を示したとも主張するが、政府委員は、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述べたにすぎず、選挙権と国民審査権を完全に連動したものとする見解は採っていない。）。

また、平成17年大法院判決は、その判示に照らし、昭和59年に在外国民の選挙権行使を可能とするための法律案が内閣によって国会に提出されながら廃案となり、しかも、その後10年以上の間、何らの立法措置も講じられなかったという経緯を非常に重視して、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受ける例外的な場合に当たると判断したことは明らかである。これに対し、在外審査制度については、平成10年の公職選挙法改正の際の審議において、在外審査制度を認めることとはしない理由についての質疑が若干されたことはあるが、国民審査の執行について責任を負う内閣が、在外国民の審査権の行使を認める上での問題の解決が可能であることを前提に、在外国民の投票を可能にするための法律案を提出したことはなく、そのような法律案が国会で審議されたことは一度もない。さらに、政府・国会関係以外を見ても、日本弁護士連合会による要望書の末尾において、在外審査制度を設けるべきである旨の指摘がされたことなどはあるものの、在外選挙制度と比べて世論等の動向は明らかに乏しい。このような経緯等を比較しても、本件は平成17年大法院判決の事案とは全く異なっている。

したがって、同判決の存在を根拠に、同判決の言渡しの時点において在外審査制度を設けないことの違憲性が明らかになったということとはできない。

### 第3 当裁判所の判断

1 当裁判所は、原審と同様、一審原告Aらの主位的請求に係る本件地位確認の訴えは不適法であるからこれを却下し、一審原告らの中央選挙管理会が投票用紙を交付しなかったことを理由とする国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求は理由がないからこれを棄却すべきであるが、原審とは異なり、一審原告Aらの予備的請求に係る本件違法確認の訴えは適法であつてかつ理由があるから同請求を認容し、一審原告らの国会が在外国民が審査権を行使するための立法をしなかったという不作為を理由とする同項に基づく損害賠償請求は理由がないからこれらをいずれも棄却すべきものと判断する。その理由は、次のとおりである。

#### 2 認定事実

証拠及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実が認められる。

##### (1) 在外選挙制度に関する立法の状況等

ア 平成10年法律第47号による公職選挙法の改正前においては、在外国民は選挙権の行使ができない状態に置かれていたところ、昭和58年3月24日、衆議院内閣委員会において、「海外に在留する邦人が選挙権の行使ができるよう、早急に適切な措置を講ずること」という附帯決議がされた。

(乙5)

イ 内閣は、第101回国会に対し、昭和59年4月27日、在外選挙制度の創設に係る「公職選挙法の一部を改正する法律案」を提出したが、同法律案は、継続審議とされたものの、昭和61年6月2日の衆議院の解散により廃案となった。

(乙5)

ウ 日本弁護士連合会は、平成8年5月、衆議院及び参議院の各議長、内閣総理大臣等に対し、在外国民が選挙権を行使できるように公職選挙法の改正を行うべきであるとする要望書を送付した。なお、同要望書には、これに合わせて、国民審査の機会を在外国民にも保障すべきであり、そのために国民審

査法も所要の改正をすることを求める旨が付加されていた。

(甲10の1, 弁論の全趣旨)

エ 内閣は、平成9年6月10日の閣議決定を経て、第140回国会に対し、在外選挙制度の創設に係る「公職選挙法の一部を改正する法律案」を提出した。同法律案は、審議の過程で一部修正された後、最終的に平成10年4月24日に第142回国会の参議院本会議において可決され、法律として成立し、同年5月6日、平成10年法律第47号として公布され、平成12年5月1日までに全て施行された。この法律により、在外選挙人名簿が調製され、在外国民が衆議院及び参議院の各議員選挙につき投票できるようになったが、附則8項により、在外選挙制度の対象となる選挙については、当分の間衆議院及び参議院の比例代表選出議員の選挙に限定することとされていた。

(乙5, 顕著な事実)

オ 平成15年法律第69号の公職選挙法の一部改正により(平成16年4月1日施行)、在外選挙人の国外における投票方法について、在外公館における投票と郵便等による投票を選択できるようになった。

(顕著な事実)

カ 最高裁判所は、平成17年9月14日、①平成8年10月20日に施行された衆議院議員の総選挙当時、公職選挙法が、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15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する、②公職選挙法附則8項の規定のうち、在外国民に国政選挙における選挙権の行使を認める制度の対象となる選挙を当分の間衆議院及び参議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反し、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、これを怠った違法な立

法不作為を理由とする国家賠償請求はこれを認容すべきであるとする判決（平成17年大法廷判決）を言い渡した。

（顕著な事実）

キ 平成17年大法廷判決を受けて行われた平成18年法律第62号による公職選挙法の改正により、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙についても、在外選挙制度の対象とされた。

（顕著な事実）

ク 国民投票法においても、在外投票人名簿（33条）に登録されている在外国民にも投票が認められている。

（顕著な事実）

## （2）在外審査制度に関する議論の状況等

ア 第142回国会の参議院地方行政・警察委員会（平成10年4月23日）において、前記(1)エの法律案に関連して、在外審査制度について質疑があり、政府委員（内閣法制局第三部長）は、国民審査は、選挙人名簿に基づいて行うことになっており、在外国民は、衆議院選挙に今参加できていないことの結果として国民審査にも参加できないということになり、その限りにおいてはやむを得ない旨答弁し、また、別の政府委員（自治省行政局選挙部長）は、国民審査は記号式投票で行われているから、在外国民に投票を認めるとすると、審査の告示後、投票用紙を印刷して国外に交付することになり、平成10年改正の当時の在外選挙制度（平成11年法律第160号による改正前の公職選挙法49条の2）において在外公館の長の管理する投票を記載する場所での在外投票が選挙の期日の5日前までの間に行うこととされていたのと同様の方法で国民審査を行うこととすると、投票日の5日前までには投票用紙を送付しなければならず、審査のための期間をほとんど確保することができず、技術的に実施不可能に近いというような状況であり、現段階では見送ることにした旨答弁していた。

(甲6)

イ 日本弁護士連合会は、平成14年7月30日付けで、衆議院及び参議院の各議長、内閣総理大臣、法務大臣、外務大臣並びに総務大臣に対し、在外国民が国民審査権を全く行使することができないことが人権侵害に当たるとして、法改正等の措置を講じるよう勧告した。

(甲9)

ウ 東京地方裁判所は、平成21年国民審査において審査の投票ができなかった在外国民である原告らが次に行われる国民審査において在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認と国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求を求めた在外日本人国民審査権確認等請求事件（同裁判所平成22年（行ウ）第162号，同第448号，同第453号）において、平成23年4月26日、原告らの上記地位の確認を求める訴えを不適法であるとして却下し、国家賠償法に基づく損害賠償請求を棄却する判決を言い渡し、同判決は確定した。同判決は、理由中の判断において、平成21年国民審査が行われた平成21年8月30日時点で、在外審査制度の創設に係る立法措置を執らないという不作為によって在外国民が国民審査権を行使することができないという事態を生じさせていたことの憲法適合性については、重大な疑義があるとしたものの、憲法上要請される合理的期間内に事態の是正がされなかったものとは断定することができないとして、憲法に違反するものとははいえない旨判示していた（平成23年東京地裁判決）。

(顕著な事実)

エ さらに、日本弁護士連合会の人権擁護委員会は、在外国民の一人からの人権救済の申立てを受けて、平成24年3月15日付け「海外在住日本国民の最高裁判所裁判官国民審査に関する人権救済申立事件調査報告書」を取りまとめ、在外国民に国民審査権を保障すべく、衆参両院に対し、公職選挙法な

いし国民審査法の所要の改正を行うように求め、上記イに続き「改めて強く勧告する」旨の勧告を発すべきものとした。これを受け、日本弁護士連合会は、同月28日付け「勧告書」により、衆議院及び参議院の各議長、内閣総理大臣、法務大臣、外務大臣並びに総務大臣に対し、在外国民が国民審査権を行使することができないことが著しい人権侵害に該当するとして、法改正等の措置を講じるよう勧告した。

(甲10の1から7まで)

オ 第183回国会の衆議院予算委員会第二分科会（平成25年4月15日）において、国民審査に関し、罷免したい裁判官に対して「×」を付けるという現在の記号式以外の投票方法も検討すべきであるとの分科員からの質問に対し、政府参考人（総務省自治行政局選挙部長）は、① 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、② 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、記号式による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、③ 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、④ 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旨回答した。

(乙12)

カ 現在に至るまで、在外審査制度の創設に係る法律案が国会に提出され、審議されたことはない。

(弁論の全趣旨)

(3) 在外国民の総数等

平成29年10月1日の時点における在外国民の総数は、135万1970人であり、第48回総選挙の公示日前日の時点における在外選挙人名簿登録者数は、約10万人であった。

また、第48回総選挙における在外投票者数は、約2万1000人であった。

(乙8, 9, 弁論の全趣旨)

### 3 在外国民に対する国民審査権の行使制限の憲法適合性(争点1))について

- (1) 憲法は、国民審査について審査に関する事項は、法律でこれを定めると規定し(79条4項)、これを受け、国民審査法は、衆議院議員の選挙権を有する者は審査権を有する旨定め(4条)、投票の方法等に関する定めの一つとして、国民審査には公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いる旨定めているが(8条)、同法は、選挙人名簿と在外選挙人名簿を異なるものとして明らかに区別しており(30条の2第1項)、在外選挙人名簿は選挙人名簿の一部ではなく、国民審査法8条の選挙人名簿に在外選挙人名簿が含まれると解することはできない。さらに、同法の他の規定をみても、審査は、全都道府県の区域を通じて行い(3条)、罷免を可とする投票の数が罷免を可としない投票の数より多い裁判官は、罷免を可とされたものとするが、投票の総数が公職選挙法22条1項又は3項の規定による選挙人名簿の登録が行われた日のうち審査の期日の直前の日現在において国民審査法8条の選挙人名簿に登録されている者の総数の100分の1に達しないときは、この限りでない(32条)など規定する一方、選挙人名簿に登録されない在外国民の国民審査に関する規定はないことからすれば、同法は在外審査制度を想定していないものといわざるを得ない。また、他の法律等においても、在外国民の国民審査を想定した規定は存在しない。その結果、在外国民は、我が国に住所を有しないため、住民基本台帳に記録されず、選挙人名簿に登録されない(公職選挙法21条1項、住民基本台帳法15条1項)から、国民審査において審査権を行使することができない。

このように、国民審査法は、方法の如何を問わず、在外国民については、国民審査の審査権の行使を一切認めていないものと解される。

(2) 憲法は、天皇が、内閣の指名に基づいて、最高裁判所の長たる裁判官を任命し（6条2項）、最高裁判所の長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する旨（79条1項）定める一方、最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後10年を経過した後初めて行われる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする旨定め（同条2項）、最高裁判所の裁判官について国民審査の制度を設け、国民審査において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される旨定めている（同条3項）。これらの憲法の定めからすれば、国民審査は、最高裁判所の裁判官の解職の制度であると解される（最高裁判所昭和24年（オ）第332号同27年2月20日大法廷判決・民集6巻2号122頁、同昭和39年（行ツ）第107号同40年9月10日第二小法廷判決・裁判集民事80号275頁、同昭和46年（行ツ）第6号同47年7月25日第三小法廷判決・集民106号633頁等参照）。

ところで、憲法は、主権が国民に存することを宣言し（前文、1条）、その上で、公務員の選定及び罷免の権利を国民固有の権利としている（15条1項）ところ、最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所であり（81条）、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限があり（77条1項）、また、下級裁判所の裁判官については、最高裁判所の指名に基づいて内閣が任命するとされている（80条1項）など、重要な地位と権能を有していることから、憲法は、国民審査制度を設けて、主権者であって公務員の選定罷免権を有する国民に、最高裁判所の裁判官について、定期的に解職の可否という形で任命についての審査をする機会を付与することによって、その民主的統制を図ろうとしたものと理解できる。

このような国民審査権の制度の趣旨に照らせば、選挙に関する憲法の規定（15条3項、4項、44条ただし書）及び投票の機会の平等の要請（14条1項）の趣旨は、国民審査についても同様に及ぶものと解され、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ものと解するのが相当である。

そして、憲法のこのような趣旨に鑑みれば、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、これ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というべきであって、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審査権の行使を制限することは、憲法14条1項、15条3項及び44条ただし書の趣旨に反することとなり、審査権を認めた同法15条1項並びに79条2項及び3項に違反することとなるものといわざるを得ない。また、このことは、国が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。

これに対し、一審被告は、① 選挙制度は、議会制民主主義の根幹を成すものであって、民主政治の歴史的発展によって獲得されたものであるのに対し、国民審査制度は、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ないように、国民主権の在り方として普遍的な制度ではなく、憲法の制定により解職制度という形で国民に創設的に付与されたものであり、その意義や成り立ちが異なる、② 憲法上の規定ぶりも、国民審査については、79条があるのみであり、44条ただし書に相当する規定もない、③ 憲法は、国会議員については、全ての選任を国民の選挙によるものとしているのに対し、国民審査権については、必ずしも全

ての裁判官に対して審査がされるものではなく、かつ、衆議院議員総選挙の機会の限度で実施することとされていることから、選挙権と国民審査権を同等の権利とすることはできず、国民審査制度が違憲と判断されるのは、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るといふべきであるから、厳格な審査基準を用いることは相当ではない旨主張する。

しかしながら、選挙権と国民審査権がその歴史的な沿革等を異にするものであるとしても、選挙権も国民審査権も国民主権に根差す重要な権利であることには変わりがなく、憲法上の保障の程度に差異があるものではない。また、憲法44条ただし書は、議会制民主主義の下においても制限選挙が実施されていたという歴史的経過を踏まえ、特に選挙について規定されたものにすぎず、その趣旨は同じく国民主権に根差す国民審査制度にも当然及ぶものと解すべきであるから、国民審査について同様の規定がないからといって、選挙権に比べて国民審査権が重要ではないということとはできない。また、国民審査が全員の裁判官を対象としていないのは、解職制度に内在する制約であり、選挙がいわば事前の任命であるのに対し、解職はいわば事後の任命であるという関係にあるから、事後の任命に係る審査権が事前の任命である選挙権に比べて重要ではないとはいえない。そもそも、憲法は、憲法改正の国民投票制度（98条）とともに、国民審査を主権者である国民がその意思を司法作用に直接反映させる重要な制度の一つと位置付けているのであるから、国民審査権が代表者である国会議員を選出する選挙権に比べてその保障の程度において差異があるとはいえない。

したがって、国民審査権については、選挙権と同様の厳格な審査基準は妥当せず、国会の裁量権を尊重すべきであるとする一審被告の主張は、採用できない。

- (3) そこで、平成29年国民審査当時、国民審査法が、在外国民の審査権の行使を制限していたことについて、前記のやむを得ないと認められる事由があった

か否かについて検討する。

ア 一審被告は、衆議院議員及び参議院議員の選挙とは異なり、国民審査は、15名それぞれに任期の異なる裁判官を対象とし、衆議院議員総選挙の機をとらえ、記号式による投票を用いて行うこととされており、投票用紙の調製の問題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、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投票に間に合わせることは実際上不可能であるという技術的な問題があることから、在外審査制度を設けないことについては合理的な理由がある旨主張する。そして、前記認定のとおり、平成10年4月23日の参議院地方行政・警察委員会において、政府委員（自治省行政局選挙部長）は、国民審査は記号式による投票で行われているから、在外国民に投票を認めるとすると、審査の告示後、投票用紙を印刷して国外に交付することになり、当時の在外公館における投票が選挙の期日の5日前までの間に行うこととされていたのと同様の方法で国民審査を行うことすると、投票日の5日前までには投票用紙を送付しなければならず、ほとんど審査のための期間を確保することができず、技術的に実施不可能に近いというような状況であり、現段階では見送ることにした旨答弁していたところである（なお、別の政府委員（内閣法制局第三部長）は、在外国民が国民審査権を行使することができないのは、衆議院議員の選挙権の行使ができないところに原因があり、やむを得ないなどと答弁していたが、これは、在外選挙制度が創設される以前において、在外国民に国民審査権の行使ができない理由を説明したにすぎないものと解される。）。

このように、一審被告の主張によっても、在外国民に対して国民審査権の行使を認めない理由は、記号式による投票を前提とした場合における技術的な問題があるということに尽きるものといえ、他にその理由を見いだすことはできない。

イ 確かに、国民審査法は、都道府県の選挙管理委員会の調製した、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「×」の記号を記載するという記号式による投票を採用しており（14条2項、15条1項）、平成28年改正前は、審査に付される裁判官の告示（5条により審査の期日前12日まで）を待つて投票用紙を印刷していたため、これを前提として在外国民が審査権を行使する場合を想定すると、投票用紙の印刷、裁断及び発送準備、各地の在外公館への配布準備、東京国際郵便局への送付、在外公館への送付、到着後在外公館における整理、審査等の事務に一定の時間を要することから、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することは困難であるとの説明には一応の理由があったものといえる。しかしながら、国民審査法が制定された昭和22年当時は、上記の技術上の問題を解決することが困難であり、平成10年当時においても、同様の困難があることが想定されていたとしても、政府委員の上記説明は、在外審査の方法として、在外公館における投票を前提としたものにすぎない。衆議院議員及び参議院議員の選挙や国民投票については、在外国民には、投票方法として、在外公館における投票のほかに、郵便等による投票、国内における投票（いわゆる帰国投票）も認められているところ（公職選挙法49条の2第2項、国民投票法62条1項）、上記説明は、国内における投票には当てはまるものではなく、郵便等による投票にも直ちに当てはまるものではない。一審被告は、在外国民に国内における投票が認められるのは、国外における投票が認められている在外国民に一時帰国の場合に投票ができないのは不合理であるとの理由によるものであり、国民審査についておよそ国外における投票が認められていない在外国民に国内における投票を認める理由とはならない旨主張するが、投票の方法として、国民審査について在外国民の国内における投票を認めることには特段の技術的な支障もないから、一審被告の上記主張は在外国民の国内における投票を認めない理由とはならない（一審原告らは、過去において国民審査について在外国民に国内にお

ける投票をさせた事例（甲８）があることを指摘するが、このような事例を待つまでもなく、実際の事務上、国内における投票に支障がないことは明らかである。）。

そして、上記の技術的な問題は、通信、印刷技術等の発展によって全く解消ができないような性質のものでないが、それを措くとしても、期日前投票に対応する改正ではあるものの、平成２８年改正後（なお、平成２８年法律第９４号のうち、国民審査法の一部改正部分は、平成２９年１月１日から施行されている。）には、中央選挙管理会が、衆議院議員の任期満了の日前６０日に当たる日又は衆議院の解散の日のいずれか早い日以後直ちに、審査予定裁判官の氏名等を都道府県の選挙管理委員会に通知しなければならないこととされ（国民審査法４条の２第１項）、告示前であっても、投票用紙の調製をすることが法的にも可能となり（同法１４条１項）、審査期日の少なくとも１２日前に告示がされるとしても、上記通知から告示までは、衆議院議員の任期満了の場合には少なくとも１８日あり、衆議院の解散の場合にも一定の期間があることから、仮に在外選挙や在外国民投票の在外公館における投票（公職選挙法４９条の２第１項１号イ、国民投票法６２条１項１号）と同様に、審査期日の６日前までに在外公館の長に投票用紙を提出することを要するとしたとしても、一審被告がいう、投票用紙の印刷、裁断及び発送準備、各地の在外公館への配布準備、東京国際郵便局への送付、在外公館への送付、到着後在外公館における整理、審査等の事務には必要な時間は確保されていることとなり、ほとんどの場合には上記の技術上の問題は事実上解消されたものといえるのである（実際、平成２９年国民審査は、同年９月２８日に審査予定裁判官の通知がされ、同年１０月１０日に告示され、同月２２日に審査が実施されたが、通知により投票用紙を印刷・調整し、在外公館に送付し、在外公館において審査期日の６日前である同月１６日までに投票を行うことは十分できたものと思われる。また、郵便等による投票や国内に

おける投票も行うことができたことも明らかである。)

一審被告は、平成28年改正後であっても、上記通知から審査の告示までの間に裁判官が新たに任命される可能性がないとはいえない(国民審査法4条の2第2項)から、告示の日に近接して任命された場合には、告示後に投票用紙の調製をしていた平成28年改正前と同様に、投票用紙の調製や送付についての技術上の問題が解消されてはいない旨主張する。一審被告は、上記の投票用紙の印刷、裁断から在外公館における整理、審査等までの事務について、単に時間を要すると主張するのみであって、各事務に要する時間を具体的に明らかにしていない(原審の第2回口頭弁論期日において陳述した準備書面(1)に、「在外公館と日本国内の市町村との投票用紙の送付だけでも原則として5日から6日」要する(16頁)と記載されているのみであり、それを裏付ける資料も提出されておらず、他の事務については何らの記載もない。)。もともと、平成28年改正前においては、期日前投票は審査の日の7日前からとされており(平成28年改正前の国民審査法26条)、平成28年改正後においても告示前4日以内に新たに裁判官が任命された場合には、改正前と同様、期日前投票は審査の日の7日前からとされているから(国民審査法16条の2第1項)、これからすれば、投票用紙の印刷・調整に要する期間は4日間と想定されており(総務省作成の「公職選挙法及び最高裁判所裁判官国民審査法の一部を改正する法律の概要」における「国民審査に係る標準的なタイムスケジュール」(甲11)参照)、在外選挙の在外公館における投票は、期日の6日前までに投票用紙を封筒に入れて在外公館の長に提出するものとされ(公職選挙法49条の2第1項1号イ)、在外国民投票の在外公館における投票も、同様に期日の6日前までに投票用紙を封筒に入れて在外公館の長に提出するものとされていること(国民投票法62条1項1号)からすれば、在外公館からの国内への投票用紙が入った封筒の送付、送致に要する期間は5日間と想定されているものと思われる。そして、

これらを前提にすると、通知から告示までに裁判官が新たに任命される場合であっても、告示の日の4日前までに任命がされるときには、投票できる日が限定されるとはいえ、在外公館における投票が不可能であるとはいえない。そして、裁判官が告示の日の前4日以内に任命されることは極めてまれな場合である上、裁判官の任命については、閣議決定と発令・天皇による認証との間には通常一定の期間があるから、発令・認証までに新たに任命される予定の裁判官の氏名を記載した投票用紙を追加で作成するなどの対応ができないわけではない。仮に、極めてまれにしか生じない事態（閣議決定、発令・認証、告示が近接し、閣議決定から投票用紙の印刷を始めても在外公館に審査日の6日前までに投票用紙が届かない場合）における技術的な問題がなお残ることがなくはないとしても（この場合においても、在外国民の国内における投票については何らの支障も生じない。）、そのことを理由として在外国民に対して国民審査の機会を一切保障しないことを正当化することはできない。

ウ 翻って、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（79条4項）、現行の記号式による投票以外の方法を採用することも許容している。記号式による投票は、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、なるべく簡易な方法で投票ができるようにする点で、合理性を有している（最高裁判所昭和24年(オ)第332号同27年2月20日大法廷判決・民集6巻2号122頁, 同39年(行ツ)第107号同40年9月10日第二小法廷判決・集民80号275頁, 同46年(行ツ)第6号同47年7月25日第三小法廷判決・集民106号633頁参照)としても、上記の極めてまれな場合において記号式による投票を前提にすると技術的な問題がなお残るといっているのであれば、記号式による方法との併用も含めて他の方法を採用することが、著しく合理性を欠くような事情がない限り、上記のやむを得ないと認められる事由があるとはいえないと

いうべきである。

そして、一部の地方選挙において実施された電子投票機を利用した投票方法やファクシミリによる投票によるまでもなく（なお、一審原告らが指摘する法律案（第166回国会・衆第47号）は、電磁的記録式投票機を用いる投票方法の導入を図るものであった（甲12）が、継続審議とされたものの、廃案となった。）、自書式あるいは分離記号式による投票によれば、投票用紙の印刷・調整は、選挙や国民投票における投票用紙の印刷・調整とほぼ同様であり、在外選挙や在外国民投票と同様の方法（在外公館における投票、郵便等による投票、国内における投票）によって在外国民審査を行うことは十分可能である。実際、国民審査法16条1項は、「点字による審査の投票を行う場合においては、審査人は、投票所において、投票用紙に、罷免を可とする裁判官があるときはその裁判官の氏名を自ら記載し、罷免を可とする裁判官がないときは何等の記載をしないで、これを投票箱に入れなければならない。」として、点字による審査につき自書式による投票を採用しており、既に同法の下においても、現行の記号式による投票を前提として審査権の行使が技術的に不能ないし著しく困難となるような場合において、他の合理的な投票方法を用いることにより審査権の行使が可能となるときには、その方法を採用している例が存在しているのである。

これに対し、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、①自書式による投票では、審査人が各裁判官の氏名を把握した上で、罷免を可とする裁判官の氏名を投票用紙に記載することから、記号式による投票に比べ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り、白票を含む罷免を可としない投票が著しく増加するなどし、国民の解職の意思が適切に反映されない、②自書式による投票を併用した場合には、国内の審査人と在外国民との間で罷免を可とする意思の表明の容易性に差異が生じる上、

在外国民に審査公報を漏れなく配布すること（国民審査法53条，同法施行令28条）も困難であるから，審査に付される裁判官に関する情報の伝達にも差異が生じ，審査の実効性のみならず結果の公平性にも悪影響がある，③

点字による投票は，視覚障害という事情から他の投票方法を採用することが困難な事情があることから特に認められたものである上，実際，平成29年国民審査における点字投票による投票数は6481票である（乙8）が，在外国民の総数は135万1970人であり，在外選挙人名簿の登録者数は約10万人であるから，審査制度の実効性の確保という観点からは，有意な差異がある，④ 自書式による投票の場合には，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，記載の趣旨が不分明であるなどの疑問票が増加するなどし，開票作業を円滑に行うことが實際上困難になる，⑤ 分離記号式による投票の場合には，番号とそれに対応する裁判官を誤って認識するなど記号式による投票に比べて過誤投票が増加する可能性がある旨主張する。

しかしながら，① 自書式による投票は，記号式による投票に比べて投票人の罷免の意思がより明確にされるものであるから，国民の解職の意思が適切に反映しないとの批判は当たらないし，② 既に国政選挙においても，選挙人が選挙の当日，自ら投票所に行き，自書式による投票をする（公職選挙法44条1項）以外に，できるだけ選挙権の行使を容易にして権利の保障を実効あらしめるため，点字による投票（47条），代理投票（48条），ファクシミリによる投票（49条7項，9項）や郵便等による投票（49条の2第1項2号）なども認められており，それによって選挙の公平が害されるといった事態が生じたとはうかがわれない上，国民審査においても，上記のように点字による投票（自書式による投票）が認められているが，これによって審査の公平が害されるといった事態が生じたともうかがわれないところである。そして，通信手段が地球規模で目覚ましく発展を遂げている状況

において、在外国民に審査公報の配布による周知と同程度の情報伝達が不可能であるとはいえない（これは、在外選挙においても同様であるし、実際、選挙公報（同法167条）については、総務省が、インターネットでの公開を容認していることも公知の事実である。）。また、③ 第48回総選挙における在外投票者数は、約2万1000人であり（前記認定事実(3)）、在外国民審査の投票数も同程度になると予想されるところ、これは、点字による投票数（6481票）に比べて、約3.2倍程度にとどまるから、直ちに審査の実効性が確保できないともいえない（そもそも、一審被告の主張のように、実際の点字による投票数と投票率が反映されていない在外選挙人名簿の登録者数を比較してみても、無意味である。）。④ 連記投票における疑問票は、点字による投票でも生じ得るところ、国民審査法施行令9条のような手当てをするなどして点字による投票と同様の取扱い（乙10参照）をすれば足りるものであり、疑問票の発生率によるとはいえ、上記の予想される投票数などからすれば、それによって、開票作業が著しく遅延するとも思われない。さらに、⑤ 過誤投票も、裁判官と番号との関係について周知を徹底するように情報提供を工夫すれば十分防止できるものである。

このように、一審被告が主張する記号式による投票以外の方法を採用できないとする理由も、在外国民の審査権の行使を制限することを正当化するに足りるものではなく、記号式による投票以外の方法によることに著しく合理性を欠くような事情もない。

エ 以上によれば、国民審査法が在外国民の審査権の行使を一切認めずこれを制限していることについては、遅くとも平成29年国民審査の時点においては、やむを得ないと認められる事由があったとはいい難く、同法は、憲法15条1項並びに79条2項及び3項に違反するものというべきである。

オ なお、一審原告らは、外国移住の自由を保障する憲法22条2項にも違反する旨主張するが、在外国民に審査権の行使を認めないことは、直接外国移

住の自由を制限するものではないから、同項に違反するものではないことは明らかである。

### 3 本件地位確認の訴えの適法性（争点(2)）について

(1) 憲法は、最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後10年を経過した後初めて行われる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする旨規定し（79条2項）、国民審査において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される旨規定しているが（同条3項）、それ以外の国民審査に関する事項は、法律でこれを定めるものとしており（同条4項）、国民のうち審査権を有するとされる者にどのような枠組みにおいてこれを行使させるかという点も含めて国民審査を具体的にどのような制度とするかについては、国権の最高機関である国会の立法政策に委ねているものと解される。

(2) 一審原告Aらは、公法上の法律関係に関する確認の訴え（行政事件訴訟法4条）として、憲法15条1項、79条2項、3項、国民審査法4条に基づき、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査において、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るが、憲法の上記規定からは、直ちに一審原告Aらの次回の国民審査における具体的な審査権を導き出すことはできない上、国民審査法4条は、あくまで審査権を有する者の資格について定めたものにすぎず、同条により直ちに上記のような具体的な審査権を行使することができる地位が発生するものとはいえない。

そして、上記(1)のとおり、在外審査制度を創設する場合においても、在外選挙人名簿を用いたものとするか否かといった制度の枠組みについては、国会の判断に委ねられているのであって、国民審査法の特定の条項を違憲無効とすることも含め、国民審査法その他の法令を解釈することによって、在外国民について次回の国民審査において国民審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできないものというべきである。

また、一審原告Aらは、これと同様に、憲法15条1項、79条2項、3項、国民審査法8条に基づき、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づ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選択的に求めているが、前記のとおり、同法8条の選挙人名簿に在外選挙人名簿が含まれると解することができないことも明らかであるから、同条に基づいても、在外国民について国民審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできないことは、上記の憲法15条1項、79条2項、3項、国民審査法4条に基づいて地位の確認を求める場合と同様である。

以上によれば、一審原告Aらが確認を求める「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」は、国民審査法4条に基づくものとしても、同法8条に基づくものとしても、現行の法令の解釈によっておよそ導き出すことのできるものではなく、国会において、在外国民について審査権の行使を可能とする立法的措置を新たに講じなければ、具体的に認めることのできないものといわざるを得ない。

そして、一審原告Aらは、本件地位確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えであるとするところ、上記のとおり、その確認を求める対象となる法的地位は、国会において、新たに立法を行わなければ、具体的に認めることのできないものであって、確認を求める対象として有効、適切ではないから、本件地位確認の訴えは確認の利益を欠くものというほかはなく、不適法というべきである。

- (3) これに対し、一審原告Aらは、次回の国民審査において審査権を行使できる法的地位は十分具体的なものであり、仮に法律が完全に具体化した地位ではないとしても、平成17年大法院判決は、公法上の法律関係に関する確認の訴えの対象と認めている旨主張する。

しかしながら、平成17年大法院判決の事案は、当時の公職選挙法が在外国

民に国会議員の選挙について選挙権の行使を認めていながら、その附則8条において、その対象を当分の間比例代表選出議員の選挙に限定していた事案であって、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、原告らが投票することができるという法的地位は、同法上の具体的な地位として観念することができなくはなかったものである。これに対し、国民審査法はいかなる形であつても在外審査を認めていないのであるから、本件を同判決の事案と同様に解することはできない。

また、一審原告Aらは、国民審査法8条が国民審査権を行使するためには国内の選挙人名簿に登録されていなければならないと規定し、在外選挙人名簿登録者の国民審査権行使を制限していることは、憲法15条1項、79条2項、3項及び14条に違反して無効である結果、国民審査権行使の要件は、成年日本国民であり、選挙人名簿又は在外選挙人名簿のいずれかに登録されている者と解されるので、在外選挙人名簿に登録されている一審原告Aらは、次回の国民審査において在外選挙人名簿に基づいて審査権を行使することができる地位にあると主張するが、仮に、在外選挙人名簿の登録者に国民審査権の行使を認めることが立法政策として考え得るとしても、他の立法政策をとることも許容されているのであるから、国会による国民審査法の規定の改正なくして、同法8条の「選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるもの」との部分存在しないものとし、「在外選挙人名簿に登録されている」という要件を解釈によって導き出すことも、裁判所が同法にはない要件を創設することになって、実質的に国会の機能である立法作用を行うことになるから許されない。

#### 4 本件違法確認の訴えの適法性（争点(3)）について

前記2において説示するとおり、国民審査法が在外国民の審査権の行使を一切認めずこれを制限していることは、憲法15条1項、79条2項及び3項に違反するものであり、一審原告Aらは、平成29年国民審査において、在外国民であ

ることを理由として国民審査権を行使することを制限されたのであるから（なお、前記前提となる事実のとおり、一審原告B及び同Cは、平成29年国民審査について、日本国内において審査権を行使しようとしたところこれを拒否された。）、その権利を侵害されたものといえる。

本件違法確認の訴えは、国会において、在外国民に国民審査権の行使を認める旨の立法的措置を講じない限り、一審原告Aらが、次回の国民審査においても、同様に、国外に住所を有することを理由として、投票することができず、国民審査権を行使する権利が侵害されることになるので、あらかじめ次回の国民審査において国民審査権の行使を許さないことが違法であることの確認を求める趣旨であると理解できるところ、その権利侵害の危険は、当審口頭弁論終結時において、現実的なものとして存在するものと認められる。

そして、一審原告Aらが国民審査法自体の違憲、違法の確認を求めることは客観訴訟であるから不適法となり、平成29年国民審査において国民審査権の行使ができなかったことの違法確認を求めることは過去の法律関係の確認を求めるものであるから不適法となり、前記3において説示したとおり、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ることもできない。国民審査権は、選挙権と同様、その権利を行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであり、損害の賠償によっても十分に救済されるものではない。しかも、立法的措置が全くされていないという全面的な立法の不作為と立法的措置が部分的にはされているという一部の立法の不作為の場合とを比較して、前者の方が立法の不作為による権利侵害の程度が深刻であるにもかかわらず、後者には積極的な地位の確認を認める（平成17年大法廷判決）ことによって救済を図る方法がありながら、前者については司法的救済が拒否されなければならないとする理由はない。

このように、救済を図るために他に適切な方法がなく、即時確定の利益もある

から、予備的請求に係る一審原告Aらの本件違法確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法であるというべきである。そして、前記2に説示したところに照らせば、同請求は理由がある。

これに対し、一審被告は、本件違法確認の訴えは、要するに、具体的な紛争を離れ、国民審査法が在外国民に国民審査権の行使を認めていない点が違憲、違法であることについて抽象的に確認を求めるものにほかならないから、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟には当たらないと主張する。しかしながら、本件違法確認の訴えは、次回の国民審査において、在外国民である一審原告Aらに憲法上保障されている国民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る訴えであり、国民の個人的な権利の保護を目的とする主観訴訟であって、抽象的に法令の違憲、違法や立法不作為の違法の確認を求める、客観的な法秩序の維持等を目的とする客観訴訟ではない。そして、本件違法確認の訴えを認容した判決が確定した場合には、在外国民に国民審査権の行使を可能とする立法措置を執るべきことになるが（行政事件訴訟法41条1項、33条1項）、その立法措置の内容については国会が定めるのであるから、国民審査法上規定がない場合において、在外国民において国民審査権を行使できる地位を裁判所が積極的に確認することと異なり、裁判所が立法作用をしたとの批判も当たらない。

また、一審被告は、平成17年大法廷判決においても、公職選挙法の違法確認請求に係る訴えは、法律上の争訟ではないとして不適法とした原審の判断を維持していると指摘するが、同判決は、地位確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであることから、上記違法確認請求に係る訴えは確認の利益を欠くとしたものであって、上記違法確認請求に係る訴えが法律上の争訟ではないと判断したものでない。一審被告の上記指摘は当たらない。

#### 5 一審原告らの国家賠償請求の成否（争点(3)について）

- (1) 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別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背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に任ずることを規定するものと解される（最高裁判所昭和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頁参照）。そして、職務上の法的義務に違背していると認められるには、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合であることが必要である（最高裁判所平成元年(オ)第930号，第1093号同5年3月11日第一小法廷判決・民集47巻4号2863頁参照）。

- (2) 国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法1条1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、それゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに同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（前記最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決，平成17年大法廷判決，最高裁判所平成25年(オ)第1079号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁参照）。

- (3) 国民審査法が投票の方法として採用している記号式による投票は国民審査制度の趣旨に合致する合理的な投票の方法であるとされ（最高裁判所昭和24年(オ)第332号同27年2月20日大法廷判決・民集6巻2号122頁，同3

9年（行ツ）第107号同40年9月10日第二小法廷判決・集民80号275頁，同46年（行ツ）第6号同47年7月25日第三小法廷判決・集民106号633頁参照），これが定着しており，前記認定のとおり，平成10年4月23日の参議院地方行政・警察委員会において，政府委員（自治省行政局選挙部長）は，在外国民に投票を認めるとすると，審査の告示後，投票用紙を印刷して国外に交付することになり，在外選挙における在外公館での投票と同様の方法で国民審査を行うとすれば，ほとんど審査のための期間を確保することができず，技術的に実施不可能に近いというような状況であるとして，現段階では見送ることとした旨答弁しており，この記号式による投票を前提とした場合には，技術的な問題がある旨の説明をしていたものであるところ，この説明自体は，少なくとも，当時の説明としては，一定の合理性があったことは否定できない。

そして，平成17年大法廷判決により，公職選挙法が，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15条1項及び3項，43条1項並びに44条ただし書に違反し，国会が在外国民の投票を可能とする在外選挙制度を設ける立法措置を執らなかったという立法不作為が違法であるとして在外国民の国家賠償請求が認容されたものであるが，同判決は在外選挙制度を設けていない公職選挙法等の合憲性について判示するものであり，在外審査制度の当否について直接判示するものではなかった。実際，選挙権と国民投票権とは，憲法15条1項を根拠とし，国民主権に関わる重要な権利であるものの，その意義や成り立ちが異なることは否定できず，国政選挙は投票人が候補者の氏名や政党名を記載するという単記記名式による投票によっているが，国民審査は，罷免を可とする裁判官の欄に「×」を記載するという記号式による投票によっており，その実施面において技術的な差異があることも事実である。したがって，同判決があるからといって，直ちに在外審査を認めないことの違憲性が明白になったとはいえない。

また、平成23年東京地裁判決は、在外国民らが国民審査の投票をすることができる地位の確認等を求めた事案において、平成21年国民審査の時点で、在外審査制度の創設に係る立法措置を執らないという立法不作為によって在外国民が国民審査権を行使することができないとの事態を生じさせていたことの憲法適合性については、重大な疑義がある旨の指摘をしていたが、上記時点においては、憲法上要請される合理的期間内に是正されなかったものとは断定することができないとして、結論としては、憲法に違反するものとはいえないと判示し、在外国民らの訴えを一部却下し、その余の請求をいずれも棄却したものであるから、同判決の存在も、在外審査制度の創設のための議論の契機になり得るものとしても、これをもって、国民審査法の違憲性が明白になったものともいえない。

さらに、日本弁護士連合会は、平成14年7月及び平成24年3月にそれぞれ衆議院議長及び参議院議長等に対して在外国民が国民審査権を行使することができないことが著しい人権侵害に該当するとして、法改正等の措置を執るよう勧告したことが認められるが、上記勧告も、法的拘束力はなく、在外審査創設のための議論の契機となり得るものとしても、これをもって、国民審査法の違憲性が明白になったとはいえない。

前記認定事実(2)カのとおり、他に、内閣から在外国民審査に関する法案が提出されたり、国会において在外国民審査について議論されたりしたような形跡もない。

以上のような在外国民審査をめぐる議論の状況等に照らすと、企業活動等が世界的規模に及び、社会のグローバル化も進み、海外に居住する在外国民も増加している（乙9参照）ことから、その権利の擁護の重要性も認識され、平成22年に施行された国民投票法においても在外投票制度が認められているなどの事情を踏まえても、平成29年国民審査の時点で、国会において、在外審査を認めていない国民審査法の違憲性が明白になったものということとはでき

ない。

(4) なお、一審原告らは、当審においても、投票用紙の不交付が違法である旨の主張を維持しているところ（もつとも、この点について違法はない旨の原審の判断を争わない旨を明らかにしている。）、中央選挙管理会は、平成29年国民審査において、在外国民であった一審原告らに対し、投票用紙を交付していないが（前提となる事実）、当時、国民審査法その他の関係法令において、在外国民が国民審査権を行使することは認められていなかったのであるから、中央選挙管理会が一審原告らに対し投票用紙を交付しなかったことは、その職務上通常尽くすべき注意義務に違反したとはいえず、国家賠償法1条1項の適用上違法とはいえない。

(5) したがって、一審原告らの国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求はいずれも理由がない。

## 6 結論

以上によれば、一審原告Aらの主位的請求に係る本件地位確認の訴えは不適法であるからこれを却下し、一審原告らの国家賠償法に基づく損害賠償請求はいずれも理由がないからこれを棄却すべきであるが、一審原告Aらの予備的請求に係る本件違法確認の訴えは適法でありかつ理由があるから、同請求を認容すべきである（当事者の主張内容及び審理の経過等に照らし、更に弁論の必要はないから、民事訴訟法307条ただし書により自判する。）。

よって、これと異なる原判決を変更し、一審原告Aらの予備的請求を認容し、一審原告らの国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求をいずれも棄却することとして、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第8民事部

裁判長裁判官

阿 部

潤

裁判官 上 田 洋 幸

裁判官畑 佳秀は、転補につき、署名押印することができない。

裁判長裁判官 阿 部 潤