

平成八年（行ウ）第二六六号

原告 金井紀年
被告 国外五二名

一九九七年一月一日

原告ら訴訟代理人

弁護士

喜田村洋一

同 林陽子

同 二関辰郎

同 古田啓昌

同 梅津立

同 近藤健太

東京地方裁判所民事第二部 御中

準備書面（原告第二）

第一 平成九年三月二七日付け被告答弁書に対する反論

一 被告は、原告本訴請求のうち請求の趣旨第一項に係る訴え（以下「本件違法確認請求」という）は法律上の争訟に該当せず不適法であるとし、その根拠として最高裁大法廷判決一九五二年一〇月八日民集六卷九号七八三頁（警察予備隊違憲訴訟判決）等を引用する。

二 右警察予備隊違憲訴訟判決は、「わが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」として、抽象的違憲審査制度を採用しない旨を判示しており、また、学説上も、「具体的事件性がなくとも法令の憲法適合性等を審査させる抽象的規範統制訴訟は、立法論としては議論の対象となりうるが、解釈論としてこれを展開することは困難である」（塩野宏「行政法Ⅱ」第二版一八六頁）とされている。このような見解を前提とする、本件違法確認請求も一見また不適法として却下を免れないようにも見える。

三 しかしながら、本件違法確認請求は、現行の公職選挙法が原告らの選挙権の行使を認めず、もって原告らの憲法上及び条約上の権利を侵害していることの確認を求めるものである。この点は、請求の趣旨第一項が、「公職選

挙法は各原告に選挙権の行使を認めていない点において違法であることを確認する」（傍線原告ら代理人）として、いることから明らかである。ここで問題とされているのは、原告ら各人が本来享有すべき個別具体的な権利（選挙権）であり、前記一九五二年最大判、一九七七年最判において原告の個別具体的な権利が問題とされていないのは明らかには明らかである。

四 判例も、法令自体が抽象的・一般的内容でなく、具体的な特定の内容を有している場合には、かかる法令自体に対する訴訟を許容している（例えば、県知事が県下多数の町村の区域変更を一括して県令の形式でなした場合に、右県令に対する訴えを適法とした最高裁判決一九五九年六月二日民集一三卷六号六三九頁等）。また、法令自体は具体的内容を有しない場合でも、その施行によって特定の者ないし一定の範囲の者に具体的な効果が生ずる限り、法令自体に対する訴訟を許容するのが下級審の裁判例である（例えば、職員の従来法定昇給期間を延長する県条例について盛岡地裁判決一九五六年一月一五日行集七卷一〇号二四四三頁、療養費用算定方法に関する厚生大臣

告示について東京地裁決定一九六五年四月二二日行集一六卷四号七〇八頁、米穀の政府買入価格に関する農林大臣告示について東京高裁判決一九七五年一月二三日行集二六卷一、二号一四九五頁等）。

五 なお、初期の判例には、食糧確保臨時措置法一四条一項が、市町村農地調整委員会の委員選挙につき、選挙権・被選挙権を耕作の業務を営む者にのみ認めているのは憲法一五条に違反するとして右法律規定の無効確認を求めた訴訟を不適法とした事例（東京地裁判決一九五〇年一月一九日行集一巻一、二号一八二六頁）が存するが、右判決は、憲法一五条によって保障された権利を侵害する法律の是正を求める法的機会を奪うものとして最高裁事務局からも批判されており（最高裁事務局編『行政事件訴訟十年史』（一九六一年）五三頁）、近時の下級審判例の動向に照らして、既に先例的価値を失っている。

六 本件においても、憲法一五条によって保障された権利を現行公職選挙法によって侵害されている原告らが、その是正を求める直截な方法は、本件請求の趣旨第一項記載のように当該法律の違法確認を求めるより他ないのである。しかるに右請求を不適法と解するときには、畢竟原告らの権利救済を求める法的機会を奪うことになる。

七 以上を総合考慮すれば、本件は、（海外に居住する日本人である原告らという）特定の者の（憲法及び条約で保障された選挙権という）具体的な権利義務の存否に関する原告らと国の間の紛争であって、これを「法律上の争訟」というに妨げはなく（最高裁判決一九八六年四月七日民集三五卷三号四四三頁参照）、具体的な事件性も存するのであるから、本訴をもって公職選挙法の違法（憲法違反ないし条約違反）確認を抽象的に求めるものということはできず、現行法上も適法な訴えとして認められるべきものである。

八 なお、司法研修所編『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（一九九五年）七頁は、「参政権等に基づく法律等の違憲ないし違法の確認」

を求める請求について、民衆訴訟としか解釈できないものは却下すべきであるが、「もつとも、訴えは、可能な限り適法なものとなるようにその趣旨を理解すべきである」との立場を表明し、「他の訴訟形態のものとするれば適法になると解される余地がある訴えについては、できる限りそのような訴訟形態が選択されたものと解して取り扱うべきである。」としていることを付言する。

第二 平成九年六月一二日付け被告準備書面(一)に対する反論

一 被告は、原告本訴請求のうち請求の趣旨第二項に係る訴え(以下「本件国家賠償請求」という)には理由がないとし、その根拠として最高裁判決一九八五年一月二一日民集三九卷七号一五一二頁(在宅投票廃止違憲訴訟判決)を引用する。

二 右在宅投票廃止違憲訴訟判決は、「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ごとき例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではない。」との一般論を展開した後、「在宅投票制度を廃止しこれを復活しなかった立法行為は、国家賠償法一条一項にいう違法な行為に当たらない。」と判示した事例である。しかしながら、右最判の一般論に対しては、「十分な説得力を有するとはいいがたい。」とする有力な学説の批判があるのみならず(宇賀克也『国家補償法』(一九九六年)一〇七頁)、右最判は、以下に述べるように本件とは明らかに事案を異にしており、同最判の一般論を前提としても、なお本件において国家賠償法上違法の評価をすることに何ら妨げはなく、被告の主張には根拠がない。

三 右在宅投票事件最判の調査を担当した泉徳治最高裁調査官は、在宅投票制度の廃止及びその不復活が憲法の一義的な文言に違反しない理由として、概ね次のように説明している(最高裁判所判例解説民事篇昭和六〇年度三七九頁以下)。

「憲法一五条三項、四四条ただし書は、成人による普通選挙（選挙人の資格が人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産、収入などにより制限されない選挙）を保障している。この普通選挙の原則は、選挙権の有無についての差別を禁止するが、ここにいう選挙権の有無とは、選挙権の実質的な有無である。形式的に選挙権を付与しても、選挙権の行使を保障しなければ、実質的に選挙権を付与したことはない。したがって、普通選挙の原則による選挙権の保障は、選挙権行使すなわち投票の機会の保障を含むものであり、国民には、選挙権の一部として投票の機会を与えるよう求める権利が存すると考えられる。」「原告主張の八回の選挙当時、公選法は、在宅投票制度は採用していなかったものの、一定の事由の存する選挙人につき不在者投票制度を定めていた。」「かかる投票制度の下において、在宅選挙人がその意思により投票することが不可能であるということとはできないから、公選法が在宅投票人の選挙権を奪っているということはできないと考えられる。」「在宅投票制度は、投票をより容易にするため、立法裁量により設けられた救済的措置の一つと考えられ、普通選挙の原則から当然に要求される制度で

はないと考えられる。そうであるとすると、これを廃止し復活しなくても、違憲の問題は生じない。」（傍線原告ら代理人）

四 右の泉解説によれば、在宅投票制度の廃止及び不復活が違憲でないのは、要するに、「在宅投票制度が無くても原告は投票することが不可能ではなかった。」「従って、原告には投票の機会は与えられていた。」「よって、普通選挙の保障に欠けるところはない。」「からである。そして、これに呼応するかのように、右最判の原審（札幌高裁判決一九七八年五月二四日判時八八八号二六頁）は、「原告は、当時、介添えを得て車椅子を使用すれば投票所へ赴き投票することができた」旨を認定しているのである。

五 以上の議論を考慮すると、右一九八五年最判は、本件との関係では先例的価値がないことが明らかである。

すなわち、被告も自認しているように（被告準備書面（一）一〇頁以下）、本件の原告らは、海外に居住しているが故に、現行法上当然に選挙人名簿に

登録されず、よって現行公職選挙法上、選挙権が行使できないのである。在宅投票事件の原告は車椅子で投票所へ赴けば投票することができたが、本件の原告らは投票日に帰国して投票所へ赴いたとしても、投票させてはもらえないのである。

六 現に、一九九六年一〇月二〇日の衆議院議員選挙に際して、原告中條石は投票日当日に帰国して、渡米前の住所の浦和市内の投票所に赴き投票しようとしたが、投票を拒否されている。原告金井紀年は、右選挙に先だって、在ロス・アンゼルス総領事に対し、投票用紙の入手及び配布を依頼したが、外務省本省から「在外公館は、公職選挙法上、投票用紙を入手し、配布する機関とはされておりませんので御要望にはお応えできません。」と回答があったとして、一九九六年一〇月一七日付けで依頼を断られている。原告高瀬隼彦は、右選挙に先だって、豊島区選挙管理委員会に対し、投票用紙の送付を請求したが、選挙人名簿に登録されていないとして、一九九六年一〇月一四日付けで請求を拒絶されている。

七 なお、日本国民が海外へ転出したとしても、その旨を市町村長に届け出なければ、従前の住民登録が残る結果、選挙人名簿への登録も維持され、従って、投票日に帰国すれば旧住所地の投票所で投票することが事実上可能となる。しかしながら、かかる事態は明らかに住民基本台帳法二四条に違反し、同法四五条二項により五〇〇〇円以下の過料の対象となる違法行為である。従って、右のような違法行為を理由として、本件の原告らに投票の機会が与えられているということは不適當である。

八 被告は、「在外邦人の選挙権の行使を容易にする制度」を「在外投票制度」と定義している（被告準備書面（一）一三頁）。この定義は、右に紹介した泉解説が、「在宅投票制度は、投票をより容易にするため、立法裁量により設けられた救済的措置の一つと考えられ、普通選挙の原則から当然に要求される制度ではないと考えられる。そうであるとする、これを廃止し復活しなくても、違憲の問題は生じない。」と説明していることに照応したも

のと推測されるが、意図的に前提を誤っており不当である。現行の公職選挙法の下においては、いわゆる「在外投票制度」は、「在外邦人の選挙権の行使を容易にする制度」ではなく、「現在は制度的に拒絶されている在外邦人の選挙権の行使を、新たに可能ならしめる制度」なのである。

九 本件の原告らは、選挙権行使すなわち投票の機会を制度的に奪われているのである。在宅投票事件の原告が、少なくとも制度上は投票の機会を与えられていたとは異なる。かかる事態が憲法一五条及び四四条ただし書の保障する普通選挙の原則に違反するものであることは、泉調査官の解説からも明らかである。いわゆる「在外投票制度」は、「在外邦人の選挙権の行使を容易にするため、立法裁量により設けられるべき救済的措置の一制度」ではない。それは、「現在は制度的に拒絶されている在外邦人の選挙権の行使を、新たに可能ならしめるため、普通選挙の原則から当然に要求される制度」なのである。そうであるとする、これを設けないことは明らかに国会の立法裁量を逸脱しており、憲法の一義的文言に違反するものであることは明白で

あると言ふほかない。

以
上