

一一年（行コ）第二五三号 在外日本人選挙権剥奪違法確認請求控訴事件

控訴人
被控訴人 国
ほか

控訴人準備書面（一）

右当事者間の御庁頭書事件について、控訴人らは、左記の通り弁論を準備する。

二〇〇〇年二月一四日

東京高等裁判所第五民事部 御中

控訴人ら代理人弁護士 喜田村 洋 一

添付

同	同	同	同
林	二	古	近
陽	関	田	藤
子	辰	啓	健
	郎	昌	太

第一 はじめに

本件は、日本国外に住所を有する日本人が国政選挙で選挙権を行使できないこと（ないし日本国内に住所を有する日本人と同等の選挙権を与えられないこと）が憲法及び国際自由権規約に違反しないかを問うものである。

本件における控訴理由は以下に詳述するとおりであるが、控訴審の開始にあたり、最初に控訴人らの主張の要点を簡潔に述べ、原判決が憲法と最高裁判決を正解しない

ものであることを明らかにする。

一 憲法・人権規約の一義的命令

本件の争点は、冒頭で述べたとおり、海外の日本人が国政選挙で投票できないことの可否である。ところで、被控訴人は、「在外邦人の選挙権の行使を容易にする制度」としての「在外選挙制度」を語り（被控訴人の原審準備書面（一）一三頁）、あるいは「在外邦人が我が国の国政選挙において事実上選挙権を行使することが困難となる」と述べ（被控訴人の原審準備書面（二）三頁）、あたかも海外の日本人であっても選挙権を行使することが可能であるかのように主張したうえで、どのような選挙形態を採用するかについては国会に大幅な自由裁量があるとしている。そして、原判決も、これに呼応するように、「国会には、在外選挙制度を設けるなどして在外日本人の選挙権行使を確保すること以外に立法上の選択が許されていないとまではいえない」（原判決三七頁）としているのである。

しかし、これは本件の争点から目をそらすものである。海外の日本人は国政選挙において、選挙権を有しているにもかかわらず、住民票と連動した選挙人名簿に登録されていないため、選挙権の行使が不可能なのである。控訴人らは、投票を容易

にさせて欲しいと主張しているのではなく、投票ができるようにして欲しいと主張しているのである。同様に、控訴人らは、「在外選挙制度」（それがどのようなものであれ）という制度を新設して欲しいと求めているのではなく、他の日本人と同じように選挙権を確保して欲しいと求めているのである。

そして、憲法及び人権規約における選挙権の重大性に照らしてみれば、憲法及び人権規約が、日本国籍を有する者に投票させるべきことについて、これを一義的に命じていることは明らかである。どのような方法で海外在住日本人の選挙権行使を確保するかは、第一次的には国会の裁量が認められるべき範囲であろう。しかし、投票自体を認めないこと（これは、選挙権それ自体を否認することと変わらない）については、憲法と人権規約は国会に裁量の余地を与えていないのである。

したがって、控訴人らの主張が認められるべきことは明らかである。

二 住所地に基づく差別

本件にもっとも近い最高裁判例は、公職選挙法の定数配分規定の不均衡をめぐって争われた一連の事件についてのものである。ところで、この一連の事件は、定数不均衡訴訟と呼ばれることが多いが、その実態は、選挙人の選挙権を、住所がどこ

にあるかで差別していることの是非を問うものに外ならない（後記、平成八年大法院判決における福田裁判官の追加反対意見参照）。そして、この観点からみれば、本件は、まさに、海外に住所があることを理由とした差別を問題にするものであり、一連の大法院判決が取り上げた問題との同質性が浮かび上がるのである。

ところで、本件は平成八年に行われた衆議院の総選挙で投票できなかったことを契機に提訴されたものであるが、衆議院議員の選挙において定数格差が一对三を上回る際には当該定数規定が違法とされることは、これまでの数次の大法院判決で示されたところである。これと比較すれば、本件は、控訴人らが海外に居住していることによつて選挙権を行使しえなくなっているものであり、日本国内に居住する日本国民との投票価値との格差は無限倍とも評しうるものであり、これが違法と判断されるべきことは一連の大法院判決の趣旨に照らして明らかである。

第二 本件各違法確認請求について

一 原判決は、公職選挙法が違法であることの確認を求める控訴人らの各請求（以下「本件各違法確認請求」という）は、具体的紛争を離れて、公職選挙法の違法の確認を求める訴えであつて、法律上の争訟には当たらない（原判

決四一頁）とする。しかしながら、本件各違法確認請求は、決して公職選挙法の抽象的な違法確認を求めるものではなく、まさに控訴人らの個別的な権利（憲法及び人権規約で認められている選挙権）が侵害されていることの確認を求めるものである。

原判決は、控訴人らの請求は、「公職選挙法において、選挙権を有する在外日本人一般について右各選挙権行使の方法が確保されていないという一般的状态を現在の原告らの立場に当てはめて表現したにすぎない」（原判決四〇頁）とする。しかし、およそ法令なるものは、一般的な規範を個別具体的な事象に適用して初めて意味をもつものである。原判決は、「一般的状态」であることを理由として本件各違法確認請求を不適法としているが、「一般的状态」に該当するか否は、比較の対象を何に求めるかによつて左右される。たとえば、本件でも、特定の控訴人と、日本国内に住所を有する圧倒的多数の日本国民とを比較すれば、その控訴人は、他の日本国民と区別された地位にあり、その地位に基づいて選挙権を行使できないという不利益を蒙っているのであるから、当該控訴人の状態を「一般的状态」と呼ぶことはできないのである。

このように、法令の違法確認請求の事件では、ある状態が「一般的状态」かどうかをメルクマールとすることは不当である。問題は、確認請求を求める者が、他の一般国民と異なった地位に基づいて当該請求を行っているのか、あるいは警察予備隊の事件原告のような単なる一般国民として請求しているのかにあるのであり、後者であれば不適法とされるが、前者であれば個別の権利の侵害に対する救済を求めるものとして適法とされるのである。

しかも、原判決の理論構成によれば、当初から特定の個人を対象として制定された法令を除くほか、国民は法令が違法であることを主張できないこととなる。これは、違法な法令の効果が一人だけにしか生じていなければ司法救済が受けられるが、違法の効果が複数人に生じれば救済は受けられないとするものであり、このような結論は不合理極まりない。

かかる理論的帰結は、裁判所に違憲立法審査権を与えた憲法の趣旨に明らかに背くものであり、裁判所が自らの職責を放棄する不当な解釈である。

二 原判決は、本件各違法確認請求が法律上の争訟に当たるとしても、かかる請求は無名抗告訴訟として許容される場合に当たらない（原判決四三頁）とする。し

かしながら、特定の行政処分を対象とすることなく、公法上の権利に基づいて法令の違法確認を求める訴えは、一般に無名抗告訴訟ではなく、実質的当事者訴訟であると解されている（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』司法研究報告書第四五輯第二号七頁）。原判決は、控訴人らの請求を無名抗告訴訟と解した点で既に誤っている。

三 仮に本件各違法確認請求が無名抗告訴訟であるとしても、全ての日本国民に選挙権の行使を可能ならしめることが必要であることは、憲法の一義的文言から明らかである。選挙権を行使すべき国民が海外に居住していることのみをもって、衆議院議員及び参議院議員の選挙の全て又は一部について選挙権の行使を制度的に拒絶することを国会に許す法的根拠は存在しない。すなわち、国会は、「衆議院議員及び参議院議員の選挙の全てにつき在外日本人の選挙権の行使を可能にする立法を行うべき」（原判決四二頁）憲法及び条約上の一義的な義務を負っているのである。してみれば、本件各違法確認請求は無名抗告訴訟として許容される場合に当たらない（原判決四三頁）との原判決は明らかに誤りである。

第三 訴えの予備的追加的変更

一 控訴人らは、本件各違法確認請求が却下されることを停止条件として、左記の請求を追加する。

1 本件口頭弁論終結の日から平成一二年四月三〇日までの間、衆議院議員選挙及び参議院議員選挙において選挙権を行使する権利を控訴人ら各自が有することを確認する。

2 平成一二年五月一日以降、衆議院小選挙区選出議員選挙及び参議院選挙区選出議員選挙において選挙権を行使する権利を控訴人ら各自が有することを確認する。

二 予備的追加的請求の原因

1 控訴人らは、いずれも海外に居住する日本国民である。

2 憲法一五条は全ての日本国民に選挙権を保障している。

3 被控訴人は、平成一〇年法律第四七号による改正後の公職選挙法のうち在外投票に関する規定（以下「在外投票規定」という）が施行されるまでの間、控訴人らが衆議院議員選挙及び参議院議員選挙において選挙権を行使することを

拒否している。

4 被控訴人らは、在外投票規定が施行された後も、控訴人らが衆議院小選挙区選出議員選挙及び参議院選挙区選出議員選挙において選挙権を行使することを拒否することが明らかである。

5 在外投票規定は、平成一二年五月一日から施行される予定である。

第四 国家賠償請求について

一 昭和六〇年最高裁判決

原判決は、最高裁昭和六〇年一月二一日第一小法廷判決（民集三九卷七号一五―二頁）が述べる一般論に完全に依拠している。しかし、同判決の一般論自体、以下に述べるとおり極めて問題がある。日本において「裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」（憲法七六条三項）のであり、米国と違って先例拘束性は認められないのであるから、最高裁判例といえども、内容的に不適切であれば、それに依拠することは許されない。この点、原判決は右最判の一般論に安易に依拠した点において、不当であると言わざるを得ない。

1 立法内容の違憲性と立法行為の違法性区分論

原判決は、昭和六〇年最高裁判決に依拠して、「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下、同じ。）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、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである」と判示し、立法内容の違憲性と立法行為の国家賠償法上の違法性とを区別することを前提に、その他の理由を付加したうえで、「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反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うといった例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けないと解すべきである」と結論付け、結果的に立法行為を国家賠償で争う道を極めて狭めてしまっている。

確かに、立法内容の違憲性と立法行為の国家賠償法上の違法性とは、観念上区別することができるであろう。しかし、右最高裁判決が、右区分論から、結果的に国家賠償による救済の道を極端に狭める結果を導いたことに対しては批判が多い（なお、右最高裁判決はその他の理由も付加したうえで右結論に至っているが、それらの理由がいずれも妥当性を持たないことについては後述する）。

この点、長尾一紘教授は、「〔右最高裁判決〕の『区分論』が、このような違法性の対概念を前提として、立法内容の違憲性Ⅱ『結果不法』、立法行為の違法性Ⅱ『行為不法』としているものとしても、この『区分』自体からは、判決の論旨を根拠づけるような特段の法的効果が生ずるわけではない。立法者が立法するにあたってのもっとも重要な行為規範は憲法規範であり、立法内容に違憲性が認められる場合には、原則的に立法行為に違法性があるものと考えることが可能であるからである。」（判例批評、民商法雑誌 一九八六年 二七二頁、二七三頁）と述べ、的確に右最高裁判決の理由付けを批判している。また、棟居快行教授（執筆時は神戸大学助教授）も、「『区別論』は〔右〕のような結果の将来を正当化しうるほど説得力ある理由を伴っているであろうか。この点につき〔区別論〕は明らかに不十分である。違憲内容の立法をすることが即ち国会議員の『職務上の法的義務に違背』するものと言いうこともできるのである。一審判決が過失の認定についてはあるが、『立法をなすにあたっては違憲という重大な結果を生じないよう慎重に審議、検討すべき高度の注意義務を負う』として、立法内容違憲即ち注意義務違反という見方を示していた（参照、

遠藤博也『国家補償法上巻』四五〇頁）ことに注目すべきである」（判例評釈、判例時報一一九四号二〇四頁）として、右最高裁判決の理由付けを論難している。

2 政治的責任論

さらに原判決は、右最高裁判決に依拠して、「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において政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきである」と判示する。右判示事項を導くにあたって右最判が掲げた理由のすべてを原判決は挙げていないものの、次に述べる通り、右最高裁判決が挙げる理由はいずれも根拠となるものではない。

右最高裁判決は、国会議員が原則として個別の国民の権利に対して法的義務を負わないという結論を導くにあたって、①議会制民主主義の要請、②憲法における免責特権条項、③立法行為の政治的性格という三つの理由を挙げている。以下、これらの理由ごとに分説する。

（一）議会制民主主義の要請

理由の第一は、議会制民主主義の要請であり、右最高裁判決は、「憲法の採

用する議会制民主主義の下においては、国会は、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を立法過程に公正に反映させ、議員の自由な討論を通してこれらを調整し、究極的には多数決原理により統一的な国家意思を形成すべき役割を担うものである。そして、国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであって、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係わるものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする」と判示する。

しかし、この点について、長尾教授が右最判を適格に批判している。すなわち、

第一に、議会制民主主義原理との関連においては、個々の国会議員の国民総体に対する責任が問題にされる。ところが「右最高裁判決の事案」で問題にされているのは、国会議員総体（ないし機関としての国会そのもの）の個々

の国民に対する義務の内容である。前者について「政治的責任」が妥当するとしても、後者については法的義務が妥当しうるのである。判旨においては、この点について論理の転倒があるものといわざるをえない。国会議員個々の国民に対する関係においては、その立法行為が、たとえ「立法行為の内容にわたる実体的側面に係わるもの」についても、たんに国民の「政治的評価」にゆだねられているものとは解されないものである。

第二に、判旨においては、国会が合議制機関たることへの配慮が十分なされていないように思われる。国賠法一条一項の「公務員」に合議制機関の構成員が含まれることは学説・判例の一致して認めるところであるが、合議制機関にあっては、当該機関の意思決定が、のちに違法であるとされたならば、それはとりもなおさず、意思決定に関与した公務員である構成員（個々の具体的特定の構成員ではない）の判断に瑕疵があったものと解される。合議制機関たる国会に関しても、違法行為の主体について右のような把握がなされるべきものと解される。ところが、右判旨は、原子的に分解された個々の国会議員こそが違法行為の主体であると把握しており、この点において立論の前提が妥当を欠くものと思われるのである。

第三に、判旨は、国会議員は憲法解釈に関する国民の「多様な見解」を立法過程に反映させるべき立場にある」とするが、このような立論は、自由委任を原則とする憲法秩序の下において、国賠法の違法性を問題にする場においては、ほとんど無意味な議論のように思われる。（強調は原文）（長尾前掲評釈二七五、二七六頁）

また、棟居教授が端的に指摘するとおり、「判旨は、民主主義の下で国会は、憲法解釈に対する国民の多元的意見を多数決原理により立法過程に公正に反映させる役割をになう、と説く。しかしながら、国民多数が支持したとしても違憲行為が合憲化されるわけではない。」（棟居前掲評釈二〇五頁）

憲法八一条は裁判所に違憲審査権を与えているが、その際に裁判所に期待されている役割が少数者の基本的人権の擁護にあることは広く受け入れられている理解であろう。右判旨は、多数決によっても奪うことのできない少数者の基本的人権が侵害されている場面において、本来期待されている役割を裁判所が放棄する結果を招来することを容認するものであり、到底とりえない。また、（本件のように）そこで侵害されている権利が少数者の選挙権

に関わるものである場合（ことに本件では選挙権行使が全否定されている）、それらの者は政治過程に自らの意見を反映させるルートを一切持たないこととなるのであるから、右判旨のいう「選挙による政治的評価」も機能しえないのである。

よって、議会制民主主義の要請が、法的効力を原則的に否定する根拠たりえないことは明らかである。

（二）免責特権

第二の理由は免責特権であり、右最高裁判決は、「憲法五一条が、『両議院の議員は、議院で行った演説、討論又は表決について、院外で責任を問われない。』と規定し、国会議員の発言・表決につきその法的責任を免除しているのも、国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなうものである、との考慮によるのである。」と判示する。

しかし、「五一条の規定は、国会議員の自由な言論を保障し、その職務の遂行にあたって制約をうけることのないようにしたものであり、『同条の中に、国会議員が院内で行った演説、討論又は表決は本来違法なものであっても、

適法とみなされるとか或いは国会議員が違憲の立法を行ったこと或いは憲法上の義務に違背して立法を行わないことによって他人に損害を加えたとしても、国は賠償責任を負わないというような趣旨が含まれているものとは到底解することができない』（本件二審判決）と解すべきである。学説の多数および下級審判例もこのように解している。（長尾前掲評釈二七六頁）

「そもそも免責特権は議員の特別の地位と任務のための政策的配慮から出たものであるから、議員を責任無能力者と同様に責任阻却する制度とみるべきではなく、実体法上一たんは成立する損害賠償責任を議員個人から政策的に免除するものとみるべきであろう。そのように解すれば、代位責任説を前提としても、国の代位すべき損害賠償責任は実体法上成立しているので、国家賠償で立法行為の違憲性を争うことができることとなる。この意味で『立法不作為の国家賠償に、憲法五一条の出る幕がない』（古崎慶長「立法活動と国家賠償責任」判時一一一六号二〇頁）とさえ言えよう。「免責特権が仮に問題になるにしても議員個人の賠償責任ないし求償が追及される最終段階で論じれば足り（る）」（野中俊彦『在宅投票制度復活訴訟』控訴審判決の意義と問題点」ジュリ六七〇号一二一頁注（一〇））のである。」（棟居前

掲評釈二〇五頁)

したがって、免責特権も理由となるものではない。

(三) 立法行為の政治的性格

第三の理由は立法行為の政治的性格であり、右最高裁判決は、「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的に許されないものといわざるを得ない。ある法律が個人の具体的権利利益を侵害するものであるという場合に、裁判所はその者の訴えに基づき当該法律の合憲性を判断するが、この判断は既に成立している法律の効力に関するものであり、法律の効力についての違憲審査がなされるからといって、当該法律の立法過程における国会議員の行動、すなわち立法行為が当然に法的評価に親しむものとすることはできないのである。」と論ずる(この一部を原判決も引用している)。

この点については、長尾教授が加えている以下の批判が妥当する。すなわち、

第一に、「政治的なもの」が性質上法的規制の対象になじまないことには、論理の飛躍があるものと思われる。憲法問題のほとんどすべてが「本質的に政治的なもの」としての性格をそなえている。「政治的なもの」が法的規制の対象たりえないとするならば、法律内容についての司法審査もすべて許されないものといわざるをえないのではなからうか。憲法八一条は、憲法問題がすべて「政治的なもの」であることを前提に、裁判所に対して、それを「政治的に」ではなく、「法的に」解決する任務を与えたのである。「政治的なもの」と「法的規制の対象になじむもの」とは、矛盾する関係にあるのではないのである。

第二に、判決は、「あるべき立法行為を指定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的に許されないもの」とする。判旨においては、「あるべき立法行為」と「具体的立法行為」が対比されている。しかし、ここでは、具体的立法行為が違法か否かが問題とされているのであり、これは、「あるべき」か否かとはいま一つ別個の法的判断である。(長尾前掲評釈二七六、二七七頁)(強調は原文)

3 基準の不適切性

右最判は、結論的に、「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」という極めて限定的な基準を採用している。

しかし、「いわば内容違憲に関する『故意重過失』の立法ミスに際して〔のみ〕国賠法上の法的責任を問いうるとする〔判旨は、〕立法行為について、国賠法上の責任要件を違憲性の認識においては故意重過失に限定し、文理をこえて加重したものの」（棟居前掲評釈二〇五頁）という批判が妥当する。また、「右判旨は、国賠訴訟に限って『違法性』の要件を加重することにより、立法行為に対する司法審査の可能性を原則的に否認するものであり、八一条の趣旨に反するものと思われる」（長尾前掲評釈二八〇頁）のである。

4 その他の批判

以上は、右最高裁判決の個々の理由付けに即した分析的な学説による批判を整理したものであるが、右最高裁判決については、総論的にも次のような批判がある。

すなわち、野中俊彦教授は、右最高裁判決について次のように述べる。

憲法一七条や国家賠償法一条の趣旨が、国家活動による国民の権利・利益の損害を実質的に救済することにあるとすれば、そのような状況の下では、「公権力の行使」を狭く行政活動に限定しなければならぬ理由はない。立法活動や司法活動による国民の権利・利益の侵害がありうるならば、それらに対しても国家賠償請求が認められてしかるべきである：（中略）：（右最高裁判決により）実質的な立法不作為による権利・利益の侵害に対して国家賠償請求訴訟で争う道はほぼ完全に閉ざされてしまったことになる。しかし立法不作為や立法の不備による権利・利益の侵害ということがそもそもありえないのであればともかく、その可能性が否定できない以上、それについての損害賠償請求の道も開かれていることが憲法一七条の要請するところであろう。（「在宅投票制事件最高裁判決の検討」法律時報五八巻二号九〇、九一、九二頁）

また、中村睦夫教授は次のように述べている。

立法行為に対して国家賠償法の適用を認めて、国家賠償請求訴訟を憲法訴訟として活用するということは、およそ憲法上の権利の侵害に対してできるだけ救済の道が開かれなければならないという憲法上の要請に應えるためである。最高裁自身も、昭和五一年大法廷判決で、議員定数配分の合憲性を公職選挙法上の選挙無効訴訟によって争えることを認める理由として、『およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請』があることを明らかにしているところである。在宅投票廃止の合憲性を争う訴訟形態として、選挙無効訴訟や、あるいは立法不作為違憲確認訴訟が可能であるかもしれない。しかし、本件訴訟で第一小法廷判決が国家賠償請求訴訟を利用する道認めなかったことは、先の昭和五一年の大法廷判決の要請にも応えなかったものである。（「在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決」ジュリスト八五五号八九頁）

5 代わるべき基準

これまで述べてきたとおり、右最高裁判決の基準には、何ら妥当性が認められない。これに代わる基準としては、台湾人元日本兵の求めた損失補償請求事件で二審（東京高裁昭和六〇年八月二六日判決・判例時報一一六三号四一頁）

が示した条件、すなわち、①立法をなすべき内容が明白であること、②事前救済の必要性が顕著であること、③他に救済手段が存在しないこと、に加えて、④相当の期間の経過、の要件が存すればよいと解するべきであろう（芦部信喜『憲法新版補訂版』三四七頁）。
そして、本件においては、

- ① 立法すべき内容は、「海外に居住する日本国民に国政選挙における選挙権の行使を認める」というものであり、明白である、
 - ② 国民主権の下では選挙権は至高の権利であり、事後的救済にはなじまず、事前救済の必要性が顕著である、
 - ③ 本件控訴人らは、国民主権を保障する選挙権の行使を認められず立法過程への関与を拒絶されているのであるから、他の救済手段が存在していない、
 - ④ 昭和五九年には在外投票制度を創設するための公職選挙法改正案が国会に提出され、これが昭和六一年に廃案になって以降、本件提訴に至るまで何らの改正もなされないうままだったのであり、相当の期間が経過している、
のであるから、右の要件は全て満たされている。
- したがって、控訴人らの請求が認容されるべきである。

二 本件に対する昭和六〇年判決の先例無価値性

なお、議論を進める前提として昭和六〇年判決の定立した一般論に意義を認めるとしても、右判決が前提とした事件と本件は全く事実関係が異なり、右判決に本件との先例としての価値を認めることはできない。この点については、既に原審における原告準備書面第二において詳述したとおりであり、ここでもこれを引用する。

そのうえで、結論だけを再録すると、昭和六〇年判決の基となった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、本件の控訴人らとはとえ投票日に帰国して投票所へ赴いたとしても、投票することができなかったのである。このように、昭和六〇年判決では、選挙権の行使を容易にする在宅投票制度の廃止が問題とされたのに対し、本件では選挙権の行使を不可能にする投票制度が問題とされているのである。すなわち、在宅投票制度の廃止は「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」（昭和六〇年判決に対する泉徳治調査官の判例解説）のに対し、本件の公職選挙法の規定は、海外在住日本人の選挙権を奪っていることが明らかなのである。

したがって、昭和六〇年判決は本件において先例たる価値を有しない。

三 原判決による昭和六〇年判決の基準適用の誤り

1 憲法違反の点について

(一) 現判決は、「…憲法上、これ以上に、選挙に関する細則にわたる規定を置いていないことからすれば、右規定は、選挙に関する事項の具体的決定を、憲法上正当な理由となり得ないことが明らか前記の人種、信条、性別等による差別を除き、原則として立法府である国会の裁量に委ねる趣旨であると解される」と述べ、最高裁昭和三九年二月五日大法院判決および最高裁昭和五一年四月一四日判決の二つの最高裁判決を引用する。

しかし最高法規たる憲法が抽象的規定しか置いていないのはむしろ当然のことであって、細則を定めた明文規定がないからといって、ただちに四四条但書列挙事由以外の事項については国会の立法裁量の問題になると結論づけてよいものではない。

四四条但書が、「選挙における投票という国民の国政参加の最も基本的な場面においては、国民は原則として完全に同等視されるべく、…」：徹底

した平等化を志向するもの：」であることは昭和五一年大法院判決が明確に宣言したところである。

四四条但書列举事由は、「多年にわたる民主政治の発展の過程において（選挙権に関する種々の制限や差別が）次第に撤廃され（てきたという）歴史的発展の成果のあらわれにほかならない」（最判五一年四月一四日）。憲法が、選挙権に関する権利の内容を憲法制定時点で固定し、それ以降の民主政治のさらなる発展を否定する趣旨であるとは到底解されないから、選挙権に関する種々の制限や差別のうち、その後の判例を通じて撤廃されるべきことが確立した事項については、国会の立法裁量の問題とする余地はなく、当該制限や差別を存置する立法あるいはその不作為は違法の評価を受けるべきである。

そのような事項として最高裁で認められたのは、住所に基づく差別である。これは、従来選挙区割りの問題とされていたことであるが、福田最高裁判事が述べるとおり（最高裁平成八年九月一日大法院判決・民集五〇巻八号二二八三頁）、住所に基づく差別が許されるか否かという問題である。そして、この点については、衆議院議員選挙においては、三倍以上の格差は許されな

いということが判例上確立している。つまり、衆議院議員選挙において三倍以上の格差を生じる法律の制定あるいはそのような状態の放置（立法の不作為）は、国会の立法裁量の範囲外の問題として、違法の評価を受けると解すべきである。

しかるところ、本件で原告が受けている差別は、選挙権行使の機会を完全に奪われているというもので、憲法一五条一項および三項の権利を全否定されているに等しいものであって、三倍以上の格差という量的な差別を遥かに凌駕している。

したがって、その状態を放置する立法の不作為が違法の評価を受けることは明白である。

（二）仮に、本件で原告が受けている差別が国会の立法裁量の問題になるとしても、国会の裁量が無制限に認められるものでないことは当然のことである。

原判決は、昭和三九年判決および昭和五一年判決を単に並列して引用しているが、これら二つの最高裁判例においても、立法裁量の限界の捉え方には大きな違いがあるとされている。すなわち、「昭和三九年大法院判決も、…国会の裁量に一定の限界があることは認めていたと考えられるが、それは、

憲法上の要請としてではなく、立法裁量の一般的限界として考えられていたものと思われる。(他方、昭和五一年)判決は、選挙制度の仕組みの具体的決定に関し差別(不平等)をもたらず国会の裁量権の行使につき、憲法の投票価値の平等の要請がその合理的な限界を画するものとして働くことを明らかにし、国会が決定した具体的選挙制度に合理的に是認することができないような投票価値の不平等が生じている場合には、その選挙制度は違憲になるものとした点に意義があると考えられる(昭和五一年判決の最高裁判例解説)のであって、昭和三九年判決から昭和五一年判決へ憲法理論の進化がみられる。

右の昭和五一年最高裁判例では、投票価値の平等の要請が国会の裁量権行使の限界となることが指摘されていたが、本件において、あらゆる住所地にいる者に対して選挙権行使の機会を付与すべきという要請が国会の裁量権行使の限界となるべきことは当然認められてしかるべきである。もっとも、投票価値の平等の場合には、「数字的に完全に同一であることまで要求すること」(五一年判決)が現実的に不可能であることから、選挙区間の人口偏差の許容限度という量的概念によって裁量権行使の限界が緩和され、その許

容限度は、現在では衆議院議員選挙で三倍以内の格差という数値とされている。しかし、住所地が海外にある者に対し選挙権行使の機会を付与することは十分可能なのであるから、本件の場合には国会の裁量権行使の限界をさらに緩和する理由は何ら存しない。

(三) 昭和五一年最高裁判例解説は、「選挙制度の仕組みの具体的決定が原則として国会の裁量にゆだねられ、投票価値の平等は国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものと解した場合、衆議院議員の選挙に関する選挙区及び議員定数の配分の決定について、国会が正当に考慮することのできる目的、理由(考慮要素)とはどのようなものであるかまた、その考慮要素をどの程度までしんじやくすることができるとかということが次に問題となる」と述べる。ここで指摘されているように、国会の立法裁量の合理性を判断するにあたっては、①考慮要素の妥当性および②考慮要素斟酌の程度が吟味されなければならない。しかし、原判決は、この点の検討を十分に行っていない。

原判決は、「憲法の授權に基づく国会の(立法)裁量の中には、短期間に極めて多数の選挙人によって行われる右の選挙を、混乱なく、公正かつ能率的

に執行するために、国民の選挙権行使に必要な制約を加えることも、当然に含まれているというべきである」とする。ここで挙げられている混乱の回避、公正の確保、能率的執行の確保という各要素は、国政選挙の実施を担当している被控訴人自身すら原審で主張していないものであり、そもそも原判決が考慮要素と一方的に認定することが可能かどうか大きな疑問がある。

また、仮にその点を措くとしても、これらの考慮要素はいずれも、原判決自体が「多数の選挙人によって行われる」と述べているように、国民が選挙権を行使できることを当然の前提に、各人の権利行使を十全たらしめるために認められている要素に過ぎない。これらの考慮要素を理由に、例えば、海外在住の選挙人は国内在住の選挙人の場合よりも遠方にある投票所まで自ら赴く必要があるとすること、あるいは本人確認のために権利行使の際にはパスポートの呈示が必要であるとする等、権利行使のために国内の選挙人の場合よりも手続上の負担が課されることなどは正当化できるかもしれない。しかし、それを超えて、選挙権の行使それ自体を完全に否定するためにこれらの考慮要素を斟酌することは、本末転倒の議論である。多数の選挙人の効率等のために少数者から選挙権を行使する権利そのものを奪うことを正当

化する理論は、初期の「公共の福祉論」的なものであり到底許されるべきではない。

さらに、原判決の掲げるような点を考慮すべきであるとしても、少なくとも在外投票制度を創設するための公職選挙法改正案が国会に提出された昭和五九年の時点では右のような問題点については解決しうると判断されていたものと推認されるから、それ以降はこれらの考慮を理由として公職選挙法の改正を放置してよい理由は存在しない。

したがって、本件においては、原判決の掲げる点を考慮しうるとしても、これを基として平成八年当時、海外在住の日本国民に選挙権を行使させなくともよかつたとの結論は到底導くことができないのである。

(四) 原判決は、「世界各国の各地方に居住する在外日本人について、その所在を把握し、これらの者に対して当該選挙における立候補者の氏名、経歴、政見等を周知させ、投票や開票などの選挙の執行作業を行う場合には、選挙を公正かつ能率的に執行するについて、国内における場合とは異なる様々な実施上の問題点が想定されるところであるから、国会が選挙制度を定めるに当たって、在外選挙制度を設けるか否か、設けるとすればどのような仕組みで

どのような時期からこれを実施するかなどの具体的決定は、国会の右の裁量に委ねられている。国会には、在外選挙制度を設けるなどして在外日本人の選挙権行使を確保すること以外に立法上の選択が許されていないとまではいえない」と判示する。

しかし、原判決が実施上の問題点として挙げている事項は、いずれも在外日本人を単なる選挙実施の際における客体として捉える観点からのものであって、在外日本人が選挙権という重要かつ基本的な権利の享有主体であるという観点が欠落した主客転倒の議論である。例えば、選挙に関する情報は権利者が主体的に収集すれば足ることであるし、権利者がそれでよいと考えているにもかかわらず、情報が不足しているはずであるという推測に基づいて選挙権の行使それ自体を否定する考えは悪しきパターンナリズムにほかならず、選挙権の行使それ自体を全否定する根拠とはなりえない。

原判決は、「在外選挙制度を設けるか否か」も国会の裁量の範囲であるとするが、具体的にいかなる実施方法によって選挙権行使の機会を確保するかを判断することは国会の裁量の範囲であるが、在外選挙制度を設けないことにするという裁量は国会にはない。また、実施時期については、在外選挙制度

が設けられなければ選挙権という重大な権利を在外日本人は行使できない以上、国会に時期を遅らせる権限はなく、可及的速やかに実施すべきであるということになる。

(五) 訴状において控訴人が主張したとおり、「成年の国民に対して、等しく国政選挙の選挙権が与えられるべきことは憲法及び人権規約が何らの留保も置かずに規定しているものであるところ、現行の公職選挙法が、憲法及び人権規約の一義的文言に違反していることは明らかである」。(二〇頁)さらに、その際に検討対象とすべきなのは、条文の文言それだけではなく、憲法制定後に発展し確立した解釈によって補充された意味内容を踏まえたものと解すべきであって、そのような憲法条文に照らして、一義的に違反しているか否かが検討されるべきである。この観点からすると、本件での一義的違反はさらに明らかである。

なお原判決は「一義的に明白に」という表現を用いているが、「明白」までは前記最高裁判決の一般論の中にも含まれていない。何の根拠もないところで要件を過重するのとき表現を使っている点でも原判決は相当でない。

(六) 本件で原告が受けている制約は選挙権行使の機会の完全な喪失であって、単なる平等原則違反にとどまらず、憲法一五条一項三項違反の問題も生じている。しかし、原判決は平等原則違反の点を論じるだけで、一五条一項三項に即した憲法判断(判断基準の確定・その当てはめ)を一切行っていない。

(七) 原判決は、「諸外国においても、在外に居住する自国民の大多数の者の選挙権の行使を可能にする在外選挙制度などが設けられたのは比較的近年に至ってのことである」と判示する。しかし、そこで列举されている諸国で一般の国民にも在外選挙権が認められるようになったのは、イギリス(一九八五年)、フランス(一九七五年―ただし元老院に関する在外選挙権類似の制度は一九五八年)、ドイツ(一九八五年)、カナダ(一九九三年、オーストラリア(一九八三年)であり、原判決が触れていない米国は一九七五年である。カナダを除けばいずれも一九八五年以前であって、「このことは、国外に住する自国民に対して選挙権を否定することが国民主権に反するものであることを少なくとも先進各国が一致して認めていることを示している」(訴状一二頁)。

2 人権規約

原判決は人権規約第二五条の条文を引用のうえ、「右の文言から明らかなどおり、同条が、条約締結国の立法府に対し、在外に居住する自国民の選挙権の行使を可能にする立法措置を構すべきことを一義的に明白に命じているとは解されない」と一言でかたづけしており、控訴人らの請求を否定する理由がまったく示されていない。

条約も法律より上位の規範であり、憲法と人権規約が別個の法であることも明らかである。したがって、人権規約との適合性存否の検討は、憲法との適合性存否の検討と別個になされなければならない。憲法に適合しているから人権規約に適合していると即断することはできず、これを論証するのであれば、まず、憲法の保障と人権規約の保障が同等のものであることを示さなければならぬ。なぜなら、人権規約が憲法の下位法であるとしても、下位法が上位法より厚い保護を与えることは稀ではない(その適例は、憲法三八条二項と刑事訴訟法三一九条二項)。この場合には、上位法に適合していても下位法に違反することはありうるのであるから、本件においても原審裁判所は、合憲Ⅱ合規約と判断するのであれば、参政権に関する憲法(上位法)の規定と国際人権規約

(下位法)の規定が同等の保障しか認めていないことを論証しなければならない。

しかし、この関係で原審裁判所は人権規約の条文を掲げただけで結論を出したものであり、条約の解釈を参照した形跡は窺われない。そして、この点については原審で控訴人らが提出したノバックの注釈書に明らかなどおり、人権規約では海外居住者を含む全ての市民が現実には選挙権を行使できることが保障されていないなければならないとされているのであり(甲三・四三九頁)、原判決の人権規約の解釈は誤っている。

したがって、公職選挙法の規定が憲法上違反しないと仮定しても、これが人権規約に違反することは明らかであり、控訴人らの請求が認められるべきである。

第五

まとめ

以上の次第で、原判決は全部取消を免れない。