

平成一一年（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

ほか

被控訴人 国

### 控訴人準備書面（三）

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。

二〇〇〇年九月二五日

東京高等裁判所第五民事部 御中

13

控訴人ら代理人弁護士

喜田村 洋 一

同

林 陽 子

同

古 田 啓 昌

同

二 関 辰 郎

同

近 藤 健 太

一、控訴人らは、只野雅人・一橋大学大学院法学研究科助教が作成した「在外日本人の選挙権行使と立法の不作为」と題する意見書を甲第二二号証として提出する。右意見書は、以下の点を明らかにしている。

1 憲法の規定する選挙権の性質については、権利としての側面と公務としての側面を併せ持つとする二元説と、これを権利として捉える一元説があるが、二元説においても権利としての側面に比重を置いた把握がなされるようになっており、その結果、立法による制約は容易には許されない。そして、選挙権を憲法上の権利として把握する場合には、本件との関係では、特に投票行動が問題とされるが、これまで投票機会の実質的保障との関係で問題とされてきた在宅投票制度の廃止と比べると、本件では投票機会そのものの保障が問題となっている点において異なっていることに留意しなければならない。

そして、英・仏・独・米などの諸国が一九八〇年代半ばまでにいずれも在外投票制度を導入しており、日本でも一九八四年に在外選挙人名簿・在外投票制度創設のための公職選挙法改正案が国会に提出されているのであるから、何らかの在外投票制度の導入は、本件で対象とされている一九九六年一〇月の衆議院議員選

挙の時点で、技術的に十分可能であった。また、選挙権行使の可能性それ自体にかかわる問題について立法府の裁量の余地は殆どなかったと解される。

したがって、一九九六年一〇月の時点では、海外に居住する日本人に投票機会を保障する措置を定めていなかった公職選挙法は、在外日本人の選挙権行使の機会を奪い、投票機会の平等の要請に反していたのであり、何らかの在外投票制度の創設について国会の立法裁量の余地は殆どなかったものである。

2 右のとおり、国会が一九九六年一〇月の時点で在外投票制度を設けなかったことは、選挙権の保障あるいは投票機会の平等の要請に反し、違憲と評価されるべきものである。そして、国会自身による立法改正がなされず権利侵害が放置されていたのであるから、司法救済が問題とならざるをえないのであり、憲法三二条が裁判を受ける権利を保障しているのであるから、憲法上の権利侵害に対しては実効的な司法救済の途が準備されなければならない。このことは、憲法七六条、八一条の要請するところでもある。

本件のような問題は、「立法の不作为」と捉えられてきたが、立法不作为の違憲確認が認められるのは、①憲法上の立法義務の存在、②相当の期間の経過、の二つが要件とされるべきである。そして、既存の訴訟法規の合理的解釈という手

法を取った場合には、まず無名抗告訴訟の適否が問題となるが、在外日本人の投票機会が奪われ、また在外投票制度を創設する義務を立法府が負っていたのであるから、立法の不作為の違憲確認の訴えを許容することは不可能ではなかった。次に、国家賠償請求については、最高裁一九八五年一月二一日判決の要件は立法行為に対する国家賠償請求の可能性を事実上閉ざすものであり、合理的解釈を施す余地は十分にある。その場合には、最高裁のいう「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」との判示は、「憲法解釈上明らかに違反していると解される場合も含まれる」とすることも考えられるのであり、このように解するならば、本件が最高裁のいう「例外的場合」にあたることに十分な理由がある。

3 右のような「立法の不作為」のアプローチに対しては、近年、批判がなされており、直接立法による権利侵害や平等原則違反を争いうる場合には、端的にそのような争いをすべきであると主張されている。本件でも、在外日本人は、在外選挙制度を欠く公職選挙法により、投票機会を奪われ、また平等の要請にも反していたのであり、この事態は、在外日本人が公職選挙法によって選挙権を侵害され、不平等な扱いを受けていたとみることも十分に可能である。本件は抽象的な権利

を立法によって具体化することが問題になっていたケースではない。

したがって、本件では、「立法の不作為」を持ち出すことなく、違憲確認訴訟や国家賠償請求訴訟を提起することは十分可能である。

二、右のとおり、只野助教授の意見書は、控訴人らの主張の正しさを裏付けるものであり、控訴人らの請求が認容されるべきである。