

2019年11月5日

東京高等裁判所第8民事部BC係 御中

令和元年（行コ）第167号 在外日本人国民審査権確認等請求控訴事件

一審原告 想田和弘 ほか4名

一審被告 国

一審原告ら訴訟代理人

弁護士 井 桁 大 介



同 小 川 直 樹



同 塩 川 泰 子



同 谷 口 太 規



一審原告準備書面（1）

第1 地位確認の訴え（請求の趣旨1（1）a・b）について

原判決は、地位確認の訴えの訴訟物たる地位について、「現行の法令の解釈によって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を新たに行わなければ、具体的に認めることのできない法的地位であるといわざるを得ない」と述べてその訴えの適法性を否定した（原判決33頁8-11行）。これは間違いである。原判決には、国民審査権を行使する地位を基礎づける法律と、その執行のための規定を混同した誤りがある。

以下では関連する法とその施行規則を概観した上で、憲法、国民審査法4条及び同法8条に基く法的地位が具体的なものであることを示す。

1 国民審査法・公職選挙法及び各施行規則の概観

国民審査権を行使する地位は憲法及び法律によって基礎づけられる。これらの法の執行は各施行規則によって行われる。その概略は次のとおりである。

まず、憲法15条1項、憲法79条2条3条は、憲法上の権利としての国民審査権を創設した。憲法79条4項の委任を受けた国民審査法4条はその権利を具体化した。さらに国民審査法8条は、審査に用いる名簿を定めてその権利行使の主体を定めた。国民審査法はこのほかに、審査の方法として「審査は、投票によりこれを行う」（同法6条1項）と定め、投票区については「審査の投票及び開票区は、衆議院小選挙区議員の選挙の投票区及び開票区による」（同法7条）と

規定した。また「審査に関する事務は、中央選挙管理会が管理する」（同法9条）と定めて、国民審査と国政選挙を同じ総務省附属機関が担うこととした。具体的な投票に関する事務についても「衆議院小選挙区選出議員の選挙における投票管理者は、審査における投票管理者となり、審査の投票に関する事務を担当する」（同法12条1項）との規定において、衆議院小選挙区選挙と国民審査の投票管理者を同一の者と定めた。さらに、期日前投票の時及び場所として「審査の期日前投票は、衆議院小選挙区選出議員の選挙の期日前投票所において、その期日前投票と同時に行う」（同法16条の2第1項本文）と定めて、原則として、期日前投票の方式も国民審査と衆議院小選挙区選挙とを同一のものとして行うことを明らかにした。ここまでの立法作用によるものである。国民審査と衆議院小選挙区選挙とは原則として同一の方式で行うことが定められている。ただし、国民審査法8条が審査人の名簿を「選挙人名簿」とのみ規定して、同法が在外選挙人名簿の規定を欠くことから、衆議院議員選挙では投票権の行使が認められている在外選挙人名簿登録者の審査権行使が事実上制限されている。両者の違いはこの点だけである。

こうした立法を受けて、その執行のために法執行機関がさらに詳細な規則を定めている。まず、公職選挙法施行規則が、投開票についての詳細な規定をおく。具体的には、選挙人名簿の様式（同規則1条）、投票用紙の様式（同規則5条）、期日前投票又は不在者投票を行うことができる地域（同規則16条）などである。これらの規定を受けて国民審査法施行規則は、審査の投票は「衆議院小選挙区選出議員の選挙の投票の例による」（同規則4条）と定めて、ここでもやはり投開票の方式は衆議院議員選挙と同様のものにすることを明らかにした。

2 国民審査権を行使することができる地位は憲法及び国民審査法4条及び8条によって基礎づけられる具体的な地位である

国内に住所を有する日本国民が、公職選挙法が定める選挙人名簿に登録されていることに基づいて、次回の国民審査で投票することができる地位を「具体的に認めること」ができるのは明らかである。そしてこの法的地位は、上記第1の1でみたとおり、憲法15条1項、憲法79条2項3項、国民審査法4条及び8条のみに基づく地位である。この法的地位は十分に具体的なものである。

したがって、同じ条文が在外国民にも等しく適用されるのであれば、在外国民にも国内居住者と同一の「具体的な」地位が導かれることになる。憲法15条1項、憲法79条2項3項、国民審査法4条が在外国民に適用されることには争いがない。本訴の争点は、国民審査法8条が、国内居住者と国外居住者を差別する

ことなく適用されるかどうかだけである。これは現行法の解釈の問題であるから、当然に裁判所が判断でき、判断すべき事項である。

なお、現行法の解釈のみによっては実際に在外国民審査を執行できないのではないかとの懸念があるとしても、それは法律上の地位を審査する妨げにはならない。立法と法執行とを区別した上で、あくまで前者のみに基づく請求をするのが地位確認の本質であり、その後の法執行は法執行機関すなわち行政府が義務を負うものにすぎないからである。

3 審査法8条の解釈・一部無効の成否は適法性ではなく本案の議論である

原判決は、適法性の判断において、「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余地がないことは明らかである」（原判決33頁13-15行）と述べる。この指摘は原判決の適法性判断の誤りを端的に示している。

原判決がいう「国民審査法8条の解釈を一審原告の主張するとおりに認めることはできないから、立法がなければ原告が確認を求める法的地位が認められない」というのは実体判断そのものである。原判決は適法性の判断にあたって本案の議論を先取りしてしまった。本来確認の訴えがその確認対象の具体性を欠くとして適法性を否定されうるのは、原告が主張するとおりに事実認定や法解釈を行う場合であっても、なお確認対象の法的地位に具体性が欠ける場合、すなわち、原告が設定した訴訟物たる地位自体に瑕疵がある場合だけである。本訴はこれにあたらぬ。

国民審査法8条は、「審査には、公職選挙法（昭和二十五年法律第百号）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（下線は引用者）。一審原告らは、この下線部分が、憲法が保障し国民審査法4条が付与した国民審査権を一審原告らから理由なく奪う点で違憲無効であると主張している。この主張が認められる場合には、同条は「審査には、衆議院議員総選挙について用いられるものを用いる」との規定を残すことになり、「もの」とは当然に名簿のことであるから、結局、同条は国民審査において衆議院議員選挙と同様に選挙人名簿及び在外選挙人名簿を用いると規定するものと解されることになる。憲法に違反する条文を無効とすることはまさに司法府の権能であるから、本訴の適法性判断にあたっては、このような解釈の可能性があることが前提とされなければならないのである。

4 国民審査において用いる名簿に立法府による裁量の余地はない

原判決は、「在外審査制度を創設する場合に、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、国会の判断に委ねられている」（原判決34頁1-3行）と指摘する。しかし、これは間違いである。国会が立法を怠ってきたことがその裁量に反して違法であるのと同様に、今後国会が憲法に違反した在外国民審査制度を創設する裁量はない。

上記第1の1でみたとおり、法は名簿以外のあらゆる場面で国民審査と衆議院小選挙区選挙を同一の方式で行うこととした。そして、在外者の衆議院議員選挙には在外選挙人名簿が用いられている。またこの名簿は、国政選挙のためだけのものではない。在外選挙人名簿に登録されている者は、そのことに基づいて、憲法改正国民投票に投票することができる地位にある（日本国憲法の改正手続に関する法律35条1項1号）。

一般的・抽象的には、国民審査にどのような名簿を使うかについて立法裁量がありうるとしても、上記の状況では少なくとも在外選挙人名簿登録者に国民審査権の行使を認めないという裁量はもはや認められない。国内においては選挙と審査に同一の名簿を用いることとしたのに、国外においては両者に異なる名簿を用いる理由がないからである。すなわち、国民審査法4条が衆議院議員選挙の有権者に国民審査権を付与し、かつ、選挙に在外選挙人名簿を用いているにも関わらず、在外国民審査においては突如これとは異なる名簿を用いることは、海外に暮らす人の国民審査権の行使を理由なく制限し、平等権を侵害するものである。原判決が適切に認めたとおり、2017年10月執行の国民審査において在外選挙人名簿に登録されている人が審査権を行使できなかったことは憲法に違反しているのであるから、今後は少なくとも同名簿に登録されている人の審査権行使を認めなければならない。立法府がこれまで立法を怠ってきたことは立法裁量を逸脱して違法であるのと同様に、今後も立法府には違憲な立法をする裁量はない。なお、これは在外国民審査を執行する場合に少なくとも在外選挙人名簿に登録されている者にその権利を行使させなければならないということであって、国会の裁量によってそれよりもさらに広く審査権の行使を認めることを否定するものではない。この意味で立法裁量は縮小しており、在外国民審査において在外選挙人名簿を用いることは立法裁量に反しない。

5 請求の趣旨1(1)aと同bの異同

請求の趣旨1(1)aの訴えの訴訟物たる地位は、憲法15条1項、憲法79条2項3項、国民審査法4条に基づくものである。これに対して請求の趣旨1(1)bは、憲法15条1項、憲法79条2項3項、国民審査法4条に加えて、同法8条に基

づく地位である。原判決は国民審査法4条に基づく地位は具体的ではない旨の指摘をしたが、同法8条までを根拠に含めた場合にはその地位が具体的でないとはいえない。国民審査法にはこれ以上に国民審査権の行使主体を具体化する規定はないから、これで具体的でないのなら国内に暮らす誰も具体的な地位を有していないことになってしまっていて明らかに不合理である。

国民審査法8条をその請求根拠に追加したことに伴って、請求の趣旨には「在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて」との前提条件を追加した。これが立法裁量を害するものでないことは上記第1の4で述べたとおりである。訴えaは名簿による限定をしない訴えであるから、立法裁量との抵触はそもそも問題にならない。

なお、興津征雄教授はその意見書で、aとbとは「実質的に同一の訴えと解することもできるかもしれないが、もし異なる訴えと解するならば、本件訴えbがより有効かつ適切な訴えである」（甲14・11頁2-4行）と指摘する。

このほか同意見書の記載をいずれも一審原告の主張として援用する。

第2 違法確認の訴え（請求の趣旨1（2））について

1 一審原告らの訴えは抽象的に違憲・違法の確認を求めるものではない

原判決は、「被告が、第1審原告らに対し、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の審査における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」ことを求める訴え（請求の趣旨1（2）、以下原判決と同様「本件違法確認の訴え」という。）について、「無名抗告訴訟」であり、「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法であることについて抽象的に確認を求めるもの」であると整理した（原判決35頁）。

しかしながら、原判決が指摘するとおり、一審原告らは、本件違法確認の訴えは「抽象的に法令の違法・違憲や立法不作為の違法の確認を求めるものではない」と主張していたものである。

そもそも一審原告らは、本件違法確認の訴えについて、訴訟類型を明確に主張していない。仮に、無名抗告訴訟と整理されることにより、抽象的に法令の違法確認を求める訴えと解されるのであれば、一審原告らは、そのような意味で本件違法確認の訴えが無名抗告訴訟であるとは主張していないから、上記判示は誤りである。

確かに、本件違法確認の訴えは、国民審査権を保障する憲法の下位規範である法律が一審原告らによる国民審査権の行使を許していない点を争うものであ

るから、国会の立法行為に対する訴えである。しかし、国会の立法行為に対する訴えが全て無名抗告訴訟となるわけではない。

実際、最大判平成17年判決は、改正後の公選法が上告人らに衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員に係る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の確認の訴えについて、公法上の当事者訴訟としての確認の訴えと理解しているものと解されている（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28頁以下、塩野宏『行政法II〔第六版〕』276～279頁）。また、このような理解は、平成16年の行政事件訴訟法改正が、公権力の行使に関する抗告訴訟を、行政訴訟のうちの一部について必要な範囲で出訴期間や仮の権利保護などに関する特則を定めるために定型を設ける趣旨の制度と位置付け、他の行政訴訟は公法上の当事者訴訟として捕捉する志向を示していることとも整合する（前掲山本28頁以下参照）。

したがって、仮に、無名抗告訴訟と整理されることにより、抽象的に法令の違法確認を求める訴えと解されるのであれば、本件違法確認の訴えは、無名抗告訴訟ではなく公法上の当事者訴訟として位置づけられるべきものであり、一審原告らもその前提で主張していた。よって、原判決の上記判決は誤りである。

2 東京地裁平成23年判決の指摘は一審原告らの訴えと矛盾しない

この点に関し、一審原告らは、本件違法確認の訴えの適法性に係る主張に関連して、東京地裁平成23年判決が「いわゆる無名抗告訴訟として立法不作為の違憲確認請求に係る訴え」の可能性を指摘していたことに言及したが、これは、上記主張と矛盾するものではない。

論者によれば、無名抗告訴訟としての国会の立法行為に対する訴え（規範統制訴訟）は、「その焦点が客観訴訟である場合」には認められないと解されているが、それが主観訴訟と解される場合には、無名抗告訴訟としても認められ得ると解されている（大沼洋一「在外国民国民審査権確認等請求事件東京地裁判決への疑問とその余白についての若干の考察」自治研究91巻5号125頁）。本件違法確認の訴えは、一審原告らの国民審査権の行使という個人的な権利利益の保護を目的とする主観訴訟であることは明らかであるから、この説によるならば無名抗告訴訟としても許され得るものである。

3 請求の趣旨1（2）は法律上の争訟である

いずれにせよ、本質は無名抗告訴訟か否かという言葉の問題にあるのではない。一審原告らの訴えの本質は、被告が一審原告らに国民審査権を行使させな

いことが違法か否かを裁判所に明らかにするよう求めるものである。主観的な法的地位の確認を求めるものであるから、抽象的な主張ではない。法令が違憲か否か、立法不作為が違憲か否かは、この主観的な法的地位の確認のために必要な争点にすぎない。請求の趣旨1(2)は法律上の争訟であるから原判決は破棄されなければならない。

第3 学説は原判決の適法性判断を厳しく批判する

学説は原判決の適法性判断の誤りを指摘する。以下では適法性判断に疑問を呈し、批判する評釈と意見書を取り上げる。原判決の適法性判断を好意的に論じる評釈は管見の限り公刊されていない。

渋谷秀樹教授はまず次のように述べて原判決の適法性判断を批判した(以下引用はいずれも「在外国民は最高裁判所裁判官国民審査において審査権を行使できるか」ジュリスト1538-58)。

審査権行使の機会が奪われているのであれば、裁判所のとるべき道は、「『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、現行の法令の解釈によって導き出すことが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を新たに行わなければ、具体的に認めることのできない法的地位であるといわざるを得ない」とするのではなく、国会の制定した法律の文言をトレースした上で、その立法政策の誤り、あるいは立法裁量の逸脱または濫用を指摘することではなかったのか(60頁右12-23行)。

渋谷教授は、原判決が先例に基づいて示した法律上の争訟の抽象的定義には同意しつつ、次のように述べてその具体的な判断は誤りであるとする。

現行公選法において衆議院議員選挙の在外投票権をもつ者(公選法30条の2以下)が法律の不備によって実際に国民審査の投票権を行使できないことは、憲法が規定する尺度に照らして違憲か否かを判断でき、その後の技術的な処理は立法権をもつ国会がなすべきことがらである。また本事案では私人の憲法上の権利侵害の有無が争われているので地方政府の権利の性質とは無関係である(61頁左下から15-7行)。

さらに、平成17年最判が選挙における投票することができる地位の確認の訴えの適法性を認めた論理に触れた上で、原判決がこの判例に違反するものであることを極めて厳しい筆致で指摘した。

審査権が選挙権と同様に憲法で保障された参政権である以上、この判決〔引用者注・前掲平成17年最判〕理由中にある「選挙権」を「審査権」に置き換えることができないとする論理は成り立たない。***本判決の処理について同意する者はいないであろう(61頁右下から7行-62左1行)。

また、「仮に審査権が具体的な権利でないとすれば、***国家賠償法上の違法性の認定に際して必要な権利侵害が存在する前提が失われるのではないか」(62頁左9-13行)とも述べて、原判決が国家賠償の訴えの判断においては国民審査権の具体的な権利性を認めながら、確認の訴えの適法性判断においてははまだ具体的な権利ではないかのような判断をした矛盾を指摘している。

堀口悟郎准教授も同様に、原審の適法性判断に疑義を呈する。まず、原判決が平成17年最判の示唆に反して確認の訴えを却下して在外国民の権利救済を怠ったことに対し、「『より著しい立法不作為の結果、在外国民の権利救済のみちが閉ざされるという結論』(杉原則彦「判解」最判解民事篇平成17年度下674頁)には疑問の余地もあろう。」(「在外国民の国民審査権」法セミ777-120)と批判する。また、「平成23年判決〔引用者注・東京地判平23・4・26判時2136-13〕は、この問題を意識して、立法不作為の違憲確認訴訟の可能性を示唆していたが(匿名「判解」判タ1377号62頁)、本判決はそれに類する本件違法判決の訴えも却下している」(同前)とも指摘して、原判決が請求の趣旨1(2)の訴えを却下したことにも疑義がある旨を示唆している。

興津征雄教授も、その意見書で法律上の争訟性概念と本訴の適法性について詳細に検討した上で、原判決の判断を誤りであると断じる。たとえば、次のように述べて原判決における適法性概念の理解の誤りを論じた。

原判決も、憲法および国民審査法その他の法律を解釈した結果として、「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」という結論を導いている。これは、法的判断そのものであり、本案で示されるべき結論の先取りである。つまり、原判決自身、本件訴えaが、法令の適用により終局的に解決できる紛争であることを自認しているとすらいえよう(甲14・6頁4-8行)。

原判決が法律上の訴訟性の判断を誤ったことは、公法学者が一樣にその判断過程と結論を批判することからも明らかである。この誤りは当審において正されなければならない。

以上