

令和3年（行ウ）第5号

石垣市平得大俣地域への陸上自衛隊配備計画の賛否を問う住民投票において投票することができる地位にあることの確認請求事件

原告 金城龍太郎 外2名

被告 石垣市

## 第 1 準 備 書 面

令和3年10月12日

那覇地方裁判所民事第2部 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 大 井 琢

弁護士 中 村 昌 樹

原告ら訴訟復代理人

弁護士 小 林 武

### 第 1 憲法違反

#### 1 被告準備書面1第1の4項における被告の主張

原告らは、訴状第2の4項において、憲法92条、憲法94条に適合する解釈が必要なことを述べた。

これに対し、被告は、被告準備書面1第1の4項において、

「本件自治基本条例28条4項における住民投票の実施にあたって個別の住民投票

実施条例を必要と解することは憲法に適合しない解釈であるということはない」と述べているものの、これは、「否認し争う」という認否ないし結論を敷衍したものに過ぎず、「否認し争う」という認否ないし結論に至った理由ないし根拠については何らの言及もなく、反論の体をなしていない。

以下には、本件において憲法に適合する解釈が必要なことにつき、いかなる解釈をした場合、憲法 9 2 条違反、憲法 9 4 条違反、もしくは、憲法 1 5 条 1 項、憲法 2 1 条違反となるかを詳述する。

## 2 憲法 9 2 条違反

### (1) 「地方自治の本旨」（憲法 9 2 条）の意義

憲法 9 2 条は、

地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。

と規定する。

ここでいう「地方自治の本旨」には、住民自治と団体自治の二つの要素があるとされている。このうち、住民自治とは、地方自治が住民の意思に基づいて行われるという民主主義的要素である。

### (2) 住民自治を保障するための直接請求権

憲法は、「地方自治の本旨」の内容をなす住民自治を保障するため、地方議会の議員や地方公共団体の長などの住民の直接選挙（憲法 9 3 条）、及び地方自治特別法に関する住民投票（憲法 9 5 条）に関する規定をおいている。これらの規定は、住民自治の原則を憲法上具体化したものとして、選挙権、ないし住民投票への投票権という住民の権利を保障したのものである。

また、地方自治法は、憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権として、(a)議員・長・役員の解職請求（地方自治法 8 0

条ないし同法 8 8 条), (b)議会の解散請求 (地方自治法 7 6 条ないし同法 7 9 条), (c)条例の制定・改廃請求 (地方自治法 7 4 条ないし同法 7 4 条の 4), (d)事務監査請求 (地方自治法 7 5 条) に関する規定をおいている。

これらの手続は, 憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を具体化するものであるとともに, 直接民主制を部分的に実現する「半代表制」の採用を示すものであり, これらの直接請求権を住民が行使し, 直接に地方の政治に参加することによって, 住民を主体とする地方政治の場において憲法 1 5 条 1 項の国民主権を実現することに繋がるものである。

### (3) 直接請求権としての住民投票実施請求権

本件自治基本条例 2 8 条 1 項は,

市民のうち本市において選挙権を有する者は, 市政に係る重要事項について, その総数の 4 分の 1 以上の者の連署をもって, その代表者から市長に対して住民投票の実施を請求することができる。

と定める。

これは, 「地方自治の本旨」の内容をなす住民自治の原則を憲法上具体化した住民の権利や, 憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を具体化するための地方自治法上の住民の直接請求権と同じく, 憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権としての住民投票実施請求権にほかならない。

そして, 本件自治基本条例 2 8 条 4 項は, 同条 1 項を受けて,

市長は, 第 1 項の規定による請求があったときは, 所定の手続を経て, 住民投票を実施しなければならない。

と定める。

ここで, 「第 1 項の規定による請求があったときは」というのは, 住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権としての住民投票実施請求権が行使された

場合を指すことは明らかである。そして、住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権としての住民投票実施請求権が行使された場合、「市長は、」「住民投票を実施しなければならない」義務を負うこともまた、明らかである。

#### (4) 憲法 9 2 条違反となる解釈

前項において述べたとおり、憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権としての住民投票実施請求権（本件自治基本条例 2 8 条 1 項）が行使された場合、「市長は、」「住民投票を実施しなければならない」義務を負う。

とすれば、まず、本件自治基本条例 2 8 条 1 項及び 4 項は、石垣市の住民に対し、市長に住民投票の実施（同実施のために必要な手続行為等を含む。）を請求することができる権利を創設した規定であると認めることはできない、との解釈は、憲法 9 2 条に違反する解釈にほかならない。

なぜなら、この解釈は、憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を著しく軽視ないし無視する暴論にほかならないからである。そればかりか、この判示を敷衍すれば、憲法 9 2 条に規定された住民自治の原則を具体化するための地方自治法上の住民の直接請求権の諸規定もまた、「権利を創設した規定であると認めることはできない」ことになってしまい、ひいては、憲法 9 2 条に規定された住民自治の原則は空洞化し、憲法的価値が破壊されてしまうからである。

次に、「（条例 2 8 条 1 項及び 4 項が）市長に対し住民投票を実施すべき義務を課す規定であると解することはできない。」との解釈もまた、憲法 9 2 条に違反する解釈であるといわざるを得ない。

なぜなら、この解釈もまた、憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を著しく軽視ないし無視する暴論にほかならないからである。そればかりか、この判示を敷衍すれば、憲法 9 2 条に規定された住民自治の原則を具体化するための地方自治法上の住民の直接請求権の諸規定もまた、「義務を課す規定であると解することは

できない」こととなってしまう、これらの地方自治法上の住民の直接請求権が行使されたとしても、首長らに義務が課されないこととなり、その結果、これらの住民の直接請求権が画餅と化し、ひいては、憲法 9 2 条に規定された住民自治の原則は空洞化し、憲法的価値が破壊されてしまうからである。

### 3 憲法 9 4 条違反

#### (1) 条例制定権の限界-「法律の範囲内」(憲法 9 4 条)の意義

憲法 9 4 条は、

地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

と規定する。

判例は、「条例が国の法令に違反するかどうかは、」「それぞれの趣旨、も目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない」とし、「両者が同一の目的に出たものであっても」「その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは」「条例が国の法令に違反する問題は生じえない」(最高裁判所大法廷昭和 5 0 年 9 月 1 0 日判決・刑集 2 9 卷 8 号 4 8 9 頁)とする。

#### (2) 条例の制定・改廃請求(地方自治法 7 4 条ないし同法 7 4 条の 4)

既に述べたとおり、地方自治法は、住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権として、条例の制定・改廃請求(同法 7 4 条ないし同法 7 4 条の 4)の規定をおいている。

このうち、地方自治法 7 4 条 1 項は、

普通地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する者(以下本編において「選挙権を有する者」という。)は、政令の定めるところにより、その総数の五十分の一以上の者の連署をもつて、その代表者から、普通地方公共団体の長に対し、条例(地

方税の賦課徴収並びに分担金、使用料及び手数料の徴収に関するものを除く。)の制定又は改廃の請求をすることができる。

と規定する。ここでいう「条例」「の制定」「の請求」には、住民投票実施を内容とする条例の制定請求が含まれることは言うまでもない。

また、地方自治法74条3項は、  
普通地方公共団体の長は、第一項の請求を受理した日から二十日以内に議会を招集し、意見を付けてこれを議会に付議し、その結果を同項の代表者に通知するとともに、これを公表しなければならない。  
と規定する。

### (3) 地方自治法74条と条例28条の矛盾抵触が生じる解釈

本件自治基本条例28条1項の規定による実施請求がされた場合、連署した有権者や有権者の代表者は、石垣市長に対し、当該住民投票の実施条例案を市議会に付議するよう求める権利、又は、直接、市議会に対し、実施条例案を発案する権利を有するとはいえるものの、これを超えて、同条4項に基づき、市議会による住民投票実施条例の制定を待たずに、市長に対し、当該住民投票の実施規則の制定を求めたり、当該住民投票を実施するよう求めたりする権利を有すると解することはできない、と解釈した場合、地方自治法74条と本件自治基本条例28条の矛盾抵触が生じる。以下に詳述する。

まず、地方自治法74条1項は、住民投票実施を内容とする条例の制定請求を含む条例の制定・改廃請求につき、「選挙権を有する者」「の総数の五十分の一以上の者の連署をもって」請求ができると規定する。これに対し、本件自治基本条例28条1項は、「選挙権を有する者」「の総数の4分の1以上の者の連署をもって」住民投票の実施請求ができると規定する。このように、地方自治法74条と本件自治基本条例28条とは、「五十分の一以上」と「4分の1以上」という請求のために必要な署名数において異なっており、本件自治基本条例28条は、地方自治法7

4条よりも、請求のために必要な署名数を著しく加重している。

次に、地方自治法74条3項は、「普通地方公共団体の長は、第一項の請求を受理した日から二十日以内に議会を招集し、意見を付けてこれを議会に付議し」「なければならない」と規定する。これに対し、前記の解釈によれば、本件自治基本条例28条に基づき、石垣市の住民は、「石垣市長に対し、当該住民投票の実施条例案を市議会に付議するよう求める権利」を有するとされる。このように前訴控訴審判決の判示によれば、地方自治法74条と本件自治基本条例28条とはその効果が同じである。

以上より、前記の解釈によれば、地方自治法74条と本件自治基本条例28条とは、住民投票実施を内容とする条例の制定請求権を規定するという趣旨・目的を同じくし、かつ、その効果も同じである。にもかかわらず、「五十分の一以上」と「4分の1以上」という請求のために必要な署名数において異なっており、本件自治基本条例28条は、地方自治法74条よりも、住民投票実施を内容とする条例の制定請求権を行使するために必要な署名数を著しく加重している。これは、住民投票実施を内容とする条例の制定請求権の行使を、本件自治基本条例によって著しく制約するものとなる。

したがって、前記の解釈によれば、地方自治法74条と本件自治基本条例28条の矛盾抵触が生じる。

#### (4)憲法94条違反となる解釈

地方自治法74条の規定は、繰り返し述べるとおり、憲法92条に規定された住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権の一つであるから、住民の権利を制約する形で「その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨である」と解することはできない。とすれば、地方自治法74条の規定については、前掲最高裁判所判例の規範をふまえても、「条例が国の法令に違反する問題」が生じうる。

したがって、前記の解釈によれば、本件自治基本条例28条は、地方自治法74条と矛盾抵触することになり、その結果、憲法94条に違反する規定であることになってしまう。法令の解釈において、憲法に違反する規定となるような解釈（合憲限定解釈ならぬ違憲限定解釈？）をわざわざすることなど、およそ考えられない。本件においても、文理解釈や本件自治基本条例の立法者意思、その基盤となる制定過程等を無理やり捻じ曲げた挙句、憲法94条違反となってしまう、前記のような解釈をすることはおよそ許されない。

#### 4 憲法15条1項、憲法21条違反

##### (1) 政治的（政策）意思表示の権利、政治参加の権利

日本国憲法は、政治的（政策）意思表示の権利ないし政治参加の権利について、広く憲法21条の表現の自由の保障によって下支えしつつ、選挙権については憲法15条1項で定めている（甲17）。これらの権利は、日本国憲法の基本原理である民主主義の基盤となる権利である。

本件自治基本条例28条1項及び同条4項によって行われる住民投票に投票する権利は、憲法92条にいう「地方自治の本旨」の一内容たる住民自治を具体化するものであるとともに、民主主義の基盤となる政治的（政策）意思表示の権利ないし政治参加の権利の重要な一内容であることは言を俟たない。

##### (2) 前訴控訴審判決の犯した誤謬-憲法15条1項、憲法21条違反

文理解釈や本件自治基本条例の立法者意思、その基盤となる制定過程等を無理やり捻じ曲げた挙句、住民投票を実施するよう求めたりする権利を有すると解することはできない、とか。条例28条1項及び4項は、石垣市の住民に対し、市長に住民投票の実施を請求することができる権利を創設した規定であると認めることはできない、などと解釈することは、憲法15条1項、憲法21条によって保障された政治的（政策）意思表示の権利、政治参加の権利をことごとく否定するものであって、

憲法15条1項、及び憲法21条に違反するものであることは言を俟たない。

## 第2 被告準備書面1第2に対する認否・反論

### 1 1項について

第1段は、認める。

第2段は、否認ないし争う。

「事件の蒸し返し」であるとか、「濫訴というべきものである」などという主張は、最高裁判所判例をはじめとする諸裁判例、行政事件訴訟法4条における「公法上の法律関係に関する訴訟」（いわゆる実質的当事者訴訟）の立法趣旨ないし立法過程、及び、これらに対する論考などを精査せず、あるいは、その内容を正解しないでなされた暴論であるといわざるをえない。

すなわち、2004年行訴法（行政事件訴訟法）改正の立法過程において、確認訴訟（当事者訴訟）活用論が展開された結果（「当事者訴訟の機能と展開-その歴史と行訴法改正以降の利用場面」春日修著、晃洋書房刊《以下、「春日論考」という。》65頁以下）、「2004年行訴法改正において、処分以外の行政活動に起因する権利侵害について、実質的当事者訴訟としての確認訴訟により救済を図るべきであるという方向性が打ち出されることとなった」（春日論考75頁）。すなわち、行政事件訴訟法4条の立法趣旨は、処分以外の行政活動に起因する権利侵害について、実質的当事者訴訟としての確認訴訟により当事者の権利の救済を図る、というものにほかならない。

同改正後の最高裁判所判例である最高裁判所第一小法廷平成21年11月26日判決（民集63巻9号2124頁）は、次のとおり判示する。

「市町村の設置する保育所で保育を受けている児童又はその保護者が、当該保育所を廃止する条例の効力を争って、当該市町村を相手に当事者訴訟ないし民事訴訟を提起し、勝訴判決や保全命令を得たとしても、これらは訴訟の当事者である当該児童又はその保護者と当該市町村との間でのみ効力を生ずるにすぎないから、これら

を受けた市町村としては当該保育所を存続させるかどうかについての実際の対応に困難を来すことにもなり、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（行政事件訴訟法32条）が認められている取消訴訟において当該条例の制定行為の適法性を争い得るとすることには合理性がある。

以上によれば、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解するのが相当である。」

かかる判示は、行政処分に当たらないのであれば、当事者訴訟を提起し、勝訴判決を得ることによって救済が図られるべきである、ということが当然の前提となっている。

なお、前訴一審判決も、前掲最高裁判所判例と同様の前提に立っていることについては、後記する。

## 2 2項について

「原告らに本件住民投票についての権利・法的地位が生じているとはいえない」との点は、争う。その余は認否の限りでない。

## 3 3項について

### (1) (1)（前訴一審判決）について

前訴一審判決は、住民投票の実施が行政処分に当たらないという理由で、本件住民投票等の義務付け等の訴えを却下したものであるところ、次のように判示している。

「住民投票を実施するための条例又は規則すら制定されていない段階において、その実施が処分に当たるとしてこれを義務付けの訴えによって実現しようとするのは、無理があるといわざるを得ず、仮に本件住民投票が実施されないことが違法であると解される場合でも、その救済は、実施の義務付け以外の方法により図られるべきものというほかない。」

前記判示の文脈をたどると、処分性を否定した後に、「仮に本件住民投票が実施されないことが違法であると解される場合でも、その救済は」に続いて、「実施の義務付け以外の方法により図られるべきものというほかない。」と論じられていることからすると、ここでいう「実施の義務付け以外の方法」とは、救済の方法として、違法確認や地位（権利）確認などを内容とする実質的当事者訴訟を想定していることは明らかである。

とすれば、前訴一審判決は、むしろ、被告の主張とは逆に、行政処分に当たらないのであれば当事者訴訟を提起し勝訴判決を得ることによって救済が図られるべきである、という前掲最高裁判所判例などと同様の前提に立っているものというべきである。

## (2) (2) (前訴控訴審判決) について

### ア 被告の主張

被告は、前訴控訴審判決を縷々引用した上で、同判決の「条例28条1項及び4項は、石垣市の住民に対し、市長に住民投票の実施（同実施のために必要な手続き行為等を含む。）を請求することができる権利を創設した規定であると認めることはできない。そのほか、住民に上記請求権を創設したものと認められる法令規定はない。」という判断を前提に、自治基本条例その他によっても、原告らに本件住民投票についての権利・法的地位はないのであるから、本件確認の訴えは訴訟要件を欠くものとして却下されるべきであるなどと結論付ける。

### イ 前訴控訴審の結論の誤り

しかしながら、以下に詳述するように、前訴控訴審の上記解釈自体が憲法に違反するものであって、また形式的な文言解釈としても、立法経緯からしても誤った違法な解釈であり、確立した最高裁判例にも違反する違法なものであって、そのような違法な解釈を前提とした被告の主張も誤りにほかならない。

## ウ 憲法 9 2 条違反

前述の第 1 の 2 項において述べたとおり，憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権としての住民投票実施請求権（本件自治基本条例 2 8 条 1 項）が行使された場合，「市長は，」「住民投票を実施しなければならない」義務を負う。

とすれば，まず，「条例 2 8 条 1 項及び 4 項は，石垣市の住民に対し，市長に住民投票の実施（同実施のために必要な手続行為等を含む。）を請求することができる権利を創設した規定であると認めることはできない」との前訴控訴審判決の判示は，明らかに誤っており，憲法 9 2 条に違反する解釈にほかならない。なぜなら，この判示は，憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を著しく軽視ないし無視する暴論にほかならず，この判示を敷衍すれば，憲法 9 2 条に規定された住民自治の原則を具体化するための地方自治法上の住民の直接請求権の諸規定もまた，「権利を創設した規定であると認めることはできない」ことになってしまうからである。

次に，「(条例 2 8 条 1 項及び 4 項が) 市長に対し住民投票を実施すべき義務を課す規定であると解することはできない。」との前訴控訴審判決の判示もまた，明らかに誤っており，憲法 9 2 条に違反する解釈であるといわざるを得ない。なぜなら，この判示もまた，憲法 9 2 条において規定された住民自治の原則を著しく軽視ないし無視する暴論にほかならず，この判示を敷衍すれば，憲法 9 2 条に規定された住民自治の原則を具体化するための地方自治法上の住民の直接請求権の諸規定もまた，「義務を課す規定であると解することはできない」こととなってしまう，これらの地方自治法上の住民の直接請求権が行使されたとしても，首長らに義務が課されないこととなり，その結果，これらの住民の直接請求権が画餅と化すことになってしまうからである。

## エ 憲法 9 4 条違反

前述の第 1 の 3 項において述べたとおり，地方自治法 7 4 条は，住民投票実施を内容とする条例の制定請求を求めるにあたり，必要な署名数は，有権者の「五十分の一以上」で足りる。他方で，本件自治基本条例 2 8 条においては，同じ住民投票実施を内容とする条例の制定請求を求めるにあたり，有権者の「4 分の 1 以上」という過大なハードルが課され，地方自治法 7 4 条よりも要件が大幅に加重されている。それにもかかわらず，前訴控訴審判決の結論のように本件自治基本条例 2 8 条がその効果において，地方自治法 7 4 条に定める効果と異なるものを定めたものにすぎないというのであれば，地方自治法 7 4 条において国民一般に保障された住民投票実施を内容とする条例の制定請求権の行使が，石垣市民に限っては，本件自治基本条例によって著しく制約されているだけだということになりかねない。しかしながら，そのような条例制定は，憲法 9 4 条違反であることは明らかであるのであって，そのような違憲の内容の条例をあえて石垣市が制定するはずもなく，本件自治基本条例 2 8 条が憲法 9 4 条違反であることを前提とした前訴控訴審の解釈が誤りであることは明白である。

## オ 憲法 1 5 条 1 項，憲法 2 1 条違反

前述の第 1 の 3 項において述べたとおり，前訴控訴審判決は，憲法 1 5 条 1 項，憲法 2 1 条によって保障された政治的（政策）意思表示の権利，政治参加の権利をことごとく否定するものであって，憲法 1 5 条 1 項，及び憲法 2 1 条に違反するものであることは言を俟たない。

## カ 形式的な文言解釈の誤り

本件自治基本条例 2 8 条 1 項は，

市民のうち本市において選挙権を有する者は，市政に係る重要事項について，

その総数の4分の1以上の者の連署をもって、その代表者から市長に対して住民投票の実施を請求することができる。

と定める。

これは、「地方自治の本旨」の内容をなす住民自治の原則を憲法上具体化した住民の権利や、憲法92条において規定された住民自治の原則を具体化するための地方自治法上の住民の直接請求権と同じく、憲法92条において規定された住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権としての住民投票実施請求権にほかならない。

そして、本件自治基本条例28条4項は、同条1項を受けて、

**市長は、第1項の規定による請求があったときは、所定の手続を経て、住民投票を実施しなければならない。**

と定める。

ここで、「第1項の規定による請求があったときは」というのは、住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権としての住民投票実施請求権が行使された場合を指すことは明らかである。そして、住民自治の原則を具体化するための住民の直接請求権としての住民投票実施請求権が行使された場合、「市長は、」「住民投票を実施しなければならない」義務を負うこともまた、明らかである。

以上より、本件自治基本条例28条1項及び同4項につき、経験則・論理則ないし社会通念にのっとりた文理解釈をすれば、これらが住民の直接請求権たる権利を創設した規定であることは明々白々である。

ところが、前訴控訴審判決は、本件自治基本条例27条1項との整合性を理由に、本件自治基本条例28条1項及び同4項を解釈し（控訴審判決8頁ないし9頁）、本件自治基本条例28条1項及び同4項は、「権利を創設した規定」ではない旨判示している。

しかし、そもそも本件自治基本条例27条1項は、後記「法定事項の50分の1以上の連署では請求することに留まることから、50分の1以上よりハードル

を高くし、直接住民の意思を問うため、〇分の1以上の連署をもって住民投票を市長に請求したときは、直接住民の意思を問うため、住民投票を実施しなければならないとした方がよい」という議論（甲5・13頁ないし14頁）が出る以前から存在した権限規定が、本件自治基本条例28条1項及び同4項が現行の規定になってからもそのまま残っていたにすぎない。そして、そもそも本件自治基本条例27条1項は、市長は、市政に係る重要事項について市民の意思を確認するため、その案件ごとに定められる条例により住民投票を実施することができる」と規定しているに過ぎず、これは、市長が住民投票を実施「できる」とした権限規定にすぎず、本件自治基本条例における住民投票の実施にあたって、すべからず個別案件ごとの条例が必要であるとする手続規定でないことは、その文理解釈からしても明らかであるし、かつ、前訴控訴審判決のいう「文言の形式的な解釈」からしても明らかである。

また、前訴控訴審判決自身も認めるとおり、「市議会議員及び市長からの発議による住民投票について定めている条例28条2項及び3項は、条例を市議会に提出して住民投票を発議する旨を規定しており、いずれについても条例が制定され、これに基づいて住民投票が実施されることが予定されることが文言上明らかであるのに対して、同条4項は『所定の手続を経て、住民投票を実施しなければならない。』と規定するだけであり、同条2項及び3項とは異なる規定ぶりとなっていることからすれば、同条1項及び4項のみの文言の形式的な解釈としては、『所定の手続を経て』の理解の仕方によっては、市長に対して、条例によらない住民投票を実施する義務を定めており、住民に対し同義務に対応する請求権を付与しているという解釈」（前訴控訴審判決9頁）こそが、経験則・論理則にのっとりた本件自治基本条例28条の解釈であるといわざるを得ない。

したがって、「(条例)27条と整合的に解釈するのが当然である」ということの一事をもって、「市長には、条例が制定されなくとも住民投票を実施する義務があり、市民には住民投票の実施を求める権利がある」、すなわち、本件自治基本条

例 28 条 1 項及び同 4 項住民の直接請求権たる権利を創設した規定である、という判断を覆すことができないことは明らかであるから、本件自治基本条例 28 条 1 項及び同 4 項が「権利を創設した規定」ではない旨の前訴控訴審判決の判示（本件自治基本条例 28 条の解釈）は、経験則・論理則に反するものであって、本件自治基本条例 28 条の形式的な文言解釈を誤ったものである。

#### キ 立法過程からみた解釈の誤り

まず、そもそも、本件自治基本条例の立法過程において、本件自治基本条例 28 条 4 項の規定が市長や市議会及び市議会議員の努力規定であるという議論も、個別条例により実施しなければならないという議論も、全くなされた形跡がない。むしろ、それとは逆に、当初、地方自治法 74 条に基づく住民投票条例の制定請求（直接請求）を単に確認するもの（確認型）であったものを、市民検討会議において「法定事項の 50 分の 1 以上の連署では請求することに留まることから、50 分の 1 以上よりハードルを高くし、直接住民の意思を問うため、〇分の 1 以上の連署をもって住民投票を市長に請求したときは、直接住民の意思を問うため、住民投票を実施しなければならないとした方がよい」という議論がなされていた事実が明白に存在する（甲 5・13 頁ないし 14 頁，甲 11）。かかる議論を経験則・論理則に沿って素直に解釈すれば、「法定事項の 50 分の 1 以上の連署では請求することに留まることから」という前提であった以上は、あえて 4 分の 1 の連署が必要であるとハードルを上げた場合には、「(住民投票条例制定を) 請求することに留まる」のではなく、条例制定請求に留まることなく、個別の条例制定の有無を問わずに市長に対し住民投票を実施する義務を課す議論がなされていたことは明白である。

次に、「直接住民の意思を問う」ためとあるのも、条例制定が必要であるとすれば、住民の意思を問うか否か自体についても議会の判断を経なければならなくなり間接的にしか住民の意思を問えないこととなるため、そのような帰結にならな

いよう、あえて「直接住民の意思を問う」ことを求めていたのであるから、このことからしても、個別の条例の制定を要せずして市長が住民投票実施の義務を負うことが立法過程においても、必須の条件として求められていたことは明白である。にもかかわらず、前訴控訴審判決は、かかる立法過程における議論を曲解し、4分の1の署名という高いハードルがクリアされた場合であっても、結局のところ、条例制定を請求することができるに「留まる」ことになるような条例解釈をわざわざ行っているのであって、前記の立法過程における議論に照らせば、かかる解釈は明らかに誤りである。

## ク 最高裁判決との抵触 1－平成25年最高裁判所判例違反

### (ア) 最高裁判所第二小法廷平成25年1月11日判決

最高裁判所第二小法廷平成25年1月11日判決（民集67巻1号1頁）は、医薬品ネット販売の権利確認等請求を求めたもので、インターネットを通じた郵便等販売を行う業者が、新施行規則の各規定は郵便等販売を広範に禁止するものであり、新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なもので無効であると主張した事案である。

前掲最高裁判所判例は、「憲法22条1項による保障は、狭義における職業選択の自由のみならず職業活動の自由の保障をも包含しているものと解されるどころ、旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱として来た者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである。これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するものであり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきであ

る。」旨判示する。

#### (イ) 明確な言明原則 (clear statement rule)

前掲最高裁判所判例は、ある公法解釈が関係当事者に不利益的である場合には、当該解釈を支持する旨が法律で明示されていることを要するとの解釈原則を採用している。以下では、このような公法解釈原則を明確な言明原則 (clear statement rule) と呼ぶこととする (福永実「行政法解釈と立法者意思」広島法学38巻1号(2014年)126頁に同旨)。なお、アメリカにおける clear statement rule は、「立法府の制定した『法律』の文言が曖昧である場合に、立法府が明確にその意図を法律の文言 (あるいは立法資料) に叙述していなければ、問題となっている憲法上の権利あるいは価値に資するよう裁判所が解釈するという解釈準則」とされ、わが国での適用例として前掲最高裁判所判決が参照されている (岡田幸人「最高裁 時の判例」ジュリスト1462号(2014年)92頁ないし93頁)。

前掲最高裁判所判例は、市民の法解釈の予測可能性を犠牲にした権利侵害的な法解釈を可能にするためには、立法者意思の高度な明確性が必要であるとしている。

したがって、権利侵害的な法解釈を許容する立法者意思が、明確に法律の文言、もしくは、当該法律の立法資料 (前掲最高裁判所判例にいう「立法過程における議論」) などに叙述されていない場合、当該法律は、問題となっている憲法上の権利あるいは価値に資するよう解釈されなければならない、権利侵害的な法解釈をすることはできない。

#### (ウ) 本件自治基本条例28条1項及び同4項の立法者意思

##### i 住民投票の憲法的価値から導かれる立法者意思

憲法92条は、住民自治を「地方自治の本旨」の一内実として保障し、憲法94条は、地方公共団体の条例制定権を認めている。そして、住民自治は、憲法の基本原則たる民主主義の重要な一要素でもある。

前訴控訴審判決が判示するように、地方自治法74条1項で住民に認められて

いる有権者の50分の1以上の連署による条例制定・改廃請求権の要件を大幅に超えた4分の1以上の連署を集めたとしてもそれは単なる努力規定に過ぎず、議会の可決による案件ごとの条例が必要であるというような解釈は、憲法94条の地方公共団体の条例制定権が「法律の範囲内」と定めた趣旨に反し（あるいは、本件自治基本条例28条1項及び同4項の規定を無意味なものとし）、かつ、憲法92条による住民自治の保障に基づく住民の権利を著しく制約するものである。

本件自治基本条例の立法者意思として、民主主義や住民自治などの憲法的価値を貶めるような立法をする意思、あるいは、憲法違反となってしまう（あるいは、それ自体無意味になってしまう）規定をわざわざ立法するような意思を有することはおよそあり得ない。

## ii 条文の文理解釈及び相互関係から判明する立法者意思

まず、本件自治基本条例28条は、1項で「市民のうち本市において選挙権を有する者は、市政に係る重要事項について、その総数の4分の1以上の者の連署をもって、その代表者から市長に対して住民投票の実施を請求することができる。」と定め、同条4項で「市長は、第1項の規定による請求があったときは、所定の手続きを経て、住民投票を実施しなければならない。」と定め、文理上、議会の可決による案件ごとの条例の制定を義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れてもいない。

これを、「市長や市議会及び市議会議員は、第1項の規定による請求があったときは、4分の1以上という相当数の住民の意思に基づくものであることを十二分に踏まえた議論や判断を行うように努める」と解釈する前訴控訴審判決の判示は、明らかに本件自治基本条例28条の文理解釈、すなわち、同条の文言で示された立法者意思を完全に逸脱している。

次に、本件自治基本条例27条1項は、「市長は、市政に係る重要事項について市民の意思を確認するため、その案件ごとに定められる条例により住民投票を実施することができる。」と定めるが、これは「市長」が「できる」という権限規定

に過ぎない。これは、市長が自ら住民投票を発議する場合（本件自治基本条例 28 条 3 項）においては、市長の専断によって住民投票を実施する権限を付与せず、議会の意思を反映するために、条例によって住民投票を実施することとした（なお、本件自治基本条例 28 条 3 項において、「条例を市議会に提出することで」「発議する」旨の手続きを定めている。）ものに過ぎない。

さらに、本件自治基本条例 28 条は、その標題において「住民投票の請求及び発議」としており、同条 2 項では「議員による発議」、同条 3 項では「市長による発議」を定めている。そして、これらの発議は、「条例を市議会に提出する」という手続によって行われることとなっている。これに対し、同条 1 項は「市民による請求」となっており、同条 4 項は、同条 1 項による市民からの住民投票の請求があったときは、「市長は住民投票を実施しなければならない」として、市長の住民投票実施義務を文言上、明確に規定し、かつ、市長の住民投票実施の手続としては、「所定の手続を経て」と規定している。以上のような、条文の文言、及び、それらの相互関係をみると、立法者意思として、

①住民による住民投票実施の「請求」と、市議会議員及び市長による住民投票実施の「発議」を区別する意思が示されていること

②これらの「請求」と「発議」に関する手続については、それぞれ、「所定の手続」と「条例を市議会に提出する」手続として異なる文言が用いられており、「所定の手続」は、個別の条例制定に限られないという意思が示されていること

が判明する。

そればかりでなく、本件自治基本条例 28 条 4 項は、第 8 章「参画及び協働」に規定されているところ、本件自治基本条例 42 条 3 項は、「この条例の第 7 章から第 16 章に定める施策の推進に関して、必要な事項は別で定める。」としており、「条例」に限らず「規則」の制定の委任を含め、「必要な事項は別で定める」と規定している。このことから、立法者意思として、本件自治基本条例 28 条 4 項の

「所定の手続」は、個別の条例制定に限られないという意味が示されていることが判明する。

なお、これらの石垣市自治基本条例に基づく住民投票実施までのチャートは、別紙において図解したとおりである。

### iii 立法過程（制定過程）において示された立法者意思

そもそも、立法過程（制定過程）における議論において、同条4項の規定が市長や市議会及び市議会議員の努力規定であるという議論も、条例により実施しなければならないという議論も、一切見当たらない。

かえって、当初、地方自治法74条に基づく住民投票条例の制定請求（直接請求）を単に確認するもの（確認型）であったものを、市民検討会議において「法定事項の50分の1以上の連署では請求することに留まることから、50分の1以上よりハードルを高くし、直接住民の意思を問うため、〇分の1以上の連署をもって住民投票を市長に請求したときは、直接住民の意思を問うため、住民投票を実施しなければならないとした方がよい」という直接住民の意思を問うことが可能となる権利を創設する議論がなされ（甲5・13頁ないし14頁）、事務局側は、この意見を加味し、「市民のうち本市において選挙権を有する者は、市政に係る重要事項について、その総数の4分の1以上の者の連署をもって、その代表者から市長に対して住民投票の実施を請求することができる。」と当初の事務局案を変更し、新たに、4項を新設し、「市長は、第1項の規定による請求があったときは、住民投票を実施しなければならない。」という直接住民の意思を問うことが可能となる権利創設規定を追加したのである（甲12）。

この点、地元の新聞社である八重山毎日新聞も、「住民投票請求要件 有権者の4分の1に」、「市自治基本条例素案 検討会議がハードル上げる」、「市長に実施義務」との見出しで、「住民投票について請求要件を厳しくする一方、請求のあった場合の実施義務を市長に課す案をまとめた。」、「市民検討委員会は4分の1以上とハードルを高く設定し、請求のあった場合に『市長は住民投票を実施しなけれ

ばならない』と義務を課す条項を追加した。」とし、この市民検討会議の提案に沿って、厳格な要件を満たした市民の請求があった場合、「請求することに留まる」のでなく、「直接住民の意思を問うため」、市長に住民投票の実施義務を課す権利創設規定が追加されたことを大きく報じているのである（甲6）。

これを受けた学識経験者等から構成される自治基本条例策定審議会も、本件自治基本条例28条1項につき、地方自治法74条に基づく住民投票条例の制定請求（直接請求）の50分の1よりハードルを上げて「市民のうち本市において選挙権を有する者は、市政に係る重要事項について、その総数の4分の1以上の者の連署をもって、その代表者から市長に対して住民投票の実施を請求することができる」という条文を策定し、その文言上、住民の権利（直接請求権）を明確に定め、かつ、同条4項につき、「市長は、第1項の規定による請求があったときは、所定の手続きを経て、住民投票を実施しなければならない」という文言を策定し、その文言上、市長の住民投票実施義務を明確に定めた。そして、これらの文言に関して、市議会議員で構成される本件自治基本条例審査特別委員会においても、本件自治基本条例が可決された市議会本会議においても、何ら異論や反論は出されていない。

以上の立法過程（制定過程）からしても、本件自治基本条例28条1項が住民の権利（直接請求権）を明確に定めたものであるという立法者意思、及び、同4項が市長の住民投票実施義務を明確に定めたものであるという立法者意思が、はっきりと示されている。

#### iv 有権解釈たる「逐条解説」において示された立法者意思

本件自治基本条例は平成22年4月1日に施行されたところ、石垣市は、その施行前に「逐条解説」（甲2）を作成している。

この「逐条解説」は、石垣市が本件自治基本条例の「有権解釈」を示したものであって、立法者意思の結晶であるといっても過言ではない。

この「逐条解説」においては、住民からの住民投票請求手続きに関する本件自

治基本条例 28 条 1 項及び同条 4 項（なお、本件自治基本条例改正により男女共同参画の推進を定めた条文が 25 条として追加されたため、当該条文は制定時の 27 条から 28 条へと繰り下げられたが、文言は全く同じである。）について、「住民投票に関する住民からの請求手続き、議員及び市長の発議について定めたものです。」「第 1 項は、本市に選挙権のある者（有権者）が、地方自治法 74 条（住民の条例制定改廃請求権）に基づくものの 1 つとして、『〇〇の住民投票条例』の制定について請求できることを定めています。市民はその代表者が市から認定を受け、1 か月以内に市内の有権者の 4 分の 1 の連署を集め、市長に提出します。請求を受けた市長は、先ず選挙管理委員会により連署内容の有効無効の審査を経て、有効の場合、議会に付議するとともに、付議するにあたって意見を付することができます。」

「第 4 項は、第 1 項の規定による市民からの請求を拒むことができず、その請求があった場合は、所定の手続きを経て、住民投票を実施しなければならないことを定めています。」

と解説されている。

このように石垣市の有権解釈たる逐条解説において述べられているとおり、本件自治基本条例 28 条 1 項及び同条 4 項は、市民の権利（直接請求権）を定め、市長の住民投票の実施義務を課した権利創設規定であることが、立法者意思として明確に示されている。

#### **(エ) 前訴控訴審判決の犯した誤謬-平成 25 年最高裁判所判例違反**

以上のとおり、本件自治基本条例 28 条 1 項及び同条 4 項の立法者意思は、市民の権利（請求権）を定め、市長の住民投票の実施義務を課した直接住民の意思を問うことが可能となる権利創設規定であることが明らかである。

にもかかわらず、前訴控訴審判決は、本件自治基本条例 28 条 1 項及び同 4 項が「権利を創設した規定」ではない旨の判示をし、本件自治基本条例 28 条につき、市民の憲法上の権利を侵害する権利侵害的な法解釈を行った。

このような前訴訟審判決の判示は、市民の法解釈の予測可能性を犠牲にし、権利侵害的な法解釈を許容する立法者意思が、明確に法律の文言、もしくは、当該法律の立法資料（前掲最高裁判所判例にいう「立法過程における議論」）などに叙述されておらず、むしろ、それとは真逆の立法者意思が示されているにもかかわらず、あえて、権利侵害的な法解釈をしたものであるから、前訴訟審判決が、前掲最高裁判所判例に違反することは明々白々である。

## ク 最高裁判決との抵触性 1－2 平成19年最高裁判所判例違反

### (ア) 最高裁判所第三小法廷平成19年12月18日判決とその意義

最高裁第三小法廷平成19年1月11日判決(民集61巻9号3460頁)は、いわゆる明確な言明原則 (clear statement rule) が用いられる場合として、権利侵害的解釈を行う場合のみならず、一般的文法解釈原則に反する解釈を行う場合も同様であることを示している（前掲福永論文128頁に同旨）。

この点、前掲最高裁判所判決は、著作権法改正法付則の解釈に関して、「本経過規定における本件文言について」「一般用法とは異なる用い方をするというのが立法者意思であり、それに従った解釈をするというのであれば、その立法者意思が明白であることを要するというべきである」旨判示する。

### (イ) 本件自治基本条例の一般用法に則った解釈

本件自治基本条例28条1項は

市民のうち本市において選挙権を有する者は、市政に係る重要事項について、その総数の4分の1以上の者の連署をもって、その代表者から市長に対して住民投票の実施を請求することができる。

と定め、同4項は、

市長は、第1項の規定による請求があったときは、所定の手続きを経て、住民投票を実施しなければならない。

と定める。

一般的文法解釈原則（一般用法）によれば、本件自治基本条例 28 条 4 項は、市長は、住民投票を実施しなければならない義務を負う、と解釈される。すなわち、同項については、市長が住民投票の実施義務を負うとする解釈こそが、一般的文法解釈原則に則った解釈であることは言を俟たない。

しかし、前訴控訴審判決は、本件自治基本条例 28 条 4 項につき、努力義務を定めたものである旨解釈した。そのような解釈は、一般的文法解釈原則からは到底あり得ない解釈であるといわざるを得ない。すなわち、本件自治基本条例 28 条 4 項の文言につき、主語である「市長は」を「市長や市議会及び市議会議員は」と解し、かつ、述語である「住民投票を実施しなければならない」を、「議論や判断を行うように努める」と解することなど、一般的文法解釈原則からはおよそ不可能である。

#### (ウ) 前訴控訴審判決の犯した誤謬-平成 19 年最高裁判所判例違反

以上のとおり、前訴控訴審判決は、本件自治基本条例 28 条 4 項につき、「市長や市議会及び市議会議員は、第 1 項の規定による請求があったときは、4 分の 1 以上という相当数の住民の意思に基づくものであることを十二分に踏まえた議論や判断を行うように努める」というものであるという、一般的文法解釈原則（一般用法）からみて、およそあり得ない解釈を行った。

これは、明確に前掲最高裁判所判例に違反するものである。

念のため付言するに、既に述べたとおり、前訴控訴審判決は、権利侵害的解釈かつ一般的文法解釈原則に反する解釈を繰り広げており、二重の意味で最高裁判所判例の示す明確な言明原則（clear statement rule）に違反しているのである。

前訴控訴審判決は、このような酷い解釈をなした結果、市民の権利を蹂躪し、民主主義の基盤を突き崩して憚らないのであり、前訴控訴審判決の犯した誤謬は罪深く、到底許されるものではない。

さらに、前記の「(住民投票条例制定を) 請求することに留まることのないよ

うに」という市民検討会議での議論を受けて、事務局側も、この意見を加味し、「市民のうち本市において選挙権を有する者は、市政に係る重要事項について、その総数の4分の1以上の者の連署をもって、その代表者から市長に対して住民投票の実施を請求することができる。」と事務局案を変更し、新たに、4項として「市長は、第1項の規定による請求があったときは、住民投票を実施しなければならない」と明示的に住民投票の実施を義務付ける規定が文言上追加されたという立法経緯が存在する(甲10)。かかる立法経緯からすれば、経験則・論理則上、条例28条1項及び同4項は、住民に対し、市長に住民投票の実施(同実施のために必要な手続行為等を含む。)を請求できる権利を創設した規定であるとしか解釈しえない。にもかかわらず、前訴控訴審判決は、「(条例)28条1項及び4項については、市長、市議会及び市議会議員において、同条1項に規定された請求に係る住民投票実施条例の制定の可否の審議に当たり、当該請求が有権者の総数の4分の1以上という相当多数の住民の意思に基づくものであることを十二分に踏まえた議論や判断を行うことが期待されており、市長らがそのような政治的責務を負うという意味を持つに留まるのであって、それ以上に更に進んで、市長に対し住民投票を実施すべき義務を課す規定であると解することはできない。」(前訴控訴審判決15頁)などと判示しており、この点においても、経験則・論理則違反が存することは明らかである。

加えて、立法当時、地元の新聞社である八重山毎日新聞も、「住民投票請求要件有権者の4分の1に」、「市自治基本条例素案 検討会議がハードル上げる」、「市長に実施義務」との見出しで、「住民投票について請求要件を厳しくする一方、請求のあった場合の実施義務を市長に課す案をまとめた。」、「市民検討委員会は4分の1以上とハードルを高く設定し、請求のあった場合に『市長は住民投票を実施しなければならない』と義務を課す条項を追加した。」とし、この市民検討会議の提案に沿って、厳格な要件を満たした市民の請求があった場合、市長に住民投票の実施義務を課す権利創設規定が追加されたことを大きく報じていた(甲6)。

そして、これを受けた学識経験者等から構成される自治基本条例策定審議会において、地方自治法74条に基づく住民投票条例の制定請求（直接請求）の50分の1よりハードルを上げた本件自治基本条例28条1項が「市民のうち本市において選挙権を有する者は、市政に係る重要事項について、その総数の4分の1以上の者の連署をもって、その代表者から市長に対して住民投票の実施を請求することができる」という市民の権利を定めたものと文理解釈せざるをえない規定を策定し、同4項で「市長は、第1項の規定による請求があったときは、所定の手続きを経て、住民投票を実施しなければならない」として、「市長の実施義務」を定めたものと文理解釈せざるをえない規定を策定したものである。そして、その規定ぶりに対して、市議会議員で構成される本件自治基本条例審査特別委員会においても、本件自治基本条例が可決された市議会本会議においても、何ら異論や反論は出されていない。ましてや、本件自治基本条例の立法過程において、28条4項の規定が市長や、議会ないし議員の努力規定を定めたにすぎないなどという議論も、28条4項における「所定の手続」が個別の条例を意味するなどという議論も、一切見当たらない。

にもかかわらず、前訴控訴審判決は、「有識者からなる審議会においては、本件自治基本条例で定めることになる住民投票については、地自法及び市議会が制定する個別の案件ごとの住民投票条例に定められた手続きを経て実施されることになるとの理解に立った上で、このことを条文上明らかにした方が、理解が得られやすいとの考えのもと」「最終的に原案（案）となる最終実施条項が策定されたものと解される」とか、「条例28条1項及び4項を含む住民投票関連条項の制定過程は、むしろ（前訴控訴審判決説示の）28条1項及び4項の解釈に沿うものといえ、これに疑問を差し挟む余地はないといわねばならない」（前訴控訴審判決13頁）などという事実認定を行ったものであり、前記の市民検討会議が、個別の条例制定を介在しない住民投票の直接請求権を定めることによって、住民の意思を市政に反映させ、憲法92条に規定された住民自治を実現しようとした立法経

緯（制定過程）を踏まえることなく、むしろ、かかる立法過程（制定過程）を無視した事実認定とそれに基づく明らかに誤った法令解釈を行うものであって、甚だしい経験則・論理則を犯しているものといわざるを得ない。翻って考えるに、そもそも、「50分の1」の要件のみがクリアされた場合であっても、憲法92条に規定された住民自治の観点からすれば、議会は、住民投票条例を制定すべき努力義務があり、かつ、市長においても、できる限り住民投票を行う努力義務があることは明白である。そして、実際に、本件において、有権者の「4分の1」（実際には3分の1以上）が署名をし、住民投票の実施を請求したという事実は、住民自治ないし民主主義の観点からしても極めて重い事実であるから、本件住民投票の実施は、憲法上の価値である住民自治及び民主主義を実現する観点からすれば、むしろ、必須であるといわざるを得ない。請求の要件を「50分の1」から「4分の1」と大幅に厳しくしているにもかかわらず、依然として、住民投票実施の努力義務を課したにすぎない、などと言い放ってはばからない前訴控訴審判決の判示は、それ自体、憲法上の価値を破壊するものであって、経験則・論理則上、ありえない滅茶苦茶な解釈であるといわざるを得ない。

## ケ 結論

以上より、前訴控訴審の解釈自体が憲法に違反するものであって、また形式的な文言解釈としても、立法経緯からしても誤った違法な解釈であり、確立した最高裁判例にも違反する違法なものであって、そのような違法な解釈を前提とした被告の主張も誤りである。

### 第3 確認対象の適否-訴えの選択的（ないし予備的）追加的変更について

#### 1 訴状請求の趣旨における確認対象

訴状請求の趣旨1項は、

原告らが、平成30年12月20日直接請求された石垣市平得大俣地域への陸上自衛隊配備計画の賛否を問う住民投票において投票することができる地位にあることを確認する。

としている。

ここでの確認の対象は、

平成30年12月20日直接請求された石垣市平得大俣地域への陸上自衛隊配備計画の賛否を問う住民投票において投票することができる地位

であるところ、このような確認対象としたのは、最高裁判所大法廷平成17年9月14日民集59巻7号2087頁（在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件）において認容された確認対象を踏襲したものである。

#### 2 在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件における確認の対象

在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件において、上告人（一審原告）らは、主位的に、公職選挙法が、同上告人らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において、違法（憲法違反及び条約違反）であることの確認を求めるとともに、予備的に、同上告人らが衆議院小選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を請求している（なお、このうち、予備的請求については、控訴審において訴えの追加がなされたもののようにある）。

前掲最高裁判所判例は、これらの請求のうち、「本件の予備的確認請求に係る訴えについては、」「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を請求する趣旨のものとして適法な訴えといえることができる。」と判示し、その余の請求は、不適法であるとして却下している。

### 3 在外日本人国民審査権行使制限憲法適合性訴訟における確認の対象

東京高等裁判所令和2年6月25日判決判時2460号37頁は、日本国外に住所を有する日本国民らが、平成29年10月22日施行の最高裁判所裁判官の国民審査の際に審査権を行使することができなかつたため、在外日本人に審査権の行使を認めないことは憲法に違反すると主張して実質的当事者訴訟等を提起したものである（在外日本人国民審査権行使制限憲法適合性訴訟）。

同訴訟において、一審原告らは、主位的に、次回の最高裁判所裁判官の国民審査において審査権を行使できる地位にあることの確認を、予備的に、次回の最高裁判所裁判官の国民審査において審査権を行使させないことは違法であることの確認を請求している。

前掲東京高等裁判所判例は、これらの請求のうち、次回の最高裁判所裁判官の国民審査において審査権を行使させないことは違法であることの確認請求を認容し、その余の請求は、不適法であるとして却下している（なお、同訴訟については、上告、及び、上告受理申立てがなされているようである）。

### 4 確認対象の適否の判断の難しさ

本件と類似の投票権ないし審査権の侵害にまつわる実質的当事者訴訟に関して、前掲最高裁判所判例は、「投票することができる地位」の確認請求を認容し、違法確認請求を不適法却下した。他方、前掲東京高等裁判所判例は、違法確認請求を認容し、「審査権を行使できる地位」の確認請求を不適法却下した。これらは、確認対象の適否について真逆の判断をしているようにもみえ、確認対象の適否の判断の難しさを示しているものというべきである。これは、権利救済を求める側（本件でいえば原告ら）からすれば、確認対象の設定如何によって、請求が認容されたり、不適法却下されたりする不安定な状況に置かれていることになる。権利救済を求める側からすれば、適切と考える全ての確認対象を併合提起（訴え追加）することで最

善を尽くさざるを得ない。

一般にも、実質的当事者訴訟については、確認対象の適否については、さまざまな議論があり、最高裁判所判例を含む裁判例や学説によっても、ルール（規範）が確立しているとはいえない（春日論考83頁以下を参照されたい）。

## 5 訴えの選択的（ないし予備的）追加的変更

以上の次第であるから、原告らにおいては、確認対象の設定如何によって、請求が認容されたり、不適法却下されたりする不安定な状況を回避すべく、本件において適切と考える確認対象を検討中であり、本件において適切と考える確認対象が確定次第、それらにつき訴えの選択的（ないし予備的）追加的変更をする所存である。

以 上