

令和 2 年（行ツ）第 28 号 参議院議員選挙無効請求上告事件
上告人 鶴本 圭子 外（以下、「選挙人」又は「選挙人ら」という）
被上告人 東京都選挙管理委員会 外（以下、「国」ともいう）

準備書面(1)の【要旨】

令和 2 年 6 月 3 日

最高裁判所第二小法廷 御中

上告人（原審原告）ら訴訟代理人弁護士 升 永 英 俊

同 弁護士 久保利 英 明

同 弁護士 伊 藤 真

同 弁護士 黒 田 健 二

同 弁護士 江 口 雄 一 郎

選挙人ら準備書面(1)の【要旨】として、選挙人らは、本件裁判で最高裁判所にご判断いただきたい諸論点を、重要度を尺度として2個に絞り、下記のとおり主張する。

記

Ⅰ (本書1～5頁) (選挙人ら準備書面(1)〈以下、同書ともいう〉4～8頁)

【選挙人らの主張】：

① 【本件選挙以降の選挙の投票価値較差是正のための「国会の努力」は、施行済の本件選挙の選挙区割りの投票価値の最大較差の縮小に毫も寄与しない。

② よって、既に施行済の本件選挙の選挙区割りが違憲状態か否かの判断に当って、本件選挙以降の較差是正のための「国会の努力」を考慮すべきでない。

その結果として、本件選挙の事実関係の下で、「本件選挙 (但し、選挙人数最大格差・1対3.00) は、違憲状態又は違憲」と判断されるべきである。

以下 (本書1～5頁)、詳述する。

(1) 本件裁判の訴訟物は、【本件選挙投票日 (即ち、「**違憲判断の基準時**」) の、本件選挙の選挙区割りが、憲法の1票の投票価値の平等の要求に反することを理由とする、公職選挙法204条に基づく、令和1年7月施行参院選 (選挙区) 選挙無効請求】である。

【「違法判断の基準時」の問題】

(2) 取消訴訟の訴訟物は、当該処分の違法性である。

その違法性をどの時点で判断すべきか、が問題となる。これは、「違法判断の基準時」といわれる (塩野宏『行政法Ⅱ [第5版補訂版]』有斐閣2013年200頁参照)。

【取消訴訟における「違法判断の基準時」が、処分時であること】は、判例、

多数説である ^(注1) (塩野宏『行政法Ⅱ』〔第5版補訂版〕200～201頁、最判昭和27.1.25民集6巻1号22頁、行政判例百選Ⅱ200事例〈多賀谷一照執筆〉、最判昭和28.10.30行裁例集4巻10号2316頁、高作正博「判例評論」判例時報2265号136頁、高田敏編『新版行政法』有斐閣294頁)。

本件訴訟は、本件選挙の効力に関する訴訟である。本件選挙の違法性をどの時点で判断すべきか、が問題となる。即ち、「違法判断の基準時」の問題である。

選挙の効力に関する訴訟については、処分時説(判例、多数説)も判決時説(田中二郎東京大学教授〈当時〉、雄川一郎東京大学教授〈当時〉)も、ともに、

^(注1) 塩野宏『行政法Ⅱ』〔第5版補訂版〕200～201頁は、

「 違法判断の基準時

(1) 意義

取消訴訟の訴訟物は当該処分の違法性であるが、その違法をどの時点で判断すべきかという問題がある。すなわち、処分の時とその処分に対する取消訴訟の判決の時との間には常に時間的経過があることから、その間に事実関係の変更、法令の改廃が行われることがあり、その場合にいずれの時を基準にして違法性を判断すべきかという問題が生ずるのであって、これを**違法判断の基準時の問題**という。

(略)

(2) 判例・学説の動向

最高裁判所は原則として処分時説をとっている(最判昭和27.1.25民集6巻1号22頁、行政判例百選Ⅱ204事件、最判昭和28.10.30行裁例集4巻10号2316頁。後者は、「裁判所が行政処分を取り消すのは、行政処分が違法であることを確認してその効力を失わせるのであって、弁論終結時において、裁判所が行政庁の立場に立って、いかなる処分が正当であるかを判断するのではない」としている)。取消訴訟は行政処分の事後審査であるという基本的立場から、**処分時説を支持するのが学説の大勢**である(原田・要論397頁。行政事件訴訟法の立案関係者もこの立場に立っていると解される。参照、杉本・解説105頁以下。なお参照、南編・注釈299頁〔山内敏彦〕)。これに対して**判決時説**をとる学説もある。これは、取消訴訟の本質が行政庁の第一次判断を媒介として生じた違法状態を排除するものであるという立場(田中・行政法上巻348頁)、抗告訴訟においては行政行為の法規に対する適合の有無が判断の対象となるので、その場合の法規は判決時の法規が原則となる(雄川・行政争訟法219頁以下)とする立場である。

しかし、両説ともそれぞれ例外を認める。**判決時説**においても、訴訟の目的が**一定時期における処分の違法性の判断である場合**(選挙又は当選の効力に関する訴訟)、直接第三者の権利利益に関係のある場合(競願にかかる許可処分の取消訴訟)、処分の効果が処分時に完了する場合などは**処分時**によるものとされている。また処分時説においても、瑕疵の治癒の法理を認めるので、その限りでは処分時説が厳格に貫かれているわけではない。』(強調 引用者)

「違法判断の基準時」は、処分時としており、**この点で争いはない**(注1)(本書2頁)。

即ち、本件裁判で言えば、本件選挙の「**違法判断の基準時**」は、処分時たる本件選挙投票日である、と解される(高作正博教授「最新判例批評」判例時報2265号(判例評論680号)136頁(甲59)〈同書24~26頁参照〉)。

本件裁判の目的をここで確認すると、本裁判の目的は、【処分時(本件選挙投票日)(=「**違法判断の基準時**」)の選挙の**選挙区割りが、違法であるか否か**(即ち、憲法の要求に違反するか否か)】を判断することである。

(3)

ア 平成29年大法院判決(参)は、【平成28年7月10日施行の参院選(選挙区)の選挙区割りが、違憲状態であったか否か】の判断において、「今後における投票価値の較差の**更なる是正に向けての方向性と立法府の決意**」(以下、これらをまとめて、「**国会の努力**」ともいう)を考慮して、「同選挙の選挙区割りが違憲状態に該当しない」旨判断した。

イ 冒頭の太枠欄の中の【**選人らの主張**】(本書1頁)に記載のとおり、「**国会の努力**」は、施行済の選挙の選挙区割りの投票価値の**最大較差の縮小**に、**毫も寄与し得ない**(武田芳樹教授「0増5減の改正を経た衆議院小選挙区選出議員の選挙区割規定の合憲性」新・判例解説(法学セミナー)19号(2016)22頁(甲34)〈同書18~19頁参照〉)。けだし、「国会の努力」は、当該選挙以降の選挙区割りの是正のためになされるものであり、施行済の選挙の選挙区割りの最大較差を毫も縮小しないからである。

この命題(即ち、「**国会の努力**」は、施行済の選挙の選挙区割りの投票価値の最大較差の縮小に、毫も寄与し得ない。)」は、**何人も争い得ない、自明の命題**である。国もこの命題を争わないと推察される。

ウ 【施行済の選挙の選挙区割りが、違憲状態であったか否か】の判断に当っ

て、【既に施行済の選挙の選挙区割りの投票価値の最大較差の縮小に何らの寄与もし得ない、「国会の努力」】を考慮する判断枠組みは、**完全論理不在**の判断枠組みである。

従って、本件選挙より後の選挙の選挙区割りの投票価値較差是正のため法律の立法などの「**国会の努力**」は、本件選挙の投票日の時点（＝「違法判断の基準時」）の選挙区割りが違憲か否か（又は違法か否か）を判断に当って、考慮すべき考慮要素とは、なりようがない。

この議論も、**争う余地のない、当り前の議論**である。

- (4) 平成 29 年大法廷判決（参）は、①【投票価値の最大較差が 1 対 3.08 にまで縮小したこと】および②【平成 27 年改正法によって、「**更なる是正に向けての方向性と立法府の決意**」が示されたこと】の 2 つの事情を考慮して、平成 28 年参院選（選挙区）の選挙区割りは、違憲状態ではない旨判示した。

平成 29 年大法廷判決（参）の当該判示は、『当該選挙の投票日の時点（＝「違法判断の基準時」）での該選挙の選挙区割りが、違憲状態か否か』の判断（即ち、違法性の判断）に当って、【爾後の選挙の選挙区割りに適用され得る法律の成立の可能性】（即ち、【当該選挙の選挙区割りの投票価値の最大較差の縮小に何らの寄与もしない法律の成立の可能性】）（又は、「**更なる是正に向けての方向性と立法府の決意**」（本書で、「**国会の努力**」ともいう〈本書 3 頁〉〈同書 1、6 頁参照）を考慮して「違憲状態ではない」と判示するものである。

選挙後に実施される選挙の選挙区割りの是正（又は、「国会の努力」）は、選挙時（＝「**違法判断の基準時**」）の選挙区割りの投票価値の最大較差の縮小に何らの寄与もし得ないのであるから、冷静に考えてみれば、平成 29 年大法廷判決（参）の採用するこの判断枠組みは、法論理として成り立ちようのない、**完全論理否定**の法論理である。

平成 29 年大法院判決（参）の当該判示は、上記(3)～(4)（本書 3～5 頁）に示したとおり、法論理として、**破綻**している。

よって、選挙人らは、本件選挙の事実関係の下で、「選挙人数最大較差・1 対 3.00 たる本件選挙は、違憲状態である」と主張する。

(5) 共同通信社（2020 年 1 月 16 日配信）は、

「司法試験に合格し、新たに裁判官として採用された判事補 75 人の辞令交付式が 16 日、最高裁で開かれ、大谷直人長官が「裁判に対する非難や批判から逃げず、受け止める覚悟を持ってほしい」と訓示した。

大谷長官は一人一人に辞令を手渡した後にあいさつした。当事者双方の主張が真っ向から対立する事件では「どのような判決を書いても『不当だ』との非難は免れない」とした上で「なぜ敗訴した側の主張が採用できないか、判決の中できちんと整理して示すことが必要だ」（強調 引用者）と説いた。」

と報じた。

選挙人らは、もし仮に、本件裁判で、選挙人らが敗訴する場合は、大谷直人最高裁長官の当該訓示のとおり、判決文の中で「なぜ選挙人ら側の主張（当該【選挙人らの主張】〈同書 4～8 頁〉を含む。選挙人ら 注）が採用できないのか、判決の中できちんと整理して示」されることを求める。

II（本書 5～10 頁）

一方で、同書第 1 章 II（同書 8～98 頁）記載の各論文等執筆者（**47 人**）及び各最高裁判事（現在又は当時）（**26 人**）の**総計・73 人**（=47+26）（但し、ダブル・カウントされている 4 最高裁判事をシングル・カウントすると、**69 人**（=73-4））の意見は、本件選挙の事実関係の下で、「本件選挙（但し、選挙人数最大較差・1 対 3.00）は、違憲状態又は違憲」との意見であろうと、推察される（下記【表 2】〈本書 6 頁〉〈同書 110～113 頁〉参照）。

他方で、同書第1章Ⅲ（同書99～108頁）記載の2個の論文の執筆者（①新井誠広島大学教授、②岩間昭道千葉大学名誉教授）・**2人**は、本件選挙の事実関係の下で、「本件選挙（但し、選挙人数最大較差・1対3.00）は、違憲状態でない」との意見であろう、と推察される（同下記【表2】〈本書6頁〉参照）。

- (1) 選挙人ら準備書面(1)、Ⅱ（同書8～98頁）及びⅢ（同書99～108頁）の各意見は、下記①～④のとおり、分類される。
- ① 本件裁判に関する事実関係の下で、「本件選挙（但し、投票価値の最大較差・1対3.00）の選挙区割りは、違憲状態又は違憲」との意見であろう、と推察される論文等執筆者数は、**47人**である（下記表2^(注1)参照）（但し、二重算入〈ダブル・カウント〉されている宮崎、木内、千葉、泉の4最高裁判事を含む員数である）。
- ② 本件裁判に関する事実関係の下で、本件選挙に関する事実関係の下で、「本件選挙（但し、投票価値の最大較差・1対3.00）の選挙区割りは、違憲状態でない」との意見であろうと推察される論文筆者数は、**2人**（①新井誠、②岩間昭道）（但し、平成29、26、24年の各大法廷判決（参）の最高裁判所判例解説の掲げる全30個の論文の中の2個の論文の執筆者〈2人〉）である（下記表2^(注2)、上記【表1】（同書106～107頁）の参照）。
- ③ 本件裁判に関する事実関係の下で、「本件選挙（但し、投票価値の最大較差・1対3.00）の選挙区割りは、違憲状態又は違憲」の意見であるのか、「違憲状態でないの意見」であるのかの意見を表明していない論文執筆者数は、**6人**（③上田健介、④加藤隆佳、⑤高橋和之、⑥大竹昭裕、⑦前裕大志、⑧横山真通）（但し、同全30個の論文の中の6個の論文の執筆者〈6人〉）である（下記表2^(注3)、上記【表1】（同書106～107頁）参照）。
- ④ 本件裁判に関する事実関係の下で、「本件選挙（但し、投票価値の最大較差・1対3.00）の選挙区割りは、違憲状態又は違憲」との意見であろう、と推察されるの最高裁判事（現在および当時）は、小計・**26人**である（但し、二重算入〈ダブル・カウント〉されている宮崎、木内、千葉、泉の4最高裁判事を含む員数である）（下記【表2】^(注4)；^(注6)参照）。

(2) 下記【表2】(本書7頁)(同書110～113頁)は、上記①～④(本書6頁)の各論文等および各判決文中の意見、反対意見、法廷意見、から推察される本件選挙についての意見をまとめたものである。

【表2】

本件選挙についての意見	「違憲状態」又は「違憲」	執筆者の意見が、「違憲状態でない」、「違憲状態」、「違憲」のいずれかを記述していないし、示唆もしていない。	「違憲状態でない」
論文等執筆者	47人 ^(注1)		
① 新井誠			2人 ^(注2)
② 岩間昭道			
③ 上田健介			
④ 加藤隆佳			
⑤ 高橋和之		6人 ^(注3)	
⑥ 大竹昭裕			
⑦ 前裕大志			
⑧ 横山真通			
最高裁判事	26人 ^(注4)		
合計	73人 ^(注5) (=47+26) (但し、ダブル・カウントされている4最高裁判事をシングル・カウントすると、69人 (=73-4))	6人	2人

(注1)

- | | |
|---------------------|-----------------|
| 1. 宮崎裕子 (敬称略。以下、同じ) | Ⅱ、1 (同書9～11頁) |
| 2. 毛利透 | Ⅱ、2 (同書11～15頁) |
| 3. 尾形建 | Ⅱ、3 (同書16～17頁) |
| 4. 木内道祥 | Ⅱ、4 (同書17～18頁) |
| 5. 武田芳樹 | Ⅱ、5 (同書18～19頁) |
| 6. 東川浩二 | Ⅱ、6 (同書19～21頁) |
| 7. 斎藤一久 | Ⅱ、7 (同書21～22頁) |
| 8. 高作正博 | Ⅱ、9 (同書24～26頁) |
| 9. 工藤達朗 | Ⅱ、10 (同書27～30頁) |

10. 齊藤愛	II、11 (同書 30~32 頁)
11. 佐々木雅寿	II、12 (同書 32~33 頁)
12. 原田一明	II、13 (同書 34 頁)
13. 棟居快行	II、14 (同書 34~37 頁)
14. 山本真敬	II、15 (同書 37~38 頁)
15. 松本和彦	II、16 (同書 38~40 頁)
16. 堀口悟郎	II、17 (同書 40 頁)
17. 櫻井智幸	II、18 (同書 40~41 頁)
18. 横尾日出雄	II、19 (同書 41~42 頁)
19. 只野雅人	II、20 (同書 42~45 頁)
20. 市川正人	II、21 (同書 45~47 頁)
21. 多田一路	II、22 (同書 47~49 頁)
22. 中丸隆	II、23 (同書 49 頁)
23. 千葉勝美	II、24 (同書 49~50 頁)
24. 泉徳治	II、25 (同書 50~52 頁)
25. 渋谷秀樹	II、26 (同書 52 頁)
26. 辻村みよ子	II、27 (同書 52~53 頁)
27. 君塚正臣	II、28 (同書 53~54 頁)
28. 長尾一紘	II、29 (同書 54~55 頁)
29. 樋口陽一	II、30 (同書 55~56 頁)
30. 和田進	II、31 (同書 56~57 頁)
31. 青柳幸一	II、32 (同書 57 頁)
32. 長谷部恭男	II、33 (同書 57~58 頁)
33. 南野森	II、34 (同書 58~59 頁)
34. 中村良隆	II、35 (同書 59~62 頁)
35. 吉川和宏	II、36 (同書 62~63 頁)
36. 牧野力也	II、37 (同書 63~64 頁)
37. 榎透	II、38 (同書 64~65 頁)
38. 中川登志男	II、39 (同書 65~66 頁)
39. 今関源成	II、40 (同書 66~67 頁)
40. 小林武	II、41 (同書 67~68 頁)
41. 井上典之	II、42 (同書 68~69 頁)
42. 木下智史	II、43 (同書 69 頁)
43. 上脇博之	II、44 (同書 69~70 頁)
44. 渡辺良二	II、45 (同書 70~71 頁)
45. 岩井伸晃＝市原善行	II、46 (同書 71~72 頁)

19. 那須弘平	II、58 (同書90～91頁)
20. 滝井繁男	II、59 (同書91頁)
21. 才口千晴	II、60 (同書91～92頁)
22. 福田博	II、61 (同書92～93頁)
23. 梶谷玄	II、62 (同書93～94頁)
24. 深澤武久	II、63 (同書94～95頁)
25. 濱田邦夫	II、64 (同書95～96頁)
26. 尾崎行雄	II、65 (同書96～98頁)
(小計・26人)	

(注5)

宮崎、木内、泉、千葉の4判事は、論文等執筆者でもあるため、判事数(26人)；論文等執筆者数(47人)の双方に算入(ダブル・カウント)されている。当該4人をシングル・カウントすると、論文等執筆者、判事の総合計は、**69人**(=73人(=47人+26人)－4人)である。

以上