

別紙

一 控訴人は、次のとおり陳述した。

(一) 国会の立法行為による国家賠償請求の可否について

被控訴人は、いわゆる在宅投票制度を廃止した昭和二七年法律第三〇七号「公職選挙法の一部を改正する法律」を制定したこと（以下同法による在宅投票制度の廃止を「本件改正」という。）及びその後同制度を復活させる措置をしないこと（本件改正と合わせて「本件改正等」という。）が違憲であるとして、本件改正等による損害賠償を請求し、原判決は、国会の立法行為も国家賠償法（以下「国賠法」という。）一条一項の適用を受ける旨を格別の理由を付することなく判示しているが、国会の立法行為に基づく国家賠償請求が許容されるべきでないことは、以下に述べる理由により明らかである。

1 (1) 国賠法一条一項は、国又は公共団体がその公務員の違法な職務行為による損害について賠償の責めに任ずる旨定めているが、右は、本来違法行為を行つた公務員が負うべき損害賠償責任を国又は公共団体が代わつて負う旨、即ち、代位責任を規定したものと解するのが相当であつて、このような解釈は判例・通説が採用するところである。けだし、同条二項は、国又は公共団体に故意又は重過失があつた公務員に対する求償権を認めており、また、同条に基づく責任は、民法七一五条の使用者責任とその性格を同じくするものであると解さ

れるからである。そして、この代位責任説によれば、国の賠償責任が成立するためには、当該公務員について民法七〇九条所定の不法行為の成立要件を具備しなければならないのであつて、当該公務員について何らかの免責事由が存すれば、国も免責されることになるのである。

ところが、憲法五一条は「兩議院の議員は、議院で行つた演説、討論又は表決について、院外で責任を問はれない。」と規定しているから、国会議員は、法律案に関し賛否の表決をしたことについて、たとえそれが違法なものであつても、一切の法的な責任、即ち、刑事上及び民事上の責任を問われることはなく、従つて、これにより他人に損害を被らせた場合でも、右表決に加わつた国会議員が損害賠償責任を負うことはないわけである。

してみると、仮に、国会議員が違法行為に当たる表決を行い、他人に損害を与えたとしても、そもそも国が代位して負うべき公務員たる当該国会議員の損害賠償責任が発生しないのであるから、国が右表決による損害賠償責任を負う理由はないというべきである。

また、もし国が国会議員のこのような行為について代位責任を負うと解するとすれば、国会議員に右行為について故意又は重過失があつた場合には、国は更に当該国会議員に対して求償すべきことになるが、国会議員がこのような求償権に基づく民事上の責任を問われるべきでないことは、憲法五一条に照らして明らかであるから、この点からしても、そもそもこのような行為について国に賠償責任を負わせることは相当でないのである。

更に、憲法五一条の規定は、国会議員の国会における言論、表決等の自由を保障しようとする趣旨に出たもの

であるから、国会議員の表決等によつては国も法的責任を負うことはないとの前記解釈は、右の趣旨に適合するものといふことができる。

(2) そもそも国会は、全国民を直接代表する議員によつて構成された国権の最高機関であり、かつ、唯一の立法機関であつて、こと立法に関しては、立法するか否か、その範圍、内容、方法等を決定するにつき広範な裁量権を有するものであるから、その政策的・技術的考慮に基づく裁量が裁判所によつても最大限に尊重されるべきことは、後に(二)の2の(1)において詳論するところである。従つて、裁判所は国会の立法行為を原因とする賠償責任を安易に肯認すべきでないことはいうまでもない。まして、本件におけるように国会が特定の立法をしない不作為までも違憲・違法としてこれに基づく損害賠償請求を許容することは、正に国会固有の立法についての裁量権にまで立ち入ることになり、三権分立の原則に反する結果になることは明らかである。また、法律案は、議院に発議ないし提出されると、原則として委員会に付託され、これについて趣旨説明、質疑、討論、必要に応じて公聴会の開催、参考人の意見・証人の証言の聴取等が行われ、これに対する修正案があるときはそれも審査された上、委員会の表決に付された後、当該法律案は本會議に上程され、本會議において、委員長の報告、少数意見者の報告、質疑、討論、修正案の審査等を経て、表決に付され、更に他の議院において同様の審議を経由して表決されるという慎重な審議を尽くした結果、法律として成立するのである。従つて、このような過程を経て成立する法律の立法行為について、国会議員の過失責任を問題にする余地は全くないものといふべきである。

(3) 結局、このような国会議員の議院内で行つた表決等の行為によつて生じた結果については、専ら選挙等に

より国民からその政治的責任を問われるのみであるというほかない。

2(1) ところで、従来の判例をみると、東京高等裁判所昭和三四年四月八日判決（下級民集一〇卷四号七三頁）は、我が国が連合国の占領軍兵士による不法行為につき、日本国との平和条約一九条(a)項により国民の権利を含めて損害賠償請求権を放棄したため、このような内容を含む平和条約の締結が国賠法一条所定の違法な公権力の行使に当たるかどうかが争われた事案について、「凡そ占領軍と雖も占領地の住民の名譽、身体、財産を尊重し、侵害してはならないことは、国際法ないし国際慣例条理でもあるから、日本国が連合国軍隊に占領されていた間でも、日本国政府としては連合軍当局に対し本件のような不祥事の発生を未然に防止するため適当な方法を以て交渉要求することができ、この要求をなすこと及び自国警察職員に対しても、常に警戒態勢を以て臨むよう措置し、以て国民の生命財産を保護することは一般国民に対する義務でもあろう。しかし控訴人主張の政府の首長たる内閣総理大臣の国民に対するこの保護義務は、いわゆる政治上道義上の性格をもつに止るもので、個々の国民の権利に対応した法律上の義務ということとはできない。本件において政府が占領軍に対し如何なる方法で、如何なる程度に控訴人主張のような要求をなすべきか、また占領軍将兵の違法行為に対し如何なる態勢でこれを防止すべきか等、一般的な方針は、専ら国の外交ないし国内政治問題としてその是非が論ぜられるべき性質のもので、その可否については内閣が国会に対し政治上の責任を負うことはあれ、それ以上に被害を受けた個々の国民から不作為による法律上の義務違反として国家賠償法による不法行為上の賠償義務を追求せらるべき筋合はないといわねばならない。」と判示し、また、広島高等裁判所昭和四一年五月一日判決（訟務月報一二卷七号一〇五〇頁）は、我が政府が右平和条約により国民の損害賠償請求権を放棄した

にもかかわらず被害国民に対する救済手段を立法により講じないことが違法であるとして国家賠償を請求した事案について、「立法行為も公権力の行使と認められるにしても、その不作為は政治上の責任を生ずるにとどまり、個々の国民の権利に対応した法的作為義務の違反となるものではないから、これをもつて国家賠償法による損害賠償義務の根拠とすることはできない。」と判示している。これらは、内閣或いは国会に広範な裁量権が与えられている条約の締結、立法等の可否は、すべて政治上の責任の問題を生じ得るにすぎず、国家賠償請求の原因とはなり得ないことを明らかにしたものである。

(2) また、学説上も、立法行為による不法行為は、観念的には認め得るとしても、国会制定法の場合、違憲立法についての国会議員の故意・過失を問題とすることは、裁判所の権能外のことであり（今村成和「国の不法行為責任」（公法研究一一号六〇頁、七六頁）、特に代位責任説に立つ場合、理論的にも實際的にも不可能であるといわれている（今村成和「国家補償法」一〇二頁注（一）、雄川一郎「日本の国家責任法（下）」ジュリスト三〇五号二八頁）。

3 以上の次第で、国会の立法行為が損害賠償の対象となり得ないものであることは明らかといふべきである。

(二) 本件改正等に関する違憲審査の判断基準について

仮に、国会の立法行為による国家賠償請求が許容されるとしても、本件改正等が憲法四四条、一四条一項、一五条一項、三項に違反する旨の被控訴人の主張及びほぼ同旨の原判決は、以下の理由により失当である。

1 「より制限的でない他の選び得る手段」の基準について

原判決は、本件改正が違憲であるか否かを判断するについて、「同じ立法目的を達成できるより制限的でない他の選ぶる手段」の基準によるべきである旨を判示した。しかし、本件改正等の違憲性を審査するについての判断基準として右の基準を用いることが当を得ないことは、以下の理由により明らかというべきである。

(1) 右判示は、いわゆる「より制限的でない他の選び得る手段」(“Less Restrictive Alternatives”)という基準(以下「LRAの基準」という。)を採用したものと思考されるが、このLRAの基準は、アメリカ連邦最高裁判所の判例において、個人の基本的人権を制限する法律の違憲性について判断する基準としてしばしば用いられてきた原則である。そして、この基準は、当初は経済的自由(財産権の不可侵と契約の自由)の制限に関して用いられ、経済的自由を制限する法律について、その制限が「必要最小限度」のものであることを要し、「より制限的でない他の選び得る手段」がある場合には、その法律は違憲であるとされたのである。しかし、一九三〇年代後半には、アメリカ連邦最高裁判所は、経済的自由を制限する法律の合憲性について、立法府の判断を尊重し、その制定した法律をたやすくは違憲としないという態度を採るようになるとともに、経済的自由を制限する法律との関係においては、LRAの基準を用いなくなり、その後は、LRAの基準は専ら個人の基本的自由を制限する法律の違憲性を判断する基準として用いられるようになったとされている。

のみならず、アメリカの連邦最高裁判所の判例は、個人の自由を制限する法律の違憲性を判断するについて、すべてLRAの基準に立っているわけではないのである。即ち、連邦最高裁判所は、連邦政府職員に対して政治的事項又は政治的運動への積極的な関係を一切禁止するハッチ法九条a項の違憲性が争われた事案につき、「政府職員と私企業の従業員との間にどのような差異があろうとも、それらは、憲法上の権限の審査に関

する限り細目における差異である。そのような差異があるかどうか、またそれらの差異に対していかなる比重を置くかは、すべて議会にゆだねられた細目の事項である。当裁判所は、連邦職員の人数が増大するであろうか、減少するであろうか知らないし、また連邦職員の政治的活動規制の必要性が増大するであろうか、はたまた縮小するであろうかも知らない。規制する憲法上の権限の行使は、裁判所ではなく議会にゆだねられている。仮に、当該規制が足かせを除かれ自由にされた政治的行為をある程度まで侵害するとしても、議会は政府職員の政治的行為を合理的な制限の範囲内で規制し得るものと、当裁判所は述べてきた。政府職員の政治的活動が規制されるべき程度を決定する権限は、第一次的に議会にある。裁判所は当該規制が政治的権限の一般概念を逸脱するとき限り干渉するであろう。」(United Public Workers v. Mitchell, 330 U. S. 75, 102 [1947])と判示しているが、これはむしろ後記2において述べる「合理性」の基準を採っているものとみるこ
とができるであろう。そして、右のミツチエル事件の判例理論は、その後も、同種の事案であるレターキャリアーズ事件についての同裁判所の判決 (United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, 413 U. S. 548 [1973]) によつて再確認されているのである。従つて、アメリカ合衆国においても、精神的自由の規制立法についてはその違憲性の判断基準として専らLRAの基準が用いられている
ということとはできない。

また、LRAの基準を適用したとされているアメリカ連邦最高裁判所の判例の具体的事案を見ると、ロベル事件の判決 (Lovell v. City of Griffin, 303 U. S. 444 [1938]) は、いかなる場所、時間及び方法において配付する場合でも、回状、便覧、広告その他いかなる種類の文書であれ、配付前に市当局から許可を受けなければ

ばならない、という一般的な禁止を定めていたグリフィン市条例が連邦憲法修正一四条に反するものとして、当該条文自体を無効と判示し、タリー事件の判決 (Talley v. California, 362 U. S. 60 [1960]) は、ビラを準備し配付し又は広告した者の住所、氏名が表示されていないビラをいかなる場所、状況においても配付することを禁止したロサンゼルス市条例が連邦憲法修正一四条に反するものとして、当該条文自体を無効と判示し、シェルトン事件の判決 (Shelton v. Tucker, 364 U. S. 479 [1960]) は、州立小学校教師の雇用条件として、毎年、それ以前五年間会員であり、又は会費を支払い、若しくは定期的にきよ金したことがあるすべての団体をリストした宣誓供述書を一年の任期終了ごとに提出すべきことを定めたアーカンソー州の法律が連邦憲法修正一四条に反し、無効と判示している。要するに、これらの判例からみれば、連邦最高裁判所は、表現の自由を規制する立法であるという理由から直ちに LRA の基準を適用して違憲の判断を導き出しているものとは考えられず、むしろ、規制自体が対象において一見して明らかに広範に過ぎ、方法においても違反者に対し刑事罰を科していることから、立法目的を等しく達するために他により適切な選び得る手段が明白に推定し得る場合に限定して、この基準を適用しているものと理解すべきである。

更に、アメリカの憲法判例上、LRA の基準が適用されているのは、既に述べたように、言論、信教、結社、旅行の自由などの基本的な個人の自由を侵害する公権的規制に限定されているといわれている。これは、このような自由権が、後記(三)の(1)において述べるように他の憲法上の権利と異なる地位、性格を有することに基づくものであつて、それ以外の権利に右基準を適用すべき根拠はないと解されるからである。

(2) ところで、法令の違憲審査において、LRA の基準は、以下に述べるように有効、適切な基準ということ

はできず、本件改正等の違憲性の判断についてこれを用いるのは相当でない。

まず、L R Aの基準により違憲判断をするに当たつては、同一法目的を達成するために他にどのような手段が存在するかを探究する必要があるばかりでなく、数個の選択し得る手段が存することが判明した場合でも、更に、それぞれの手段が法目的の達成に役立つ能率性、当該手段を採用ことに伴い要する経費、その他当該手段の採用による社会的影響及びそれが自由に対して及ぼすべき抑圧的效果の程度等を勘案して、当該規制よりもより人権の保障の上で優れた規制方法が他に存在するかどうかを判断しなければならないことになるのである。しかし、このような調査、探求をし、これを的確に判断することは、裁判官自身専門性を備えているとは限らず、もともと政策的判断には適しない上、専門家たる補助職員を十分にもたない裁判所の組織、機構からして容易になし得るところではない。

また、仮に裁判所において、ある立法目的を等しく達成することができると同時に人権に対し「より制限的でない他の選り得る手段」を調査、探究することができたとしても、立法府がこの手段を採用していないのに、裁判所がそのような他の手段が存することを理由に当該立法による規制を違憲であると判断し得るとすれば、それは裁判所が立法府に代わつて、自ら実質的に立法作用を行うに等しく、立法府にゆだねられた立法権を侵害する結果となり、三権分立の原則にもとることになりかねないのである。

(3) ところで、アメリカ憲法判例上、L R Aの基準の適用が言論、信教、結社、旅行の自由などの基本的な個人の自由を侵害する公権的規制に限定されていることは、前述のとおりである。

しかし、本件改正は、投票の方法について、従来存していた在宅投票制度を廃止したものであるが、本件改正

等は、何人の有する選挙権の内容にも消長を来したり、その行使に制限を付したりするものではなく、ただ一定の選挙権を有する者に認められていた便宜的、例外的な特別措置を廃止し、それらの者についても一般の選挙権を有する者と同様の扱いにしたというにすぎない。したがって、被控訴人は本件改正によつて選挙権を使用するにつき何ら法律上の規制を受けたものではないから、本件改正等についてはそもそもLRAの基準を適用すべき前提が欠如しているのである。

(4) そもそもLRAの基準は、アメリカ憲法判例上採られてきた違憲性の判断基準の一つであるが、政治的、社会的基盤の全く異質な我が国において、法律の違憲性を判断するに際し、かかる基準をそのまま持ち込んできて、これによらなければならぬといわれはない。いわゆる猿払事件に関する最高裁判所昭和四九年一月六日大法院判決（民集二八卷九号三九三頁）は、「各国の憲法の規定に共通するところがあるとしても、それぞれの国の歴史的経験と伝統はまちまちであり、国民の権利意識や自由感覚にもまた差異があるのであつて、基本的人權に対して加えられる規制の合理性についての判断基準は、およそ、その国の社会的基盤を離れて成り立つものではないのである。」と述べ、社会的諸条件を無視してLRAの基準その他外国の立法例等を「そのままわが国にあてはめることは、決して正しい憲法判例の態度ということとはできない。」と戒めている。我が国において違憲審査を行うに当たり、最高裁判所が採つてきた後記2の「合理性」の基準をこの際放棄してまでも、アメリカ連邦最高裁判所がある種の事案について採つてきた判断基準たるLRAの基準によらなければならない根拠を見出すことは、極めて困難というべきである。

(5) 以上の次第で、裁判所において本件改正等が違憲であるかどうかを審査するに際し、LRAの基準を採用

することは、全く当を得ないものというほかはない。

(6) なお、原判決は、本件改正にLR Aの基準を適用するに当たり、在宅投票制度に伴う「弊害の是正という立法目的を達成するために在宅投票制度全体を廃止するのではなく、より制限的でない他の手段が利用できなかったとの事情について、被告の主張・立証はない」から、本件改正は前記立法目的達成の手段としてその裁量の限度を超え憲法一五条等に違反する旨判示する。

しかし、右判示は、控訴人に対し法改正が違憲でないことについて主張・立証責任を負担させることに帰するのであるが、そもそも法律には合憲性推定の原則があるのであるから、むしろこれを違憲であると主張する者（本件では被控訴人）が明白な反証を挙げてこの推定を破らなければならないのであつて、これとは逆に合憲性を主張する控訴人にこの点の主張・立証責任を負わせた原判決は、LR Aの基準の適用の上で重ねて誤りを犯したものである。この点からも失当といわなければならない。

2 合理性の基準について

(1) ところで、憲法四七条は、「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と規定して、選挙の具体的実施方法等については法律の定めに従任している。ただし、選挙の具体的方法については、性質上、技術的考慮を要すること等の理由から、憲法は、これを立法院の裁量にゆだねたのである。従つて、立法院の右の選挙方法等に関する立法の結果、選挙権を有する国民が実際に選挙権を行使するにつき、何らかの制限を受ける結果になつた場合に、当該立法が違憲であるか否かを判断すべき基準としては、その制限が明らかに合理性を欠き、立法院がその裁量権の範囲を逸脱したと認められる場合に限りこれ

を違憲とするという、いわゆる「合理性」の基準によるべきである。ちなみに、以上の原則を原判決は「明白の原則」と呼んでいる。

思うに、国会は、主権者たる国民によつて直接選挙された議員により構成された国権の最高機関であるとともに、国の唯一の立法機関である。従つて、このような国会が定めた法律に対しては、選挙民に責任を負つていない裁判所としては、違憲審査権の行使において極めて慎重でなければならず、軽率に違憲と断定すべきでないことはいふまでもない。

そして、選挙の実施方法の問題は、技術的に複雑な要素が微妙に関連する選挙につきその円滑な運営を確保する上での要請と、一方において選挙の自由・公正を害してはならないという要請とを比較考量するなどして、価値選択の上政策決定すべき問題であつて、何が便宜であり、何が適切であるかに関する裁量事項であるから、正しく政策決定を行うことをその本来の使命とする立法府たる国会において決定するのが最も適切である。しかも、このような立法を行うに当たつては、国会は立法を基礎付ける事実状態を調査した上、いかなる実施方法が最も現実的に適切・妥当な方法であるかを探究して立法をすべきものであるが、裁判所は、前記(一)の(2)において述べたように、その調査能力において国会に著しく劣るものである。また、立法府は社会状態の変化に対応して時宜にかなうよう自由に立法を訂正し得るのに対し、裁判所の判断は論理判断であるため性質上当然に硬直なものにならざるを得ず、立法のように容易に改めることが困難である。その上、いつたん違憲判決が下された場合には、立法府は当該判決における公権的解釈に事実上拘束され、社会状態の変化に即応して修正することが實際上不可能な事態に立ち至るのである。従つて、裁判所は、このような問題を決定するに

ついで適切な機関ということとはできない。

また、アメリカにおける違憲立法審査の在り方についていわゆる司法消極主義の基礎理論を樹立したといわれる J・セイヤーの次のような論述は、右の合理性の基準のよつて立つ基盤を理解する上で有益である。

「単に正当かつ正確な解釈によれば法律は違憲であると結論されるという理由だけで、裁判所は当然のこととして法律を無視することはできない。……裁判所は、法律を作る権限をもつ者が、単に誤りを犯したただけでなく、極めて明白な—合理的に疑問の余地のないほど明白な—誤りを犯したときにだけ、法律を無視し得るにすぎない。これが裁判所の「法律審査の際の」基準である。……このルールは、大きくて複雑な、常に広がる政治の要請を顧慮して、一人の人又は一団の人にとつて違憲と思われる多くのものが、他の人には合理的にそう思われな可能性があること、憲法はしばしば異なる解釈を認めること、しばしば選択と判断には一定の幅が存在すること、そのような場合に憲法は議会に何か一つの特殊な意見を課するのではなく、右の選択の幅を開かれた状態にして残していること、そして、選択が合理的であるものは何でも合憲であることを認めるのである。」(J. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7

Harvard Law Review 129, 144)

議会の行為がその権限内かどうかは裁判官によつて決定されなければならないが、「そのような場合に、裁判上の問題は第二次的な問題であることが常に記憶されるべきである。議会は、何を実行するか、何が実行するのに合理的であるかを決定する際、裁判官とその職務を分かちわけではないし、何が慎重な立法又は合理的な立法であるかについての裁判官の観念に従わなければならないわけではない。司法機能は、ただ、合理的な立

法行為の外側の境界、すなわち課税権、公用収用権、警察権及び立法権一般が、憲法の禁止を犯したり、又は憲法の授權した線を踏み越えたりすることなしには行くことのできない限界を定めることである。」(Thayer, supra 148)

「裁判所が単にある文章の真の意味を確かめたり適用したりするためにそれを解釈しようとする場合には、なるほど許される意味はただ一つしかない。すなわち、裁判所は何がその真の意味かを判定する。しかし、このことは、究極の問題が右のような問題ではなく、他の部門、職員又は個人の一定の行為が合法的であるかどうか、また許されるかどうか、という問題である場合には、当たらない。我々が検討してきた種類の事件においては、究極の問題は何か憲法の意味であるかではなく、立法を支持することができるか否かなのである。……裁判官にとつての問題は、単に賛否の理由のうちいずれが重さにおいて勝るかの問題ではなく、何が極めて明白——つまり合理的な疑いをいれないほど明白——であるかの問題である。このことを裁判官が絶えず宣言することとは、実に、法律の合憲性を支持する彼らの判決が、いうまでもないことながら、憲法の真の解釈に関する彼ら自身の意見を意味するものではないこと、そして、彼らがある法律を合憲と判定したときには、その判決文の厳格な意味はただ次の点、すなわち合理的な疑いをいれないほど違憲ではないという点にあることを確実に示すものである。」(Thayer, supra 150-151)

以上詳述した理由からすれば、裁判所は、この種の違憲立法審査権を行使するに当たつては、選挙権の行使に付される制限の程度等について、国会の技術的、政策的配慮に基づく裁量的判断を尊重し、それが著しく不合理な場合に限りはじめてこれに干渉すべきものと解されるのである。

(2) そして、我が最高裁判所も、国民の憲法上の権利を制限するにつきこの「合理性」の基準に依拠しているのである。即ち、先ず、最高裁判所昭和四〇年七月一四日大法院判決（民集一九卷五号一一九八頁）は、地方公務員法五二条一項の合憲性が争われた事案について、「憲法二八条の保障する勤労者の団結権等は、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とし、みだりに制限することを許さないものであるが、絶対無制限のものではなく、公共の福祉のために制限を受けるのはやむを得ないこと、当裁判所の屢次の判決の示すところである（昭和二八年四月八日大法院判決、刑集七卷四号七七五頁、昭和二五年一月一五日大法院判決、刑集四卷一一号二二五七頁参照）。そして、右の制限の程度は、勤労者の団結権等を尊重すべき必要と公共の福祉を確保する必要とを比較考量し、両者が適正な均衡を保つことを目的として決定されるべきであるが、このような目的の下に立法がなされる場合において、具体的に制限の程度を決定することは立法府の裁量権に属するものというべく、その制限の程度がいちじるしく右の適正な均衡を破り、明らかに不合理であつて、立法府がその裁量権の範囲を逸脱したと認められるものでないかぎり、その判断は、合憲、適法なものと解するのが相当である。」と判示し、また、最高裁判所昭和四七年一月二二日大法院判決（刑集二六卷九号五八六頁）は、小売商業調整特別措置法三条一項、同法施行令一条、二条の所定の小売市場の許可規制の合憲性について、同趣旨の判示をしている。更に、最高裁判所昭和四九年四月二五日第一小法院判決（判例時報七三七号三頁）は、参議院地方区選出議員の各選挙区に対する議員数の配分が不均衡であり、かかる不均衡な状態でなされた参議院議員選挙は憲法一四条一項に違反し無効であるか否かが争われた事案について、「参議院地方選出議員の各選挙区に対する議員数の配分は、選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別、そうで

ない限り、立法府である国会の権限に属する立法政策の問題であつて、それが選挙人の人口に比例しないという一事だけで、憲法一四条一項に反し無効であると断ずることができないことは、当裁判所大法廷判決（昭和三八年（拘）第四二二号同三九年二月五日判決・民集一八巻二号二七〇頁）の判示するとおりであり、現行の公職選挙法別表第二が選挙人の人口数に比例して改訂されないため、所論のような不均衡を生ずるに至つたとしても、その程度ではいまだ右の極端な不平等には当たらず、したがつて、立法政策の当否の問題に止まり、違憲問題を生ずるとまで認められない」と判示し、本件と同じ国会議員の選挙に関する事項について極端な不平等を生じさせるような場合を除き、立法府の立法政策の問題であるとしている点で、前記の合理性の基準と軌を一にする見解を採用することを明らかにしている。また、前掲の最高裁判所昭和四九年一月六日大法廷判決（いわゆる猿払事件の判決）も、国家公務員法一〇二条一項及び同項の委任に基づく人事院規則一四一七の合憲性について、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない。」と述べ、前記法規の合憲性の判断基準として一種の「合理性」の基準を採用すべきことを示している。

(3) ところで、原判決は、選挙権について、「司法審査の及ぶ範囲を……極めて限定的に解するに至るならば、選挙権の行使を不当に制約する疑いのある立法がなされた場合に、その復元について選挙に訴えることそのものが制約され、民主政の過程にこれを期待すること自体不可能とならざるを得ない」と述べて、明白の原則すなわち合理性の基準を採用し難いと判示する。

右の判示は一見もつともらしく聞こえるけれども、かかる論法をもつてすれば、選挙に訴えること以外に復元

する手段のない法改正は、たとえその法改正が憲法上許容され立法政策としても望ましく、立法裁量の範囲内のものであつてもすべて司法審査に服することになるが、これは、我々の法常識に著しく反するのみならず、立法に対し裁判所が余りにも立ち入りすぎることを意味するものである。しかも、前記(一)で述べたように本件改正は何人に対しても選挙権行使につき法律上制約ないし規制を加えたものではなく、また、実際上も後記(三)の(2)で述べるように在宅投票以外の方法によつて選挙権を行使することも可能であるから、選挙に訴える以外に復元の手段はないとの右判示は、この点においても誤つてゐる。

(4) それゆゑ、本件改正等が違憲であるか否かを審査するに当たつては、右にみたような「合理性」の基準によるべきものといわなければならない。

3 合理性の基準の適用について

既に前記(一)で述べたごとく、被控訴人は本件改正等によつて選挙権を行使するにつき何ら法律上の規制を受けたものではないから、本件改正等が違憲と判断される余地はないのであるが、仮に、本件改正等が被控訴人の有する選挙権の行使を制限するものと解されるとしても、右の「合理性」の基準によつて判断するとき、本件改正等は合憲といふべきである。その理由は、以下に述べるとおりである。

(1) 日本国憲法上国民に保障されている基本的人權には種々のものがあり、講学上、自由権、参政権、受益請求権、社会権等に分類されている。そして、自由権は、憲法上、国民の利益を保障するためある種の国法の定立が禁止される関係（消極的な受益関係）に立つ場合の国民の地位であり、参政権とは、国民が国法の定立その他の国家活動に参加する関係（能動的な関係）に立つ場合の国民の地位とされている。したがつて、言論の

自由、信教の自由等の自由権は、国家が存立する以前から人民が有していた、いわば天賦の人権であり、前国家的権利であるのに対し、参政権は、国家の存立を前提として認められ、かつ、国家の規律を本来予想している権利であるから、参政権の行使方法については、各国の歴史的、社会的諸条件により規制されるところが決して小さくない。従つて、権利の行使に対して加え得る規制については、参政権の行使方法についての規制の場合には、自由権についての規制の場合よりも立法府にゆだねられた裁量の範囲が広くあつてしかるべきである。

(2) 本件改正前には在宅投票制度が認められていたのであるが、既に控訴人が原審において指摘したように、その在宅投票の方法は、投票の記載が選挙管理委員会の管理が行われていない家庭内等で行われるため、投票の秘密保護が著しく害されるほか、選挙人以外の者が不正に選挙人に代わつて投票用紙を入手して投票するなど選挙の自由・公正を期し難いという弊害を本質的に含んでいた。現に、昭和二六年四月に施行された統一地方選挙では、在宅投票制度に関連して数多の法律違反の投票が行われた。そして、これらの違法な投票により、個々の当選者の当選取消事例にとどまらず、選挙全体が無効とされた事例が相当数続出し、その影響するところは極めて重大であつた。

そもそも、投票の秘密保護は、選挙人が自由な意思で投票することができるようにするために絶対に必要な制度であることは、諸国の永年の経験の示すところであつて、秘密選挙制は、普通・平等・直接選挙制と並んで議会議員の選挙についての近代選挙法の基本原理であるとされており、憲法一五条四項も「すべて選挙における投票の秘密は、これを侵してはならない。選挙人は、その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない。」

として秘密投票制度を保障している。そして、これを受けて公職選挙法は、投票の秘密を確保する方法として、無記名投票（四六条二項）を規定するほか、投票用紙公給主義（四五条、六八条一号）、投票記載場所の施設規制（三九条、公職選挙法施行令三二条）、混合開票主義（六六条二項）、投票の秘密侵害に対する罰則（二六条二項、二二七条）など多数の規定を設けているのである。

それゆえ、秘密投票の確実な履行の保障は、選挙が自由、公正に行われるための基本的な前提条件であることは、前記の諸規定からしても明らかであり、それは選挙権の行使の保障に劣らず重要なものといえる。そして、本件改正は、このように秘密投票制度を保護するとともに、選挙人以外の者が不正投票をする弊害を防止し、もつて選挙の自由・公正を図るために已むを得ず行われたものであるから、本件改正の目的は合理的なものとして是認されるべきである。

また、本件改正によつて、従来在宅投票制度の恩恵に浴していた身体障害者らは自宅において投票する便宜を喪失したのであるが、都道府県の選挙管理委員会が指定する病院、老人ホーム、身体障害者更生援護施設、保護施設、国立保養所等に起居している者に対しては一定の場所における不在者投票を認めることなどにより、これらの者に対し投票を行うについての便益を供与するよう配慮されている。更には、これら施設に入所していない者も、車椅子、担架、自動車等の手段を利用し、あるいは補助者を介して投票所に自ら赴いて投票するみちは残されているのであつて、選挙権ないしその行使の機会を奪われたわけでなく、我が国の現在の社会的条件に照らして、本件改正等は合理的制限の程度を著しく超えたものとはいえないのである。

(3) 以上に見たとおり、本件改正等は、合理性を欠き、立法府が選挙の実施方法を立法により定めるべくゆ

だねられた裁量権を著しく逸脱したものと到底いえないから、何ら憲法に抵触するものではない。

（三）法の下の平等の原則について

被控訴人は、憲法一四一条一項及び四四一条の保障する平等は国民の各々の置かれた状況に応じて異なる取扱いが必要とされる実質的・機能的平等であつて、投票所に行くことが不可能ないし困難な者については、その身体的状況を考慮した投票方法を定めることを要請するものであるところ、衆参両議院の議員がかかる趣旨にのつとつたいわゆる在宅投票制度を廃止する昭和二七年法律第三〇七号を制定したこと及びその後右制度を復活させる措置をとらなかつたことは、憲法一四一条一項及び四四一条に違反する旨を主張し、原判決も右と同様の見解の下に、本件改正が被控訴人のような身体障害者の投票を事実上不可能又は著しく困難とするものであり、かつ、これを已むを得ないとする合理的理由もないとの理由に基づき、本件改正は憲法の右各条規等に違反する旨判断している。

しかしながら、被控訴人の右主張及び原判決の右判断が理由がないことは、以下に述べるとおりである。

1 平等原則の形式性

（1）近代憲法における平等主義の原則は、人間生来の平等を措定する近代の合理主義的自然法思想、神の前の平等を説く宗教的思想、身分的要素を脱落させ抽象的人格を措定した近代法の性格、平等価値を実現しようとする近代的政治原理としての民主主義の理念等の近代的諸要因の下に、アメリカ・フランス等を始めとする近代国家の憲法の中に規定されるに至つたものであつて、前近代的な差別的法制度を撤廃し、法的取扱いにおける一切の非合理的差別を禁止する趣旨に出たものであることはいふまでもない。しかし、右に述べた近代民主

政治の理念としては、平等の觀念と相並んで自由の觀念が存するのであつて、かかる自由と結びついた近代民主政治の理念としての平等は、實質的な平等ではなく、形式的な平等にとどまらざるを得ないのである。ただし、『法の前の平等』を育成したものは、各個人の生活条件を平等にし、各個人を自由な人格とするも、實質的不平等に手をふれないという平等の觀念にほかならなかつた。」（伊藤正己・「法の前の平等」・法の支配一七六頁）からである。

(2) 憲法一四条一項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人格、信條、性別、社会的身分又は門地により、政治的、經濟的又は社会的關係において、差別されない。」と規定して、国民が法の与える利益の面においても、また、法が課する不利益の面においても、均等の取扱いを受けるべき旨を定めているのであるが、右規定は「差別されない」という消極的文言を用いており、また、我が国が自由主義を基調とする民主政治体制を採っている以上、前記(1)の近代憲法について見たのと同じく、国民のあらゆる生活面での均等化ということは国政の指導目標とされていないのである。従つて、右規定は、国民に対し現実の不平等を是正して實質的平等を実現するよう国家に要求し得ることまで保障したのではなく、消極的に国家による不平等取扱いを禁止するという形式的な平等を保障するにとどまるものと解すべきである（伊藤・前掲一七六、一九一頁、法学協會・註解日本國憲法上卷三五二頁、田上穰治・憲法要說七二頁、小林直樹・憲法講義（改訂版）上三〇六頁、芦部信喜・「法の下への平等」法律學演習講座憲法一〇二頁、有倉遼吉・憲法感覺と憲法解釈一一七頁、中村哲・日本國憲法の構造一七八頁等参照）。そして、憲法四四條ただし書の規定についても、この点において右と別異に解すべき理由はない。

(3) 次に、従来の判例を見ると、この点について直接判断を示したものは見当たらないが、最高裁判所は、臨時物資需給調整法四条が罰金刑を定め、刑法一八条が罰金を完納することができない者に対する労役場留置の換刑処分を定めていることは、財産の有無により実質上の懲役刑を科せられるか否かを決めることになるし、罰金刑自体財産を有する者とこれを有しない者に対して与える苦痛が異なるから、憲法一四条に違反すると主張して上告した事件について、「憲法一四条の規定する平等の原則は、……法的平等の原則を示しているのであるが各人には経済的、社会的その他種々な事実的差異が現存するものであるから、一般法規の制定又はその適用においてその事実的差異から生ずる不均等があることは免れ難い」とし、結局「罰金刑が受刑者の貧富の程度如何によつてその受刑者に与える苦痛に差異があることは貧富という各人の事実的差異から生ずる必然的な差異であり刑罰法規の制定による社会秩序維持という大局からみて已むを得ない差異である」旨判示し、憲法一四条一項が形式的な平等の保障にとどまり、事実上の不平等を是正するものでないことを明らかにした（昭和二五年六月七日大法院判決、刑集四卷六号九五六頁）。また、同裁判所は、民訴法三九八条、民訴規則五〇条が上告理由書提出期間につき到達主義によることとしている点が平等原則に反するか否かが争われた事案について、「民訴三九八条同規則五〇条による上告理由書提出期間は、当事者のすべてに、等しく上告受理通知書の送達を受けた日から五十日と定められておつて、人によつて利益不利益の差別を設けているのではない。論旨の主張する裁判所への遠近の差異とこれによつて生ずる当事者の利益不利益とは、たまたま当該当事者の置かれる地理的条件からくる単なる個人的事情に過ぎない。されば民訴規則五〇条の定める上告理由書提出期間の計算が到達主義によるものであるからといつて、これをもつて憲法の所論条規に違反するものといえ

ない」(昭和三四年七月八日大法院決定・民集一三卷七号九五頁)として、形式的平等の観点から、事実上の差異を考慮することなく、右規定を平等原則違反でないと判断している。

(4) ところで、更に、我が国の憲法体制の下において憲法一四条及び四四条がいわゆる実質的平等を保障するものであると解するとすれば、被控訴人の主張するように異なる社会的状況に置かれている者については国がその状況に応じて異なる取扱いをしなければならないことになるのであるが、このような解釈をとり得るかどうかについて、若干の具体的事例に即して検討することによりその具体的意味を明らかにすることにする。

まず、国民の教育を受ける権利に関して、国は、能力の等しい者に対し完全に等しい教育の機会を与えるべく、各人の個別的事情の差異に対応する財政的その他社会的条件を整備することが現実に可能であろうか。また、仮にそれが可能であるとしても、そうしないと憲法の平等原則に反することになるというべきであろうか。また、仮に、公務員の定年退職制を採用するとすれば、その場合には画一的な年令による定年を定めることは平等原則上許されず、労働能力とか家族の要扶養状況その他もろもろの個人的差異に対応した規定を設けなければならないことになるのであろうか。更に、選挙権に限定してみても、例えば、設置し得る投票所の数には限度がある以上、選挙権を有する者の間に投票所の遠近による利益・不利益の差異が生ずることは不可避であるが、この不均等についても何らかの形で補う措置(例えば、必要な交通費の補償、日当の支給等)をとらなければ違憲になるのであろうか。また、選挙人中の経済的窮迫者に対しては投票に要する時間において失うべき労働賃金その他の逸失利益の補償をしなければならず、選挙当日病氣中の者に対しては自動車や介助者の便あるいは医療等を提供しなければ、いずれも平等原則違反になるのであろうか。

公務員を選挙する権利は、同じく民主主義を支える権利であつても、他の古典的な生まれながらにして奪われることのない自由権とはその本質において差異があり、自己の属する国家、社会における政治への積極的参加という個人の自発性がより強調され、重視されるべき性質のものとされている（久保田きぬ子・「最新判例批評六二六」判例時報四八六号一四九頁参照）。ことに照らして考えると、右に掲げたような設問について肯定の結論を出すこと、すなわち選挙権行使について実質的平等保障の原則が貫徹されなければならないとすることがいかに非現実的であるのみならず、選挙権の本質にもそわないものであるかが明らかになる。もちろん以上に掲げた設例は、被控訴人の主張する場合と全く同じとはいえないにしても、しよせんは程度の差にすぎないのである。人の政治的、経済的及び社会的諸条件における差異はほとんど無限といえるから、仮にそのうち重要なものに限るにしても、すべてこれらに対応して実質的に平等な取扱いをすることは、自由主義を基調とする日本国憲法の下においては、不可能であるとともに不当というほかない。むしろ、このような実質的平等は、ある程度憲法上の社会権の保障その他の規定によつて実現されることが予定されているものと考えべきであり、これはもはや憲法一四条、四四条の規定の妥当する範囲外の問題というべきである。

2 平等原則の相対性と立法裁量

(1) ところで、既に前記1において見たように、人は本質上相互に平等であり、その限りにおいて法的平等の取扱いを要求し得るのであるが、具体的な人間は事実上多くの差異を有するのであるから、このような差異を前提とせざるを得ない場合があり、それに相応した法的取扱い（相対的平等）が必要とされることがあるのである。従つて、かかる差異に基づく合理的な法的差別は平等原則に反しないものと解され、このような見解

(相對的平等説といわれる。)は、通説、判例であるとされている(伊藤正己・「法の下の平等」公法研究一八号一八頁、阿部照哉・「平等原則の適用」法学論叢六三卷二号七八頁参照)。

(2) しかし、判例の立場は、例えば「憲法一四條は法の下の平等の原則を定めているが、各人には經濟的・社會的その他種々の事實關係上の差異が存するものであるから、法規の制定またはその適用の面において、右のような事實關係上の差異から生ずる不均等が各人の間にあることは免れ難いところであり、その不均等が一般社會觀念上合理的な根拠に基づき必要と認められるものである場合には、これをもつて憲法一四條の法の下の平等の原則に反するものといえない」(最高裁昭和三九年二月一日大法院判決・刑集一八卷九号五七九頁)という判示に代表されるように、事實上の差異に応じた法的取扱いの要求といつても、かかる差異に基づく合理的な差別は平等原則によつて禁止されることはないという消極的な趣旨にとどまるのであつて、その域を超えて、国はこのような合理的差別を積極的に行うべき義務があり、かかる差別をしないことが平等原則に反するということまでは意味しないのである。そして法の下の平等の保障が右の後者のような積極的な意味まで含むことを肯定した判例はなく、かえつて、既に實質的平等の保障に関して指摘したとおり、このような平等の積極的保障の必要性は判例上否定されているのであつて、それが理論的にも正当であることは既に前記1において明らかにしたとおりである。

(3) してみると、結局、憲法一四條一項の規定は、国は國民を法律上形式的に平等に取り扱うべきであるが、当該國民の間に實質的な差異がある場合にはこれに対応する合理的取扱ひをすることを妨げないとの趣旨に解すべきであつて、後者の實質的差異による合理的差別取扱ひをするか否か、又はどの程度これを行うかは、直

接憲法一四條、四四條の規定の関知するところではなく、右の合理性の存する限り、政治的、経済的又は社会的関係における立法政策の問題に属するものというべきである。

思うに、憲法四七條によつて投票の方法その他衆参両議院議員の選挙に関する事項が立法府たる国会の裁量にゆだねられていることは、既に詳論したところであつて、国会がこの憲法の授權に基づき、これら選挙に関する事項を立法するに当たり、複雑多岐にわたる社会組織の下で多数の選挙人によつて行われる選挙を混乱なく公正かつ能率的に執行するため、その裁量内の範囲において、一定の投票方法を選択することはもとより許容されるところである。そこで、ある種の選挙人について一般の者と同様に投票所投票主義の原則を貫くか、それとも特に郵便投票、巡回投票その他の投票のための便宜供与制度を設けてその事実上の差異に対応した取扱いをすべきかは、選択の余地のないほど明らかな事柄ではなく、結局前記のような選挙制度全体の適正な運営の確保等の観点から総合的に判断して決定すべき立法政策上の問題というべきである。そして、本件改正に基づく在宅投票制度の廃止により原則として投票所における投票しか認められなくなつたため、身体障害等という事実上の差異によつて選挙権の行使が困難となる者が生ずるとしても、本件改正等が形式的平等の保障ないし相対的平等の消極的保障を定めていると解される憲法一四條一項及び四四條の規定に反するものでないことはいうまでもなく、更に本件改正が、大量の不正投票を防止し、かつ、投票の秘密を確保することなどのために必要かつ已むを得ないものであつたことにかんがみ、それは合理的な裁量の範囲内の立法であるといわなければならない。

四 国会議員の過失の存否について

仮に、原判決が判示するごとく国会の違憲立法等について国家賠償責任が論ぜられる余地があるとしても、本件改正等に当たつた国会議員には故意又は過失がないから、控訴人はそれによつて生じた損害について賠償責任を負わないものというべきである。

1 国賠法一条一項によつて国がその公務員の行つた不法行為について国家賠償責任を負担すべきものとされるには、当該公務員個人について民法七〇九条に規定する不法行為の成立要件を具備すべきことは、既に述べたとおりであり、本件改正等についても国会議員の故意又は過失が存することを要するのである。このことは国賠法一条一項が明記するところであつて、国家賠償の本質につき代位責任説を採るかどうかによつて結論を異にするものではない。

ところで、国会のように多数の構成員からなる合議体の行為について故意・過失を検討する場合に、個々の構成員の故意・過失を問題とすることなく合議体たる国会自体のそれを論ずるをもつて足りるとする原判決のやうな見解は、国賠法一条一項の明文の規定に反する上、そもそも構成員の故意・過失を離れて組織体自体のそれはあり得ないこと、また、同条二項に当該公務員に対する求償規定が存在することに照らして失当といふほかない。

しかし、仮に、この点について原判決のやうな立場を採るとしても、合議体の個々の構成員について故意ないし過失が存しない場合には合議体自体のそれも存しないものと解するほかないところ、本件改正等に当たつた当該国会議員には、以下に述べるとおり故意はもちろん、過失も存しなかつたものである。

2 (1) 原判決は、国会が立法をするに当たつ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のに、本件改正については、その審議経過から見て、右注意義務に違背する過失があった旨判断している。ところで、原判決は、右のような過失を認定するについては本件改正に関する国会の審議経過等を検討しているのであるが、その検討の仕方は、いわゆるLR Aの基準を採用した上でその立場からしたものであり、在宅投票制度の悪用による弊害を除去するという「同じ立法目的を達成できるより制限的でない他の選び得る手段」が存しなかつたか又はこれを利用することができなかつたかという点について国会が十分な審議・検討を尽くしたか否かという観点のみから検討を加えているにすぎないのである。かかる検討の結果、原判決は、「結局、国会において、在宅投票制度全体を廃止することなく上記弊害を除去する方法がありえないか否かについて十分な検討がなされた形跡は見あたらないし、投票制度に伴う技術的問題を含む諸種の事情を検討して右方法がとりえないものであつたことを窺わせるような論議ないし資料が右審議過程に提出された形跡も見あたらない。」と結論しているのであるから、この点から国会の過失を認定したものとするはかない。

(2) ところで、右判示は、国会が本件改正当時既にその合憲性の判断に当たりいわゆるLR Aの基準を採用し、そのような見解の下に「より制限的でない他の選び得る手段」の存否について審議・検討し得たことを前提としているものであることは、判文の上からもまたこれに先行する判示からも明らかであるところ、本件改正当時においては、LR Aの基準の考え方はいまだ我が国には導入されておらず、国会がそのような法的見解に達すべき客観的条件は全くなかつたのであるから、原判決における過失の認定は、その前提を欠き失当というべきである。

(3) そして、右のような当時の法解釈の状況からすれば、国会が本件改正に及び、原判決によつて違憲立法であるとの指摘を受けるに至つたのは、在宅投票制度に伴う弊害を除去するためのより制限的でない他の選び得る手段の存否についての審議・検討が十分でなかつたためではなく、むしろ選挙の方法に関する本件改正につき原判決の指摘する憲法一五條、四四條、一四條違反の事態があるなどとは全く考えなかつたからであると見るのが相当である。

してみると、国会の本件改正における過失の有無は、原判決のようにより制限的でない他の選び得る手段についての審議・検討が尽くされたか否かの観点からではなく、その当時の国会が本件改正を合憲と解したことについて、その表決に当たつた国会議員がその職務上要求される注意力をもつてすれば原判決の指摘する問題点に気付くことができたか否かの点から判定すべき事項というべきである。

(4) そこで、右のような観点から本件改正当時における在宅投票制度廃止をめぐる憲法解釈の状況を見ると、判例・学説上当時この問題に関する見解を明らかにしているものは見当たらない。また、本件改正に先立ち昭和二六年五月衆議院に設けられた公職選挙法改正に関する調査特別委員会においては、本件改正を含む問題点について各政党の改正意見が述べられ、続いて同委員会は全国選挙管理委員会、国家地方警察本部及び法務府の関係者から改正意見等を聴取し、更に各地の選挙管理委員会、地方議会、公安委員会及び検察庁等と選挙法改正に関する意見の交換を行つたほか、同委員会の調査小委員会においても本件改正その他について審議が続けられたが、これらのあらゆる過程を通じて本件改正のような立法が違憲であるとかその疑いがあるとかの意見が表明された形跡はない。更には、同年同月に多数の学識経験者から構成された内閣総理大臣の諮問機関で

ある選挙制度調査会（会長――全国選挙管理委員長）は、不在者投票制度等について各地の選挙管理委員会の関係者から意見聴取を行つたが、本件改正についてその合憲性を問題にする者はなく、また、不在者投票及び代理投票について検討した同調査会第一委員会（委員長――）においても、憲法学の権威者を含む一部の委員から制度の早急な廃止について問題点の指摘がされたが、それも制度存続の妥当性に関するものにとどまり、本件改正の合憲性について疑義を差しはさむものは全くなかつた。そして、結局、同調査会は、本件改正に沿う趣旨で、「病人等の不在者投票は、都道府県の選挙管理委員会の指定する病院等においてする場合に限ること」と答申し、右答申要綱は、衆議院の前記特別委員会に提出されたのである。

また、本件改正に係る法律案の衆・参両議院の審議過程においても、本件改正について合憲性の観点からする問題点の指摘等が行われたという形跡は全くない。

(5) 以上検討したような本件改正当時における在宅投票制度の廃止をめぐる憲法解釈の状況からすれば、本件改正の表決を行つた当該国会議員らが、その職務上要求される知識と能力に基づく注意力をもつてしても、本件改正が原判決の指摘する違憲という結果を生ずると認識して、これを避け得たものとするには到底なし得ないのである。したがつて、右国会議員らが本件改正について過失があつたとはできず、結局、原判決のように国会に過失があつたものと断ずるのは、誤りであるといわなければならない。

(6) なお、被控訴人は、国会が本件改正後在宅投票を復活させる立法をしないことを違憲として、このような結果を生じたことについても国会議員に過失があつた旨主張する。

確かに、昭和四三年三月二五日旭川地方裁判所がいわゆる猿払事件の第二審判決において政治活動の自由の制

限についてLR Aの基準と同趣旨の基準を適用して（下級刑集一〇卷三号二九三頁）以来、この基準を政治活動の自由や労働基本権の制限について適用する見解が現れ（右猿払事件の第二審判決である札幌高裁昭和四四年六月二四日判決・判例時報五六〇号三〇頁のほか、東京地裁昭和四六年一〇月一五日判決・判例時報六四五号二九頁、東京地裁同年十一月一日判決・行裁例集二二卷一一・一二号一七五五頁等）、学界の論議も呼んだのであるが、LR Aの基準ないしはこれと類似の見解が特に在宅投票制度の廃止・復活その他選挙方法に関する問題について論ぜられたことは原判決言渡しまではほとんどなかつたのである。また、前記（二）においてみたように、そもそもLR Aの基準には、種々の難点がある上、最高裁判所の判例も国民の憲法上の権利の制限については「合理性」の基準を用いているのである。したがつて、仮に、国会が在宅投票制度を復活しないことが違憲であるとしても、その基礎理論であるLR Aの基準の可否について学説・判例が区々に分かれ、解釈に疑義があり、また、本件改正等の合憲性自体についてはこれを問題とする学説・先例がほとんどなく、結局定まつた解釈もない状況の下にあつては、国会議員が本件改正等が合憲であるとの見解を採つて特に在宅投票制度を復活する立法を行わないことに過失があるといえないことはいうまでもない。

3　ところで、原判決が本件改正における国会の過失を認定するに当たり、国会がLR Aの基準の立場に立つて在宅投票制度に伴う弊害を除去するためにより制限的でない他の選び得る手段を採り得ないか否かについて十分な検討をしたかどうかとの観点から判断していることが理論上不当なことは既に述べたところであるが、仮に右の判断の方法が相当であるとしても、右の点を専ら国会の審議経過のみから判断するのは、不十分といわなければならない。けだし、法改正の問題点のうちでも、審議前に各議員が既に了解している事項もあろう

し、国会の審議外の場合において論議され各政党の意見の調整が図られることもないとはいえないから、これらの問題点がすべて審議の表面に現出するとは限らず、さりとて、これらの問題点が等閑視されているとは限らないからである。

現に、選挙制度調査会の第一小委員会においては、病人等の在宅投票制度の改正の妥当性の観点からではあるが、弊害を除去しながら同制度を存続させる方法として郵便投票制度のみの存続が検討されたのであり、このような検討を経た上で作成された同調査会の答申の要綱が衆議院の調査特別委員会に提出されたのであるから、右のような問題点について国会議員が認識してこれを検討したことはない、一概にきめつけることはできないわけである。

4 よつて、本件改正等に当たつた国会議員に故意はもとより過失も存しなかつたことは明らかである。

二 被控訴人は、次のとおり陳述した。

(一) 国会の立法行為による国家賠償請求の可否

控訴人の主張の骨子は、「国会の構成員である両議院の議員は院内で行つた演説・討論・評決について院外で責任を問われぬ(憲法五一条)。従つて国会議員は院内での表決等の結果第三者に損害を加えても不法行為責任は問われない。そして国家賠償法は公務員個人の不法行為の要件を充足しない以上適用されることはない。だから国会の立法行為により第三者はいかなる損害を生ぜしめようとも国家賠償は認めえない。」というにある。

1 (1) 今日まで国賠法と立法行為について多くの論稿があるが、憲法五一条を理由として立法行為に国賠法の

適用がないと主張した例はいずれの論稿にも、判例にも見当らない。そのような主張は余りに荒唐無稽であった。国賠法の立法趣旨と憲法五一条との立法趣旨からいつてそれは結びつくはずのないものであつたからこそ、誰もそのような説を唱えたことがなかつたのである。

法理論は理屈が形式的にとおつていればよいというものではない。官僚法制の下ではともすれば文字の形式的な解釈が中心となる。我国はその伝統にのつてきたが、法律家にとつて大事なのは「リーガルマインド」であることは今更いうまでもない。

だが右の主張には、明らかにこの欠如をみない訳にいかないし、「良き法律家」の典型を眼のあたりにした感が深い。

(2) しかもこの主張は、原審口頭弁論において、立法行為に国賠法の適用があることは争わないと明言したにもかかわらず、これをひるがえしてなされているのである。この点は、準備手続まで行つた原審においても争点にしようとするばなしえたところであるにもかかわらず、控訴人は終始これを争点にしないとの態度をとつてきたのであり、当審に至り突如としてこれを争点の第一となし、原判決を攻撃するのは信義に反し、徒らに争点を複雑多岐にするものであつて、審理を混乱させるものともなるのであるから、時期に遅れた攻撃防禦方法として却下されるべきものである。

成程、右争点は事実問題に関するものではなく、法律問題に係るところであるから、訴訟法上裁判所は当事者が争わないと述べたからといつて拘束されないという理論はありうるところである。だが当事者が原審で氣づかなかつた法律上の争点について控訴審において主張を追加する場合や、特に重大な争点でもなく、それによ

つて結論が大きく左右されるものでない争点を追加するとか、原審で争点にするかしないか特に問題とされていなかった法律上の争点の追加の場合ならいざしらず、本件争点は原審においても争点となすか否かが大きな問題となり、再々釈明を求め控訴人は熟慮の末これを争わないと答弁したのである。されば控訴人の原審における準備書面にも本件主張は全くなく、被控訴人においても参考のためにふれたのみだったのである。ちなみに原審で採用された■鑑定人の鑑定意見には立法行為と国賠法との関係についての意見が記載されているけれども、これも参考のため鑑定事項に加えられたものにすぎず、右鑑定書提出後の口頭弁論においても控訴人が争わない旨答弁しているのである。

そして他方、学説・判例上も立法行為に国賠法が適用されること自体についてはこれを認めるものが通説・判例であつた。

このような経過からすれば控訴人自身、立法行為に国賠法が適用されると判断されることは覚悟の上であつたものであり、これを今更批判することは誠に当をえないところである。また、裁判所としても学説、判例上も争いなく当事者間にも右経過で争いない法律上の争点につき格別詳細に論ずることもなく肯認することは何ら責められるべきことでもないし、控訴審裁判所としても、右事情に鑑み、不誠実きわまりない、審理の引延し戦術ともいふべき本件主張に耳を貸すべきではない。

2 参考までに右主張がいかに牽強附会の論であり、「良き法律家」の理屈であるかを述べる。

(1) そもそも国賠法は、現代社会において国又は公共団体の機能が拡大し、これに伴い国又は公共団体による私人の権利侵害の機会も増加しかつ被害額も巨額に達することに鑑みその損害を被害者個人に甘受させること

も加害公務員個人の責任に委ねることも妥当を欠き、国又は公共団体自身が損害賠償責任を負うことが公の負担の平等という観点からも妥当であるという考え方と、戦前の苦い経験とから憲法一七条にその賠償責任をもちこみ、これに基いて立法されたのである。

そしてその第一条の規定の性質については、代位責任説・自己責任説等々説が分れているところであるが、その立法趣旨からいっても自己責任説が有力になりつつあるところであるし、代位責任説をとりながらも公務員の故意・過失を組織化し、客観化するようになりつつあるのであつて、控訴人主張の如き代位責任説の考え方は次第に少なくなりつつある現状にある。

そして立法行為に対する国賠法の適用については、抽象的にはこれを肯定するのが通説であるが、現実には困難であろうとされている。しかしながらどの学説をみても具体的或いは現実に立法行為に国賠法の適用をすることが困難であろうということについて何ら理由を説明していないし、分析もなされていない。まして控訴人主張の如き憲法五一条を不適用の根拠となす学説判例は全く存在しない。

思うに憲法五一条は、議員が議院でその職務を行なうに当り、自由に発言・表決できることは民主主義代議制における不可欠の要件であることに鑑み、一般国民に保障される言論の自由以上の保護を与えたものに外ならない。従つてそれは議員の職務としての言論の自由を確保し、議員の職責を全うさせる為のものでありこそすれ、国家賠償制度と何ら敵対関係にあるものではない。前記憲法一七条及び国賠法の立法趣旨と憲法五一条の立法趣旨とは何ら相反するものではなく、それぞれ別個の目的のために設けられているのであるから、一方の規定が他方を否定することはありえないのである。国賠法一条の性質につき諸説がありながら、そして代位責

任説が通説判例ともいわれておりながらも立法行為に対する同法の適用を肯定するのが通説であるということ
は、正に憲法五一条と一七条及び国賠法とがその立法趣旨を異にし、互いに否定しあうものではないことを認
めているのである。さもなくば、憲法五一条を根拠として、抽象的にも立法行為に対する国賠法の適用を拒否
する考え方が控訴人の主張を待つまでもなく存在し通説となつていたのであろう。憲法五一条を根拠として立
法行為に対する国賠法の適用を拒否する考え方は誠に憲法各法条の立法趣旨を無視した牽強附会の官僚的法解
釈の最たるものである。

勿論、憲法五一条の存在を、憲法一七条及び国賠法の解釈に當つて無視してしまつつもりは被控訴人において
も毛頭ない。即ち両制度をその制度目的に照して解釈する限りは、国会による立法行為も国家賠償の対象とな
りうるが、その立法に關与した国会議員個人は民事上の賠償責任を負わないということになる。国家賠償の構
成は、公務員の故意過失により第三者に損害を与えた場合（少なくとも輕過失の場合には）当該公務員の個人
責任は追及させないこととし、国又は公共団体が責任を負うものとし、もし当該公務員に故意又は重過失があ
つた場合には求償できるものとしているが、これとの關係でいえば、現行国賠法の下においても、国会議員で
ない公務員も（少なくとも輕過失の場合には）その個人としての不法行為責任はないのである。ただ一定の場
合に求償権があるにすぎない。従つて個人としての不法行為責任が免責されていることは国賠法不適用の根拠
とはなりえないのである。

確かに代位責任説の下においては、国等の賠償責任が肯定されるには当該公務員について不法行為の成立要件
を具備しなければならぬが、成立要件と有責性とは厳密に區別されるべきものである。刑法的表現を用いる

ならば構成要件該当性と有責任とは別個のものであり、国賠法の解釈においても当該公務員に不法行為の構成要件該当性が肯定されるならば有責任を備えずとも国等の賠償責任は肯定されてしかるべきである。国賠法が公務員個人の責任追求を否定し（少なくとも輕過失の場合）国又は公共団体の賠償責任を肯定していることは正しく国家の有責任と個人の有責任を区別しているものと考えるべきことを意味している。このことをつきつめていけば代位責任説は崩壊し、自己責任説に至るであろうが、それはさておき、代位責任説に立とうとも、国賠法の立法趣旨に照し、同法が民法原理に修正を加えていることからいつても国等の有責任と個人の有責任とは別個のものとして把え、国等の賠償責任が肯定されるためには、当該公務員の不法行為の成立要件即ち構成要件該当性を具備しなければならないが、それで必要十分であつて当該公務員の有責任は不要であると考えるべきである。

そして代位責任説をとろうがとるまいが、憲法五一条が存在しない場合であつても国会議員個人は（少なくとも輕過失の場合には）損害賠償責任を有しないことは国賠法の規定上（他の公務員と同様に）当然のことであるが、五一条が存在することにより、国会議員は院内での表決等の場合には法律上ではなく憲法上個人としての賠償責任は存在せず加えて故意重過失の場合でも国からの求償を受けないこととなるのである。

このようにしてみれば院内における国会議員の表決等（本件に則していえば立法行為）は、国家賠償の關係においては個人責任の免責根拠を憲法に有し、かつ求償権をも憲法で否定されているという特殊性をもつ（その他の場合の国会議員の行為の場合には、個人責任の免責根拠は国賠法にあり、求償権についても国賠法によるのであつて、他の公務員の場合と同一ということになる）というのであつて、憲法五一条が国賠法の適用を

否定する根拠となりえないことは明らかである。

控訴人は、国が国会議員の立法行為について賠償責任を負うことになれば求償の問題を生ずるが憲法五一条により求償しえないことをもつて国に賠償責任を負わすべきでない論拠とするが、しからば一般公務員の場合にも輕過失の場合には求償規定がないので国に賠償責任を負わせるべきでないと論結するのと同じになつてしまふ。そもそも求償できる範圍と賠償責任の範圍とが異なることは国賠法自らが肯定していることであつて、求償できないことが賠償責任否定の論拠となりえないことは多言を要しないところである。

更に控訴人は憲法五一条の立法趣旨を云々するが、既に述べたように同条と国賠制度のそれぞれの趣旨は一方が他方を否定するものではなく、立法行為について賠償責任を肯定しても五一条の立法趣旨が侵されることはありえないのである。

翻つて思うに、議員個人の免責が保障される以上、国家賠償の原因となりうる行為についてこれによる侵害を救済せずに放置することは、「国家は悪をなさず」という絶対主義国家の下ならいざしらず、民主主義国家においては許されざることであり、多数の横暴から少数の権利を守る為には残された唯一つの道である国賠法により、違法行為を糾弾することが肯定されなければならない。それによつて議員の表決等の不正は是正されこそすれ、何ら言論の自由は侵されず、むしろ正しい方向へ向うことが期待できるのである。

(2) 被控訴人も、国会が立法するに当つて裁量権を有することを否定するものではない。だがその裁量権が絶対のものでないことは明らかであり、限界の存することは控訴人自ら認めるところである。そして裁量権があるからといつてこれを最大限に尊重しなければならないと直ちに論結できるものではない。

裁量権がある場合にこれを尊重する必要はあるにしても、その裁量権を限界付けている憲法上の諸原理がどのようなものであるのかを十分考察し、そこから裁量権の幅がどれだけあるのか、そしてどの程度裁量権を尊重すべきかを考えるのでなければならぬ。本件について裁量権を限界付けているのは法の下の平等でありまた国民主権の原理である。これらの憲法上の原理は民主主義国家にとつて欠くことのできないものであり、それだけに立法府たる国会の裁量権は厳しく限定されざるを得ないものである。原判決も判示するように民主主義国家として、民主制への「復元」を不能ならしめるような行為まで裁量権の名において正当化することはできないのである。

また全くの技術的規定の場合と国民主権等の原理に結びつく面を有する技術的規定とは同じ選挙に関する規定でも裁量の範囲は後者の方がはるかに狭くて当然であり、本件は投票の方法という技術的な面を有する規定に関することでありながら、その定め方によつては参政権の保障を侵害する可能性もあるのであつて単なる技術的規定よりも裁量の幅は、はるかに狭いのである。

従つて裁判所は国会の立法行為を原因とする賠償責任を、少なくとも本件のような民主主義国家の根幹をなす選挙権の侵害が問題とされる事案においては、裁量権の存在の故に安易に否定することは許されないところである。

そしてこのことは立法しないことの不作为を考えても全く同じことである。成程、立法に関しては第一次的判断権は国会にあるので、立法という形でその判断が示された場合と比べて、未だ国会が立法という形の判断を示していない場合には、裁判所が違憲審査権を行使する場合に慎重な態度が要求されるのが一般であろうが、

憲法上立法が義務付けられている場合とそうでない場合とは自ずと取扱いが変らなければならない。憲法上特定の立法が義務付けられている場合、即ち「法律をもつてこれを定める」というような規定がある場合や、憲法解釈上特定の法律を定めることが予定されているような場合には、国会はその法律を定立する義務を有しているものであり、従つてこれを立法しないのであれば国会は第一次判断権を自ら放棄したか或いは憲法違反を承知しながらあえて憲法違反のまま放置して第一次判断権を消極的に行使したものとみてよいのである。従つてこのような場合には、裁判所がその立法しない不作為の是非について論ずるのは何ら三権分立に反するものではない。

そして本件については、憲法上、投票の方法等については法律で定めるものとされ、その際には国民主権の原理、法の下の平等の原則による限界付を守らなければならないことが憲法上予定されているのであり、国会がこれに反して国民主権・法の下の平等の原理に適う投票方法の立法をしないという消極的な第一次判断をしている以上、この可否を司法の場において論ずることは何ら国会の立法権を侵すものではない。

一般に法律案がいかにかに慎重な審議のうえで法律として成立するものであろうとも、そのことのみで立法行為における瑕疵（故意・過失）の不存在を証明するものでないことは法律論として明らかなことであり、個々具体的な立法に則してその瑕疵の有無を検討すべきものであるし、本件のように原審指摘のとおり十分な調査検討もなされないまま弊害根絶の目的を一挙に果そうとし少数者の権利への配慮を忘れた立法の如きは正に瑕疵（故意とはいわないまでも重大な過失）のあつた立法といわなければならない。

(3) もし控訴人主張のように立法の結果について国会は政治的責任を問われるのみであるとしたならば、憲法

の保障する人権は絵に画いた餅となり、民主制は砂上の楼閣と歸し、三権分立は一権独裁となることは、ナチス議會・大政翼賛議會の例をみるまでもなく、必定であらう。

(4) 尚控訴人掲記の判例についていえば、いずれも「政治上の責任のみを生ずる」ことの理由付けを全くしておらず、判例としての価値は全くないのである。広島高判の上告審判決においては立法行為と国家賠償については全くふれられていないので（昭和四四年七月四日最高裁判決）あるから先例としての価値もない。ちなみに立法の不作為が国家賠償の原因となることを肯定した判例として東京地裁判決昭和四九年一月一八日（判例時報七六六号七六頁）がある。

(二) 本件改正等に関する違憲審査の判断基準について

1 「より制限的でない他の選ぶ手段」の基準について

(1) 控訴人の主張によれば、米国判例上 LRA の原則は、当初経済的自由の制限についての違憲性判断基準として用いられ、後には前国家的権利である個人の基本的自由権制約についての法理とされ、しかもそれが全ての場合に用いられているのではなく、時には合理的制限の範囲内か否かという考え方を用い或いは他によりよい選択可能な手段があると明白に推定できる場合に限って用いられているという。

思うに、右主張が仮りに正しいとしても、だからといって LRA の原則を本件に適用してはならないということとはできない。法律（憲法も含めて）解釈の態度として、一つの法原理のよつて来たる経過・背景を知りその適用の限界を画することは必要なことであるけれども、法律解釈は何よりも条理常識に適つたものでなければならぬことを忘れてはならない。その法解釈の手法がどの国でどのような時代にどういう意図の下に考案さ

れ、どういふ場合に適用されて来たのかは大いに参考とすべきものであるが、同時にそれが我々の条理常識に適うものが重要である。一般に、他にもつとよい方法があるか、そしてそれが選択可能であるかということ、は、どの時代、どの国、どの民族、どの世代にとつても、行動基準・判断基準として適用することである。

人間は常に合理性・効率性を追及するものであり、特に近代社会においてそうである。特に目的を有する行為の際に他にもつとよい方法はないか（しかも実現可能な）と考え、それがあればそれによるのが通常であり、それによらない時には批判されるのもまた当然である。目的が複数の場合にも、どの目的をも満足するよりよい可能な方法をと考えそれによろうとするのである。

このような考え方は合理性の考え方と何ら変るところはない。いつてみれば合理性の具体的一内容を表現しているといえるであろう。

従つてこの考え方を人権制約の場合にも適用することは全く不思議はない。即ち人権制約の場合には、その人権の保障の要請と別個の要請とを調整しなければならないのであるが、双方の要請を満足するよりよい可能な方法をとるべきであるとするのは最も合理的なことである。それはどのような人権の場合でも異なることはない。人権の種類によつてこの考え方をとりえないとするどのような根拠がありえようか。勿論双方の（或いは複数の）要請のどれを重視するかにより、どの方法がよりよくかつ可能かは異なりうるところであるが、それは憲法上どの要請が重視されるべきかの解釈問題であり、どの方法がよりよくかつ可能かという考え方をとれないことを示すものではない。

尚合理性基準については合理的かつ必要最少限度（或いは已むを得ない）の制約というような表現がとられる

が、これとても合理的か否かという基準に必要最少限度か否かという基準を付加しただけのことであり、より良く可能かという基準に必要最少限度かという基準を付加すれば同じことになるのである。

L R A の原則というのは、より制限的でない他の選択可能な手段の原則ということであるが、これは正に右に述べた、よりよい実現可能な手段というのを人権制約の論理らしく表現しているにすぎないのであつて、右に述べたことから明らかなように、この基準によつて判断することに何ら不都合は生じないし、人間の自然の条理常識として人権制約の論理の場において通用するし、合理性基準と異なる結果を生むものでもないのである。必要最少限度というような要件が足りないことをいうのなら合理性基準と同じくこれを付加すれば済むことであり、結局は、L R A の原則というのも人権制約の是非を考える一つのアプローチの仕方であり、合理性基準と同様のものと考えても(或いは合理性という言葉を広く考えるなら)、当該制約が合理的か否かを考える場合の一手法と考えてもよいのである。

このような意味において、控訴人の批判は当たらないものであり、原判決判示第四の認定部分をよく読んでみれば本制度廃止に合理的な已むを得ない理由があつたか否かを検討しているのであつて、他により制限的でない選りうる手段という表現をしたことは言葉の問題にすぎないといつてもよいであらう。

尚本件については原判決も述べているように、廃止までしなくても、つまり権利を奪うところまでいかなくても、権利を生かしつつこれを改善する方法がありえたことは明らかであつて、廃止までするだけの合理的已むを得ない理由は証拠上全く認められなかつたことが明らかな事案である。

(2) 更に、控訴人はL R A の原則は違憲審査基準としても不適切であるという。即ちそのような方法の有無を

調査判断する能力は裁判所になく、また能力があつたとしても立法権侵害をひきおこすのである。

だがこの論もまた成り立ちえない。即ち、そもそも条理として当然の基準が裁判所において採用できない理由はないし、裁判所は事後審査を行なうものであつて、裁判所がなすべきことはその訴訟にあらわれた証拠によつて判断するのであるから、裁判所自らが調査機関をもつ必要もなく、また調査しなくても当事者が全資料を提供すればよいのである。そして裁判所は正に判断はよくなしうところであり、右のように全資料が提出されるならば裁判所が判断なしえないとする理由はない。また、当該規制が合理的理由がないと判断する場合であつても、即ち合理性の基準で判断する場合であつても、結局は裁判所は立法政策の当否を問題にせざるをえないのであつて、何ら変るところはない。

更に、立法府がある規制方法を採用するという形において既に立法府の判断を示しているのであつて、それが憲法上許されるか否かを裁判所が判断するのは第二次的・事後的判断であり、特定の規制方法を採用せよと判断するのではないのであつて、単に立法府の採用した規制が他の規制方法と比較して制限的にすぎるので合理性を欠き憲法上許されないというにすぎないものであるから、何ら立法権の侵害になるものでもない。立法しない不作為を問題とする場合にも、権利が侵害されていてこれを回復するために立法が必要であるのにこれをしていないという立法府の消極的判断が既に示されているのであり、裁判所はやはり第二次的・事後的な判断をなすにすぎず、その権利回復のための立法をしていないことを違法と判断するだけで、特定の規制方法を採用せよと判断するものではない。従つてこの場合にも立法権侵害の問題は起りえない。

(3) 控訴人は、本件改正は選挙権行使について何ら法律上の規制を加えたものではないので、LRAの原則を

適用すべき前提を欠くと主張する。だが、既に述べたようにLRAの原則というものは本来条理上当然のことをいつているにすぎないのであり、そうとすればその適用範囲を限定しなければならない理由もない。

また、成程本件改正は形式上は選挙権を被控訴人から取り上げたものでもなく、その行使に制限を付したものでもない。だがそれはあくまで法形式上のことにすぎないのであつて、原審においてる説明したように、選挙権は行使即ち投票ということを当然に予定しており、いかに抽象的に選挙権が保障され、その行使について法形式上の制限はないとしても、現実の投票制度の下で具体的にその行使即ち投票が事実上不可能又は著しく困難とされる場合には、その投票制度によつて選挙権を奪われたことになることは万人の常識であり、控訴人の主張は事実を直視しない空理空論の類である。

このような場合には正に選挙人の資格もしくは選挙権の行使について法律上の規制を受けた場合と同視しうるものであることは原判決も認めるところである。

(4) 控訴人は最高裁判所の「合理性」の基準を引用して、これを放棄してまでLRAの原則を採用しなければならぬ理由はないと主張する。

原判決も決して単に本件法改正による在宅投票制度の廃止について他により制限的でない選ぼうる手段が存するということだけから違憲だといっているのではなく、廃止について合理的な已むを得ない理由が有つたか否かを検討しているのであり、第一に投票の秘密保持というだけでは制度を廃止してしまうことまで合理化する理由がないこと、第二に選挙の自由公正の保障という面からみても、制度の一部に欠点はあつたが改善可能であつたので廃止するまでの合理性は認められないこと、第三に、従つて廃止までを必要已むを得ない合理的理

由があるとするためには、他に手段もなくどうしようもない場合であると認められなければならないとして、本件廃止が人権制約の場合の要請として必要最少限度の合理的理由のある規制と認められるか否かを考察しているのである。

従つてその態度は何も従来判例の「合理的必要最少限度」の考え方と特に矛盾するものでもなく、これをより具体的に展開し規制の内容を詳細に検討したものであるということができるのであつて、全く新しい考え方を採用したものという必要はない。

加えてLRAの原則の考え方自体従来の合理的必要最少限度論と対立するものではなく、その一内容であり、同じことを表現を変えていつているものであり、条理上も当然のことにすぎないことは既に述べたとおりである。よつてこの点に関する控訴人の主張も全く理由がない。

(5) そもそも人権を制約する立法について合憲性の推定が存在すると考えること自体問題であることはつとに指摘されているところである。

人権を制約する立法というものは憲法で保障する人権の侵害の危険性をはらんでいることはいうまでもないことであり、これに合憲性の推定をするならば、憲法は自ら自己否定の道を開いていることになり、矛盾である。むしろ人権制約立法については「違憲性の推定」を与え、立法者において合憲性を裏付けない限り違憲と判断されなければならないというのが事物の当然の理であろう。

更に合憲性の推定といつても、それは訴訟法上の推定ではなく、単に事実上の推定にすぎないものというべきである。ある事実の存在を証明することはたやすいが、不存在を証明することは容易ではない。だからこそ訴

訟法は一般に事実の存在を主張するものに主張立証責任を負わせているのである。まして本件のように国が権利侵害をなしたことについての合理性の存否の争いという場合、単に抽象的に合理性の存在と不存在の証明のしやすさという点だけからでなく、一方は一人であり、他方は強大な権限を有しあらゆる組織を動員し資料をそろえることのできる国であるということを考慮に入れなければならない。「国家は悪をなさず」という絶対主義国家ならばともかく、民主主義国家において国家も悪をなしうることを前提とする以上、立法に合憲性の推定をなすことは矛盾であり、更にその推定を訴訟法上の推定にまで高めるとすれば、訴訟法の主張立証責任の分配原理は根底から覆えされることとなる。訴訟法の主張立証責任は公平の観念によつて裏打ちされているところに意味がある。右に述べた合理性の存否の立証の難易及び当事者の証拠収集能力の決定的相違を考えるならば、主張立証責任についてどう扱つたら公平かは自ずと明らかであろう。

従つて少なくとも人權制約立法には合憲性の推定は認められるべきではなく、仮りに合憲性の推定があるとしても、それは訴訟法上の推定として主張立証責任を転換するものではなく、事実上の推定であり反証によつて簡単に覆えされ、本来の主張立証責任としては国がその合憲性についての主張立証責任を負うと解すべきである。

そうとすれば本件訴訟において被控訴人が本件制度廃止の違憲性について反証を挙げその合憲性をぐらつかせただ以上、控訴人においてその合憲性を主張立証すべきは当然のことである。

仮りにこの点をさておくとしても、本件訴訟において被控訴人は本件改正による制度廃止が合理的理由のないことを原審において主張し十分に立証したのであり、原判決もこれを認めたのである。即ち被控訴人は、本件

制度の廃止が憲法一四條、一五條、四四條、四七條等に反し、廃止を必要最小限度の合理的措置だとする理由
は全くないことを主張し、投票の秘密保持・選挙の自由公正の保障を考慮しても廃止するまでの合理性の存し
ないことを明らかにし、立証としても■鑑定書その他の証拠により、また控訴人提出の書証等を有利に援用
して明白に右主張を立証したものであり、裁判所もこれを認めたのである。

さてそうなれば、控訴人において被控訴人の右主張立証を打ち破る主張立証をしなければ敗訴に至るのは理の
当然である。そして現実の訴訟の中において、控訴人は被控訴人の主張立証を覆えすだけの主張立証を提出し
えなかつたのである。そればかりか控訴人の提出する立証は却つて被控訴人の主張を裏付けていくばかりだつ
たのである。

訴訟法的にみれば、右のような場合の控訴人の主張立証は単なる積極否認、反証であるという考え方もありえ
ないでもない。そうだとすると、その場合原判決が「被告の主張立証はない」とした記載は訴訟法的には誤り
とならうがそのことによつて結論が変るものでないことは明らかである。

2 合理性の基準について

(1) 控訴人は、選挙の方法については、立法府の裁量にゆだねていること及び国会は国権の最高機関であり、
唯一の立法機関であり、他方裁判所は選挙民に対し責任を負つていないこと、更に裁判所は調査能力、社会状
勢への適応力において国会より劣ることを理由として、明白に違憲いかえれば人権の制限が著るしく不合理
な場合に限り違憲の判断をすべきであると主張する。しかしながら、これに対しては原判決が第三の四におい
て述べているところで必要十分であるけれども、更に付け加えるならば、憲法は三権分立の建前をとり相互に

抑制させることとし、立法権も事後的、第二次的には司法による違憲立法審査権の行使の対象となること、また違憲立法審査権を最終的に行使する最高裁判所裁判官は、国民投票の形において選挙民に対し責任を負っていること、更に国会が裁判所より調査適応能力においてすぐれていると仮定してもそれならば司法の場において、その立法当時の調査内容を全て明らかにし、また立法当時の社会情勢下においてその立法が何故必要であつたかを主張立証すれば（ここで主張立証といっているのは訴訟法的意味ではなく広義にというより常識用語としてである）司法府においてもその合理性を首肯するはずであることなどから、控訴人がのべる理由は全く根拠がないのである。

(2) 次に最高裁判例の態度であるが、控訴人引用の判例の外、人権制約の合憲性が問われたケースは数多くあるが、そこにおいて共通なのは、その制約が合理的で必要最少限度（あるいは已むを得ない限度）にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるというにあり、明白に不合理でない限りは、合憲であるという考え方は採用していない。

公安条例に関する最高裁判例、全通中郵事件判決、都教組事件判決、猿払事件判決また然りである。

そして被控訴人は正に本件制度の廃止が合理的必要最小限度の範囲を超えたものであることを主張したものであり、原判決もまた右制度廃止について合理的理由があつたか否かを立法目的・必要性及び目的達成のための手段の面から検討し、結局合理的必要最小限度の制約の範囲をこえたと認定したのであり、その際、他により制限的でない選り抜く手段があるか否かを必要最小限度の制約であるか否かの一指標に用いたにすぎない。

従つて原判決は従来の最高裁判所の各判例に共通した「合理的必要最小限度」論を逸脱しているものではない。

く、控訴人こそ従来の判例を我田に引水して曲解しているものといわなければならない。

(3) また控訴人は「たとえその法改正が憲法上許容され、立法政策としても望ましく、立法裁量の範囲内のものであつてもすべて司法審査に服するということは、立法に対し、裁判所が余りにも立入りすぎることを意味する」と主張するが、このような場合司法審査に服しても結局違憲でないとされることは明らかであり、従つて立法権が侵害されることもありえない。更に在宅投票以外の方法により選挙権を行使しようというに至つては余りに現実を無視した空論である。それは在宅者に死ねというに等しい。体温の調節のできない脊つゝい損傷者、いづどこで転倒するかもしれない歩行困難者、わずかの起転で産気づくとも知れぬ妊産婦、わずかのことで容態の悪化する重病人、重傷者に厳寒あるいは酷暑の中をあるいは交通地獄の中を投票所に行けということには余りに非人間的であり、冷酷、無情である。投票所に莫大な費用をかけて、危険を睹して出かけて、その費用は誰がみるのか。万一のことがあつたら誰が責任を負うのか。費用の面でいえば正に経済的不平等選挙になるであらう。

加えて少数者の権利が侵害された時、選挙に訴えることで権利が復元されようか。いかに正当な権利主張であつても少数者の票は少数である。例えば、ある県居住者についてのみ投票所をその県庁とする旨の投票方法を定めたとする。その時これを不当として選挙に臨んでその県の選挙人全員が時の政権担当党以外の候補者に投票したところで復元は不可能である。世論は動かされる可能性があるとしても法的な復元の保証はどこにもないではないか。くだいようだが更に例をあげよう。ある一人の者のみが在宅投票を否定されその為投票権行使が不可能になつたでしょう。その者が選挙において自からの権利の回復をはかるために控訴人主張のような

方法で一票を行使しても復元は不可能である。他の在宅者は自からの権利行使が在宅投票によつて可能であり、一般の人は投票所において投票が可能である時に、たつた一人のみが名指しで故なく法律によつて在宅投票からはずされたことに不服をとえその在宅者と同一歩調の投票をする保証はどこにもない。その一名に同情しても一票はそのためにだけ行使されるものではなく諸々の政治的意見を体现して行使されるからである。

3 合理性の基準の適用について

(1) 参政権というものが後国家的権利であるにしても、民主主義国家においては参政権なき国家というものは存在せず、参政権は民主主義国家においては欠くべからざる権利である。そして民主主義国家としては憲法上普通平等選挙を保障することも当然のことであり、参政権といえは普通平等選挙を意味するといつても過言ではない。従つて民主主義体制を有する限り普通平等選挙は国家が存立するために必須不可欠の権利であることは万国共通である。それ故にこそ民主主義国家においては憲法で普通平等選挙制での選挙権を国民固有の権利として保障するのであり、日本国憲法また然りである。

勿論国により普通平等選挙制における選挙権の取得年令を何歳にするかというような違いはあるものの、普通平等選挙制での選挙権を保障する点において異ならない。そしてその具体的な行使方法については国情に応じて種々の態様がありえよう。だが具体的行使方法を定めるに当つて、参政権が民主制の基盤であり、普通平等選挙という形で固有の権利として保障されていることに反しないような定めをしなければならないということも万国共通の原理である。

従つて選挙人の資格や投票方法などを法律で規定する場合にも一部の者を投票の方法について合理的理由なく

差別したり、一部の者の選挙人としての資格を合理的理由なく否定したり、一部の者の投票の機会を合理的理由なく奪つたりすることは、民主主義国家においてどこでも許されてはいないのである。

だからこそ、原審において被控訴人が主張立証し、原判決も認めたように、民主主義体制を有する諸外国においては投票所に行くことが不可能又は著るしく困難な者の投票の機会を確保する為の制度を設けているのである。

技術的側面についてはいろいろな規定のしかたがありうるところであり、立法府の裁量の幅が広いとしても、こと参政権の保障従つて選挙権行使の機会の保障という問題に関しては、いずれの国も立法に当つてその保障を实效あらしめるよう努力しているのであつて、裁量の範囲も厳しく限定されるものである。参政権の保障そのものに関する規定については裁量がありえないのは勿論であるが、技術的規定の場合でもそれが参政権の保障にどれだけ深いつながりを有するかにより裁量の幅は異つてくるのであり、例えば選挙運動期間を二〇日間にするか三週間にするかというようなことにについては参政権の保障にとつてさほど重要なことではないが、投票所投票主義をとるか否かとか自署主義をとるか否かなどということは参政権の保障に直接つながってくるのであり、後者のような場合には参政権保障の趣旨に適合するよう慎重に配慮することが要請されるのであり、それだけ裁量の幅が狭くなるのである。

これは各国においてそうだというだけでなく、参政権保障の規定を有する民主主義憲法の解釈として当然のことであり、日本国憲法においてもまた当然である。

本件に則して具体的にいえば、投票の方法については法律に委ねられているから立法府の裁量の働く余地があ

る。従つて投票所投票主義をとらうと選挙人現在地投票主義をとらうと自由である。だが投票所投票主義をとつた場合には、全選挙人の選挙権行使の機会を保障しえなくなる虞れが多分にあるから参政権保障の規定に反しないためにはそのたりないところを補う制度がなければならない。これをつくらねばならないという点においてはもはや裁量の余地はないということになる。

だから国情による違いなどは多少ありうるにしても、基本的な参政権保障に関連する限りにおいては、どの国においても立法の裁量とはつきり限定されているのであつて、民主主義体制である限り、他の自由権に勝るとも劣らぬ権利として保障されていることを忘れてはならないのである。

(2) 投票の秘密保持・選挙の自由公正と本件廃止の關係については既に原審においてる主張したところであるので、それをそのまま引用することにする。

尚不在者投票の手續は單なる便宜上のものではなく、投票所投票主義のたりないところを補ひ選挙権行使の機会を保障する不可欠の制度であること、これによつても選挙権行使の機会を保障されえない者が多数存在すること、従つて在宅投票制度も選挙権行使の機会保障のために不可欠の制度であることは既に原審においてのべたとおりである。

また、車椅子、担架、自動車等を利用し、あるいは補助者を介して投票所に行つて投票するみちは残されていゝるという控訴人の主張に至つては、常軌を逸した狂氣の沙汰であることは既に述べたとおりである。費用の面で若干付言すれば選挙人によつては医師、看護人付で特殊装置付（振動をなくし、室温、湿度調整可能な装置をつけるなど）の特殊車輛で、しかも乗降には何人もかかりきつてという形でなければ投票しえない者もいる

が、これに要する費用は莫大なものであるところ、これを選挙人が負担するならば、正に経済的不平等を強いることになるであらう。

死の危険を睹し、病状の悪化を覚悟し、多大な経済的負担をおして、蛮勇を振つて行使しなければ行使できない状態の権利は行使を保障された権利ではない。そのような蛮勇を期待する権利は少くとも民主主義国家には存しない。そこまでいけばそれは絶対主義国家ではなく非人道的国家と呼ぶに値いしよう。被控訴人はこのような非人道的国家に生を受けたことをこのうえもなく悲しむものである。

(3) 最高裁判所は、昭和四八年四月四日（尊属殺人違憲判決）、昭和五〇年四月三〇日（薬事法違憲判決）、昭和五一年四月一日（定数配分違憲判決）と相次いで重要な違憲判断を打ち出した。

これらの判決に共通なことは、司法審査と立法府の裁量の問題につき、裁判所が積極的に司法審査をする必要を肯定し、立法目的とその達成手段の均衡を詳細に検討し、従来立法政策の問題として違憲判断を回避して来た事柄について、その規制の不合理性が憲法の許容する限度を超え立法府の裁量の範囲を逸脱するとして違憲判断をしていることであり、そこではその不合理性の明白性を要求していないことである。

i 尊属殺人違憲判決

右判決における岡原補促意見は、「しかし、ことがらによつては、憲法上の効力が争われる特定の法規の内容が、立法の沿革、運用の実情、社会の通念諸国法制のすう勢その他諸般の状況にかんがみ、かなりの程度に問題を有し、その当否が必ずしも立法政策当否の範囲にとどまらないのではないかとの疑問を抱かせる場合がないとはいえない。……このような場合、裁判所は、もはや前記謙抑の立場に終始することを許されず、憲法に

よつて付託されている違憲立法審査の権限を行使し、当該規定の憲法適合性に立ち入つて検討を加えるべく、その結果、もし当該規定の不合理性が憲法の特定の条項の許容する限度を超え、立法府の裁量の範囲を逸脱しているものと認めたならば、当該規定の違憲を宣明する責務を有するのである。」と述べている。

そして右判決は、刑法二〇〇条の憲法適合性の判断につき、同条の立法目的の合理性（立法の必要性）および同条所定の立法目的達成の手段の合理性（規制方法と立法目的の関連性）の二段階に分けて考察し、後者の点で同条は合理性を欠き違憲であるとする。

このような目的と手段の二段構えで法律の合憲性を検討する例は下級審ではかなり見受けられるところ、最高裁が明確な形で意識的にこれを用い、しかも手段の点で結論を出したはじめての例といわれる（尚この手法は、次の薬事法違憲判決においてより精緻化されている。）。

ところで司法審査の判断基準において、規制の対象が経済的自由であるか、精神的自由であるかによつて扱いが異なるものとされている。即ち、立法目的が経済的自由の規制にある場合、規制方法については立法府の裁量に委ねざるを得ない範囲が大きく、それが著しく不合理であることが明白なため違憲とすべきときを除いては、原則として立法政策の問題として処理すべきものであるのに（尚薬事法違憲判決は経済的自由の規制について、この明白性の考え方をとらないことは後述する）、表現の自由その他精神的自由の規制が立法目的である場合には、米最高裁の態度にならつて合憲性の推定すら認めず、常に憲法適合性を精査すべきものと解すべきであるといわれているところ、刑法二〇〇条は右のいずれにも属さず、いわばその中間にあるが、どちら

かといえ、後者に近いと考えられ、右尊属殺人違憲判決が、刑法二〇〇条の手段は、「上記の如き立法目的……のみをもつてしては……納得すべき説明がつかかね……正当化できない」から違憲であるとしており、「著しく不合理なことが明白」であるから違憲、としていないのは、右のようにみる立場に立つているものと思われる（以上は尊属殺人違憲判決の判例解説昭和四八年刑事篇一四三頁、一四四頁から引用したものである。）

ii 薬事法違憲判決

同判決はいう。「職業は、本質的に社会的なしかも主として経済的活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力の規制の要請が強く憲法二二条一項が公共の福祉に反しない限りという留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。」しかし、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、千差万別でその重要性も区々にわたるので職業の自由に対する規制もその事情によつて各種各様である。従つてその規制が合憲として是認されるか否かは、「一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定しなければならない。」「この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。し

かし、右の合理的裁量の範圍については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照して、これを決すべきものといわなければならない。」そして、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狹義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、」またそれが、「自由な職業活動が社会公共に対してもたらず弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。」

右判決においては、経済的自由の規制の問題であるのに、立法府の裁量の不合理性が明白であることは、憲法適合性の判断要件として全く要求されていない。既にのべたように、従来、経済活動の規制については、精神的自由に比して、立法の裁量の範圍の広いことが強調され、その規制の手段、程度が「明白に不合理」な場合のみ違憲であるというのが最高裁の傾向であつたが、右判決はこのような立法政策への安易な追隨をすて、経済活動規制の立法府の裁量にも限界があることを明らかにし、「明白性」の考え方をとらないことを宣明するとともに、「LRAの原則」の考え方を導入したといつてよい。このことは、他の精神的自由或いは国家の構成員としての国民の最も基本的な権利である参政權特に選挙權に対する規制の憲法適合性を判断するに當つて、大いに参考に値いする。

しかも、本件在宅投票制度廃止立法の目的は弊害防止にあつたのであるから、右判決のいう「弊害防止のため

の消極的規制」という要件に該り、右判決の法理はそのまま妥当するし、本件は経済活動以上に立法府の裁量が厳しく限定されるべき選挙権に関する規制なのである。

iii 定数配分違憲判決

この判決の判示するところは、正に、本件訴訟における国側の平等論、裁量論、違憲審査基準等に対する痛烈な批判といつてよい。即ち、「元来、選挙権は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議會制民主主義の根幹をなすものであり……」「平等は、自由とならんで、近代国家における基本的かつ窮極的な価値であり、理念であつて、」「右の歴史的發展を通じて一貫して追求されて来たものは、……およそ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、各自の身体的、精神的又は社会的条件に基づく属性の相違は全て捨象されるべき……」であり、「更に進んで、選挙権の内容の平等、換言すれば、各選挙人の投票の価値、すなわち各投票が選挙の結果に及ぼす影響力においても平等であることを要」し、「殊更に投票の実質的価値を不平等にする選挙制度がこれに違反する」事は勿論、「具体的な選挙制度において各選挙人の投票価値に実質的な差異が生ずる場合には、常に右の選挙権の平等との関係で問題が生ずる。」そして「……法の下の平等は、選挙権に関しては、国民はすべて政治的価値において平等であるべきであるとする徹底した平等化を志向する」ものであり、憲法の「文言上は単に選挙人資格における差別の禁止が定められているにすぎないけれども、単にそれだけにとどまらず、選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票価値の平等もまた憲法を要求するところである。」「国会がその裁量によつて決定した具体的な選挙制度において現実に投票価値に不平等の結果が生じている場合には、それは、国会が正当に

考慮することのできる重要な政策的目的ないしは理由に基づく結果として合理的に是認することができるとは、考へなければならない。」「具体的選挙制度は、それが憲法上の選挙権の平等の要求に反するものでないかどうかにつき、常に各別に右の観点からする吟味と検討を免れることができない。」「結局は、国会の具体的に決定したところがその裁量権の合理的な行使として是認されるかどうかによつて決するほかなく、……投票価値の平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしやくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の裁量の限界を超えているものと推定されるべきであり、このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかない。」

右判示は、投票が選挙の結果に及ぼす影響の平等性を要求しているが、そのことは、その結果を生ずるための投票権の行使つまり投票の機会そのものが平等に保障されていることを前提としていることはいうまでもないし、投票の機会を不平等ならしめる選挙制度（在宅投票制度を認めない選挙制度）が「殊更に投票の実質的価値を不平等にする選挙制度」であることも疑いない。

右判決は選挙権についての平等原則は形式的なものではなく、実質的な平等であることを高らかに宣言しているのである。しかも、この事案では形式的には一票の価値はあるが実質的には五分の一票の価値しかないものを実質的にも一票に高めようというものであるが、本件では投票の機会が保障されていないために、一票は絵に画いた餅にすぎず、形式的にも一票の価値さえない状態といつてよいのであるから、右判決の場合以上に強い理由で平等原則違反というべきである。

加えて右判決は、具体的な選挙制度が右の如き平等原則に反しないかは、常に司法審査の対象となり、その規

制の合理性を検討すべきであり、もしその不合理性が甚しい場合には違憲性が推定され、不合理性を正当化する特段の事情が主張立証されない限り、違憲判断を免れないものである。

結局、右三判決を通覧して本件を考えれば、議会制民主主義の根幹をなす選挙権の行使における平等がそ上にあげられているのであるから、経済活動より以上に国民の権利行使を十分にしなければならぬのであり、弊害は正という立法目的は正当であつても、その目的達成の手段としては罰則の強化、親族の介入禁止、選管委の執行体制の強化などの措置により十分この目的を達成できたのであつて、在宅投票制度の廃止により、在宅選挙人の投票権の行使は不可能又は著しく困難となり、選挙の結果に及ぼす影響力は零になつてしまうのであるから、目的と手段の均衡を失し、平等原則の点においても本件制度の廃止は憲法違反といわなければならない。

しかも、右各判決は不合理性の明白性を全く要求していないけれども、本件制度の廃止の不合理性は明々白々であり、前記iiiの判示よりすれば、このような場合は国側において、制度廃止を正当化する特段の事情を主張立証しない限りは違憲と判断されるのである。

従つて、原判決は右各判決にならない(iの判決)、或いは先取り(ii、iiiの判決)したものであり、最高裁判例の趣旨にそいこそすれ、何ら反するものではない。

(三) 法の下の平等について

1 現代における平等思想

平等思想は、歴史的には古代ギリシャの哲学思想にまで遡ることができ、中でもアリストテレスの正義の概念

(平均的正義と配分的正義) 中、配分的正義の思想は、人間の社会生活における各個人の本質的差異を認め、これに比例した配分をもつて正しい配分とする考え方であり、これは現代的平等ないしは生存権の保障を思想的に基礎づけるものとして、現代の平等理念の解明に決定的影響を与えているといわれている。

そしてストア学派、ローマ法思想を経て形成された近代の自然法思想の下での平等思想は、一つには絶対無条件の平等思想であるとともに、二つには形式的平均的平等思想であつた。それは封建社会から近代社会への移行の過程において形成されたものであり、それが故に万人の平等と人間解放とを抽象的な理念として唱へたものであつた。そこにおける人間は抽象的な人格であつたといつてもよい。

ところが現代の思想は、現実の社会生活の中にみられる具体的な不平等に目を向け、これを是正しようとしてゐるのであり、具体的な人格を考えている。現代の平等思想は、従つて、前記のアリストテレスの配分的正義の理念に基づく実質的平等を内容とするものであり、昨今強調されている福祉国家観は、このような実質的平等・配分的正義の理念を思想的根拠としている。その意味では現代は近代国家と社会体制を異にするといつても過言ではない。

このような実質的平等の思想は、まずワイマール憲法によつて憲法の中に確立されたのであり、第二次大戦後に制定された諸国の憲法は、この思想の影響を受けて、日本国憲法も含めて、いずれも、近代的な抽象的形式な平等思想をのりこえて、社会生活の現実に即した実質的平等の実現に重点を置くようになったものである。従つて日本国憲法の平等規定を解釈するに当つても、右の平等思想の発展と現代における平等思想の意義とを正しく認識しなければならないことはいふまでもない。

2 憲法一四條一項の法の下の平等

同条項は「すべて国民は法の下に平等であつて」「……により差別されない」と積極的表現と消極的表現とを併せ用いている。後段の差別禁止は例示であることは争う余地がない。後段は過去にそのような差別が存した故にこれを禁じたものであり、消極的表現を用いているからといつて形式的平等を宣言していることを証するものではない。

何よりも日本国憲法が、右にのべた平等思想の發展とこれに裏うちされたワイマール憲法以下の実定憲法の流れの中において制定されたものであり、生存権などの実質的平等確保の規定も置かれている憲法であるということは、一四條一項の解釈に反映せざるを得ないのである。このことを忘れた解釈論は法の生成發展を無視したものだといわざるを得ない。

思うに、控訴人自らも平等原則の相対性を承認しているのであつて、平等原則の相対性は近代平等思想における絶対性と相反するのであり、具体的事実の差異に応じた取扱いを要求するものであるから、平等原則の実質性・配分的正義の観念にこそ合致するものなのである。

形式的に不平等であつても実質的に合理性があることから不平等ではないとされる例は枚挙にいとまがない。例えば同じ人間でありながら女子労働者の夜勤を禁止するというのもそうであろう。形式的に不平等であるのみでなく実質的にも合理性がないならば不平等とされることもいうまでもない。形式的にも平等であり、実質的にも合理的であれば平等原則に合致するとされるのも当然である。更に形式的には平等であるが、実質的に合理的でないならばやはり平等原則違反とされるであらう。

つまりは具体的に生成する事象が平等原則に合致するか否かは形式的平等に合致するか否かによるのではなく、実質的に合理性があるか否かによるのである。このことは殆んど全ての憲法学説において承認されていることであり、具体的事例の検討において、取扱いを異にする合理的理由が実質的に存在するのか、それが正義に合致するのかを個々具体的に目的、手段、必要性、事実の経過等詳細に明らかにして検証し、そのうえで判断されているのである。判例においても同様である。

控訴人引用の諸学説、判例においても、この実質的合理性の有無を詳細に検討することによつて平等原則を実質化していることは一見して明らかである（例えば小林、憲法講義上三〇六頁下段）。

そしてこれらの学説判例においても、このような実質的合理性の有無、即ち事物の差異に依じて異なる取扱いをすることが正義と認められるか否かの判断は社会通念によつて決せられるものであり、更にいいかえれば実質的平等をどこまで確保すべきかの判断を国民の一般常識（理性的な）によつて行うことに外ならない。勿論具体的事象は千差万別であるから、それにピッタリ合致するように扱いを変えることは不可能であるが、国民の通念としてどの程度まで「等しいものは等しく、異なるものは異つた扱い」をすべきかということである。

従つて平等原則に関する一四条一項はその中に実質的平等確保の要請をもつており、それ故にこそ、個々具体的に事象について判断する場合に実質的平等の現われとしての合理性の観念が出てくるものといつてよいのであつて、それが平等原則の内容を決定しているといつてよいのである。

だから控訴人の引用する諸々の学説判例も決して平等原則を形式的にのみ理解しているものでないことは明らかである。

そしてその事象が立法（改正・廃止も含めて）であつても事は同じであり、その立法の目的・必要性・立法目的の達成の爲の手段等の面から詳さに検討して実質的合理性の有無を判断しなければならないのである。その結果社会通念上不合理と認められればその立法は不平等取扱として憲法一四条一項違反となるのである。

本件はもともと国民の実質的差異に対応する取扱い（在宅投票制度）をしていたのであり、それは国民の一般常識上も許容される扱いであつたにもかかわらず、弊害是正という美名にかくれて合理的理由なく廃止されたものであり、正義に反することは明らかである。

（四） 国会議員の過失の存否について

1 合議体の不法行為が問題となる場合に、その合議体を構成する公務員の故意過失をいかに考えるのかという点については、その合議体の意思決定が違法と考えられる場合には、とりもなおさず、その意思決定に関与した公務員の判断に瑕疵があつたものであり、そのことによつて国賠法という公務員の故意過失が存在したものと認めることができるのであつて、個々具体的な特定の公務員がいかなる判断をいかなる理由でしたかまで問題とする必要はないということは、多くの裁判例の一致して認めるところであり、各種合議制機関の過失がその個々のメンバーの判断内容を問題にすることなく認定されて来ていることも衆知の事実である。

控訴人主張の如き論理は学説判例上全く他に例のない珍説であつて考慮に値しない。

2 (1) 原判決は確かに、過失認定に当り国会の審議経過を検討しているが、過失認定の判示部分においては単に国会の審議経過は既にみたたとおりであるとしているにすぎない。国会の過失を認定するには、その審議経過に照し当該法改正という国会の意思決定が違法と判断されればよいものであるから、LRAの原則をとるとら

ないに全く関係ないものである。L R A の原則をとるにせよとらないにしても、過失を認定するには国会の審議経過を検討しその中で廃止することが権利行使を不可能又は著るしく困難にさせることを知りえたか、制度の改善という方策をとらずに廃止にまでふみきらなければならない合理的理由があつたのか、廃止ということが必要最小限度の制約であるか否かなどを十分に検討したのかが問題にされなければならないのであり、原判決の検討した内容と実質的に異なりはしないのである。

(2) 既にのべたように、L R A の原則というから目新しい基準と考えられるが、これは条理常識上ごく当り前のことであり、人権の制約立法をする場合に合理的必要最小限度の制約に留めようとすれば他にもつとよい方法はないかと考えるのが通常であろう。他にもつとよい制約の少ない方法があるのにこれを採用しないならば必要最小限度の制約をこえたといわれるのは当り前のことではないか。

従つて本件改正当時において国会が「L R A の原則」という形で考えていなかつたとしても、条理常識上もつと制約の少ないより合理的な制約の方法がなかつたか否かを検討しなかつたことの責任を免れるものではない。

(3) 表決に当つた国会議員がその職務上要求される注意力をもつてすれば原判決の指摘する問題点に気付きたかといふことは正に、制度の改善ではすまないのか、どうしても廃止しなければならない事情があるのか、選挙権行使の保障という面からみて必要最小限度の制約とはなにかといふことを検討したうえで廃止することが権利行使を不可能又は著るしく困難ならしめる結果となることを知りえたかといふことに外ならないのであつて、原判決が検討したのと同じことになるであらう。

(4) 本件改正当時、判例学説上在宅投票問題を扱つたものがなく、国会や選挙制度調査会における調査審議の過程において憲法論議がなかつたとしてもそのことによつて過失が否定されるものではない。判例学説がなくとも、本件制度を廃止すれば投票所に行くことが不可能又は著しく困難な者の投票権行使が不可能又は著しく困難となり結局選挙権の保障の趣旨に反することになることは常識的にわかることであるし、少くとも在宅選挙人らの意見聴取を行えば直ちにわかることであつたにもかかわらず、国会はこれをしなかつたのである。また、国会等の審議過程において憲法論議がなかつたということは、正に少数者の権利に対する無知・無理解と職務怠慢、更には身障者等に対する差別意識を示すものに外ならない。

(5) 立法当時の憲法解釈の状況がどのようなものであつたかは過失認定にあたつて一般論としては一つの参考になりえようが、本件のようにだれが考えても制度を廃止すれば在宅選挙人の権利行使が不可能又は著しく困難となることは目にみえているのであつて当時の立法関係者や有識者達がこれに思を至さなかつたということは、選挙権保障の視点が欠落していたことを示すものであり、明らかに重大な過失があつたと言わなければならぬ。

本件改正は、公職選挙法一部改正のまた一部であり、当時の立法関係者らは他の改正部分に目を奪われて、本件改正部分にもともと大きな注意を払つていなかったともいえるのであり、そのことは過失認定の根拠とはなりえても、過失否定の根拠たりえないことは明らかである。

(6) 立法の不作為について過失を問題とする場合、廃止が合理的必要最小限度をこえるものとして違憲とされる以上、選挙権行使の実質的保障をする立法をしないことも違憲とされるのは当然のことであり、そのような

立法をしないことについて過失ありとされるのも当然のことであつて、それはL R Aの基準の採否には関係のないものであるのみならず、条理上も当然のことである。

被控訴人は、国会が憲法上の国民主権等の原理によつて限界付られ、立法を義務付けられているのに選挙権行使の保障の立法（投票所に行けないか行くことが著しく困難な者の選挙権行使の機会を確保するための立法）をしないことが合理的理由を欠き憲法に違反するものであつて、このような立法をしないことにつき国会議員の故意又は過失があると主張しているのである。

(7) 国会の審議経過のみが過失判断の資料となるものではないとしても、これが最も重要であるということはいふまでもなく、更にこの外に国会の意思決定に係わりのあるものがあるならばそれも過失判断の際の検討資料とされるであろうが、それは証拠として裁判所に提出されなければならない。裁判所は証拠として提出されないものを斟酌のしようがない。そして原審においても、国会の審議経過以外の資料、例えば選挙制度調査会議事録や、雑誌等も証拠として提出され、原判決はこれらのものも過失判断の材料に用いていることは明らかである。これでも不十分だといふのであれば必要と考えるものを控訴人において提出すればよいことである。

(五) 不作為の違憲性

既にのべたとおりの経過で在宅投票制度は廃止され、昭和四九年に至つて極く一部について復活されたものの、大部分の在宅選挙人は選挙権を行使することが不可能又は著しく困難な状況におかれている。

即ち昭和四九年六月三日公選法一部改正法案が可決成立し（昭和四九年法律第七二号）、在宅選挙人の一部が投票所に行かずに在宅のまま投票することが可能となつた。だが自治省推計によつてもその該当者は僅か九万人

余りというものであり、在宅選挙人総数の極く一部にすぎない。右改正法によれば、公選法第四九条第二項として、

「選挙人で身体に重度の障害のあるもの（身体障害者福祉法第四条に規定する身体障害者又は戦傷病者特別援護法第二条第一項に規定する戦傷病者であるもので政令で定めるものをいう）の投票については、前項の規定による外、政令で定めるところにより、第四二条第一項但書、第四四条、第四五条、第四六条第一項、第五〇条及び前条の規定にかかわらず、その現在する場所において投票用紙に投票の記載をし、これを郵送する方法により行なわせることができる。」

との条項が加えられた。そしてその「重度身体障害者」の範囲を定めた政令（公選法施行令）によると、身障者福祉法第四条に規定する身体障害者については、同法第一五条第四項の規定により交付を受けた身体障害者手帳に両下肢、体幹、心臓、じんぞう、若しくは呼吸器の障害の程度が両下肢若しくは体幹の障害にあつては一級若しくは二級、心臓、じん臓若しくは呼吸器の障害にあつては一級若しくは三級である者として記載されている者……をいうのであり、更に具体的にいえば、

（下 肢）両下肢の機能を全廃したもの

一級

両下肢を大腿の二分の一以上で欠くもの

両下肢の機能の著しい障害

二級

両下肢を下腿の二分の一以上で欠くもの

（体 幹）体幹の機能障害により坐つていないもの

一級

体幹の機能障害により坐位又は起立位を保つことが困難なもの

二級

体幹の機能障害により立ち上ることが困難な者

二級

(心臓)

心臓の機能の障害により自己の身の日常生活活動が極度に制限されるもの

一級

心臓の機能の障害により家庭内での日常生活活動が著しく制限されるもの

三級

(じん臓)

じん臓の機能の障害により自己の身の日常生活活動が極度に制限されるもの

一級

じん臓の機能の障害により家庭内での日常生活活動が著しく制限されるもの

三級

(呼吸器)

呼吸器の機能の障害により自己の身の日常生活活動が極度に制限されるもの

一級

呼吸器の機能の障害により家庭内での日常生活活動が著しく制限されるもの

三級

に限定するものである。

従つて右改正法及びこれを受けて制定された政令のもとにおいては身体障害者手帳を有しない者は投票できず、右列举の機能障害を有しない者は除かれるのであり、ねたきり老人、長期療養者、難病による歩行困難者、盲人、リウマチ患者、松葉杖によつてようやく歩行できるものなどは勿論、一時的な負傷・疾病・妊産婦なども、投票権行使ができない又は著しく困難であることは従前と全く変りがない。しかしながら、憲法上投票の方法等は法律で定めるものとされ、これが定められなければいかに抽象的に選挙権を保障されていても、(選挙権の保障はその行使の保障即ち投票の保障を概念必然的に予定しているものであるから)ただしく選挙権が保障されたことにはならないのであり、従つて投票の方法について立法することは憲法上の義務である。そしてこの立法をする場合には、憲法に適合するような立法をしなければならないことも憲法上当然の義務で

ある。投票の方法についてどのように定めるかについて立法に委ねられている訳であるけれども、従つてその限りにおいては例えば投票所投票主義をとるか否かは自由であるけれども、そのことによつて憲法違反を招来する結果を来してはならず、投票所投票主義をとるならば、その欠を補い選挙人の選挙権行使の機会をあまねく保障するてだてを講ずべきことが憲法上要求されている訳である。そのてだてが従前行なわれていた昭和二年四月一五日法律第一〇〇号での制度であらうと、昭和二年改正衆議院議員選挙法三三条における制度であらうと、また別の制度であらうと問うところではない（その意味ではここでも立法者の裁量の余地は存在する）が、とにかく右のような手だては憲法上必須不可欠なのである。ただ右のような手だては、投票所に行くことができず又は著しく困難な者（在宅選挙人）の選挙権行使の機会を投票所投票主義の欠を補うものとして考えられ保障されるものであるから、その内容が在宅のまま投票権行使をさせる制度であることは変りなく、その意味で在宅投票制度と総称することは許されよう。この意味において、投票の方法については憲法上立法に委ねられているが、立法の裁量として投票所投票主義を採用するならば、憲法上在宅投票制度の採用が義務付けられるのである。

そして内閣及び国会並びにその構成員は、憲法の尊重擁護義務を負い（憲法九九条）、内閣及び各議員が法案提出権を有することは確定された憲法解釈である。

従つて投票方法について投票所投票主義を採用しているのに、右のような意味での在宅投票制度が採用されていない以上は、内閣及び各議院の議員は、在宅投票制度を設けるべき内容を有する法律案を国会に提出し、国会においてこれを可決成立させる義務がある（可決成立の關係では内閣は除く）のであつて、これをしていないこ

とは憲法違反であることは明らかである。

確かに昭和四九年六月三日には前記公選法一部改正法の成立により、一部の在宅選挙人が在宅投票をすることは可能になつたが、これによつても、尚選挙権行使が不可能又は著しく困難な者が多数いることは右改正法案審議の際に指摘されていたことは明らかであり、右改正法の成立施行によつても尚憲法違反の状態は払しょくされず、依然としてその他の在宅選挙人の選挙権行使が保障されていないという立法の不作为による違憲状態が作出され続けているし、右改正法によつて選挙権行使が可能となつた在宅選挙人に対しても、過失において権利行使が保障されていなかったといふことの責任は免れうるものではない。