



判例時評 立法不作為と違法確認訴訟[東京高裁令和2.6.25判決]

興津, 征雄

(Citation)

法律時報, 92(10):4-6

(Issue Date)

2020-09

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100486197>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



立法不作為と 違法確認訴訟

——東京高裁令和2年6月25日判決

興津征雄

1 はじめに

令和2年6月25日、東京高裁は、在外国民最高裁判所裁判官国民審査権訴訟の控訴審判決を言い渡した¹⁾。同判決は、立法不作為による権利制限の違法確認訴訟の適法性を肯定し、請求を認容するという、裁判例上おそらく初めての、画期的な判断を示した。本稿は、この違法確認訴訟の理論的意義を速報的に解説することを目的とする²⁾。

2 立法不作為に対する司法的救済

(1) 国家賠償請求訴訟

憲法上の権利を行使するために法律による制度形成が必要な場合に、立法府が不作為によりその制度形成を怠っていると、立法不作為による権利侵害が生じる。裁判所が立法府に代わって制度を創設するわけにはいかないため、実効的な司法的救済を得るためにどのような方法が有効であるかは、憲法と行政法にまたがる難問として、従来から議論されてきた³⁾。本件で問題となったのはまさにこの点であり、憲法79条4項が、最高裁判所裁判官の国民審査について制度形成を法律に委ねているにもかかわらず、それを受けて制定された最高裁判所裁判官国民審査法（国民審査法）が、日本国外に住所を有する日本国民（在外国民）に国民審査権の行使を認めていないことの合憲性が争われた。

このような局面で、従来多く用いられてきたのが、国家賠償請求訴訟である。しかし、国家賠償

は、要件・効果の両面で限界がある。要件面では、判例は、立法の内容または立法不作為の違憲性と、国家賠償責任の成立要件である国家賠償法1条1項の適用上の違法性とを区別しており⁴⁾、前者が存在するにもかかわらず、後者が満たされないために救済を得られないことがある。本判決も、まさにその理由で国家賠償請求を棄却している。効果面では、国家賠償請求は、認容されても、過去の損害に対する金銭賠償（額は低廉であることが多い）にとどまり、将来に向かって権利侵害を予防する効果は、事実上のものとしてはともかく、法的には生じない。国民審査権や選挙権など非金銭的な権利の制限が争われている場合には、原告の主たる目的は将来に向かって権利行使を可能にすることにあると考えられ、金銭賠償では実効的な救済にならないことが多い。

(2) 地位確認訴訟

平成16年の行政事件訴訟法改正後は、同法4条の公法上の法律関係に関する確認の訴え（確認訴訟）も用いられるようになった。最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁（在外国民選挙権訴訟）は、原告らが次回の選挙において投票することができる地位の確認訴訟を適法と認め、請求を認容した。地位確認判決は、国家賠償と異なり、将来に向かって権利行使を可能にすることを確定するという法的効果を有する。そのため、立法不作為に対する司法的救済の有効な選択肢となっている。

しかし、地位確認訴訟が有効なのは、法の解釈適用によって、確認対象たる具体的地位が導き出せる場合である。在外国民選挙権訴訟は、在外選挙制度自体はすでに創設されていたにもかかわらず、当時の公職選挙法附則8項の規定が「当分の間」その対象を衆参両議院の比例代表選挙に限定しており、衆議院の小選挙区と参議院の選挙区の選挙については適用を制限していたため、同項の規定を違憲無効とし、その規定が存在しないものとして公選法を適用することにより、(小)選挙区選挙において投票することができる原告の地位を導き出すことができる事案であった。それに対し、本件の国民審査権訴訟は、在外審査制度がまったく存在しておらず、国民審査法の特定の規定を違憲無効とすることによっては、国民審査の投

票をすることができる法的地位を導き出すことが難しい事案である。原告らは、国民審査法を憲法適合的に解釈することにより、そのような地位を導き出すことができると主張しており、筆者も意見書においてそれを支持する論陣を張ったが、残念ながら裁判所の容れるところとはならず、地位確認訴訟は確認の利益を欠くとして却下されてしまった。しかし、それに代わる救済方法として、原告らが予備的請求として提起し、本判決が認めたのが、違法確認訴訟であった⁵⁾。

3 違法確認訴訟の適法性

(1) 主 文

判決主文は次のとおりである。「一審被告〔国〕が、一審原告〔ら〕が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審査において、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。」ここにいる「違法」は、特定の法律に違反するという意味ではなく、憲法を含む法（秩序）に反して許されないことを意味すると解される。

以下、判決理由に沿って、この訴訟の適法性を検討しよう。

(2) 確認の利益

違法確認訴訟も確認訴訟である以上、訴訟要件として確認の利益が必要である。本判決は、次のように判示する。

「国会において、在外国民に国民審査権の行使を認める旨の立法的措置を講じない限り、一審原告……らが、次回の国民審査においても、同様に、国外に住所を有することを理由として、投票することができず、国民審査権を行使する権利が侵害されることになり、その権利侵害の危険は、「現実的なものとして存在するものと認められる」。「国民審査権は、選挙権と同様、その権利を行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであり、損害の賠償によっても十分に救済されるものではない。しかも、立法的措置が全くされていないという全面的な立法的不作為と立法的措置が部分的にはされているという一部の

立法の不作為の場合とを比較して、前者の方が立法の不作為による権利侵害の程度が深刻であるにもかかわらず、後者には積極的な地位の確認を認める（平成17年大法廷判決）ことによって救済を図る方法がありながら、前者については司法的救済が拒否されなければならないとする理由はない。／このように、救済を図るために他に適切な方法がなく、即時確定の利益もあるから、……本件違法確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法であるというべきである。」

きわめて明快な説示であり、屋上屋を架す解説は無用だろう。在外国民選挙権訴訟との対比（立法不作為の程度が甚だしいとかえって救済に欠缺が生じかねない点）は、同訴訟の調査官解説も指摘していた⁶⁾。その穴を埋めるのに、違法確認訴訟が有効適切とした判断は、健全なバランス感覚に合うものと思われる。

(3) 法律上の争訟

仮に、原告が自己の権利利益と関係なく、法令の規定が抽象的に違法であることの確認を求めているとしても、法律上の争訟に当たらないとして、却下されることになるだろう（原判決を参照）。しかし、国民審査権は、憲法により主観的に保護された権利であり、その行使が法令の規定により妨げられていることの確認（判決主文を参照）は、法令の抽象的な違法・違憲の確認とは異なり、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」に当たり、ひいては法律上の争訟に当たすることは否定できないだろう。本判決も、本件違法確認訴訟が「国民の個人的な権利の保護を目的とする主観訴訟であって、抽象的に法令の違憲、違法や立法不作為の違法の確認を求める、客観的な法秩序の維持等を目的とする客観訴訟ではない」と述べている。

(4) 立法権との関係

仮に、裁判所が判決により立法の欠缺を埋めることで、実質的に立法を行ったと評価されるような場合には、立法権との関係で司法権の限界を越えることになり、そのような判決を求める訴えは許されないことになるだろう。しかし、本判決は、確認判決の拘束力（行訴41条1項・33条1項）⁷⁾により、国会が在外国民に国民審査権の行使を可

能とする立法措置を執るべきことになるが、その立法措置の内容については、国会が定めるのであるから、裁判所が立法作用をしたとの批判も当たらないとする。付け加えれば、所要の立法措置を執るべきことは、憲法が国会に命じている義務だから、裁判所による立法権に対する介入には当たらないといえよう。

(5) 訴訟の性質

本件違法確認訴訟の性質につき、本判決は公法上の当事者訴訟とするが、原判決は無名抗告訴訟と見ていた⁸⁾。判例は、公的義務の不存在確認訴訟について、将来の不利益処分の予防を目的とするものは無名抗告訴訟、行政処分以外の不利益の予防を目的とするものは公法上の当事者訴訟に当たると整理し、前者につき差止訴訟の訴訟要件（行訴3条7項・37条の4第1項）を満たすことを求めている⁹⁾。これは、確認訴訟の形式をとることによって法定の抗告訴訟の訴訟要件が潜脱されることを防ぐための区別であるから、義務不存在確認訴訟以外の確認訴訟にも妥当するはずである。本件違法確認訴訟は行政処分の予防を目的とするものではないから、公法上の当事者訴訟に当たる。したがって、訴えの適法性の判断において、差止訴訟その他の抗告訴訟との関係を考慮する必要はない。

4 おわりに

本判決は、立法の全面的不作為のゆえに地位確認訴訟が機能しない状況を前提として、違法確認訴訟という新たな権利救済の途を拓くものとして、高い評価に値する。筆者はかつて、違法確認訴訟の可能性を主張する学説に対し、消極的な評価を述べたことがある¹⁰⁾。その趣旨は、侵害が主張されている権利・地位の内容が抽象的なものでもよいとすると、立法の客観的違憲性の確認に近づいていき、付随的審査制との間に緊張関係を生じかねないため、あくまでも権利・地位など法律関係の確認を原則とすべきということであった。しかし、本件のように、権利・地位の内容が憲法の規定に基づいて具体的に特定され、かつ、権利侵害の危険も現実的に存在する場合には、付随的審査制に抵触するとはいえないだろう¹¹⁾。また、

権利・地位の確認ができず、違法確認訴訟が唯一の有効適切な救済方法である場合には、その補充性ひいては適法性が肯定されるべきだろう。私見によっても、違法確認訴訟に関する本判決の判断が否定されるものではないことを、確認しておきたい。

- 1) 東京高判令和2・6・25（令和元（行コ）167号）。判決文は、原告を支援する公共訴訟プラットフォーム「CALL4」のウェブサイト公開されている（<https://www.call4.jp/file/pdf/202006/2be75071b9add092718465b9780bf43.pdf>、2020年7月28日閲覧）。原判決は、東京地判令和元・5・28判時2420号35頁。提訴の背景などについては、CALL4代表者の手記である谷口太規「在外国民審査権違憲判決の来歴」法時91巻9号（2019年）4-6頁参照。
- 2) 筆者は、原告代理人の依頼により、東京高裁に宛てて意見書を執筆したが、違法確認訴訟には触れていない。意見書の内容は、興津征雄「在外国民最高裁判所裁判官国民審査権訴訟 意見書」神戸法学雑誌69巻4号（2020年）1-37頁として公表されている。
- 3) 最新の文献として、曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法教476号（2020年）54-61頁。
- 4) 最判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁、最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁、最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁。
- 5) つとに、本件のようなケースを念頭に置いて違法確認訴訟が認められるべきことを説いていた学説として、山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）495頁、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（2015年）114-130頁、128-130頁、山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考」論ジュリ29号（2019年）14-20頁、16頁など。
- 6) 杉原則彦・最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(下) 603-680頁、674頁。
- 7) 確認判決の拘束力が国会に及ぶかどうかには、学説上争いがある。参照、南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2014年）698頁〔興津征雄〕。
- 8) 本件以前に違憲（違法）確認訴訟の可能性を示唆していた東京地判平成23・4・26判タ1377号60頁も、無名抗告訴訟としていた。
- 9) 最判平成24・2・9民集66巻2号183頁、最判令和元・7・22民集73巻3号245頁。
- 10) 興津征雄「違憲審査における確認訴訟の意義」法セ674号（2011年）23-25頁、24頁。同「憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟（確認訴訟）」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室〔第2版〕』（日本評論社、2020年）187-197頁、196頁も参照。
- 11) 曾我部・前掲注3）61頁。

（おきつ・ゆきお 神戸大学教授）