Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2026-11-30

違憲審査における確認訴訟の意義（特集 憲法訴訟の潮流を読む）

興津，征雄

(Citation)
法学セミナー,56(2):23-25

(Issue Date)
2011-02

(Resource Type)
journal article

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004078

※ この論文ファイルは印刷不可です。

［憲法訴訟と行政訴訟］
違憲審査における確認訴訟の意義

神戸大学准教授
興津征雄

『違法是正と判決効』（弘文堂、2010年）　法学セミナー2011/02/no.674

1｜はじめに

2004年に行政事件訴訟法（行訴法）が大改正を受け、多様な救済メニューが導入されたことは、法学部生・法科大学院生の皆さんが行政法の授業で勉強しているとおりです。しかし、この改正が憲法訴訟・違憲審査の領域でもつ意義については、行政法の授業を聴いても憲法の授業を聴いても、いまひとつ実感できないままでいるのではないでしょうか。本特集の中で唯一行政法専攻者の手になる本稿の役割は、行政法内部における近年の変革が憲法論にどのような影響を与えているかを描き出すことにありますが、訴訟の入口（原告適格・処分性等）や中身（裁量論等）についてはすでに優れた分析が存在することを踏まえ[1]、本稿では特に訴訟の出口（判決・救済方法等）に焦点を絞りたいと思います。

救済方法に関する重要な改正点の１つとして、行訴法４条後段に定める公法上の当事者訴訟に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」（確認訴訟）が含まれることを明示（例示）したというものがあります。この改正は、行政立法・行政計画・行政指導など、従来の解釈論では処分性が認められにくく、抗告訴訟による救済が困難だった行政活動をめぐる紛争の受け皿となることを期待してなされたものでしたが、改正法施行後に最高裁がこの訴訟の提起を適法と認めて請求を認容した２つの判決（最大判平17・９・14民集59巻７号2087頁〔在外国民選挙権訴訟〕、最大判平20・６・４民集62巻６号1367頁〔国籍法違憲訴訟〕）は、いずれも立法の違憲判断を含むものであり、この類型の訴訟が行政の適法性統制のみならず違憲審査の領域でも大きな威力を発揮しうることを示しています。そこで、本稿では、主として在外国民選挙権訴訟に関する最大判平17・９・14（以下「本判決」といい、この訴訟を「本件」という）に着目し、確認訴訟において憲法判断がされる際に問題となりうる訴訟法上の論点を中心に扱うことにしたいと思います。以下では、なぜ憲法訴訟において確認訴訟・確認判決という救済方法が注目されるのかを指摘し（2）、確認判決の効力についてコメントします（3）。

2｜確認訴訟・確認判決の効用

外国に居住していて日本国内に住所を有していない日本国民（在外国民）は、1998年に公職選挙法（公選法）が改正されて在外選挙制度が創設されるまで、国政選挙において投票することができず、また、同改正後も衆議院の小選挙区選挙および参議院の選挙区選挙については投票をすることができませんでした。そこで、在外国民であった本件の原告らは、原告らが衆議院小選挙区選出議員選挙および参議院選挙区選出議員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などを請求して訴訟を提起したところ、本判決は、この請求を「引き続き在外国民である同上告人［原告］らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、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「善解」[2]したうえで、訴えを適法と認めて請求を認容しました。

選挙権のように憲法上保障されることが明らかな権利であっても（憲15条）、その内容や行使方法の定めが法律に委ねられるものは（憲44条・47条）、立法府が権利の内容を十全に実現する制度を整備しなかった場合、行政処分や刑事訴追などの積極的適用行為が存在しないにもかかわらず権利が侵害されるという事態が生じることになります。このような事態は立法不作為による権利侵害と呼ばれますが（もっとも立法府による不十分な制度形成は作為と捉えることもできるため、両者の区別は相対的です）、法令の適用行為が観念できないため、どのような訴訟形式でこれを争うことができるかという問題が憲法訴訟論上の難問として立ちはだかっていました。

判例は、ごく限られた場合には立法行為に基づく国家賠償責任が成立することを認めていますが（最判昭60・11・21民集39巻7号1512頁〔在宅投票違憲訴訟〕、本判決も参照）、実体要件の厳格さを別にしても、国家賠償は金銭による事後的な補償にすぎず、違憲状態の是正や憲法上の権利の実現を直接求めるものではないという点で、救済方法としての限界は否定できません。学説上は立法不作為の違憲確認訴訟や「基本権訴訟」の可能性が模索されていましたが[3]、こうした訴訟が行訴法3条に基づく無名（法定外）抗告訴訟として提起された場合には、無名抗告訴訟に特有の厳しい訴訟要件[4]がクリアできず、とりわけ立法不作為が問題となるケースでは立法裁量の存在から作為義務の明白性の要件が否定されて、訴えが不適法と解されることがほぼ不可避でした[5]。本判決が2004年改正を受けて行訴法4条後段に基づく確認訴訟の提起を適法と認めたのは、まさに立法不作為に対する新たな救済の道を切り拓くものであったといえます（公法上の当事者訴訟としての確認訴訟の適法性を認めたと見られる最大判昭41・7・20民集20巻6号1217頁〔薬事法違憲訴訟〕は、2004年改正の前後まで公法学説において顧みられることがありませんでした）[6]。

もっとも、確認訴訟が立法不作為に対する万能の処方箋になるかといえば、恐らくそうではないでしょう。本判決は、すでに在外選挙制度が存在することを前提として、その適用範囲を制限していた公選法附則の一定部分を違憲無効とするもので、通常の法令違憲判決に近いものだといえます（本判決は在外選挙制度創設前の公選法が違憲である旨の判示もしていますが、国家賠償請求との関係で意味をもつ判決理由です）。それに対し、およそ立法府が制度形成を行っていない段階では、確認対象となる権利・地位はいきおい抽象的なものとならざるをえません。例えば、議員定数不均衡違憲訴訟において、現行の選挙区割りが違憲無効であることを前提に、"次回の国政選挙で平等な価値の投票をすることができる地位"の確認を求めることは、立法府による新たな選挙区割りのあり方が一義的に特定できない以上、難しいのではないでしょうか。

それでは、立法府が（適切に）制度形成を行っていないことが違憲であり、それによって原告の権利・地位が侵害されている旨の消極的確認（例えば"選挙区割りが違憲でありそれによって平等な価値の投票権が侵害されていること"の確認）は可能でしょうか。本判決の認めるところではありませんが、このような確認は、制度形成に伴う立法裁量を尊重しつつ違憲状態の是正を促すもので、権力分立原理に適合的であるという見解があります[7]。しかし、このような確認は、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を生じかねません[8]。逆に、権利・地位の内容が具体的に特定されていないと訴えの提起が認められないとすれば、立法不作為に対する救済として機能する余地はそれほど大きくないかもしれません。また、議員定数については、最大判昭51・4・14民集30巻3号223頁以来、最高裁が事情判決の形で選挙の違法（実質的には違憲）を宣言したり、判決理由や個別意見のなかで是正の要請をしたりしているにもかかわらず、国会が即時に対応しない現状を見ると、そのような形での確認判決が認められた場合に立法府に対して及ぼす効果を、理論面と実際面からもう一度検討すべき必要があるように思われます。

3｜確認判決の効力

確認判決により憲法上の権利の存在が確認されたとして、その権利はどのようにして実現・回復されるのでしょうか。すでに存在する法令の規定を違憲無効とする判決であれば、一般的効力説をとるにせよ個別的効力説をとるにせよ、少なくともその事件においては当該法令の規定の適用が排除されることで原告の救済が得られます。ところが、立法不作為による権利侵害の場合には、前述のように立法府による制度形成が権利行使の前提となりますから、確認判決が言い渡されただけで直ちに権利の実現が可能となるわけではありません。行政訴訟であれば、行訴法41条1項が取消判決の拘束力に関する同法33条1項の当事者訴訟への準用を定めていますから、確認判決の効力は関係行政庁に及び、関係行政庁が判決で確認された法律関係の存在を前提として行動すべき拘束を受ける結果として、当該権利の実現・回復が達成されることになります。しかし、この拘束力が行政機関と同様に立法機関（国会）にも及ぶのかという点については、権力分立原理や国会単独立法の原則（憲41条）との関係で見解が分かれています[9]。

先に消極的確認を可とする学説が指摘していたように、公法の世界では、ある国家権力（立法・行政）の作用を別の国家権力（司法）が統制するという統治機構の構造上、当事者の行動を一義的に義務づける判決よ

りも、法的に遵守・尊重されるべき観点を示したうえで案件処理のやり直しを促す判決のほうが、権力相互の抑制均衡を保つうえでも適当であるように思われます。判決の拘束力は、こうしたやり直しの過程で最もよく機能することが期待されます[10]。こうして見ると、裁判所による確認が国会の権限の簒奪になるかどうかは、確認対象の選択（権利・地位の特定性）の段階でチェックされるべき事柄であり、当該対象について訴えを適法と認め請求を認容した以上、判決の拘束力が立法府には及ばないとする根拠はないように思います。

もっとも、確認判決には執行力が伴いませんので、判決の実効性をどのように確保すべきかという別の問題が生じます。行政訴訟一般の問題としても、前訴判決の拘束力に反する処分がなされた場合は、私人の側からもう一度訴訟を提起して裁判所の判断を受ける以外の方法はありません。こと立法行為に関しては、立法府がいつまでに制度形成の措置をとらなければ義務に違反したことになるのか、いかなる内容の措置をとれば違憲状態を是正したことになるのかは、一義的には確定できないことが多いでしょう。本件ではその内容は比較的明確なものであり、その後判決の趣旨を実現する立法措置がとられましたが、仮に義務違反があった場合にそれがどういう効果を生じるのかという点も未解決の問題です。しかし、一般の法令違憲判決でも、違憲状態を是正するためにとるべき立法措置の選択肢が複数ありうる場合に裁判所がその内容を一義的に指示しないというケースは珍しくないようですが（最大判昭48・4・4民集27巻3号265頁〔尊属殺重罰規定違憲訴訟〕がその例です）、これはむしろ先に述べた公法における判決の特質に適合的です。また、アメリカのように判決後も裁判所が管轄権を保持して義務履行を監視するという制度[11]をもたない日本の司法システムにおいては、義務違反を争うために別の手続を用いなければならないのは、致し方ないことかもしれません。

4 | おわりに

確認訴訟をめぐっては、行政法学説においても未解明な部分が多く、本稿でも、確認の利益の判定など論じ残したところが少なくありません。確認判決の効力についても、違憲判決の効力論一般との関係でもう少し突っ込んだ検討が必要です。しかし、憲法・行政法を通じた公法の世界における訴訟観のなかで確認訴訟・確認判決がもつ意義をまず理解することが、これらの論点について考えを進める第一歩になるのだろうと思っています。

1） 前者については、神橋一彦「行政訴訟の現在と憲法の視点」ジュリスト1400号（2010年）43頁以下、後者については、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号（2009年）100頁以下などを参照。

2） 杉原則彦〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）』（法曹会、2008年）649頁。

3） 戸波江二「立法不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟（1）』（有斐閣、1987年）355頁以下、棟居快行「「基本権訴訟」の可否」[1985年]『人権論の新構成〔新装版〕』（信山社、2008年）285頁以下。

4） 従来無名抗告訴訟の主要な類型として想定されてきた義務付け訴訟および差止訴訟（予防的不作為訴訟）が2004年行訴法改正によって法定された現在では、行政法解釈論において無名抗告訴訟の許容性を論じる実益はほとんどなくなっており、教科書等での言及も少なくなっている。改正前の判例・学説の状況を知るには、南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版補正版〕』（弘文堂、2009年）98-113頁［人見剛］などがある。

5） 東京高判昭60・8・26行裁例集36巻7=8号1211頁〔台湾人元日本兵戦死傷補償請求事件〕。本件第一審判決（東京地判平11・10・28判時1705号50頁、民集59巻7号2216頁以下に再録）も参照。

6） 原告弁護団の一員による古田啓昌「在外邦人選挙権訴訟」法セ615号（2006年）30頁以下は、義務付け訴訟を断念し、確認訴訟を提起することにした事情を伝えている。

7） 山本隆司〔判批〕法教308号（2006年）30-31頁。

8） 行訴法改正前の記述であるが、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）347頁。

9） 消極説として、長谷部恭男ほか「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト1303号（2005年）11頁［小幡純子］、赤坂正浩〔判批〕判例評論572号＝判時1937号（2006年）175頁、野坂泰司「在外日本国民の選挙権」法教315号（2006年）90頁註（60）、木村草太〔判批〕法学協会雑誌124巻6号（2007年）1497頁など。積極説として、山本・前掲註7）30頁、工藤達朗「「違憲判決の効力」論の再検討」[2007年]『憲法学研究』（尚学社、2009年）192頁など。

10） 参照、興津征雄『違法是正と判決効』（弘文堂、2010年）227-329頁。

11） 田中英夫「定数配分不平等に対する司法的救済」[1985年]『法形成過程』（東京大学出版会、1987年）203頁以下。

（おきつ・ゆきお）