



憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟（確認訴訟）

興津， 征雄

(Citation)

憲法論点教室:171-180

(Issue Date)

2012-09

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004080>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



24 憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟(確認訴訟)

- ①確認の利益はどのような場合に認められるのか？
- ②法律上の争訟概念との関係は？
- ③立法の違憲確認訴訟は許されるか？

はじめに

2004(平成16)年の行政事件訴訟法(行訴法)改正で「公法上の法律関係に関する確認の訴え」(行訴4条後段)が明文化されて以来、憲法上の権利の保護を求めるために確認の訴えが提起され、また、確認の訴えの中で憲法上の主張がされることが多くなっている。例えば、公立学校の教職員が提起した、卒業式・入学式等の式典において国歌を斉唱する義務がないことの確認の訴えでは、国歌斉唱を命ずる校長の職務命令の憲法19条違反が主張されているし(最一小判平24・2・9判タ1371号99頁)、薬事法施行規則(厚生労働省令)の改正により医薬品の通信販売が禁止された事案で、インターネットにより医薬品販売業を営む者が提起した通信販売できる地位の確認の訴えでは、当該禁止の憲法22条1項違反が主張されている(東京地判平22・3・30判時2096号9頁、東京高判平24・4・26平22(行コ)168号)。

それぞれの訴えの本案で展開される憲法上の主張の内容および方法については、本書の他の各章に譲ることにして、本章では、確認の訴えの訴訟要件を、憲法訴訟の観点から検討する。もっとも、訴えの中で憲法上の主張がされるのはさまざまな局面があると考えられるので(本書28〔200頁〕参照)、本章では、私人の法的地位や権利が国や地方公共団体によって危険や不安にさらされる場面を広く念頭に置いて解説し、必要に応じて憲法との関係で注意を要する点を指摘することにする。したがって、本章の論述の多くの部分は、憲法訴訟のみならず行政訴訟にも共通して妥当すると考えてよい。

1 確認の利益はどのような場合に認められるのか？

(1) 確認の利益とは

確認の訴えが適法と認められるには、原告の法的保護に値する地位ない

し権利に危険や不安が現に存在し、その危険や不安を除去するために原告・被告間で訴訟物たる権利または法律関係の存否を判決により確定することが有効適切であること、すなわち確認の利益があることが必要である¹⁾。

どのような場合に確認の利益が認められるかについて、民事訴訟法学説では、①即時確定の利益(紛争の成熟性)の存否、②確認訴訟によることの適否(確認訴訟の補充性)、③確認対象の選択の適否などの観点に分けて検討するのが通例である²⁾。行訴法4条後段の確認の訴えの利益も、原則としてこれと共通する要素を考慮して判断されることになる³⁾。

(2) 即時確定の利益(紛争の成熟性)の存否

即時確定の利益とは、訴えにより判決を求めるその時点(口頭弁論終結時)において、法律関係を確定することにより原告の法的地位ないし権利に現実生じている危険や不安を除去すべき現実的必要性のことであり、紛争の成熟性とも呼ばれる。この要件は、①原告の地位・権利に対する危険や不安がどのような場合に存在するか、および、②それはどの程度現実的・具体的でなければならないかという2つの観点から分析することができる。

(i) 危険や不安の存在

選挙権や営業の自由など、原告が憲法上または法律上保護される地位ないし権利を有しており、国や地方公共団体がそれを否定・制限する行為をとった場合には、その地位・権利が危険や不安にさらされているといえる。選挙権の制限が現実化するのは次回の選挙時であり、選挙前に選挙権侵害が生じているとはいえないとしても、「選挙権は、これを行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るから」、選挙前に確認の訴えを提起する利益が認められる(最大判平17・9・14民集59巻7号2087頁〔在外国民選挙権訴訟〕)。

なお、除去すべき危険や不安が生じている地位・権利は法的な保護に値

[1] 新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』(弘文堂、2011年)270頁など。以下、逐一の引用は控えるが、必要に応じて各自の民事訴訟法の文献をも参照されたい。

[2] 被告選択の適否(被告適格)を確認の利益に含めることもあるが、本章では割愛する。

[3] 確認の利益を中心に、行訴法4条後段の確認の訴えに関する裁判例を網羅的に整理・検討したものととして、村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』(有斐閣、2012年)733頁以下が参考になる。

するものであれば足り、必ずしも憲法で保障されたものである必要はない。例えば、国歌斉唱義務の不存在確認訴訟において、判例は義務違反に対して教職員としての処遇上の不利益が生じることを確認の利益の根拠としており、思想・良心の自由などの憲法上の権利を確認の利益を基礎づけるために援用しているわけではない(前掲最一小判平24・2・9)。

逆に、憲法に根拠を有するよう見えても、原告の主張する地位が主観的権利として保護されるもの⁴ではなく、単なる客観法の反射にすぎない場合には、法的保護が否定されることがある。例えば、政教分離規定(憲20条3項等)の趣旨については学説が分かれているが(本書16〔115頁〕参照)、人権説をとらない限り、首相の靖国神社参拝の違憲確認訴訟は法的保護に値する原告の地位を保護するものとはいえず、確認の利益を欠くことになろう(最二小判平18・6・23判時1940号122頁。宍戸・憲法119-120頁も参照)。

(ii) 危険や不安の現実性

憲法訴訟・行政訴訟として確認の訴えが提起されるケースでは、判決を求める時点では原告の地位・権利が被告の行為により観念的に影響を受けているのみで、実際の不利益がまだ生じておらず、むしろ将来生じうる不利益を予防することに訴訟の目的があると見られるケースが少なくない。例えば、国や地方公共団体による私人の地位・権利の侵害は、単純化すると、法令による一般的規範の定立→通達などによる案件処理方針の統一化・具体化→行政指導などによる警告・予告→行政処分や刑罰による不利益の付科というプロセスを踏むことが多く、私人の地位・権利に対する危険や不安の程度は、プロセスが先に進めば進むほど具体的なものとなっていく。もっとも、最終的に不利益が実現した段階では、行政訴訟(抗告訴訟)や刑事訴訟で争うことができるから、確認訴訟の提起が有効なのは、それより前の段階で、これから生じうる不利益を予防するためだということになる。

このようなケースで即時確定の利益が認められるためには、将来的に不利益を受けるおそれがあるという事情が、潜在的・抽象的な可能性ではなく、現実的・具体的に原告の地位・権利に危険や不安を生じさせていると評価できることが必要である。

具体的な判断は個々の事案に即した検討が求められるが、次のような観

：〔4〕その意味につき、安西ほか・論点236-239頁〔宍戸常寿〕。

点を総合的に考慮することが必要であろう⁵。①原告の行動を規制する被告の見解が職務命令や行政指導などにより確定的に示されているか。②これに違反すると一定の不利益を受けるおそれがあることが、法令の仕組みや過去の経緯、被告の見解などに照らしていえるか。③当該不利益を待ってから争うのでは実効的な権利保護が得られないか。行政法でよくある例を挙げれば、法令違反に対する是正勧告のような行政指導につき、後に同じ内容の是正命令が行政処分として予定されているような事案では、処分を待ってそれを争えば足りるので、勧告の段階では即時確定の利益が認められないことが多いかもしれないが、勧告不服従に対する公表が予定されている事案では、いったん公表がされるとそれに対する救済は容易ではないから、勧告の段階で即時確定の利益を認めるべきであろう。

法令により一般的に権利が制約されまたは義務が賦課される場合には⁶、さらに、原告が現に当該法令の適用対象となっていること、または将来は確実に適用対象となるべき事情が存在することを示す必要があると思われる。なぜなら、法令は所定の要件を充たした者に対し一律に適用されるものであり、潜在的には当該要件を充たしうる者すべてが当該法令により不利益を受けうるが、そのような潜在的な可能性だけで即時確定の利益を認めてしまうと、法令の客観的な違憲・違法の確認請求を認めるに等しくなるからである。

例えば、潜在的には全国民が次回の国政選挙までに国外に移住する可能性を否定できないため、公職選挙法が在外国民の選挙権を制限していることの不利益は抽象的には全国民に及んでいる(及びうる)といえるけれども、現に国外に居住しておらず移住の予定のない者には確認の利益は認められないであろう⁷。また、省令の改正による医薬品のネット販売の禁止の効果は、抽象的には全国民に及んでいると見ることができるとしても、現に薬事法上の許可を受けて医薬品の販売業を営んでおらず、将来的にも営む

[5] 前掲最一小判平 24・2・9 が参考になる。中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商 130 巻 6 号(2004 年)976-997 頁も参照。

[6] 通達による法令解釈の変更も同様に考えることができるだろう。参照、最三小判昭 43・12・24 民集 22 巻 13 号 3147 頁〔墓地埋葬法通達〕。前掲最一小判平 24・2・9 も参照。

[7] 前掲最大判平 17・9・14 は、現に国外に居住している日本国民につき、次回の国政選挙において「在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて」投票できる地位の確認の訴えの適法性を認めた。

予定のない者は、その権利・地位に具体的な危険や不安を生じているとはいえない(ただし、インターネットによる医薬品の購買者については別に考える必要がある)⁸。

(3) 確認訴訟によることの適否(確認訴訟の補充性)

給付の訴えや形成の訴えが可能である場合に、その訴訟物となる給付請求権や形成権の確認を求める利益は認められない。確認訴訟が他の訴訟に対して補充的なものでなければならないという意味で、確認訴訟の補充性と呼ばれる。

ただし、給付の訴えが可能であっても、基本となる法律関係を確認することによりそこから派生する紛争を予防することが期待できる場合には、確認の利益が認められることもある。例えば、教育委員会規則および実施要領により義務づけられた自己申告票の提出をしなかった教員は、そのことに基づく給与上の不利益を回復するために昇給機会ごとに未払い給与の支払いを求める給付訴訟を提起するよりも、自己申告票の提出義務の不存在を確認訴訟を提起するほうが給与上の不利益的地位を除去するために有効適切といえるので、確認の利益が認められる(大阪地判平 20・12・25 判タ 1302 号 116 頁)。

また、行政処分の差止訴訟(行訴 3 条 7 項)の提起が可能な場合でも、処分以外の不利益を防止するために確認の訴えが適法と認められる場合がある。例えば、校長の職務命令により国歌斉唱義務が課されたケースでは、当該職務命令違反を理由とする懲戒処分の差止訴訟により防止しうるのは地方公務員法・地方教育行政法に基づく行政処分としての懲戒処分のみであり、国歌斉唱をしなかったことから派生する行政処分以外の処遇上の不利益(研修の受講を命じられたり、定年退職後の再雇用を拒否されたり)を防止することはできない。したがって、国歌斉唱義務という基本的法律関係の不存在を確認することが、そこから派生しうる行政処分以外の不利益を予防するために有効適切といえる場合には、確認訴訟の提起は適法である(前掲最一小判平 24・2・9⁹)。

[8] 前掲東京地判平 22・3・30 および前掲東京高判平 24・4・26 は、現に許可を受けてインターネットによる医薬品の通信販売を行っていた者につき、薬事法施行規則改正後も医薬品の通信販売を行うことのできる権利(地位)の確認の訴えの適法性を認めた。

(4) 確認対象の選択の適否

民事訴訟においては、確認の対象は現在の権利または法律関係でなければならない、①事実または過去の法律関係の確認は許されない、②相手方の権利の消極的確認ではなく自己の権利の積極的確認を求めなければならない、というのが原則であるところ、原告の地位・権利に対する危険や不安を除去するのに必要かつ有効適切である場合には、①②の例外も認められると説かれている。この要件は、憲法訴訟・行政訴訟ではどのように現れるのだろうか。

まず、②についていえば、行政訴訟では地位・権利の存在確認(積極的確認)のみならず、義務の不存在確認(消極的確認)も柔軟に認められる傾向にある¹⁰。原告の地位・権利に対する危険や不安の原因が、国や地方公共団体による一方的な義務の賦課にある場合には、あえて積極的確認を求めなければならないとする理由はなく、支持すべき傾向である。

次に、①については、地位・権利・義務などの法律関係の確認のみならず、国や地方公共団体の行った行為(行政指導や通達の発出など、通常は取消訴訟の対象にならないもの)の違法の確認を求めることが可能かという形で問題となる。確認の利益が認められる限りそのような訴えも排除されないとする見解が有力であり、一般論としては確かにそのようにいえるかもしれない。しかし、地位・権利・義務の確認訴訟との優劣関係を考えると、行為の違法確認の訴えの利益が肯定される場面は、それほど多くないように思われる。その理由は次のとおりである。

一般に、確認の訴えの利益が認められるのは、自己の地位・権利に対する危険や不安を除去するためである。行為の違法が問題となる場合であっても、その行為が自己の地位・権利に危険や不安を与えており、それを除去する限りにおいて確認の利益が認められることになる。そのような場合には、行為の違法の確認請求は、その行為によって危険や不安が生じている自己の地位・権利の確認請求や、危険・不安の原因たる義務の不存在確

[9] 同最判の原々審である東京地判平18・9・21判時1952号44頁は、処分以外にどのような処遇上の不利益が生じうるかを具体的に説示している。また、同最判は、懲戒処分の差止訴訟の訴訟要件についても先例性の高い判示をしているので、あわせて参照されたい。

[10] 裁判例については、野口貴公美「当事者訴訟の利用の可能性」法教360号(2010年)31頁以下参照。

認請求に置き換えることができる場合がほとんどであろう。そのような場合には、確認の対象としてあえて行為の違法を持ち出す必要はなく、地位・権利・義務などの当事者間の主観的な法律関係により訴訟物を特定するのが適当であり¹¹、それがまた有効適切といえることが多いように思われる。例えば、入学式・卒業式などの式典ごとに国歌斉唱を命じる職務命令がくり返されている場合には、各職務命令の違法確認をその都度求めるよりは、式典において国歌斉唱をする義務がないことの確認を求めたほうが、紛争解決としては直截的であろう(前掲最大小判平24・2・9のケース)。

また、仮に行為の違法を確認の対象とする以外に方法がなく、自己の地位・権利・義務の確認の形で請求が表現できない場合であっても、当該行為の客観的な違法確認を求めるのではなく、当該行為が自己の地位・権利を侵害する限度での確認請求にとどめる必要がある。原告の地位・権利と無関係に提起される訴えは、法律上の争訟性(具体的事件性)や確認の利益(即時確定の利益)を欠くからである(2)。これに関連して、立法の違憲確認訴訟が許されるかという問題があるが、後述する(3)。

2 法律上の争訟概念との関係は？

確認の訴えが裁判所に持ち上げられて本案判決を得るためには、当該訴えが客観訴訟として法定されている場合を除き、法律上の争訟(①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であって、②それが法令の適用により終局的に解決することができるもの)に該当しなければならない(詳しくは本書23[164頁]・25[181頁]を参照)。これは、司法権の範囲ないし内在的制約にかかわる問題であるから、論理的には、当該訴えに係る請求ないし紛争がそれ自体としては司法権の範囲に含まれることを前提として判断される確認の利益に先行する訴訟要件である¹²。

このうち、②の要素(法令による解決可能性)は、請求ないし紛争が法を基準とする解決になじむかという観点から考慮されるものであり、原告の

[11] 前掲最大判平17・9・14が、公職選挙法の違法確認請求よりも、投票できる地位の確認請求のほうをより適切な訴えと認めたのは、この観点から理解できる(なお、3も参照)。ただし、裁判官としては、行為の違法確認の形で確認の対象が構成されていたとしても、そのことのみを理由に不適法却下とすべきではなく、可能ならば地位・権利の確認請求として請求の趣旨を善解すべきであるし、原告の地位・権利に生じている危険・不安の内容が不明であれば釈明を求めるべきである。

地位・権利とのかかわりを直接問うものではないため、確認の利益から独立した意味をもつ。それに対し、①の要素(具体的事件性)は、請求ないし紛争が原告の地位・権利とどのようにかかわるかという観点を含むので¹³、確認の利益(特に即時確定の利益)との区別が微妙になってくる。

両概念の使い分けについては、学説上定まった見解があるわけではないが、さしあたり次のように考えるのが落ち着きがよいのではないだろうか。すなわち、請求の趣旨または請求原因の記載から外形的に判断して、いかなる者の地位・権利とも定型的にかかわりをもちえないような訴え(例えば警察予備隊設置の違憲確認訴訟)であれば法律上の争訟性(具体的事件性)なし¹⁴、請求の趣旨または請求原因の記載からは誰かの地位・権利とのかかわりが読みとれるが、当該原告については現実的な危険や不安が生じているとはいえない場合には確認の利益(即時確定の利益)なしとして整理するのである¹⁵。逆に、確認の利益が存在すれば具体的事件性も当然に肯定してよいであろう¹⁶。

3 立法の違憲確認訴訟は許されるか？

原告の地位・権利とはおよそ無関係に、ある立法(作為・不作為)の客観的違憲性の確認を求める訴えは、法律上の争訟性(具体的事件性)を欠くため不適法といわざるをえない。それでは、ある立法が原告の憲法上の地位・権利を侵害する点で違憲であることの確認を求める訴えはどうか。こうした訴えであれば、当事者間の権利義務ないし法律関係の存否に

[12] 伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』(有斐閣、2011年)167-168頁。亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』(有斐閣、2008年)5-11頁も参照。

[13] 土井真一「法律上の争訟と行政事件訴訟の類型」法教 371号(2011年)80-81頁。

[14] 「ゲートキーパー役」としての法律上の争訟(中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法教 375号〔2011年〕108頁)。

[15] 前掲最大判平 17・9・14の原審である東京高判平 12・11・8判タ 1088号 133頁は、選挙権確認の訴えについて「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ではなく……「法律上の争訟」に該当しないことは明らかである」と判示しているが、これは即時確定の利益を否定したものと見ることもできる(山本隆司「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政法上の論点」法教 308号〔2006年〕28頁)。

[16] 前掲最大判平 17・9・14は、投票できる地位の確認の利益を肯定したうえで、特に理由を述べずに「なお、この訴えが法律上の争訟に当たることは論をまたない」と判示している。同判決における法律上の争訟の捉え方については、野坂・基本判例 272-276頁も参照。

関する紛争でないとはいえ、確認の利益が肯定されるならば、適法と認める余地がある。

このような訴えは、憲法上一定の権利が保障されているにもかかわらず、その具体的内容や行使方法の定めが法律に委ねられており(選挙権〔憲44条・47条〕、最高裁裁判官国民審査権〔同79条4項〕など)、立法者がその行使を可能にするために必要な立法措置を適切にとっていない場合(立法不作為の場合)に効用を発揮しうる¹⁷。権利行使のために立法者による制度形成が必要なケースでは、立法の違憲確認訴訟のほうが、立法裁量を尊重しつつ違憲状態の是正を立法者に促すことができるため、地位・権利の確認訴訟よりもかえって権力分立原理に適合的であるとする見解も有力である¹⁸。もっとも、具体的にどのようなケースで立法(不作為)の違憲確認訴訟が適法と認められるかは、検討の余地がある。

まず、1(4)で述べたとおり、地位・権利・義務の確認の訴えの利益が認められる限り、立法の違憲確認訴訟は許されないと解すべきではないか。例えば、前掲最大判平17・9・14の事案では、公職選挙法の附則の規定のうち、在外国民の(小)選挙区における選挙権行使を制限する部分を違憲無効とすれば、残部の有効な規定から、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票できる地位を根拠づけることができたため、最高裁は、公職選挙法の違法確認請求よりも、投票できる地位の確認請求のほうをより適切な訴えと認めた。また、最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁〔国籍法違憲訴訟〕の事案も、国籍法の規定のうち準正要件を定める部分を違憲無効とすることにより、残部の有効な規定から、非準正子である原告の日本国籍の取得を認めることができたため(ただしそのような扱いは法解釈の限界を超えるという反対意見が付されている。本書9〔61頁〕参照)、国籍確認訴訟による救済が可能であった。いずれも、重ねて立法(不作為)の違憲確認訴訟を認める必要はなく、訴えの利益を欠くことになろう。

それに対し、違憲の主張が認められたとしても、原告の主張する地位・権利の行使を可能とするために新たな立法措置を必要とする場合には、同じように考えることはできない。例えば、最高裁判所裁判官国民審査法が、在外国民の国民審査の投票を認めていない点で違憲であると主張して訴え

〔17〕 参照、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)23-24頁。

〔18〕 山本・前掲30-31頁。

を提起する場合、違憲の主張が容れられても、すでに在外選挙制度が比例代表について法定されていた公職選挙法のケースとは異なり、国民審査法はもともと在外審査制度を設けておらず、法律に基づいて在外国民の国民審査の投票ができる地位を導き出すことは難しい¹⁹。

そこで、このような場合に、国民審査法が在外審査を認めていない点で違憲であることの確認訴訟が提起できるという見解がある²⁰。しかし、このような確認請求が認容されると、裁判所が立法者に対して特定の内容の立法措置を実質的に義務づける効果を伴うため、原告が法的保護に値する地位を有するというためには、憲法の規定が立法者に客観法上の義務を課しているにとどまらず、原告が憲法に基づいてそのような立法措置を求めることが権利として保障されている必要があるのではないだろうか(1(2)(i)参照)²¹。

なお、これに加えて請求が認容されるためには、一般的な立法不作為の事例で議論されているのと同様に、立法裁量が消失して立法者に作為義務が生じており、かつ、所要の措置をとるために必要な相当の期間が経過したにもかかわらず当該措置がとられていないことが必要になるとと思われる。

【参考文献】

- 穴戸常寿「憲法訴訟」山内敏弘編『新現代憲法入門〔第2版〕』（法律文化社、2009年）347頁以下。
 鶴澤剛「憲法訴訟の新たな可能性」立教法学71号（2006年）283頁以下。
 樺居快行「憲法学の可能性」（信山社、2012年）第13章「基本権訴訟」としての確認訴訟
 （初出：公法研究71号（2009年））。

【演習】

- 穴戸常寿「憲法 解釈論の応用と展開」（日本評論社、2011年）278頁以下（特に設問③）

（興津征雄 神戸大学准教授）

[19] 反対、松本哲治「判批」新・判例解説 Watch10号（2012年）12頁。なお、東京地判平23・4・26判時2136号13頁は、このことから、当該訴えは法令の適用によって終局的に解決できない紛争であり、法律上の争訟に当たらないとするが、疑問である（穴戸・憲法285頁、松本・前掲11頁）。

[20] 山崎友也「判批」セレクト2011 [I]（2012年）7頁。前掲東京地判平23・4・26もこれを示唆する。

[21] 安西ほか・論点254-255頁（穴戸常寿）、木村・急所25-26頁も参照。実際にどのような場合にそのような権利が認められるかは、個々の人権条項に即した実体憲法の解釈問題となる。例えば、立法不作為により生存権侵害が生じている場合にどのような訴訟が提起できるかにつき、本書20（150頁）参照。