

上告受理申立事件番号 東京高等裁判所令和2年(行ノ)第74号

申立人(一審被告) 国

相手方(一審原告) 想田和弘ほか2名

## 上告受理申立て理由書

令和2年9月14日

最高裁判所 御中

申立人指定代理人

舘内比佐志



菊池憲久



澁谷勝海



平井直也



益子元暢



山門由美



古川善健



川村聖



西		理	香
吉	田	俊	介
松	本	亮	一
林		聡	司
若	林		拓
石	井	康	貴

## 目 次

第1 事案の概要等	5
1 事案の概要	5
2 原判決の要旨	5
第2 上告受理申立て理由の要旨	7
第3 本件違法確認の訴えは「法律上の争訟」に当たらず、これを「法律上の争訟」 に当たるとした原審の判断には、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に関する 解釈適用の誤りがあること	10
1 裁判所法3条1項の「法律上の争訟」の意義	10
2 本件違法確認の訴えは、法令の適用により終局的に解決することができるも のとはいえないこと	10
(1) 本件違法確認の訴えが法令の適用により終局的に解決することができるも のというためには、相手方らの主張する「在外国民である相手方らが、次回 の国民審査において、審査権を行使することができる具体的な地位」が、憲 法ないし国民審査法等の関係規定により直接認められるものでなければなら ないこと	10
(2) 国民審査権は、審査に関する事項を定めた法律の規定に基づいて、初めて 行使が可能になるものであり、国民審査制度に関する憲法の規定は、在外国 民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な 地位を直接根拠づけるものではないこと	11
(3) 現行の国民審査法その他の法令の関係規定をみても、これらの解釈によっ ては、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することがで きる具体的な地位を導き出すことはできないこと	12
(4) 裁判所が在外国民の審査権が認められていないことについて違憲性を確認し たとしても、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使するこ とができる具体的な地位を導き出すことができないことに変わりはないこと	

.....	14
(5) 小括 .....	15
3 本件違法確認の訴えは、具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争とはいえないこと .....	16
4 本件違法確認の訴えは「法律上の争訟」に当たらないこと .....	17
5 本件違法確認の訴えが、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に当たるとした原審の判断は、同規定の解釈適用を誤るものであること .....	17
第4 本件違法確認の訴えが法律上の争訟に当たるとしても、行政事件訴訟法4条の公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては確認の利益が認められないから、本件違法確認の訴えを適法とした原審の判断には、行政事件訴訟法4条等の解釈適用の誤りがあること .....	21
1 本件違法確認の訴えは、紛争解決にとって必要かつ適切な手段とはいえず、確認の利益が認められないから不適法であること .....	21
2 本件違法確認の訴えを行政事件訴訟法4条の公法上の法律関係に関する訴えと解した上で確認の利益があるとした原審の判断は、同条の解釈適用を誤るものであること .....	22
(1) 原審の判断の内容 .....	22
(2) 原審の判断が誤りであること .....	22
(3) 本件違法確認の訴えは、立法不作為の違憲確認請求訴訟として位置づけられるものとして理解したとしても、許容されるものではないこと .....	23
3 小括 .....	27
第5 本件は、法令の解釈に関する重要な事項を含むこと .....	28
第6 結論 .....	28

申立人(一審被告, 原審控訴人兼被控訴人。以下同じ。)は, 本書面において, 上告受理申立ての理由を明らかにする。

略語等については, 本書面で新たに用いるもののほか, 原判決の例による。

## **第1 事案の概要等**

### **1 事案の概要**

本件は, 在外国民である一審原告想田ら(原審被控訴人兼控訴人。以下, 単に「相手方ら」という。)が, 主位的に, 憲法15条1項, 79条2項, 3項等により国民審査における審査権(以下, 単に「審査権」ということがある。)が保障され, 国民審査法4条によりその行使が認められているにもかかわらず, 申立人がその行使の機会を与えなかったとして, 相手方らが次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求め(本件地位確認の訴え), 予備的に, 申立人が相手方らに対し, 日本国外に住所を有することをもって, 次回の国民審査において審査権の行使をさせないことが違法であることの確認を求める(本件違法確認の訴え)ほか, 平成29年国民審査について, 中央選挙管理会が在外国民であった相手方らに投票用紙を交付せず, 又は相手方らが現実に審査権を行使するための立法を国会がしなかった結果, 相手方らが審査権を行使することができず, 精神的苦痛を受けたとして, 国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求める(以下「本件国家賠償請求」という。)事案である。

第1審判決は, 主位的請求に係る本件地位確認の訴え及び予備的請求に係る本件違法確認の訴えについては, いずれも裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に当たらず, 不適法であるとして却下し, 本件国家賠償請求については, 一部を認容した。

### **2 原判決の要旨**

原判決の要旨は, 次のとおりである。

- (1) 主位的請求に係る本件地位確認の訴えについては、第1審判決と同様に、不適法であるとして却下した。
- (2) 予備的請求に係る本件違法確認の訴えに係る請求については、次のとおり判示して請求を認容した。
- ア 国民審査法が在外国民に国民審査権の行使を一切認めずこれを制限していることは、憲法15条1項、79条2項及び3項に違反するものであり、相手方は、平成29年国民審査において、在外国民であることを理由として国民審査権を行使することを制限されたのであるから、その権利を侵害されたものといえる。
- イ 本件違法確認の訴えは、国会において、在外国民に審査権の行使を認める旨の立法的措置を講じない限り、相手方が、次回の国民審査においても、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、審査権を行使する権利が侵害されることになるので、あらかじめ次回の国民審査において国民審査権の行使を許さないことが違法であることの確認を求める趣旨であると理解することができる。その権利侵害の危険は、口頭弁論終結時において、現実的なものとして存在するものと認められる。
- ウ 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の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。
- エ 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。

(3) 本件国家賠償請求については、第1審判決を変更して請求を棄却した。

## 第2 上告受理申立て理由の要旨

1 (1) 裁判所が固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」、すなわち、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、かつ、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限られる。

(2) 本件違法確認の訴えが、法令の適用により終局的に解決することができるもの（前記(1)②の要件）であるというためには、憲法ないし法令の関係規定を適用することによって、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否が確認されるという関係が認められること、換言すれば、実定法上、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係を直接根拠づける規定があることが必要である。このような直接的な法的根拠を欠く場合には、憲法ないし法令の関係規定を適用して当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否を確認することができないから、裁判所が司法権を行使して紛争の終局的な解決を図ることができないことになる。

憲法は、裁判官の任命を国民審査に付す場合と、投票の結果裁判官が罷免される場合に関しては、明文の規定（79条2、3項）を置く一方で、そのほかの「審査に関する事項」（同条4項）、すなわち、審査人の資格及び方法等を含めて国民審査制度の具体的な仕組みの決定については、国会の立法政策に委ねており、このような憲法の規定は、相手方らを含む在外国民について審査権を行使することができる具体的な地位を直接根拠づけるものではない。

また、現行の国民審査法その他の法令の関係規定をみても、これらの解釈

によっては、相手方らを含む在外国民について審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできない。そして、裁判所が在外国民の審査権が認められていないことについて違憲性を確認したとしても、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位が認められることにはならない。

そうすると、本件違法確認の訴えは、法令の適用により終局的に解決することができないものであって、前記(1)②の要件を欠く。

- (3) 仮に、本件違法確認の訴えにおいて判断の対象となる争訟について、前記(2)の具体的な地位が現行法令の解釈によって導かれないことを前提に、次回の国民審査において審査権を行使させないことが憲法に違反するか否かに関する紛争をもって、「具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」に当たると解するものであるとすると、裁判所の判断対象となる紛争について、本件に即していえば、在外国民である相手方らが次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位の存否に関するものではなく、当該地位に関する国民審査法の内容ないし適用の憲法適合性そのものとして捉えるものであり、このような紛争の捉え方は、その実質において、裁判所に対し、具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争を離れて、関係法令の内容ないしその適用が違憲（違法）であるか否かという抽象的な審査を求めるものといわざるを得ない。

したがって、本件違法確認の訴えに係る紛争は、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るということはできず、前記(1)①の要件を欠くことになる。

- (4) したがって、本件違法確認の訴えは、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とはいえ、また、法令の適用により終局的に解決することができるものともいえないから、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」には当たらず不適法である。



これと異なる原審の判断には裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に関する解釈適用に誤りがある。

(以上につき、後記第3)

- 2 (1) 仮に、本件違法確認の訴えが裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に当たるとしても、在外国民である相手方らが次回の国民審査において審査権を行使するには、国会の立法措置を経ることが必要であり、本件違法確認の訴えの判決によって、相手方らの次回の国民審査における審査権の行使の可否に係る紛争が終局的に解決されるとはいえない。そうすると、本件違法確認の訴えは、紛争解決にとって必要かつ適切な手段ともいえず、確認の利益が認められないから不適法である。

なお、原審は、本件違法確認の訴えについて、立法不作為の違憲確認請求訴訟と位置づけたものと解する余地もあるが、そのような訴えが、無名抗告訴訟の一種として認められるか否かも明らかでない上、仮に適法とされる場合があるとしても、極めて例外的に許容されるにとどまるところ、本件は、選挙権とは憲法上の位置づけが異なる国民審査権に関する事案であること等からすると、許容されるとは考えられない。

- (2) 以上によれば、本件違法確認の訴えについて、行政事件訴訟法4条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」と解した上で、確認の利益を認めた原審の判断には、同条等の解釈適用についての誤りがある。

(以上につき、後記第4)

- 3 以上のとおり、原審は、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」、行政事件訴訟法4条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」等に関する法令の解釈及び適用に誤りがあるところ、これらは、法令の解釈に関する重要な事項を含むものというべきである。

(以上につき、後記第5)

**第3 本件違法確認の訴えは「法律上の争訟」に当たらず、これを「法律上の争訟」に当たるとした原審の判断には、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に関する解釈適用の誤りがあること**

**1 裁判所法3条1項の「法律上の争訟」の意義**

裁判所法3条1項は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判」する権限を有すると規定する。

裁判所法3条1項の「法律上の争訟」とは、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、かつ、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をいうと解される（最高裁判所昭和56年4月7日第三小法廷判決・民集35巻3号443ページ参照）。

**2 本件違法確認の訴えは、法令の適用により終局的に解決することができるものとはいえないこと**

(1) 本件違法確認の訴え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というためには、相手方の主張する「在外国民である相手方らが、次回の国民審査において、審査権を行使することができる具体的な地位」が、憲法ないし国民審査法等の関係規定により直接認められるものでなければならないこと

前記1の法律上の争訟性についての「法令の適用により終局的に解決することができるもの」との要件（前記1②の要件）を満たすためには、憲法ないし法令の関係規定を適用することによって、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否が確認されるという関係が認められること、換言すれば、実定法上、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係を直接根拠づける規定があることが必要である。このような規定を欠く場合には、憲法ないし法令の関係規定を適用して当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否を確認することができないから、裁判所が司法権を行使して紛争の終局的な解決を図ることはできないことになる。

この点、本件違法確認の訴えは、在外国民である相手方らが、申立人に対し、次回の国民審査において審査権を行使させないことの違法確認を求めるものである（原判決は、これを公法上の法律関係に関する確認の訴えであるとした（54ページ）。）。同訴えにおいては、判断の前提として、在外国民である相手方らが、次回の国民審査において、審査権を行使することができる具体的な地位を有するか否かが問題となり、同訴えが法律上の争訟に当たるというためには、その地位の存否が憲法ないし国民審査法等の関係規定を適用することによって確認することができる必要がある。そして、その地位の存在を直接根拠づける規定を欠き、これを確認するために新たな立法措置が必要となる場合には、裁判所の判断によって当該地位が認められることにはならないから、司法権の行使による紛争の終局的な解決を図ることはできないことになる。

そこで、以下においては、国民審査制度に関する憲法及び国民審査法その他の関係法令の関係規定が、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を直接根拠づけるものではないこと、このことは、裁判所が在外国民の審査権が認められていないことについて違憲性を確認した場合であっても変わりがなく、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできないことを明らかにし、本件違法確認の訴えが前記1②の要件を満たさないことについて述べる。

- (2) 国民審査権は、審査に関する事項を定めた法律の規定に基づいて、初めて行使が可能になるものであり、国民審査制度に関する憲法の規定は、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を直接根拠づけるものではないこと

憲法は、最高裁判所の裁判官の任命について、その任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際に国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて

行われる衆議院議員総選挙の際に更に国民の審査に付し、その後も同様とする旨(79条2項)、国民の審査において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は罷免される旨(同条3項)それぞれ規定しているが、そのほかの「審査に関する事項」については、「法律でこれを定める」と規定する(同条4項)。

このように、憲法は、裁判官の任命を国民審査に付す場合と、投票の結果裁判官が罷免される場合に関しては、明文の規定を置く一方で、そのほかの「審査に関する事項」、すなわち、審査人の資格及び方法等を含め、国民審査制度の具体的な仕組みの決定については、国会の立法政策に委ねているものと解される。

したがって、国民が、国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位については、国民審査権に関する憲法の規定から直ちに導き出すことはできず、憲法79条4項の規定を受けて制定された法律である国民審査法その他の法令の関係規定に定められた審査人の資格及び方法等の内容に基づいて導き出すほかない。

**(3) 現行の国民審査法その他の法令の関係規定をみても、これらの解釈によっては、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできないこと**

憲法79条4項の規定を受けて制定された国民審査法は、全都道府県の区域を通じて審査を行い(同法3条)、衆議院議員の選挙権を有する者は審査権を有するとしつつ(同法4条)、国民審査には公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用い(同法8条)、罷免を可とする投票の数が罷免を可としない投票の数より多い裁判官は、罷免を可とされたものとするが、投票の総数が公職選挙法22条1項又は3項の規定による選挙人名簿の登録が行われた日のうち審査の日の直前の日現在において国民審査法8条の選挙人名簿に登録されている者の総数の100分の

1に達しないときは、この限りではない（国民審査法32条）とそれぞれ規定している。一方で、公職選挙法は、同法30条の2において、「市町村の選挙管理委員会は、選挙人名簿のほか、在外選挙人名簿の調製及び保管を行う」と規定するなど、選挙人名簿と在外選挙人名簿とを異なるものとして区別しているところ、国民審査法は、選挙人名簿に登録されない在外国民の国民審査については、審査の手續等に関する規定を何ら設けていない。

以上のとおりの国民審査法等の関係規定に照らせば、同法は、在外国民について、公職選挙法に定める在外選挙人名簿又はこれに相当するものを別途調製して用いることにより審査権を行使させるという立法政策を採るものではなく、在外国民が審査権を行使することをおよそ予定していないと解するほかはない。

この点に関し、相手方は、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出す根拠として、国民審査法4条及び8条を指摘するが、同法4条の規定は内容そのものが抽象的である上、同法には、同条以外に投票の方法等に関する具体的な定め（同法12条ないし26条等）が置かれていることからすれば、同法4条は、審査権の行使についてではなく、審査権を有する者の資格を定めたものにすぎないと解するのが相当である。したがって、同条の規定に基づいて、在外国民について、国民審査権を行使することのできる具体的な地位を導き出すことはできない。

また、国民審査法8条についても、相手方は、同条にいう「選挙人名簿」に在外選挙人名簿が含まれるものと解するべきであると主張するが、上記のとおり、公職選挙法において、選挙人名簿と在外選挙人名簿とは、明確に区別して用いられており、国民審査法は、選挙人名簿に登録されない在外国民の国民審査については、審査の手續等に関する規定を何ら設けていないことからすると、国民審査法8条の「選挙人名簿」に在外選挙人名簿が含まれる

との解釈は、同法の他の規定（同法3条、27条、32条等）と抵触し、関係法令の統一的解釈を損なうものであるから、採り得ないというべきである。したがって、同条に基づいたとしても、在外国民に審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできない。

そうすると、現行の国民審査法その他の法令の規定をみても、これらの解釈によっては、相手方らを含む在外国民について審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできない。

- (4) 裁判所が在外国民の審査権が認められていないことについて違憲性を確認したとしても、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことができないことに変わりはないこと

現行の国民審査法が在外国民について審査権の行使を認めていないことが、何ら憲法の諸規定に違反するものでないことは、本件に関する上告理由書において詳論したとおりであり、国民審査法の規定が違憲無効になる余地はないというべきであるが、仮に裁判所が在外国民の審査権が認められていないことについて違憲性を確認したとしても、上記(2)及び(3)で述べた現行法令の規定をもって在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことができないことには、何ら変わりはないというべきである。

すなわち、在外国民について審査権を行使することができないことが憲法に違反するというためには、審査権の行使の妨げとなる関係規定の違憲無効を判断する必要がある。国民審査法の規定についていえば、審査には、公職選挙法に規定する選挙人名簿で衆議院議員総選挙について用いられるものを用いると定める同法8条の規定が問題となる。しかしながら、同条の規定自体は、審査に用いる審査人の名簿について規定したものであり、在外国民の審査権を直接否定するものではなく、同条を違憲無効と判断しても、在外国民の審査権の行使を可能とする新たな立法を待つことなく、在外国民につい

て次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできない。もっとも、在外国民の審査権の行使についての具体的内容が憲法の関係規定に鑑み一義的に明らかであるといえるのであれば、新たな立法を待つまでもなく、前記具体的な地位を確認することも可能であるが、憲法は、前記(2)で述べたとおり、審査人の資格及び方法等を含め、国民審査制度の具体的な仕組みの決定について、国会の立法政策に委ねているものと解されるのであって、もとより、在外国民の審査権の行使の在り方について具体的な規定を置いているわけではなく、在外国民の審査権の行使についての具体的内容が憲法の関係規定に鑑みて一義的に明らかであるということもできない。

このように、本件違法確認の訴えにより相手方らが求める、在外国民について審査権を行使することができる具体的な地位は、原判決が判示するとおり、「国会において、新たに立法を行わなければ、具体的に認めることのできないものであり」（原判決52ページ）、現行の憲法や国民審査法その他の関係法令の規定するところではない。

したがって、裁判所が在外国民の審査権が認められていないことについて違憲性を確認したとしても、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位が認められることにはならない。

#### (5) 小括

以上によれば、国民が、国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位については、国民審査権に関する憲法の規定から直ちに導き出すことはできないし、国民審査法の各規定は、在外国民について審査権を行使することをおよそ予定しておらず、国民審査法その他の法令を解釈することによって、在外国民について、次回の国民審査において審査権を行使することができる法的地位を導き出すことはできないというべきである。

そうすると、本件違法確認の訴えは、憲法ないし国民審査法等の法令の適

用により終局的に解決することができるものとはいえないから、前記1②の要件を満たさない。

### 3 本件違法確認の訴えは、具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争とはいえないこと

(1) 本件違法確認の訴えは、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争とはいえないから、前記1①の要件を満たすものでもない。

この点に関し、相手方は、法令の規定を新たに定めなければその主張する法的地位が実現されない場合には、法令の規定が違法であることについての消極的確認である本件違法確認の訴えが認められるべきであると主張している（原判決25ページ）。このような主張からすると、相手方は、法令の適用によって在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位が認められないことを前提に、在外国民である相手方らについて次回の国民審査において審査権を行使させないことが憲法に違反するか否かに関する紛争をもって、「具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」に当たると理解するようである。

しかしながら、相手方らの上記理解は、裁判所の判断対象となる紛争について、本件に即していえば、在外国民である相手方らが次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位の存否に関するものではなく、当該地位に関係する国民審査法等の内容ないし適用の憲法適合性そのものに関するものと捉えるものであり、このような紛争の捉え方は、その実質において、裁判所に対し、具体的な権利義務ないし法律関係の存否を離れて、関係法令の内容ないしその適用が違憲（違法）であるか否かという抽象的な審査を求めるものといわざるを得ない。

(2) 以上によれば、本件違法確認の訴えは、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るといえることはできないから、前記1①の要件も満たさない。



この点については、第1審判決においても、「本件違法確認の訴えは、要するに、具体的な紛争を離れ、国民審査法が在外国民に国民審査権の行使を認めていない点が違法であることについて抽象的に確認を求めるものと解され、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を対象とするものとはいえないから、本件違法確認の訴えに係る紛争は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟には当たらない。」(第1審判決34, 35ページ)と正当に判示されているとおりである。

#### 4 本件違法確認の訴えは「法律上の争訟」に当たらないこと

以上のとおり、本件違法確認の訴えは、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とはいえないから、前記1①の要件を欠いているし、また、法令の適用により終局的に解決することができるものともいえないから、前記1②の要件も欠いている。

したがって、本件違法確認の訴えは、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」には当たらず不適法である。

#### 5 本件違法確認の訴えが、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に当たるとした原審の判断は、同規定の解釈適用を誤るものであること

##### (1) 原審の判断の内容について

原審は、前記第1の2のとおり、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した上で、これが「法律上の争訟」に当たらないとの申立人の主張に対しては、要旨次の①ないし③のとおり判断して、これを排斥した。

- ① 本件違法確認の訴えは、次■の国民審査において、在外国民である相手方らに憲法上保障されている審査権を行使させないことが違法であることの確認を求める訴えであり、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、客観訴訟ではない。

② 本件違法確認の訴えを認容する判決が確定した場合には、在外国民に審査権の行使を可能とする立法措置を講じることとなるが（行政事件訴訟法 41 条 1 項， 33 条 1 項），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，国民審査法上の規定がない場合において，在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる地位を裁判所が積極的に確認することと異なり，裁判所が立法作用をしたとの批判も当たらない。

③ 平成 17 年大法院判決においても，公職選挙法の違法確認請求に係る訴えについて，法律上の争訟には当たらないとされたのではなく，確認の利益を欠くとされている。

## (2) 上記①の判断の誤りについて

原審の上記①の判断は，本件違法確認の訴えが主観訴訟であり，客観訴訟ではないことをもって，その法律上の争訟性を肯定する根拠とするものである。しかし，前記 2 で述べたとおり，審査権は，審査の事項を具体的に定める法律によって，初めてその行使が可能となるものであり，憲法，国民審査法その他の法令の関係規定を適用することによっても，在外国民について審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできないから，その法律上の争訟性が否定されるどころ，このことは，本件違法確認の訴えの性質のいかんにかかわらない。

また，原審の上記①の判断は，法令の適用により解決することができない紛争であったとしても，抽象的に法令の違憲確認を求めるのではなく，具体的な地位に関わる主観訴訟として構成しさえすれば，法律上の争訟の要件を満たすことを肯定すべきと解するものともいえる。しかし，このような解釈には，前記 3 (1) で述べた相手方らの法律上の争訟性に関する理解に対する同 (2) の批判がそのまま妥当する。すなわち，上記の理解は，その実質において，次回の国民審査における在外国民の審査権という具体的な権利義務な

いし法律関係の存否に関する紛争を離れて、国民審査法が在外国民に審査権の行使を認めていないことが違憲（違法）であることの確認を抽象的に求めるものであり、そのような理解を前提とすると、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を対象とするものとはいえないから、法律上の争訟に当たらない。

### (3) 上記②の判断の誤りについて

前記2で述べたとおり、現行法令の規定をもって在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことができない場合には、裁判所が本件違法確認の訴えを認容しても、当該具体的な地位が認められるために新たな立法措置が必要となり、司法権の行使による紛争の終局的な解決を図ることができないことになるから、同訴えについて法律上の争訟性を認めることはできない。

このことは、国民審査法上の規定がない場合において、裁判所が在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる地位を積極的に確認するものであるか、本件違法確認の訴えのように、そのような地位を認めない不作為の違法を確認するものであるかによって左右されるものではない。

したがって、次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位の積極的な確認であっても、そのような地位を認めない不作為の違法を確認するものであっても、裁判所が立法作用をするのと同様の結果を招くものであり、裁判所が国会の立法権を侵害したとの批判は免れないというべきである。

### (4) 上記③の判断の誤りについて

平成17年大法廷判決の事案は、当時の公職選挙法附則8項（平成10年法律第47号によって公職選挙法が一部改正され、「選挙人名簿に登録されていない者は、投票することができない。」と定められていた同改正前の公

職選挙法42条1項本文が、「選挙人名簿又は在外選挙人名簿に登録されていない者は、投票をすることができない。」と改められたことにより、在外選挙制度が創設されたものの、同改正後の公職選挙法附則8項が、在外選挙制度の対象となる選挙について、当分の間は、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議議員比例代表選出議員の選挙に限ると定めていた。)の一部を違憲無効とすれば、在外国民について選挙権を行使することのできる具体的な地位を導き出すことができたものであり、上記の地位を導き出すことが立法者の意思にも反しないと解することのできる事案であった。同判決は、これらの事情を前提として、「在外国民が、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載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求める訴えの適否」について、上記の地位にあることの確認を求める訴えが「法律上の争訟」に当たると判示するとともに、公職選挙法の違法確認請求に係る訴えについて確認の利益を欠くとして、訴えを却下したものと解される。

これに対し、本件においては、国民審査法は、在外国民について審査権を行使させることを予定しておらず、同法その他の法令の特定の規定を違憲無効とすることを含め、関係法令を解釈することによって、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできない(前記2)のであるから、この点において、平成17年大法廷判決の事案とは前提を大きく異にすることは明らかである(平成17年大法廷判決の事案においては、公職選挙法が在外選挙制度を創設していたのに対し、本件においては、国民審査法が在外国民審査制度を想定しておらず、いまだ同制度を創設していないところに大きな違いがある。)

したがって、平成17年大法廷判決において、公職選挙法の違法確認請求に係る訴えについて、法律上の争訟性が肯定された上で、確認の利益を欠く

ことを理由に訴えが却下されていることを理由に、本件違法確認の訴えについても法律上の争訟性を肯定すべきことにはならない。

#### (5) 小括

以上によれば、原審の上記①ないし③の判断は、本件違法確認の訴えが法律上の争訟に当たることの根拠にはならず、前記1ないし3に述べたところに照らせば、本件違法確認の訴えは「法律上の争訟」には当たらないから不適法というべきである。

したがって、これを適法な訴えと解した原審の判断は、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に関する解釈適用を誤ったものである。

### **第4 本件違法確認の訴えが法律上の争訟に当たるとしても、行政事件訴訟法4条の公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては確認の利益が認められないから、本件違法確認の訴えを適法とした原審の判断には、行政事件訴訟法4条等の解釈適用の誤りがあること**

#### **1 本件違法確認の訴えは、紛争解決にとって必要かつ適切な手段とはいえず、確認の利益が認められないから不適法であること**

確認の訴えについては、確認の利益（原告の権利又は法律関係に不安が現に存在し、かつ、その不安を除去する方法として原告被告間でその訴訟物たる権利又は法律関係の存否の判決をすることが必要かつ適切であること）が必要である。このことは、公法上の法律関係に関する確認の訴えについても同様であり、確認の利益を肯定するには、確認判決が紛争解決にとって必要かつ適切であることを要する（伊藤真「民事訴訟法」第6版186ページ参照）。

しかしながら、前記第3の2で述べたとおり、憲法ないし国民審査法その他の法令の解釈によっては、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことはできず、在外国民である相手方らが次回の国民審査において審査権を行使するには、国会の立法措置を

経ることが必要である。そうすると、本件違法確認の訴えの判決によって、相手方らの次回の国民審査における審査権の行使の可否に係る紛争が終局的に解決されるとはいえない。また、前記第3の3で述べたところに照らしても、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使させないことの違法性の有無の確認を求めることは、国民審査法等が在外国民の審査権の行使を認めていないことが違憲（違法）であることの確認を抽象的に求めるものであり、その確認をしても在外国民の次回の国民審査における審査権の存否という具体的な権利義務ないし法律関係の存否の確認に結びつくものではない。

以上によれば、本件違法確認の訴えは、紛争解決にとって必要かつ適切なものとはいえないから、確認の利益を欠き、不適法というべきである。

## 2 本件違法確認の訴えを行政事件訴訟法4条の公法上の法律関係に関する訴えと解した上で確認の利益があるとした原審の判断は、同条の解釈適用を誤るものであること

### (1) 原審の判断の内容

原審は、①相手方らは、在外国民に審査権の行使を認める旨の立法的措置が講じられない限り、次回の国民審査においても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、審査権を行使する権利が侵害されることになるので、その権利侵害の危険は、口頭弁論終結時において現実的なものとして存在すること、②全面的な立法の不作为は、一部の立法の不作为の場合と比較して、立法の不作为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となどを指摘して、本件違法確認の訴えについて、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、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判断した。

### (2) 原審の判断が誤りであること

しかしながら、上記①については、前記第3の2のとおり、憲法ないし国民審査法その他の法令を解釈することによって、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる具体的な地位を導き出すことができないことからすれば、相手方らの国民審査権が侵害される危険があるとしても、本件違法確認の訴えがその侵害の危険を除去する方法として有効かつ適切ではないことには変わりがないから、国民審査権が侵害される危険性があることをもって、本件違法確認の訴えに係る確認の利益が認められることにはならない。

また、上記②については、前記第3の5(4)で述べたとおり、平成17年大法院判決は、公職選挙法附則8項の一部を違憲無効とすることによって、在外国民について選挙権を行使することができる公法上の地位を導き出すことが法令解釈上可能な事案であったのに対し、本件は、在外国民について審査権を行使することができる具体的な地位を法令解釈によって導き出すことができない事案であるから、確認の利益の有無について、結論が異なることには理由がある。

以上によれば、本件違法確認の訴えについて、行政事件訴訟法4条の公法上の法律関係に関する確認の訴えと解した上で、確認の利益を認めた原審の判断は、同条の解釈適用を誤ったものというべきである。

**(3) 本件違法確認の訴えは、立法不作為の違憲確認請求訴訟として位置づけられるものとして理解したとしても、許容されるものではないこと**

ア 原判決は、本件違法確認の訴えについて、「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、…中略…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る」（原判決53ページ）、「本件違法確認の訴えを認容した判決が確定した場合には、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（行政事件訴訟法41条1項，33条1項），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，国民審査法上規定がない場合において，在外国民において国民審査権を行使できる地位を裁判所が積極的に確認することと異なり，裁判所が立法作用をしたとの批判も当たらない。」（原判決54，55ページ）などと判示している。

本件違法確認の訴えは，公法上の法律関係の確認の訴えと解したとしても不適法であることは，既に述べたとおりであるが，原判決の上記判示内容に鑑みると，原審は，本件違法確認の訴えについては，立法不作為の違憲確認請求訴訟として位置づけられるものと理解しているとも解される（この点に関して，平成17年大法廷判決の調査官解説においては，同事案における主位的確認請求（公職選挙法が衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴え）について，「これが認められるとしても，無名抗告訴訟たる立法不作為の違憲確認請求訴訟として補充的に認められるべきものである」旨記載されている（杉原則彦・最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成17年度（下）643及び644ページ）。）。

しかしながら，立法不作為の違憲確認の訴えについては，一般的にそのような訴訟類型を認める明文の規定はなく，先例となるべき最高裁判例も見当たらない。この点について，国会に対し，違憲判断を通じて，法律の改正を求める機能を有するものとしては一票の格差が問題とされるいわゆる定数訴訟が存在するが，同訴訟は，国政選挙において，選挙の効力に異議のある選挙人が選挙人としての資格で提起する客観訴訟であり，国会が具体的に定めた選挙区割り等の選挙制度の仕組みが，法の下での平等などの憲法上の要請に反するため国会に与えられた裁量権を考慮してもその限界を超え，これを是認することができない場合に，憲法に違反する旨を判断するものであるところ，主観訴訟として，国会が立法裁量権を行使して具



体的な選挙制度の仕組みを決定する前に、あるべき選挙制度を措定して、立法措置を執るべきことを義務付けるものではない。

また、立法不作為の違憲確認の訴えについては、無名抗告訴訟の一種として許されると指摘する学説もあるが、行政事件訴訟法の下での許容性自体明らかとはいえないし、仮にこれを認める場合における訴訟要件や判決の効果（例えば、行政事件訴訟法33条1項の拘束力が国会に及ぶか否かについては、これを肯定する見解と、権力分立原理や憲法41条の国会単独立法の原則との関係で否定する見解がある（条解行政事件訴訟法〔第4版〕698ページ参照）も十分に解明されていない（上記調査官解説においても、「法令上の根拠に問題のある訴訟形態」であると記載されている（上記解説644ページ）。）。

したがって、立法不作為の違憲確認の訴えの適法性には疑義があるというべきであり、仮に許容される場合があるとしても、司法権の限界及び三権分立の原則を踏まえると、厳格な要件の下での極めて例外的な場合にとどまるものと解すべきである。

この点については、平成17年大法廷判決の調査官解説において、「立法不作為の違憲確認訴訟を無名抗告訴訟として認めることの最大の問題点は、その対象が選挙権を保障する立法の不作為だけに限定されるのか、その他の分野についても及ぶのか、及ぶとしてその範囲はどこまでかという点にある。その他の分野の立法の当否を争おうとする者が、立法不作為の違憲確認訴訟を提起してきた場合に、これを無限定に許容することになると、三権分立の制度下における司法権の役割と守備範囲をめぐる問題が先鋭化するおそれがないではない。」（上記解説646ページ）と指摘されている。

イ 以上を本件についてみると、上記アで述べた視点と関連する要素としては、次のような事情を指摘することができる。

本件違法確認の訴えでは、選挙権ではなく、国民審査における審査権の行使に係る立法の不作为が問題とされている。

また、本件違法確認の訴えに係る請求を認容する判決は、その拘束力の有無をおいても、少なくとも、国会に対し、次回の国民審査の執行に間に合う時期までに、在外国民に審査権の行使を可能とする立法的措置を執るべきことを要求するものとなるから、具体的な制度内容について国会の立法に委ねるものであっても、立法作用への影響は大きなものとなる。

この点に関し、原判決は、本件違法確認の訴えに係る判決について、在外国民について次回の国民審査において審査権を行使することができる地位を積極的に確認する場合と異なり、実質的に国会の機能である立法作用を行うことになるとの批判が当たらない旨指摘するが（原判決54, 55ページ）、前記第3の5(3)で述べたとおり、もとより、上記指摘は誤っているし、本件違法確認の訴えも、国会に対し、次回の国民審査の時までに、在外審査制度の創出に係る立法措置を執るべきことを要求する点では同様であり、立法作用への介入という観点からは同様の配慮を要するものというべきである。

そして、国民審査における具体的な投票方法等については、国会の立法裁量（憲法79条4項）に委ねられているところ、国会において、国民審査の公平・公正性及び実効性を確保する観点から、審査の方法として記号式投票を採用し（国民審査法15条）、これを前提として在外審査制度を設けることにつき技術上の制約があると判断したことには、合理的な根拠があり、従前の在外審査制度に関する国会等の議論の状況等も踏まえれば、仮に在外審査制度を設けていないことが憲法に違反するとしても、その違憲性が明白であるとはいえない（原判決55ないし58ページ参照）。

加えて、在外国民に審査権の行使を認める場合の投票の具体的方法としては、自書式、原判決のいう分離記号式（原判決9, 47ページ。審査の

対象となる裁判官の氏名と番号を対応させた用紙を投票所内に掲示し、投票用紙には番号のみを印刷しておき、審査人が投票用紙の番号欄に「×」の記号を記載する方法)のほか、電子的な方法も含めた様々なものが想定されるから、今後国会が執るべき立法措置の内容は、一義的なものではない。しかも、国会において、審査の公平・公正性や実効性に留意し、また、様々な意見や利益を調整、衡量しながら、制度として安定的な投票方法を定めるには、国会における相応の検討、審議が必要となるから、次回の国民審査の執行までに適切な制度を立法化することには相当の困難を伴うことは明らかである。

ウ 以上によれば、本件違法確認の訴えについて、立法不作為の違憲確認請求訴訟として位置づけられるとしても、その適法性には疑義がある上、仮にこれが許容されるとしても、厳格な要件の下での極めて例外的な場合にとどまるものと解すべきところ、本件では、①選挙権ではなく、国民審査における審査権の行使に係る立法の不作為が問題とされていること、②在外国民審査制度を設けていないことについて、仮に違憲であると判断されるときも、違憲性が明白とは解されないこと、③在外審査を実現するために国会が執るべき立法措置の内容が一義的なものではなく、次回の国民審査の執行までに適切な制度を立法することには相当の困難を伴うことからすると、本件違法確認の訴えが上記の例外的な場合として許容されると解することはできない。

### 3 小括

したがって、本件違法確認の訴えが法律上の争訟に当たるとしても、行政事件訴訟法4条の公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては確認の利益が認められないし、立法不作為の違憲確認訴訟として許容されるものでもないから、本件違法確認の訴えを適法とした原審の判断には、行政事件訴訟法4条等の解釈適用の誤りがあるというべきである。

## 第5 本件は、法令の解釈に関する重要な事項を含むこと

前記第3及び第4で述べたところからすれば、本件違法確認の訴えを適法とした原審の判断には、「法律上の争訟」、行政事件訴訟法4条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」等に関する解釈適用について、結論に影響を及ぼすことが明らかな誤りがある。

そして、本件は、裁判所の審判範囲を画する「法律上の争訟」や、公法上の当事者訴訟における確認の利益の有無等といった重要な法令の解釈が問題となっているところ、原審の判断は、抽象的な法令の違憲確認の訴えを適法としたに等しく、これを確定させた場合の裁判実務への影響は甚大というべきである。また、本件違法確認の訴えを認容する原判決をそのまま確定させた場合には、国会において、判決確定後の次回の国民審査までに在外審査制度を創出する義務を課されることとなるが、このような事態は三権分立の観点からも看過できない。

以上によれば、本件が法令の解釈に関する重要な事項を含むものであることは明らかである。

## 第6 結論

以上によれば、本件違法確認の訴えを適法とした原審の判断には、判決の結果に影響を及ぼすことが明らかな法令の解釈適用の誤りがあり、本件は、法令の解釈に関する重要な事項を含むものである。

よって、本件上告受理申立てを上告審として受理し、原判決を破棄し、更に相当の裁判をすることを求める。

以 上