

~~~~~  
研究ノート  
~~~~~

公法上の当事者訴訟の展開

—憲法訴訟への架橋として—

鈴木 眞 澄

- I. はじめに～表題の課題における問題点～
- II. 今後の検討課題
- III. 今後の検討における方向性

I. はじめに～表題の課題における問題点～

この論攷では、表題の問題に関する研究成果を論述するというよりも、今後表題の課題を検討する上で必要とされるべき研究の手法ないし方向性を指摘しようというところに、その目的がある。

2004年（平成16年）に行政事件訴訟法の改正が行われ、同法4条後段の公法上の当事者訴訟に「公法上の法律関係の確認の訴え」の文言が導入された。その改正の趣旨をめぐっては様々な評価が行われているが²、同条改正の趣旨は、概ね公法上の当事者訴訟における「確認訴訟」としての活用が指摘されている³。しかし、同訴訟類型の如何なる形態が活用されようとしているのかについては、改正時点でさほど明確な合意があったわけではない⁴。

ところが、同改正法が施行された翌年の2005年（平成17年）9月14日に最高裁から同改正法を明確に意識したと考えられる大法廷判決、「在外国民選挙権確認判決」（以下、「05年判決」という。後掲【参考判例】1. 参照）⁵が出されるに至り、同改正法の公法上の法律関係の確認の訴えの意味をめぐって俄かに公法学者の注目を引くところとなった（下線は筆者。以下、同じ）。その中で、本稿が特に注目するのは、同改正法が「憲法訴

訟」の新たな訴訟類型として、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟を形成したのではないかという点である。05年判決では、主位的請求である、①平成10年改正前の公選法が原告らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていなかったことの違憲・違法の確認請求（以下、「①の請求」という。）、②（1審係属後に）改正された後の公選法が原告らに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いて選挙権の行使を認めていないこと（附則8項）の違憲・違法確認請求（以下、「②の請求」という。）については、1審、2審と異なり、「法律上の争訟」性の否定ではなく、いずれも「確認の利益」がないとして却下したが、予備的請求である、③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いて選挙権を行使する権利を有することの確認請求（以下、③の請求という。）、並びに、④国会が国政選挙における在外国民の選挙権の行使を可能とするための公選法改正を怠ったことにより2006年（平成8年）10月20日実施の衆議院議員総選挙において投票できなかったことに対する損害賠償請求（以下、④の請求という。）については、いずれも請求を認容した。

本稿が取り上げるのは、このうちの③の請求である「選挙権を行使する権利を有すること」の確認請求訴訟である。既にこの点においては、05年判決が憲法訴訟としての途を広げようとしていることに対する好意的な評価は少なくない。現に、05年判決に対する調査官解説は、05年判決を予防的確認訴訟であると位置づけ、それとの関連としてではあるが、以下のように評価している。「本件の予備的確認請求の実質は、このままでは次回選挙で選挙権を行使できないことになるので、そのような事態を防止するという意味での、一種の予防的確認訴訟であると解することができ、そのような『[特定の]公権力の行使〔不行使〕に対する不服の訴訟』としての性質をもった『[当事者訴訟としての]確認訴訟』も、他に適切な救済の方法がない場合などには許されるべきであるとして、予備的確認訴訟に

係る訴えの適法性を認めることもできよう。本判決は、以上のような考え方に基づいて、予備的確認訴訟に係る公法上の法律関係に関する訴えとして適法と認めたものであり、この判断は、必要な違憲立法審査権を適切に行おうとする最高裁判所の姿勢の現れであるということができよう。」⁶

他方、研究者の側からも、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟が憲法訴訟としての途を開くものとして注目されるという指摘が行われている。例えば、「本判決は予備的確認請求に係る訴えについて、これを不適法な訴えであるとした第1、2審判決と異なり、行政事件訴訟法4条の規定する公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法な訴えと認め、その請求を認容したが、このような法令違憲を主張する方法が是認されたことは、極めて重要な意義を有する」⁷、「(05判決が衆参の選挙区選挙における選挙権を行使する権利の確認請求を『公法上の法律関係に関する確認の訴え』と捉え、確認の利益を肯定するとともに、請求を認容したことは) 憲法上の権利の確認を求める訴えを提起し、その中で法令の違憲を主張する途を開くものとして注目される。」⁸といった指摘がそれであり、さらには従来憲法訴訟として多用されてきた国家賠償訴訟との関連においても、「本判決は (違憲判断が示された) 憲法判断と(確認訴訟と国賠訴訟の両方が認められた) 救済方法の双方に関して大きな意義を有する」⁹という評価もある一方で、「憲法訴訟としての国賠訴訟には・・・立法不作为に基づく損害賠償が救済として適切かという問題があり得よう。また、(従来立法不作为に対する憲法判断として最も基本的な) 昭和60年最判¹⁰も本件最判も採用している違憲と国賠違法を区別する立場を採用すると、立法不作为がたとえ違憲と考えるうとしても国賠法上は違法ではないと判断され、国賠訴訟が憲法訴訟として果たす役割は制限されざるを得ない。そうすると、本件最判のように確認訴訟を活用することが有効ではないかと考えられる。もちろん、・・・確認訴訟が適法とされるためには、確認の利益が必要とされるため、違憲の立法不作为を確認訴訟

で争うことができる余地はそれほど大きくはないかもしれない。しかし、国賠訴訟よりも直截に違憲な立法不作為を攻撃できる手段としての確認訴訟の意味は小さくない。」¹¹といった指摘がなされている。国賠請求との関連は重要であり、後述する。

ここでは、一旦、問題状況を一般化して考えてみる。公法上の権利であろうと私法上の権利であろうと、一定の権利の行使を妨げる違憲の法令があり、その下で右権利の行使を妨げる具体的な（行政的）措置ないし法状態がある場合において、右権利の行使を可能とする状態を回復しようとするならば、如何なる手段・方法があるだろうか。まず、当該具体的な行政措置が処分等の公権力の行使である場合は、当該法令の違憲・無効の主張（この部分が憲法訴訟となる）とともに、当該処分の取消及び適切な処分の義務付訴訟（一般に給付訴訟と考えられている。）を提起することになろう。違憲の法令の下で違法な処分が行なわれようとしている場合は、その差止訴訟（同様に、給付訴訟と考えられている。）となろう。ただし、現行の司法制度の下では、当該法令が違憲であることの確認と宣言が行われ、当該訴訟における当事者との関係でのみ適用が阻止されるだけである（違憲判決の個別的効力説）。しかし、違憲の法令の個別的な排除ないし機能停止だけでは当該権利行使が期待できない場合は、新たな立法とその下での具体的な措置（それが行政処分であろうなかろうと）が必要となる。この場合、立法府に新たな立法を義務付ける法的手段は、現状では困難であり、法令違憲判決の後に当該法令を改正するか否かは立法府の裁量にゆだねられていると考えられている。ここに憲法訴訟の生来的な限界があるのであるが、その点は措くとして、その場合であっても、選挙訴訟等の客観訴訟が限定されているところから飽くまで主観訴訟の範囲内において法令違憲の判断を引出し、そのことによって立法府の立法権行使に影響を与える途を探るのが、憲法訴訟論の課題であろう。現に、05年判決を受けて、衆参の選挙区選挙も在外選挙の対象とする法改正（附則8項の削除）

が行われた（2006年（平成18年）法律第62号）。

こうした一般的な憲法訴訟の構造の下で、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟が憲法訴訟として機能しうる場面を考えることになる。その場合、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟の対象である「公法上の法律関係」の中に、端的に「憲法上の権利を行使しうる権利ないしは地位」と読み込むことによって、上述の憲法訴訟論に対する一定の寄与が考えられないかというのが、ここでの課題である。法令が違憲無効であることを前提に、（単なる）公法上の法律関係の確認を求めるという訴訟形態は従来から認められている。例えば違憲の公務員法改正が行われたことにより地位を剥奪された公務員の地位確認訴訟のような場合である。しかしここではさらに一步を進めて、法令違憲の確認・宣言に止まらず、当該違憲の法令が「憲法上の権利の行使」を妨げており、その下で違憲の具体的な行政的措置ないし法状態が執られている場合で然も、当該措置ないし法状態の是正・排除が、公権力の行使に対する不服の申立という関係にないか、あるいは近い将来の公権力の行使による是正が期待できないような場合に、当該具体的な措置ないし状態を排除して、公権力との関係で当該憲法上の権利を行使しうる権利または地位が存在することの確認までできれば、従来の憲法訴訟論に一定の前進が見られるであろうということである。確かに05年判決は、後述するように、「選挙権」という「権利の重要さ」に言及し、それが確認の利益を肯定する一要素としているかに見え、それについては、「訴えによって救済を求める利益は、裁判によって救済される権利・利益であればよく、それ以上に『重要性』は必要とされない」という指摘が行われているが¹²、本稿では、「重要な権利」である「憲法上の権利」、そしてその典型である「基本的人権」それ自体（を行使しうる権利ないし地位）の確認を、公権力との具体的な関係において確認の対象とするところに、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟における憲法訴訟として意義を見出そうとしているのである。

こうして公法上の当事者訴訟としての確認訴訟が憲法訴訟として発展する可能性を追究することは、今後に残された重要課題といえる。本稿では、この問題を今後検討するにあたって、如何なる手法ないし方向性を志向すべきかを指摘してみたいと思う。

Ⅱ. 今後の検討課題

公法上の確認訴訟における憲法訴訟としての可能性を追究するにあたって、まず基礎的作業として検討すべきは、05年判決で示された論理構成を整理し、従来の当事者訴訟をめぐる議論の中で占める位置づけ、その後如何なる事例が続いているのかの探究、といった諸点であろう。その際は、これまでの議論を整理するに当たり、そもそも公法上の当事者訴訟としての確認訴訟が憲法訴訟として期待されるべき訴訟類型であったのか、その点は2004年の行政事件訴訟法の改正作業の中でどこまで意識されていたのか¹³の検討が行われるべきである。と同時に公法上の当事者訴訟としての確認訴訟には生来的な射程距離ないし訴訟類型としての限界があるのか¹⁴、についての検討が欠かせないことになろう。

Ⅲ. 今後の検討における方向性

1. しかし、筆者の見解によれば、公法上の当事者訴訟（実質的当事者訴訟）としての確認訴訟が憲法訴訟として如何なる可能性を有するかを検討するに当たって最も重要な検討課題は、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟が既存の憲法訴訟類型とどこが違うのか、という点にある¹⁵。私見によれば、従来の憲法訴訟論は、「憲法訴訟」という個別の訴訟類型がない以上、既存の様々な訴訟類型を利用しながらその判決理由中の判断として当該法令の違憲・無効を、言わば間接的に認定・宣言させることで満足せ

ざるを得なかったのであるが¹⁶、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟にあっては、当該法令の違憲・無効を前提として、即ち判決理由中の判断において当該法令の違憲・無効を確認・宣言させることを前提として、個別・具体的にはあるが、対公権力との関係において、原告の「憲法上の権利を行使しうる権利」ないし「憲法上の権利を行使し得る地位」それ自体を訴訟物にし得る点、それ故に、請求認容判決が確定することによって、判決理由中の判断（一般的には既判力が及ばない）としての当該法令の違憲無効の確認・宣言が事実上であるが確定するのみならず、訴訟物となった当該「憲法上の権利の存在」ないし「同権利を行使しうる権利・地位の存在」それ自体が既判力¹⁷を持って確認され、拘束力¹⁸を付与されることとなる点において、憲法訴訟としての特徴があると言える。

2. ところが、ここまでは理論的な積み重ねによって理解にさほど困難を感じることはないのであるが、ここから先が未開拓の領域となる。それは何故かという点、05年判決がいみじくも示唆するように、訴訟物とされた憲法上の権利の内容及び性質如何によって、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟における「確認の利益」の認定が異なってくるからである¹⁹。

公法上の当事者訴訟としての確認訴訟は民事訴訟法上の確認訴訟との類似点は少なくない。唯一般に後者にあつては、抽象的な法律問題は確認の訴えの対象にはならないとされており²⁰、したがって、抽象的規範統制に通ずるような法令の違憲確認訴訟は「法律上の争訟」にあたらないと解されている²¹。しかし、単なる公法上の権利ではなく、「重要な権利」である憲法上の権利の行使が妨げられている違憲の法令があり、その下で違憲の具体的な行政的措置ないし法状態が執られている場合において、当該措置ないし法状態の是正・排除が、公権力の行使とは無関係か、あるいは近い将来の公権力の行使が期待できないような場合において、執られている当該具体的な措置ないし法状態を排除して、当該憲法上の権利を行使しうる権利または地位が存在することの確認までできれば、従来の憲法訴訟論に

一定の前進が見られよう。つまり、上記の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」における「公法上の法律関係」の中に、「憲法上の権利を行使しうる権利」ないしは「憲法上の権利を行使しうる法的地位」を読み込み、それに対する「確認の訴え」という訴訟類型が確立すれば、従来の憲法訴訟論に新たな途が開けるであろうということである。

ところで、従来民事訴訟における「訴えの利益」は、確認訴訟においては「確認の利益」として最も問題とされてきた。確認訴訟では請求認容判決がなされても、確認判決には給付判決のような執行力はなく、既判力しかないからである²²。確認の利益は、一般に、①確認訴訟→確認判決という手段が有効・適切であるか、②確認対象が適切であるか、③紛争の現実性、即時解決の必要性があるか、④適切な被告を選んでいるか、という4点から判断される²³。

公法上の当事者訴訟としての確認訴訟における確認の利益も一般に民事訴訟の確認訴訟におけるそれを参考にしながら検討されている²⁴。05年判決も民事訴訟上の確認の利益の判断手法と異なる手法はとっていない²⁵。他の学説でも、例えば、これまでの下級審の判決を例にとり、民事訴訟法と比較することによって、①確認訴訟の適否（訴訟物が当事者間の具体的紛争の抜本的解決に有効適切か、②即時確定の必要性（原告の法律上の地位に現に存在する不安、危険の除去に必要適切か）、③方法選択の適否ないし補充性（訴訟類型のうち具体的紛争の解決にとって確認訴訟の選択が適切か）という基準が提案されており、05年判決が確認訴訟の適法性を認めるに際して言及した、(a) 原告らが侵害されるとする権利利益の重要性、(b) 確認訴訟の救済手段としての有効適切性、(c) 補充性のうち、①は(b)に、③はおおよそ(c)に対応し、②は(a)の一部に対応する、と指摘する論者もある²⁶。唯、この場合の確認の利益の有無の判断について行訴法で独自の視点を付加できるかについては今後の検討課題となると言われてきた²⁷。

しかし、本稿で問題とされる確認の利益は、「憲法上の権利を行使しうる権利ないし地位」という、通常の「公法上の法律関係」とは法的次元を異にする重要な訴訟物との関連で検討されるべきものである。そうだとすると、反対に、憲法訴訟なるが故の影響が及んでくることが想定されるところから、この論攷が指摘した上述の未開拓の領域においては、多様な憲法上の権利の内容及び性質論が決定的に重要となる。上述の05年判決では「選挙権」という、比較的内容の把握が容易な憲法上の権利であるが故に、当該訴訟における確認の利益が是認されたと考えられるのであるが、その内容が広汎・多岐にわたり、それ故当該権利に対する侵害の態様及び程度の認定が複雑となる憲法上の権利、とりわけ基本的人権の場合は、確認の利益の認定が比例的に困難となろう。

3. 試みに、基本的人権における違憲審査基準の裁判的保障密度の観点からは、精神的自由権、経済的自由権、参政権、社会権的基本権、人格権といった分類が可能である。05年判決は、選挙権の制限の憲法適合性審査基準としては、「厳格な違憲審査基準」が適用されるべきであるとしている²⁸。「経済的自由（営業の自由ないし職業選択の自由）」については、薬事法第5条の規定による薬剤師の薬局開設許可または許可更新義務不存在確認請求事件（東京地裁1962年（昭和37年）10月24日判決・行集13卷10号1858頁）において、次のように判示していた。「原告の本訴請求の趣旨は、原告は旧薬事法に基づき薬局開設の登録を受けた者であるところ、新薬事法附則第4条により同法第5条による許可又は許可の更新を受けない限り昭和37年12月末日限り薬局の開設ができないことになったが、右法律第5条の規定は憲法に違反して無効であるから、右許可又は許可の更新を受けなくても昭和38年1月1日以降も薬局の開設ができる権利のあることの確認を求めるというにあると解すべきであり」「また一般に行政庁のなんらかの処分をまつまでもなく、法令自体が直接国民の権利義務に影響を及ぼすような場合には、その法令により権利義務に直接の影響を受ける国民は国に対しその法令の無効確認あるいは当該無効法令に基づく権利義務の存

在、不存在等の確認を求めて裁判所に提訴することは、許される」。

また同様に薬事法の関連で、近時の医薬品ネット販売の権利確認等請求事件（東京地裁2010年（平成22年）3月30日判決。判時2096号9頁）は、次のように判示している。「本件地位確認の訴えは、公法上の当事者訴訟のうちの公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができるところ、原告らは、改正省令の施行前は、一般販売業の許可を受けた者として、郵便等販売の方法の一態様としてのインターネット販売により一般用医薬品の販売を行うことができ、現にこれを行っていたが、改正省令の施行後は、本件各規定の適用を受ける結果として、第一類・第二類医薬品についてはこれを行うことができなくなったものであり、この規制は営業の自由に係る事業者の権利の制限であって、その権利の性質等にかんがみると、原告らが、本件各規定にかかわらず、第一類・第二類医薬品につき郵便等販売の方法による販売をすることができる地位の確認を求める訴えについては、前記のとおり本件改正規定の行政処分性が認められない以上、本件規制をめぐる法的な紛争の解決のために有効かつ適切な手段として、確認の利益を肯定すべきであり、また、単に抽象的・一般的な省令の適法性・憲法適合性の確認を求めるのではなく、省令の個別的な適用対象とされる原告らの具体的な法的地位の確認を求めるものである以上、この訴えの法律上の争訟性についてもこれを肯定することができると解するのが相当である（なお、本件改正規定の適法性・憲法適合性を争うためには、本件各規定に違反する態様での事業活動を行い、業務停止処分や許可取消処分を受けた上で、それらの行政処分の抗告訴訟において上記適法性・憲法適合性を争点とすることによっても可能であるが、そのような方法は営業の自由に係る事業者の法的利益の救済手続の在り方として迂遠であるといわざるを得ず、本件改正規定の適法性・憲法適合性につき、上記のような行政処分を経なければ裁判上争うことができないとするのは相当ではないと解される。。）」

「したがって、本件地位確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、確認の利益が肯定され、法律上の争訟性も肯定されるというべきであり、本件地位確認の訴えは適法な訴えであるといえることができる。」尚、本件上告審・（龍法 '13）45 - 4, 462（1492）

2013年（平成25年）1月11日最高裁判決（LEX/DB25445208）では、この点に触れることなく、ネット販売を一律に禁じた当該厚生省令が新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法のものとして無効とされた。

また、権利の内容が一義的で明白な選挙権と異なり、「受益権」については、法令の違憲を主張できても権利内容を確定することができないことが多く、申請権の確認の訴えは別として、法令違憲訴訟以外に選択肢はないということがあろうが、学説では積極的に解するものが多いところであり、判例の形成がまたれるところであると言われている²⁹。

こうした考察との関連において、05年判決が④の請求である国賠請求を肯定した論理を発展させて、公権力により重大な権利侵害（人格権や参政権の中核に関わる権利侵害など）を受けた私人は、裁判所に当該権利侵害行為の違法を確認することを求め、違法確認判決を得ることにより、重大な精神的侵害を回復できる、と解せないか、という提言³⁰は、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟を憲法訴訟として機能させようとする際の基本要件となる「確認の利益」を基礎づけるという意味において、極めて示唆に富むものと言えよう。

4. いずれにしても、公法上の当事者訴訟としての確認訴訟の法的構造とそこで必要となる確認の利益の内容との関連をより良く語り得るのは、（いずれかと言えば）行政法研究者であるとしても、それが憲法訴訟として機能する際の当該憲法上の権利の内容及び性質をより良く語り得るのは、憲法研究者であろう。この点に、本稿に伏在する究極の目的がある。それは、上記未開拓領域における検討対象は、行政法（学）と憲法（学）とを架橋する領域であること、そして、相互の研究領域が学問的に協働することによって上記未開拓領域における検討対象及び検討内容がさらに深化するであろうことを、それぞれの研究者に認識させることである。筆者自身の努力も含めて、今後双方の研究領域における学際的協働がのぞまれる所以である。

- 1 2004年行政事件訴訟法の改正については、行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(2004年1月6日)等参照。
- 2 改正の趣旨については、文献が多数存在するが、山田洋「確認訴訟の行方」法律時報73巻3号、45頁等参照。
- 3 確認訴訟の活用論については、前註1の「考え方」が示した「取消訴訟を中心とする抗告訴訟のみでは国民の権利利益の実効的な救済をすることが困難な局面への対応」を図るため「確認訴訟を活用する」という法改正の立場に依拠して、「国民の実効的救済の途を拡大」あるいは「裁判的救済の可能性を拡大」するところにあるとするものが多い(室井力・芝池義一・浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ【第2版】行政事件訴訟法・国家賠償法』、70頁(浜川清執筆)。当事者訴訟の存在理由については、同、84頁以下等参照。同改正法における行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性については、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性—改正行政事件訴訟法の理論的インパクト—」民商法雑誌130巻6号963頁参照。他に文献多数。
- 4 山田洋・前註2、46頁参照。
- 5 最大判2005年(平成17年)9月14日(民集59巻7号2087頁)。判例時報1908号36頁、判例タイムズ1191号143頁。同判決の評釈については、杉原則彦・最高裁平成17年度民事判例解説、603頁(調査官解説)、同「在外選挙権最高裁大法廷判決の解説と全文」ジュリスト(No.1303)2005. 12. 15.、31頁。その他、以下に見るように、多数出されている。事件の概要は、後掲【参考判例】1. 参照。
- 6 杉浦則彦・同上「在外選挙権最高裁大法廷判決の解説と全文」、37頁。
- 7 判例タイムズ1191号146頁。
- 8 野坂泰司「在外日本国民の選挙権」高橋和之他編『憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕』(2007年)、335頁。
- 9 木村琢磨「行政法7 在外国民選挙権の制限に対する司法的救済」『平成17年度重要判例解説』、51頁。
- 10 最判1985年(昭和60年)11月21日判決(民集39巻7号1512頁)。
- 11 北村和生「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」ジュリスト(No.1303)2005. 12. 15.、30頁。尚、国賠請求との関連は重要である。後註16参照。
- 12 浜川清「在外国民選挙権最高裁判決と公法上の確認訴訟」法律時報78巻2号86頁参照。
- 13 もっとも、公法上の当事者に確認の訴えが含まれることは従来から当然のことと解されてきたところであり、法律の違憲を主張した権利の確認を求める訴えが適法とされたのも本件が初めてではない。薬事法の改正により新たに設けられた許可制が違憲無効であるとして旧法に基づき薬局開設の登録を受けた者が許可または許可の更新を受けなくても薬局開設の権利があることの確認を求

- めた事件において、東京地裁1962年（昭和37年）10月24日判決（行集13巻10号1858頁）は「一般に行政庁のなんらかの処分をまつまでもなく、法令自体が直接国民の権利義務に影響を及ぼすような場合には、その法令により権利義務に直接の影響を受ける国民は国に対しその法令の無効確認あるいは当該無効法令に基づく権利義務の存在、不存在等の確認を求めて裁判所に提訴することは、許されるものと解すべき」としていた。そして、その上告審・最高裁大法廷1966年（昭和41年）7月20日判決（民集20巻6号1217頁）は、その点に触れることなく直ちに本案審理に入り、憲法には違反しない旨の実体判断を行なっているが、当該事件調査官解説によれば、「本件訴は、旧行政事件訴訟特例法の下で提起されたものであり、一種の公法上の地位、資格を保有する事の悪人を訴求するいわゆる公法上の権利関係に関する当事者訴訟として認められよう。」「法規を訴訟の対象にできないというのは、具体的事件性を欠くためであるから、法規の実施によって具体的な法律上の地位の侵害が考えられるような場合であれば、これに事件性を認められてよいように思われる。」とされていた。矢野邦雄・昭和41年最高裁民事判例解説、359頁。以上、後掲【参考判例】4、5。参照。尚、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』有斐閣（2011年）、274頁；浜川清・同上「在外国民選挙権最高裁判決と公法上の確認訴訟」、87頁参照。また、憲法、行政学、行政法学者の座談会、長谷部恭男・田中宗孝・小幡純子「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト（No.1303）2005.12.15、2-24頁も参照。
- 14 行政事件訴訟法が当事者訴訟という行政事件訴訟の類型を定めてきたことについては、従来から強い疑問が示されてきたことについては、浜川清・前註2『コンメンタール』、84頁以下。04年法改正の審議過程については、猪股弘貴「公法上の当事者訴訟—『人権救済訴訟』研究序説—」明治大学社会科学研究所紀要49巻2号（2011年）、287頁以下参照。
- 15 従来の憲法訴訟を概観するものとしては、戸松秀典『憲法訴訟 第2版』有斐閣（2008年）。個別の行政訴訟と憲法訴訟の関係は、同130頁以下。公法上の当事者訴訟については、158、168-170頁参照。
- 16 05年判決では、④の国賠訴訟を肯定しており、その点も画期的ではあるが、泉徳治裁判官は、本件のような立法不作為の場合は金銭賠償にはなじまず、確認訴訟による「救済の途が開けている限り、あえて金銭賠償を許容する必要もない」としており、それに対する福田裁判官の補足意見もあるが、「少なくとも選挙権の行使が本来の目的であり金銭評価になじみにくい本件のような場合には、公法上の確認請求の認容だけで十分であったように思える」という憲法学者からの評価もある。米沢広一「憲法1 在外選挙権と立法不作為」『平成17年度重要判例解説』、8頁。
- 17 行政事件訴訟も基本的には民事訴訟の類型に属するところから、民事訴訟における「既判力」は当然準用される（行訴法7条、民訴法114条1項）。また、民事訴訟における確認訴訟の訴訟物は、「実体法上の権利関係」で枠づけられ、

「確認訴訟は、実体法上の権利の存否を確定することによって、抽象的実体法規範を当事者の規範意識を媒介として彼らの間に顕在化・具体化せしめ、彼らの間に紛争が現実化することを未然に防止しようとする訴訟形式であり、そこにおける訴訟物は実体法上の権利関係でなければ紛争解決の機能を果たしえない訴訟類型なのである。」新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』弘文堂（2011年）、314－315頁。

- 18 公法上の当事者訴訟としての確認訴訟に抗告訴訟としての取消訴訟の規定が準用されるから、関係行政庁に対する判決の「拘束力」の規定（行訴法33条1項）の準用はあるが（同41条1項）、「第三者効」の規定（同32条1項）の準用はない。このうち、前者との関係では、05年判決は、在外国民が「次回選挙において投票することができる地位にある」ことを確認したが、かかる確認判決の「拘束力」によって立法府に所要の立法措置を執るべく義務付けられるものかどうかは定かではない、という指摘があるが（野坂泰司・前註13『憲法基本判例を読み直す』、274頁）、一般に、行訴法33条1項の関係行政庁に対する「拘束力」を根拠に「立法府」に対する立法の義務付けを導き出すのは困難であろう。ただし、この点については、05年判決における②の請求を「法令の規定が違法であり、それによって、原告の法的地位が侵害されていること」という意味の「消極の確認」と規定し、その確定判決の「拘束力」により、立法機関が判決理由中の判断に従う立法を行うことを可能にするという提言は、示唆に富む。山本隆司『判例から探求する行政法』有斐閣（2012年）、494－495頁。この理解によると、本稿の立場は「積極の確認」の請求となる。また、「仮の救済」の準用も問題となりうる。浜川清・前註2『コンメンタール』、81頁以下。
- 19 05年判決は、「選挙権は、これを行使することができなければ意味がないもの」と捉え、選挙権は「行使」を認めることが不可欠ものとして、当該確認訴訟における確認の利益を肯定する有力な理由としている。公法上の当事者訴訟における確認の利益は特に法文に明規されていない以上、民事訴訟の例によることとなる。05年判決は、①問題となる権利利益の重要性とその性質、②確認訴訟の救済手段としての有効適切性を取り上げている。また③当該権利の重要性に言及しているが、これは本来、確認の利益とは関係がないと指摘されている。浜川清・前註12「在外国民選挙権最高裁判決と公法上の確認訴訟」、86頁等。しかし、本稿は、憲法上の権利という「重要な権利」を問題にしている。
- 20 新堂浩司・前註17『新民事訴訟法 第5版』、270頁等。
- 21 05年判決の①及び②の請求について、1審と2審は、「法律上の争訟」に当たらないと判断した。後掲【参考判例】2. 3. 参照。しかし、05年判決は憲法訴訟における抽象的規範統制に途を開く可能性があるという指摘がある。長谷部泰男等・前註13「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法院判決をめぐる」、9、16頁（小幡純子発言）。
- 22 松本博之・上野泰雄『民事訴訟法〔第6版〕』弘文堂（2013年）、154頁。
- 23 新堂幸司・前註17『新民事訴訟法』、272頁。

- 24 中川丈久・前註2、977頁以下参照。②の「紛争の成熟性」については、行政過程のどのタイミングで原被告間の紛争が裁判的救済（確認判決）に馴染むほど成熟しているかの判断が必要であり、①の「確認訴訟の補充性」については、ある行政決定について給付ないし形成訴訟が可能ならば、確認訴訟は不要となるのであり、②の「確認の対象の選び方」では、何が紛争解決の決め手になるかが個々の事案によって異なる以上、多様であり、（本稿との関係では＝筆者註）原告の有する法的地位（権利の存在、権利義務の束である資格や地位の存在等）、行政機関の行為の違法・違憲、具体的事実にかかる法的評価等が対象となる、としている。
- 25 北村和生・前註11「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」、29頁。
- 26 越智敏裕「在外邦人の選挙権に関する確認訴訟」宇賀克也・交告尚史・山本隆司編『行政判例百選Ⅱ [第6版]』、443頁参照。これによれば、最も重要なのは「即時確定の必要性」であり、行政過程の特色に鑑みれば、行政の判断がどれだけ確定しているか、争点が明確か、事案進展による紛争解決の見込みはないか、後の時点では実効的な司法的救済が得られない事情があるかといった点を考慮すべきであり、「確認対象の適否」では、権利義務の存否、当該行為の違法性・効力が考えられ、具体的事実関係に応じて最も紛争解決に資する確認対象を選択すべきであり、「方法選択の適否ないし補充性」では、確認訴訟が抗告訴訟による救済洩れを拾うという観点に立てば、補充性が否定されるのは、05年判決にいう「改正後の公選法が衆参選挙区選挙における選挙権の行使を認めていないことの違法確認訴訟」のように実効的な救済を与えうる他の訴えが実際に認められる場合や、争点も共通する他の抗告訴訟で容易に救済される場合に限定すべきである、とする。尚、この評釈では、「即時確定の必要性」との関連で、「05年判決が（a）の権利利益の重要性に言及しているのは、本件では選挙権が問題になったために過ぎず、本来確認の利益の肯定に不可欠の要素とみるべきではない」、としながらも、「権利救済の空白を埋める確認訴訟の役割に照らせば、例えば財産権や人格権侵害の場合でも確認の利益を認めうる」、という見解を示している点は注目すべきである。
- 27 北村和生・前註11「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」、29-30頁。
- 28 杉原則彦・前註5『最高裁平成17年度民事判例解説』、635頁。
- 29 浜川清・前註12「在外国民選挙権最高裁判決と公法上の権利」、88頁。
- 30 山本隆司・前註18『判例から探求する行政法』、503頁。尚、猪股弘貴・前註14「公法上の当事者訴訟一『人権救済訴訟』研究序説一」、304頁は、05年判決を検討することによって、「独自の憲法訴訟というカテゴリーを設定しなくても、行政事件訴訟法にいう公法上の当事者訴訟を活用することによって、人権侵害を救済する方法が既に存在するのであり、これに合わせて立法行為の国家賠償訴訟の活用を図るならば、既存の訴訟制度の中でも、基本権訴訟に匹敵す

研究ノート

るものを構築することができる」、とする。

【参考判例】（下線、註釈は筆者による。）

1. 05年判決（「在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件」最大判2005年（平成17年）9月14日民集59巻7号2087頁）

【事実関係】平成10年の公選法改正前には、在外国民に選挙権の行使は認められていなかった。同年の改正で在外選挙制度を創設し、選挙人名簿に登録されていることを条件に、投票できることとしたが、対象となる選挙は、当分の間、衆議院および参議院の比例代表選出議員選挙に限定され、衆議院小選挙区選挙および参議院の選挙区選挙は除外された（同改正法附則8項）。そこで原告らは、在外国民であることを理由として選挙権の行使の機会を保障しないことは、憲法14条1項、15条1項及び3項、43条、44条並びに市民的及び政治的権利に関する国際規約25条に違反すると主張し、主位的に、①平成10年改正前の公選法は、原告らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていなかった点において、違憲・違法であることの確認、②（1審係属後に上記選挙法改正が行われた）本件改正後の公選法は、原告らに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いて選挙権の行使を認めていない点において、違憲・違法であることの確認を求め、予備的に、③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いて選挙権を行使する権利を有することの確認、④立法府たる国会が国政選挙における在外国民の選挙権の行使を可能とするための公選法改正を怠ったために、本件選挙（2006年（平成18年）10月20日実施の衆議院議員総選挙）において投票できなかったことによる損害として一人あたり5万円の損害賠償を請求した。（このうち、本稿が取り上げるのは、③の訴訟であるが、これは控訴審において追加されたものである。）

【判決要旨】

＜在外国民の選挙権の行使の制限の憲法適合性＞

「憲法は前文及び1条、43条1項、15条1項、同条3項、44条ただし書によって、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙での投票によって国の政治に参加することができる権利を国民に固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるもの

とするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障している。」

「憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、それを制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない。」

「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する。」

「このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするため所要の措置を執らない不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合も同様である。」

「在外国民は、選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないためにそのままでは選挙権を行使することができないが、憲法で選挙権を保障されていることに変わりはなく、国は、選挙の公正の確保に留意し、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があり、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合に限り、当該措置を執らないことについて上記のやむを得ない事由があるというべきである。」

<本件改正前の公選法の憲法適合性について>

「本件改正前の公職選挙法では、在外国民は選挙人名簿に登録されず投票をすることができないとされていたが、在外国民の実際の投票を可能にするためには、在外公館の人的・物的態勢を整えるなどの所要の措置を執る必要があり、その実現には克服すべき障害が少なくなかったためである。」

「内閣は、昭和59年4月27日、衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙全般に在外選挙制度の創設を内容とする「公職選挙法の一部改正法律案」を第101回国会に提出したが、…、同法律案が廃案となった後、国会が10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をするこ

とを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。」

「本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する。」

<本件改正後の公職選挙法の憲法適合性について>

「本件改正は在外国民に国政選挙で投票をすることを認める在外選挙制度を設けたが、当分の間、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙についてだけ投票をすることを認め、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の投票をすることを認めない。」

「しかし本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどから、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。」

「参議院比例代表選出議員の選挙制度を非拘束名簿式に改めるなどの公職選挙法の一部を改正する法律が平成12年11月1日に公布され、同月21日に施行され、この改正後は参議院比例代表選出議員の選挙の投票は、公職選挙法86条の3第1項の参議院名簿登載者の氏名自書が原則とされ、既に平成13年及び同16年に、在外国民にこの制度に基づく選挙権の行使がされていることなどから、遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点に、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ついて在外国民に投票をすることを認めないことは、やむを得ない事由があるとはいえず、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する。」

<確認の訴えについて>

「1 本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、本件改正前の公職選挙法が上告人ら

に衆議院議員の選挙及び参議院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（①の請求）は、過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である。」（「法律上の争訟」性は認めている。）

「2 また、本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、本件改正後の公職選挙法が上告人らに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（②の請求）は、他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては、後記3のとおり、予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるということができるから、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法である。」（「法律上の争訟」性は認め、「確認の利益」がない、とする。）

「3 本件の予備的確認請求に係る訴え（③の請求）は、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができるところ、その内容をみると、公職選挙法附則8項につき所要の改正がされないと、在外国民である上告人らが、今後直近に実施されることになる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投票をすることができず、「選挙権を行使する権利」を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき「選挙権を行使する権利」を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。」

「選挙権は、これ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るから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えは、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定す

べきものである。」

「本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認利益を肯定することができるものに当たるというべきである。」

「この訴えが法律上の争訟に当たることは論をまたない。」

「そうすると、本件の予備的確認請求に係る訴えについては、引き続き在外国民である同上告人らが、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して適法な訴えといえることができる。」

「4 そこで、本件の予備的確認請求の当否について検討すると、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するもので無効であって、別紙当事者目録1記載の上告人ら（本件選挙後も国外に残る上告人らの意味）は、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というべきであるから、本件の予備的確認請求は理由があり、更に弁論をするまでもなく、これを認容すべきものである。」

＜国家賠償請求について＞

「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」

「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。」

「このような立法不作為の結果、上告人らは本件選挙において投票をすることができず、これによる精神的苦痛を被ったものというべきであるから、本件においては、上記の違法な立法不作為を理由とする国家賠償請求はこれを認容すべきである。」

「上告人らの被った精神的損害の程度は、本件訴訟で在外国民の選挙権の行使を制限することが違憲と判断され、それによって、本件選挙において投票をすることができなかったことによって上告人らが被った精神的損害は相当程度回復されるものと考えられること（山本・前註18は、この点に着目している。）などの事情を総合勘案すると、損害賠償として各人に対し慰謝料5000円の支払を命ずるのが相当である。」

2. 【同上事件：第1審判決（東京地判1999年（平成11年）10月28日訟月46巻10号3833頁。民集59巻7号2216頁所収）】

【判決要旨】

<国家賠償法1条1項に基づく請求の当否について>

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係において政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うといった例外（龍法 '13）45 - 4, 474（1504）

的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けないと解すべきである（最高裁昭和60年11月21日第1小法廷判決・民集39巻7号1512頁）。」

「憲法15条1項、3項、43条、44条ただし書又は14条1項の各規定をもって、これらが直ちに立法府である国会に対して衆議院議員及び参議院議員の選挙のすべてにつき在外日本人の選挙権の行使を可能にする立法をなすべきことを一義的に明白に命じていると解することは困難である。」

「原告らの主張するB規約25条は、条約締結国の立法府に対し、在外に居住する自国民の選挙権の行使を可能にする立法措置を講ずべきことを一義的に明白に命じているとは解されない。」

「以上によれば、国会議員が平成8年10月20日に行われた衆議院議員選挙までに在外日本人である原告らの選挙権の行使を可能にするような公職選挙法の規定の改正を行わなかったことが、憲法又はB規約の一義的な文言に違反するものでないことは明らかであるから、右の立法の不作為をもって、国家賠償法1条1項の適用上、違法と評価すべき例外的な場合に当たると認めることはできない。」

<本件各違法確認請求に係る訴えの適否について>

「裁判所がその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条にいう「法律上の争訟」に限られるところ、右の「法律上の争訟」とは、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限られており、このような具体的な紛争を離れて、裁判所に対し、抽象的に法令が憲法に適合するかどうかの判断を求めることは許されない（最高裁昭和27年10月8日大法廷判決・民集6巻9号783頁、最高裁平成元年9月8日第2小法廷判決・民集43巻8号889頁、最高裁平成3年4月19日第2小法廷判決・民集45巻4号518頁）。」

「本件各違法確認請求の趣旨は、それぞれ、改正前の公職選挙法は原告らに衆議院議員及び参議院議員の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（請求一）、及び改正後の公職選挙法は原告らに衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員の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（請求二）を求めるものであるが、右のうち、原告らの権利行使が認められて

いないとする部分は、改正前の公職選挙法又は改正後の公職選挙法において、選挙権を有する在外日本人一般について右各選挙権行使の方法が確保されていないという一般的状態を現在の原告らの立場に当てはめて表現したにすぎないというべきであり、この意味における原告らの立場は、選挙権を有する他の在外日本人と特に異なるところはなく、また、特定の選挙を個別具体的に取上げて原告らの権利行使が認められていないことを主張するものでもない。」

「したがって、本件各違法確認請求に係る訴えは、結局のところ、具体的紛争を離れて、改正前の公職選挙法又は改正後の公職選挙法の違法の確認を求める訴えであるというべきであり、法律上の争訟には当たらないと解すべきである。」

「仮に本件各違法確認請求に係る訴えが法律上の争訟に当たると解したとしても、右各訴えは不適法であるというべきである。」

「原告らは、右各訴えは実質的当事者訴訟であると主張するが、その請求の内容からすれば、右各訴えは、要するに、…国会の立法権限の不行使に対する不服の訴えにほかならないから、公権力の行使に関する不服の訴訟として、抗告訴訟の類型に属する訴えと解するのが相当である。」

「右のようないわゆる無名抗告訴訟は、無制限に許容されるものではなく、三権分立の原則からすれば、それが適法な訴えとして許容されるためには、少なくとも、行政庁が処分をなすべきこと又はなすべからざることについて法律上羈束されており、行政庁に自由裁量の余地が全く残されていないなど、第一次判断権を行政庁に留保することが必ずしも重要ではないと認められることが必要であると解されている。」

「本件各違法確認請求に係る訴えは、唯一の立法機関として広範な立法裁量権を有する国会の立法権限の不行使に対する不服の訴えであり、憲法又はB規約上、国会に対して衆議院議員及び参議院議員の選挙のすべてにつき在外日本人の選挙権の行使を可能にする立法を行うべきことを一義的に命じる規定が存在するとは認められないことは前記認定のとおりであるから、本件各違法確認請求に係る訴えが右の無名抗告訴訟が許容されるために必要な要件を具備していないことは明らかである（龍法 '13) 45 - 4, 476 (1506)）

る。」

「仮に本件各違法確認請求に係る訴えが法律上の争訟に当たると解するとしても、右各訴えはいわゆる無名抗告訴訟として許容される場合には当たらないというべきである。」

3. 【同上事件：控訴審判決（東京高判2000年（平成12年）11月8日。判タ1088号133頁。民集59巻7号2231頁所収）】

【判決要旨】

「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うといった例外的な場合でない限り、国家賠償法第1条第1項の適用上、違法の評価を受けないのであって、国会議員の立法不作為が違法となる場合の基準も同様であることは、原判決が正当に判示するとおりである。」

「憲法は、選挙を公正かつ能率的に執行するために国民の選挙権行使に必要な制約を加えることも含め、選挙に関する事項の具体的決定を、憲法上正当な理由となり得ないことが明らかな人種、信条、性別等による差別を除き、原則として立法府である国会の裁量にゆだねており、選挙権の具体的な行使の態様、条件等は公職選挙法の定めるところである。」

「同法に照らせば、現に控訴人らの中にも帰国して住民登録をしたことにより、選挙権の行使の可能となった者もいるように（弁論の全趣旨により認められる。）、住所や居所の定め方を含む当該人の行動等諸般の事情次第で、特定の選挙において実際にどのようにして選挙権を行使することができるかが左右されるものである。」

「控訴人らの主位的請求に係る違法確認の訴えは、単に在外日本人であるということ
を理由に、公職選挙法の規定の一部の違法確認を求める訴えと解さざるを得ないから、このような訴えは、具体的紛争を離れて、抽象的、一般的に法令等の違憲
あるいは違法性等に関する判断を求めるものといわなければならない、裁判所法第三
条第一項にいう「法律上の争訟」に該当しないので、不適法である。」

「控訴人らの予備的請求に係る選挙権確認の訴えは、直接法令等の違憲あるいは

違法性等に関する判断を求める訴えではないが、改正後の公職選挙法が、在外日本人のために衆議院小選挙区選出議員選挙及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措置を設けていないことは当事者間に争いが無いのであるから、それなのに右各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を求めるというのは、裁判所に対して、同法が在外日本人に右各選挙において選挙権を行使する権利を認めていないことの違憲、違法を宣言することを求めているのか、又は右行使をする権利を創設することを求めるものといわなければならない。」

「右訴えも、主位的請求に係る違法確認の訴えと同様、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、抽象的、一般的に法令等の違憲、違法をいうか、又は更に一般的に権利を創設する判断を求めるものといわざるを得ず、裁判所法第三条第一項にいう「法律上の争訟」に該当しないことは明らかであるから、不適法といわざるを得ない。」

「以上によれば、控訴人らの主位的請求に係る違法確認の訴えを不適法としていずれも却下し、控訴人らの国家賠償請求をいずれも棄却した原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから、これを棄却することとし、控訴人らの予備的請求に係る訴えは不適法であるから、これをいずれも却下する。」

4. 薬事法第5条の規定による薬剤師の薬局開設許可または許可更新義務不存在確認請求事件。東京地裁昭和37年10月24日判決（行集13卷10号1858頁）

【判決要旨】

（略。本文Ⅲ．3．参照）

「この点について被告（厚生大臣）は本訴のごとき請求は行政処分がされる前に行政庁を事前に拘束することを目的とするものであつて許されないと主張するが、本件場合は原告の申請のない限り行政庁の薬局開設の許可又はその更新の行政処分はありえないのであり、原告は申請に基づく許可又は更新の適否を争うものでなく、その前の許可の制度自体を定めた法律による権利侵害の適否を争っているの

あるから、本訴のような請求は行政庁の処分をまつて始めて司法審査をすべきもの
とはいえないものであり、従つて行政庁を事前に拘束することを目的とする許すべ
からざるものということとはできない。（原告が右薬事法の規定に反して薬局を開設
した場合には罰則の適用（これは行政処分ではない。）、薬剤師法第8条第2項による
薬剤師の免許の取消処分等がありうることが考えられるが、これらの処分は、別個
の立場から考慮される事項であつて、それら処分のあるまで、本訴のような請求に
よる権利救済を待つべきものとするとはできない。）」

「そうだとすれば原告の本訴請求は結局適法のものとして許さるべきものといわ
なければならない。」

5. 【同上事件：上告審昭和41年7月20日最高裁大法廷判決（民集20巻6号 1217頁）】

【判決要旨】

「上告人は、薬剤師について、厚生大臣の免許のほか、その薬局の開設に対し
許可又はその更新の制度を設け、その業務の遂行を規制するのは、憲法22条に違反
するというが、…薬剤師に対する諸規制は、その免許、許可の目的と薬剤師業務の
実態とを併せ考えれば、これを過重不合理のものとは認めがたく、いずれも、公共
の福祉のためにする職業に対する制約と理解することができる。」

「憲法22条の職業選択の自由の保障は、選択した職業の遂行の自由の保障をも当
然含むものと解されるが、また、その自由は公共の福祉のために制限されることも、
同条の明示するところであるから、薬局開設の許可制はもちろん、その他所論の薬
剤師業務の規制をもつて同条に違背するものとはなしがたく、論旨引用の当裁判所
の判例も、本件については適切ではない。論旨は採用できない。」

「上告人は、薬剤師に対する調剤の規制と医師に対するそれとは不平等で、憲法
14条に違反するものと主張するが、憲法14条は、国民に対し絶対的な平等の取扱を
保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止する
だけのことであり、事柄の性質に即応して合理的と認めうる差別的取扱をすること

は、なんら同条の趣旨に反するものではない。」

「これを調剤についていえば、医師を普通人と同視せず、ある範囲において調剤につき薬剤師と同等の取扱を認めたとしても、また、広く公衆の求めに応じて調剤を行なう薬剤師の薬局と患者につき診療の附随的行為として一定の条件のもとにのみ調剤を許される病院、診療所等の調剤所との間に規制の相違が存したとしても、それは法が公衆衛生の見地から、それぞれの業務業態に応じ適切と認める規制を定めたためであつて、これを不合理な差別とはなしがたい。」

【追記】本稿の執筆に当たり、資料収集と検討の過程で龍谷大学修士（法学）の馬原みお氏の協力を得た。