

平成一一年(行)第二五三号

控訴人  
被控訴人 国

ほか二三名

準備書面(一)

平成一二年四月二六日

被控訴人指定代理人

渡邊 千恵子  
伊藤 彦

平一

熊谷 明彦  
松本 真彦  
根本 実彦  
平川 薫彦  
島田 勝則  
竹森 祥則  
風戸 秀之

東京高等裁判所第五民事部 御中

被控訴人は、本準備書面において、控訴人ら（一審原告ら）の平成二年（二〇〇〇年）二月一四日付け控訴人準備書面（一）（以下「控訴人準備書面（一）」という。）により追加された予備的請求の趣旨に対し答弁した上、本件違法確認請求に係る各訴えがいずれも不適法であること及び国家賠償請求がいずれも理由がないことを明らかにするとともに、右控訴人準備書面（一）に対し、必要な限りで反論する。

なお、略称等は、原則として原審における被控訴人（一審被告）の各準備書面等の例による。

第一 予備的請求の趣旨に対する答弁

一 本案前の答弁

控訴人らの予備的請求をいずれも却下する

二 本案の答弁

控訴人らの予備的請求をいずれも棄却する

との判決を求める。

なお、予備的請求に係る本案前の申立ての理由については、後記第三において述べる。

第二 本件違法確認請求に係る訴えについて

一 違法確認請求の内容

控訴人らは、公職選挙法（昭和二五年法律第一〇〇号。ただし、平成一〇年法律第四七号による改正前のもの。以下「改正前の公職選挙法」という。）が控訴人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並びに公職選挙法（昭和二五年法律第一〇〇号。ただし、平成一〇年法律第四七号による改正後のもの。以下「改正後の公職選挙法」という。）が控訴人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各確認を求め

ている。

二 本件違法確認請求に係る訴えが不適法であること

本件違法確認請求に係る訴えは、以下に述べるとおり不適法である。

1 法律上の争訟性

(一) 裁判所法三条一項の「法律上の争訟」として裁判所の審理の対象となるのは、法令を適用することによって解決し得べき当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に限られるのであって、このような具体的な紛争を離れて、抽象的に法令等の違憲あるいは違法性等に関する判断を裁判所に求めることは、裁判所が行使する司法権の性質上、許されない（警察予備隊に関する法令等の無効確認についての最高裁昭和二十七年一月八日大法廷判決・民集六卷九号七八三ページ、特別区長の選任に

関する規定の違憲確認・選任権の存在確認・区長選任の無効確認に関する最高裁昭和三九年四月二日第三小法廷判決・訟務月報一〇卷五号七五六ページ、最高裁判所規則のうち特定の裁判所支部の廃止を定めた部分の取消請求に関する最高裁平成三年四月一九日第二小法廷判決・民集四五卷四号五一八ページ参照）。

すなわち、原審における被控訴人（一審被告）の答弁書第二及び平成十一年三月二十九日付け準備書面(三)（以下「被告準備書面(三)」という。）第二の一で詳述したとおり、裁判所法三条一項の「法律上の争訟」として裁判所の審理の対象となるのは、①法令を適用することによって終局的に解決し得べき紛争、②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るのであって、右にいう②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いえるためには、当事者間に具体的な紛争が存在すること及びそれが権利義務ないし法律関係の存否に関するものであること、いずれの要件をも満たすことが必要であり、右各要件をすべて満たさない限り、このような請求に係る訴えは不適法な訴えとして却下を免れない。

(二) これを本件違法確認請求についてみると、同請求は、特定の衆議院議員選挙又は参議院議員選挙における控訴人らの具体的な選挙権の行使を問題とするものではなく、改正前の公職選挙法に在外日本人一般の選挙権の行使方法に係る規定がない、又は、改正後の公職選挙法においてもその規定が不十分であるとして、改正前の公職選挙法及び改正後の公職選挙法が違憲又はB規約違反であることの確認を求めるというものであるから、

具体的な紛争を離れて、抽象的、一般的に法律の憲法適合性又はB規約適合性についての判断を求めるに帰するものである。したがって、本件違法確認請求に係る訴えは、法律上の争訟の要件のうち、当事者間に具体的な紛争が存在することの要件を欠くものであって、法律上の争訟に当たらないことは明らかである。

(三) この点、控訴人らは、「本件各違法確認請求は、決して公職選挙法の抽象的な違法確認を求めものではなく、まさに控訴人らの個別的な権利（憲法及び人権規約で認められている選挙権）が侵害されていることの確認を求めものである」（控訴人準備書面（一）六ページないし四行目）などと主張するけれども、本件違法確認請求が、抽象的に改正前の公職選挙法及び改正後の公職選挙法の規定が違法であること各確認を求めるも

のであることは、原審における被控訴人（一審被告）準備書面  
（三）第二の一で指摘したとおりであり、このことは、その本件  
違法確認請求における請求の趣旨自体からも明らかであって、  
原告らの主張は失当というほかない。

（四）右によれば、本件違法確認請求は、法律上の争訟に当たらな  
いことが明らかであって、これに係る訴えは不適法である。

## 2 確認の利益

仮に、右1の点をおくとしても、本件違法確認請求に係る訴え  
は、そもそも確認の利益が存在せず、したがって、この点におい  
ても不適法である。

（一）すなわち、確認請求における確認の利益は、原告の権利又は  
法的地位に危険・不安定が現存し、かつ、その危険・不安定  
を除去する方法として、原告と被告との間に当該請求について

判決することが有効・適切である場合に認められるものである  
が（中野貞一郎ほか編・新民事訴訟法講義一二四ページ参照）、  
当該確認請求について本案判決をすることによっても当事者間  
の紛争を解決することができない場合、すなわち、本案判決に  
よっても、当事者間において、原告の権利又は法的地位に現  
存する危険・不安定を除去することができない場合には、いわ  
ゆる即時確定の利益がない場合として、不適法である（菊井維  
大・村松俊夫著「全訂民事訴訟法Ⅱ」七八ページ参照）。

（二）これを本件違法確認請求についてみると、仮に判決によって  
改正前の公職選挙法が控訴人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、あるいは改正後の公職選挙法  
が控訴人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が違法であると確認された

としても、そのことにより控訴人らの右各選挙権の行使が可能となるわけではなく、控訴人らが右各選挙権を現実に行使するためには、何らかの立法措置が必要となる。そして、行政事件訴訟法の規定をみても、当事者訴訟に関する四一条一項は、三三一条一項を準用するものの、同項は、「処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、当事者たる行政庁その他の関係行政庁を拘束する。」と規定するにとどまり、右のような立法措置を講ずることを立法府に義務付けるものではなく、他に右判決の効力として、立法府に対して右のような立法措置を講ずべき法律上の義務を負わせた規定は存在しない。

したがって、本件違法確認請求に係る訴えは、確認の利益を欠くものであって不適法である。

3

なお、控訴人らは、本件各違法確認請求に係る訴えは、当事者

訴訟であり、これを「無名抗告訴訟と解した」原判決が誤りであるなどとして、原判決を非難する（控訴人準備書面(一)第二の二）。

しかしながら、原判決は、まず、本件各違法確認請求に係る訴えが当事者訴訟であるとの理解のもとに、かかる訴えは法律上の争訟に当たらないと判示した後、仮に右各訴えに法律上の争訟性を認めるならば、これは公権力の行使に関する不服の訴訟として、無名抗告訴訟と解されるが、右各訴えは無名抗告訴訟の適法要件をも欠いているから、いずれにしても不適法であると判示したものと解される。すなわち、原判決は、当事者訴訟たる右各訴えは法律上の争訟に当たらないから不適法であると判示すれば足りるところを、さらに慎重を期し、右各訴えを適法として扱う余地がないかどうかを無名抗告訴訟と解した場合についてまで検討したにすぎないから、控訴人らの右非難は的を外れである。

4 以上によれば、いずれの観点からしても、本件違法確認請求に係る訴えは、不適法であることが明らかであるから、却下を免れない。

### 第三 本件予備的請求に係る訴えについて

#### 一 予備的請求の内容

控訴人らは、控訴人準備書面(一)第三の一において、本件違法確認請求に係る訴えがいずれも却下されることを停止条件として、平成一二年四月三〇日までの間、控訴人らが、衆議院議員選挙及び参議院議員選挙において選挙権を行使する権利を有すること並びに同年五月一日以降、控訴人らが、衆議院議員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権利を有することの各確認を求める(以下、併せて「本件予備的請求」という。)

#### 二 本件予備的請求に係る訴えが不適法であること

本件予備的請求に係る訴えは、以下に述べるとおり、不適法である。

##### 1 法律上の争訟性

(一) 前記第二の二の1のとおり、裁判所法三条一項の「法律上の争訟」として裁判所の審理の対象となるのは、①法令を適用することによって終局的に解決し得べき紛争、②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るのであって、右にいう②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いえるためには、当事者間に具体的な紛争が存在すること及びそれが権利義務ないし法律関係の存否に関するものであることのいずれの要件をも満たすことが必要であり、右各要件をすべて満たさない限り、このような請求

に係る訴えは不適法な訴えとして却下を免れない。

(二) これを本件予備的請求についてみると、同請求は、「控訴人が衆議院議員選挙・・・において選挙権を行使する権利を有すること」の確認を求めるとして、一応権利の存否を問題とするかのような外形をとってはいるけれども、そもそも選挙権は、具体的な選挙において選挙人団の一員となる資格をいうのである(宮澤俊義著・芦部信喜補訂「全訂日本国憲法」三五七ページ参照)、これが具体的な選挙に際して行使されない限り、一般的、抽象的な権利又は資格にとどまるものである。すなわち、選挙権については、個々の特定の選挙の際に、現実にこれを行使するに当たって、権利義務ないし法律関係が具体化するものであり、また、個々の特定の選挙の際にその行使が妨げられることによって初めて、その権利義務ないし法律関係の存否に

ついての紛争が具体化するのである。

したがって、本件予備的請求は、特定の衆議院議員選挙又は参議院議員選挙における控訴人らの具体的な選挙権の行使を問題とすることなく、控訴人らの抽象的、一般的な権利の存否についての判断を求めるものにすぎない。かかる本件予備的請求は、結局のところ、改正前の公職選挙法に在外日本人の選挙に係る規定がない、あるいは、改正後の公職選挙法においてもこれが不十分であるとして、抽象的、一般的に改正前の公職選挙法及び改正後の公職選挙法の違法の確認を求める本件違法確認請求と何ら異なるところはない。

(三) 右によれば、本件予備的請求は、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係る請求ではなく、いわゆる法律上の争訟に当たらないことが明らかであるから、こ



れに係る訴えは不適法である。

## 2 確認の利益

- (一) 将来発生が予想されるにすぎない権利又は法律関係の確認を求め訴えを適法とすれば、現在において不確実な事実に基づく判断を裁判所に強いることになり、また、場合によっては、将来その権利又は法律関係が発生した時点では既に当該裁判が不要に帰していたというような裁判が存在することを肯定することになるから、将来の権利義務又は法律関係の存否の確認を求める訴えは、確認の利益を欠くものとして許されない（前掲「全訂民事訴訟法Ⅱ」六九、七〇ページ参照、遺言者が生前に提起する遺言無効確認請求に係る訴えが不適法であることについて、最高裁昭和三十一年一〇月四日第小法廷判決・民集一〇巻一〇号一二二九ページ参照）。

そして、本件においても、控訴人らが将来の個々の特定の選挙における具体的な選挙権を有することが確認されたとすれば、右判決が確定した時点から当該特定の選挙までの間に控訴人らに、たとえば公職選挙法一条等に該当する事由が生じて、選挙権を有しないこととなった場合であっても、右判決の効力によって、当該特定の選挙において控訴人らが選挙権を行使することが可能であるという不合理な結果を招来すること。このようなことから、本件予備的請求に係る訴えは、将来の権利義務ないし法律関係の存否の確認を求めるものとして不適法である。

- (二) 右の点をおくとしても、前記第二の一の二のとおり、確認請求に係る訴えは、当該確認請求について本案判決をすることによっても当事者間の紛争を解決することができない場合、すな

わち、当事者間において、原告の権利又は法律的地位に現存する危険・不安定を除去することができない場合には、いわゆる即時確定の利益がない場合として不適法であるが、仮に本件予備的請求である「衆議院議員選挙・・・において選挙権を行使する権利」等の各権利を控訴人らが有することが判決で確認されたとしても、右危険・不安定が除去されるわけではないことは、前記第二の二(二)で述べたと同様である。

したがって、本件予備的請求に係る訴えは、確認の利益を欠くものであって不適法である。

3 右によれば、いずれの観点からしても、本件予備的請求に係る訴えは不適法であり、却下を免れない。

#### 第四 国家賠償請求について

##### 一 立法不作為と国家賠償請求

1 国家賠償法一条一項にいう違法とは、公権力の行使に当たる公務員が、個別の国民に対して負う職務上の義務に違背することから（最高裁判所昭和五三年一〇月二〇日第二小法廷判決・民集三二卷七号一三六七ページ、同昭和五七年三月一二日第二小法廷判決・民集三六卷三号三二九ページ、同昭和六〇年一月二一日第一小法廷判決・民集三九卷七号一五一二ページ、同平成一一年一月二一日第一小法廷判決・判例時報一六七五号四八ページ参照）、国会議員の立法行為（不作為も含む。）が同項にいう違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは別のことである。

したがって、仮に、当該立法の内容が憲法の規定に反するとし

ても、当然に国会議員の立法行為が違法の評価を受けるものではない。

そして、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであるから、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で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法的義務を負うものではない。

したがって、国会議員の立法行為が、国家賠償法一条一項の違法の評価を受けるのは、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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合に限られる。

右の理は、前掲最高裁判所昭和六〇年判決、最高裁判所昭和六二年六月二六日第二小法廷判決・判例時報一二六二号一〇〇ページ、同平成二年二月六日第二小法廷判決・訟務月報三六卷一二号

二二四二ページの判示するところであり、確立した判例というべきである。

2 さらに、立法不作為については、右違法の評価を受けるのは作為に比べてより一層限定されると解すべきである。なぜならば、仮に、裁判所が国会議員の立法不作為に対して法的責任を問うこととなれば、それは、裁判所が、個々の国会議員に対し、特定の内容の法律を、特定の時期までに立法すべき義務を課すのと変わりがなく、憲法が採用する権力分立の基本理念に反することとなるからである。

## 二 選挙制度についての立法裁量と国家賠償請求

1 選挙制度に関する立法不作為についてみると、憲法四七条は、「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と規定し、選挙制度の定立を国会の裁量

うものである。さらに、在外日本人の選挙権に関する制度については、右選挙権の行使が我が国の領土外において行われるという特質にかんがみれば、選挙の公正を確保するため一定の措置を講ずる必要があるほか、国内における選挙とは異なる手続を設けざるを得ない結果、選挙権の行使を認める選挙の範囲、選挙人名簿への登録手続、在外公館における投票のほか、郵便による投票を認めるかどうか等といった投票の方法、選挙犯罪の取扱い等の立法政策・立法技術上の問題点が多数存在する。このように在外日本人の選挙権行使について、憲法上、一義的に一定の制度を設けなければならぬことが明らかであるとは到底いい得ない。

そうすると、在外日本人の選挙権の行使を容易にする制度を設けなかったこと及び改正後の公職選挙法が一定の選挙についてのみ在外日本人の投票の方法を設けたことが「憲法の一義的文言に

違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うごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」に当たらないことは明らかである。

三 以上のとおり、控訴人らの国家賠償法一条一項に基づく請求は、理由のないことが明らかである。

## 第五 結論

以上のとおり、控訴人らの請求は、いずれも不適法あるいは理由のないことが明らかである。したがって、控訴人らの請求をいずれも却下又は棄却した原判決は相当であるから、本件各控訴は速やかに棄却されるべきであり、当審における予備的請求は不適法であるから却下されるべきである。