

2019年7月31日

東京高等裁判所第8民事部BC係 御中

令和元年(行コ)第167号 在外日本人国民審査権確認等請求控訴事件

控訴人(一審原告) 想田和弘 ほか4名

被控訴人(一審被告) 国

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 井 桁 大 介  (代)

同 小 川 直 樹  (代)

同 塩 川 泰 子  (代)

同 谷 口 太 規  (代)

控訴理由書

一審原告の控訴の理由は以下のとおりである。

控訴理由 I : 請求の趣旨 1 (1) は法律上の争訟である

一審原告は、請求の趣旨 1 (1) で、日本国外に住所を有する原告らが、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民の審査において、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た。

これに対し原判決は、国民審査法が「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」を用いると定めているところ（同法8条）、公職選挙法は選挙人名簿と在外選挙人名簿を区別しており、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解する余地はない、とする。そして、国民審査法の手続に関する各規定と併せて、同法が「在外審査制度を想定していない」ことを理由に、国民審査法は在外選挙人名簿を用いて在外国民審査権の行使を認める立法政策をとるものではないとし、そのため「特定の条項を違憲無効とすることを含め、国民審査法その他の法令を解釈することによって、在外国民について国民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、法律上の争訟ではないと結論づける。

法律上の争訟に関するこの判示には判例違反および法令の解釈の誤りがあり、破棄を免れない。

第 1 法律上の争訟性に関する判例・学説の整理

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であって、かつ、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」とされる（最判昭和56年4月7日民集35巻3号445頁（板まんだら事件））。

これは「紛争当事者間に法律関係に関する現実的・具体的な利害の対立が存在すること」という「事件性」の要件と同義とされる（野中ほか編『憲法Ⅱ』219頁（有斐閣）など）。法律上の争訟性の否定は、国民の裁判を受ける権利（憲法32条）の否定につながる。「司法権の内容・限界の問題として、憲法等の解釈によって決せられるべき」（中野貞一郎ほか「民事訴訟法講義 第3版」161頁（有斐閣））ものとされており、一般に、権利義務の具体性と、法令解釈適用による終局解決可能性に分類して議論される（興津征雄「憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟（確認訴訟）」曾我部ほか編『憲法論点教室』177頁（日本評論社））。

第 2 法令の解釈適用による終局解決可能性に関する原判決の誤り

1 法令の解釈適用による終局解決可能性に関する原判決の判示

原判決は、請求の趣旨 1 (1) につき「法令の適用により終局的に解決できるものではなく、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟には当たらない」（34頁）と

判示する。これは、法律上の争訟性の要素のうち法令の解釈適用による終局解決可能性を否定したものと思われる。

2 原判決の法律上の争訟に関する解釈は、過去の判例と相容れない

判例において、法令の解釈適用による終局解決可能性が否定された類型としては、宗教問題に関する真偽の判断や（上記板まんだら事件）、学問的・科学的論争など、法的基準を欠く非法律的な紛争に限られる（松井茂記『日本国憲法第3版』246頁（有斐閣））。憲法をはじめ法令の解釈によって決することができる問題であれば、少なくとも法令解釈適用の終局可能性は問題なくあるとされている。

3 原判決自身、「法令の適用により終局的に」本件を解決している

原判決は、国民審査法が「在外審査制度を想定して」おらず、かつ国民審査法8条など「特定の条項を違憲無効とすることを含め、国民審査法その他の法令を解釈することによって、在外国民について国民審査権を行使すること」を認めることはできない、という憲法・法令の解釈に基づき、地位の確認請求は認められないと結論づける。この判断過程は、原告らの法律上の地位という具体的な「権利義務」の存否について、「法令の適用により」解決するものである。原判決の理由付けは、どれも棄却判決に導くためのものであって、本案判断に他ならない。

憲法及び国民審査法の解釈として、原判決の解釈が唯一無二のものではない。事実、一審原告は異なる解釈を主張していた。法令の解釈に争いがあり、その争いに裁判所が決着をつけるという裁定行為は司法権の行使そのものである。原判決審はまさに司法権を行使して当事者間の具体的な権利義務の存否に決着をつけたといえる。法律上の争訟性を否定した原判決の判断は、これまで法律上の争訟について判断してきた各判例に違反する上、その理由と結論が互いに矛盾している。

第3 権利義務の具体性に関する原判決の誤り

1 権利義務の具体性に関する原判決の判示

原判決は、法律上の争訟性を検討するにあたり、国民審査法4条について、「あくまで審査権を有する者の資格について定めたものにすぎず、同法4条により直ちに具体的な審査権を行使することが出来る地位が発生するものと解することはできない」（33頁）とした上で、「国民審査法その他の法令を解釈することによって、在外国民について国民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」と判示する（34頁）。これらの判示からすると、原判決

は、法律上の争訟性のうち権利義務の具体性についても否定していると思われる。

2 原判決の解釈は、権利義務の具体性に関する通説と相容れない

しかし、権利義務の具体性について、前掲興津は、「いかなる者の地位・権利とも定型的にかかわりをもたないような訴え（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）」が否定されるが、本訴のように一审原告らの地位・権利と明らかにかかわりがある場合には当然に具体性を認められるべきとする¹。

実際、「審査権を有する者の資格について定めた」4条を解釈適用すれば、特定の国民審査において審査権を有する者が確定する。そして、権利を有する以上、法律で定められた行使阻害事由などが無い限り権利を行使できなければならない。すなわち、「審査権を有する者の資格について」定めた4条を解釈適用すれば、「当事者間の具体的な・・法律関係の存否」を判断できるから、法律上の争訟が認められるはずである。

3 原判決は過剰な具体性を要求している

この点につき、「直ちに具体的な審査権を行使することができる地位」（33頁）が発生しなければ法律上の争訟性がないと判示していることからすれば、原判決は、権利義務の具体性を過度に限定的に解釈し、法令によって行使の方法（いつ、どこで、どのように）が具体的に決まらない限り、法律上の争訟ではないとするようである。しかし、かかる解釈は、平成17年最大判の趣旨にも学説の通説にも反する。

4 平成17年最大判は緩やかな具体性しか要求していない

原判決の解釈に基づくならば、権利行使が法令によってどれほど制限されているかが、極めて重大になる。全部制限であれば法律上の争訟がなくなり、一部制限であれば認められるためである。そのため、原判決のように、法律上の争訟の判断において、細かな法令解釈が必要となる。

¹ なお、具体的事件性に類似の訴訟要件である確認の利益について、興津は「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」と整理する。本件において一审原告らが憲法上の権利である国民審査権を次回総選挙で行使できないことは、現実的な危険や不安というほかなく、確認の利益も当然に認められるべきである。

しかし、平成17年最大判はそのような構成をとっていない。同最大判は、在外国民が次の選挙において「投票をすることができる地位」の確認請求について、「法律上の争訟に当たることは論をまたない」と述べた上で、実体法に関する憲法の解釈を行い、憲法に反する法令について違憲と判示するのみである。

実際、学説において平成17年最大判が確認した地位は、「法律が完全に具体化した『地位』だけではなく、完全には具体化していない『地位』をも含む、やや幅のある概念だと理解」されている（山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考—その意義と射程」論究ジュリスト29巻14頁以下）。

完全な具体性を法律上の争訟性の要件とする原判決は、平成17年最大判と整合しない。

なお、この点につき、同最大判の問題状況は、すでに整備されていた在外選挙人名簿の効力を公選法附則8号（当時）が暫定的に一部停止していただけであるところ、当該附則を無効とすれば新たな立法措置を要せず直ちに在外国民の選挙権の行使が可能になるものであったから、地位確認につき具体性が認められたと解する考えがある。

しかし、この考えは妥当ではない。まず、同最大判は、地位の確認請求を適法とした理由として、附則の無効に基づき選挙権の行使が自動的に可能になることに一切言及していない。公職選挙法の細かな手続についての解釈などを經由せず、憲法によって保障される選挙権の行使が法律によって制約されていることのみを理由として、端的に地位確認を認めている。また、実務的にも、平成17年最大判を経て直ちに在外国民が選挙権を行使できるようになったわけではない。判決を受け、平成18年6月14日に公選法が改正され（平成18年法律第62号）、在外選挙人名簿に基づく選挙区投票が認められるとともに、再選挙や補欠選挙の際の特別の規定が設けられた。同最大判の違憲判決を経てもなお、具体的な権利行使のための立法裁量は残されていたのである。同最大判が、新たな立法措置を要せず直ちに権利の行使が可能になるかどうかで、法律上の争訟性という本案前の要件に消長をきたすと考えていないことは明らかである。

5 権利義務の具体性に関する原判決の判断は学説の通説とも整合しない

平成16年に行政法が改正され、実質的当事者訴訟による確認請求の活用が求められた。宇賀克也教授は、法改正前の以下のような訴訟は、いずれも確認請求により救済が認められるべきであると述べている。

在日韓国人が地方選挙に関し、選挙人名簿への登録を求めて行った異議の申し出却下決定の取消訴訟を提起した最判平成7・2・28民集49巻2号639

頁のような事案については、今後は、自らが地方参政権を有し、次回の地方選挙で投票できる地位にあることの確認訴訟は適法と解されることになろう。また、精神的原因により投票所に赴くことが困難な者が選挙権の行使を可能にする立法措置をとらなかったことが国家賠償法上違法であるとして提起された最判平成18・7・13判時1946号41頁のような事案においても、郵便による投票を行うことができる地位にあることの確認訴訟を提起することが考えられる。（宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法 [第6版] 378頁以下）

在日韓国人の地方選挙権の行使の方法などについて具体的に定めた法令はどこにもない。精神的原因により投票所に赴くことが困難な者に対し郵便投票の方法などを定めた法令も、当時は存在しなかった。それでも宇賀教授は、法制度の違憲性や、あるべき法制度の不存在に対し、憲法上の権利を基礎として、地位確認請求をすることが適法であると述べている（法律上の争訟性は論をまたず、確認の利益もあると解している。）。

法令で具体的に定められない限り、法律上の争訟性のうち権利義務の具体性を欠くとする原判決の解釈は、学説の通説とも相容れない。

6 小括

以上のように、「直ちに具体的な審査権を行使することができる地位」（33頁）が発生しなければ法律上の争訟性がないとする原判決の解釈は、平成17年最大判や学説の通説に反している。

第4 原判決の解釈は、立法・行政の完全なサボタージュを招きかねない

以上に加え、原判決のように解すると実務的に看過し得ない事態を招く。国会や行政のサボタージュにより、権利がありながら何らかの具体的な行使の態様が規定されない場合、すなわち法令の完全なる不存在により違憲状態が作出された場合に、これを争う方法が、国家賠償訴訟以外に失われる。これによる弊害は、従来認められていた権利利益若しくは法的地位が、法改正によって侵害され、又は地位が剥奪された場合に顕著である。法改正による侵害・剥奪が一部にとどまる場合には、当事者訴訟等によって争い得るのに、法改正等によって特定の権利を行使する機会が法令上完全に奪われると、国家賠償以外に一切司法権による救済を得られなくなる。立法不作為の国家賠償による救済には、判例上過剰な要件が課されていることに照らせば、この問題は看過し得ない。

前掲山崎は、平成23年東京地判が国民審査権を行使する地位の確認訴訟に関して法令上の争訟性を否定した判断について、「憲法15条・79条『国民固有の権利』の一環として国民審査権を保障している以上、在外邦人の国民審査権について完全に沈黙している国民審査法の違法（憲）性の確認請求は、平成17年最大判のいう『より適切な訴え』に該当するというべきである。・・・同東京地判ですら指摘した、国民審査法の憲法適合性の『重大な疑義』を解消する程度の『立法措置』を要求する『地位』を、消極的に観念することに特に困難はなかろう。平成17年最大判もまた、そのような違法（憲）確認訴訟を排除する趣旨ではあるまい」と述べている（前掲山崎16頁）。

国会や行政のサボタージュにより法令が存在せず、違憲状態が作出されているのであれば、それを是正するのが司法の役割である。法令によって権利・地位が細かく画定されなければ国民審査権が「具体的な」権利とならないと考える原判決の解釈は、実務的にも許容し得ない。

第5 小括

以上のとおり、請求の趣旨1(1)につき法律上の争訟性を否定した原判決は誤りである。請求の趣旨1(1)は、法令の解釈適用による終局的解決可能性の観点からも、また権利義務の具体性の観点からも、当然に法律上の争訟性が認められる。このことは判例・学説上明らかである。また、原判決のように解すると実務上看過しがたい問題を招く。原判決は破棄を免れない。

控訴理由Ⅱ：請求の趣旨1（2）は法律上の争訟である

第1 争訟性を否定した誤り

1 原判決の判示

一審原告は、請求の趣旨1（2）で、予備的請求として、被告が、一審原告らが日本国外に住所を有することをもって、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査における審査権の行使をさせないことは違法であることの確認を求めた。

原判決は、これを確認したとしても、それによって国民審査権の行使することができる法的地位が具体的に認められるわけではないことを理由に、本件違法確認の訴えは、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である旨判示し、争訟性を否定する（原判決34～35頁）。

2 本件の問題状況は平成17年最大判と同じである

しかしながら、一審原告らは、2017年10月22日執行の国民審査において、憲法及び国民審査法が認める国民審査権を行使できなかったところ、現行国民審査法の下では、一審原告らが在外国民であることに変更がない限り、今後も同様の事態が生じることになる。だからこそ、一審原告らは、本件違法確認の訴えにより、次回の最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査において、憲法及び国民審査法が認める国民審査権の行使ができないことについての違法確認を求めているものである。したがって、争訟性との関係では、本件訴訟は、最高裁平成17年判決の事案の状況と全く同じであり、本件訴訟でも、現時点において具体的な争訟性が認められることは明らかである（最高裁平成17年判決調査官解説642頁参照）。

3 立法裁量は縮減するから、抽象的な違法確認ではない

また、確かに、本件違法確認の訴えにより国民審査法の違法を確認したとしても、国会は在外邦人の国民審査権の行使を認めるための実体的・手続的要件をどのように規定するかについての裁量を有する。しかしながら、原判決が判示するとおり、国民審査法が前回国民審査当時、在外国民の審査権の行使を認めていなかったことは違憲であるから、国会の立法裁量は、一審原告らが審査権を行使できるようにしなければならないという限りで縮減される。したがって、裁判所が主文において違法性(違憲性)を確認することにより、一審原告らの国民審査権を行使する地位の安定がもたらされるから、本件確認の訴えが「具体的な紛争」を

離れて抽象的に国民審査法の違法性を確認する訴えであるというのは論理の飛躍である（原判決34頁の「そうすると」の接続詞が象徴的である。）。

4 小括

本件確認の訴えのような違法確認の訴えの方が権力分立原理に適合するし、このような違法確認の訴えを認めなければ、立法機関の裁量を裁判所が合憲性の観点から実効的に統制できないおそれがあるという指摘を重く受け止めるべきである（山本隆司・法学教室308号30～32頁、前掲山崎15～16頁）。東京地裁平成23年4月26日判決もかかる違法確認請求を適法とする余地を認めていたところである。請求の趣旨1（2）の法律上の争訟性を否定する原判決の判示は誤りである。

第2 法律の違法性判断の要件を限定した誤り

1 原判決の判示

原判決は、「国民審査法を始めとする国民審査制度の関係法令は、広く一般的に適用されるものであり、次回の国民審査を迎えていない現時点において、第1事件原告らとの関係でのみ違法性の有無を判断しようとしても、当該法律の違法性を抽象的に判断することと実質において異なるから法律上の争訟性は認められないと判示する（原審判決35頁）。

2 原判決の解釈には判例違反がある

しかしながら、判例は、「裁判所法三条一項の規定にいう『法律上の争訟』として裁判所の審判の対象となるのは、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るところ、このような具体的な紛争を離れて、裁判所に対して抽象的に法令が憲法に適合するかないかの判断を求めることはできない」（最二小判平成3年4月19日民集45巻4号518頁。最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁及び最三小昭和39年4月21日も同旨）としているにすぎない。換言すれば、裁判所は、「具体的な紛争」が存在すれば、法律の違法性を判断できるのである。

そもそも、およそ法律は広く一般的に適用されるものである上、原判決のいう「実質」の内実も不明であって、原審判決の論理は成り立ち得ない。たとえ原判決の判示するとおり、本訴が「実質」的に違法性を抽象的に判断することと異なるとしても、三権分立の下では、裁判所が立法機関に裁量を認めつつもそれを統制して機能分担を図ることとされている以上、問題視されることではない（前掲・山本隆司31頁）。

本件において、一審原告らは、憲法上、国民審査権が認められるにもかかわらず、法律レベルでそれが制限されて行使できない状況にあった。国会が法律の改正を怠り続けることによって訴訟上の救済が求められないとすれば、それは司法の職務放棄に他ならない。

平成17年在外邦人選挙権訴訟の調査官解説は、仮に在外選挙制度について定める公職選挙法その他の法律の規定が設けられていなかった場合の結論に関し、在外国民の選挙権行使を認めないという立法不作為が違憲であるということには変わりがないにもかかわらず、著しい立法不作為の結果、在外国民の権利救済のみちが閉ざされるという結論は、平成17年判決の結論とバランスを欠くと明言していた。在外邦人審査権に即して言えば、国民審査法が在外国民の新債権行使を認めないという立法不作為が違憲であるにもかかわらず、著しい立法不作為の結果、在外国民の国民審査権侵害に関する権利救済のみちが閉ざされるという結論は、平成17年判決の結論とのバランスを欠くということである。同解説が喝破するとおり、「憲法の基本原理である三権分立の枠組みの下での司法の使命を考慮すると、憲法上保障されている権利の行使に関する立法の不備を争う訴訟形態を考えるに際しても、柔軟な対応が求められる」（平成17年判決調査官解説676頁注32）。

第3 小括

以上のとおり、請求の趣旨1（2）の争訟性を否定した原判決には判例違反や法解釈の誤りがあり破棄を免れない。

控訴理由Ⅲ：損害額の5000円は低廉に過ぎる

原判決は、権利侵害に伴う慰謝料を1人につき5000円と認定した。

しかし、本件で侵害されたのは、憲法上保障された極めて重要な権利であり、その損害額を5000円とするのは低廉に過ぎる。公務員任免に関する権利行使は、表現の自由としての性格も持つが、例えば他の集会の自由等の表現の自由が侵害された際の慰謝料額についてこのような低廉な金額とする例はない（大阪高判平成21年9月17日判時2068号65頁：最高裁で確定）。

本判決は5000円という慰謝料算定の理由として「本件訴訟において在外国民の国民審査権の行使を制限することが違憲であると判断され、それよって、前回国民審査において投票をすることができなかったことにより原告らが被った精神的損害は相当程度回復される」ことを主要な理由としている。

しかし、まず、実際には、本件権利侵害の回復は自然となされたわけでもなく、また国自ら行動したことによりなされたわけでもない。権利侵害を受けた一審原告らが、自ら金銭的な出捐をし、弁護士に委任した上で、憲法訴訟を提起し追行しなければならなかった。こうした損害賠償請求費用は当然5000円程度の低廉な額ではない。つまり、本件損害回復は、権利侵害を受けた被害者が多額の費用を負担することによって初めて実現されるものである。このことを考慮すれば、5000円の賠償によって権利侵害による損害が慰謝されるとは到底言えない。

また、原判決の慰謝料額算定の理由は、在外選挙権に関する平成17年最判の判断を踏襲したものと思われるが、同最判は、地位確認についても認容した判決である。本件においては、地位確認の請求は認容されておらず、一審原告らが国民審査権を行使できない状況は続いている。さらに、平成17年最大判は、1996年に行われた総選挙で投票できなかった違法を認めたものである。本訴はそれから21年後の2017年執行の国民投票の違法を問うている。同最判からも12年が経過していた。本来であれば当然に認められるべき権利がことさらに侵害されており、一審原告の精神的損害は1996年のそれよりも大きい。

加えて、一審原告■■■■および同平野は当時、ブラジルから一時帰国して日本に滞在しており、国内の投票所で国民審査をしようとした。にもかかわらず、他の投票者と異なり、国民審査投票用紙の交付を拒絶されたのである。このような差別的取扱のもとで憲法上の権利を否定されたことによる精神的損害は大きなものがある。

上記のような事情を考慮すると、請求額1万円全額が認容されるべきである。

以上