

司法権定義に伴う裁判所の中間領域論

——客観訴訟・非訟事件等再考（3・完）

君塚 正臣

4 客観訴訟論

家事審判、少額訴訟、略式手続、少年法と連続して考察してみると、法律による訴訟区分が憲法に適合的であるかは逐一慎重に再考されねばならないことが、再確認される。これらを憲法の保障の及ばない付加的なものであると安易に決めつけることも問題であるが、他方、法令が同じ範疇に区分しているからと言って、憲法上の評価も同じと考えなければならないわけでもない³⁷⁷⁾。憲法から下位法を見る際にはやはり注意が必要である。このことは、出訴が「『裁判を受ける権利』の一内容」と理解されながら、「国民の自立支援のために創設された行政制度が違法に運用される（又は運用されない）ことによって国民の権利・利益が侵害される場合」³⁷⁸⁾や、「規制の行政活動が十分に行われないことによって規制の行政活動で保護される利益をもつ国民の権利・利益が侵害される場合」など³⁷⁹⁾を予定する、行政事件訴訟法（行政法分野）などにおいても例外とは言えないであろう。

現行行政事件訴訟法上、民衆訴訟と機関訴訟からなる客観訴訟は、「法秩序を維持するための訴訟」³⁸⁰⁾だとも、或いは「憲法 32 条が保障する『裁判』ではな」³⁸¹⁾とも言われ、同法 42 条によれば、法律の定めがある場合において

のみ、提起できる³⁸²⁾。この点は、いわゆる主観訴訟が、当然に、損害を被った者が出訴できると考えられているため、特にこのような規定を有さないことと対照的である。ある意味、「客観訴訟は、争訟としてはフィクションである」³⁸³⁾。このことが逆に、法律を制定しさえすれば新たな客観訴訟を創設できるという理解を招き、「法律上の争訟には属さず、もっぱら政策的見地から認められた客観的訴訟の性質を有するもので、どのような見地から、どのような形態・構造の訴訟を認めるかは、立法政策によって決まる問題である」³⁸⁴⁾とか、「争訟という手続を、立法政策的に客観的な法秩序の維持又は公共の利益の保護のために用いることは、日本国憲法の禁ずるところではない」³⁸⁵⁾とか、「訴訟手続の上で、実際に誰に原告としての資格を与えるかは、訴訟政策的考慮の問題」³⁸⁶⁾であるとの説明を頻出させた。仮にそうであれば、「訴えの利益は、訴訟提起時に存すれば足り、審理の過程で消滅したとしても、訴訟の帰趨に影響を及ぼさず、本案判決が下される」³⁸⁷⁾程度でよいことになる。かなり自由な立法裁量があるとの理解が普通であったのである。

明治憲法下の行政訴訟制度も、「主観訴訟とするか、あるいは客観訴訟とするかは、ひとえに立法政策の問題であ」³⁸⁸⁾り、その中で、国民の権利救済「を拒否するために行政訴訟を主観訴訟として構成した」³⁸⁹⁾との評価もある。この傾向は戦後も続き、「現行の行訴法は、取消訴訟を主観訴訟と性格づけることにより、自己の法律上の利益救済制度として原告適格を絞って、国民の裁判へのアクセスを限定し、当事者の形式的対等性を前提とする民事訴訟法準拠主義を採って、審理手続における行政主体の優位性を放置する」など、やはり主観訴訟を中心とする構成を維持することによって、行政側に有利な行政訴訟を維持してきた、と山岸京子は述べている³⁹⁰⁾。そして、そのような明治憲法下で生じた官僚支配の体質が根強く存在し、国民の行政に対する客体性を特徴とし、非法治性が抜き難い³⁹¹⁾日本で、「諸利益の再調整を図るための現代型司法として、」客観訴訟が有用であると指摘する³⁹²⁾。「客観訴訟は、万人のために提起されるから、その判決も万人のものとなる」として、客観的な適法性の

確定が得られるとし³⁹³⁾、そこでは、「原告・被告の二当事者の対立構造から脱したものではない」客観的法秩序は、当事者の有利・不利に拘らない³⁹⁴⁾とまで述べ、寧ろ、私権保障型の訴訟法構造を離れた客観訴訟の積極的活用を訴えるのである³⁹⁵⁾。

山岸の主張はやや先鋭的であるとしても、客観訴訟は「法律上の争訟」である主観訴訟とはおよそ異なるという理解は、公法学界では定着している³⁹⁶⁾。これは、戦前とは一線を画し、戦後の行政訴訟制度が、英米法の影響を受けて、民事裁判制度の基本構造を基盤として構築されたことに起因し³⁹⁷⁾、主観訴訟が原則、客観訴訟は例外となったためであろう。例えば、東京地裁が、いわゆる湾岸戦争掃海艇派遣等違憲確認訴訟において、「裁判所が法律上の争訟を離れて法適合性を判断することの全てを憲法が禁止しているものではなく、法律によってそのような訴訟形態を設けることができ（裁判所法3条1項）、民衆訴訟に関する規定（行政事件訴訟法5条、42条）あるいは住民訴訟制度（地方自治法242条の2）等もこの点を前提とするものといえる。そして、このような訴訟形態をどのような場合に、どのような要件で許容するかは、三権の分立・牽制に関する優れて憲法政策的事項を検討したうえでなされるべき立法判断というべきところ、現行法の下においては、政府の採った行為、措置あるいは国費の支出等について具体的な権利又は法律関係についての紛争を離れて裁判所が憲法及び法律に適合するかどうかを判断することは予定されているとは認められないから、裁判所がこの点に関する判断をすることができるのは、原告の具体的な権利又は法律関係についての紛争解決のために右判断が必要とされる場合に限られる」と判示している³⁹⁸⁾のを典型として、裁判所も、訴訟類型の法律による創設、司法権固有のもの以外の付加が憲法に抵触しないかという問題意識は希薄であり³⁹⁹⁾、客観訴訟の創設を比較的自由に、憲法上も容易に許されるものとして理解してきたように思われる⁴⁰⁰⁾。

以上の可否を検討するため、まず、行政事件訴訟法の規定に従い、現行法を整理する。民衆訴訟は、同法5条によれば、「国又は公共団体の機関に法規の

適さないし行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するもの」である。公職選挙法 24 条 1 項の定める選挙人名簿に関する訴訟、同法 202 条以下の定める、当選の効力に関する訴訟や連座制による当選無効に関する訴訟、地方自治法 75 条以下の直接請求の投票や署名の効力に関する訴訟、同法 242 条の 2 の住民訴訟⁴⁰¹⁾、最高裁判所裁判官国民審査法 36 条による、その審査無効の訴訟、日本国憲法の改正手続に関する法律 127 条の定める、その無効の訴訟などが代表例である。議員定数不均衡訴訟も、現在では選挙に関する民衆訴訟の形で、一般に公職選挙法 203 条や 204 条を根拠に提起されている。客観訴訟であるから、法律の定める場合において、法律の定める者に限り、訴えは提起できるものとされる⁴⁰²⁾。地方公共団体の長の選挙に関する期日の告示に関して、村選挙管理委員会に対する異議申立て及び県選挙管理委員会に対する請願の提起がなされ、何れも却下されたため、選挙の告示と裁決の取消しが訴求された事件では、法律の規定がない以上、訴訟提起はできないと判示された⁴⁰³⁾。土地改良区による総代選挙において落選した者が町選挙管理委員会に異議申立てを行ったが棄却されたため、県選挙管理委員会に審査請求をしたところ、町選挙管理委員会の異議申立棄却決定を取り消し、総代選挙を無効とする裁決がなされた事案でも、当該土地改良区が裁決取消訴訟を提起したが、当該土地改良区には原告適格を認められないとされている⁴⁰⁴⁾。

以上列記したように、民衆訴訟の訴訟形式は一様ではない⁴⁰⁵⁾が、代表例は住民訴訟と言ってよからう。これは、1948 年の地方自治法改正により加えられたもので、もともとは南北戦争後に地方団体・地方政府の経済活動が盛んになり、これに伴ってアメリカの諸州で発達してきた⁴⁰⁶⁾納税者訴訟に範をとった訴訟類型であるが、当初は名称がなく、1968 年改正の際に漸く「住民訴訟」という正式名称を与えられたものなのであった。成田頼明が、その第一次的な目的について、より広く、地方公共団体の機関又は職員の違法な財務会計上の行為に対して、地方自治行政の公正と住民全体の利益を保障することだと述べ

た例がある⁴⁰⁷⁾。1968年改正前ではあるが、判例⁴⁰⁸⁾も、この訴訟類型の目的について、「普通地方公共団体の公金、財産および営造物が、本来、住民の納付する租税その他の公課等の収入によって形成され、自治行政の経済的基礎をなすものであるところから、役職員によるこれが違法な支出、管理、処分行為を矯正し、もって公共の利益の擁護に違算なからしめるため、特に、法律によって認められた制度である」としている⁴⁰⁹⁾。

現行地方自治法242条の2は、1号で差止めの請求、2号で取消または無効確認請求、3号で怠る事実の違法確認請求、4号で損害賠償請求もしくは不当利得返還請求または賠償命令をすることを求める請求（代位請求）を住民訴訟として定めている。その対象は、総じて、公金の支出、財産の取得・管理・処分、契約の締結・履行、債務その他の義務の負担など、広範である⁴¹⁰⁾。当初は、公金を私的に流用する職員に対する住民の監視手段としての意義が大きかったが、次第に、地方公共団体の財務に対する住民のコントロール手段として重要な意義を有するようになった⁴¹¹⁾。情報公開制度と連動して、地方行政に対する住民監視の有力な手段となっている⁴¹²⁾。2002年の改正により、職員個人が被告となっていたものから、首長などの執行機関が被告となる構造に改められ⁴¹³⁾、弁護士費用の個人負担も当該地方公共団体負担に改められた⁴¹⁴⁾。抗告訴訟で争うべき違法を住民訴訟で争っていると思える例も多い⁴¹⁵⁾。こともあって、例えば2007年統計では、行政事件の新受件数の約13%が民衆訴訟であり、行政事件の提起件数が少ない中では、案外と活用されていると言えよう⁴¹⁶⁾。

住民訴訟においては、支出原因行為が財政会計行為でない場合でも、その違法性が審査されるようになり、寧ろ一般化した⁴¹⁷⁾。憲法学の関心から言えば、地方公共団体の行った宗教活動と思しき活動の憲法判断を裁判所に求める途として、住民訴訟はよく活用されてきている⁴¹⁸⁾。ことは強調できる。津地鎮祭訴訟⁴¹⁹⁾が先導的事例として有名であるが、これは市と神官との間の委託契約の締結を住民訴訟の対象としたものとして分類できる（地方自治法242条の2第1項4号）。また、起工式決定という非財務会計上の行為の違法性が、後行行為で

ある支出負担行為や支出命令に継承されることを前提にしていよう⁴²⁰⁾。そして、神官が市に行ったサービスが市にとって無価値だと判断したのか、これを違憲と判断した二審判決⁴²¹⁾は、損益相殺もしていない⁴²²⁾。また、箕面忠魂碑訴訟⁴²³⁾、大阪地藏像事件⁴²⁴⁾、空知太訴訟⁴²⁵⁾などのように、「怠る事実の違法確認訴訟」（同項3号）の活用も目立ってきている。これは、現行の住民訴訟に、締結された契約やそれに基づく現在の法律関係の違憲性を直接争う訴訟類型がなく、政教分離違反と思われる無償貸与などは、執行機関等が、その相手方に返還請求や登記登録、契約を解除して原状回復請求を行う義務を懈怠しているという不作為状態にあると再構成することで、「怠る事実の違法確認訴訟」の対象としている事情もある⁴²⁶⁾。

なお、具体的な生活利益を巡る争いとの関連をもって主張されない場合に、行政参加の実現を裁判によって確保することが仮に望ましいときには、立法により民衆訴訟として規定すべきとの主張⁴²⁷⁾がある。併せて、国民参加による行政過程の司法判断が望ましいとしても、現行法の乏しい規定を解釈するには限界があり、集团的利害に基づく行政参加の手続については、やはり立法的解決によるべきであるとの主張⁴²⁸⁾がなされている。

他方、機関訴訟は、行政事件訴訟法6条によれば、「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟」である。国等と地方公共団体の間の訴訟、地方公共団体相互間の訴訟、地方公共団体の機関相互の訴訟に分けることができる⁴²⁹⁾。西上治は、「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争」を「行訴法上の機関訴訟」と呼び、「行政主体ないし行政機関が当事者（少なくとも原告）として、自身の権限の存否又はその行使に関して争う紛争」を「理論上の機関訴訟」と呼んだ上で、後者のうち同一の行政主体内の行政機関相互の間の争訟を「典型的機関訴訟」、異なる行政主体ないしその機関の間の争訟を「非典型的機関訴訟」と分類している⁴³⁰⁾。これは、従来判例・学説によって認められてきた法理を殆どそのまま立法化したものであると言ってよいようである⁴³¹⁾。法の規定

がある場合だけが訴訟が可能なものであり、雄川一郎は、「手続の迅速さ」を求めつつ、「必ずしも慎重な手続は必要でない」し、それを広く認めるのは妥当でないとまで述べている⁴³²⁾。

具体的には、国等と地方公共団体間の訴訟としては、地方自治法 250 条の 13 以下の定める、国の関与に関する訴訟、同法 251 条の 8 の定める法定受託事務の管理及び執行に関する代執行訴訟、同法 251 条の 7 の定める国等による不作为の違法確認訴訟などがある⁴³³⁾。次に、地方公共団体相互間の訴訟としては、地方自治法 251 条の 2 の定める境界確定訴訟、住民基本台帳法 33 条の定める住所の認定に関する訴訟、地方税法 8 条が定める課税権の帰属等に関する訴訟などがある。

そして、地方公共団体の機関相互の訴訟としては、地方自治法 118 条の定める、地方公共団体の議会における選挙の投票の効力に関する訴訟、同法 176 条の定める、地方公共団体の長と議会の間の訴訟がある。地方公共団体の長が違法に地方議会を解散した場合、議会自体の出訴は認めず、議員個人の出訴（抗告訴訟）を認めている⁴³⁴⁾のは、この事例での機関訴訟は認めないということであるが、問題は単純ではない⁴³⁵⁾。市議会議員が議員の資格において、議決の無効または不存在の確認を求める訴訟について、地方自治法など法律の規定がない以上、出訴を不適法とする最高裁の判断もある⁴³⁶⁾。なお、このほかに、この種の紛争に関して、行政主体内部の訴訟であって、法律上の争訟に当たらないことを明示した最高裁判例⁴³⁷⁾もある。

以上のような客観訴訟は、紛争が生じたときに直ちに出訴できるものもあれば、何らかの決定等が前置されているものもあり⁴³⁸⁾、実際に法政策的裁量が広いものとなっている。特に、民衆訴訟の中には、国会議員の当選の効力に関する訴訟であるとか、連座制による当選無効に関する訴訟、最高裁判所裁判官国民審査の罷免無効訴訟のように、利害関係者しか出訴できない、寧ろ主観訴訟と解し得るように思えるものもある⁴³⁹⁾。ほかに、地方公共団体の議会の議員及び長の選挙及び当選の効力に関する訴訟、国会議員の選挙の効力に関する

訴訟、直接請求の投票に関する訴訟、最高裁判所裁判官国民審査の審査無効の訴訟のように、利害関係者が原告の中に含まれているものもある⁴⁴⁰⁾。こういった場合に、権利侵害を受けた当事者が、客観訴訟の形式でしか訴訟ができないことは憲法違反ではないかという疑問もないではない⁴⁴¹⁾。加えて、それ以外の民衆訴訟でも、選挙人や住民のように、何らかの利害関係を有するものが原告とされている場合が殆どであり、結果、それが全国民となる、参議院比例代表選出議員の選挙訴訟や最高裁判所裁判官国民審査の審査無効の訴訟のような事例では、全国民が当該訴訟を提起できるのである⁴⁴²⁾。

通説・判例共に、以上のような現行の客観訴訟は全て、「司法権」そのものではないからこそ、その創設が当然に、自由に憲法上許される、と解してきたように思われる⁴⁴³⁾。しかし、このように個々の客観訴訟を個別に点検してみると、これほどまでに多様な訴訟類型をそのように包括的網羅的に説明して済むのか、不安になる。果たして、漫然と主観訴訟、「法律上の争訟」、「司法権」を等値と考え⁴⁴⁴⁾、これらを一括りにして、客観訴訟は憲法 76 条の「司法権」の外であり、裁判所法 3 条の「法律上の争訟」の外でもあって、客観訴訟を廃しても憲法違反ではない⁴⁴⁵⁾、改廃は立法府の自由であるなどと簡単に言うことは躊躇せざるを得ない。このような解釈は、「客観訴訟について裁判所が司法権を行使しうることを無理なく正統化することを意図するもののようであるが、それは結果志向的で技巧的な解釈に過ぎる感は否めない」⁴⁴⁶⁾。本来、司法権を行使すべき裁判所に特別な権限を法律によって付与することが許されるのか⁴⁴⁷⁾、許されるとすれば、どこに限界線があるのかを自覚的に検討すべきである。佐藤幸治らが、「司法権」の本質を核としつつ、その周辺に、これに準じるものを想定し、これを法律によって裁判所に付与することはできるとし、これをもって客観訴訟を説明したことは前述の通りである。「争訟性」をおおよそ欠く訴訟を立法政策で導入できるわけではあるまい⁴⁴⁸⁾。選挙権や納税者の権利の理解次第では、権利救済訴訟として理解できるものが客観訴訟として分類されていることは、注意すべきである⁴⁴⁹⁾。

また、以上の現行法の訴訟類型を纏めて「客観訴訟」として概念化してよいものかも疑問となつてこよう。機関訴訟についても、国等と地方公共団体間の訴訟、地方公共団体相互間の訴訟の2種は『法律上の争訟』の解釈によっては、そもそも主観訴訟とも解しうる⁴⁵⁰⁾との指摘がある。「行政主体」と「私人」、行政の「内部関係」と「外部関係」という二元構造を前提とする機関訴訟であるが、実際、当該紛争が生じている法関係が行政の内部関係で行政機関相互の争いであるのか、外部関係であつて「行政主体」と「私人」の間の争いなのか、明確でない場合がしばしばある⁴⁵¹⁾。特に、各種の公共組合、公社、公団等の特殊法人など、国や地方公共団体と別個の法人格をもった法主体でありながら、その行う事業は実質的に行政活動の一環をなすような法主体が一方当事者となっている事件ではそうである⁴⁵²⁾。

このように、法律がなした主観訴訟・客観訴訟の区別を鵜呑みにしない方向の指摘は、近時、行政法学者によつてもなされ始めている。曾和俊文は、住民訴訟や選挙訴訟が「むしろ権利救済を目的とする行政訴訟で十分にカバーされない分散的利益の保護をはかり（住民訴訟）あるいは民主主義の前提を保護しようとする（選挙訴訟）ものであること」⁴⁵³⁾と、「特定の具体的な行政活動の適法・違法を争う形式で提起され（具体的対立性）、紛争解決のための法的基準も明確であり（法的基準による紛争解決可能性）、判決による紛争の終局的解決が保障されている（終局性）ので、裁判所がその権限を行使するための外延としての『事件性』要件が満たされている」⁴⁵⁴⁾ことから、「これらの訴訟は合憲的に司法部門で処理することができるし、」「裁判所の権限に含められた以上は、これらの権限行使は『司法権』として理解し、司法の独立を保障する形で運営されるべきである」⁴⁵⁵⁾とし、「一定範囲での『客観訴訟』の創設が望ましい」⁴⁵⁶⁾と主張するのである。

村上裕章は、憲法76条と裁判所法3条との関係を、通説通り、「憲法上の司法権は、法律上の争訟については当然に行使できるほか、法律によって付与されたそれ以外の権限も行使でき」、「客観訴訟はそれ以外の権限に属する」とす

る立場に立つ⁴⁵⁷⁾。憲法は法律上の争訟に当たるときには司法権の行使を義務付けているが、法律によってそれを拡大することも許容していると解する⁴⁵⁸⁾のである。これに対して、憲法の司法権は「法律上の争訟」または「具体的事件」のみに及ぶとする見解では、行政事件訴訟法42条が、客観訴訟は法律に特別の規定がなければ訴訟が許されないとしているので、この条項が違憲となるか、客観訴訟は司法権の要件を満たさず違憲とならざるを得ないと批判する⁴⁵⁹⁾。また、村上は、司法権を法律上の争訟と無関係に定義する高橋和之説を、日本国憲法が前提とする司法権概念に合致しないし、国や地方公共団体が訴訟を提起する場合でも、判例によれば、法律上の争訟に当たるとされていると批判する⁴⁶⁰⁾。地方公共団体が条例に基づく命令違反に対してその行政上の義務の履行を求めて私人に対して提起した、宝塚市パチンコ店建築中止命令事件で、最高裁は、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」を「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」として、地方公共団体等が「専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであ」って、「法律上の争訟」に該当しないとして訴えを却下しているのである⁴⁶¹⁾。だが、村上は、この点についても、法律の規定がない限りこのような訴訟もできない帰結を招くと批判するのである⁴⁶²⁾。この立場は、裁判所に対し「法律によって付与されたそれ以外の権限」を憲法上の「司法権」に含めてよいのかには微妙な点もあるが、基本的には妥当であろう。

その上で、村上は、客観訴訟の憲法上の限界について、「法原理機関の権限とするにふさわしい、具体的な事件・争訟性を擬するだけの実質を備えていなければならない」とする佐藤幸治説⁴⁶³⁾や、具体的紛争を憲法上の要件とする諸説⁴⁶⁴⁾、出訴には「事実上の損害」を要するという松井茂記説⁴⁶⁵⁾などと一緒に線を画する。司法権の限界を狭く解する諸説については、司法権の対象として民事訴訟を原型と見過ぎており、私的紛争解決型の司法観に偏している⁴⁶⁶⁾ほ

か、抽象的な行為を争う訴訟を一概に違憲と断じることが適切か、例えば、立法論としての条例の無効確認訴訟は憲法上置けないものであろうかと疑問を呈する⁴⁶⁷⁾。逆に、具体的行為を争えばよいというのであれば、条例制定の議決に関する裁定の取消し等の形式を採ればよいことになるのか、情報公開法による開示請求権のような実定法の権利を創設すれば許容されることになるのか、との批判する⁴⁶⁸⁾。村上は、司法権の限界を狭く解さず、立法裁量を広く認める立場に立っている⁴⁶⁹⁾。私人の権利保護以外の任務を引き受けることは、権力分立に触れ、行政機関もしくは立法機関の活動を過剰に裁判所の統制に服させることがない限り、また、裁判所の本来の機能を大きく阻害しない限り、憲法上許されると理解する⁴⁷⁰⁾。ただ、「客観訴訟を創設することは、司法権が及ぶ範囲を拡大し、その限りで三権分立の間のバランスに一定の影響を与えることになる」ので、創設には「それなりの十分な理由が必要で」と述べる⁴⁷¹⁾。それについては、権力分立のほか、「裁判所がその処理に忙殺され、本来の役割である国民の権利保護という任務を果たせない」ことは許されない⁴⁷²⁾とか、「適切な主張・立証を行いうる者を訴訟当事者とすることは必要」である⁴⁷³⁾とか、「判断の対象についても基本的に法的な判断が可能な問題とされるべきである」⁴⁷⁴⁾とか、「裁判所の判断には終局性が認められなければならない」ない⁴⁷⁵⁾などとして、客観訴訟が創設できる範囲を画定していくのである。

村上説は、なるべく多くの客観訴訟を憲法上許容できるものとしたため、狭義の理解を警戒しているように見える。しかし、現行の客観訴訟を許容しようとするあまり、司法の核心・基本を崩すことは許されまい。憲法が裁判所に付与したものが「司法権」である以上、民事訴訟も行政訴訟も同じである筈である。もし、憲法学の一般的理解では行政訴訟が窮屈であるとすれば、民事訴訟学や刑事訴訟学をも巻き込んで、「司法権」の定義の再考を求めねばなるまい。だが、村上説の到達点は、立法権や行政権を侵害する内容を裁判所に付与できず、また、裁判所が扱う手続に相応しいものでなければならないということに留まる。客観訴訟が「司法権」そのものではないにせよ、「具体的な争訟

について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」などの司法の定義から大きく外れるものは許されないであろうから、佐藤幸治説などと実体において大差はない。結局、村上の「司法権」理解は本稿の立場との径庭も大きくない。客観訴訟の立法にも憲法上許されない一線があるという点も首肯できる。憲法の「司法権」定義を軸に行政訴訟が捌くことへの温度差はあろうが、上位法は憲法であることは指摘しておきたい。

村上の分析を、言わば機関訴訟に絞って詳細に進めるのが西上治である。検討は現在進行形と言える。「本稿は、いわゆる機関訴訟のうち『法律上の争訟』（裁判所法3条1項）に属するものの範囲を画定する基準を定立するための準備作業として、機関訴訟に関する従来の議論を分析し、その問題の構造を明示することを目的とする」⁴⁷⁶⁾という一文に、既に、客観訴訟が全て当然に「法律上の争訟」であるとは限らないという、通説的感覚を鋭く批判する筆者の高い意識が示されている。これを発射台として西上は議論を開始する。

西上はまず、もし、通説的見解に従って、客観訴訟が「法律上の争訟」に当たらなければ、「司法権」にも含まれないことになり、「裁判所は憲法上『司法権』の対象ではないはずのものを扱う権限を行使していることになる」上、更に、「『行政』概念について控除説に立つ場合には、この客観訴訟を扱う権限は行政権（憲法65条）に属することになり、憲法は客観訴訟を扱う権限を行政権に配分しているということにな」と、疑問を呈する⁴⁷⁷⁾。機関訴訟を裁判所の権限とすることは憲法76条違反ではないのか、「法律上の争訟」と行政事件訴訟法6条の意味する機関訴訟の範囲を巡る議論は生じないのかと言う⁴⁷⁸⁾。そして、このままでは、行政事件訴訟法42条は、裁判所法3条との関係で、確認規定と創設規定の二面性を有することになり、創設規定の側面が許されるかが問題となろうと指摘するのである⁴⁷⁹⁾。このほか、国と普通地方公共団体間、もしくは普通地方公共団体相互間の争訟は、1999年の地方自治法改正で立法的手当が多くなされたが、なお、地方自治法251条の5第1項や251条の7第1項、252条3項のように、「法律上の争訟」性が理論上の問題に留まる場

合もあると指摘するのである⁴⁸⁰⁾。

西上は、主観訴訟、「法律上の争訟」、「司法権」の関係について、学説を整理し、どの有力な見解においても、裁判所の権限に含まれるものについては、憲法上の要請に基づく「中核」部分と立法政策に基づく「周辺」部分を峻別していることを指摘する⁴⁸¹⁾。行訴法上の機関訴訟は、「裁判所の権限の『中核』部分の意味における『法律上の争訟』に属さない」こと、「『国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する訴訟』という文言に該当し、「同一行政主体内の機関相互間の争訟であることも必要となる」ということとだと言うのである⁴⁸²⁾。

そして、「法律上の争訟」性の否定が当然視されてきた、同一の行政主体内の行政機関相互の間の争訟である「典型的機関争訟」と、「法律上の争訟」性の有無が争われてきた、異なる行政主体ないしその機関相互の間の争訟である「非典型的機関争訟」に分け⁴⁸³⁾、「前者における理屈をそのまま後者に応用して良いものか否かが問題」となると考える⁴⁸⁴⁾。関連して、当該機関に法人格が認められ得るかの問題でもあると指摘した⁴⁸⁵⁾。

これに基づいて西上は判例を分析するのであるが、典型的機関争訟については、その『法律上の争訟』性を否定する最高裁判決の論拠には、『権利権限型』（第1款）と『自立尊重型』（第2款）の2つがありうる事が明らかであり、「また、最高裁判決の中には、典型的機関争訟の『法律上の争訟』性を否定するための論拠たり得る『上級下級型』の思考を示したものも存在する」とする⁴⁸⁶⁾。

権利権限型の典型として、機関訴訟のリーディング・ケースとして解されている、市議会の議決無効確認を求める市及び市長に対する議員の訴えを斥けた最高裁判決⁴⁸⁷⁾を取り上げるが、よく言われる、「市議会の議決は法人格を有する市の内部的意思決定に過ぎない」との判示は「被告適格の問題を扱っているに過ぎ」ず、これを「機関争訟に関するものとする理解は適切ではない」と評する⁴⁸⁸⁾。しかし、「市長は市議会の議決に拘束される」けれども、このような執行機関と議決機関との関係は市の内部の機関相互間の関係であつて若しそ

の間に紛争があるならば市が内部的に解決すべく、訴訟をもつて争うべき問題ではない」という点、「機関相互間の権限の争は法人格者間の権利義務に関する争とは異り、法律上の争として当然に訴訟の対象となるものではなく、法律が内部的解決に委ねることを不相当として、例えば地方自治法176条5項のように特に訴の提起を許している場合にのみ、訴訟の対象となるものと解すべきである」という点は、被告に市長が含まれているから判示したものであり、ここに、「議員（ないし議会）と市長との間の権限に関する紛争、すなわち機関争訟の問題が初めて生じる」のだと述べるのである⁴⁸⁹⁾。結果、この判決は、「市の内部の機関相互間の紛争は市が内部的に解決すべきであって訴訟の対象にはならない」という、内部問題型の判断だったと分析するのである⁴⁹⁰⁾。最高裁は、「ある法人格に内部関係はそもそも（少なくとも外部法と同じ意味での）法の領域に属さず、」『『具体的事件性』を欠く』としているのであって⁴⁹¹⁾、これ以外の最高裁判決も、「こうした権利権限型の思考によって整合的に説明することが可能である」と説明するのである⁴⁹²⁾。

最高裁判例は、第2に、「紛争の解決に司法権から独立した自律性が制度上要求されている場合には『法律上の争訟』性が否定されるという『自立尊重型』の思考」によっても説明できる可能性がある、と西上は述べる⁴⁹³⁾。これについては、「部分社会論」ないし「部分社会の法理」との理解もあるが、これは「多様な中間団体についてそれぞれ司法権の介入が抑制されるべき理由は異なるはずであり、それを一括して部分社会の法理を説くこと、問題の解明にさして資するものとはいえない」⁴⁹⁴⁾とする長谷部恭男説を引用しつつ、問題の本質は自律性の方にあるのだと主張する⁴⁹⁵⁾。また、西上は、第3に、「下級機関は上級機関の指揮・命令に当然服すべきであるという『上級下級型』」が最高裁の思考にはあるとする⁴⁹⁶⁾。そして、この「3型は内部問題型の思考の中で（あるいは無意識的に）併存している」というのである⁴⁹⁷⁾。このうち、権利権限型は「具体的事件性」を否定するものであるが、他の2つは、外在的に「法律上の争訟」性を縮減するものとして理解される⁴⁹⁸⁾。

西上は、非典型的機関争訟についても、第1に、最高裁は、「本来的には異なる行政主体の機関同士であっても、それらを上級審・下級審とする争訟制度が法律によって構築された場合には、下級審としての機関は上級審としての機関の判断を争うことはできない」という、「争訟制度型」とでも言うべき論拠により、「法律上の争訟」性を否定することがある、と述べる⁴⁹⁹⁾。西上が取り上げた事案は、都道府県選挙管理委員会の裁決を市町村選挙管理委員会が不服としたもの⁵⁰⁰⁾で、両者は異なる行政主体に属するものである筈であるが、最高裁はそこに上級・下級の系列からなる「争訟制度の機構」を観念した⁵⁰¹⁾。また、西上は、第2に、前述の宝塚市パチンコ店建築中止命令事件判決に見られるように、最高裁には、『法律上の争訟』の一内容たる『具体的事件性』は私権保護を目的とすることを前提としている（私権保護限定ドグマ）から、訴えが『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするもの』である場合には、『具体的事件性』を欠く」とする「公益目的型」の判断があると言う⁵⁰²⁾。ここには「司法権」と「法律上の争訟」は等値であり、しかもそれに関する民事独占的な発想があり、その基礎には「行政主体と私人の二元論」⁵⁰³⁾があると述べる⁵⁰⁴⁾。そしてまた、第3に、「国とは独立した法人格を有する行政主体であっても、『国の事務』を担当する場合には、その限りにおいて国の行政機関と同視されることがある」という、「国の事務」論があるとする⁵⁰⁵⁾。市による国民健康保険の被保険者証の交付拒否を府国民健康保険審査会が取り消した事件で、最高裁が、市には当該裁決の取消訴訟を提起する適格が欠けるとした事案⁵⁰⁶⁾などがそうである。最高裁は、異なる行政主体（ないしその機関）相互間の関係をあたかも同一の行政主体の内部関係であるかのように扱ったのである⁵⁰⁷⁾。

この3型にも異同があると西上は述べる。争訟制度型は、「具体的事件性」及び「法令の適用による解決可能性」の存否とは直接の関係はなく、「法律上の争訟」を外在的に縮減するのに対し、公益目的型は「具体的事件性」を否定するものであり、「国の事務」論は、「法律上の争訟」性を否定する論拠にはなっていない⁵⁰⁸⁾。また、争訟制度型は非典型的機関争訟に独自の論拠を提供する

ものであるが、公益目的型は典型・非典型を問わず妥当するものであり、「国の事務」論は、典型的機関争訟の議論を非典型的機関争訟に架橋するものである⁵⁰⁹⁾。射程においても、争訟制度型は、異なる行政主体の機関を上級審・下級審とする「争訟制度の機構」が法令によって構築されている場合のみが射程であるが、公益目的型は行政主体（ないしその機関）がその権限を巡って訴えを提起する場合を全て射程に含むとする⁵¹⁰⁾。

西上の分析は学説に及ぶ。彼の分析に従い、以下、要約する。美濃部達吉⁵¹¹⁾、田中二郎⁵¹²⁾、雄川一郎⁵¹³⁾の共通点は、「『法律上の争訟』（のうち「具体的事件性」）を基礎付けるために『権利』の侵害を要求している」点、権利権限型が基本線となっていることだと言う⁵¹⁴⁾。ただ、3者は微妙に異なり、権限の権利性（利益性）を否定する論拠として、美濃部が「利益の他者性」を前面に出すのに対して、田中と雄川は「利益の公益性」を前面に出したこと、雄川が権利権限型を基本線にしつつも、「権利」を実質的かつ相対的に判断すべきとしている点など、違いもあるとする⁵¹⁵⁾。

塩野宏⁵¹⁶⁾と藤田宙靖⁵¹⁷⁾は、従来からの、行政主体と私人の二分論を維持した⁵¹⁸⁾。そして、共に非典型的機関争訟の「法律上の争訟」性に議論の焦点があった⁵¹⁹⁾。しかし、両者は「自治権は私人の権利と同じ意味での権利であるのか」を軸に「論争を交わした」⁵²⁰⁾。塩野においては、「私権保護を目的とする」という意味における主観訴訟を越えてこれを拡張することが試みられているが、藤田の場合は、「『法律上の争訟』は『裁判を受ける権利』との裏表で捕らえられ、私権保護限定ドグマがなお維持されている」のである⁵²¹⁾。以上の学説では、総じて、典型的機関争訟の「法律上の争訟」性が原則として否定されること、「その根拠が権利限定型であること、行政主体と私人の二分論が維持されることが共通の枠組みであると言えた⁵²²⁾。なお付言すれば、内部問題型は、独立した論拠としては不十分である⁵²³⁾。また、西上は、「国の事務」論については、その妥当性は疑わしいと一刀両断している⁵²⁴⁾。

しかし、近年、こういった枠組みを覆す動向があると西上は言う。それは、

山本隆司⁵²⁵⁾や門脇雄貴⁵²⁶⁾によるものであり、機関訴訟の「法律上の争訟」の原則的否定を掘り崩そうとする点で共通し、「典型的機関争訟が裁判所の権限の『中核』部分の意味における『法律上の争訟』に含まれるか否かにまで踏み込んで論じようとしたのである⁵²⁷⁾。但し、山本が、「行政法の基礎をなす諸種の憲法原理に立ち返ることで、従来の二分論によって導かれてきた権利権限型や法人格の有無という基準よりも高次に位置付けられる『独立性・自律性』なる基準を置く」のに対し、門脇は、「権利権限型なる基準をより精緻化する必要性を説く」点で異なると言えた⁵²⁸⁾。

以上の学説整理を踏まえて、西上は、機関訴訟の「法律上の争訟」性を否定する論拠について、次のような整理を行う。学説は、「『法律上の争訟』性との関係では、内在的に『具体的事件性』を否定するもの（権利権限型）と、他の制度上の要請からこれを外在的に縮減するもの（自律尊重型・上級下級型・争訟制度型・救済阻害型）とに分かたれる。これらに対し、内部問題型・人権否定型は、そもそも『司法権』には一定の限界があることを前提に、行政の『内部関係』及び『裁判を受ける権利』を享有しない『固有の資格』としての行政主体は、『司法権』したがって『法律上の争訟』の限界の外側にある⁵²⁹⁾。「機関の権限に関する紛争であれば原則としてこれをその射程に含む論拠、すなわち権限内在類型（権利権限型・内部問題型・人権否定型・公益目的型）と、特別の制度上の要請がある場合にのみをその射程に含む論拠、すなわち権限外在類型（自律尊重型・上級下級型・争訟制度型・救済阻害型）とに分かたれる⁵³⁰⁾」などとするのである。

西上は、結果、「独立して検討に値する論拠は、」権限内在類型である「権利権限型」と権限外在類型である「自律尊重型・上級下級型・救済阻害型に限定される」と断じる⁵³¹⁾。内部問題型については、「他の論拠によってさらに具体化される必要がある」し、「権利権限型・自律尊重型・上級下級型は、内部問題型の具体化としてこれを位置付けることができる⁵³²⁾」し、「その他の権限内在類型の諸論拠は、差し当たり権利権限型をもってこれらを代表させてよい⁵³³⁾」と言うのである。また、「権限外在類型の諸根拠については、」自律

尊重型・上級下級型・救済阻害型が独立の論拠として扱われるべきであり、その第1の理由は「争訟制度型は上級下級型の一類型としてこれを位置付けることができる」こと、第2の理由は「争訟制度型と救済阻害型は、」後者が「私人の権利救済を目的とする制度ではな」という点で前者と異なるので、両者の「区別は維持されるべきである」⁵³⁴⁾。また、「自律尊重型は、他の論拠と射程に関して重なり合う部分はあるものの、独立した検討を排斥するのに十分なほどの包含関係にない」⁵³⁵⁾とするのである。そして、権利権限型は、「法律上の争訟」性の要件のうち「具体的事件性」を否定するものであるが、自律尊重型・上級下級型・救済阻害型は、それとは関係なく、他の制度上の要請により「法律上の争訟」性を否定するものという違いがあると言う⁵³⁶⁾。

そして、「機関訴訟の原則的否定は、権利権限型及び架橋理論の組み合わせによる。これらの妥当性が否定されれば、機関訴訟は原則として否定されるとは言えなくなるはずである」と述べる⁵³⁷⁾。だが、「権利権限型及び架橋理論の妥当性は疑わしく、仮に権利権限型ないし架橋理論が成り立たないなら、典型・非典型を問わず機関訴訟は原則として否定されるとはもはや言えなくなるはずである」⁵³⁸⁾と言うのである。もし、「少なくとも一定の範囲において権利権限型（及び架橋理論）によっては機関訴訟の『法律上の争訟』性が否定され得ない」とすると、問われるべきであるのは、①それは如何なる範囲であるのか、②ある具体的な場合が当該範囲に含まれるとして、その場合に『法律上の争訟』性を否定する特別の論拠（自律尊重型・上級下級型・救済阻害型）があるか否かであることになる」⁵³⁹⁾として、国家法人説の分析の必要性を説いていくのである⁵⁴⁰⁾。

西上は、なお、「国家の法人格の意味内容をドイツ公法学における議論を素材にして明らかにしなければならない」⁵⁴¹⁾として、機関訴訟のうち何が「法律上の争訟」であるかの結論を示すことは、なお明言を避けている。だが、少なくとも言えることは、「法律上の争訟」と主観訴訟を等値とし、行政事件訴訟法上の客観訴訟は当然に「法律上の争訟」ではないという立場を西上が採っていないことである。民衆訴訟については言及していないが、これは機関の内

部関係に留まることはなく、「法律上の争訟」性を否定する特別の論拠が否定されない限りは、当該民衆訴訟は「法律上の争訟」であるということになる帰結が推測できるのである。

これに対して、憲法学界では、特定の客観訴訟が「司法権」の作用であるとか、「法律上の争訟」性を有するというのを大きく展開している例は、以前はあまり目立たなかった。客観訴訟のような「訴訟類型を認めるかどうかは立法政策に委ねられる」⁵⁴²⁾との説明が一般的であった。「抽象的違憲審査権は、そこでいう『司法』の埒外におかれ」、「客観訴訟といわれるものも、同様に扱われることになっている」⁵⁴³⁾との記述に象徴されるように、当然の如く、一体として客観訴訟は「司法権」の作用ではないと理解されてきていた⁵⁴⁴⁾。だが、そもそも、行政事件訴訟法という法律の内容が憲法の要請を当然に満たしていると信じること（盲目的な憲法具体化法という幻想）は憲法論として楽天的に過ぎよう。そこに齟齬があり得ると考えるのが当然である。

客観訴訟に類型化されてきたものでも、「司法権」の要件を満たすものは憲法の要請によるものであり、同様の訴訟が不可能になるような法改正は違憲であることになる筈である⁵⁴⁵⁾。民衆訴訟のうち、選挙に関する訴訟は、別の観方をすれば、最も基礎的な国家機関である有権者団（選挙民団）が訴えを提起しているものであり、機関訴訟としての性格を有する。その意味で、民衆訴訟と機関訴訟の「区別は、ある意味、において相対的であ」⁵⁴⁶⁾るかもしれない。そして、議員定数不均衡訴訟のようなものは、実質的には主観訴訟、即ち抗告訴訟と見るべきとする主張もあり⁵⁴⁷⁾、そうであれば、公職選挙法 204 条を改正し、この出訴手段を廃止したときには、違憲と考えるべきであろう⁵⁴⁸⁾。同様に、国や地方公共団体に対する情報公開請求権を巡る訴訟は、「知る権利」の実定法的具体化として、主観訴訟の性格を有すると言えよう⁵⁴⁹⁾。法改正により、例えば、一義的には独立行政委員会が準司法的機能をこれに及ぼすようなこととしたとしても、その判断を最終的に裁判所が扱うことができれば合憲性は疑わしい。また、そのような訴訟は、私権の損害の回復を求める形式

を採らず、その訴えによって世の中を変えようという性格を強調すれば、憲法の人権規定の中の「裁判を受ける権利」に含むよりも参政権の一部と解する方が納得できる面がないでもない⁵⁵⁰⁾。同様に、実は、ある種の訴訟等がないことが立法の不作为による違憲状態であることも考えられよう。そのように考えると、一部の現行客観訴訟は、「司法権」の範疇に含むことはできなくとも、完全に廃止することはその意味で違憲であるとの評価を加えることもできない。政教分離訴訟のように、仮に住民訴訟ではなくとも、何らかの形の訴訟が可能でなければ違憲状態である疑いの濃いようなものもあろう。他方、このような性格を有さない、純粋な機関訴訟は、紛争を法的に終局的に解決すべく、立法により憲法上許容できる範囲の権限を裁判所に付与できるのみであって⁵⁵¹⁾、付与しない不作为を違憲であるとは言い難いように思われる。

逆に、裁判所が「法の支配」を具現化する、「司法権」を独占する機関である裁判所に付与できる、「司法権」そのもの以外の権能には限度があり、「全く具体的な事件も訴えの利益もないような」ものを立法によって裁判所に付与できないと言うべきである⁵⁵²⁾。何らかの意味での具体的事件性、法的判断、終局性という要件の緩和は難しく、当事者適格性、訴えの利益という要件を緩和して認容できるものにほぼ限られるように思われる⁵⁵³⁾。特定の個人の権利が侵害されてはいないが、これを放置することが究極的には個人の集合体である国民や住民の利益の侵害となる場合、立法府が適切な範囲の原告を選んでこれに出訴する権限を与えることができるということである。この点、機関訴訟もその観点から、特定の独立性のある機関に付与されたと考えられる。客観訴訟であるから、創設に際して立法裁量が広汎であると理解することはできず、適切な当事者、つまり、具体的な事案で権限を争う機関同士が選ばれていなければならぬ。他方、全くの内部問題、裁量に過ぎない争いについて争訟を認めることは、憲法上疑いがある。拡張解釈を進め、いわば「客観訴訟の主観訴訟的理解」⁵⁵⁴⁾を極限まで突き進め、「司法権」の定義を融解させることはやはり許されてはならぬ⁵⁵⁵⁾。法的判断、終局性が要件であることは言うまで

もない。客観訴訟の追加には限界があると言うべきである。

おわりに

複数の訴訟法分野を横断的に考察して言えることは、これまでの「司法権」の議論が、憲法学と各法分野との対話の中で、精神分裂又は空中分解を起こしかねなかったことである。まずは、裁判所が、「法の支配」を具現化する、「司法権」を独占する機関であるということを再確認すべきである。この点で、現行法が「司法権」の作用でないかの如く分類してきたものも再考すべきである。このことは家事審判等に該当する。また、行政事件訴訟法の定める客観訴訟の中にも、個人の権利を守るための制度があり、これらについても該当する。この種の事件を取扱う権限を裁判所から廃することは寧ろ違憲であろう。このようなものは民事・刑事裁判でも観念することができるものであり、行政訴訟を特別視することはできない。

そして、裁判所に付与できる、「司法権」そのものの以外の権能としては、それを「司法権」を抱える裁判所に相応しいとする要素を吟味すれば、何らかの意味での具体的事件性、法的判断、終局性についての緩和は難しく、当事者適格性、訴えの利益部分を緩和して認容できるものにほぼ限られよう。確かに、「司法権」に属さない権限は、裁判所に相応しいものであれば付与できると思われるが、以上の３点について緩和できる場合は稀有なのではなかろうか。実際、行政法分野の付加的な現行客観訴訟はこれをほぼ守っていると言えよう。また、純粋な意味での勧告的意見を述べる権能を裁判所が有してはならないとする、多くの憲法学説の感覚はこういった点にも合致する。

このほか、行政訴訟に関する議論には、民事法などに存在した、訴訟かそうでないかで裁判の公開の憲法上の保障があるか否かの議論は殆どない。このことを考えると、訴訟か非訟かを裁判の公開を認めるかどうか結び付ける必然性はなく、やはり、プライバシーや公序良俗、情報公開を求める事案であるな

どを理由に非公開を考えれば十分だったことが確認できるように思われる。このような点でも、訴訟法を横断的に検討する必要性を感じる。

最後に、いわゆる客観訴訟などとカテゴリーされてきた、即ち「法律上の争訟」や「司法権」の行使から外れる争訟においても憲法判断が行われている⁵⁵⁶⁾が、そのようなことができるのかという議論もある⁵⁵⁷⁾。憲法判断は「司法権」の要件の延長にあり、「司法権の統合された本質的部分として理解されなければならない」⁵⁵⁸⁾以上、憲法判断を求めるだけの事件性や当事者適格性、憲法判断をせねば得られない法的利益、終局性が必要である⁵⁵⁹⁾。

これについては、客観訴訟を「司法権」の外でこれに準じるものとして裁判所に付与したとの理解では、その下での憲法判断は困難とする批判⁵⁶⁰⁾もあるが、そのような裁判においても、まず、憲法判断なしに同様の判断が可能であるかの検討が求められるものの、裁判所に一旦法律がその機能を付与した以上、この命題に不可能との回答しかないのであれば、憲法判断は可能であることになるものと思われる⁵⁶¹⁾。しかし、憲法判断は、当該裁判が「司法権」もしくはそれに準じる判断である以上、具体的な事件・争訟性を擬する実質を備える必要があり⁵⁶²⁾、憲法判断を行わなければ救済ができない場合に限るとというのが原則である筈であるから、抽象的違憲審査⁵⁶³⁾に匹敵する作用を裁判所が行使することは一般的には認められるべきではあるまい⁵⁶⁴⁾。内閣法制局の行なっているような法令の事前審査⁵⁶⁵⁾についても許されまい。「二重の基準論」の厳格審査ベースの部分、即ち、思想信条の自由、表現の自由、政教分離、大学の自治、参政権、憲法14条1項後段列举事由の差別などが問題となっている裁判では、こういった条項の有する特別な力を理由に、寧ろ積極的に憲法判断に踏み出すべきことになろう。この点は、表現の自由に関する特殊法理として文面審査が認められている、つまりは当該訴訟における当事者の法律上の利益を超えて憲法上の主張が認められているとする法理を踏まえるべきである。一般的な国民訴訟論は、政治闘争を裁判所に持ち込むものゆえ、適切ではなからうが、政教分離や大学の自治が侵害されたケースでは、何らかの訴訟が可能な

ければ、かえって違憲な状態と言うべきであろう⁵⁶⁶⁾。

思い返してみれば、客観訴訟や家事審判などにおいて憲法判断が特に求められた事案とは、靖国神社公式参拝（政教分離）、議員定数不均衡（参政権）、非嫡出子差別（憲法14条1項後段列挙事由の差別）などのケースが多いのであって、その観点から積極的な憲法判断を行うことが、憲法上も求められていることを指摘しておきたい⁵⁶⁷⁾。場合によっては、原告の訴えを斥けながらも憲法判断が要求されることを意識すべきであろう。他方、一般的網羅的に、事件の解決を超えての憲法判断を必ず求め、なし崩し的に抽象的違憲審査を求めるべきものでもない点は留意したいものである⁵⁶⁸⁾。

以上により、「司法権」の定義を核に周辺に憲法上許容されるものがあるとの理解の下、各種訴訟類型及びそこでの憲法判断を整理できるようになったと思われる。

377) 宍戸常寿「司法のプラグマティク」法学教室 322 号 24 頁、29 頁（2007）が、「憲法上の司法権とは、民事・刑事・行政・憲法の各『事件』の『裁判』の総和である」と述べている点は傾聴に値するが、その中身は、各法学の主張をただ受け入れるものではない点、注意すべきであろう。

378) 曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト 1219 号 60 頁、61 頁（2002）。

379) 同上 62 頁。

380) 山岸前掲註 11) 書 38 頁。

381) 小嶋和司『憲法概説』272 頁（良書普及会、1987）。

382) このため、国民訴訟、環境団体訴訟、消費者団体訴訟、条例の無効確認訴訟など、様々な立法論が唱えられることになる。村上裕章「客観訴訟と憲法」行政法研究 4 号 11 頁、21 頁以下及び 25-26 頁（2013）など参照。団体訴訟については、「個別的利益と集团的利益の区別が相対化されつつある現段階では、改正」行政事件訴訟「法の運用を通じて集团的利益の救済のあり方を考慮することも重要である」とする、塩野宏『行政法Ⅱ』〔第 5 版〕270 頁（有斐閣、2010）の指摘もある。

383) 山岸前掲註 11) 書 43 頁。

384) 田中二郎『新版行政法上巻』〔全訂第 2 版〕359-360 頁（弘文堂、1974）。

- 385) 塩野前掲註 382) 書 266 頁。
- 386) 山岸前掲註 11) 書 39 頁。
- 387) 同上 40 頁。
- 388) 同上 58 頁。
- 389) 同上 75 頁。
- 390) 同上 109 頁。
- 391) 同上 4 頁。
- 392) 同上 15 頁。
- 393) 同上 40 頁。
- 394) 同上 263 頁。
- 395) 山岸敬子「『法律上の争訟』を離れる訴訟と司法権」公法研究 71 号 162 頁、170 頁 (2009) は、こういったことは「裁判所に新しい任務を与えることになる可能性がある」とし、その支柱となるものとして「『法の支配』の重要な要素は、裁判所に対する尊敬と信頼である」と述べている。「司法権」を超えて裁判所という国家機関にそのような尊敬と信頼を求めれば、現在、行政機関が有する紛争救済等の機能の一部も当然に裁判所に委譲すべきとの議論が生じるように思われるが、これに憲法上疑義がないか、慎重な検討を要しよう。
- 396) 山岸前掲註 11) 書 264 頁は、「行政事件訴訟法 (以下「行訴法」という) は、主観訴訟たる取消訴訟と客観訴訟たる民衆訴訟を明確に区別して規定する。その立法趣旨を《異なる訴訟手続の必要性》と理解することが有益である」と記している。
- 397) 藤田宙靖『第 4 版行政法 I (総論)』〔改訂版〕398 頁 (青林書院、2005)。
- 398) 東京地判平成 8 年 5 月 10 日判時 1579 号 62 頁。
- 399) 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』15 頁 (信山社、1995)。
- 400) 山岸前掲註 395) 論文 163 頁同旨。
- 401) 詳細は、田中館照橘「わが国の行政裁判制度 (19) —民衆訴訟・住民訴訟」判例時報 1062 号 19 頁 (1983)、佐藤英善「住民訴訟の現代的意義と機能」月刊自治研 25 巻 11 号 2 頁 (1983)、淡路剛久「環境権にかかわる訴訟」同 9 頁、森田明「情報公開を求める訴訟」同 20 頁、「資料・自治体と住民訴訟」同 35 頁、成田頼明ほか「特集・住民訴訟」ジュリスト 941 号 16 頁 (1989)、佐藤英善「住民訴訟の現状」月刊自治研 32 巻 1 号 26 頁 (1990)、植村栄治「新行政法講義 (23) —民衆訴訟等」法学教室 209 号 73 頁 (1998)、曾和俊文「民衆訴訟」法学教室 263 号 54 頁 (2002)、野口貴公美「住民訴訟 (上、下)」月刊自治フォーラム 567 号 44 頁 (2006)、568 号 51 号 (2007)、金谷重樹「判例

- にみる住民訴訟（1、1の補、2）」摂南法学 37 号 81 頁（2007）、42=43 号 251 頁（2010）、44 号 1 頁（2011）、櫻井敬子「行政法講座 69—住民訴訟の現在」自治実務セミナー 53 巻 2 号 8 頁（2014）、高橋利明「ハッ場ダム住民訴訟」法学セミナー 719 号 16 頁（2014）など参照。
- 402) 例えば、宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（第 2 版）119 頁（有斐閣、2009）。
- 403) 最判昭和 32 年 3 月 19 日民集 11 巻 3 号 527 頁。宇賀同上 355 頁より引用。本件評釈としては、村上順「判批」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅱ』（第 5 版）436 頁（有斐閣、2006）、門脇雄貴「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』（第 6 版）450 頁（有斐閣、2012）などがある。
- 404) 最判昭和 42 年 5 月 30 日民集 21 巻 4 号 1030 頁。宇賀同上 356 頁より引用。本件評釈としては、奥平康弘「判批」法学協会雑誌 85 巻 5 号 142 頁（1968）、荒秀「判批」ジュリスト増刊『昭和 41・42 年度重要判例解説』160 頁（1973）、桜田誉「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅱ』340 頁（有斐閣、1979）、東條武治「判批」塩野宏=小早川光郎編『行政判例百選Ⅱ』（第 3 版）454 頁（有斐閣、1993）などがある。
- 405) 宇賀同上 118 頁。
- 406) 園部逸夫『現代行政と行政訴訟』210 頁（弘文堂、1987）。
- 407) 成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」田中二郎ほか編『行政法講座第 3 巻』201 頁、203 頁（有斐閣、1965）。のちに成田『地方自治の保障』（第一法規、2011）所収。宮田三郎『行政訴訟法』181 頁（信山社、1998）は、地方公共団体の執行機関の財務会計上の非違を是正し、地方公共団体の財務管理の腐敗を防止することを目的として設けられていると説明する。関哲夫『住民訴訟論』1 頁（勁草書房、1986）も参照。
- 408) 県有財産不当処分禁止請求事件=最判昭和 38 年 3 月 12 日民集 17 巻 2 号 318 頁。本件評釈としては、成田頼明「判批」雄川一郎=金子宏編『租税判例百選』220 頁（有斐閣、1968）、佐藤英善「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』（第 2 版）184 頁（有斐閣、2003）などがある。
- 409) 法改正後の桃花台調整交付金住民訴訟=最判昭和 53 年 3 月 30 日民集 32 巻 2 号 485 頁も、住民訴訟の目的は「地方財務行政の適正な運営を確保すること」であると述べている。本件評釈としては、綿貫芳源「判批」ジュリスト臨時増刊 693 号『昭和 53 年度重要判例解説』134 頁（1979）、小島武司「判批」民商法雑誌 80 巻 2 号 221 頁（1979）、塩崎勤「判批」判例タイムズ 390 号『昭和 53 年度民事主要判例解説』226 頁（1979）、乙部哲郎「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』（第 3 版）152 頁（有斐閣、2003）、竹田光広「判批」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅱ』（第 5 版）442 頁（有斐閣、2006）、三野靖「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』（第 6 版）456 頁（有斐閣、

2012）、藤原静雄「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第 4 版〕158 頁（有斐閣、2013）などがある。

410) 関前掲註 407) 書 17 頁以下参照。

411) 曾和俊文「住民訴訟制度改革論」法と政治 51 巻 2 号 159 頁、169 頁（2000）。何時、何処にも、公費を貪り、利権を手放さず、外部の業者等と結託し、ときに立場の弱い職員に圧力をかけて、不正行為を行う者がいるものである。

412) 山岸前掲註 11) 書 126 頁。

413) この背景には、下関市日韓高速船事件＝最判平成 17 年 11 月 10 日判時 1921 号 36 頁など、高額 の 4 号訴訟が多発したことなどがあつた。野口前掲註 401) 論文（上）44 頁以下、曾和前掲註 411) 論文 186 頁以下など参照。

414) この経緯について、成田頼明「住民監査請求・住民訴訟制度の見直しについて（上、下）」自治研究 44 巻 5 号 3 頁、6 号 3 頁（2001）など参照。「(下)」22 頁は、「今回の制度の手直しは抜本的なものではなく、新しい制度運用の実情や今後の判例の展開を見定めてさらなる改正が必要かどうか暫くの間見守るべきである」と指摘する。また、阿部泰隆「住民訴訟改正案へのささやかな疑問」同 5 号 19 頁、佐々木浩ほか「特集・住民訴訟制度の課題と展望」法律のひろば 55 巻 8 号 4 頁（2002）なども参照。4 号訴訟における過度の個人責任追及に伴う問題、裁判費用の公費負担の問題などがあつた。新旧制度比較は、人見剛「住民訴訟制度の諸問題」法学教室 372 号 53 頁、56 頁図（2011）が分かり易い。

415) 曾和前掲註 411) 論文 179 頁。

416) 宇賀前掲註 402) 書 120 頁より引用。なお、住民監査・住民訴訟の件数の年代別件数については、曾和同上 164 頁表 1 参照。また、同論文 137 頁表 3 も参照。http://www.soumu.go.jp/main_content/000069658.pdf も参照。

417) 人見前掲註 414) 論文 58 頁。「住民訴訟の非財政的行為に対する間接的統制機能」とも表現される。曾和同上 170 頁同旨。

418) この点につき、杉原丈史「政教分離訴訟としての 3 号住民訴訟の現状と可能性」愛知学院大学宗教法制研究所紀要 54 号 1 頁（2014）など参照。

419) 前註 14) 参照。

420) 関前掲註 407) 書 86 頁参照。なお、同書同頁は、「先行行為が行政処分であると否とを問わず前記理論が妥当するものと解されるから、地鎮祭の神式挙行決定という先行行為に重大かつ明白な瑕疵が認められるか否かで、公金支出が違法かどうかが決せられるべきであろう。したがって判旨には賛成できない」と述べている。

421) 名古屋高判昭和 46 年 5 月 14 日行集 22 巻 5 号 680 頁。本件評釈としては、熊本信夫「判

- 批」判例時報 637 号 106 頁（1971）、野村敬造「判批」ジュリスト臨時増刊 509 号『46 年度重要判例解説』16 頁（1972）、佐藤功「判批」小野清一郎編『宗教判例百選』32 頁（有斐閣、1972）、森省三「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』〔第 3 版〕40 頁（有斐閣、1974）などがある。
- 422) 関前掲註 407) 書 143 頁参照。
- 423) 最判平成 5 年 2 月 16 日民集 47 卷 3 号 1687 頁。前註 14) 参照。本件評釈としては、長谷部恭男「判批」ジュリスト 1026 号 48 頁（1993）、孝忠延夫「判批」ジュリスト臨時増刊 1046 号『平成 5 年度重要判例解説』26 頁（1994）、大石眞「判批」判例時報 1482 号 174 頁（1994）、野口貴公美「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第 3 版〕170 頁（有斐閣、2003）、右崎正博「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 I』〔第 5 版〕106 頁（有斐閣、2007）、駒村圭吾「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法 I』71 頁（悠々社、2010）、松平徳仁「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕108 頁（有斐閣、2013）などがある。また、羽室浩子「軍国右傾化の最前線で対決」月刊自治研 25 卷 11 号 15 頁（1983）も参照。
- 424) 最判平成 4 年 11 月 16 日判時 1441 号 57 頁。本件評釈としては、高橋滋「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第 3 版〕188 頁（有斐閣、2003）、桐ヶ谷章「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 I』〔第 5 版〕108 頁（有斐閣、2007）、駒村圭吾「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法 I』70 頁（悠々社、2010）などがある。
- 425) 最大判平成 22 年 1 月 20 日民集 64 卷 1 号 1 頁。前註 14) 参照。本件評釈としては、清野正彦「判批」ジュリスト 1399 号 83 頁（2010）、小泉洋一「判批」民商法雑誌 143 卷 1 号 44 頁（2010）、榎透「判批」法学セミナー 667 号 118 頁（2010）、井田洋子「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説 vol.7』19 頁（2010）、野坂泰司「判批」判例時報 2090 号 164 頁（2010）、大林文敏「判批」愛知大学法学部法経論集 185 号 1 頁（2010）、小林武「判批」同 187 号 69 頁（2010）、高畑英一郎「判批」日本法学 76 卷 3 号 169 頁（2010）、飯田稔「判批」亜細亜法学 45 卷 1 号 159 頁（2010）、常本照樹「判批」ジュリスト臨時増刊 1420 号『平成 22 年度重要判例解説』15 頁（2011）、山下竜一「判批」同 67 頁、山岸敬子「判批」中京法学 45 卷 3＝4 号 103 頁（2011）、長谷部恭男「判批」長谷部ほか編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕110 頁（有斐閣、2013）などがある。
- 426) 杉原前掲註 418) 論文 13-14 頁。難点としては、原告が作為義務の内容を十分特定できなければ、不適法として客観されることがある。同論文 15 頁。また、怠る事実の対象とされる「財産の管理」（地方自治法 242 条 1 項）の範囲を巡って、金銭給付目的に限定される傾向にあることから、「財産の管理」への該当性が否定されることもある。同論文 20 頁。
- 427) 小早川前掲註 71) 書 256 頁。

- 428) 同上 256-257 頁。
- 429) 村上前掲註 382) 論文 22 頁。ほかに、植村栄治「新行政法講義（22）—当事者訴訟・機関訴訟等」法学教室 208 号 83 頁（1998）、大貫裕之「機関訴訟」法学教室 263 号 56 頁（2002）も参照。
- 430) 西上治「機関訴訟の『法律上の争訟』性」行政法研究 6 号 25 頁、45 頁（2014）。
- 431) 雄川一郎『行政争訟の理論』431 頁（有斐閣、1986）。
- 432) 同上 469 頁。
- 433) 但し、芝池義一『行政救済法講義』〔第 3 版〕26 頁（有斐閣、2006）は、いわば非典型的機関訴訟の一つである、代執行訴訟（地方自治法 245 条の 8 第 3 項以下）を、「国と地方自治体との間の訴訟であるので、」機関訴訟ではないと断言し、異論を唱えている。同様に、都道府県の関与に関する市町村の長その他の執行機関の訴え（地方自治法 252 条）についても、同様の議論がある。宇賀前掲註 402) 書 117-118 頁参照。
- 434) 鹿兒島地判昭和 28 年 11 月 21 日行集 1 巻 10 号 1423 頁など。
- 435) 雄川前掲註 431) 書 435 頁。
- 436) 布施市公会堂事件＝最判昭和 28 年 6 月 12 日民集 7 巻 6 号 663 頁。本件評釈としては、南博方「判批」ジュリスト臨時増刊 211-2 号『続判例百選』104 頁（1960）、成田頼明「判批」ジュリスト臨時増刊 248-2 号『行政判例百選』173 頁（1962）、可部恒雄「判批」成田頼明＝磯部力編『地方自治判例百選』74 頁（有斐閣、1981）、東條武治「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第 2 版〕488 頁（有斐閣、1987）、磯崎初仁「判批」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第 5 版〕434 頁（有斐閣、2006）、駒林良則「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕448 頁（有斐閣、2012）などがある。
- 437) ほかに、最判昭和 42 年 5 月 30 日民集 21 巻 4 号 1030 頁、最判昭和 49 年 5 月 30 日民集 28 巻 4 号 594 頁などがあるとする。
- 438) 村上前掲註 382) 論文 30 頁。
- 439) 同上同頁。
- 440) 同上同頁。
- 441) 同上同頁。
- 442) 同上同頁。
- 443) 例えば、粕谷友介『憲法』258 頁（上智大学、2000）は、「客観訴訟は具体的事件を前提としないので厳格な意味で『法律上の争訟』とはいえないが、法律の定める場合において、法律の定める者に限り、訴訟を提起することができる（行政事件訴訟法 42 条）ことになっているので、法の定めた例外であるといえる」とする。辻村前掲註 276) 書

- 445 頁は、明言は避けているが、非訟事件についてこのニュアンスを醸し出している。
- 444) 亘理格「『司法』と二元的訴訟目的観」法学教室 325 号 58 頁、61 頁（2007）は、「二重の等式」と表現する。
- 445) 内野前掲註 296) 書 162 頁。
- 446) 片山前掲註 17) 書 31 頁。
- 447) 野坂前掲註 55) 書 22 頁。
- 448) 阪本前掲註 124) 書 409 頁。これに対して、戸波前掲註 73) 書では、「事件性の要件を欠く訴訟のうちで、どのようなものを裁判所の審理の対象とすることができるかは、法を適用して紛争を解決するという司法にふさわしいかどうかによって判断されよう」と述べた後に客観訴訟の説明を始めており、客観訴訟は「事件性の要件を欠く訴訟」であることが示唆されている。
- 449) 前註 107) 参照。佐藤前掲註 2) 書 126 頁参照。
- 450) 村上前掲註 382) 論文 31-32 頁。
- 451) 藤田前掲註 397) 書 402 頁。
- 452) 同上 402 頁。
- 453) 曾和前掲註 378) 論文 64 頁。
- 454) 同上 64-65 頁。
- 455) 同上 65 頁。
- 456) 同上同頁。
- 457) 村上前掲註 382) 論文 32-33 頁及び 36 頁。
- 458) 同上 37 頁。
- 459) 同上 36 頁。
- 460) 同上 37 頁。
- 461) 最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 卷 6 号 1134 頁。本件評釈としては、高木光「判批」ジュリスト 臨時増刊 1246 号『平成 14 年度重要判例解説』45 頁（2003）、宇賀克也「判批」判例タイムズ 1125 号『平成 14 年度主要民事判例解説』268 頁（2003）、曾和俊文「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第 3 版〕84 頁（有斐閣、2003）、原島良成「判批」上智法学論集 47 卷 2 号 176 頁（2003）、田村泰俊「判批」自治研究 80 卷 2 号 126 頁（2004）、福井章代「判批」法曹時報 57 卷 4 号 203 頁（2005）、人見剛「判批」自治総研 331 号 43 頁（2006）、同「判批」淡路剛久ほか編『環境法判例百選』〔第 2 版〕230 頁（有斐閣、2011）、佐々木雅寿「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』276 頁（悠々社、

2010)、太田照美「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第 6 版〕232 頁（有斐閣、2012）、曾和俊文「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第 4 版〕82 頁（有斐閣、2013）などがある。このほかに、最判平成 21 年 7 月 10 日判時 2058 号 53 頁など参照。

462) 村上前掲註 382) 論文 37 頁。

463) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』19 頁（日本評論社、1984）。

464) 渋谷秀樹「司法の概念についての覚書き」立教法務研究 3 号 33 頁、51 頁以下（2010）、曾和前掲註 378) 論文 64 頁、野坂泰司「憲法と司法権」法学教室 246 号 42 頁、47 頁（2001）、野中前掲註 38) 論文 442 頁などを、村上は順に挙げている。

465) 松井前掲註 51) 論文 392 頁。

466) 村上前掲註 382) 論文 43 頁。

467) 同上 44 頁。

468) 同上同頁。

469) 同上 41-42 頁及び 43 頁。

470) 同上 41-42 頁における、小早川前掲註 11) 論文 100 頁、斎藤誠『現代地方自治の法的基础』130 頁、（有斐閣、2012）、長谷部前掲註 137) 書 397 頁の引用を要約すると、このようになろう。長谷部は、国会が、「公共財の供給にあたる機能を民衆訴訟や機関訴訟の解決権という形で裁判所に授権すること、裁判所の本来の機能の公使を大きく阻害するものでない限り、憲法に違背するとはいえない」と述べており、確かに相対的に広い理解である。

471) 村上同上 45 頁。

472) 同上 46 頁。

473) 同上 46-47 頁。

474) 同上 47 頁。

475) 同上 48 頁。

476) 西上前掲註 430) 論文 27 頁。その問題意識は、「機関訴訟の『法律上の争訟』性」というタイトルにもよく体现されている。

477) 同上 29 頁。

478) 同上同頁。

479) 同上 30 頁。

480) 同上 31-32 頁。

481) 同上 40 頁。

- 482) 同上 47-48 頁。
- 483) 同上 52 頁及び 54-55 頁。
- 484) 同上 63 頁。
- 485) 同上同頁。
- 486) 同上 65 頁。
- 487) 最判昭和 28 年 5 月 28 日民集 7 卷 5 号 601 頁。本件評釈としては、奥平康弘「判批」法学協会雑誌 72 卷 6 号 743 頁（1955）などがある。
- 488) 西上前掲註 430) 論文 66 頁。
- 489) 同上同頁。
- 490) 同上 66-67 頁。
- 491) 同上 67 頁。
- 492) 同上 67-68 頁。
- 493) 同上 68 頁。
- 494) 長谷部前掲註 137) 書 392 頁。
- 495) 西上前掲註 430) 論文 69-70 頁。
- 496) 同上 70-71 頁。
- 497) 同上 71 頁。
- 498) 同上 72 頁。
- 499) 同上 73 頁。
- 500) 最判昭和 24 年 5 月 17 日民集 3 卷 6 号 188 頁。町議会議員選挙の効力に関して町選挙管理委員会に対する異議申立てを町選管が却下したが、県選管が選挙無効の裁決をしたため、町選管がこれを不服として当時の地方自治法 66 条 4 項に基づいて高裁に出訴した事例で、市町村選管にこのような事案での出訴資格を、「争訟の審判に関する審級制においては、下級審は同一事件に関する上級審の判断に羈束せざるべきものである」と判示した。
- 501) 西上前掲註 430) 論文 74 頁。最判昭和 42 年 5 月 30 日民集 21 卷 4 号 1030 頁も同様だとする。前註 404) 参照。
- 502) 西上同上 77 頁。
- 503) 高木光「判批」ジュリスト臨時増刊 1246 号『平成 14 年度重要判例解説』45 頁、46 頁（2003）。

504) 西上前掲註 430) 論文 81 頁。

505) 同上 82 頁。

506) 最判昭和 49 年 5 月 30 日民集 28 巻 4 号 594 頁。本件評釈としては、山村恒年「判批」民商法雑誌 72 巻 3 号 515 頁 (1975)、荒木誠之「判批」九大法政研究 41 巻 3 号 300 頁 (1975)、久塚純一「判批」佐藤進ほか編『社会保障判例百選』〔第 2 版〕28 頁 (有斐閣、1991)、宮崎良夫「判批」塩野宏＝小早川光郎編『行政判例百選 I』〔第 3 版〕82 頁 (有斐閣、1993)、南博方「判批」成田頼明＝磯部力編『地方自治判例百選』〔第 2 版〕8 頁 (有斐閣、1993)、阿部泰隆「判批」佐藤進ほか編『社会保障判例百選』〔第 3 版〕26 頁 (有斐閣、2000)、山本隆司「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第 3 版〕196 頁 (有斐閣、2003)、亘理格「判批」西村健一郎＝岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第 4 版〕30 頁 (有斐閣、2008)、石森久広「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I』〔第 6 版〕4 頁 (有斐閣、2012)、山本隆司「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第 4 版〕196 頁 (有斐閣、2013) などがある。

507) 西上前掲註 430) 論文 85-86 頁。

508) 同上 91-92 頁。

509) 同上 92 頁。

510) 同上同頁。

511) 美濃部達吉「新憲法に於ける行政と司法」法律時報 20 巻 4 号 147 頁 (1947)、同「新憲法に於ける行政争訟」法律タイムズ 9 号 11 頁 (1947) など参照。

512) 田中二郎「行政争訟の法理」同『行政争訟の法理』1 頁 (有斐閣、1954)、「行政事件に関する司法裁判所の権限」同 129 頁、同「美濃部先生の行政争訟論」同 151 頁、同「行政処分の執行停止と内閣総理大臣の異議」同 185 頁、同「司法権の限界」同『司法権の限界』1 頁 (弘文堂、1974) など参照。

513) 雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣、1957)、雄川前掲註 431) 書など参照。

514) 西上前掲註 430) 論文 116 頁。

515) 同上同頁。

516) 塩野宏「地方公共団体の法的地位論覚書き」同『国と地方公共団体 (行政法研究 4 巻)』1 頁 (有斐閣、1990)、同「地方公共団体に対する国家関与の法律問題」同 44 頁、同「特殊法人に関する一考察」同『行政組織法の諸問題 (行政法研究 5 巻)』3 頁 (有斐閣、1991)、同「国と地方公共団体の関係のあり方再論」同『法治主義の諸相 (行政法研究 7 巻)』426 頁 (有斐閣、2001)、同「指定法人に関する一考察」同 449 頁、同「地方公共団体の出訴資格」同『行政法概念の諸相 (行政法研究 8 巻)』361 頁 (有斐閣、2011)、「行政法学における法人論の変遷」同 405 頁、同「国立大学法人について」同 420 頁など参照。

- 517) 藤田宙靖「行政主体の概念について」同『行政法学の思考形式』65頁（木鐸社、1978）、同「行政と法」同『行政法の基礎理論上巻』3頁（有斐閣、2005）、同「現代の行政と行政法学」同49頁、同「行政組織法論のあり方に関する若干の考察」同『同下巻』3頁（有斐閣、2005）、同「行政主体相互間の法関係」同58頁、『『行政主体』の概念に関する若干の整理』同82頁など参照。
- 518) 西上前掲註430）論文136頁。
- 519) 同上同頁。
- 520) 同上117頁。
- 521) 同上136頁。
- 522) 同上137頁。
- 523) 同上149頁。
- 524) 同上同頁。
- 525) 山本隆司「行政組織における法人」塩野宏古稀記念『行政法の発展と変革上巻』847頁（有斐閣、2001）、同「日本における公私協働」藤田宙靖東北大学退職記念『行政法の思考様式』171頁（青林書院、2008）、同「日本における公私協働の動向と課題」新世代法政策学研究2号277頁（2009）、同「行政法の主体」磯部勉ほか編『行政法の新構想Ⅰ』89頁（有斐閣、2011）など参照。
- 526) 門脇雄貴「国家法人と機関人格（1－3・完）」（首都大学東京）法学会雑誌48巻2号269頁（2007）、49巻1号233頁（2008）、50巻1号141頁（2009）など参照。
- 527) 西上前掲註430）論文148頁。
- 528) 同上同頁。
- 529) 同上149頁。
- 530) 同上149-150頁。
- 531) 同上150頁。
- 532) 同上151頁。
- 533) 同上同頁。
- 534) 同上152頁。
- 535) 同上同頁。
- 536) 同上153頁。
- 537) 同上154頁。
- 538) 同上同頁。

- 539) 同上 155 頁。
- 540) 同上 156 頁以下。
- 541) 同上 162 頁。
- 542) 佐藤前掲註 4) 書 587 頁。実は、佐藤幸治『憲法』〔第 3 版〕299 頁（青林書院、1995）の記述も、「客観訴訟は、司法権の当然の内容をなすものではなく、法政策的見地から立法府によってとくに認められたものであるとされる。が、かかる訴訟類型を認めるにあたって、本来的司法権でないことを理由に、関係行政機関の審査権を留保するようなことは許されない」というものであった。粕谷友介＝向井久了編『憲法』269 頁（青林書院、1995）〔前田徹生〕、笹田前掲註 324) 書 60 頁、小嶋前掲註 381) 書 272 頁同旨。
- 543) 樋口＝栗城前掲註 86) 書 16 頁〔樋口〕。
- 544) これに対し、安西ほか前掲註 82) 書 315 頁〔穴戸〕は、この問題は、「裁判所という『機関』が政治的プロセス全体でどのような機能・役割を果たすべきかという観点から、検討すべき問題である」と述べ、司法権の定義一辺倒の説明手法を批判する。しかし、この方向性は、「司法権」を政治部門と相対化してしまう危険性はないだろうか。立法、行政に属する政治作用を「司法権」を担う裁判所に付与することは慎重さを要しまいか。
- 545) 松井前掲註 127) 書 204 頁注 29 同旨。
- 546) 小早川光郎『行政法講義下Ⅲ』345 頁（弘文堂、2007）。
- 547) 同上 346 頁参照。
- 548) 佐藤前掲註 4) 書 588 頁。
- 549) 佐藤前掲註 2) 書 398 頁。
- 550) 人見前掲註 414) 論文 53 頁は、「住民訴訟は、住民自治の原則を端的に体现した制度といえる」と述べる。
- 551) 石川健治『「法律上の争訟」と機関訴訟』法学教室 376 号 87 頁、93 頁（2012）が、「国家の人格が分裂しないよう」、「国家法人の定款たる憲法典に、そうした最高法規の定めをおくのは、法人格としての同一性を維持するための、ほとんど論理必然的な要請によるものである」と述べていることは首肯できる。憲法上、国会が「国権の最高機関」であり、内部諸機関の紛争については、立法に委ねられる側面が大きいとも言えよう。
- 552) 松井前掲註 64) 書 245 頁。
- 553) 駒村前掲註 117) 書 357 頁も、佐藤幸治説を前提に、客観訴訟の許容性のうちの「事件・争訟性が擬制できること」について、「特定の選挙手続や公金支出行為を対象に、行政の行った特定の法的判断に対する異議として提起されるのであれば充足する」と判断する。

- 554) 渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』〔第2版〕404頁（有斐閣、2010）参照。
- 555) 小山前掲註80）書211-212頁も、日本「の客観訴訟は、いずれも、具体的な事件自体は発生しているが、ただ特定の被害者が存在しないというものであり、ドイツにおける抽象的規範統制のような純然たる抽象的客観訴訟とは、性質を異にする。この前提を欠く客観訴訟の法定には、消極説が強い」としている。井上典之『司法的人権救済論』75頁（信山社、1992）も参照。
- 556) 愛媛玉串料訴訟（最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）、空知太訴訟（最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁）など。
- 557) 例えば、新前掲註143）書132頁など。
- 558) 六戸前掲註377）論文28頁。
- 559) 君塚正臣「法令違憲—適用違憲とこれのほかに、運用違憲、処分違憲は存在するか」横浜国際経済法学20巻3号29頁（2012）、川岸ほか前掲註123）書339頁以下〔君塚〕、君塚前掲註148）論文、同前掲註149）論文など参照。
- 560) 野坂前掲註55）書25頁。
- 561) この点、山岸前掲註395）論文167頁は、「法律によって当該訴訟を司法権の範囲に属させる以上、憲法が定める裁判所の権限を縮減するような留保は、憲法に反し許されない」と述べるが、客観訴訟が始まれば、憲法判断は全く自由にできるという意味ではなからう。当該事件の解決のために憲法判断が必要でないのにこれを行うことは、抽象的違憲審査であり、憲法76条が想定し得ないものであると考えたい。特に、「法律上の争訟」性を一部欠く訴訟においては、訴訟が抽象化するため、かえって抽象的違憲審査の誘惑が噴出しようが、前述のように、客観訴訟等が憲法上許されるのは、裁判所に付与されるに相応しい権能の範囲であることからしても、あくまでも当該事件の解決に必要な限りで憲法判断を行うことを基本とすべきものである。
- 562) 佐藤前掲註4）書623-624頁同旨。また、阪本前掲註273）書232頁は、「客観訴訟における81条権限行使の入り口は、76条権限の立法政策的拡大の場合とは違って、主観的権益に関する法的紛争という76条の本来の実質をもっていなければならない」と指摘する。
- 563) 実際に、網中政機『憲法』438頁（嵯峨野書院、2006）は、客観訴訟における違憲審査を「司法権の行使に付随しない」抽象的違憲審査と理解している。
- 564) 市川正人『憲法』315頁（新世社、2014）、佐藤前掲註461）書4頁など同旨。これに対し、樋口＝栗城前掲註86）書246頁〔栗城〕は、「具体的事件性について、法令を具体化する行為という要素さえ存在しておれば、特定主体の権利あるいは法的利益に対する具体的影響という要素は存在していなくても、具体的事件性の要件がみたされてい

る」とする「説明は無理がある」とする。そして、同書同頁は、「違憲審査の要件として具体的事件性は必要ではない」との説明があると指摘し、憲法上の「裁判」や「司法」の説明・限定不足から、この場合でも、「法令の違憲・合憲性の審査をおこなうこと」は「一般的に可能」ではないかと述べる。同書 247 頁。同書 248 頁は更に、「違憲審査の要件としての具体的事件性の弾力的な運用の試みを積み重ねてゆくことが必要だ」とも主張する。しかし、違憲審査が及ぶ範囲は政策的な問題ではなく、あくまでも「司法権」の憲法解釈からリジッドに決められるべきであり、疑問がある。

565) これについては、大石眞「違憲審査機能の分散と統合」初宿正典選暦記念『各国憲法の差異と接点』237 頁（成文堂、2010）など参照。

566) 再び前註 131) 参照。

567) もし、そのような訴訟手段が皆無であるとすれば、棟居快行『人権論の新構成』285 頁以下（信山社、1992）、同『『基本権訴訟』としての確認訴訟』公法研究 71 号 127 頁（2009）、同『憲法学の可能性』153 頁以下（信山社、2012）などの言う「基本権訴訟」が登場しよう。しかし、まずは、現行訴訟制度の解釈を広げて可能であれば、司法による手続法の立法という事態は最後の手段とすべきものではあるまいか。

568) これに対して、なお、念のためであるが、経済的自由が制約される事案や、安保・防衛問題の事件などで、裁判所が逡巡二無二憲法判断に突き進むことは控えるべきである。仮に違憲判断が必要なときでも、まずは適用違憲や合憲限定解釈の手法が模索されるべきであり、法令違憲はごく稀なケースと意識すべきであろう。

〔付記〕 本稿は、平成 25 年度－29 年度日本学術振興会科学研究費基盤研究（C）一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」（課題番号 25380029）による研究成果の一部である。本稿では、全て敬称は略させて戴いた。なお、本稿（1）記載の注 82）は「安西文雄＝巻美矢紀＝穴戸常寿『憲法学読本』〔第 2 版〕306 頁（有斐閣、2014）〔穴戸〕」に改める。本稿（3・完）中の前掲註 82）書も第 2 版を指すものとする。また、本稿（2）記載の注 235）に「中山茂樹『判批』佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』179 頁（悠々社、2010）」、注 237）に「中山茂樹『判批』佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』180 頁（悠々社、2010）」、注 240）に「中山茂樹『判批』佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』181 頁（悠々社、2010）」、注 247）に「小山剛『判批』佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』11 頁（悠々社、2010）」、注 277）に「福島力洋『判批』佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』100 頁（悠々社、2010）」を、それぞれ参考文献として加筆する。