

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（1）

君塚 正臣

はじめに

前稿¹⁾では、憲法 32 条の射程が刑事裁判であり、民事・行政裁判については、憲法 76 条の「司法」の定義から、この範疇に含まれるものを裁判所は拒絶できないことが導き出されれば十分であることを述べた。そして、憲法 76 条の「司法」の定義については、「すべてを歴史的相対性の“海”に漂わせ」²⁾るかのような歴史的な概念構成を否定し、清宮四郎の言う「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」³⁾であるとか、佐藤幸治の言う「法を適用し、宣言することによって、これを解決する国家作用」⁴⁾などであり、これ以外のものは「司法」ではないとする理論的な概念構成がその「最大公約数的な定義」⁵⁾であろう。その下での司法的決定には、①対審構造、②一連の手続的ルールにより「客観的」になされる、③勝敗が明確である、④権威的・拘束的であるという特徴がある⁶⁾と思われた⁷⁾。

ところが、現在、多数当事者間で政策問題・制度改革と思しきものを争点とし、現行の明文規定を超えて新しい権利の創設を見込み、そして裁判の進行に応じた裁判官の柔軟な訴訟指揮が要請されるという、上述の伝統的な訴訟イメージを超える「現代型訴訟」⁸⁾が増加している⁹⁾。そもそも、法学・法実務

に携わる誰もが知るように、裁判所の任務には、司法行政一般があるほか¹⁰⁾、行政事件訴訟法に定めるいわゆる客観訴訟¹¹⁾があり、民事では非訟事件と呼ばれてきたものがある¹²⁾。多くの議員定数不均衡訴訟¹³⁾や地方公共団体による政教分離違反を問う住民訴訟¹⁴⁾を挙げるまでもなく、憲法裁判¹⁵⁾の中に占める客観訴訟、とりわけ民衆訴訟の割合は大きい。非訟事件の決定手続も重要性が増している。プライバシー侵害的出版等の差止めのような、事案の迅速な解決が要求される場面での仮処分手続では、民事保全法の改正によって口頭弁論の要否も担当裁判官の裁量に委ねられ、決定は簡略化された理由で足りるとされるなど、民事手続諸法の大幅な改正によってそのような傾向は現実のものとなってきている¹⁶⁾。では、これらが裁判所の任務として付与されてきたことは、憲法上どのように説明されるべきだろうか。このようなものを広く許容することは、憲法学の通説的説明と整合するだろうか¹⁷⁾。本稿は、改めて、憲法上の「司法」の定義を確認した上で、これらの「司法」以外の裁判所の役割と法定されているものの合憲性を評価することを目的とする。

1 「司法」の定義

従来、日本の憲法学では、憲法 76 条の定める「司法」の定義について、権力分立が達成される中で行政などと区別して成立したことを強調する歴史的概念構成が主力であった¹⁸⁾。しかし、これを「行政」の側から説明されることが多く、「司法」の側から十分に説明されることは少なかったように思われる¹⁹⁾。

まず、美濃部達吉は、「司法」について、「新憲法に於いても此の一般に理解せられて居る意義に其の語を用ゐたものと認むべき」だとして、特段の定義を行っていない²⁰⁾。そして、直ちに民事の作用を論じるが、その中で、「民事の作用は又其の手續から見て之を民事訴訟と非訟事件とに分つことができる」²¹⁾としており、非訟事件が「司法」かどうかという問題意識はない。また、「司法権の作用は」「本来は民事及び刑事の裁判を意味するものであるが、新憲

法の下に於いては行政裁判所が廃止せられて其の権限は裁判所に併合せらるることとなつた」²²⁾と、旧憲法下の「司法」概念に未練を残しており、主観訴訟と客観訴訟の区別などには最早関心を寄せていない。だが、日本国憲法下での裁判所にいかなる権限が付与されるべきかは、まさに日本国憲法の解釈問題であり、明治憲法や旧ドイツの憲法の問題や国法学的抽象問題ではない。ましてや、明治憲法時代の民事訴訟法学に従って日本国憲法を解釈すべきものでもない。立法や行政について理論的概念構成ができるとすれば、美濃部が司法についてそれを解釈論としてできない理由は希薄であるように思われた²³⁾。

対する、佐々木惣一は、「司法及び裁判は概念そのものとしては、決して同一でない。司法は、「法を適用して法を維持するために行なうのであるが、裁判は、或事実について、互に對立して相争う者のあるとき、第三者が對立者の主張を聴き、正當なる判断を下す、という手續を経て、決定するの作用である。故に、必ずしも法の維持を目的とする司法作用において行われるに限らない。例えば、國會議員の資格に關する裁判、裁判官の罷免に關する裁判の如きがある。これらは行政作用である」と述べている²⁴⁾。佐々木は、「裁判」を「司法」より広く捉え、「司法」ではない「裁判」が行政機関によってなされることを特段問題としていない。このような点では、佐々木は美濃部と対照的な立場を打ち出していると言える²⁵⁾。また、最高裁の規則制定権や下級裁判所裁判官の指名は行政であるとするが、佐々木は勿論このことを問題にしていない²⁶⁾。そして、佐々木のこの説明は、「國權の發動による連關及び最高の作用」の章でなされている²⁷⁾のであるが、客観訴訟や非訟事件についてはここで解説をしておらず、推測するに、佐々木は、これらを「裁判」であって、本来的な「行政」ではないと理解しているように思われるのである。宮沢俊義もまた、「嚴密な意味での訴訟ではない」非訟事件、家事審判・調停手續、民事調停手續、少年保護処分手續などについては、憲法 76 条の「訴訟に關する手續」に含まれると解しており²⁸⁾、これらを純粹な「司法」からは外す方向で理解していた。

しかし、少し時代が進み、司法を前述のように理論的概念構成する清宮四郎

には、客観訴訟や非訟事件について、主観訴訟や通常の民事訴訟と区別を行う姿勢は特に見られない²⁹⁾。この流れに立つのか、弁護士の河野敬も、「現行の客観的訴訟に関する限り、それが『法律上の争訟』の実質をそなえているとみることでもできる」とし³⁰⁾、それは、例えば、「落選した候補者の提起する訴訟はその実質において多分に主観性をもつものと言いうる」³¹⁾ことを根拠としている。戸松秀典も、「事件性の要件は、裁判所の法形成機能によって、伝統的内容が緩和されることがある」³²⁾として、民衆訴訟の一類型としての議員定数不均衡訴訟を説明する。初宿正典も、司法権の定義を避けつつ、「日本国憲法はアメリカ合衆国憲法（第3条2節1項）とは異なって、『事件』（cases）とか『争訟』（controversies）とかいった表現を用いているわけではない」ことなどから、行政事件訴訟法が「個人の具体的な権利・義務関係に直接関係ない《客観訴訟》の類型が特別に認められる」としている³³⁾。以上の学説は、「司法」にせよ「裁判」にせよ、それを裁判所がこれしか担当できないものだと思えるのではなく、その周囲に定義を緩和したものがあり、裁判所がこれらも担当することも容認するものとして纏められそうである。

野中俊彦は、以上のような学説の傾向を更に進めたように感じられる。野中は、「司法権の観念は近代の権力分立原理とともに生成し、歴史の中でたえるように、その中で司法の意義や範囲も、それを担当する裁判所の制度もさまざまに異なっている。したがって司法権の観念は固定的にはとらえにくいし、論理的に過不足なく定義することは難しい」と言う³⁴⁾。大陸法諸国では行政裁判を「司法」とは理解して来なかったほか、ドイツの憲法裁判制度の「機能もまた民事・刑事・行政事件の裁判と基本的には同質の作用に関する権能だととらえる見解がそこでは有力である」とする³⁵⁾。そして、「事件性ないし争訟性は、司法権の本質的要素とされ、したがって司法的解決を求める訴訟の具備しなければならない基本要件とされるのであるが、ある紛争がこのような要件を満たしているかどうかの個別的判断の段階では、さらに議論が分かれる余地が十分にある」³⁶⁾としつつも、民衆訴訟について、「学説は、民衆訴訟におけ

る違憲審査権の行使にとくに異論をはさんでおらず、ただそれをもともと司法作用に含まれると解するか、もともと司法作用ではないが、裁判所の権限に委ねることは許されると解するかの違いがみられるだけ」³⁷⁾ だとする。結局、野中は、「現行の客観訴訟はどれも実質的に事件性・争訟性を満たしていると理論構成できる」³⁸⁾ とはしているものの、客観訴訟などが「司法」の定義内か否かの問題を没却させ、現状追認になってしまった面があるように思われた³⁹⁾。同様の主張は長尾一紘にも見られる⁴⁰⁾。

この方向を更に展開し、広範な「司法」と「裁判」の概念を互換的に用いるばかりか、憲法が裁判所に委ねた範囲をグレーゾーンにするのが、高橋和之であると言えよう。高橋は、「従来の議論では、『具体的争訟性』あるいは『事件性』が司法の本質的要素とされてきた」が、「それが何を指すのかは必ずしも明確でなく、たとえば民衆訴訟、客観訴訟と呼ばれる訴訟形態が、事件性の要件を充たすのか、充たさないすると司法権の範囲外ということになるが、それを法律で認めうる根拠は何かにつき、十分説得的な説明がなされてこなかった」と言う⁴¹⁾。これは、日本国憲法下の司法概念が、アメリカ合衆国憲法3条1項の事件争訟性概念の影響を受けてきたが故のことであるが、「この前提はそれほど自明ではない」と断ずる⁴²⁾。そして、「司法」の定義は、「三権分立との関連において定義されなければならない」とし、これを「法の『執行』における争い（下位規範が上位規範に反していないかどうかの争い）を裁定することを核心とする作用と捉えるべき」だとする⁴³⁾。「司法作用は次のような性質を併せもつと考えなければならない」として、受動性、中立性、判断の終局性を挙げ、これらを纏めて、「司法」を「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適切な手続の下に、終局的に裁定する作用」だと定義するのである⁴⁴⁾。

高橋は、具体的事件の解決に司法の定義の力点を置いてきた通説を批判し⁴⁵⁾、「司法の観念自体は、立法・行政との、いわば横の関係における任務分担として決まるべきものであり、国民の裁判を受ける権利との関係という、いわば縦

の関係における任務規定とは区別して考察すべきであると思われる。司法権の発動には具体的事件の存在が必要だという意味での『事件性の要件』は、後者に関係するものであり、私の定義では『適法な提訴を待って』という表現で捉え直されている⁴⁶⁾として、「司法」の定義から事件性の要件を飛ばしてしまう。勿論、「事件性を欠く、個人の権利義務に関する具体的な争いではない、いわば抽象的な争いの裁定も司法権に属する」ことになるのである⁴⁷⁾。

高橋は、これを裏付けるように、続けて、「しかし、それは、あくまでも潜在的にそうだというにすぎない点に注意が必要である。司法権への帰属が潜在化するのには、『適法な提訴』があったときであ」って⁴⁸⁾、「憲法上も法律上も実体的な権利が与えられていないとき」が問題であると通説は論じてきたが、「私の立場からは、この問題は、憲法上潜在的に司法権に属し、それを顕在化させるかどうかは国会に属する権限を国会が行使するかどうかという、国会の裁量の問題と捉えることになる。国会は、憲法上、行政が法律に従って行われているかどうかチェックする権限を、自ら執行すると同じにならない限度内で、有している」と述べて、客観訴訟も、裁判所法 3 条 1 項が憲法上の権限として掲げたうちの「その他法律において特に定める権限」に該当し、「まさに法律によって出訴権を認めたもの」だと結論付けたのである⁴⁹⁾。

高橋説によれば、事件性の要素が欠如する、即ち、当事者の権利が欠如するか、既に改めて解決を提示する必要もない場合や、法律上の争訟とは言えない客観訴訟も「司法」の作用と捉えられることとなろう⁵⁰⁾。その背景には、裁判所の役割を法規範の規範力を統制する手段として見る、大陸法裁判観があるように思える⁵¹⁾。この説を、「司法権の対象と裁判を受ける権利とを切り離し、前者の範囲を後者による拘束から解放した点で極めて巧みな解釈」だとする論評もある⁵²⁾。だが、以上の解決は、民事・行政訴訟を受ける権利を憲法 32 条の保障から外し、基本的には 76 条の問題として考えれば足りる⁵³⁾。しかも、事件性の要素を含む事件を司法権の取り扱う対象から外せるかということと、事件性の要素を含まない事件を立法により裁判所が取り扱う対象に含める

ことができるかということは、別の問題である⁵⁴⁾。そして、これには、第1に、その定義が日本国憲法の前提とする司法の概念と合致しない虞れがある⁵⁵⁾ばかりか、第2に、司法作用の対象は限りなく縮小も拡大もされてしまうのではないか⁵⁶⁾、第3に、司法権には独自の、国会や内閣の行為を事件に即してチェックする機能が憲法上あると思われる⁵⁷⁾が、それが捨象される危険はないか、第4に、抽象的規範統制のように私人の具体的な法的利益と無関係な抽象的・仮定的な法律問題を裁定する権限を裁判所に与えてしまうことも許容してしまわないか⁵⁸⁾、などの数々の疑問が浴びせられた。

しかも、この立場では、行政作用に属する事項をなぜ裁判所が取り込めるのかも不明である⁵⁹⁾。何よりも高橋説によれば、結局のところ、裁判所の役割は大いに国会の裁量によって決められることになるが、そうであれば、憲法が「司法」を定義し、権力分立に配慮してこれを裁判所に付託する意味がほぼ消滅する⁶⁰⁾点が大問題である。この点でそもそも高橋説はおおよそ定義の体を成していない。司法の役割が日本国憲法の解釈上定まらないような解釈は、憲法が裁判所の有すべき「司法」を何も決めていないのと同じであり⁶¹⁾、極めて疑問である。法律が裁判所に付与する権限が、現在、法律が創設している客観訴訟の範囲であれば、政治部門と司法機関とのバランスは崩れないであろうが、高橋説の示す広大な司法作用の全てを司法機関に委ねることが違憲にならなくなる筈であり、そのとき、高橋の想定しない事態が起きはしないか、疑問である⁶²⁾。勿論、その大半を司法機関から奪うときにも大問題が生ずる。司法権にはその独自の存在意義があり⁶³⁾、「少なくとも日本国憲法が裁判所に付与した司法権には憲法的次元のミニマムが存在するはず」⁶⁴⁾である一方、「司法権行使の入口は、広ければ広いほどよいというものでもない」⁶⁵⁾にも拘らず、高橋説はこれらの観点を黙殺しているのである⁶⁶⁾。おおよそ結局、高橋説のような司法権の説明は、「結果志向的で技巧的な解釈に過ぎる感否め」ず⁶⁷⁾、論理的にも実践的にも採用できるものではないと言わねばなるまい。また、実体的権利がある、とは、権利侵害時に裁判所による救済が保障される

と考えるべきところ、「裁判を受ける権利」によって裁判所による救済が保障されると解するのは、具体的事案の訴訟による救済が蓄積されて実体的権利が承認されていったという権利の生成過程に逆行する発想である⁶⁸⁾とも言わざるを得なかったのである。

しかも、客観訴訟なども事件・争訟性の要件を満たすのであれば、本来の「司法」とそれらの区別が消滅してしまう⁶⁹⁾。もし、客観訴訟が「司法」の作用でないとすれば、客観訴訟に付随して行われる違憲審査とは何であるかという疑問も生じる⁷⁰⁾。逆に、取消訴訟について「客観訴訟」的理解⁷¹⁾を行い、行政訴訟全体の目的が、行政の法律適合性を保障するための国法上の統制手段である⁷²⁾のであれば、主観訴訟も「司法」の目的でなく、行政訴訟は「司法」ではないという戦前の立場に戻ってしまうであろう。この点の説明は不鮮明である。実際、戸波江二は、「事件性の要件は、例外を許さない絶対的な要件ではな」く、「裁判所が事件性を欠く訴えについて個別的に審理・判断したり、法律が事件性の要件を欠く訴訟を定めたりしたとしても、それらの事件を裁判所が審理・担当すべき十分な理由がある場合には、『司法』権を裁判所に属せしめた憲法76条に反することにはなら」ず、「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」ると述べているのである⁷³⁾。しかしこれでは、「司法」の定義は殆ど意味がなくなり、何が認められ、何が認められないのかを、解釈者もしくは立法府の胸先三寸に委ねてしまった感すらあるのである。日本国憲法が抽象的違憲審査でも許しているという解釈をも導いてしまう危険がある⁷⁴⁾。憲法は、裁判所に「司法」の作用を付与したのであり、明文の規定がない限り、「立法」や「行政」の権能を付与したとは考えにくい⁷⁵⁾。もし仮に行政控除説に従うならば⁷⁶⁾、客観訴訟などは「行政」の範疇に入れる方が適切なくらいであり、以上の説明はその立場と相容れないことも留意すべきであろう⁷⁷⁾。

これらの説に近い立場には、野坂泰司が、裁判所法3条1項の「その他法

律において特に定める権限」の意味を問題とし、高橋説とも異なって、「事件」を「法律上の争訟」より広い概念として捉え直し、「憲法上の司法権は、『法律上の争訟』の裁判を中核としながらも、それを越えた射程をもつ（客観訴訟や機関相互の権限争議、非訟事件等がその射程に入ってくる）と同時に、具体的『事件』の法的解決の作用であることを要するという意味では、なお『事件性』によってその範囲を画される」と述べ、この結論は警察予備隊違憲訴訟最高裁判決⁷⁸⁾とも矛盾しないとしている⁷⁹⁾ものなどがある。

野坂説では、確かに法律によって裁判所の役割が自由に拡大・縮小してしまう弊害はないが、「法律上の争訟」と「事件」が何を指し、片方しか有さないものを裁判所の役割に含めてよいのか、よいとすれば、「事件」の要件だけが「司法」の定義だということにならないか⁸⁰⁾、違憲・合憲の境界が何であり、例えば機関訴訟は裁判所の当然の権限なのか、法律によって付与してもよいだけなのか明確ではない⁸¹⁾。そのため、「法律上の争訟」であるが「事件」ではない領域が狭ければ、野坂の批判する佐藤幸治説のようにも読めるし、その逆であれば、「司法」の周辺に「裁判」を擁するモデルのようにも読め、具体的結論が不鮮明である。もし、これらの説と同じであれば、それらに同意すれば十分であったように思われるし、中間的立場（「法律上の争訟」と「事件」を楕円の焦点とする）であれば、定義として境界線がはっきりしないと批判されよう。

結局、これらの試みが成功したとはあまり思えない。日本国憲法が裁判所の権限を「司法権」としたのは、それが法律に拘束され、他の権力から独立している作用であることを示すものである⁸²⁾。すべき議論は、「司法」とは何を指すかと、「司法」そのものではない権限を法律によってどこまで裁判所に付与できるか、となろう。司法権の説明、それに伴う、客観訴訟や非訟事件の説明は、高橋説などとは異なるものにならざるを得まい。多くの学説が「司法」の定義に心血を注ぎ、まず、憲法が画定する司法の外延を明示し、これを事件性の要件によって画定しつつ、実体的な権利を設定することが困難な場合でも法律の規定の仕方によっては、客観訴訟なども裁判所が取り扱うことが可能であ

る⁸³⁾という議論を進めていったことは、寧ろ当然の流れであった⁸⁴⁾。

伊藤正己は、「当事者間に具体的な権利義務関係がない場合に、法律がとくに訴訟の提起を認めることがありうる。それは司法権に当然に含まれるものではないが、憲法は、司法権に属しないものを裁判所で争うことをすべて禁止しているのではないから、立法部がその政策的見地から司法部に委ねたものとして憲法上容認される」という説明で客観訴訟を許容した⁸⁵⁾。樋口陽一もまた、憲法 32 条と 82 条で使われている「裁判」の語を気に掛け⁸⁶⁾、「司法」概念には入らない客観訴訟が「法律によって特にみとめられる」としている⁸⁷⁾ほか、そこでの憲法判断にも肯定的な姿勢を示している⁸⁸⁾。人民主権論に立つ杉原泰雄も、優越的立場に立つ国会が、裁判所に、「司法」以外でも、「公権力の具体的な執行行為について、法律上の争訟性を欠いている場合にも、裁判権の発動を法律で認めること」「は可能だ」とする⁸⁹⁾。笹田栄司も、「他の権力から独立した中立的な裁判官が、手続的公正に則って審理を行うのであれば、それは司法作用と言うべきであり、その際、手続的公正の核心として、法的聴聞、武器平等が」必要である⁹⁰⁾のであって、「憲法 32 条が規定する『裁判』は、公開・対審・判決を、“標準装備”した訴訟＝判決手続に限定されず、右のような司法としての性質を有する『裁判』を含むと考えられ」、「非訟事件および仮の救済が右のような意味の司法作用であるなら、憲法 32 条の『裁判』に含まれる」⁹¹⁾とした。芦部信喜も、1982 年の講義において、通説的見解に立ち、「日本国憲法にいう司法権は、裁判所法 3 条にいう『一切の法律上の争訟を裁判〔すること〕』に具体化されている」と述べたという⁹²⁾。また、民衆訴訟なども、「法律で例外的に認められた訴訟であるから許される、と一般に説かれてきた」⁹³⁾としていた。

しかし、これらの説にはなお、「司法権の概念についての憲法解釈を放棄してしまっているかのよう」だ⁹⁴⁾との酷評も付き纏っていた。つまり、客観訴訟や非訟事件を裁判所が何故扱えるのか、についての憲法上の説明も欠いていた。この点、覚道豊治が、「裁判に準じて行われる非訟事件についての諸行為

は行政処分である」としながら、それは「ことの性質上民事裁判に類似するから、独立した司法裁判所の権限とされ、その手続も合理的理由のない限り訴訟手続に準ずるものが要求せられる」⁹⁵⁾と述べたのは、分類上は「行政」であるが準「司法」的なものは寧ろ裁判所の役割であることが当然であり、その際の手続も準「司法」的でなければならないとの主張をしたものであり、注目できた。

この方向性を徹底させたと思われる⁹⁶⁾のが佐藤幸治である。佐藤は、何よりも『法の支配』を実現するうえで司法権が中枢的役割を担う」ものであり、「裁判所は、他の機関から独立してその権能を行使する機関であって、まさに『人ではなく法による統治』の主要な実現者としての役割を期待された法原理機関である」ことを宣言する⁹⁷⁾。裁判所の活動は「国民代表による指揮や監督が排されるが、裁判所が解釈・適用する法は国民代表機関によって定立される」ため、「国民主権と矛盾しない」ばかりか、「法原理によって『政治』のもつ“非情”さを一定の枠に閉じこめようとする個人主義的・自由主義的性格を有する」と述べる⁹⁸⁾。そこで、「司法」と「裁判」は区別されるべきであり⁹⁹⁾、司法権は実質的意味において解さなければならない¹⁰⁰⁾として、当然のことながら理論的概念構成を採用し、アメリカ合衆国憲法における「事件および争訟性」、即ち「①対決性、②争われている法的権利に利害関係をもつ当事者、③現実の司法判断適合の争訟の存在、および④裁判所が終局的で拘束力をもつ判断を下すことができること、の4要件を内包する観念」であると主張したのである¹⁰¹⁾。佐藤は、「この構造は、近代立憲主義と深くかかわりあっている」と主張し、これは自己決定の原則、デュー・プロセスの思想、裁判所に特有の先例拘束性の原則などと結び付いていると述べる¹⁰²⁾。「日本国憲法76条1項にいう『司法権』は近代司法の延長に立つものとして、公開・対審・判決の訴訟原理を基盤とすべきもの」¹⁰³⁾であるとも言う。よって、「司法権」は憲法76条1項が裁判所に与えたものであって、法律による縮減は許されない「核」だとするのである¹⁰⁴⁾。裁判所は司法権を独占的に行使することは、裁判所法3条の「一切の法律上の争訟」という文言で法律レベルでも確認されるという

のである¹⁰⁵⁾。

佐藤は、これを進めて、その外側に、「立法府が、司法権を行使する裁判所にふさわしい権限として立法政策上付与するもの」があるとする¹⁰⁶⁾。「裁判による法原理的決定の形態になじみやすいもの」であって、その決定や終局性が保障される限り、このような司法権とは言えない権限を法律で付与することは許されると解し¹⁰⁷⁾、これらを「中間領域」と呼んだ¹⁰⁸⁾。これらは、立法府が自由に裁判所に権限を委託できるというわけではなく、「非訟事件の裁判といえども、『司法権』の担い手たる裁判所が行うものである以上、司法作用と親和性を有するような形と実を備えたものでなければならない」とも主張した¹⁰⁹⁾。そして、非訟事件について、非訟事件であることを主たる理由とする裁判の非公開にも否定的である¹¹⁰⁾。但し、その領域は現行法律の客観訴訟などと一致するものではなく、議員定数不均衡訴訟の実質は主観訴訟と見做されるべきであり、「仮に抗告訴訟などの主観訴訟として争う道を閉ざしたまま」公職選挙法「204 条を改廃するようなことがあるとすれば、違憲とさるべき筋合いのものである」とも明言するのである¹¹¹⁾。なお、更に外側に「裁判所に付与しえない（裁判所として受けてはならない）ものがある」¹¹²⁾として、立法により裁判所の役割が肥大化することには否定的な姿勢を採っている。

佐藤説に対しては、『『司法権』に関する特定の憲法解釈によって解き放とうとする試み』であり¹¹³⁾、それが正当化されるためには、アメリカでの「事件争訟性」概念を日本の「司法権」理解に取り込む必要はなく、また、取り込んで何が得られるのかは不明であり、現行制度を批判的に検討すべきだとする¹¹⁴⁾ほか、『『裁判による法原理的決定の形態になじみやすいもの』の裁定（それは、司法作用ではなく、まして立法作用でもないとすれば、行政作用ということになろうか）を裁判所に委ねることが何故『憲法上』許されることになるのかが明確ではない』などという野坂泰司の一連の批判もある¹¹⁵⁾。確かに、「憲法 76 条」の「司法権」「の範疇に属さないような手続を定め、それについての裁判の権限を裁判所に与えること」は、「行政機関の一さらには立法機関の一活動を過度に裁

判所の統制に服せしめ、三権分立原理を侵害することになるような極端な場合を除けば、」「原則として許容されると解すべきであろう」¹¹⁶⁾という小早川光郎説を見ると、佐藤説が裁判所の役割の過拡大に関する歯止めとして十分に機能するか、という疑問を抱く気持ちがないでもない。

だが、佐藤の試みは、「事件・争訟性要件を実質的司法権のコアとおく」ことで、「実質的司法権からはずれる権限作用をむやみに裁判所に担わせようとする形式的司法権の拡大を阻止しようとする」ことにあり¹¹⁷⁾、この点ではそれまでの説に比べて有用である。また、コアが何であるかを明確にした点で、司法権の独立にとっても最も危険な、裁判所の権限が過剰に削減されることの歯止めにはなっている。駒村圭吾の言葉¹¹⁸⁾を借りれば、憲法上の「要請領域」と、憲法が法律による創設を許す「許容領域」を明確にしたことに意義がある。また、「国民が、その代表者を選挙することによって立法過程に参加し、国会によって一般的・抽象的な法規範が定立され、それが内閣によって誠実に執行されるという過程を通じて法形成が形成される」ことと並立して、「国民は、自らの権利義務について、適正な手続的保障を得ながら、自らそのあり方を決定し、また、決定されていく」法形成の過程は、「車の両輪というべき位置にあるもの」と評価でき、そうならば、「具体的事件・争訟性の要件は、司法権が、その固有の正当性を失わないため」に必要である¹¹⁹⁾。補足すれば、その中での「客観訴訟の導入は、自律的個人の集合体である『われわれ国民』が、政府から国家行為の適法性の裁定を奪い返すという、自律性回復の試みと見ることもできる」¹²⁰⁾と言えようか。また、日本国憲法の章立てが、「国会」「内閣」に続いて「裁判所」でなく「司法」であることは、裁判所に憲法が付与した権限の中身が、国会や内閣に比べて緊密なものであるということも示唆しており¹²¹⁾、この^{から}握め手的理由からも支持できよう。憲法が裁判所に「司法権」を明文で付託した以上、「司法」には内実があると考えべきである¹²²⁾。そして、国会に立法権以外ではあるが国会に相応しい権限を法律で付与し、内閣に対しても同様のことができるとすれば、裁判所について同様の議論が可能であることは、

寧ろ自然であったように思われる。

この、端的に言えば、「裁判所の役割は」司法権だけ「に限定するべきでもないが、ここから遊離したものは含むべきでない」¹²³⁾ という立場は、その後も発展・展開されてきているように思える。阪本昌成は、佐々木惣一以来の立場を引継ぎ、憲法上、「司法」と「裁判」は異なるとし、後者を「当事者のある争いについて、第三者がその主張を聴いたうえで正当な判断を下す作用」と広く捉える¹²⁴⁾。そして、「司法」作用とは言えない客観訴訟が認められるのは、具体的な国家の行為があること、それを巡って当事者間に「鋭利な見解の対立が存在」すること、裁判所が終局的な解決を図りうるという、「『争訟性』を擬制するだけの実質をも」つからだと述べた¹²⁵⁾。いわば、「裁判」について立法が権限を付与する必要を主張したものと思われる。また、松井茂記は、基本的には佐藤説に従った上で、議員定数不均衡訴訟などは日本では法律上客観訴訟となっているが、平等権侵害として当然提訴できるものであって、アメリカでは当然に司法権の範囲内のものであると述べ¹²⁶⁾、主観訴訟の範囲を著しく狭くする結末を警戒する¹²⁷⁾。松井の裁判所の役割への期待は、法律によって住民訴訟の中央政府版とでも言うべき国民訴訟の可能性を検討している¹²⁸⁾点にもよく表れる。松井はそこで、国民訴訟は納税者訴訟であり、従来の枠組みで言えば客観訴訟であり¹²⁹⁾、憲法 89 条からして「司法権行使の要件を満たしていない納税者訴訟を憲法上認めていると解釈する方がよい」と主張¹³⁰⁾しながら、「国民訴訟は、行政の範囲内ではなく司法部に行政権の一部を委ねるものであり、許容性を限定すべき」だと述べている¹³¹⁾ことも注目できよう¹³²⁾。

このような議論をするに際して大事な点は、現行法を前提に、憲法の「司法権」を画定しないことであろう。憲法論である以上、憲法の内容は、あくまでも憲法解釈から画定され、それに基づいて、現行法の合憲性が判定されるべきである。その点からすれば、法律上は非訟事件に分類されている事件も、「憲法の観点から訴訟事件として扱うべき事件がありうることはもちろんである」¹³³⁾。この意味で、現行法の主観訴訟・客観訴訟、訴訟事件・非訟事件の区

分が憲法に適合しないことはあり得ると考えるべきである¹³⁴⁾。「司法権」以外の権限の裁判所への付与が許容されるのは、紛争があり、一方当事者の訴えがあったとき、中立の第三者たる国家機関が「実体法上の権利の実現に関わり、法の宣言と維持の作用を有する」「救済」を行うことが「裁判所にふさわしい事項」である¹³⁵⁾ときであろう。それは、「事件性、救済、適正手続、裁判所の独立性・中立性、裁判官の法への拘束などがある」ものと言ってよからう¹³⁶⁾。

この点で、長谷部恭男は「伝統的司法権概念が司法権の限界を枠付けるものであるとすると、」民衆訴訟や機関訴訟など「のような枠外の権限を与えることが憲法 76 条に違反しないかが問題となるはずである」し¹³⁷⁾、「伝統的な司法権の定義が裁判所の活動の実態に適合していない」¹³⁸⁾と言う。このため、この権限を裁判所に付与する選択を、公選でもなく手厚い身分保障の中にいる裁判官に委ねられるかについて、別の説明が必要だとも主張する。長谷部は、「複数の解釈の前で私人が行動の基準を求める調整問題状況においては、裁判所の判例がこの問題を適切に解決することができる」こと、「公共財の提供は第一次的には政治部門の役割であるが、社会の根底にあり、その時々政治的多数派の意思によって変更すべきでない基本的公共財については、裁判所がその提供を保障すべきである」こと、「政治部門による政策的決定になじまない、個人の自律にかかわる人権については、政治部門から独立した裁判所がこれを保障すべきこと」を実質的根拠とするのである¹³⁹⁾。結局、「司法権の限界が『法律上の争訟』という概念から機械的に導かれるものでないとするれば、国会が、行政機関の行為の適法性のコントロールというそれ自体としては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行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であろう」と述べ¹⁴⁰⁾、客観訴訟を違憲ではないとするのである¹⁴¹⁾。なお、長谷部は、非訟事件を裁判所で取り扱えるかという論点については、判例の説明はトートロジーであるし、非訟事件によって紛争を最終的に解決できないことになる、と批判している¹⁴²⁾。

ところで、このような中間領域の「裁判」における違憲審査については、若干の議論がある。新正幸は、客観訴訟は法律が認めたものとしてあっさり裁判所の権能とする¹⁴³⁾が、そこで違憲審査を行なうことには疑問を示す¹⁴⁴⁾。藤井俊夫も、「司法権」の定義を厳密に行うと、非訟事件は「それは『裁判』ではないからそこでは違憲審査ができない、ということになりかねない」と指摘する¹⁴⁵⁾。確かに、「司法」の解釈から、「上位法は下位法を破る」という原則によって当然にそこでは違憲審査権が裁判所に存在するとなれば、「司法」ではない裁判所の作用について、違憲審査の権能が残るかは疑問となる。しかし、法律が付与したこれらの権能も、裁判所という中立の法解釈・適用・宣言機関による法解釈を伴うものであり、その中には「上位法は下位法を破る」という原則に従うことが含まれるほか、法律による付与の不備・欠缺は裁判所が宣言できるであろうから、その中には違憲的な判断を回避する（換言すれば、憲法判断をしないという憲法上の判断をする）ことは許容されよう。法律で裁判所に付託する権能には終局性は必要であるから、法令に違憲の状況を発見した場合、裁判所は客観訴訟であることを理由に違憲審査を排除するべきではない¹⁴⁶⁾。また、多くの事案で問題となっているのは、選挙権や表現の自由の侵害、政教分離原則違反、憲法 14 条 1 項後段列举事由の差別のような、言わば司法積極主義的判断が要求されるものであり¹⁴⁷⁾、このような場合には、基本的には適用違憲を原則とすべきである¹⁴⁸⁾とか、なるべく憲法判断を回避すべきである¹⁴⁹⁾という原則は覆されるべきことは、特に近代立憲主義下の裁判所においては、「司法」に留まらず一般的に言えるべきである。このため、「司法」とは言えないタイプの客観訴訟や非訟事件であっても、このような場合には憲法判断は可能であると考えたい。

同様に、一旦裁判所に付与されたならば、その権限が、「事件性、救済、適正手続、裁判所の独立性・中立性、裁判官の法への拘束」、そして「先例拘束性」¹⁵⁰⁾などに従って行使されることも憲法上の要請であろう。結果、憲法 82 条の要求する裁判の公開についても、客観訴訟や非訟事件という法律上の分

類ではなく¹⁵¹⁾、被害者のプライバシーや法廷における「囚われの聴衆」の保護、情報公開決定までの情報非公開状態の維持など、憲法上許容される理由によって決せられるべきではないかということを、当座の見解としておきたい¹⁵²⁾。

結局、学説は、^{こぞ}挙って現行の客観訴訟や非訟事件に関する法制度をおよそ違憲とはしていない。このため、実践的な観点からすれば、これらに関する憲法論争の必要性は乏しい。しかし、実際の制度が本当に合憲であるのかを検討し、どのような加除が憲法上許容されるのかを理論的に解明することは、実践的にも重要である。また、この議論はどこまで拡張でき、つまりは何が違憲・合憲の境界線であるのかを検討する必要はあろう。再論するが、非訟事件訴訟法や民事訴訟法、行政事件訴訟法などの現行法（下位法令）を所与のものとして憲法解釈を動かすのは、誤りである。例えば、非訟事件の裁判には、後に訴訟において実体的権利義務の存在が終局的に確定することを予定するものと、そうでないものの2種類がある¹⁵³⁾。何れも、事情の変化により、弾力的に裁判の内容を変更し或いは取消す必要があり、これらを厳格な判決の手續に服させることは合理的ではない¹⁵⁴⁾。非訟事件の手續を非公開にしてよいとする理由は明らかではなく、必ずしも個人の私生活上もしくは営業上の秘密の保護が必要な場面にも限っていないが、これらを立法政策の問題と片付けてよいかは疑問が残る¹⁵⁵⁾。しかし、離婚裁判などの家庭事件をそのまま公開の場で処理すれば、プライバシーの権利を侵害する虞れがあり、猥褻事件を公開の場で処理すれば、まさに公序良俗に反する危険があるときがあり、情報公開裁判を公開すれば情報の非公開を維持することは不可能であるなど、事案の性質によっては公開の原則を排除することが考えられよう。このことは、民事訴訟法学における訴訟か非訟かの問題ではない¹⁵⁶⁾。憲法学が憲法の最高法規性を自覚し、行政法学や家族法学、民事訴訟法学の現行法解釈に平伏しないことは、法秩序の観点から肝要であり、これを胸に、より具体的な議論を進めることとしたい。

(続く)

- 1) 君塚正臣『『裁判を受ける権利』の作法の発想転換—日本国憲法32条の法意の再再検討』横浜国際経済法学21巻3号25頁（2013）。
- 2) 佐藤幸治『現代国家と司法権』29頁（有斐閣、1988）。
- 3) 清宮四郎『憲法I』〔第3版〕335頁（有斐閣、1979）。
- 4) 佐藤幸治『日本国憲法論』581頁（成文堂、2011）。
- 5) 安念潤司「司法権の概念」大石真＝石川健治編『憲法の争点』250頁（有斐閣、2008）。
- 6) 佐藤前掲註2）書84頁より引用。
- 7) 比較憲法的見地から見ると、このような定義は元来、行政裁判所を置かない英米法国のものであるが、これらを置く、台湾や韓国でも、行政裁判を含めて「司法（裁判）」概念が用いられているように見受けられる。君塚正臣編『比較憲法』130-137頁（ミネルヴァ書房、2012）〔上田健介ほか〕参照。また、客観訴訟や非訟事件の位置付けという議論は、特殊日本の法律問題であるのかもしれない。
- 8) 棟居快行『憲法学再論』456頁以下（信山社、2001）は、違憲国賠訴訟を論ずる。佐藤前掲註2）書85頁以下も参照。
- 9) 穴戸常寿「司法権の概念」小山剛＝駒村圭吾編『論点研究憲法』〔第2版〕336頁（弘文堂、2013）。同様のことは、佐藤同上4頁が既に言及しており、勿論、それ以前から進行していた問題である。中野貞一郎編『現代民事訴訟法入門』127頁（法律文化社、1985）はもう、「現代型訴訟の特殊問題」に1章割いている。
- 10) 憲法77条は規則制定権を最高裁判所に付与しており、司法行政権についても、憲法が明示するところではないものの、「最高裁判所の憲法上の地位から当然に帰結される権限である」とされる。佐藤前掲註4）書613頁。
- 11) これについては、山岸敬子『客観訴訟の法理』（勁草書房、2004）など参照。なお、「客観訴訟」という専門用語については、その「言いかたは、それによって表現されるべき何らかの共通の特徴がそこに存在することを想定しているようにもみえる」が、実際には「個人的利益主張を基礎としない、すなわち主観訴訟ではないという、消極的な共通点」があるだけであるから、これらは「非主観的訴訟」と呼ばれるべきだとする、小早川光郎「非主観的訴訟と司法権」法学教室158号97頁、98頁（1993）の主張がある。
- 12) 訴訟事件と非訟事件の区分については、佐々木雅寿「訴訟と非訟」ジュリスト1400号19頁（2010）、渋谷秀樹「訴訟と非訟」立教法務研究5号1頁（2012）など参照。
- 13) 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁、最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁、最大判平成24年10月17日民集66巻10号3357頁など多数。これを民衆訴訟たる公職選挙法204条で解決できることにつき、芦部信喜『憲法訴訟の理論』202頁（有斐閣、1973）、同『憲法訴訟の現代的展開』309頁（有斐閣、1981）など参照。

- 14) 津地鎮祭訴訟（最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁）のほか、岩手靖国訴訟（仙台高判平成3年1月10日行集42巻1号1頁）、箕面忠魂碑訴訟（最判平成5年2月16日民集47巻3号1687頁）、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）、鹿児島大嘗祭訴訟（最判平成14年7月11日民集56巻6号1204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）など多数。
- 15) ところで、憲法学は、憲法76条の「司法権」の定義に発し、裁判所が行うべき民事・刑事・行政訴訟の範囲の確定に関する問題と、その訴訟の中で裁判所が、いつ、誰の主張を容れて、どのように憲法判断を行えるかという憲法訴訟の問題を混同してきたように思われる。例えば、戸波江二「司法権・違憲審査制論の50年」樋口陽一ほか編『憲法理論の50年』107頁（日本評論社、1996）は、全編違憲審査制・憲法裁判の議論で覆い尽くされている。また、芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』（有斐閣、1987）の後半では、その書名に反し、司法権論が議論されている。
- 16) 笹田栄司『司法の変容と憲法』235-236頁（有斐閣、2008）。
- 17) 片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』45頁（大阪大学出版会、2007）の問題提起である。
- 18) 佐藤前掲註2）書10頁もこれを強調する。
- 19) 同上214頁。
- 20) 美濃部達吉『日本國憲法原論』449頁（有斐閣、1948）。
- 21) 同上451頁。
- 22) 同上454頁。
- 23) 佐藤前掲註2）書24頁は、手島孝批判として同旨か。
- 24) 佐々木惣一『改訂日本國憲法論』343頁（有斐閣、1952）。
- 25) 佐藤前掲註2）書15頁。
- 26) 佐々木前掲註24）書373頁。
- 27) 同上370頁以下。
- 28) 宮沢俊義『法律學体系コンメンタール篇1—日本国憲法』610頁（日本評論新社、1955）。
- 29) 清宮前掲註3）書335頁以下参照。同様の姿勢は、橋本公巨『日本国憲法』599頁以下（有斐閣、1980）、佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第5版〕461頁以下（学陽書房、1996）にも見られる。
- 30) 河野敬「事件性」芦部編前掲註15）書219頁、241頁。
- 31) 雄川一郎「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」『法学協会百周年記念論文集1巻』633頁、635-636頁（有斐閣、1983）。

- 32) 戸松秀典『憲法訴訟』〔第2版〕85頁（有斐閣、2008）。
- 33) 初宿正典『憲法Ⅰ—統治の仕組み（1）』94頁（成文堂、2002）。
- 34) 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ』〔第5版〕226頁（有斐閣、2012）〔野中〕。野中の憲法訴訟論については、同『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣、1995）を参照。
- 35) 野中ほか同上226-227頁〔野中〕。
- 36) 同上230頁〔野中〕。
- 37) 同上296頁〔野中〕。
- 38) 野中俊彦「司法の観念についての覚書き」杉原泰雄古稀記念『二一世紀の立憲主義—現代憲法の歴史と課題』425頁、438頁（勁草書房、2000）。
- 39) 山内敏弘編『新現代憲法入門』331頁（法律文化社、2004）〔宍戸常寿〕は、「『事件性』の要件によって当事者間の権利義務を前提とした『法律上の利益』の主張が憲法上の司法権に要求されるものではないとして、客観訴訟による公権力の統制を強化するという実践的志向に裏打ちされていた」と論評する。
- 40) 長尾一紘『日本国憲法』〔第3版〕432頁（世界思想社、1997）は、「客観訴訟もまた具体的な法律関係の存否に関する争いであり、『具体的争訟』というべきであり、司法作用である」と断ずる。
- 41) 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』136頁（有斐閣、2006）。そもそも、ここでの「民衆訴訟、客観訴訟」という記述が論理的でない。
- 42) 同上151頁。
- 43) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第3版〕388頁（有斐閣、2013）。
- 44) 同上389頁。
- 45) 山内編前掲註39) 書331頁〔宍戸〕は、「ドイツ流の〈争訟裁決〉モデルの文脈でアメリカの『事件・争訟』を取り込んできた従来の理解に対するアンチ・テーゼと理解できる」と論評する。
- 46) 高橋前掲註43) 書389頁。
- 47) 同上同頁。
- 48) 同上389-390頁。
- 49) 同上390頁。
- 50) 長谷部恭男『憲法の円環』226頁（岩波書店、2013）。
- 51) 松井茂記「『国民訴訟』の可能性について」高田敏古稀記念『法治国家の展開と現代的構成』351頁、391頁（法律文化社、2007）。

- 52) 安念前掲註5) 論文 251 頁。
- 53) 君塚前掲註1) 論文 61 頁。
- 54) 長谷部前掲註50) 書 227 頁同旨か。
- 55) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』23 頁(有斐閣、2011)。
- 56) 長谷部前掲註50) 書 231 頁。
- 57) 君塚正臣＝藤井樹也＝毛利透『VIRTUAL 憲法』149 頁図(悠々社、2005)「君塚」は、権力分立関係を任命の流れ、罷免の流れ、法・政策の流れに分けて説明するが、高橋説などの説明によれば、国会や内閣に対して裁判所が「法改正・運用変更を促す」機能が担保できるかが心配である。
- 58) 安念前掲註5) 論文 251 頁。
- 59) 同上同頁。
- 60) 片山前掲註17) 書 31 頁も、これを、「司法権の行使の可否を、部分的にであれ、国会が定めるとした規定であるという解釈には十分な根拠が認められない」と痛罵する。佐藤前掲註2) 書 121 頁も、「統治機構上の各種制度の中身が実定法律によらなければ何事も決まらないということ、そのような中身はほとんどすべて実定法律による形成に委ねられているということ、を意味しない」と述べる。
- 61) 渋谷秀樹『憲法』〔第2版〕638 頁(有斐閣、2013)も、法律に規定すれば裁判所は訴訟手続を用いることができるのであれば、「司法の限界を画する機能を失う」と指摘する。
- 62) 長谷部前掲註50) 書 232 頁同旨か。
- 63) 松井前掲註51) 論文 393 頁。
- 64) 松井茂記『日本国憲法』〔第3版〕231 頁(有斐閣、2007)。
- 65) 同上同頁。
- 66) この点、高橋和之も、「司法」に含まれないものは裁判所で取り上げられないという、「司法権の限界」を説明している。同前掲註43) 書 391 頁。しかし、その項目として掲げているのは、「憲法が明文規定で設定した例外」、「立法権・行政権との関係における限界」、「人権その他の憲法規定との調整からくる限界」という分類である。同書 391-393 頁。このため、宗教団体内部の紛争も「政教分離原則に由来する限界」だとされるなど、司法権の定義の内在的限界という意識はない。このことも、高橋説が「司法」の外延を意識していないことを示す状況証拠として挙げることができよう。
- 67) 片山前掲註17) 書 31 頁。筆者には、技巧的にも失敗しているように見える。
- 68) 渋谷前掲註61) 書 637 頁。

- 69) 佐藤前掲註 2) 書 214 頁。関連して、佐々木雅寿「勧告的意見の可能性」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』323 頁、341 頁 (有斐閣、2004) は、「十分に司法化され、慎重に運用されるのであれば、勧告的意見は立法政策の観点からも妥当性を持ちうる」と述べる。だが、それが法的判断ではあろうとは思われるものの、事件の発生、訴訟当事者の存在、対審構造、終局性などを欠き、裁判所への勧告的意見権限の付与は違憲の疑いが濃いと思われる。同前掲註 12) 論文 26 頁でも、「訴訟と非訟を二分する必要性はなく、」「憲法 32 条の裁判 = 82 条の裁判 = 『現行法が裁判所の権限に属せしめている一切の事件につき裁判所が裁判という形式をもってするすべての判断作用ないし法律行為』 (広義の裁判) ととらえ、32 条と 82 条は、広義の裁判のうち、性質上訴訟事件には原則として公開・対審・判決をセットで要請するが例外もありうるとする解釈も十分成り立つ」としており、裁判所の役割を「司法権」に限定する解釈への反対姿勢が見える。
- 70) 佐藤前掲註 2) 書 246 頁。
- 71) 小早川光郎『行政訴訟の構造分析』3 頁 (東京大学出版会、1983) 参照。
- 72) 同上 26 頁参照。
- 73) 戸波江二『憲法』〔新版〕428 頁 (ぎょうせい、1998)。
- 74) 実際、同上 440 頁は、「法律によって」事件争訟性に欠ける筈の「抽象的違憲審査制を導入することは憲法上可能」だと述べる。戸波が、「司法」の定義をあまり重視していないことがわかる。河野前掲註 30) 論文 242 頁はこれを懸念しているように読める。
- 75) この意味で、司法判断を政治部門との対話と捉える佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(三省堂、2013) はユニークである。だが、そこでは「司法」と政治部門の営為の区別がなくなり、両者の駆け引きが強調され、結果、司法が「法の支配」の担い手であることが軽視されないか、疑念がある。
- 76) 但し、高橋和之は、「国民主権を採用した日本国憲法の行政権」定義に相応しくないとして、行政控除説を採用していない。同前掲註 43) 書 358 頁。同書同頁は、「行政とは法律の『執行』である」と定義する。しかし、そうすると、司法もまた法律の執行であるから、やはり行政と司法の区別ができないという問題点が再確認されてしまう。このほか、同書同頁は「内閣が国会の決定を受動的に執行するにすぎないということではない」としているが、この定義は、やはり国会主導の統治モデル、「国権の最高機関」という文言を重視する憲法解釈と結び付き、同書 357 頁の述べる、「迅速果敢な対応を必要とする場面」「によく応えうるのは、国会よりも内閣」であり、「『統治』の中心となるのは内閣である」という理解とも一貫しないように思われる。なお、同前掲註 41) 書 45 頁は、「国会が決定し、行政権が執行するという『決定—執行』図式」を批判するが、「執行」概念への賛否がますます不明である。同書 46 頁は「統治の担い手の中心たる首相とその統治プログラムを事実上直接に選択する」「議院内閣制の」「運用」即ち「国民

内閣制」を提唱するが、第一にそれは衆議院議員選挙で当初から想定されているもので、改めて名付けるものでもないほか、2006年にこれを語る意義も不明である。議院内閣制は議院内閣制であり、内閣への国民のコントロールは制度的に間接的であることは明らかであり、アメリカのような大統領制とは異なることを寧ろ認識すべきものである。

- 77) 南野森「司法権の概念」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』〔第2版〕169頁、177頁（有斐閣、2009）。
- 78) 最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁。
- 79) 野坂前掲註55）書23頁。
- 80) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』〔新版〕212頁（尚学社、2011）は、現行法の客観訴訟は、「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」だと指摘しており、野坂の言う「事件」の要件をクリアする。しかし、より広げて、「事件」でさえあればよいのであれば、あらゆる紛争・対立・矛盾は「事件」と捉えられなくもない。「事件」とはやはり法的解決可能で一方当事者が訴えた紛争であるとすれば、議論は「司法権」の定義とその拡大的許容領域という一元的な問題に戻っていかないか。
- 81) なお、阿部照哉ほか編『憲法（4）』〔第3版〕169頁（有斐閣、1996）〔野坂泰司〕は、「司法権の対象事項が」「法律上の争訟」に限定されるとみることには問題がある。裁判所法3条1項後段は、裁判所が『その他法律において特に定める権限』を有する旨規定しており、実際、「講学上客観訴訟と呼ばれる訴訟類型が設けられている」と述べているが、下位法令によって憲法解釈を行っているもので不適当である。
- 82) 安西文雄＝巻美矢紀＝穴戸常寿『憲法学読本』298頁（有斐閣、2011）〔穴戸〕。
- 83) 渋谷前掲註61）書637頁同旨。
- 84) なお、有力学説の中に客観訴訟を違憲とするものは見当たらない。その意味では、「事件性の要件」が、（現行法を説明するための）「たぶんに実際の考慮の産物」だという、浦部法穂『憲法学教室』〔全訂第2版〕323頁（日本評論社、2006）の指摘は的を射ているよう。
- 85) 伊藤正己『憲法』〔第3版〕563-564頁（弘文堂、1995）。
- 86) 樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』19頁（法律文化社、1988）〔樋口〕。
- 87) 樋口陽一『憲法』〔第3版〕411頁（創文社、2007）。
- 88) 樋口陽一『憲法Ⅰ』473頁（青林書院、1998）。
- 89) 杉原泰雄『憲法Ⅱ』361頁（有斐閣、1989）。杉原説に従うと、裁判所の役割が「司法」を下回る心配はないものの、過大なものが国会によって付与される危険があるが、それがどこまで行っても違憲ではないのかという疑問もないではない。

- 90) 笹田前掲註 16) 書 252 頁。
- 91) 同上 253 頁。
- 92) 高見勝利『芦部憲法学を読む—統治機構論』260 頁（有斐閣、2004）。
- 93) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』〔第 5 版〕329 頁（岩波書店、2011）。なお、芦部信喜『憲法』〔新版補訂版〕303 頁（岩波書店、2000）でも表現は同じである。
- 94) 南野前掲註 77) 論文 172 頁。
- 95) 覚道豊治『憲法』〔改訂版〕185 頁（ミネルヴァ書房、1973）。
- 96) こういった学說的系譜を指摘し、石川健治「トボスとしての権利侵害論—司法権の自己同一性論との関連で」法学教室 327 号 48 頁、50 頁（2007）は、佐藤幸治説が「京都学派立憲主義憲法学の鼻祖佐々木惣一による『客観的概念としての司法権』論の再興という物語（narrative）を伴って登場したために、あたかも新京都学派の旗揚げといった様相を呈することとなった」と論評している。
- 97) 佐藤前掲註 4) 書 575 頁。このような宣言は、同前掲註 2) 書 57 頁以下に見られる。
- 98) 佐藤前掲註 4) 書 575-576 頁。
- 99) 佐藤前掲註 2) 書 31 頁。
- 100) 佐藤前掲註 4) 書 581 頁。
- 101) 同上 582 頁。
- 102) 同上 584 頁。
- 103) 佐藤前掲註 2) 書 436 頁。
- 104) 佐藤前掲註 4) 書 585 頁及び 588 頁。
- 105) 同上 586 頁。
- 106) 同上 588 頁。
- 107) 佐藤前掲註 2) 書 126 頁及び 250-251 頁。
- 108) 佐藤前掲註 4) 書 588 頁。
- 109) 佐藤前掲註 2) 書 128 頁。
- 110) 同上 434-435 頁。
- 111) 佐藤前掲註 4) 書 588 頁。
- 112) 同上同頁。
- 113) 野坂泰司「『司法権の本質』について」杉原泰雄＝樋口陽一編『論争憲法学』289 頁、292 頁（日本評論社、1994）。

- 114) 同上 293 頁。
- 115) 野坂前掲註 55) 書 23 頁。
- 116) 小早川前掲註 11) 論文 100 頁。
- 117) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』351-352 頁 (日本評論社、2013)。
- 118) 同上 352 頁図参照。
- 119) 毛利透ほか『Legal Quest 憲法 I』258 頁 (有斐閣、2011) [松本哲治]。
- 120) 駒村圭吾「非司法作用と裁判所—『事件性の擬制』というマジノ線」法学教室 326 号 41 頁、45 頁 (2007)。
- 121) 山内編前掲註 39) 書 324 頁 [穴戸]。
- 122) 松井前掲註 51) 論文 392 頁。
- 123) 川岸令和ほか『憲法』〔第 3 版〕327 頁 (青林書院、2011) [君塚正臣]。
- 124) 阪本昌成『憲法理論 I』〔補訂第 3 版〕377 頁 (成文堂、2000)。
- 125) 同上 409 頁。
- 126) しかし、松井前掲註 51) 論文 357-358 頁は、憲法 76 条でいう「司法権」に当たらない客観訴訟が認められるのは、「裁判所法 3 条でいう『その他法律において特別に定める権限』として特別の法律によ」るからだと、現行法シフトの説明をしている。
- 127) 松井茂記『裁判を受ける権利』204 頁註 29 (有斐閣、1993)、同前掲註 51) 論文 394 頁、同前掲註 64) 書 235 頁。
- 128) 松井前掲註 51) 論文 351 頁以下。
- 129) 同上 397 頁。
- 130) 同上 398 頁。
- 131) 同上 402 頁。但し同論文 406 頁が述べるように、「その政策的妥当性については慎重な検討を要する」。結果、裁判所が、国政に関する基本方針や論争となっている問題について討論し、判断を行うアリーナと化してしまうからである。君塚正臣「政教分離と原告適格」榎原猛古稀記念『現代国家の制度と人権』194 頁、202 頁以下 (法律文化社、1997) が述べるように、精神的自由の制度的保障に関わる国の政教分離違反については、何らかの主観訴訟を却下する理由中で憲法判断を行うべきである。敗訴当事者の判断のため、上級審の判断がなくなることは、「司法権」であり、その中の付随的違憲審査制である以上、やむを得ない。これに対し、精神的自由、選挙権、憲法 14 条 1 項後段列举事由以外の国家予算の支出については、裁判所ではなく、「投票箱と民主政」の過程に委ねるべきではあるまいか。その意味では、自衛隊イラク派遣訴訟の憲法判断 (名

古屋高判平成 20 年 4 月 17 日判時 2056 号 74 頁）には賛成できない。

- 132) 国民訴訟については、これもまた具体的・付随的違憲審査であり、「何ら問題とはならない」との論評もある。渋谷前掲註 61) 書 699 頁。だが、機関訴訟なども主観訴訟と観念することは、高橋説の陥ったような、「司法」概念の核心の溶解を招こう。安念前掲註 5) 論文 251 頁も、このような見解について、民衆訴訟については一部理解を示し、「もともと主観訴訟だと観念されているらしいアメリカの納税者訴訟の延長上に位置づけることによって、実は主観訴訟なのだと説明できそうである」とするが松井が「機関訴訟を主観訴訟だと観念するのは、いかにも強弁の感を免れない」と批判している。
- 133) 片山前掲註 17) 書 45 頁。
- 134) 毛利ほか前掲註 119) 書 264 頁〔松本〕同旨。
- 135) 片山前掲註 17) 書 32-33 頁。
- 136) 同上 35 頁。但し、片山はこれを「裁判を受ける権利の要素となる憲法上の司法制度の要素」として挙げている。
- 137) 長谷部恭男『憲法』〔第 5 版〕395 頁（新世社、2011）。
- 138) 同上 396 頁。
- 139) 同上同頁。
- 140) 同上 397 頁。
- 141) これは、藤井俊夫『事件性と司法権の限界』456 頁（成文堂、1992）が、民衆訴訟を客観訴訟だとして、「国民の個々人の権利に関係なく、また、『行政の行為の適法性』の保障そのものを目的とする訴訟であるというように割り切ること自体についても問題がある」と論じていることにも通じよう。藤井は同様の議論を機関訴訟についても展開し、いかなる訴訟でも法律で付与できるとは考えていない。同書 461 頁以下。
- 142) 長谷部前掲註 137) 書 292 頁。
- 143) 新正幸『憲法訴訟論』〔第 2 版〕86 頁（信山社、2010）。
- 144) 同上 37 頁及び 242 頁など。
- 145) 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』50 頁（成文堂、2007）。
- 146) 毛利ほか前掲註 119) 書 264 頁〔松本〕同旨。
- 147) 君塚正臣「付随的違憲審査制の活性化に向けて」関西大学法学論集 52 巻 6 号 81 頁（2003）参照。
- 148) 君塚正臣「適用違憲『原則』について—猿払事件を端緒とする再検討」横浜国際経済法学 15 巻 1 号 1 頁（2006）。

- 149) 君塚正臣「憲法判断回避の『法理』について」横浜国際経済法学 14 卷 1 号 1 頁 (2005)。
- 150) 土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ—自由と秩序』79 頁、114 頁 (有斐閣、1998) はこれを強調する。そうすることで、本稿が再度引用した直前の片山智彦の語る裁判の要素と比べ、英米法的司法観が際立っている。
- 151) 松井前掲註 127) 書 216 頁以下参照。
- 152) なお、同上 161 頁以下のように、憲法 32 条を根拠とするものではない。
- 153) 長谷部由紀子「民事訴訟手続の基本原則と憲法」長谷部恭男『憲法の境界』131 頁、136 頁 (羽鳥書店、2009)。
- 154) 同上 136 頁。
- 155) 同上 137 頁。
- 156) これに対して、長谷部恭男「憲法から見た民事訴訟法」同前掲註 153) 書 141 頁、147 頁は、これらが公開の必要がないからだ、と応答している。刑事裁判では、真実に即した公平な判断がなされることを担保し、被告が社会的非難に匹敵する行為に及んだことを公に知らしめるような理由がないとするのである。

〔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。