

タイトル	国・地方自治体間の争訴と「法律上の争訴」覚書 (4・完)
著者	秦, 博美; HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究, 57(1): 105-035
発行日	2021-06-30

# 国・地方自治体間の争訟と「法律上の争訟」覚書（四・完）

秦 博 美

目 次	
一	はじめに
二	判 例
三	学 説（以上五一卷四号）
四	検 討（一）公権力の行使（統治権）の特質（以上五三卷二号）
五	検 討（二）司法権の観念
1	訴訟目的を根拠とする見解
2	平成一四年最高裁判決の「法律上の争訟」概念理解の問題点
3	裁判を受ける権利を根拠とする見解（以上五五卷一号）
4	日本国憲法の司法権概念と裁判所法三条一項の「法律上の争訟」
5	日本国憲法における司法権の観念を根拠とする見解
六	終わりに（以上本号）

## 4 日本国憲法の司法権概念と裁判所法三条一項の「法律上の争訟」

以下、憲法上の「司法権」概念を憲法解釈として定位し(1)(2)、次に、「司法権」と裁判所法三条一項の「法律上の争訟」との関係を検討し(3)(4)、最後に、「法律上の争訟」に関する判例の定式の射程について検討を加えることにする(5)。

毛利透教授は最初の二つの論点に関し、次のように概略的にまとめている。「学説が、司法権についての歴史的理解やアメリカ合衆国憲法が司法権の及ぶ対象と定めている *cases* や *controversies* という用語を参考にして主張しているのが、『事件性』の要件である。『事件性』とは、『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』を意味し、事件性が肯定される場合に法を適用してそれを解決する権能が司法権であるということになる。多数説は、この『事件性』の要件が法律上の概念である『法律上の争訟』の要件と重なりと見え、これにより『法律上の争訟』、『事件性』、『司法権』という二つの概念は統一的に説明されることになる。<sup>50)</sup>

筆者の見解は、「司法権」、「事件性」、「法律上の争訟」という二つの概念を基本的に等号で結んでみるというものがある。以下、詳述する。

## (1) 憲法上の「司法権」概念

憲法七六条一項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」と規定する。司法権についても、立法権、行政権と同様、形式的概念(司法権を行う機関)と実質的概念(司法作用を行う権限)を区別することができるが、同条は、実質的概念の司法権を問題にしていると考えられる。<sup>51)</sup>

これまで、司法権の定義において通説的地位を占めてきたのは、清宮四郎博士による「一般に、司法とは、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をいう。」<sup>(15)</sup>である。芦部信喜博士は、清宮博士の定義を敷衍して、「当事者間に、具体的事件に関する争訟がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用」と定義している。

以上の通説的見解によれば、憲法が規定する司法権の対象となるのは、「具体的な争訟」（清宮）ないし「具体的事件に関する争訟」（芦部）ということになる。この見解を渋谷秀樹教授は、「具体的事件性必要説」と呼んでいる。<sup>(16)</sup>「具体的事件性」を要求する通説は、アメリカ合衆国憲法にこれを明示する規定があり、戦後、アメリカ型の司法概念を採用した現行憲法もそれに準じて解釈すべきであると考えるのである。<sup>(15)</sup>確かに、合衆国憲法三条一節前段は、「合衆国の司法権は、一つの最高裁判所及び合衆国議会が随時に定め設置する下級裁判所に属する」と規定し、同条二節一項は、「司法権は、次の事件及び争訟に及ぶ」とし、三つの事件（cases）と六つの争訟（controversies）を掲げ、限定している。<sup>(16)</sup>しかし、日本国憲法七六条にはこのような限定はなく、「具体的事件性不要説」も主張されている。しかし、「司法」の観念（本質）から考えて、「具体的事件性不要説」には賛成できない。

通説的見解によれば、本来、「具体的な争訟」ないし「具体的事件に関する争訟」とは何か「憲法の解釈」として論証されなければならないはずである。しかし、実際は、司法権を巡る議論はこれまでは裁判所法という「法律の解釈」として展開されてきたのである。<sup>(17)</sup>その理由を清宮博士は次のように述べている。「日本国憲法は、イギリスやアメリカの制度にならって、司法とは、民事および刑事の裁判のほか、行政事件の裁判をも含めて、すべての争訟の裁判を意味するものとなし、この作用を行なう権能を司法権といい、すべてこれを裁判所に属するものとした。裁判所法

第三条第一項で、『裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判』する権限を有する旨を規定するのは、この趣旨を確認したものである。<sup>(18)</sup>と解されてきたのである。

要するに、裁判所法三条一項の「裁判所は、……一切の法律上の争訟を裁判」する権限を有するとは、憲法七六条一項が規定する実質的概念の「司法権」の趣旨の確認規定であるというのである。こうして、『憲法七六条一項の司法権の対象となる「具体的な争訟（具体的事件に関する紛争）」＝裁判所法三条一項の「法律上の争訟」という、最初の等式が成立することになり、裁判所法が規定する「法律上の争訟」の解釈が、逆に上位法である憲法の司法権の観念を規定するという倒錯した解釈が通用するに至ったのである。もつとも、憲法具体化法としての裁判所法の当該規定が、憲法が規定する「司法権」の実質的概念の忠実な確認規定であるとすれば、「法律上の争訟」の解釈が司法権の観念を規定すること自体は当然の事理とも言えよう。むしろ問題は、二度の転化によって憲法の定める「司法権」の概念が判例上の二要件へと収斂し、限定される方向に動いていることにある。<sup>(19)</sup>

また、「憲法上の司法権」の概念を明確にし、そこを起点に議論を展開しなければ、論者の「同床異夢」を招くおそれがある。具体的には、「法律上の争訟」の概念を狭く措定して「憲法上の司法権」の概念と対比したり、逆に、「法律上の争訟」の概念を拡大させて、「事件性」の概念に合わせるなど、一方を所与のものとして措定して他方を相關関係的に規定する弊である。ここに、まずは憲法上の司法権を憲法の解釈として再定義することが必要になってくる。本稿の結論を先取りすれば、「再定義」などという大仰なものではなく、少なくとも行政権限の争議については、司法権の要件としては「事実上の侵害」で足りるとするものである。

（2）事件性の要件

憲法の司法権の定義において重要な要件である「具体的事件に関する紛争」について、佐藤幸治教授は、「この事件・争訟は、伝統的には、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、の四要件を内包する観念として把握されてきた。」（傍線筆者）と述べ、この伝統的解釈を支持する。<sup>(10)</sup>

他方、渋谷教授は、「事件性の要件は、法的紛争の中核要素であるので、この要件の分析に際して、紛争の構造分析をしなければならぬ」とし、六本佳平教授の紛争モデルを参考に、次の五つの要素を析出している。①対立性、②事実上の侵害・帰属関係・因果関係、③保護規範、④紛争の具体性と現実性、⑤紛争解決の終局性がそれである。<sup>(11)</sup>

「両説は、法的利益侵害を事件性の要素とするかどうかで決定的に異なっている。」と評される。すなわち、「事実上の侵害」という表現で、権限に係る「客観的利益」を含める実践的解釈が可能になるわけである。しかし、仮に「法的利益侵害」を事件性の要素とするという見解に立った場合でも、行政事件の場合には、「権限」行使が適法か否かを争うのであるから、民事訴訟の場合と同様に主観的なものに限定する必要はないと解釈する余地もある。そもそも、行政事件が裁判所の審査対象に加えられたにもかかわらず、「法的利益」を「主観的利益」に限定したのが躰<sup>(12)</sup>の始まりともいえようが、結局、両者は、法律構成の違いとして整理することが可能であろう。

巨理格教授はその間の事情を次のように指摘する。「司法」概念に関する支配的学説は、判例上の『法律上の争訟』概念を、元来は憲法上の司法概念を説明するための基本概念である『事件性』の意味としてそのまま受け入れた。その結果、通説的な司法権論は、『事件性』を当事者自身の具体的権利義務に関する紛争という意味に捉え、かかる狭い意味での『事件性』をもって『司法権の本質的要素』と捉えた上で、『事件性の擬制』という理論装置を使って限定的

ながら司法権の対象範囲の漸進的な拡張を図ってきた。しかし、かかる通説的な『事件性』概念に対しては、以下に見るように、『事件性』概念を『法律上の争訟』概念から切り離し、これとは重なり合わない部分のある概念としてこれを再構成しようとする考え方が、憲法学および行政法学双方から提起されている。(傍線筆者)<sup>10)</sup>

例えば、憲法学の野坂泰司教授は、「事件性」を「法律上の争訟」よりも広い概念として再定義する可能性を試論として提起する。それによれば、「事件性」における「具体的な争い」とは、『法律上の争訟』を中核としつつ、それ以外の争い……をも含む」概念であり、「たとえば、個人の権利義務に直接関与しない権限争議の如きものまで」包摂する概念である。このように権利義務や法律関係の要素を抜き取った具体的争訟性を示す概念として「事件性」を再構成することにより、「憲法上の司法権は、『法律上の争訟』を中核としながらも、それを越えた射程をもつことになる」と同時に、『具体的な争いの法的解決』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」。以上のような新たな「事件性」の要件の下で、まず選挙訴訟や住民訴訟等の法定客観訴訟については、「そこに、具体的な公権力の行使があり、それをめぐって争いが生じていることからして、……司法権そのものに含まれる」こととなる。また非法定の訴訟についても、新たな「事件性」要件に合致するような「具体的な争いの法的解決」のため提起される訴えであれば、「法律上の争訟」の射程外でも「司法権が扱いうる事項」であるとされる。かくして、議員定数不均衡訴訟のように選挙訴訟を借用する形で提起された訴訟を適法な訴えと見なし、憲法判断を行ってきた従来判例には、「十分憲法上の根拠があつたということができる」とされる。<sup>11)</sup>

また、行政法学の曾和俊文教授は、「裁判所が判断するに相応しい事例を判定するメルクマールとして『事件性』要件がある。司法権とは『事件性』要件ある紛争に対して法を適用し紛争を解決する作用である。」と一般論を述べた上で、「事件性」要件の働くべき局面として以下の二つを区別することに留意すべきであるとする。「すなわち、従来『事

『事件性』の要件として説明されてきた要素は、①紛争の具体性、②相対立する当事者の存在、③権利義務又は法律関係の存否に関する紛争、④紛争の法的解決可能性、⑤判決の終局性などであるが、③の強調は、裁判所の権利救済機関としての側面を強調するものである。ここで言われているのは『司法権』の中核概念としての『事件性』要件であつて、それを満たす紛争でありながら正当な理由なく『司法権』の対象とならない場合には『裁判を受ける権利』を侵害されると考えられるものである。これと区別されるべきものに『司法権』発動の外延を画するための基準としての『事件性』要件がある。これは、権利救済機関・法原理機関としての裁判所の基本的性質を損なわない範囲で、裁判所が行政の適法性保障のために積極的にその機能を発揮するために満たすべき要件であつて、それを満たさない事件処理を司法部に強制することが違憲と評価されるものである。この外延としての『事件性』要件としては、①紛争の具体性、②相対立する当事者の存在、③適法・違法の判断が可能な法的基準の存在、④判決の終局性の四要素で足りると解すべきではなからうか。外延としての『事件性』を満たす紛争を司法部の処理にゆだねるべきかどうかは、行政の適法性確保制度としての行政訴訟制度の意義をどの程度重視するのにかかわる、基本的には立法裁量の問題である。<sup>(16)</sup>

思うに、裁判所法は、憲法「第六章 司法」の具体化法であるとの前提に立つと、従来等号で結んできた（憲法解釈上の）「事件性」概念と（法律解釈上の）「法律上の争訟」概念を切り離すという「荒治療」は、回避することが可能であれば避けるべきである。その上で、「事件性」概念と「法律上の争訟」概念を内容において等値のものと観念し、「法律上の争訟」概念の判例の定式の前半部分「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」を次のように確認的に再定義するのである。すなわち、国と地方自治体、地方自治体間（都道府県と市町村間等）の権限行使とそれにより侵害を受ける自治権という「具体的な法律関係」に関する争訟に関しては、（自治権侵害を適法化



する)「行政権限の存否を含む。」と。「刑罰権の存否を含む」とパラレルなこの再定義で理論上、実務上の整合性が図れるのであれば、その方向を希求すべきであると考ええる。そして、そのことは、(5)で述べるように可能ではなからうか。

### (3) 憲法上の「司法権」と裁判所法三条一項の「法律上の争訟」との関係

二番目の論点である憲法上の「司法権」と裁判所法三条一項の「法律上の争訟」の関係についての学説は、これまでに必要に応じ紹介してきた。村上裕章教授は、学説は「大別すると、憲法上の司法権が法律上の争訟以外にも及びうるとする見解(A説)、憲法上の司法権は法律上の争訟(または具体的な事件)にしか及ばないとする見解(B説)、憲法上の司法権は法律上の争訟とは無関係に定義できるとする見解(C説)がある。」と述べ、次のように整理している。<sup>(167)</sup>ここでも、結論先取りで拙論を言えば、学説の精緻な分析が有意義であることは言うまでもないが、論者により用語の定義が区々であり(同床異夢)、記述について複数の解釈が可能になったりして、比較検討が難しい面もある。ここでは、(筆者の能力と時間の制約により)村上教授の学説紹介の単なる「紹介」に止まらざるを得ない。

**A説(通説)** 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(筆者注…全て)その他の権限に当たる。(「司法権」=法律上の争訟+a)

この説を支持する村上教授は、憲法上の司法権の外延を「事件性」によって画しつつ、「事件性」を「法律上の争訟」より広く解し、客観訴訟は、「事件性」の要件を満たすとする渋谷秀樹教授の見解(筆者注…客観訴訟は「法律上の争訟」ではない。)、<sup>(168)</sup>「司法権の中核概念としての事件性」と「司法権の外延を画するための基準としての事件性」を区別

し、客観訴訟は後者の要件を満たすがゆえに合憲とする曾和俊文教授の見解も、理論構造としては通説と同じであるといえる、と述べる。

客観訴訟の位置付けについて、野坂泰司教授は次のように指摘している。「憲法上の司法権の内容が裁判所法上の『法律上の争訟』の裁判と同義であるとすれば、同じ裁判所法三条一項後段の『その他法律において特に定める権限』とは何かが問題となる。それは、必然的に、憲法が前提とする司法権には含まれない権限ということになるはずである。実際、それに該当するとされる住民訴訟（地方自治法二四二条の二）や選挙訴訟（公職選挙法二〇二条以下）等のいわゆる客観訴訟は、『法律上の争訟』ではなく、法規の適用の適正または公共の利益の保護を目的とする訴訟であるというのが一般的な理解である。しかし、そうだとするならば、本来司法権を行使すべき裁判所に、かかる特別の権限を、法律をもって付与しうることの根拠が問われてしかるべきであろう。この点が、通説においては全く検討されず、それどころか問題そのものもほとんど自覚されていないように思われる<sup>10)</sup>。宇賀克也教授も、「司法権は『法律上の争訟』について審査する権限であり（裁判所法三条）、『法律上の争訟』とは主観訴訟であるという前提に立つと、客観訴訟は司法権に属しないことになり、客観訴訟の司法審査は権力分立に反するのではないかという憲法上の疑義が生ずることになる。」（傍線筆者）<sup>10)</sup>と指摘している。

野坂教授、宇賀教授の立論に対しては、憲法上「司法権を行使すべき裁判所」に、法律で「司法権以外の権限」を付与すること自体は憲法上「禁止」されておらず、憲法が観念する「三権分立」の原則に背馳<sup>11)</sup>しない限り、「許容」されるとの反論が一応は可能であろう。

また、司法権に含まれない客観訴訟において違憲審査権を行使できるのか、との批判がある。これに対し、野中俊彦教授は、客観訴訟の場における違憲審査も実質的には事件性の要件を充たしており、「具体的審査」として容認され

るとする。<sup>110)</sup>野中説に対し、野坂泰司教授は、「もともと、それが『法律上の争訟』を拡充して客観訴訟を主観訴訟的に理解するというのか、それとも『事件性』を『法律上の争訟』より広義に把握しようという趣旨であるのか必ずしも明確ではない。もし後者であるとすれば、その限りでは後述する私見と同旨の司法観に立脚するものということになる。」<sup>111)</sup>と述べる。このように、本テーマに関しては、各論者の行論を比較検討の上、「精確」に認識することに困難を来す場合があるように思われる。

**B説** 憲法上の司法権は「法律上の争訟」又は「具体的事件」のみに及ぶとする見解であり、アメリカ合衆国において一般的な考え方である。〈司法権＝法律上の争訟又は具体的事件〉

中川丈久教授は、憲法上の司法権と「法律上の争訟」を等号でつなぎつつ、「法律上の争訟」概念を超える事案は司法権の概念を超え、裁判をすることができないとしつつも、「法律上の争訟」にはコア(core)部分とフリンジ(fringe)部分があり、後者については法律や裁判所自身の考慮により司法審査を抑制することができ、客観訴訟はフリンジ部分に属するとする。詳説すると、中川教授は、二つの層からなる「法律上の争訟」概念を提唱する。すなわち、「法律上の争訟」概念について、その紛争主題の部分を、『権利義務関係または法律関係の存否(刑罰権の存否を含む)に關する紛争』とパラフレーズすることは、『司法権』ないし『一切の法律上の争訟を裁判……する』という概念(訴訟要件の判定の次元)のコアの、さらに一部を例示しているに過ぎない、と考えられる」として、権利義務関係性を具備した紛争を『法律上の争訟』のコアとして位置づけることを提唱する。そして、かかるコア部分と「法律上の争訟」性が否定される外周部分との間に、客観訴訟の提起が許容されるべきドーナツ状の中間領域を想定し、客観訴訟といえども、「司法権」及び「法律上の争訟」概念の中に包摂し得ることを主張する。<sup>112)</sup>中川教授の所説では、この中間領域

が「裁判所の見識に基づく自己抑制」と「法律による立法政策的介入」との競合領域として捉えられている点が特徴的である。

藤井俊夫教授は、著書の中で、村上教授がB説と整理している学説をC説と分類し、基本的に支持している。その上で、「もともとこれらの訴訟（筆者注…客観訴訟）は裁判所の司法権の範囲内のものであるが、従来の司法権の核部分からやや離れた周縁の部分の権限に属するもので裁判所のあり方としては問題が生じる余地もあるから、その点を国会が明確に整理したものだと考える方が妥当であろう。」と説明する。

村上教授は、「B説によれば、客観訴訟は法律上の争訟（ないし具体的事件）の要件を満たす限りで司法権の対象とすることができるが、他方で、法律上の争訟の要件が満たされる場合は、法律に規定がなくとも訴訟が許されることになる。」とした上で、次のようにB説は現行法とは矛盾した考え方ではないかと述べる。「日本の客観訴訟については、法律に特別の規定がなければ提起できないとされている（行政事件訴訟法四二条）。そうすると、B説によれば、行政事件訴訟法四二条は違憲となるか、あるいは、客観訴訟は司法権の要件を満たさず違憲となるか、いずれかにならざるを得ないように思われる。」<sup>(18)</sup>

筆者は、基本的にB説を支持したい。その上で、(5)で詳説するように判例の定式の「法律関係の存否」という表現の中に、「刑罰権の存否」に加えて「行政権限の存否」を含むとする解釈を採りたい。また、村上教授が指摘する行訴法四二条の隘路<sup>(19)</sup>は、後述する山本隆司教授の解釈見解を採ることで突破口（breakthrough）を開くことができるのではなからうか。

C説 司法権は「法律上の争訟」と無関係に定義されるとする説で、司法の観念から「具体的事件」や「法律上の

争訟」の要件を除く。客観訴訟は立法政策により司法権に含めうる。〈司法権 ≠ 法律上の争訟〉

この説を採る高橋和之教授は、「裁判所法三条一項は、裁判所の権限として、①『法律上の争訟』と②『その他法律において特に定める権限』を規定する。」と述べた上で、「私の定義からは、客観訴訟は司法権に含まれるが、『裁判を受ける権利』には属さないもので、法律による出訴権の付与が必要となり、その意味で②に属することになるのである。」と述べる。

また、高橋教授は、憲法上の司法権の定義に非紛争的訴訟事件を含めるために、「私は、先に提示した司法権の定義を訂正し、そこから『争い』を削除したいと考えるに至った。憲法七六条にいう司法権とは、『適法な提訴を待つて、適正な手続により法の解釈・適用を終局的に確定し、実効的救済を与える作用』である、というのが新たな私の定義である。」と述べる。しかし、著作において定義は一貫していない。

前述したとおり、村上教授は、B説は少なくとも現行法とは矛盾する考え方ではないかとの見解を述べている。しかし、行訴法四二条について、次のような解釈が可能であれば、隘路は解消されると考える。

山本隆司教授は、四二条を「五条・六条の定義をそのまま受けた規定と理解するのは適切であろうか。つまり、『国又は公共団体の機関の法規に適合しない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』(5)、および『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』(6)はすべて『法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる』(本条)のか。換言すれば、『法律上の争訟』でないのか。」と問題提起する。そして、「五条・六条に定義された民衆訴訟および機関訴訟はすべて、『法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる』(本

条」とする立場は、一方で私人の利益の個別化可能性、他方で行政組織の一体性を強調し過ぎており、また、裁判所の任務・権限を過度に限定するものであり、むしろ、行政過程の全体を通覧し、局面に応じて適度に、裁判所によるコントロールの可能性を組み込むべきである。行訴法に即して言えば、五条・六条にいう民衆訴訟および機関訴訟には、法律上の争訟、ないし法律の特別の根拠なしに認められる訴訟が含まれていると解すべきである。そして、本（四二）条にいう民衆訴訟および機関訴訟の範囲は、以上に説いたように場合を分けて、限定解釈すべきである<sup>(10)</sup>とする。

山本教授の立論は、五条・六条の範囲<sup>ちゅう</sup>には、純粹に立法政策に委ねられる民衆訴訟・機関訴訟の類型と、形式的に立法化されていても、実質的に「法律上の争訟」に該当するものがあると考えるのである。二つの類型に対応する四二条の規定は、それぞれ創設規定と確認規定ということになる。そして、後者の場合は、本来、個別の法律に根拠がなくても訴え提起が可能ということになる。つまり、四二条が創設的に機能するのは、形式的に五条・六条に該当する訴訟のうち、法律上の争訟に該当しないケースであると限定解釈するのである。国会は、憲法上の司法権の対象を制限することになる立法には謙抑的であるべきであり、そのことは既存の法律の解釈においても同様である。山本教授の立論に賛同したい。

#### （4）客観訴訟の位置づけ

多くの論者が指摘するように、通説・判例は、法律が主客転倒的に憲法上の司法権の内容を規定するという事態を認めることになり、内容的にも種々矛盾を抱えることになる。その代表的な例が、いわゆる客観訴訟の位置づけである。

洪谷秀樹教授は次のように指摘する。すなわち、従来の一般的な考え方は、司法概念に含まれる事件性の要件を裁

判所法三条一項に規定された「法律上の争訟」と同じものにとらえて、「実定法の中に規定された客観訴訟を、『法律上の争訟』ではない、すなわち司法の本質的概念である事件性の要件を充たさないとして、裁判所法三条一項に規定された『その他法律において特に定める権限』の中に位置づけてきた。」「このような位置づけは、新たな問題を引き起こすことになる。つまり、司法の本質的要素として『法律上の争訟』を想定しながら、その範囲に入らないものであっても、法律に規定すれば裁判所は訴訟手続を用いてそれを裁定できるようになり、司法の限界を確定する手段を失うからである。(傍線筆者)」「この問題を解決するためには、司法につき憲法が確定する外延を明示する必要がある。そして、明示されるべき外延念こそが、事件性の要件になるのではないか。ただ、注意すべきは、ここでいう事件性の要件は、『法律上の争訟』よりも広いもの、すなわち、『具体的な法的紛争』の存在である。そして、実際には国会は法律で、また地方議会は条例で、実体的権利を創設することによって、『法律上の争訟』と事件性の要件の間の空白領域を充填できるとともに、実体的権利を創設することが困難な場合であれば、出訴権を法律によって設定することによって、その空白領域を充填したのと同様の効果を生むことができる」とされてきたのではないか。」(傍線筆者)と述べた上で、「前者の実体的権利を創設した例として、情報公開法制における情報公開請求権の明文化」を、「後者の出訴権の設定の例として、いわゆる客観訴訟として個別の法律の中に規定された民衆訴訟と機関訴訟」を挙げている。

洪谷教授の立論は、「法律上の争訟」の概念を判例が確立した定式の従来の通説的解釈を前提にしていると思われる。しかし、判例の定式の内在的変更(可変)が(論理的に)解釈として可能であれば、《憲法上の司法権Ⅱ事件性の要件Ⅱ裁判所法上の法律上の争訟》として統一・一体的に理解した方が、今後の議論の展開上簡便(混乱が少ない)ではなかろうか。土井真一教授は、「理論的には、憲法上の『司法権』概念に関連する《事件性・争訟性》の要件と、裁

判所法にいう《法律上の争訟》とが、同一の射程をもつか否かを問題とする余地がある」と述べた上で、次の三つの理由から「裁判所法にいう《法律上の争訟》は、憲法第七六条にいう司法権とその対象において一致する概念であると理解する」との見解を示している。すなわち、①憲法上の「司法権」を裁判所法により縮減することは許されないこと、②裁判所法三条が「日本国憲法に特別の定のある場合を除いて、一切の法律上の争訟」という文言を用いているのは、憲法七六条の「すべて司法権」という文言を受けてのことと考えられること、③最高裁判所の判例も両者を特に区別しているとは思われないこと、である。

思うに、②の理由は、憲法七六条と裁判所法三条の文理に注目するものであり、B説の根拠の一つとして援用しているのではなからうか。もっとも、土井教授はA説に立っているようで、「憲法第七六条一項が『すべて』という語を用いたのは、法律によって裁判所から奪うことができない権限として『司法権』を定めるという趣旨であり」、「法律によって付与することが許される裁判権、逆に言えば、法律によって付与しないことが許される裁判権を、憲法第七六条一項にいう『司法権』の概念に含める立場をとると、困難な問題が生じることになる。例えば、機関訴訟を『司法権』の概念に含めるのであれば、そもそも、なぜ、憲法によって付与された司法権の行使を、法律を定めないことによつて制限することができるのかについて説明が必要になる。」<sup>(8)</sup>と述べている。つまり、土井教授は、〈司法権＝法律上の争訟＋α〉という図式を支持し、客観訴訟は「α」に含まれるとするのである。

#### (5) 「法律上の争訟」に関する判例の定式の射程

三番目の論点として、「法律上の争訟」と「主観訴訟」を等式で結んできた判例の定式について、通説の理解とは別（alternative）論理内在的変更（可変）が解釈として可能かという問題がある。



芦部信喜博士は、判例上の「法律上の争訟」の要件の前半部分について、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であつて、（したがつて、裁判所の救済を求めるためには、原則として自己の権利または法律によつて保護される利益の侵害という要件が必要とされる）」（傍線筆者）と記述し、「法律上の争訟」に当たらず、裁判所の審査権が及ばない場合（警察予備隊違憲訴訟事件）の説明として、「具体的事件性もないのに（つまり権利侵害の要件もなく）」と述べ、「権利侵害」を具体的事件性の要件にしている。<sup>(18)</sup>

他方、阿部泰隆教授は、国と地方自治体間の争いは、「民事法的な意味での当事者間の権利義務に関するものではないが、行政主体間の権限行使の争いであり、法律関係が生じ、具体的な法的紛争である以上は、『法律上の争訟』と理解すべきである。」（傍線筆者）<sup>(19)</sup>と判例の定式をトレースする形で叙述している。筆者は、議論はこれに尽きており、あえて補足する必要もないと考えるが、以下、最小限の補足をする。

阿部教授の叙述の前半部分について、巨理格教授は次のように指摘している。「一般民事事件に対比しての行政事件の異質性」の一つは、「行政に対する法的規律の構造的特質」にあると考えられる。そして、「行政法規の適用過程では、公共の利益ないし法律上の目的を適正に実現するという公的責任の下で行政機関がなすべき権限の行使・不行使とそれにより何らかの影響を受けることとなる国民の権利利益とが対置されるのであつて、一般民事訴訟のように権利義務の対立関係が存在するわけではない。したがつて、行政訴訟における裁判審査に託された役割とは、主に、行政機関が、関係する多様な権利利益に適正な考慮を払いつつ、法律上の公益目的実現のためにルールに従った権限の行使または不行使を行ったか否かを検証するという点にあるのであつて、少なくとも厳密な意味の権利義務関係の裁断に存するわけではない」<sup>(20)</sup>。

阿部教授の叙述の後半部分に関連して、筆者は、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否（刑罰権の存

否を含む）に関する紛争であつて」の判決文にはない括弧書き部分に注目したい。内野正幸教授は、「法律関係の存否」という言葉について次のように述べている。「この言葉の存在は、『刑罰権の存否を含む』（『裁判所法逐条解説・上巻』「法曹会、一九七八」二二二―二三頁）ことをより明確にさせる、という点で有意義である。なお、刑罰権の宣告が法律上の争訟の属するのであれば、秩序罰たる過料の宣告（行政作用）はそれ自体としては法律上の争訟に属さない、と説明されるのはなぜかということは、私にとつて難問である。」

山口厚教授は、「刑罰は、処罰の対象となる犯罪者に対する利益侵害性を内実とするもので、害される利益により区分すれば、生命刑（死刑）、自由刑（懲役、禁錮、拘留）、財産刑（罰金、科料、没収）が認められている。」（傍線筆者）と述べている。そうすると、刑罰権の内容（効果）は、「犯罪者に対する利益侵害」を国家（国）が行使することが「法的に」許されるのか否かということになる。そのアナロジーで言うと、地方自治体間の争訟を含め「自治体に対する自治権侵害」を国（中央政府）や地方自治体（地方政府）が「行政権限」として行使することが「法的に」許されるのか否かと論点整理できることになる。両者は逐条解説等において（確認的に）括弧書きで言及されているかいないかの違いはあるものの、判例の定式が言う「法律関係の存否」に関する紛争であることに径庭はないと考える。地方自治体等の行政主体の「自治権侵害」の救済を求める争訟にあつては主観的な「権利侵害」に拘泥することなく、判例の定式の「法律関係の存否」の意味補填として、「刑罰権の存否」に加えて、いわゆる主観訴訟に解消されない「行政権限の存否」を読み込む解釈をすべきである。このように、判例の定式について、「法律上の争訟」と「主観訴訟」を等式で結んできた通説の理解とは別の（alternative）論理内在的変更（可変）が解釈として可能になると考える。

## 5 日本国憲法における司法権の観念を根拠とする見解

## (1) 説得力のない消極説

既述したとおり、村上教授は、司法権の観念に着目するアプローチとしては、①訴訟目的、②裁判を受ける権利、③日本国憲法における司法権の観念を根拠とする見解があるが、いずれも「必ずしも説得力があるとは解されない。」と述べていた。筆者は、「五 検討(2) 司法権の観念」の冒頭部分で、①②③の關係について、《憲法七六条の司法権Ⅱ裁判所法三条一項の法律上の争訟Ⅱ解釈上の主観訴訟》の等式のスタート(左辺)に当たる③の憲法上の司法権の観念は、本来、①と②を包括する上位概念的なものとして位置づけられる結果、消極説の①と②が根拠にならないことを消極的に論証したとしても、積極説の必要条件を満たしたに過ぎず、③に關し、国・地方自治体間の自治権を巡る争訟(権限の存否とその行使の適法性)が「憲法七六条の司法権」に含まれることを積極的に論証しなければ積極説の十分条件を満たしたことはないと言え、ハードルを課した。

③の見解について、村上教授は、「日本国憲法における司法権は、本来私人間の争訟(あるいはそれと同視しうる争訟)のみを対象となしうるのであって、行政主体間の争訟は原則として対象とならないとする考え方である」とし、「小早川光郎の見解がこれに当たる。『司法的権利保障(保護)』制度の枠を強調する雄川一郎の見解(……)も、この趣旨に理解できるかもしれない。」と述べる。引用されている雄川一郎の見解は、「地方公共団体の行政訴訟」(一九六八年)四二七頁、「機関訴訟の法理」(一九七四年)四六四頁、『行政争訟の理論』(有斐閣、一九八六年)である。

村上教授は、消極説に対し、「確かに、現行憲法の制定の際に、行政主体が自治権を主張する訴訟等を司法権に組み込むことが積極的に意図されていたわけではないかもしれない。しかし、だからといって、これを否定することが積

極的に意図されたと解すべき根拠もない。この問題は、判例学説の創造的な解釈に委ねられてみるとみるべきであった。現行憲法が定める地方自治の本旨に鑑みれば、肯定説をとることがむしろ憲法の趣旨にかなうと考えられる。」（傍線筆者<sup>(10)</sup>）と述べている。

ここでは、両説とも、決定打のないやや空中戦の様相を呈している向きもあるが、以下検討する。

## （2）事件性の要件の骨格

浦部法穂教授は次のように主張する。学説の多くは、事件性の要件から「当事者の主観的権利利益にかかわらない訴訟（いわゆる『客観訴訟』）の裁判は、本来的な司法の作用に属するものではないから、とくに法律で定められた場合にだけ認められる」とする。

翻つて、「全体の統治<sup>(11)</sup>＝支配機構のなかで、とくに、個別的な紛争の公権的解決を通じて秩序維持に仕えることを任務とする国家机关が裁判所なのであり、その際、「あらかじめ与えられた客観的基準（＝法）に従って裁定する」ことが求められる。」<sup>(12)</sup>「要するに、司法権の『本質』から論理的に導かれる『事件性の要件』というものがあつて、それに合致する紛争だけが司法判断の対象になる、というのではなく、法的な解決が可能であり、かつ公権的裁定の必要のある紛争が、司法権によって取り上げられるのであり、それを『事件性』とか『具体的争訟性』などといっているにすぎないのである。であれば、『事件性の要件』なるものの中身は、法的解決の可能性と公権的解決の必要性の二点である、ということになる」<sup>(13)</sup>（傍線筆者）。浦部教授の見解は、憲法の下で裁判所が提供すべき司法サービスをどのように構想するのかについて、演繹<sup>(14)</sup>ではなく、帰納・機能的立場を示すものといえよう。「積極的に意図されていたわけではない」として、立法者意思（と思われるもの）を「消極的に凍結<sup>(15)</sup>」するかにみえる小早川教授とは逆方向の思考（志

向)のように思え、傾聴に値する。

そして、浦部教授は、「公権的解決の必要性」について、①秩序維持という国家的利益の観点からの必要性判断と、②人々の権利保障の観点からの必要性判断を挙げている。<sup>106</sup>案ずるに、国(中央政府)と地方自治体(地方政府)間の自治権を巡る争い(権限の存否とその行使の適法性)の「公権的解決の必要性」は、直接的には浦部教授のいう①から導かれるといえるが、②からも同様・同等に導かれるといふべきである。すなわち、地方自治法一条の第二項は、地方自治体の存立目的を「住民の福祉の増進を図ること」と規定しているところ、「住民の福祉の増進」とは、「一般に、現代社会に生存する地域住民の権利利益の実現または確保をいう」<sup>107</sup>と解されているのである。

また、浦部教授は、「憲法は、国家機関に対する行為規範としての意味をもっているから、国のすべての行為は、その形式がどうであれ、すべて憲法の規律のもとにあるはずである。」<sup>108</sup>と述べる。その原則を踏まえ、「国が自衛隊基地の用地を取得する目的で私人と締結した土地の売買契約は憲法九条に違反するものであって無効である、として争われた」百里訴訟の最高裁判決(平成元年六月二〇日判決)に対し、「国の私法上の行為も、当然に憲法の規律を受け、したがって違憲審査の対象になる、と解すべきである。」<sup>109</sup>と述べる。同教授の「国のすべての行為は、その形式がどうであれ、すべて憲法の規律のもとにあるはずである」との表現は、立憲主義、法治主義の徹底を希求するものである。「原則」に対する「例外」を安易に黙認し、立憲主義、法治主義を等閑に付すことがあってはならないのである。

なお、浦部教授のいう「法的解決の可能性」は、判例の定式の後半部分(かつ以下)で「法律の適用によつて終局的に解決し得べきものであること」と表現されていることになる。

また、常岡孝好教授は、アメリカ合衆国憲法を継受した日本国憲法の下での事件性要件について、「日本国憲法の司

法権規定が全体としてアメリカ憲法の影響を受けて制定されたことから、基本的には、日本国憲法の司法権に係る事件要件も、アメリカと同様と解してよいと思われる。それゆえ、事件性要件は、幅のある概念であり、その周縁部分と中核部分との二重構造からなっていると解される。そして、中核部分として、少なくとも二つの部分があり、一つは、裁判を受ける権利を保障する訴訟であり、他の一つは、統治権・準主権的利益を保障するための訴訟である。<sup>(20)</sup>（傍線筆者）と的確に指摘している。

以上が論者による「事件性の要件の骨格」といえるものである。

### （3） 行政主体の統治権・準主権的利益の保護を主眼とする訴訟

常岡教授は、次のように解釈の可能性を論じている。「アメリカ合衆国憲法の下で、事件性の裁量的要件を課すことが制限される場合は、私人の裁判を受ける権利を保障する場面に限定されないことがわかる。連邦や州の統治権・準主権的利益に基づく訴訟について、裁判所が裁量的事件性要件を課して、これを全面的に拒否してしまうことは許されない。そうすると、私人の権利とは性質の異なる統治権・準主権的利益に基づく訴訟は、その全部ではないにしても、少なくとも一部は、司法権の中核部分に位置づけることができよう。」<sup>(20)</sup>（傍線筆者）「司法権の中核部分に位置づけることができる訴訟は、少なくとも二種類ある。一つは、私人の権利を保護することを主眼とする訴訟である。他の一つは、行政主体の統治権・準主権的利益を保護することを主眼とする訴訟である。これら二つの司法権の中核部分は、完全に一致するとは限らない。むしろ、異なる二つの焦点を中心にして広がる別個の領域といえよう。司法権概念には、外延としてのそれと、中核としてのそれとの二種類のものがあり、前者の中に後者は包含されるが、後者は単一ではない。司法権概念は、外延としての司法権の中に単一の中核概念としての司法権が存在するという同心円構

造ではないことになる。」(傍線筆者)<sup>(20)</sup>

ここで、常岡教授が「同心円構造」と述べているのは、「司法権」・「法律上の争訟」概念をコア・中間領域・外周という同心円(ドーナツ)構造で再構成する中川丈久教授の所説を指しているものと思われる。4の(3)で述べたとおり、中川教授は、B説に立ち、憲法上の司法権と「法律上の争訟」を等号で結び、「法律上の争訟」概念を超える事案は司法権の概念を超え、裁判をすることができないとする。もともと「法律上の争訟」は、コア(Core)部分とフリンジ(Fringe)部分の二つの層からなり、後者については法律や裁判所自身の考慮により司法審査を抑制することができ、客観訴訟はフリンジ部分に属するとする。

中川教授の所説は、「司法権」・「法律上の争訟」と構成した上で、その対象をコア(憲法上の要請部分)、中間領域(憲法上許容された立法政策による部分)、外周(憲法上禁止されている部分)と三分していることになり、「権利義務又は法律関係の存否に関する紛争」(従来のいわゆる主観訴訟)は、司法権「法律上の争訟」のコアを示すものにとすぎず、従来の客観訴訟もまた、司法権「法律上の争訟」の中間領域に含まれることになる。渋谷教授も「通説的な定義を司法の概念の中核にすえつつ、政策的な観点から裁判所に権限を追加していくことを憲法が許容しているという規範的位置づけを踏まえた憲法解釈を展開すべきであろう」と述べており、「許容」の余地を認めている。

また、中川教授は、行訴法四二条の立法政策に対し次のように再考を促している。「民衆訴訟(五条)や機関訴訟(六条)は、紛争主題の構成の仕方としては抗告訴訟と同じである。抗告訴訟との違いは、ただ、『司法権』ないし『法律上の争訟』のコア部分にいる紛争当事者が原告となつて提起するものか、その外側の中間領域にいる紛争当事者が原告となつて提起するものかにあると考えられる(そうでないと憲法違反である)。行訴法は、『民衆訴訟及び機関訴訟は、法律に定める場合において、法律を定めるもの(四二条)と定め、中間領域に存

する紛争の取り上げ方に全面介入し、裁判所が自らのイニシアティブでそのような紛争を受け付けてはならないという立法政策を明示しているのである。」とした上で、そのことが「戦後の判例理論の創造性を損なわせた最大の原因であった可能性もあるように思われるのである。」と述べている。

中川教授は、行訴法四二条に係る立法政策の不合理を批判している。前述したとおり、山本隆司教授は、四二条が創設的に機能するのは形式的に五条・六条に該当する訴訟のうち、法律上の争訟に該当しないケースであると限定解釈することを提案している（4の（3））。

翻つて、常岡教授は、「国と地方公共団体との関係における国の関与の目的は、①適法性確保、②国家行政全体の一体性・統一性の確保にあるが（……）、都道府県と市町村との関係でも同様であろう。地方公共団体相互間で自治権をめぐり紛争が生じたとき、適法性や行政の一体性・統一性を確保することが必要である。こうした適法性・一体性・統一性の確保のため、司法権は介入することができるし、一定の場合には介入しなければならないというべきである」と述べる。既述したとおり、常岡教授の立論は、憲法上の司法権の構成要素である事件性要件は二重構造からなっており、その一つが統治権・準主権の利益を保障するための訴訟であるというアプローチに拠っている。

他方、山本隆司教授は、機関訴訟の分析において、「憲法あるいは法律により相互に一定の自律性・独立性を保障された国または公共団体（の機関）が、権限を主張し合う訴訟は、法律上の争訟と解すべきである。」「法が国または公共団体（の機関）相互間に保障する自律性・独立性は、裁判所への出訴権の承認により初めて、法的に十全な実現可能性を備えることになる（詳しくは、山本隆司「行政組織における法人」塩野古希上八五九頁以下）。（傍線筆者）と述べる。続けて、「このように考えられるとしても、法律上の争訟に当たるのは、国または公共団体（の機関）が、組織法上一般的に付与されている権限を主張して、出訴する場合に限られる。こうした本来の権限を超えて出訴する権限を



付加するには、法律の特別の根拠を要する。」(傍線筆者)<sup>(20)</sup>と述べている。

#### (4) 小活

筆者の読解力不足に起因する部分も多かるうが、雄川一郎、小早川光郎など有力な論者が主張する消極説からは積極的な論拠を見出すことはできなかった。

一方、「国のすべての行為は、その形式がどうであれ、すべて憲法の規律のもとにあるはずである」と述べ、憲法上の司法権の構成要件である「事件性の要件」の中身は、法的解決の可能性と公権的解決の必要性の二点であるとする浦部法穂教授、事件性要件は幅のある概念であり、周縁部分と中核部分との二重構造からなり、中核部分には裁判を受ける権利を保障する訴訟と統治権・準主権の利益を保障するための訴訟の二つがあるとする常岡孝好教授、「司法権」・「法律上の争訟」概念をコア・中間領域・外周という同心円(ドーナツ)構造で再構成し、「法律上の争訟」は、コア(core)部分とフリンジ(fringe)部分の二つの層からなり、後者については法律や裁判所自身の考慮により司法審査を抑制することができ、客観訴訟はフリンジ部分に属するとする中川丈久教授。これらの所説は問題を発見し、解決に導こうとする創意工夫(学問的営為)に満ちており、筆者には魅力的で説得力のあるものに見える。

これらの学説は、国・地方自治体間の自治権を巡る争訟(権限の存否とその行使の適法性)が憲法七六条の「司法権」ないし裁判所法上の「法律上の争訟」に含まれると解することの理論的な「許容性」を論証するものといえよう。また、4の(5)で述べたように、地方自治体等の行政主体の「自治権侵害」の救済を求める争訟にあつては、判例の定式の「法律関係の存否」の意味補填として、「刑罰権の存否」に加え、いわゆる主観訴訟に解消されない、自治権の侵害に対応する「行政権限の存否」を含むとする解釈をすべきであり、そのような通説の理解とは別の(alternative)

解釈が論理内在的に十分可能であると考える。

他方、山本隆司教授の「法が国または公共団体（の機関）相互間に保障する自律性・独立性は、裁判所への出訴権の承認により初めて、法的に十全な実現可能性を備えることになる」との所説は、公権的解決の「必要性」の説明ということになる。

そして、結論的には、阿部泰隆教授が過不足なく述べるように、国と地方自治体間の争いは、「民事法的な意味での当事者間の権利義務に関するものではないが、行政主体間の権限行使の争いであり、法律関係が生じ、具体的な法的紛争である以上は、『法律上の争訟』と理解すべきである。」ということになる（4の（5））。そして、その説示は判例の定式と何ら矛盾するものではないのである。

注

(150) 毛利透「客観訴訟と司法権」曾我部真裕Ⅱ赤坂幸一Ⅱ新井誠Ⅱ尾形健編『憲法論点教室第二版』（日本評論社、二〇二〇年）一八一頁

(151) 長谷部恭男教授は、「かりに形式的司法概念（裁判所に属する権限）について七六条が語っているのだとすると、この条文は単なる同語反復（つまり『裁判所に属する権限は裁判所に属する』という言明）に帰着する。」（傍線筆者）と説明している。「シリーズ憲法の論点①『司法権をめぐる論点』」国立国会図書館調査及び立法考査局二〇〇四年九月二頁。長谷部教授の叙述においては、傍線部分が「司法権を行う機関」という形式的概念を含意していることになる。

(152) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第三版）』（有斐閣、一九七九年）三三五頁

(153) 芦部信喜Ⅱ高橋和之補訂・前掲注（99）三四七・三四八頁

(154) 渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』（有斐閣、二〇〇二年）三五〇頁

(155) 同・前掲注（154）三五二頁

- (156) 高橋和之編『新版世界憲法集第二版』（岩波書店、二〇〇二年）六八頁（土井真一訳）。現代アメリカ文学専攻の飛田茂雄教授（カズオ・イシダ）『浮世の画家』の翻訳者は、「法律用語の“Controversies”は大半の学者によって『争訟』と訳されているが、一般にはなじみのない言葉だ。裁判で決着をつける具体的な争い」という意味では同じことだから、私は、A、B、D訳と同じく『訴訟』と訳しておく。」と述べる（『アメリカ合衆国憲法を英文で読む』（中央公論社、一九九八年）一二八頁）。D訳とは、宮沢俊義編『世界憲法集第四版』（岩波書店、一九八三年）四五頁以下（斉藤真訳）を指している。なお、樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、二〇〇一年）一一一頁以下参照。
- (157) 南野森「司法権の概念」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第二版）』（有斐閣、二〇〇九年）一七一頁
- (158) 清宮四郎・前掲注（152）三三五頁。兼子一〓竹下守夫も「裁判所法三条一項が『裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判』すると定めているのは、この憲法の暗黙に前提としておこなうことがらを表現したものである」とする（『裁判法（第四版）』（有斐閣、一九九九年）六五頁・六六頁）。
- (159) 藤井俊夫教授は、憲法の定める司法権の概念が裁判所法の「法律上の争訟」の概念へと転化され、更に、「法律上の争訟」が判例上の二要件へと転化される状況を、「二度の転化」と呼んでいる。『司法権と憲法訴訟』（成文堂、二〇〇七年）四三頁
- (160) 佐藤幸治・前掲注（57）五八二頁
- (161) 同・前掲注（57）五八二頁
- (162) 洪谷秀樹・前掲注（154）六四七頁以下
- (163) 常岡孝好・前掲注（93）一六九頁（判例評論七頁）
- (164) 巨理格・前掲注（5）「法律上の争訟と司法権の範囲」二〇頁以下
- (165) 野坂泰司「憲法と司法権—憲法上の司法権の捉え方をめぐって」法学教室二四六号（二〇〇一年）四四・四五頁
- (166) 曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基础」ジュリスト二一九号（二〇〇二・三・一五）六四頁
- (167) 村上裕章・前掲注（6）三二頁
- (168) 野坂泰司「憲法と司法権」法学教室二四六号（二〇〇一年）四三頁。市川正人教授は、裁判所法三条一項の「定めから直ちに、憲法上、裁判所は司法権以外の権限を行使することができるし、裁判所にとのよう司法権以外の権限を与えるかは立法政策の問題である」と指摘している（横田耕一〓高見勝利編『プリッジブック憲法』（信山社、二〇〇二年）一一九頁）。

- (169) 宇賀克也・前掲注(119) 三八四頁以下
- (170) 野中俊彦「違憲審査制の性格」佐藤幸治Ⅱ中村睦男Ⅱ野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣、一九九四年）二七四頁、二八三頁
- (171) 野坂泰司・前掲注(168) 四八頁
- (172) 中川文久「行政事件訴訟法の改正―その前提となる公法学的営為」公法研究六三号（二〇〇一年）一二五頁以下
- (173) 藤井俊夫・前掲注(159) 四六頁以下
- (174) 村上裕章・前掲注(6) 三六頁
- (175) 高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、二〇一七年）四七頁
- (176) 同・前掲注(175) 四八頁
- (177) 同・前掲注(175) 四八頁・四九頁
- (178) 高橋教授は、二〇二〇年出版の教科書において、「司法とは、『適法な提訴を待つて、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』と定義することができる。この定義で司法作用の核心をなすのは、『法律の解釈・適用に関する争いの裁定』であり、『適法な提訴』は司法の発動要件、『適切な手続』は司法権行使の態様、『終局性』は効果を表現している。」（『立憲主義と日本国憲法第5版』（有斐閣、二〇二〇年）四三三頁）と述べており、これは、その三年前に出版された同書の旧版と全く同じ表現である（前掲注(64) 四一一頁）。
- (179) 南博方Ⅱ高橋滋Ⅱ市村陽典Ⅱ山本隆司編・前掲注(6) 八七〇頁、八七四頁以下（山本隆司執筆）
- (180) 同・前掲注(6) 八七七頁（山本隆司執筆）
- (181) 渋谷秀樹・前掲注(58) 六三五・六三六頁
- (182) 土井真一「法の支配と司法権―自由と自律的秩序形成のトポス」佐藤幸治Ⅱ初宿正典Ⅱ大石貞編『憲法五十年の展望Ⅱ』（有斐閣、一九九八年）一一八頁
- (183) 同「法律上の争訟と行政事件訴訟の類型―在外日本国民選挙権訴訟を例として」法学教室三七一号（二〇一一年）八四頁
- (184) 芦部信喜Ⅱ高橋和之補訂・前掲注(99) 三五〇頁
- (185) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、二〇〇九年）八五頁
- (186) 巨理格・前掲注(5)「法律上の争訟と司法権の範囲」二五頁

- (187) 内野正幸「法律上の争訟」とその周辺概念―憲法裁判を素材にして― 岡田信弘 笹田栄司 長谷部恭男 編高見勝利先生古希記念『憲法の基底と憲法論 思想・制度・運用』（信山社、二〇一五年）六九〇頁。法律違反に対する過料の場合、非訟事件手続法一一九条により、原則として地方裁判所により科され、「過料を科す裁判は、一般に行政処分としての性格を有すると考えられている」（宇賀克也）『行政法概説Ⅰ行政法総論（第七版）』（有斐閣、二〇二〇年）二七八頁。そして、裁判所法三条一項の「その他法律において特に定める権限」と一般に解されている。宇賀教授は、「いずれも違法行為に対する制裁であり、また、かかる制裁の威嚇によって一般予防効果を期待している点も共通である。」（前掲書二七七頁）とその類似性を指摘している。
- (188) 山口厚『刑法（第三版）』（有斐閣、二〇一五年）一九六頁。法律用語辞典では、「刑罰とは、犯罪に対する法律上の効果として行為者に科せられる法益の剥奪（制裁）を内容とした処分をいう。」と定義されている。高橋和之 伊藤眞 小早川光郎 能見善久 山口厚 編集代表・前掲注（36）二九五頁
- (189) 村上裕章・前掲注（2）二六頁
- (190) 同・前掲注（2）二五・二六頁
- (192) 浦部法穂『憲法学教室第三版』（日本評論社、二〇一六年）三四五頁
- (193) 同・前掲注（192）三四五・三四六頁
- (194) 同・前掲注（192）三四六頁。この記述について、竹下守夫教授は、法律上の争訟に当事者適格の問題を含まない趣旨のように思えると述べている（前掲注（128）一一二頁）。
- (195) 立法者意思を「積極的・発展的に解凍」する例として、条例による公表制度の創設がある。行政代執行法一条は、「行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる。」と規定し、法律に留保している。しかし、「これ（公表）は古典的な行政上の強制執行の種類に当たらず、行政代執行法一条でいう法律に留保された義務履行確保の手段に含まれないと解され、条例による制度の創設も認められる。」（塩野宏『行政法Ⅰ「第六版」行政法総論』（有斐閣、二〇一五年）二六七頁）。同法が制定された昭和二三年当時、「行政上の強制執行の種類」として「公表」は立法者には想定されていなかったというのである。
- (196) 浦部法穂・前掲注（192）三四七頁
- (197) 村上順 白藤博行 人見剛編『新基本法コメンタール地方自治法』（日本評論社、二〇一一年）一六頁（渡名喜庸安執筆）
- (198) 浦部法穂・前掲注（192）三八六頁
- (199) 浦部法穂・前掲注（192）三八六頁
- (200) 常岡孝好・前掲注（93）一七一頁（判例評論九頁）

(203) 渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割【第三回】司法権と違憲審査権―客観訴訟の審査対象」判例時報二二七五・二二七六合併号六頁

(204) 中川文史・前掲注(172) 一三五頁

(205) 常岡孝好・前掲注(93) 一七二頁(判例評論一〇頁)

(206) (207) 南博方Ⅱ高橋滋Ⅱ市村陽典Ⅱ山本隆司編・前掲注(6) 八七六頁(山本隆司執筆)

## 六 終わりに

全体を通して、村上裕章教授の論稿「国・自治体間争訟」をテキストに自分なりに「学習」してきた内容を「発表」した習作 (étude) に過ぎないことは十分認識している。

翻って、美濃部達吉博士は、「監督権の超越と其の救済」の表題の下、「違法なる監督権の濫用は公共団体の自治権の侵害であり、公共団体をして其の矯正を求むることを得せしむることが適当である。其の矯正の任に当るものは主としては行政裁判所であるが、行政裁判所に出訴し得べき事項は比較的限定せられて居り、違法の監督処分に対して必ずしも常に行政裁判所に出訴し得るのではなく、唯法律が特に指定して居る事件に付いてのみ出訴し得るに止まる<sup>(20)</sup>。」と述べていた(旧字を修正して引用している)。

ここでの美濃部博士の立論は、言うまでもなく出訴事項の限定列挙があった明治憲法(六一一条)下の行政裁判所制度について展開されているものである。そのような明文上の拘束のない現行憲法の解釈においては、「違法なる監督権の濫用は公共団体の自治権の侵害であり、公共団体をして其の矯正を求むることを得せしむることが適当である」という記述は、行政主体間の行政権限の行使(固有の資格)をめぐる争訟について、単なる立法論に止まらない実質

的内容を有するものといえよう。

本稿のテーマは、法解釈の在り方をも問いかけているように思う。憲法制定時の「立法者意思」と解されるものを「消極的に凍結」して解釈するのか、それとも時代や社会の変化に対応させ、「積極的に解凍」して発展的（問題発見と問題解決）に解釈・運用するのかわきという問いである。

笹倉秀夫教授は、著書の中で、南北朝時代の歌人頼阿とんあの歌集『草庵集』に収められている和歌に対して、本居宣長が注釈書『草庵集玉箒』で「解釈」を行っている例を紹介し、「立法者意思的思考」の項目で、「わきてなどつれなかららん出る日のひかりに近き峯のしら雪」を挙げています。笹倉教授は、「歌の意味は、〈どうしてとりわけ太陽に近い、山の頂の雪だけが消えないで白く輝いているのだろうか〉というものである。」「ものごとの客観的論理と、作者の直感的論理とを区別しつつ照らし合わさなければならぬのだ。『物の全体の理』は、〈春になって里の雪は消えても、標高が高い山頂部は気温が低いので雪が残る〉というものであり、『作者の見る心』は、〈山頂部は輝く太陽に近いから、その分暖かい光を強く受け、雪は早く消えそうなのだが〉というものである。この歌のおもしろさは、この作者の論理をも踏まえつつ現象を見ることによって、意外な観点から自然を眺め直す体験にある。ここには、解釈における（……）立法者意思の観点からの全体の再構成に通底するものがある。」と述べる。<sup>(20)</sup>

正直、なぜ、この歌が「解釈における立法者意思の観点からの全体の再構成に通底するものがある」のかは今一つよく分からない。分からないながらも、「立法者意思」を指していると思われる「作者の直感的論理」を「消極的に凍結」した解釈を押し通せば、およそ現象にそぐわない（非科学的？）し、「立法者意思」を踏まえ、それと区別して（積極的に解凍して）現象を見ることによって、コントラストの妙味を味わうことができるのではと考え、紹介した次第である。

学問とは、これまで同じ概念・集合に含まれていると考えられてきた $\alpha$ と $\beta$ には実は「差異」があり、区別すべき《define》事柄であることを「考究」するものと漠然と考えている。しかし、それが過ぎる（理論に埋没）と、窮屈なものになりかねない。また、単純に肯定するのではなく、否定説に立つ（立てる！）ことが「高級」であるとの社会通念もあるように思う。<sup>(20)</sup>

本稿では、国と地方自治体、地方自治体間の「権限争議」の類型的内容分析には至らず、全くの一般論で議論している。分類した上での分析は今後の課題である。

注

(208) 美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、一九三六年、一九八六年復刻版）六二〇頁以下

(209) 笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、二〇〇九年）三〇三頁

(210) 今から四〇年近く前、筆者は、北海道庁の総務部文書課法制第一係（当時）で、各部からの法律相談業務に従事していた。仕事のスタンスは、原課（個別法・条例の業務担当課をそう読んでいた。）の政策推進に対して、それが法律、判例、通達の趣旨からいかに不可能であるか（法的に許されない。）を指摘できるのが係員としての「優秀さ」の証であるという空気が充満していた。本テーマを検討する中で、学説の否定説は、どうも当時の、いわゆる地方官庁の「文書課」（自嘲）と通底するものを感じる。慎重さは確かに美德ではあるが。

追記

本稿は、六月に自費出版した『自治体の行政執行と法治主義』（共同文化社）において、「未定稿」として公表したものの「最終稿」である。連載の第一回は、二〇一六年三月（五一巻四号）であったから、五年以上の歳月を費やしたことになる。無様・不様というほかないが、強迫観念から解放された安堵感に包まれていることも事実である。



