



行政事件訴訟法の改正 : その前提となる公法学的営為

中川, 丈久

(Citation)

公法研究, 63:124-142

(Issue Date)

2001-10

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004166>



行政事件訴訟法の改正

——その前提となる公法学的営為——

中 川 丈 久

一 はじめに

1 行政事件訴訟法の改正論議

一九六二年に制定された行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という）の改正論議は、同法の抱える様々な課題に対処しようとするものである。そこで、同法の課題として何が議論されてきたかを鳥瞰しておく必要がある。時系列に沿って見るならば（内容的には重複がある）、大まかに次のような整理ができる。

第一に、行訴法立法時からの積み残し課題がある。内閣総理大臣の異議制度、無効確認訴訟の訴えの利益、義務付け訴訟の許容性といった問題のほか、同法の立案過程では、原告訴訟の本質論を尽くすことができなかったことが、立案関係者によって明らかにされている。¹⁾ 第二に、いわゆる現代型訴訟（公害ないし環境や計画、給付をテーマとする訴訟）がもたらした一連の課題がある。このような行訴法の予想を超えたタ

イプの訴訟への対応をするため、学説では、原告訴訟を拡大的に運用しようとする解釈論が広く試みられ（処分性や原告資格の拡大、法定外原告訴訟の積極的認容、また他方では、公法上の当事者訴訟を受皿としようとする解釈論も現れた。第三に、国民（原告私人）の側から見たときの、行政訴訟制度の使い勝手の改善という課題がある。「訴訟形式間のキャッチボール」の防止、職権探知の強化、当事者間の情報平等化（文書提出命令などの強化）、管轄裁判所、仮の救済制度などについての議論である。第四に、行政手続法や情報公開法が制定されたことを受けて、それを新たな与件とした行訴法のあり方を探るといふ課題がある。²⁾ 以上のほか、行訴法の運用主体である裁判所や裁判官といった「インフラ」のあり方も、行訴法改正との関連で、課題として認識されている（本学会における宮崎良夫報告を参照）。

このうち、第一、第二の課題群を中心に、解釈論的対応が可能と考えられた論点については、学説に相当の議論の蓄積

が見られた。しかし学説の解釈論が判例の大勢に影響を与えたことは多くなく（本学会の高木光報告を参照）、また、行訴法にはほかに、解釈論では対応不可能な課題も多くあることから、一九八〇年代後半頃から、法改正を意識した論稿やシンポジウムが現れており、ことに一九九〇年代後半からはこれが顕著な傾向となっている。⁽³⁾ 司法制度改革審議会の設置（一九九九年）は、その動きを一層活発化させているようである。

2 本報告の位置付け

行訴法の改正論議には、内閣総理大臣の異議制度のように、改正の方向性については学界的コンセンサスの得られている論点もある。しかし多くの論点はそうではない。むしろ、基礎理論的レベルに遡る根本的な見解の相違が見られる。第二の課題群にかかる改正論議がまさにそうである。すなわち、一方では、現在の抗告訴訟制度を枠として維持しつつ、原告適格規定の改正や、法定外抗告訴訟の諸類型の整備という方向での改正が主張されるが、他方では、抗告訴訟制度そのものの全面廃止という方向性も主張される。全面廃止論のなかでも、通常の民事訴訟のなかに解消する方向性を探る者もいれば、全面的客観訴訟化論者もいる。そのほか、なお、現行行訴法の運用改善で対応できるという論者もいるであろう。このような状況のなかで建設的に議論を進めるためには、⁽⁴⁾ 行政活動を訴訟に載せること⁽⁵⁾ について、最低限の共通了解はなにかを明らかにしておくことが必要と思われる。抗告

訴訟という制度はそもそもなぜ必要か、原告適格の範囲はそもそも誰が決めることができるのか（国会が「立法権」の行使として原告適格について法律を制定することと、「司法権」が、最高裁以下の裁判所に独占的に帰属することとは矛盾しないのか）、そもそも、「司法権」Ⅱ「法律上の争訟」Ⅱ主観訴訟と単純に理解してよいのか、といった基本問題である。

本報告は、こうした基本問題を検討する。訴訟法の改正である以上、憲法七六条一項の「司法権」、および裁判所法三条一項の「法律上の争訟」を踏まえる必要があるから、こうした概念が、行訴法改正論議に持つ意味を検討する。まず、憲法論として、日本国憲法における「司法権」と「裁判」の使い分け、および「司法権」概念の構造について、検討する（二）。続いて、「法律上の争訟」概念について、その憲法論としての側面（「司法権」との関係）、および、裁判所に対する訴えの構造を規定するという側面（訴えの構造論の側面）とに分けて検討する（三）。最後に、以上の検討から、行訴法改正のありうる幅について検討する（四）。

本報告は、いわば、抗告訴訟の本質論（あるいは、行政訴訟の本質論）を、憲法論を自覚的に取り入れて行うものであり、副題を、行訴法改正の「前提となる公法学的営為」と銘打ったゆえんである。行訴法の論議において、憲法論に連なる基礎概念の議論が欠如していることは、度々指摘されており、⁽⁶⁾ しかも、抗告訴訟の本質論が行訴法立案過程において不十分であったことが反省されているのであるから、まさに

今、こうした検討をすることが緊要と言えよう。なお、抗告訴訟本質論としては、ほかに、公権力性の概念も検討が必要であるが、時間の都合上省略する。

二 「司法権」——憲法論

1 「司法権」と「裁判」の使い分け

まず、日本国憲法が（その日本文において）、「司法権」と「裁判」の語を使い分けていることに注目したい。憲法は、第六章「司法」という章名を除くと、「司法権」という言葉を一カ所だけで用い（七六条一項「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。」）、ほかの箇所では一貫して「裁判」の語を用いている。こうした「司法権」と「裁判」の使い分けについては、諸説が主張されているが、条文を素直に見るならば、次のような理解が導かれるのではなからうか。

「裁判」の語を用いる諸条文のうち、七六条二項を除く条文においては、「司法権」の行使として裁判所が当然に行うことが想定されている具体的な作用（活動）という意味で、「裁判」の語が用いられている。民刑事等の「裁判」を行う権限が裁判所に帰属することを、憲法は、七六条一項の「司法権」規定によって示したうえで、そのような「裁判」に関して、裁判を受ける権利、対審の権利、対審および判決の公開などを定めているわけである。他方、七六条二項（「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」）にいう「裁

判」は、「司法権」の行使として裁判所が行う民刑事等の裁判のことではない。行政機関が行うものである（ただし英文では、七六条一項の「司法権」、二項の「裁判を行ふ」はともに judicial power を用ゐる）。

以上から、日本国憲法における「裁判」の語の使い方を總体として説明するならば、それは、権力分立の思考が生まれる以前から形成されてきた、社会における諸種の紛争を中立者が裁定するというサービスないし社会的制度を漠然と呼称する語であるとするのが、もっとも自然であろう。こうした「裁判」のサービスは、権力分立とは無関係に、商事裁判や土地・相続に関する裁判などという形で生じた。刑事裁判もまた、起源的には、社会と被告人の間の紛争（訴追者と被訴追者の間の、違反事実の有無や刑罰内容などにかかる見解の相違）を裁定する制度であつたと推測される。そうした紛争裁定のサービスとして歴史的に成立した社会的制度である「裁判」を念頭におきつつ、憲法七六条一項の「司法権」は、権力分立の観点から最高裁以下の裁判所組織に独占的に与えるべき機能ないし権能を、とくに括りだしたものである。

このように、日本国憲法において、「司法権」と「裁判」は、接点をもつが（民刑事等の裁判。「司法裁判（権）」という言葉は、この場面にのみ適切である）、同じレベルの概念ではないという意味で、同義ではないと考えられる。そしてこの区別をしておくことは、次に述べる「司法権」概念の構造について、ある示唆を与えるものと思われる。

2 「司法権」の概念構造…「ドーナツ（同心円）構造」の仮説

(1) 問題の設定 憲法七六条一項の「司法権」の意義については、周知の通り、憲法学において見解の対立が見られる。現在の通説の見解は、具体的な争訟に法を適用して紛争を解決することと定義するが、これを批判して、「司法とは、『適法な提訴を待つて、憲法の解釈・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』なのである」と述べる説もある（本学会における高橋和之報告を参照）。

しかしここで問題としたいのは、「司法権」の概念の前提である。憲法学が「司法権」の概念を語るとき、暗黙の前提として、それが一義的に固定された意義をもつものであるという共通理解があるように感じられる。しかし、「立法権」「行政権」「司法権」や、「地方自治の本旨」のように、統治のもつとも基本的な枠組みを示す概念について、憲法は、そもそもなにか確定的な答えを用意しているであろうか。むしろ、一定の幅をもつて伸縮しうる概念であることを予定しているのではなからうか。時代時代の知恵と経験で、その意味を考え続けよという、「問い」を発する規定であると考ええるほうが妥当のように思われるのである。

そのように考えるならば、「司法権」の概念は、その外周（最大領域）とコア（最小領域）の間に、中間領域が広がるという、いわばドーナツ（同心円）構造をとると考えられないであろうか。すなわち、およそ概念である以上、どこかに外

延はあるはずである。また、憲法七六条一項が「司法権」を裁判所に独占させているのは、コアが放棄されてはならないという意味においてである（「立法権」の国会独占の意味を想起されたい）。裁判所はコアについて、「司法権」を十全に行使する責務を負い、そうでなければ裁判所による「司法権」の放棄になり違憲である。

そして、外周とコアの間の中間領域において裁判所がどう行動すべきかについて、憲法は、特段の指示を与えるわけではない。中間領域において裁判所がどう行動するかは、裁判所自身の見識と、法律による立法政策的介入とが交錯するなかで形成されるところと考えるほかない。すなわち、まず、裁判所が自らの見識に基づき、「司法権」をその外周の目一杯には行使しないという意味で、自己抑制をすることが許される。

この自己抑制は、裁判所が、紛争裁定のサービスという社会的制度（二で述べた「裁判」）を運用するなかで培ってきた、経験や知恵に基づく判断——社会のあらゆる紛争を裁判所がとりあげるべきではないという判断——である。同時に中間領域については、国会（および内閣）が、訴訟制度に関する立法政策上の判断として、裁判所の行動の仕方に法律で一定の影響を及ぼそうとすることが禁止されるわけではない（中間領域における法律による介入と、裁判所の見識の関係については、法律の方が優位すると、とりあえず考えておく）。

以上の構造で理解するならば、「司法権」概念は、その中間領域が、裁判所や法律によってどう画されるかにより、伸

縮しうることとなる。言い換れば、中間領域において裁判所がどのように行動すべきかについて、憲法上一義的に決まっているかのような解釈論を述べることは、誤りと考えざるを得ない。

このような構造は、本案審理の方法（審判対象たる紛争に含まれる諸論点のうち、裁判所が審理を尽くすべきか否かの判断）と、訴訟要件の判定（民事訴訟法学という訴権的利益、ないし当事者適格を含む広義の訴えの利益の判定）というふたつの次元に分けて考えることができる。この両次元において、「司法権」概念のドーナツ（同心円）構造がどう見出されるかを、次に例示してみよう。

(2) 本案審理の方法の次元 本案審理の方法の次元においては、まず、証拠調べによる事実認定という作業を裁判所は必ず行わなければならないかという問題がある。小嶋和司が、「事実認定は司法の目的でない。……それは『司法』にとって、本質的要素たる意味をもつとは考えがたい」（したがって、実質的証拠の制度、陪審制度、法律審たる上告審制度はいずれも違憲ではない）と述べ、佐藤幸治が、「裁判は、大別して、①証拠主義に基づく事実の認定と、②認定された事実に対する法の適用という二つの過程よりなるが、『司法』の核を形成するのは②の過程である」と述べ、塩野宏が「事実認定が司法権の専権であるというのは、比較法的には必ずしも普遍的ではない」ことを指摘し、高橋和之が「事実認定を司法権の専権事項と考える必要はない」と述べるとき、証拠

調べによる事実認定が「司法権」のコアに属しないことが語られているのである。実質的証拠法則の規定は、「司法権」の中間領域への法律による介入例ということになる。

憲法や法律の解釈適用は、通常、「司法権」のコアに属すると考えられる。しかし、統治行為ないし政治問題の法理や部分社会の法理などは、憲法や法律の解釈適用であつても、高度の社会的自治や政治的自治に委ねられるべき論点にはあえて踏み込まないという、裁判所の見識を示した例である（個々の見識の是非は別論である）。裁判所が自ら立ち入りを抑制することもできるような、憲法・法律の解釈適用問題があるというわけである。なお、裁判所の自己抑制が可能な論点については、法律で、本案審理（司法審査）を排除する定めをおくことも憲法上許されることになりそうである（わが国にその例はない）。

立法裁量や行政裁量と、「司法権」（本案審理の方法の次元）の中間領域との関係については、注意を要する。法律が行政活動を創り出す過程で意図的にあけた穴である技術的政策的な行政裁量を例にするならば、そこで裁判所がすべき本案審理は、行政判断が法律の規定に照らして合理的か否かを確認することである。その本案審理（合理的裁量判断であつたか否かの審査）は、必ずしなければならない限りにおいて、「司法権」のコアである。逆に、合理的裁量判断であつたか否かの審査さえあえて行わないという選択がありうるならば、それは、「司法権」の中間領域に属する論点ということになる。

(3) 訴訟要件の判定の次元 次に、訴訟要件の判定の次元

元を見てみよう。ここでいう訴訟要件の判定とは、要するに裁判所の前に提出されている紛争（民事等事件）を、審判し裁判することを引き受けるか否かの判断である（詳細を三二(1)で述べる）。憲法上裁判所が引き受けなければならない紛争が、「司法権」のコアであつて、その紛争を引き受けなければ、「司法権」の放棄となる。そして、コアを超えた中間領域にある紛争については、裁判所の見識による自己抑制か、法律による立法政策的介入に基づいて、裁判所は、裁判を引き受けるか引き受けないかを決める。

この観点から、「司法権」の意義に関する通説的見解（具体的争訟を対象にすべきことを説く見解）を見るならば、そこに、「司法権」のコアを語ろうとする論者と、中間領域における裁判所の自己抑制の望ましきも含めて語ろうとする論者がいることに気付く。佐藤幸治が、憲法解釈によつて具体的事件性の要請を根拠付けようとしているのは、前者の例である。浦部法穂が、具体的争訟の必要性を憲法原理に基づいて「きつちりと枠組みの固まつたきわめてリジッドなもの」として理解することを批判し、柔軟性を要求しているのは、後者の例であろう。結局、通説のいう具体的争訟性は、「司法権」のコアのみならず、中間領域にも広がりを見せうる概念のようである。具体的事件性なるものは、相当に弾力的に解されるべきものではなくかという曾和俊文の指摘は、この広がり強調するものと言えよう。

客観訴訟（日本式語法の場合。三二(2)を参照）の憲法上の位置付けについては、周知のとおり、通説的見解では説明困難なところが残る。通説的見解（具体的争訟を「司法権」の定義に含める）からすれば、客観訴訟は「司法権」の行使とはならないため、法律限りでそのような訴訟を裁判所に行わせることに、落着きの悪さが否めないからである（これに對して、「司法権」の定義に具体的争訟という要素を含めないことにより、客観訴訟を「司法権」の行使であるとして右の困難さを免れさせる説も提唱されている¹⁴⁾）。

本報告の観点よりすれば、客観訴訟を、「司法権」の中間領域に位置付けることで、その困難さが解消される。行訴法が、民衆訴訟および機関訴訟（五条、六条）について、「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」（四二条）と定めているのは、国会（および内閣）が法律により、行政活動を争う訴訟に関して「司法権」の中間領域に介入したものと考えられる。

行政活動をめぐる訴訟から目を転ずると、民事訴訟法一三四条の証書真否確認訴訟は、事実の存否だけにかかわる紛争であるにもかかわらず、法律の規定に基づき裁判所が受け付けており、「司法権」の中間領域の例として理解することができる。

こうした中間領域の先に、裁判所が裁判を引き受けることのできる限界があり、これが訴訟要件判定の次元における、「司法権」の外周である。ある問題については何人もこれを

訴える資格があるという訴訟制度（たとえば何人であれ法律や法規命令につき、その無効確認を求める訴え）を立法することが、憲法上一義的に禁止されているわけではないと考えてよいならば（わが国に例はないが、米国にはいわゆる市民訴訟の立法例がある⁽¹⁵⁾）、外周は、そうしたところに求められそうである。

最後に、刑事訴訟について見ておこう。裁判所が受け付ける刑事紛争は、検察官の提起するものだけであるというのが現行法の定めである（刑事訴訟法二四七条の検察官起訴独占主義）。本報告の観点よりすれば、この前提には、政府組織（なかでも検察官）の提起になる刑事紛争だけが、「司法権」のコアであり、それ以外の者による紛争持ち込みは、「司法権」の中間領域にあるという憲法解釈があることとなり、刑事訴訟法の規定は、後者を明示的に封じたものと理解される。逆に言えば、被害者が、あるいは何人であれ、公判請求をすることができるという制度は、おそらくは「司法権」の外周の内側に含まれており、憲法上禁止されているわけではないと考える余地は大きいと思われる。

三 「法律上の争訟」——憲法論と訴えの構造論

1 憲法論としての側面——「司法権」との関係

裁判所法三条一項には、「裁判所は……一切の法律上の争訟を裁判……する権限を有する」という定めがある。一般的な理解によれば、この規定は、憲法七六条一項の「司法権」

を法律レベルで表現しようとしたものである（これに対して、「法律上の争訟」は、「司法権」より射程が広い可能性を指摘する説もある⁽¹⁷⁾）。この一般的理解を受け入れるならば、右に示した「司法権」概念のドーナツ（同心円）構造は、そのまま、「一切の法律上の争訟を裁判……する」ことに流れ込むはずである。

すなわち、「一切の法律上の争訟を裁判……する」ことにも、コア（最小領域）、中間領域、外周（最大領域）を区別することができ、中間領域においては、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が絡み合う。そしてこの構造は、本案審理の方法と訴訟要件の判定それぞれの次元において見出されるはずである。

たとえば、「法律上の争訟」概念のパラフレーズとして、最高裁が用いる「当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であつて、法律の適用により終局的に解決しうべきもの」という表現は、訴訟要件の判定と、本案審理の方法の両次元にわたる記述になっているように思われる。というのも、裁判（審判）の対象である紛争を限定するという問題関心（具体的な権利義務ないし法律関係の存否）と、その紛争について裁判所が本案審理を尽くすことが望ましいかどうかという問題関心（法律を適用して終局的に解決しうべき）とが述べられているからである⁽¹⁹⁾。

「法律上の争訟」概念が、本案審理の方法の次元で用いら

れる場合の例としては、「司法権」の箇所であげた、統治行為でないし政治的問題の法理、部分社会の法理などを挙げることができる。最高裁は、「たとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であっても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり」、当該論点について審査を差し控えざるを得ないと表現しているのである。

「法律上の争訟」概念が、訴訟要件判定の次元で用いられる場合の例としては、主観訴訟と客観訴訟の位置付け論がある。通説的理解によれば、「一切の法律上の争訟」はいわゆる主観訴訟を指したものであつて（民事訴訟（狭義）、刑事訴訟、抗告訴訟や公法上の当事者訴訟）、それ以外の訴訟である客観訴訟は、非訟とともに、「その他法律でとくに与えられた権限」にあたることされる（なお、刑事訴訟は「法律上の争訟を裁判……する」ことには含まれないとする説もある²³）。しかし本報告の立場からは、「司法権」の箇所で述べたことがそのままあてはまる。主観訴訟と客観訴訟は、そのコアと中間領域の違いであつて、これらの訴訟はすべて「一切の法律上の争訟を裁判……する」ことであると理解することになる。なお、客観訴訟（のすべて、または一部）を、「法律上の争訟」に含めるべきだという主張は、すでに多くの論者によつて提唱されているところでもある²³。

ちなみに、狭義の民事事件に関しても、「司法権」の箇所で述べたことがそのままあてはまる。民事訴訟法一三四条の

証書真否確認訴訟は、仮にこの規定が無ければ、単なる事実の存否に関する紛争として裁判所が取り上げない公算が高いが、しかし、民事訴訟法学において、これは「法律上の争訟」と位置付けられているようである。「法律上の争訟」概念の中間領域に位置付けられるのであれば、説明がつかないのではなからうか。

2 訴えの構造論としての側面——紛争主題の構成方法

(1) 問題の設定 裁判所法三条一項の「一切の法律上の争訟」の概念は、裁判所の受け付けうる訴えのとるべき構造をどのように規定する条文であるかについて、次に検討しよう。

訴訟とは、紛争について、裁判所が、審判し、裁判に至るプロセスのことである。そして、訴えは、この訴訟プロセスの開始を裁判所に要求する行為である。裁判（審判）の対象たる紛争のことを、裁判所法は「法律上の争訟」と呼んでおり、さらにそれは各種の法律により、民事事件、刑事事件、行政事件などとも呼ばれている。注意しなければならないのは、紛争という概念が、その主題（民事訴訟法学という訴訟物に、比喩的には等しい）、当事者、持ち出された時点（紛争の成熟ないし消滅）という、少なくとも三つの要素の組み合わせとして理解されるべきものだということである。

一般に、「法律上の争訟」の語は、紛争の主題のみを意味するものとして使われることが多い。しかし、当事者がいるから紛争なのであり、当事者のいない紛争はない。またどの

時点で切り取るかによつて、紛争は異なる顔を見せる。このように、誰がいつ持ち出すかによつて、紛争の同一性が左右されるのである。そうすると、裁判所が裁判（審判）の対象とするにふさわしい紛争か否かは、紛争の主題のみならず、それを持ち出した当事者や、持ち出された時点の組み合わせで判定するよりほかない。一般に「法律上の争訟」概念が、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係」とパラフレーズされていることは、まさにこうした組み合わせによる判定の必要性を示しているように思われるのである。

実際のところ、抗告訴訟の訴訟要件（広義の訴えの利益）——処分性、原告適格、狭義の訴えの利益——は、公権力性概念（抗告訴訟と民事訴訟の使い分け基準）と、「法律上の争訟」概念（そもそも裁判所として受けつける紛争か否かの基準）のいずれかに煎じ詰めることができる。たとえば、法令無効確認を求める訴えが「法律上の争訟」ではないという理由で却下されているのは、処分性の欠如とも、原告適格の欠如とも、紛争の成熟性の欠如とも表現することができる。また、那覇市情報公開条例をめぐる国と那覇市間の訴訟を、「法律上の争訟」でないとする判決は、国に原告適格は認められないと表現することもできたであろう。

本報告ではこれまで「司法権」や「法律上の争訟」概念において、訴訟要件（広義の訴えの利益）の判定の次元があると述べたが、これは、裁判所が受け付けうる紛争（主題・当事者・時点の組み合わせ）としての適格性の有無の判定の次元

と言い換えてもよい。民事訴訟法学という「訴権」は、まさに、裁判所が審判・裁判の対象として受け付けている（受け付けるべき）紛争（主題・当事者・時点の組み合わせ）を、裁判所への請求権という形で表現しなおしたものである。²⁸

以上を前提に、次に、紛争の主題をどう構成するかが、訴えの構造に大きな影響を及ぼすことを見ておく。

(2) ふたつの訴えの構造 民事訴訟法学において通常念頭におかれている訴えの構造は、次のようなものである。

民法を典型とする「請求権の体系」としての実体法²⁹が存在しており、紛争の主題は、原告の被告に対する請求権としての実体権（実体的請求権）がもたらす権利義務関係の存否として描かれる。それにより、「原告を守る法」（実体的請求権の体系たる法）の実現を求める訴えという構造が導かれる。すなわち、紛争の当事者たる原告は、実体的請求権（被告に対する請求権で、法定または任意の地位権も含む）の保持者であり、紛争の時点は、その実体的請求権の侵害ないし発生の時点である。そして原告は、実体的請求権（被告に対する請求権）を裁判所によつて実現してもらうという救済（判決主文、すなわちレメディ）を求めるのである。裁判所は、訴えにより、このような紛争を審判し、裁判するのである。

いわゆる訴えの三類型は、紛争の主題が右のように構成される時に成り立つ分類と思われる。³⁰原告が被告に対して有する（と主張する）「請求権としての実体権」の性格にに応じて、原告の訴えが、①被告による給付を請求する権利（例…所有

権に基づく妨害排除請求権、債務不履行に対する履行請求権や損害賠償請求権」の実現を求める訴え、②被告に、裁判所による状況形成を甘受することを請求する権利（例…婚姻取消し）の実現を求める訴え、③「請求権としての実体権」の存否の確認を求める訴え（例…債務不存在の確認）に分類されるのである。以上が、「当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否に関する紛争」の裁判を求める訴えの構造である。

しかし、このような実体的請求権の定式に載らない紛争の主題であっても、裁判所法三条の「法律上の争訟」たりうることとは、行政法字においてしばしば指摘されてきた。⁽¹⁾ により、刑事訴訟がそうである（「刑罰権の存否」は、右の定式には載らない）。

そこで、実体的請求権構成に代わる、どのような構成で、紛争主題を捉えることができるかを考えるならば、被告の行動を糾弾するという形で捉える方法があるように思われる。

この場合、「被告の守るべき法」の実現を求める訴えということになり、次のような特徴が生まれる。原告たりうるのは、紛争当事者であることを主張する者のうち、被告を糾弾させるにふさわしい者として絞り込まれた者である。また、紛争の時点も、糾弾するに値する時点はいつかという形で絞り込まなくてはならない。いずれも、定型的に決まるわけではない。また、原告の求める救済（判決主文、つまりレメディ）も、原告はいわば粹ないし方向性を定めて求めるに過ぎず、具体的な救済内容は、被告の行動につき裁判所がどう判断するか

に基づき、裁判所自身が詰めをせざるを得ない。

刑事訴訟は、構造としては右のように考えてよいであろう。もつとも、刑事訴訟法や刑事実体法が、紛争の原告や時点、救済内容を限定しているので、非定型性はかなり縮減されている。

抗告訴訟の構造も、右のように捉えられる。抗告訴訟は、一般に、「公権力の行使の法律適合性の保障」を目的としつつ、「国民の権利利益の保護」（権利救済）をも目的とすると言われ、後者が優先的目的であるとされる。しかし、両目的のいずれかが優先するという関係にあるわけではないと考えるべきである。抗告訴訟は、紛争の主題が、行政処分⁽²⁾の法適合性という、被告の行動糾弾型で構成される訴えであり、その紛争の当事者であると主張する者のうち、糾弾させるに値する者として原告たる資格を、権利保護という観点から絞り込むべき訴えであるという趣旨の記述であると理解されるからである。⁽³⁾

そもそも、主観訴訟と客観訴訟の概念は、母国であるフランスにおいては、全面審判訴訟と越権訴訟⁽⁴⁾の間の、紛争主題の構成の仕方の違いを指し示す言葉であった。⁽⁵⁾（その概念が、わが国では、裁判所が必ず受け付けるべき紛争か、そうでない紛争か——主観的訴訟と非主観的訴訟——を意味する言葉として用いられるようになった。⁽⁶⁾）

なお、行政命令に違反した者に対し、行政機関が遵守（義務履行）を求めて提起する訴訟があるが、その紛争の主題は、

実体的請求権（被告たる私人に対する請求権）として構成されているようである。そのためか、問題なく、「法律上の争訟を裁判……する」ことと理解されている。他方、行政機関が、法令違反者に対し、行政命令を出すのではなく、ただちに裁判所に問題を持ち出す制度は、被告の行動糾弾型の訴えとして理解することができそうであるが、わが国では「法律上の争訟を裁判……する」ことではなく、非訟事件として整理されており、今後の検討課題である。

(3) 訴えの構造論から、ふたたび憲法論へ 紛争主題が実体的請求権によって構成される訴えは、すべて、行動糾弾型の紛争主題の訴えとしても構成し直すことができる。不法行為に基づく損害賠償請求の訴えは、実体的請求権の実現を求める訴えであるが、被告の逸脱行動を糾弾する訴えとして理解することもできる。婚姻取消しの訴えも、被告が婚姻は解消されたものとして行動しないことを糾弾し、裁判所による婚姻取消しという救済（レメデイ）を求める訴えとして理解することもできる。債務不存在確認の訴えは、相手方が債務存在を前提としてある行為をとる（とらない）おそれを糾弾して、原告が、債務の不存在を裁判所が確認するという救済（レメデイ）を求める訴えである。

しかし逆に、行動糾弾型の紛争主題を、実体的請求権型の紛争主題として構成し直すことは、必ずしも可能ではない。ある種の取消訴訟では可能である。しかし、そもそも行政法と呼ばれる法領域は、行政活動を創出し規律する法律群――

行政事務とその担当行政機関を設置し、かつ行政活動のガバナンスのための仕組みをおくもの――であるから、常に、紛争主題を実体的請求権として構成できるわけではない。³⁷⁾

両者の関係は、むしろ、行動糾弾型で紛争主題を構成した訴えが繰り返されるうちに、原告のおかれた状況とそれに対する救済内容（レメデイ）とが定型化したとき、これを、原告の被告に対する実体的請求権という形で理解し直すことが可能になる――権利が生成する――という形で理解すべきではなからうか。定型化された救済内容（レメデイ）が、実体法（実体的請求権）として表現し直されるわけである。行動糾弾型の紛争主題の構成は、いわば新しい問題について訴訟するための原初的な形態というわけである（そして、原初的であるがゆえ、無視したい生命力があるようにも思われる）。

原告のおかれた状況とそれへの救済内容（レメデイ）が定型化したとき、これを実体的請求権という形で理解し直す可否かは、各国、各時代の嗜好性によるところが大きく（実体的請求権構成は、ドイツ法には顕著であるが、アメリカ法では、定型化されたレメデイと捉えるに止めている）、また法領域による違いもあると思われる。わが国では、民法法学（民法学および民事訴訟法学）が、ドイツの伝統を受け継いで「請求権の体系としての実体法」を前提に訴えの構造を理解するという選択をしたのであるが、だからといってこれが、わが国のすべての訴えの構造を理解する唯一の方法というわけではないのではなからうか。

以上を踏まえて、再び憲法論に戻るならば、「法律上の争訟」概念について、その紛争主題の部分で、「権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争」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。

四 ありうべき行訴法改正の幅

以上の検討を踏まえて、行訴法改正の選択肢の幅として、次の指摘をすることができよう。

第一に、抗告訴訟と公法上の当事者訴訟の区別は、そして抗告訴訟と狭義の民事訴訟との区別は、紛争の主題をどう構成するかという技術的な違い、またどう構成したいかという法的伝統の違いに過ぎず、それ以上に本質的な違いはない。⁽³⁹⁾ 行政活動を創り出すのが国の行政法（個々の行政法規）が、公権力概念を採用しているとしても、論理必然に、その受皿として抗告訴訟が必要というわけではない。また、行政処分と構成して抗告訴訟にのせると、相手方以外の第三者の原告適格を認める余地が出てくると言われることがあるが、それは、紛争主題を、行政活動の違法性という行動糾弾型で構成することによる効果である。

ちなみに、わが国の訴訟制度において今後も公権力概念を用い続けるべきかどうかは、憲法とは無関係である。その概

念がどのような便宜に資するかという立法政策上の選択の問題である。⁽⁴⁰⁾ 米国では、公権力概念を用いることなく、行政活動に関する訴訟を組み立てている。⁽⁴¹⁾

第二に、「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」であって、「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」と定義される民衆訴訟（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、法律を定める者に限り、提起することができ」（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。

しかし、「司法権」や「法律上の争訟」の中間領域について、そのように一律の介入をし、裁判所のイニシアティブを全面否定したことが、果たして賢明な訴訟政策であったかは、慎重に吟味し直す必要がある。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。

第三に、訴訟形式ないし訴訟類型は、その救済内容（レメ

ディ)面がより重視されるべきではなからうか。行政活動の違法性を糾弾するという形で紛争の主題を構成する抗告訴訟について、行訴法は、取消訴訟だけを規定している(時機に遅れた取消訴訟としての無効確認訴訟、および不作為違法確認訴訟は、確認の規定としてここでは捨象する)。裁判所による行政処分⁽¹⁾の取消し判決(拘束力付き)という救済内容のみを規定しているのである。行訴法のこのくだりは、しばしば、取消訴訟中心主義という解釈の根拠とされてきた。

しかし、それとは異なる理解もできそうである。すなわち、被告に、必要な行動(作為・不作為)を義務付けるという救済内容の判決は、いわゆる行政実体法(行政活動を創り出す個別法)が行政機関に義務付けていることは何かを宣言しているだけであるから、裁判所にとって、特別に法律の根拠が必要というものではない。そうすると、行訴法が取消訴訟だけを規定したのは、ただ単に、裁判所自身が行政決定を遡及的に無かったことにする取消判決のような内容の救済については、いわゆる行政実体法により行政機関に与えられている権限の所在に関わることであるから、特別に、法律で根拠を与えておく必要があったからに過ぎず、とりたてて、原告が求めうる救済内容につき、取消訴訟中心主義という一定の「傾斜」をかける趣旨ではなかった、という理解の仕方である。

付言すれば、ある救済内容を法律で定める場合、行訴法のごとく一般法で一律に定めるのがよいか、個別法に個々に置

くのがよいかという点もあわせて考慮する必要がある。

第四に、原告適格を見てみよう。行訴法において、私人が行政活動を糾弾しようとする訴訟には、民衆訴訟と抗告訴訟がある。その紛争の当事者であると主張する者のうち、抗告訴訟(取消訴訟)を提起しうる者は、「取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」に絞り込まれる(九条)。この文言は、原告適格の範囲について意見の合致に至らなかった立案過程で、いわば玉虫色決着のために案出されたものであり、文言としては、相当広汎に解しうるものである。⁽²⁾ また行訴法は、民衆訴訟を「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」と定義しているから(五条)、これと区別される抗告訴訟(取消訴訟)の原告適格は、自己の利益にかかわる資格で提起しているものという制約があるはずである。自己の法律上の利益として、「取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者」が、行訴法九条の原告適格の範囲ということになる。

そこで、抗告訴訟の訴えの構造からみて、ありうべき原告適格のカテゴリーを、同心円的に描いて見よう。第一カテゴリーは、行政活動が手を触れてはならないと法的に解される利益(生命身体のほか、法律で保護されるべきものとされた類の財産権)の保持者である。行政活動の外にあるべきものと法秩序が認めている既得の個人的利益であり、その者が、自己への利益侵害を防ごうとして提起する訴訟は、当該利益に対する妨害排除請求権として、実体的請求権としても構成しや

すい場面である。同じ発想は、旧憲法下においてすでに見られたところである。⁴¹⁾

第二カテゴリーは、「被告の守るべき法」の不遵守により、法律上必然的に不利益をもたらされる者である。行政活動を創り出す法律の仕組みから見て、行政活動が適切に行われることと、連動する関係（相伴い、付随し、消長を共にする、あるいは運命を共にする関係）にあることが予定されているような、自己の利益を有する者である。第三カテゴリーは、そのような連動の関係が、法律上正面から予定されているというわけではないが、しかし、事実的因果関係として連動することが強く推認されるような自己の利益を有する者である。⁴²⁾ 第四カテゴリーは、行政活動によって原告に生じた（あるいは生じるであろう）なんらかの影響や、問題への原告の関わり方（民事訴訟法学という紛争管理権説的な意味）に鑑みると、十分な訴訟追行をするであろうと思われる者である（たとえば、環境保護団体や地域住民）⁴³⁾。

そして、もつとも外側に、第五カテゴリーとして、社会の全成員（選挙資格や住所などの機械的な線引きによるものを含む）というものがある。通常、このカテゴリーの者に原告適格を認めるべき場合とは、国や地方公共団体の活動のガバナンス維持のため、特定の者に訴権を与えるという仕組みを、法律でとる場合であろう。

行訴法九条は、このうちかなりのものを含みうるほどの懐をもった文言である。⁴⁴⁾ しかし最高裁判例においては、「当該

処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者」という定式があり、そこには、右の第一および第二までしか含まれないようである。しかも最高裁が、さらに加えて、処分の根拠法規が「個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合」であるとか、「行政権の行使に制約を課している結果たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別される」などと言うときには、第二カテゴリーさえ含まれているのか怪しくなる。しかし、行訴法の制定と同年の公衆浴場事件の最高裁判決（昭和三十七年）は、第二、第三カテゴリーを含めるか否かで見解の分かれた事例として位置づけることができる。法廷意見は、「適正な許可制度の運用によって保護せらるべき業者の営業上の利益は、……公衆浴場法によって保護せられる法的利益と解する」としたのであるが、これは、許可制度が「適正」に「運用」されるならば、公衆浴場業者間の競争を防ぐような距離も確保されるはずであるから、行政機関による公益追求と、既存の公衆浴場業者の営業上の利益とは、法律上予定された連動関係にあると捉えたのである。この事件の調査官であった渡部吉隆もそのような発想を述べており、小早川光郎も同様に評している。⁴⁵⁾ これに対して、池田克意見は、既設業者の利益を「法的利益と解することはできず、単なる反射的利益に過ぎない」としつつ、「事実上の利益を有する者に過ぎない者であっても、その利益が……具体的な個人的利益であり、しか

も当該違法処分により直接且つ重大な損害を蒙った場合には「原告適格を認めるべきだと述べ、第三カテゴリーへの道を開くかのようなのである。そして、奥野健一反対意見は、その後の判例理論を先取りするかのような論調で、原告適格を否定している。

憲法論から考えるならば、原告適格についての現在の判例理論は、「司法権」ないし「法律上の争訟を裁判……する」ことのコア（訴訟要件判定の次元）を十分に尽くしているか、第一カテゴリーのみならず、第二、第三カテゴリーもコアに含まれるのではないかという問題が検討されなければならない。行政活動の適法に行われる（公益が正しく追求される）ことと運動する自己の利益を有する者であれば、裁判所はそこに「司法権」や「法律上の争訟」のコアを認めなければならないのではないかという問題である。

あわせて、「司法権」や「法律上の争訟を裁判……すること」のコアを超えた中間領域にある当事者の持ち込む紛争も、随時、裁判所のイニシアティブで受け付ける余地を認めるかどうか、という問題が生じる。これはすでに述べた民衆訴訟、機関訴訟の規定の改廃に連なる問題である。

五 おわりに

本報告の結論は次の通りである。

憲法七六条の「司法権」は、本案審理の方法の次元、訴訟要件（広義の訴えの利益）の判定の次元の両方において、外

周、中間領域、コアという、いわばドーナツ（同心円）構造で理解されるべきである。（日本式概念としての）主観訴訟、客観訴訟は、いずれも「司法権」の行使であり、コアか中間領域かの違いである。裁判所法三条一項の「法律上の争訟を裁判……する」という概念は、「司法権」とまったく同じ概念構造として理解することが適切である。

訴えの構造を見るならば、原告の被告に対する実体的請求権の裁判所による実現として構成できる訴えと、被告の行動を糾弾して救済を求めるものとして構成できる訴えとがあり、両者は技術的な差である。公法上の当事者訴訟ないし民事訴訟と、抗告訴訟との間の違いは、（公権力性概念を別にすると）そのようなものとして理解することができる。

以上の見地にたつて、行訴法の改正を考えるならば、日本の裁判所が将来的にどのような創造性をもつ組織であるべきか、法律による介入の度合いはどこまでが望ましいのかを考えながら、行訴法の全体構造を根本的に変更する可能性を検討することが必要であるように思われる。

（追記）紙幅の都合上、学会報告よりもさらに切りつめる必要があり、本稿では、一部、学会報告とは異なる順序で叙述している。

（一） 塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」成蹊法学四三号四三頁、五六頁（一九九六年）（以下、「管見」）。

- (2) 以上の四課題につき、たとえば阿部泰隆『行政訴訟改革論』(有斐閣、一九九三年)、塩野「管見」四九〇五頁などを参照。
- (3) 改正論議の経緯については、塩野「管見」四六七四頁、山村恒年編『市民のための行政訴訟制度改革』(信山社、二〇〇〇年)二八〇三頁などを参照。
- (4) 佐藤幸治は、「わが国の行政事件訴訟制度の形成に、憲法解釈論が直接深くかかわったということがなかったようにみえる」と述べており(『憲法』(第三版)(青林書院、一九九五年)二九三頁。以下「憲法」、塩野宏は、法律上の争訟や客観訴訟などの概念についての掘り下げた検討がなされてこなかったことを指摘して、「基礎概念についてもっと明確に議論しなければいけない……それが学者の役割ではないか」と述べる(宇賀克也等『行政事件訴訟法を見直す』(下)自治研究七六巻七号三頁三三〇三頁(二〇〇〇年))。さらに、亘理格『行政訴訟における「裁判を受ける権利」論序説』菅野喜八郎教授還暦記念『憲法制定と変動の法理』(木鐸社、一九九一年)一二七頁、一四二一四三頁、曾和俊文「地方公共団体の訴訟」杉村敏正編『行政救済法2』(有斐閣、一九九一年)二六五頁(以下、「地方公共団体の訴訟」、村上裕章「憲法と行政訴訟」北大法学論集四六巻四号七三五頁、七五六頁注(一)(一九九五年)(以下、「憲法」と行政訴訟)、大貫裕之「行政訴訟による国民の「権利保護」」公法研究五九号二〇三頁(一九九七年)(以下、「権利保護」などを参照。
- (5) 諸説については、佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、一九八八年)三一〇四五頁(以下、「現代国家と司法権」を参照。
- (6) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、一九八七年)四八五〇四八六頁。
- (7) 佐藤「憲法」三〇七頁。
- (8) 塩野宏『行政法I(第二版)』(有斐閣、一九九四年)一〇八〇九頁。
- (9) 高橋和之「司法の観念」樋口陽一編『講座・憲法学』(日本評論社、一九九五年)三八頁注(16)(以下、「司法の観念」)。
- (10) 佐藤「憲法」二九三二九六頁、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、一九八四年)二二五頁、佐藤「現代国家と司法権」一六七二九頁。
- (11) 浦部法穂(『全訂』憲法学教室II)(日本評論社、二〇〇〇年)三三二〇三三頁。
- (12) 曾和「地方公共団体の訴訟」二九五二九七頁。
- (13) 一例として、佐藤「憲法」二九八二九九頁(「法律により、裁判所に対し、本来的司法権ならざる権能を付与するについては、憲法上の限界があると解される」)。
- (14) 高橋「司法の観念」二七三三〇頁。ほかに、客観訴訟も司法権の範疇に含めて考えるべきことを指摘する文献について、大貫「権利保護」二〇九頁、二一〇頁注(一)を参照。
- (15) 市民訴訟については、常岡孝好「アメリカ合衆国環境諸法の市民訴訟(Citizen Suit)制度」明治学院論叢四一七号一頁(一九八八年)を参照。
- (16) 最高裁判所事務総局『裁判所法逐条解説』(以下、「逐条解説」)二九六二二〇二二頁。憲法教科書での例として、佐藤「憲法」二九六二九七頁。
- (17) 確井光明「地方税の法理論と実態」(弘文堂、一九八六年)二四四頁(以下、「地方税」)、曾和「地方公共団体の訴訟」二九四二九七頁。もっともこれらの説は、憲法論への立ち入りを避けた結果として、その分、裁判所の「法律上の争訟」概念に負担がかけられたものであるように思われる。
- (18) 最判昭和二十八年一月一七日行裁例集四巻一〇二七六〇頁(「法律上の争訟とは、法の適用によって解決されるべき人の具体的権利義務に関わる争いである」、最判昭和五十六年四月七日民集三五巻三三四四三頁(板まんだら事件)、「逐条解説」二〇二二頁。
- (19) 「逐条解説」二二三四頁の説明の仕方を参照。また、佐藤『現代国家と司法権』六八六九頁、新堂幸司『新民事訴訟法』(弘

文堂、一九九八年）二一四～二一五頁（以下、『新民事訴訟法』も参照。

(20) 最大判昭和三五・六・八民集一四卷七号一二〇六頁（衆議院の解散）。

(21) 最高裁判所事務総局『裁判所法逐条解説（上巻）』（一九六七年）二二頁。

(22) 大貫「権利保護」二〇八頁の指摘を参照（宮沢俊義、雄川一郎、今村成和の指摘を引用）。

(23) 民衆訴訟も「法律上の争訟」に含みうるという説については、村上「憲法と行政訴訟」七五八頁注(10)の諸説、および人見剛「大貫報告に対するコメント」公法研究五九号二一五頁、二一七頁（一九九七年）などを参照。国・地方間の訴訟についても、「法律上の争訟」ないし「司法権」の発動として捉える余地があるとするものに、碓井「地方税」二四四頁、曾和「地方公共団体の訴訟」三〇四～三〇六頁、塩野宏「国と地方公共団体のあり方再論」ジュリスト一一八号四〇頁、四七頁（一九九七年）およびそこに引用された文献を参照。

(24) ここでいう紛争の主題は、いわゆる訴訟物の概念とは、正確には一致しない。民事訴訟法学にいう訴訟物は、「訴えの提起から判決まで貫く基本的概念である、いわばバックボーンであるという共通の前提が存在し」ており、請求の併合の有無、訴えの変更の有無、二重起訴の禁止、既判力の客体面での範囲等を決めるために使われるテクニカル・タームである（高橋宏志「重点講義民事訴訟法（新版）」（有斐閣、二〇〇〇年）二四頁）。しかし本稿は、既判力等を議論するわけではない。また、刑事訴訟法ではそもそも訴訟物という言葉は用いられない。

(25) この点を指摘する先駆的業績に、晴山一穂「司法権の限界」杉村敏正編『行政救済法Ⅰ』（有斐閣、一九九〇年）一七頁、二六～二七頁がある。

(26) 最大判昭和二七・一〇・八民集六卷九号七八三頁、最判昭和二

七・一〇・三一民集六卷九号九二六頁など。

(27) 那覇地判平成七・三・二八判時一五四七号二二頁。

(28) 新堂「新民事訴訟法」二〇九頁（「個人が訴えを提起して裁判を受けられる関係を、個人の権能とみて、これを訴権」と呼ぶ）。

(29) たとえば、訴えは、「原告の、被告に対する権利主張と裁判所に対する特定の勝訴判決の要求」であるとすると新堂「新民事訴訟法」一七二頁を参照。

(30) 新堂「新民事訴訟法」一七三頁（紛争のタイプ、正確には、請求の主張内容・要求内容の類型的差異に基づく分類である）。

(31) 小早川光郎「抗告訴訟の本質と体系」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系4』（有斐閣、一九八三年）一四六頁、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察（二・完）」九大法學五八号一八七頁、二七九～二八二頁（一九八九年）（以下、「越権訴訟（二）」、大貫「権利保護」二〇八頁など）。

(32) フランス越権訴訟の検討を通して、これと同じ取消訴訟構造の捉え方を述べるものに、村上「越権訴訟（二）」二七五頁～二八一頁がある。また、わが国でいう「訴訟法的訴えの利益論」——たとえば、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、一九八三年）二五三～二五四頁（以下、『行政訴訟の構造分析』）——は、取消訴訟がこのような構造をもつことを、きわめて直截に表現したものと考えられる。

(33) 雄川一郎は、かつて、主観訴訟と客観訴訟の区別について、「むしろ争訟の対象の性質によって区別すべきで、その目的に適するように提訴権者の範囲が定められると考えるのが論理的であろう」と述べたうえで、フランス行政訴訟理論における語法として、「提訴者が個人的・主観的地位に関する権利を主張する訴訟」と「提訴者が法的違反又は一般的・非個人的的地位に関する権利の侵害を主張する訴訟」（越権訴訟）の区別であると述べていた。雄川一郎『行政訴訟法』（有斐閣、一九五七年）一二頁。そのほか、浜川清「行政訴訟の諸形式とその選択基準」杉村敏正編『行政救済法

1) (有斐閣、一九九〇年) 四七頁、六九〜七〇頁 (以下、「行政訴訟の諸形式」、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察」(一) 九大法学五七号一頁、二七頁、三六〜三七頁、四六〜四七頁、五七頁 (一九八八年) (以下、「越権訴訟」(一))、同「越権訴訟」(二) (二七四〜二七五頁、橋本博之「行政法学と行政判例」(有斐閣、一九九八年) 一六四頁、一七七〜一八二頁。

(34) 日本式の使用例として、村上「越権訴訟」(一) 三〜四頁に列挙された文献のほか、塩野宏編著『日本立法資料全集37』(信山社、一九九四年) 八四頁の行政法立案過程資料に見られる発言、近時の使用例として、小早川光郎「非主観的訴訟と司法権」法学教室一五八号九七頁 (一九九三年)、棟居快行「行政紛争への司法の関与」『岩波講座現代の法5 現代社会と司法システム』(岩波書店、一九九七年) 二四一頁、二五三〜二五五頁に見られる叙述を挙げておく。

(35) 神戸地判平成九・四・二八判時一六二一三三三六頁 (宝塚市パチンコ条例における中止命令違反者に対する、パチンコ店建築工事の続行禁止の訴え、大阪高決昭和六〇・一一・二五判時一一八九号三九頁など。

(36) たとえば、独禁法六七条一項の公正取引委員会の申立てによる緊急命令には同条二項により非訟事件手続法が適用され、労働組合法二七条八項の緊急命令の制度についても、非訟と解されている (東京大学労働法研究会『注釈労働組合法』(下巻) (有斐閣、一九九〇年) 一〇四〇頁)。宗教法人法八一条一項の解散命令 (所管庁、利害関係人若しくは檢察官の請求により、又は裁判所の職権による) には、同条七項で非訟事件手続法が適用される。

(37) 租税賦課処分又は正命令、申請拒否処分に対して、名宛人が取消訴訟を提起するといった古典的場面であれば、それぞれ、租税債務の不存在確認ないし納付済み金員の返還請求、行動の自由に対する妨害排除請求権、申請案件にかかる無瑕疵裁量行使請求権などとして構成し直すことができる。また、いわゆる実体公法復活論として、高木光一「当事者訴訟と抗告訴訟の関係」雄川一郎先生献呈論集

『行政法の諸問題』(中) (有斐閣、一九九〇年) 三四一頁、三六六頁などを参照。実体的請求権として構成し直すことの限界について、小早川「行政訴訟の構造分析」四九〜五〇頁、一七八〜一八九頁、一九八〜二〇三頁、村上「越権訴訟」(二) 二七八〜二八〇頁、山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣、二〇〇〇年) 四五二頁 (法関係を権利義務に限るべきではない) の指摘を参照。

(38) 民事訴訟法学において、英米法にいう救済法とは、日本法における実体法の問題に解消されるとする指摘がなされていることは興味深い。竹下守夫「救済の方法」『岩波講座基本法学8 紛争』(岩波書店、一九八三年) 一八三頁、および、山本弘「権利保護の利益概念の研究」(一) 法学協会雑誌一〇六巻二二一五七頁、一七三頁注(36) (一九八九年) を参照。

(39) 同じ指摘をするものに、浜川「行政訴訟の諸形式」五一〜八二頁がある。

(40) 塩野「管見」六一〜六二頁は、規律権力と通用力という言葉で、この点を指摘している。

(41) 米国では、連邦行政活動の司法審査を求める訴訟は、個別法に特定の行政決定の争い方を定めた訴訟規定のあることが多く、その欠缺 (救済として十分でないときを含む) のときのバックアップとして、「宣言判決 (確認判決) とインジャンクション (作為・不作為義務付け判決)」と云う、一般的な民事訴訟規定 (28 U.S.C. Sec. 1331) を利用する仕組みになっている。

(42) 塩野宏編著『日本立法資料全集5』(信山社、一九九二年) 二〇九〜二一七頁、五三〇〜五三七頁、同『日本立法資料全集37』(信山社、一九九四年) 五一〜五二頁、七〇頁。

(43) このことを指摘するものに、芝池義一「行政事件訴訟法における『法律上の利益』」法学論叢一四二巻三三頁、二六頁 (一九九七年) (以下、「法律上の利益」)、および、小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」西谷剛他編『政策実現と行政法』(成田頼明退官記念) (有斐閣、一九九八年) 四三頁、四四頁 (以下、

「法律上の利益」がある。

(44) 帝國憲法六一条は、「行政官庁ノ違法処分ニ因リ權利ヲ侵害セラレタリトスルノ訴訟」という条文を置いており、この意味について美濃部達吉は、「行政訴訟の制度の認めらるる主たる目的とする所は、恰も民事訴訟が各個人の私権の保護を目的とすると同様に、各個人の公権が行政庁の違法処分によって侵害せらるることを救済することに在る」のであって、「違法の行政行為に依つて自己の權利を侵害せられたりすることは、行政訴訟の通常の要件であり、此の場合には行政訴訟は權利の侵害を除き、各人をして其の正当な權利を主張するを得べからしむることを目的とするもので、行政訴訟は權利の保護の爲めに設けられた制度であると謂ふことが出来る。」と述べていた。美濃部達吉「日本行政法上巻」(有斐閣、一九三六年)八七五頁。また、芝池「法律上の利益」二頁を参照。

(45) 小早川光郎が、文化財保護法を例に述べるところ(「史跡名勝等の保存・活用という公益の実現と地元業者の營業とが相互に裨益(ひえき)しあい、いわば消長をともにする關係にあるとすれば」)が、これにあたる。小早川「法律上の利益」五二～五三頁。このアイデアは、ドイツにおける実体法的構成に基づかない取消訴訟の把握において見られるものである。同「行政訴訟の構造分析」一七八～一八九頁、二〇一～二〇二頁。

(46) 民事訴訟法学において、この種の訴えの利益を認めようとする説の概観および評価として、福永有利「新訴訟類型としての『集団利益訴訟』の法理」民事訴訟雑誌四〇号六一頁(一九九四年)を参照。

(47) 前出注(43)の指摘(とくに芝池論文)を参照。

(48) 最判昭和三七・一・一九民集一六卷一号五七頁。

(49) 最判解民昭和三七年度九頁、一一頁(渡部吉隆解説、渡部吉隆「行政訴訟の現代的課題」法曹時報二三卷七号一頁、一五頁(一九七一年)。

(50) 小早川「法律上の利益」五三～五四頁。

Administrative Litigation Law and Its Reform : Fundamental Public Law Doctrines Revisited

Takehisa Nakagawa
Professor of Kobe University

With a purpose of contributing to the current movement towards revising the Administrative Litigation Law which was enacted in 1962, this article re-examines constitutional and other background doctrines that provide theoretical basis to the current administrative law litigation system. It first examines the concept of "judicial power" in the Constitution of Japan; then, reviews the concept of "controversies in law" as provided for in the Judiciary Law. Then, it will generally discuss the structure of litigations and reach a tentative conclusion that there are to be distinguished between plaintiff's right-based litigations and defendant's action-based litigations.

Applying these observations to the current Administrative Litigation Law, the article concludes with several proposals aiming at fundamental remodeling of the Law.