HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	憲法と行政訴訟　ー両者の関係についてのー試論ー
Author(s)	村上, 裕章; MURAKAMI, Hiroaki
Citation	北大法学論集, 46(4), 1-55
Issue Date	1995-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15624
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(4)_p1-55.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

憲法と行政訴訟

――両者の関係についての一試論――

村上裕章

〈目次〉

はじめに
一　憲法による行政訴訟の保障
二　司法権と行政訴訟
三　憲法による保障の内容
おわりに

はじめに

日本国憲法は行政訴訟[1]に関して大きな変革をもたらした。大日本帝国憲法の下ではいわゆる列記主義がとられ、行政権の行使によって国民が権利を侵害されたとしても、法律によって定められた場合しか訴訟を提起できなかった。これに対して現行憲法の下では、司法権は行政事件にも及ぶものと解され、従って、国民は裁判的救済を憲法上保障されることになった。このことは一般に列記主義から概括主義への転換と呼ばれている。しかしながら、その結果として国民の権利救済が十全に果たされるようになったかといえば甚だ疑問[2]であり、特に、判例が訴訟要件等を極めて厳格に解し、行政訴訟の利用を制限していることは周知の通りである[3]。

これに対しては、最近になって、一部の憲法学者の間で、憲法的観点から行政訴訟の現状を批判的に検討しようとする注目すべき動きが見られる[4]。従来の行政訴訟をめぐる議論は、行政事件訴訟法を初めとする法律の解釈論に終始し、憲法と行政訴訟との関係については、列記主義から概括主義への転換ということ以上に掘り下げた検討がなされてこなかったように思われる[5]。そして、このことが先に述べたような状況を招いた要因の一つだったのではないかとも考えられる。

本稿は、右のような問題関心から、行政訴訟に対して憲法がいかなる意味をもっているか、という問題について考察を試みるものである。こうした検討はまた、現行法制を相対化して捉え、立法論[6]を構想する上でも有効な視点を提供しうるのではないかと思われる。もっとも、このような大きな問題についてここで全面的な検討を加える能力は、現在の筆者には残念ながらない。本稿では、行政訴訟は憲法上いかなる根拠をもっているか、憲法が予定する司法権の観念と行政訴訟はいかなる関係にあるか、憲法は行政訴訟に対していかなることを要請しているか、という三つの問題に主題

を限定したい。また、これらの問題についてもすべての論点を扱うことはできず、かつ、詳細に立ち入ることもできないこと、文献の引用も必ずしも網羅的でないこと、民事訴訟[7]と共通する問題には原則として立ち入らないこと、比較法的な検討も行わないことを、予めお断りしておきたい。

(1) 本稿では「行政訴訟」という用語を、「行政主体（ないし行政機関）が訴訟当事者となる訴訟」という最広義で用いる。従って、行政事件訴訟法にいう「行政事件訴訟」（同法二条参照）よりも広く、現行訴訟法上民事訴訟とされている場合も部分的に含む。

(2) この点は学界の共通認識であると思われるが、とりわけ行政事件訴訟の「異常な少なさ」については、濱秀和「行政救済の実効性」演習行政法下（一九七九）一九八頁以下、市橋克哉「行政訴訟の現況とその実効性」法の科学一五号（一九八七）四九頁以下、木佐茂男・人間の尊厳と司法権（一九九〇）三一三頁以下など参照。

(3) 棟居快行は、「［現在の］状況を一言で表せば、訴訟要件（とりわけ抗告訴訟における原告適格）及び訴訟類型のレヴェルでは、厳然として「法律の留保」が続いている、といえよう……。いわば「実体法の留保」は司法審査制によって克服された（？）［ママ］が、「訴訟法の留保」は手つかずのまま残っている、といっても過言ではない」と評している（棟居「基本権訴訟」の可否」（一九八五）同・人権論の新構成（一九九二）二八八頁）。

(4) 前註の棟居論文の他、例えば、藤井俊夫・事件性と司法権の限界（一九九二）、笹田栄司・実効的基本権保障論（一九九三）、同「裁判を受ける権利」の再生と行政裁判手続」長谷部恭男編著・リーディングズ憲法（一九九五）一七一頁以下、松井茂記・裁判を受ける権利（一九九三）など。

(5) この点については前註の各論稿が指摘するところである。逆に、東條武治は、憲法学の側についても、「これまで憲法三二条の裁判を受ける権利の保障をめぐっていわば形式的な抽象論に終始してきたように考えられる」と指摘し、「創造的な目的論的憲法解釈の展開が望まれるとともに、また「行政権と司法権」の関係についても、憲法学からみて、行政法学の方にどのような核心的問題点があるのかなど、積極的な展開が望まれる」と述べる（東條「権利保護の有効性論」公法研

究四一号（一九七九）二一〇頁）。

(6) この点については、公法研究五二号（一九九〇）所収の諸論文を参照。

(7) 民事訴訟法学においても近時憲法との関係が活発に論じられているが、この点については例えば、中野貞一郎「民事訴訟と憲法」（一九八四）同・民事手続の現在問題（一九八九）一頁以下、林家礼二「民事訴訟と憲法」法学教室一〇〇号（一九八九）四八頁以下、新堂幸司／小島武司編・注釈民事訴訟法(1)（一九九一）五四頁以下（中野貞一郎執筆）、上村明広「裁判を求める権利について」民事裁判の充実と促進上巻（一九九四）一三六頁以下参照。

一　憲法による行政訴訟の保障

一　まず、行政訴訟の憲法上の根拠は何か、という問題を取り上げる。この点について従来はあまり論じられてこなかったが、行政訴訟を憲法上の制度として位置づける上で重要な論点ではないかと思われる。

二　行政訴訟の憲法上の根拠として、特に憲法学者によって一般に挙げられているのは、裁判を受ける権利を保障する憲法三二条である[1][2]。すなわち、日本国憲法にいう「司法権」が民事及び刑事事件と並んで行政事件の裁判をも含む[3]ことを前提として、裁判を受ける権利は行政事件に関する訴訟を提起する権利を保障している、と解するのである（以下この見解を「三二条説」と呼ぶ）。ここでは、刑事事件に関して裁判によらなければ処罰されない権利が保障されている（憲法三七条）のに対して、民事及び行政事件については訴訟を提起する権利（いわゆる受益権ないし国務請求権の一種）を保障するものとされており、民事事件と行政事件を区別せずに捉える点に特色がある。

これに対し、最近になって、特に行政訴訟において裁判を受ける権利の保障が十分に実現されていない現状を批判す

る観点から、若干の憲法学者によって新たな見解が唱えられている。まず、棟居快行は、裁判を受ける権利を「基本権を保障するための基本権」として捉える鵜飼信成の見解[4]を発展させ、実体的な基本権が実効性をもった法的権利であるためには、それが侵害された場合に訴訟による救済が保障されなければならないという見地[5]から、憲法三二条は実体的基本権に訴権性を付与する手続的基本権を保障するものであると解し、実定訴訟法に根拠をもたず、直接実体的基本権に基づく訴訟（「基本権訴訟」）も許される余地があるとする[6]（以下この見解を「実体的基本権説」と呼ぶ）。この説は、前説と同様に憲法三二条を根拠としつつ、これを実体的基本権と結びつけて理解する点、及び、国家権力による権利侵害の場合を適用領域としていると解される限りで、一般の民事訴訟と行政訴訟を区別する結果となるように思われる点に特色を有する[7]。

また、松井茂記は、「統合的な手続的デュー・プロセス理論」の立場から、「憲法三二条の裁判を受ける権利を日本国憲法の手続的デュー・プロセスの権利保障の全体構造の中に位置づけ[8]」ることを提唱する。すなわち、憲法一三条の「幸福追求権」を根拠として「国民とかかわるすべての政府手続に妥当する手続的デュー・プロセスの権利が導かれる[9]」が、憲法三一条は刑事裁判手続に関する、三二条は非刑事裁判手続（民事訴訟手続及び行政訴訟手続）に関する特則であるとし[10]、後者は「国民が個人的に何らかの事実上の不利益を受けたときに裁判所に裁判を求めることができること、そしてその裁判手続に対してデュー・プロセスが保障されるべきことを要求したものと解すべきである」と主張する[11]（以下この見解を「手続的デュー・プロセス説」と呼ぶ）。この見解は、憲法三二条を直接の根拠と見る点、及び、行政訴訟と民事訴訟を区別しない点で従来の見解と共通するが、手続的デュー・プロセスと結びつけて理解するところに特色がある。

以上は、いずれも何らかの意味で憲法三二条に依拠する見解であるが、これに対して法治国家原理（ないし法治主義）によって行政訴訟を根拠づける見解があり、行政法学者の中ではむしろこちらの方が有力であるように思われる。この

考え方によれば、法治国家原理は行政が法律に従って行われること（法律による行政の原理）を要請すると同時に、その実効性を担保するために、違法な行政作用によって権利を侵害された国民に裁判所に訴える権利を保障しなければならない、とされる[12]（以下この見解を「法治国家原理説」と呼ぶ）。

三　次に、これらの見解について若干の検討を加えてみたい。まず、実体的基本権説については、第一に、この説によると基本権以外の権利利益が侵害された場合に憲法上の保障が及ばなくなるのではないか、という疑問がある[13]。第二に、実体的基本権の侵害にも様々な態様があり、侵害を主張するだけで出訴が可能になるのか、もし具体的な侵害を要求するのであれば、いずれにしても「法律上の争訟」の存在を理由として裁判的保護が認められるから、基本権侵害の場合だけを特別扱いする必要はないのではないか、とも考えられる[14]。

手続的デュー・プロセス説については、次のような問題点があるように思われる。すなわち、裁判所が審理を行い、判決を下す手続における権利保障は、確かにデュー・プロセスの問題として捉えうるかもしれない。しかし、裁判所に出訴する権利の保障それ自体は、特に民事訴訟の場合に顕著なように、手続保障の射程外にあるのではないか、という疑問である[15]。

法治国家原理説についても、やはり疑問がないわけではない。第一に、この原理はまさに列記主義がとられていたかつてのドイツで形成されたものであり[16]、歴史的に見て必ずしも権利保護の概括主義を伴うものではなかった[17]、という問題がある。このことは、ドイツにおいては、行政機関によっても十分に権利保護が確保される、という理由によって正当化されていたが[18]、そこでは独立の裁判所による権利保護の重要性が軽視ないし無視されていたことが指摘されている[19]。もっとも、日本国憲法の下での「法治国家」概念をこのような欠陥を克服するように再構成するならば、この点は決定的な障害とはならないであろう[20]〜[21]。第二に、法律による行政の原理の実効性を担保する上で、裁判所による統制が必

要であるとしても、それはいわば客観的な要請であって[22]、個人の出訴権をそれのみによって根拠づけることができるのか、という疑問もある[23]。

三二条説は基本的に正当であると思われるが、行政訴訟と民事訴訟を全く同列に扱う点で疑問がないわけではない。すなわち、純粋な民事訴訟においては、私人の間で紛争が生じた場合に国家に対して裁判を求めることになるが、行政訴訟の場合には、まさにその国家との間に紛争が生じ、多くは国家の側から権利侵害があり、これに対して救済を求めることになる。つまり、民事訴訟においては国務請求権のみが問題となるのに対して、行政訴訟の場合国民の消極的地位の侵害も問題となり、憲法上の国民の地位に相違があるのではないかと考えられる[24]。三二条説では行政訴訟におけるこのような特殊な状況を必ずしも十分説明できず、その限りではむしろ法治国家原理説に汲むべき点があるように思われる。

以上の検討から、いずれの説にも問題がないわけではないこと、しかし三二条説と法治国家原理説にはそれぞれ正当な部分があると考えられることが明らかになった。これら二つの説は従来全く別個に主張され、両者の関係についてはほとんど議論されていない。今後の検討に待つところが大きいが、差し当たりの試論として次のように解することが可能ではないかと思われる。三二条説は日本国憲法にいう「司法権」に行政事件も含まれることを前提としているが、その根拠としては、①アメリカ憲法の影響、②憲法の文言（行政裁判所についての規定をもたないこと、八一条の違憲審査の対象に「処分」が含まれていること[25]）の他に、積極的な根拠として、③人権保障に強い関心を持つ憲法の趣旨[26]が挙げられることがある。最後の点を言い換えれば、行政によって国民の権利利益が違法に侵害されたにもかかわらず、これに対する裁判的救済の機会を与えないことは、人権保障を基本原理とする憲法の趣旨に反する、ということであり、このような考え方は法治国家原理と共通するものといえる[27]。そうすると、憲法解釈としては、法治国家原理を一つの重要な根拠として

「司法権」は行政訴訟の裁判をも含む、そして具体的に国民に出訴権を保障しているのが三二条である、という考え方をとることができるのではないかと思われる。(28)

(1) この点については、代表的な文献として、兼子一／竹下守夫・裁判法〔第三版〕（一九九四）六四頁以下、田中二郎「行政争訟の法理」（一九四九～五一）同・行政争訟の法理（一九五四）一四頁、同・行政法総論（一九五七）一九四頁、同・新版行政法上巻〔全訂第二版〕（一九七四）五二頁以下、二八〇頁以下、一九六頁以下、宮沢俊義（芦部信喜補訂）・全訂日本国憲法（一九七八）二九九頁、清宮四郎・憲法Ⅰ〔第三版〕（一九七九）三三六頁、芦部信喜「裁判を受ける権利」同編・憲法Ⅲ人権(2)（一九八一）一九四頁。

(2) これに対して、美濃部達吉は「司法権」を民事及び刑事に限定する見解を維持したとされ、批判を加えられるのが一般である。例えば、田中二郎「美濃部先生の行政争訟論」（一九四八）同・行政争訟の法理一五四頁以下、同「行政争訟の法理」一九頁以下、同「行政事件に関する司法裁判所の権限」（一九四九）同・行政争訟の法理一三四頁註(1)、同・行政法の基本原理（一九四九）二五八頁以下、同・行政法総論四四頁註(2)、熊野啓五郎・新しい行政訴訟（一九四八）一四頁以下など参照。しかし、美濃部の最晩年の見解は必ずしも明確ではなく、若干の検討を要するように思われる。なお以下で引用する文献は、ほぼ執筆したと思われる順に、①新憲法概論（一九四七年四月一〇日発行、序文は同年一月付）、②新憲法逐条解説（一九四七年七月一五日発行、序文は同年四月天長節の日付）、③「新憲法と行政裁判」自治研究二三巻一〇号（一九四七年一〇月一〇日発行）、④新憲法の基本原理（一九四七年一〇月一五日発行、序文なし）、⑤「新憲法に於ける行政争訟」法律タイムズ九号（一九四八年一月一日発行）、⑥日本国憲法原論（一九四八年四月二〇日発行、序文は同年一月付）、⑦「新憲法に於ける行政と司法」法律時報二〇巻四号（一九四八年四月一日発行）、⑧行政法序論（遺稿、一九四八年五月二三日死去、同年七月二五日発行）、⑨「行政上の争訟」国家学会雑誌六二巻七号（遺稿、⑧の末尾、一九四八年七月一日発行）である。まず、確実にいえることは、第一に、「司法権は民事及び刑事に限られ、行政事件を含まない」という考えは一貫して維持されている（①一七〇頁以下、②七一頁、一一八頁以下、④一〇八頁以下、一六三頁以下、⑥四四九頁以下、⑦三頁以下、⑧一三頁、一五頁、二七頁）こと、第二に、当初は日本国憲法が「行政裁判所の廃止を決定したものと為す

べきではない」（①一七三頁以下）としていたのに対し、後には憲法がこれを廃止したという解釈に変わっている（②一一八頁、③二頁、④一六五頁、⑤一一頁、⑥四五四頁、四五六頁、⑦三頁、⑧一八頁、⑨三一三頁）こと、第三に、行政機関による終審裁判の禁止（憲法七六条二項後段）について、当初はこれを民事及び刑事事件に関する規定であるとしていた（①一七二頁以下、②一一九頁以下、④一六七頁）のに対し、後には行政事件についても妥当すると述べている（⑤一一頁、⑥四五八頁、⑧一九頁、二七頁、⑨三一三頁）こと、の三点である。問題はこのうち第一点と第三点の関係をいかに解するかである。すなわち、一方では、司法権の観念に関連して、「要するに我が新憲法の下に於いても、所謂司法権は専ら民事及び刑事の裁判を意味し、裁判所も其の憲法上の権限としては本来民事及び刑事に付いてのみ裁判を為すの権を有し、其の他の事件に付いては法律の特別の規定に依つてのみ裁判を為し得べき権限を有するものである。」「新憲法に於いても、憲法それ自身には、其の所謂司法権を一切の法律上の争訟に付いての裁判権と解し、又は行政権の違法の行為に依り権利を毀損せられたりとする者が如何なる行為に対しても常に裁判所に出訴して之を争い得べきものと解すべき何等の根拠も無い。」「併し裁判所法に依れば、裁判所は一切の法律上の訴訟を裁判する権を有するものと為し、又行政官庁の処分に依り権利を毀損せられたりとする者は常に裁判所に出訴し得べきものとして居る。是れは憲法の必然の要求に基づいたものではなく、憲法以外に新に法律に依つて定められたものと見るべきである。」（⑦四頁）と述べ、行政事件について出訴しうるのは（裁判所法を含む）法律の規定がある場合のみであるとする（同旨として、⑥四五七頁）。ところが他方では、「行政訴訟が司法裁判所の審理に属することに付いては、憲法には明白な規定は設けて居らぬが、特別裁判所の設置を認めないこと及び行政機関が終審の裁判を行ふを得ないものと為せることから見て、行政訴訟に付いても少くとも終審としては裁判所が専らその権限を有するものとすることが、憲法の趣旨とする所であると断定し得られる。」「要するに新憲法の下に於いては、行政事件に付いても苟もそれが法律上の争訟たる性質を有する限りは、少くとも終審に於いては司法裁判所が其の裁判権を有するもので、唯前審としては法律に依り行政機関が其の争を審判するものと為すことが認められるのである。」（⑤一一頁）と述べ、行政事件についても少なくとも終審としては裁判所の権限に憲法上属するとする（同旨として、⑥四五八頁、⑧一九頁、二七頁、⑨三一三頁。③九頁以下も同旨か）。これらの記述は同じ時期に前後して（⑥では同じ書物の中で）なされており、見解の変化によっては説明がつかない。整合的な解釈を試みるとすれば、まず、司法権は民刑事のみを含むが、憲法七六条二項後段により行政事件についても出訴が保障される、という理解がありうる。

しかしこの解釈では、行政事件については法律の定めがある場合のみ出訴しうる、という記述と両立しない。そこで、憲法七六条二項の解釈として、行政事件について争訟として取り上げるか否かは法律に委ねられているが、争訟として取り上げた場合には少なくとも終審として裁判所への出訴を認めなければならない、という理解がありうる。これが最も矛盾が少なく、美濃部の真意に合致した理解であると思われるが、行政事件に関しては法律の規定がなければ「法律上の争訟」は成立しない、という考えが前提となると思われるので、その正当性には疑問が残る。いずれにしても、このように解するならば、美濃部に対する一般の批判は適切であるということになる。

(3) 憲法三二条によって行政事件について出訴する権利が保障されているとするものとして、例えば、法学協会編・注解日本国憲法上巻（一九五三）六〇一頁、宮沢俊義・憲法Ⅱ〔新版〕（一九七一）四四七頁、宮沢（芦部補訂）・全訂日本国憲法二九九頁、芦部「裁判を受ける権利」二九四頁、同・憲法（一九九三）一九四頁、兼子／竹下・裁判法〔第三版〕一五〇頁以下、小林直樹・〔新版〕憲法講義上（一九八〇）六〇六頁、伊藤正己・憲法〔新版〕（一九九〇）三九二頁、阿部照哉／池田政章編・新版憲法(3)（一九八三）一五七頁（田口精一執筆）、泉徳治「取消訴訟の原告適格・訴えの利益」新・実務民事訴訟講座9（一九八三）五三頁、樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂・注釈日本国憲法上巻（一九八四）七一六頁以下（浦部執筆）、橋本公亘・日本国憲法〔改訂版〕（一九八八）三八三頁、亘理格「行政訴訟における「裁判を受ける権利」論序説」憲法制定と変動の法理（一九九一）一三〇頁、樋口陽一・憲法（一九九二）二五三頁、野中俊彦／中村睦男／高橋和之／高見勝利・憲法Ⅰ（一九九二）四八六頁以下（野中執筆）、奥平康弘・憲法Ⅲ（一九九三）三八四頁以下、今村成和・行政法入門〔第六版〕（一九九五）二二八頁。

(4) 鵜飼信成・新版憲法（一九六八）一四〇頁、一四四頁。これを肯定的に評価するものとして、芦部「裁判を受ける権利」二七五頁、江藤价泰「裁判を受ける権利」現代法の諸領域と憲法理念（一九八三）四八〇頁、樋口／佐藤／中村／浦部・注釈日本国憲法上巻七一七頁（浦部執筆）、兼子／竹下・裁判法〔第三版〕一五〇頁以下、笹田栄司「「裁判を受ける権利」の再生と行政裁判手続」長谷部恭男編・リーディングズ憲法（一九九五）一七三頁など。

(5) それぞれ若干意味合いを異にするが、同旨を述べるものとして、高田敏「現代における法治行政の構造」行政救済の諸問題（一九七〇）五二頁以下、奥平康弘「人権体系及び内容の変容」ジュリスト六三八号（一九七七）二四七頁、野中俊彦「立法義務と違憲審査権」（一九八五）同・憲法訴訟の原理と技術（一九九五）八三頁、内野正幸「「教育の自由」法理

の再点検」ジュリスト八八四号（一九八七）二四四頁、同・憲法解釈の論理と体系（一九九一）一一一頁。また、遠藤比呂通は、「憲法が自由一般のうち特に一部を抜き出して限定列挙したのは、立法府による侵害から守ることを主眼としたわけであることに疑いない」から、それらは「権利である以上、裁判所による保障が不可欠となることは言えそうである」として（遠藤「憲法的救済法への試み（二）」国家学会雑誌一〇二巻七＝八号（一九八九）八八頁）、そこから、「人権（少なくとも自由権）の法的含意とは、各享有主体が、自己の発意に基づいて裁判所での判断を受けることを保障することにあるといってよい」から、「自由権は、実定制度が不備の場合、直接憲法典に基づく救済を裁判所に要求し得る権利であるという結論が導かれることになる」という（同九三頁）。

（6）棟居快行「「基本権訴訟」の可否」（一九八五）同・人権論の新構成（一九九二）二九一頁以下。内野・憲法解釈の論理と体系一一一頁も、一定の留保を付しつつこれに賛成する。

（7）笹田栄司も、実体的基本権に着目する立場から次のように述べる。ドイツでは「実体的基本権から引き出される実効的権利保護請求権が実体的基本権実現の機会保障をその内容とすること」が認められているが、「裁判手続に関していえば、実体的基本権に内在するこのような実効的権利保護請求権を裁判を受ける権利が具体化することにより、裁判を受ける権利は裁判手続において特別の基本権として現れる。つまり、実体的基本権のみならず、裁判による保護に値する利益に対し訴訟の対象となりうることを一般に可能にし、自らの権利・利益が侵害されているすべての者に裁判官へのアクセスを開くのである。従って、裁判を受ける権利に基礎づけられた「実効的権利保護」の要請は、裁判官へのアクセスの前提条件及び裁判官の決定可能性の創出によって、実体的基本権のみならず、裁判上保護に値する利益の貫徹可能性が保障されることを導く。このように、実体的基本権さらには裁判上保護に値する利益とそれらの実現とを媒介する機能を裁判を受ける権利がもち、そしてそれは実効的権利保護の要請によって方向づけられると認識することによって、裁判手続の固有の機能、そして実体的基本権の貫徹可能性の二側面に十分な説明を加えることができると思われる」（笹田栄司「裁判を受ける権利の新たな理論構築」（一九九三）同・実効的基本権保障論（一九九三）三三六頁）。そして、裁判を受ける権利の内容については、第一のレベルとして民事及び行政裁判手続における「公正手続請求権」保障、第二のレベルとして行政裁判手続における「実効的権利保護の要請」、第三のレベルとして行政裁判手続で実体的基本権が問題となる場合に「その基本権的内実のゆえにより強められた権利保護」が求められることになるとする（同三三八頁）。同「「裁判を受ける権利」

の再生と行政裁判手続」一八〇頁以下も同旨。

(8) 松井茂記・裁判を受ける権利（一九九三）一四八頁。

(9) 同九三頁。

(10) 同一〇〇頁。

(11) 同一四九頁。

(12) このような見解として、例えば、織田萬「行政裁判ノ観念」京都法学会雑誌一三巻（一九一八）七五六頁以下、七六八頁、同・日本行政法原理（一九三四）六四一頁、鵜飼信成「史的に観たる法治国の諸理論」京城帝国大学法学会編・国家の研究第一（一九三四）一二四頁以下、宮沢俊義・行政争訟法（一九三六）一二頁以下、一九頁、一一二頁、同「行政作用と統治作用」（一九三八）同・憲法と裁判（一九六七）七五頁以下、同・憲法〔改訂版〕（一九六二）三二〇頁、原龍之助・行政法における法治国思想の展開（一九四七）一五二頁、兼子一・新憲法と司法（一九四八）一四頁以下、四五頁、同「行政事件の特質」法律タイムズ一五号（一九四八）一六頁、兼子／竹下・裁判法〔第三版〕一八頁、六五頁、田中二郎「美濃部先生の行政争訟論」一五七頁、同「行政争訟の法理」一三頁以下、同・行政法の基本原理二四三頁以下、同・行政法総論一九〇頁以下、一九四頁、同・新版行政法上巻〔全訂第二版〕五一頁、雄川一郎「行政救済法の基本原理」（一九四九）同・行政争訟の理論（一九八六）三頁、一二頁、同・行政争訟法（一九五七）一四頁以下、一九頁以下、俵静雄「行政と基本的人権」行政法講座第一巻（一九五六）二二五頁、遠藤博也「取消訴訟の原告適格」実務民事訴訟講座8（一九七〇）七五頁、塩野宏「法治主義の諸相」法学教室一四二号（一九九二）一五頁。また、藤田宙靖は、「法律による行政の原理」と並んで、その「実効性を保障し、法律に違反した行政活動に対して国民を保護するために、行政活動を、法律によって前以て拘束するのみでなく、行政から独立の裁判機関によって、行政活動の法律適合性を後行的に審査させ、また、国民の被った損害を填補させる必要がある、という基本的な考え方がある」として、後者を「近代行政救済法の原理」と名づけ、これら二つの原理が結びついた「近代法治国家の原理」こそが「伝統的なわが国の行政法の制度と理論の基本的な骨格をなしているのである」とする（藤田・第三版行政法Ⅰ（総論）〔改訂版〕（一九九五）五九頁以下、三三九頁以下）。

(13) この点を指摘するものとして、藤井俊夫・事件性と司法権の限界（一九九二）二七頁、松井・裁判を受ける権利一九七頁。これに対して棟居は、「「基本権訴訟」はあくまで、実定訴訟法では不十分な場合に補充的な役割を果たすべきものである

から、かえって訴訟の成立を困難にするとか、救済の範囲が狭まるという危惧……は避けうると考える」（棟居「「基本権訴訟」の可否」二九四頁註(18)）と反論するが、少なくとも基本権以外の権利利益については憲法上の保護が及ばないことになりかねないのではないかと思われる。

(14) 笹田栄司の見解（前註(7)参照）は第一の問題点を克服しようとするものである。ただ、実体的基本権を裁判を受ける権利が具体化するとされているが、その際になぜ後者によって実体的基本権以外の権利利益も保護されることになるのか、また、実体的基本権については（それ以外の権利利益と異なって）「その基本権的内実のゆえにより強められた権利保護」が保障されるとするが、具体的にいかなる相違があるのか、などの点が、なお明らかでないように思われる。なおドイツにおいては、実効的権利保護の根拠に関して、公権力による権利侵害について出訴を認めた基本法一九条四項と実体的基本権の関係をめぐって議論があるが、これについては笹田「基本権の実効的保護」一三五頁以下に詳しい。

(15) もっとも、「憲法三二条は、国民が個人的に何らかの事実上の不利益を受けたときに裁判所に裁判を求めることができること、そしてその裁判手続に対してデュー・プロセスが保障されるべきことを要求したものと解すべきである」（松井・裁判を受ける権利一四九頁。一五三頁も同旨）という表現からすれば、出訴保障は手続的デュー・プロセスとは別の、三二条固有の問題と捉えられているようにも解され、そうであれば本文の批判は当たらない。また、民事訴訟を自力救済禁止の代替措置（奥平・憲法Ⅲ三八四頁参照）と考えるならば、出訴保障を手続保障の一種とみなすことも不可能ではないかもしれない。しかし、そのように解したとしても、行政訴訟との相違は残るように思われる。

(16) ドイツの法治国家原理についての研究は枚挙に暇がないが、主なものとして、鵜飼「史的に観たる法治国の諸理論」九五頁以下、同・行政法の歴史的展開（一九五二）一一九頁以下、原田鋼・法治国家論（一九三九）、田中裕「法治国家の概念と基本構造」法学一四巻二号（一九五〇）八三頁以下、高田敏「法治国家概念と警察国家概念の形成（一）（二）」阪大法学七〇号、一四一＝一四二号（一九六九、八七）、同「現代における法治行政の構造」一頁以下、同・社会的法治国の構成（一九九三）所収の諸論文、赤木須留喜「ドイツ法治国家の論理と構造」（一九六五）同・行政責任の研究（一九七八）二六三頁以下、藤田宙靖・公権力の行使と私的権利主張（一九七八、初出一九六六～七）、宮崎良夫・法治国理念と官僚制（一九八六）、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造（一）～（五・完）」国家学会雑誌一〇三巻九＝一〇号、一一＝一二号、一〇四巻一＝二号、五＝六号、七＝八号（一九九〇～一）参照。また、法治主義が直面する問題について多面的に分析を

加える研究として、大橋洋一「法治主義の現代的課題」法政研究六一巻三＝四号（一九九五）九〇九頁以下。

(17) この事実をドイツ法の問題点として指摘するものとして、奥平「人権体系及び内容の変容」二四七頁、石川敏行「ドイツ公権理論の限界（二・完）」法学新報八六巻七＝八＝九号（一九八〇）一三八頁以下、一四三頁以下。なお、当時の行政訴訟制度については、南博方・行政裁判制度（一九六〇）に詳しい。

(18) ドイツについては、塩野宏・オットー・マイヤー行政法学の構造（一九六二）一四一頁以下に詳しい。なお、村上淳一「「良き旧き法」と帝国国制（三・完）」法学協会雑誌九一巻二号（一九七四）二二五頁参照。わが国における同様の説明として、美濃部達吉・行政裁判法（一九二九）二一頁、付録二一頁、同・日本行政法上巻（一九三六）八八〇頁以下。この点については、高柳信一「行政国家より司法国家へ」公法の理論下Ⅱ（一九七七）二二五頁以下、宮崎良夫「行政訴訟制度と行政法学」（一九九〇）同・行政争訟と行政法学（一九九一）二九頁以下参照。当時の列記主義を正当化するためにO・マイヤーによって行政行為と判決を同視する理論が構成されたことについては、兼子仁・行政行為の公定力の理論〔第三版〕（一九七一）六五頁以下、塩野・オットー・マイヤー行政法学の構造一二二頁以下、原田尚彦「行政上の予防訴訟と義務づけ訴訟」（一九七二）同・訴えの利益（一九七三）六四頁以下など参照。

(19) この問題をO・ベールの法治国論との関係で分析した研究として、藤田・公権力の行使と私的権利主張六〇頁以下がある。

(20) このことは法治国家原理説をとる論者が当然の前提とするところであると思われるが、行政訴訟の保障を「実質的法治主義」の内容とするものとして、兼子仁・行政行為の公定力の理論〔第三版〕一四六頁、高田敏「現代における法治行政の構造」四六頁以下、同「法治行政」（一九八四）同・社会的法治国の構成四四六頁以下、東條武治「「裁判を受ける権利」試論」判例評論一九九号（一九七五）一三九頁。ドイツにおいても、次第に独立の裁判所による権利保護の要請が高まり（藤田・公権力の行使と私的権利主張一四三頁以下、人見剛・近代法治国家の行政法学（一九九三）一九六頁以下など参照）、ついに第二次世界大戦後になって、行政裁判所が行政権から完全に独立するとともに、概括主義が全面的に導入され（山下健次「大陸法における行政裁判権の独立」立命館法学二五号（一九五八）六一頁以下、南・行政裁判制度一五四頁以下など参照）、現在では裁判による権利保護を含めた意味で「法治国家」の概念が理解されている。

(21) 法治国家原理説に対しては、日本国憲法は英米的な「法の支配」の理念に基づいており、旧来のドイツ的な法治国家原理を援用することはもはや許されない、という批判も考えられる（行政訴訟の保障を法の支配の問題と捉えるものとして、

下山瑛二「行政裁判と人権」（一九七三）同・人権と行政救済法（一九七九）一二頁）。法の支配と法治国家の関係については周知のように議論があり（今村成和「「法律による行政」と「法の支配」」（一九九〇）同・人権論考（一九九五）三五頁参照。なお、近時「法の支配」の再評価を説くものとして、佐藤幸治「「法の支配」の意義を再考する」法学教室一八二号（一九九五）六頁以下）、ここでは検討を留保しておきたいが、差し当たり、日本国憲法によって法治国家原理が全面的に排除されたとは必ずしも考えられないこと、この原理を現行憲法に則したものとして再構成する余地があること（この点については、藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法」法と法過程（一九八六）五〇五頁以下が示唆に富む）などから、本稿では後述するように法治国家原理説に一定の評価を与えている。

(22) このような理解に基づくならば、行政訴訟は国民の権利保護ではなく、行政の適法性を担保する手段として位置づけられることになろう。ドイツの伝統的行政法理論について、小早川光郎「取消訴訟と実体法の観念」（一九七三）同・行政訴訟の構造分析（一九八三）一一三頁は、そこでの「法は、何よりも行政に向けられた抽象的な規範としての法律の形式において理解され、行政の裁判的統制は、このような法律への行政作用の適合性を保障するものとして二義的な位置づけを与えられるにとどまったと考えられるのである」と指摘する。高田敏「現代における法治行政の構造」四五頁も、「従来のドイツにおいては、法治主義の構成要素とされた行政救済制度とは、法治行政を担保するための行政裁判を意味した、ということができよう」と述べる。また、石川敏行「ドイツ公権理論の限界（一・完）」一七七頁以下も、若干異なる角度からではあるが、ドイツ的な基本権理解に立った法律による行政の原理は、「官庁の限界」＝客観法であっても、果たしてそこから行政に対する権利としての公権を演繹することができるのであろうか」、「ドイツの基本権論を論理的につきつめてゆくならば、行政裁判の本質は恐らく客観法の維持ないし行政監督と解されることになるのではないだろうか」と評する。戦前のわが国においても同様の問題があったが、当時の法治国家観との関連も含めて、またドイツの学説にも言及しつつ、高柳「行政国家より司法国家へ」二二二五頁以下が詳細な検討を加えている。

(23) その他、柳瀬良幹は、法律による行政の原理と異なり、その実効性を担保する制度は、厳密にいえば法治国家原理の内容ではないとする。柳瀬「法治国家」行政法講座第一巻（一九五六）二〇三頁以下、同・行政法講義〔四訂版〕（一九七五）二四一頁以下。なお、同・行政法教科書〔再訂版〕（一九六九）一五九頁以下参照。

(24) このような観点に立つことによって、行政訴訟を国家作用に対する権利保護という文脈の中に位置づけることが可能となる。それによって例えば、刑罰権の行使に当たっては事前の訴訟手続が要求されるが、行政権の行使に関しては少なく

とも事後的な裁判的救済が必要となる（兼子／竹下・裁判法〔第三版〕一三頁註(1)参照）、といった刑事訴訟との類似及び相違を認識したり、行政権の行使に関しても（事後手続を含めた）行政手続との連続性（事前行政手続と不服審査手続の関係については、塩野宏・行政法Ⅰ〔第二版〕（一九九四）二二一頁参照）を明らかにすることができるように思われる。

(25) この他条文上の根拠として、七六条二項前段の特別裁判所設立の禁止（清宮・憲法Ⅰ〔第三版〕三三六頁、伊藤・憲法〔新版〕五五二頁）や、同項後段の行政機関による終審裁判の禁止（清宮・前掲三三六頁、佐藤功・憲法下〔新版〕（一九八四）九三七頁、小島和司・憲法概説（一九八七）四八七頁、伊藤・前掲五五二頁、佐藤幸治・憲法〔第三版〕（一九九五）三〇一頁）が挙げられることがある。しかし、前者は特別「裁判所」の設立を、後者は行政機関による終審「裁判」を禁止しているだけであって、行政機関の決定に対して裁判的救済を設けないことを直ちに禁止しているわけではない。後者については、そもそも行政機関が「裁判」を行いうるか疑問である（宮沢（芦部補訂）・全訂日本国憲法六〇四頁参照）。また、憲法三二条が挙げられることもあるが（清宮・前掲三三六頁、佐藤功・憲法下〔新版〕九三七頁、同・憲法概説〔全訂第三版〕（一九八五）三九一頁、杉原泰雄・憲法Ⅱ（一九八九）三六〇頁）、同条が行政訴訟の提起を保障すると解する前提として「司法権」概念が問題となっているのであるから、根拠としては不適切ではないかと思われる。

(26) 宮沢（芦部補訂）・全訂日本国憲法五九四頁。同旨を述べるものとして、田中二郎「美濃部先生の行政争訟論」一五六頁、雄川一郎・行政争訟法三九頁、法学協会編・註解日本国憲法下巻（一九五四）一一二四頁、芦部「裁判を受ける権利」二八四頁以下。兼子／竹下・裁判法〔第三版〕六五頁が、「行政処分の審査を司法の範囲に属せしめない趣旨であるならば、旧憲法のような行政裁判に関する規定を設けたはずである。けだし、違法処分に対する救済が、旧制度の下に置けるより不十分であるとは、到底考えられないところだからである」と述べるのも、同様の趣旨であると解される。

(27) 田中「美濃部先生の行政争訟論」一五六頁、雄川・行政争訟法三九頁は、基本的人権を重視する憲法の趣旨と並べて、法治国家原理にも言及している。藤田宙靖「「司法」の概念と行政訴訟」憲法の争点〔新版〕（一九八五）二一〇頁は、この見解を、「〝現行憲法は、法治主義を徹底せしめ、基本的人権の保障を主眼とするものと解すべきであるが、もし憲法でいう「司法」が、民事・刑事のみに限られるとすると、行政事件については、憲法は何ら裁判機関について定めを置いていないことになり、右のような現行憲法の主旨と合致しない〟という、いわば一種の価値体系論的な論拠」であるとする。

(28) 塩野宏・行政法Ⅱ〔第二版〕（一九九四）七頁も、両者の関係は必ずしも明らかではないが、「法治国の原理」と憲法三二条を挙げている。

一　司法権と行政訴訟

一　日本国憲法における「司法権」の観念と行政訴訟がいかなる関係にあるかについては、これまで必ずしも明確にされてこなかった。そして、行政訴訟の解釈論（特に訴訟要件論や訴訟類型論）が憲法論抜きで行われてきたことに対して、憲法学者から傾聴に値する批判がなされている(1)。以下では、「司法権」の内容を明らかにした上で、それが行政訴訟にとって有する意味を検討することにしたい。

一般に、「司法権」とは裁判所法三条にいう「法律上の争訟」について判断を行う作用であり、「法律上の争訟」とは、「法主体間の具体的な権利義務に関する争いであって、法令の適用により終局的に解決しうべきもの」(2)であるとされる。そして、このような「法律上の争訟」に該当する限り、原則として当然に訴訟を提起することが可能である（裁判所法三条参照）と解されており、これらの点にはほぼ異論はない(3)。以下では右の定義の前半部分を「具体的事件性」の要件、後半部分を「法的解決可能性」の要件と呼び、順次検討を加える。

二　まず、具体的事件性の要件については、アメリカにおける「事件ないし争訟」の概念(4)に対応するものと考えられ、「抽象的な法令の効力又は解釈に関する紛争や、具体的な権利義務に直接関係のない紛争のごとき」(5)を排除するものと解されている。これまで、司法権行使のためのこの要件と、行政訴訟、特に抗告訴訟の要件との関係について十分検討されてこなかったことは否めず、このことが前述した憲法学からの批判の一因となっていると思われる。この点で注目されるのが、最近の晴山一穂の見解である。それによると、抗告訴訟の要件のうち、原告適格及び（狭義の）訴えの利益の問題は、具体的事件性の要件の一側面をなす。また、処分性の要件については、「当該行為が国民の権利利益にどれだけ具体的影響を与えるか」という問題（成熟性の問題）と、「それが公権力の行使に当たるか」という問題（公権力性

の問題）に分けられるが、このうち前者が具体的事件性の要件と密接に関連し、後者はそれとは論理的には別次元の問題であるとする。[6] このような理解が可能であれば、一方では抗告訴訟の要件の存在が憲法上説明ないし正当化されるとともに、他方では訴訟要件の解釈に憲法上の枠がはめられ、単なる法律解釈の問題ではないことになる。[7][8]

この点に関連して、いわゆる「客観訴訟」[9]を憲法上どう位置づけるかという問題がある。まず、客観訴訟とされる訴訟類型は必ずしも具体的事件性を要件としておらず、その限りで「法律上の争訟」には当たらないと解される。そして、国民は「法律上の争訟」についてのみ出訴を憲法上保障されているとするならば、少なくとも権利保護の観点からみる限り、客観訴訟は憲法によって当然に保障されたものではないと考えられる。[10] しかし、法治国家原理の貫徹といった別の観点からすれば、客観訴訟に固有の憲法的価値を認めることも可能ではないかと思われる。[11] そのように解しうるならば、客観訴訟は法律に規定された場合にしか提起しえないとしても、一般に説かれているところとは異なって、その訴訟要件を殊更厳格に解さなければならない、ということには必ずしもならないであろう。[12] 他方で、「法律上の争訟」に含まれない客観訴訟を法律によって設けることは憲法上許されるか、という問題がある。[13] これは司法権行使の対象がなぜ「法律上の争訟」に限られるかという問題とも関連し、なお検討を要する点が少なくないが、一般的にいえば、権利保護の観点からすれば、保護に値するだけの利益をもたない者に裁判制度を利用させる必要はない、という理由によるものと考えられる。[14] そうであれば、これは絶対的な制約とは解されず、前述した法治国家原理などの客観的な考慮に基づいて拡張することも十分正当化されることになるであろう。従って、憲法上の限界があるかどうかは問題であるが、立法者には具体的事件性の要件を緩和するかなり広範な裁量が認められていると解することができる。[15][16][17]

三　「法的解決可能性」

「法的解決可能性」の要件が問題となる事例をみると、法的な解決がそもそも不可能である場合と、可能ではあるが不適切とされる場合があるように思われる。

法的解決が不可能な場合としては、原告が法的でない判断を求めている場合がある。そのような例として一般に挙げられているのは、宗教上の教義、学説、政策等の当否の確認を求める訴えである。[18] 裁判所が法を適用して紛争を解決する機関である以上、この種の訴えは不適当なものとして却下する他ないであろう。しかし、この要件に牴触する事例は、現実にはあまり多くはないように思われる。例えば、最高裁は、国家試験の合否判定に関する訴えについて、この判定は「学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為であるから」、具体的に法令を適用して解決できないとして、訴えを不適法としている。[19] しかし、原告が求めているのが合否判定の適法性判断であると解されるならば、一概に法的解決が不可能であるとはいえず、本件はむしろ裁量問題として処理すべきであったと考えられる。[20] また、著名な郵便貯金目減り訴訟[21]について、経済政策の当否は法的に判断できないから、法的解決可能性の要件を満たさない、という見解[22]があるが、原告が求めているのはあくまでも政策の法的評価であると解されるから、このような把握は疑問であり、やはり裁量問題として捉えるのが妥当であると思われる。[23]

このように見るならば、法的解決可能性の要件に牴触するのは、宗教上の教義、学説、政策等の当否それ自体が争われている場合に限られ、その適用範囲はかなり限られたものになると考えられる。[24] また、その多くは「権利義務関係」に関わらないとみることもできる。いずれにしても、原告の請求自体がこの要件に牴触する場合には、訴えは不適法として却下されることになる。これに対して、請求自体は法的に構成されているが、その当否を判断するための前提問題が法的に判断できない場合、いかなる取り扱いをすべきか、という問題がある。一般的にいえば、請求自体に問題はないから本案判決を行うべきだが、法的に判断できない主張に基づく請求は認容できないとして、棄却判決を行うのが筋であろう。[25] 周知のように、この点については、行政訴訟には当たらないが、いわゆる創価学会板まんだら事件に関する最高裁判決[26]をめぐって争いがある。最高裁は、訴訟自体が具体的な権利義務に関する紛争の形式をとっており、宗教上

の教義等に関する判断は前提問題にとどまるとしても、この判断が訴訟の帰趨を左右する必要不可欠なものであり、紛争の核心となっている場合には、当該訴訟は「その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであって」、法律上の争訟に当たらない、と述べて、訴えを不適法とした。しかし、形式的にせよそれ自体は法的に構成された訴えが、前提問題ゆえに法律上の争訟でなくなる理由が理解できないこと、最高裁の挙げる要件は明確性を欠き[27]、訴訟要件に関して実質判断を介在させるのは望ましくないと考えられること[28]からすれば疑問であり、寺田意見のように請求棄却とするのが適切だと思われる[29]。

次に、法的解決が不可能ではないが、そのような解決に適さないとして、司法審査が及ばないとされる場合[30]がある。その例として挙げられるのは、裁量権、統治行為、自律性尊重の法理等である[31]。これまでに述べてきた司法審査の限界が、「法律上の争訟」概念にいわば内在するものであったのに対して、ここで取り上げるのは、「法律上の争訟」に形式上は該当するにもかかわらず、裁判所の統制が排除される場合である。それゆえ、このような例外を認める明確な根拠が存在しなければならず、審査権の制約もそれが具体的に正当化される場合に厳格に限定されなければならない。

裁量権の行使については、踰越濫用がある場合を除き、原則として司法審査が及ばないとされ、この点について今日争いはない。なぜ裁判所の審査が制約されるかについては、一般に、自由裁量とは何が公益にかなうかの判断であって法的判断ではない、それゆえ裁判所の審査は及ばない、と説明されている[32]。このように解するならば、裁量問題はそもそも法的解決が不可能な場合に当たるとみなすこともできよう。確かに、裁判所が法を適用して紛争を解決する機関である以上、法的判断ではないとされる裁量権の行使について審査できないのは、全く自明のことである。しかし、宮沢俊義が指摘するように、たとえ法律よる規律がなくとも、裁判所が法的判断を行うことは理論的には不可能ではない[33]。そうすると、具体の場合においてなぜ裁量権が認められるかについて、先の形式的な理由は何ら説明するところがない

といわねばならず、司法審査を制限するための正当化が別途必要になるのではないかと思われる。以上のように考えるならば、裁量問題は法的解決が可能ではあるが不適切な場合として位置づけられることになるであろう。このような正当化根拠として想定されているのは、裁量権を付与する法律であると思われるが[34]、本稿の視角からは、司法審査を法律によって排除することが許されるのか、そこには憲法上の何らかの制約がないのか[35]、法律にそのような趣旨[36]を読み込むのは擬制に他ならないのではないか[37]、といった問題を指摘することができよう。

第二に、統治行為論とは、高度の政治性を有する行為については、法的判断が可能であるにもかかわらず裁判所の審査が排除される、とするものである[38]。最高裁も、衆議院解散の違憲無効を理由とする議員の歳費支払いが求められた苫米地事件上告審判決[39]において、「統治行為」という言葉は用いていないものの、同様の理由で訴えを不適法としている。しかし、この理論の援用する論拠が、憲法上保障された司法権（および違憲審査権）行使の排除を十分正当化しうるかどうかは問題である。まず、いわゆる自制説については、憲法の明文によって規定された権限を裁判所が任意に放棄しうるのかという疑問がある[40]。他方で、内在的制約説が挙げる根拠も、権力分立の原理については、日本国憲法が違憲審査制を前提とした権力分立制度をとっていること[41]、国家行為の政治性については、憲法問題はその性質上政治的な性格を多くの場合有すること[42]、民主主義原理については、多数派の決定にもかかわらず憲法的価値を擁護する点に違憲審査制の存在意義があること[43]などからして、いずれも司法審査の排除を一般的に正当化しうるとは解しえない。個別の場合に裁判所の介入が不適切とされるとしても、それは自律権[44]や裁量権[45]の理論によって説明可能であり、それ以外の場合について一般的な統治行為論によって裁判所の統制を排除することはできないのではないかと思われる。

最後に、一定の団体の行為について、その自律権の尊重を理由として司法審査が制限ないし排除される場合があり、地方議会、大学、政党、宗教団体などの例を挙げることができる。最高裁は、このうち地方議会[46]および大学[47]について、

いわゆる「部分社会論」に依拠している。伝統的な特別権力関係論を用いていない点では評価しうるものの、部分社会が存在するという事実だけでは、憲法上保障された司法権行使の排除を法的にはなお正当化しえないといわねばならない。それぞれの問題に即して憲法上の根拠は何か、裁判統制の排除を真に正当化しうるかを、個別に検討する必要がある。[48] 最高裁も、政党の行った処分については、政党が議会制民主主義を支える上で極めて重要な存在であるから、その自律権を尊重する必要があるとして、審判権の制約を根拠づけている。[49] 宗教団体についても、信教および結社の自由に照らし、自律的な決定がなされた場合にはこれを尊重した取り扱いを行うべきである。しかし最高裁は、かつては自律権尊重論をとっていたが、[50] 蓮華寺事件判決以降は、宗教紛争についての中立性という似て非なる論理をとるに至っている。[51] このような判例の転換は、自律的決定が問題となっていなかった板まんだら事件の判旨を、事案を異にする[52] 蓮華寺事件等にそのまま適用したことに起因すると考えられるが、宗教団体にとって自律的決定を裁判によって貫徹することが不可能となってしまう点で、甚だ疑問であるといわねばならない。[53]

（1）例えば、奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究四一号（一九七九）一〇〇頁以下、棟居快行「「基本権訴訟」の可否」（一九八五）同・人権論の新構成（一九九二）二八八頁以下、高橋和之「事件性の要件と原告適格」（一九八五）同・憲法判断の方法（一九九五）二三八頁、河野敬「事件性」芦部信喜編・講座憲法訴訟第一巻（一九八七）二二三頁以下、松井茂記・裁判を受ける権利（一九九三）一六五頁。こうした憲法学からの批判について、晴山一穂「司法権の限界」杉村敏正編・行政救済法1（一九九〇）三〇頁は、「この指摘は、法律上の争訟概念を憲法上の次元の問題にひきあげ、その観点から、抗告訴訟という特定の訴訟類型を前提としてその枠内で訴訟要件の問題を考えてきた従来の行政法学の思考方法に対して大きな反省を迫るものとして注目される。今後は、このような観点を明確にした上で、訴訟要件についての行訴法の規定とその解釈、さらには同法による抗告訴訟という特定の訴訟類型の法定の是非という問題にまで踏み込んだ再検討

が必要となってくると思われる」と述べている。

(2) 兼子一／竹下守夫・裁判法〔第三版〕(一九九四) 六六頁以下。

(3) 例えば、兼子一・新憲法と司法 (一九四八) 四六頁、田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の限界」(一九四九) 同・行政争訟の法理 (一九五四) 一三七頁、同・行政法の基本原理 (一九四九) 二六三頁、同「司法権の限界」(一九七四) 同・司法権の限界 (一九七六) 三四頁、同・新版行政法上巻〔全訂第二版〕(一九七四) 二九六頁、佐藤功・続憲法問題を考える (一九八三) 二一三頁、佐藤幸治「現代国家と司法権」(一九八六～七) 同・現代国家と司法権 (一九八八) 六八頁以下、晴山一穂「司法権の限界」二五頁。ほぼ同旨を述べる最高裁の判例として、最判昭和二八年一一月一七日行集四巻一一号二七六〇頁、最判昭和二九年一一月一一日民集八巻一一号四一九頁、最判昭和四一年二月八日民集二〇巻二号一九六頁、最判昭和五六年四月七日民集三五巻三号四四三頁など参照。なお、最高裁判所事務総局・行政事件訴訟十年史 (一九六一) 四八頁以下、同・裁判所法逐条解説上巻 (一九六八) 二一二頁以下参照。

(4) アメリカにおける「事件ないし争訟」の概念については多くの研究があるが、例えば、藤田泰弘「アメリカ合衆国における行政訴訟原告適格の法理」訟務月報一九巻五号 (一九七三) 五九頁以下、同「原告適格 (Standing) に関するアメリカ判例法の展開」公法研究三七号 (一九七五) 一四〇頁以下、金子正史「アメリカ合衆国における行政事件訴訟の原告適格」独協法学六巻 (一九七五) 一一三頁以下、同「アメリカ合衆国における行政訴訟の原告適格法理 (一)～(四・完)」自治研究五九巻三号、四号、六号、八号 (一九八三)、市川正人「事件性の要件とスタンディング (一)～(四・完)」法学論叢一一二巻五号、六号、一一三巻三号、六号 (一九八三)、雄川一郎「訴えの利益と民衆訴訟の問題」(一九七六) 同・行政争訟の法理 (一九八六) 三〇六頁以下、同「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」(一九八三) 同書三九四頁以下、渋谷秀樹「事件性の理論研究序説 (一)(二・完)」法学協会雑誌一〇〇巻一二号、一〇一巻一号 (一九八三～四)、高橋和之「事件性の要件と原告適格」二三七頁以下参照。

(5) 田中二郎・新版行政法上巻〔全訂第二版〕二九八頁。

(6) 晴山一穂「司法権の限界」二七頁。なお、野中俊彦「訴訟要件論」(一九八三) 同・憲法訴訟の原理と技術 (一九九五) 二三二頁以下も、処分性についてこのような二側面があることを指摘する。

(7) 晴山「司法権の限界」二七頁以下は、「このような観点にたって考えるならば、成熟性と原告適格についての解釈は事件

性の観念を基本に置いてなされるべきであり、これらを事件性の要件と切り離して捉えることによって、その解釈が逆に事件性の要件を狭めてしまう結果にならないように注意する必要がある」と指摘する。

(8) なお、訴訟要件の問題については本稿三において検討する。

(9) 主観訴訟と客観訴訟の区別は一般に訴訟目的が権利保護か適法性の維持かによってなされているが、訴訟目的は相対的であり、しかも二つの目的は必ずしも背反関係にあるわけではないから基準としては不適切であり、両者の区別はむしろ「法律上の争訟」に該当するか否かによって行うべきことについては、拙稿「越権訴訟の性質に関する理論的考察（二・完）」九大法学五八号（一九八九）二七五頁以下参照。

(10) これに対して、藤井俊夫・事件性と司法権の限界（一九九二）一八頁、五〇頁以下、四〇二頁以下は、客観訴訟も裁判を受ける権利によって保障されるとするが、賛成できない。もっとも、わが国で客観訴訟とされている住民訴訟や選挙訴訟等が、アメリカなどでは特別の法律の根拠なしに認められており、法律上の争訟に当たらないとはいえないのではないか、という指摘がある（奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」一〇六頁、佐藤幸治・憲法訴訟と司法権（一九八四、初出一九八一～三）一八頁、河野敬「事件性」二四一頁、松井・裁判を受ける権利一七三頁註(52)参照）。この点は、特に原告適格をいかに解するかという問題と関連する。これらの訴訟で原告適格を認められた者に対して、主観訴訟における適格を否定することが憲法上許されるとするならば、本文のように断言できるが、仮にそうではないとすれば、これらは本来主観訴訟としても成立しうるものといわなければならない。但し、主観訴訟として提起しうる事件を客観訴訟として制度化することも、それによって権利保護の水準が低下しない限り、憲法上は許容されうると考えられる。

(11) 法治主義の観点から客観訴訟を積極的に評価するものとして、木佐茂男「訴訟形式による規範統制」村上義弘／東條武治編・行政法と現代社会（一九八二）一七五頁、東條武治「客観訴訟」現代行政法大系5（一九八四）一一四頁。なお、小早川光郎「集団的訴訟」（一九七八）同・行政訴訟の構造分析（一九八三）二四八頁註(8)(9)参照。行政訴訟に権利保護と並んで行政の適法性の維持という目的があることは一般に認められているが（拙稿「越権訴訟の性質に関する理論的考察（二・完）」一七五頁参照）、かつてのドイツにおけるように（本稿一を参照）後者のみを強調し前者をなおざりにすることは許されないにせよ、いわゆる主観訴訟の運用に当たって後者を考慮することや、後者に着目した訴訟制度を主観訴訟とは別に設けることを妨げるものではないと思われる。なお、アメリカの憲法訴訟について指摘されている「私権保障型」

から「憲法保障型」への変貌（芦部信喜「憲法訴訟の理論と技術」（一九七五）同・憲法訴訟の現代的展開（一九八一）四頁以下参照）は、仮にわが国の主観訴訟については直ちに参考としえないとしても、客観訴訟の評価に当たっては示唆するところが多いのではないかと思われる。この点については前註(4)に挙げた文献を参照。

(12) 佐藤幸治・憲法訴訟と司法権一七頁以下は、「本来の「司法権」に根ざすものでないとすれば、「客観訴訟」は性質上行政作用ということにならないか。もしそうだとすれば、裁判所がこのような行政作用を行うことは憲法上問題とならないか」と指摘する（同「日本国憲法下の違憲審査制の類型」（一九八五）同・現代国家と司法権二一四頁も同旨）。また、松井・裁判を受ける権利一七三頁註(52)も、「およそ事件・争訟性を欠くような訴訟を裁判所が審査したり、また立法によって事件・争訟性要件を擬制することもできないような民衆訴訟や客観訴訟を裁判所に審査させることは、憲法上許されないのではなかろうか」という。

(13) この点については、佐藤幸治「現代国家と司法権」四六頁以下が「司法権の本質」という観点から検討を加えており、注目される。もっとも、この問題はむしろ、日本国憲法という特定の憲法の下で司法権がいかなるものとして理解されているか、という観点から検討すべきではないかと思われる（高見勝利「日本――権力分立論の展開」比較法研究五二号（一九九〇）九一頁参照）。また、「伝統的モデル」に該当する訴訟を司法権の「本質」なり「核」と見ることは、前述したような法治国家原理の観点からの訴訟の活用を（否定するわけではないにせよ）消極的に評価する結果となるのではないか、という懸念もある。

(14) 佐藤功「法律上の争訟」と司法権の限界」民事研修二三七号（一九七七）九頁参照。また、樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂・注釈日本国憲法下巻（一九八八）一一三〇頁以下（浦部執筆）は、「公権的裁定の必要性」という観点からの説明を行う。

(15) この裁量にいかなる憲法上の限界があるのかについては争いがある。佐藤幸治「日本国憲法下の違憲審査制の類型」二五〇頁以下は、本来の司法権ならざる作用を法律で裁判所に付与するにあたっては、「①付与される作用は裁判所による法原理的決定の形態になじみやすいものでなければならず、②その決定には終局性が保障されるものでなければならない」とし、「特に①の条件との関連でもう少し具体的にいえば、「事件・争訟性」を擬制するだけの内実を備えていること、つまり、具体的な国家の行為があり、裁判による決定になじみやすい紛争の形態を備えているものでなければならない」と

する（同・憲法訴訟と司法権一九頁、同「現代国家と司法権」一二六頁、同・憲法〔第三版〕二九九頁も同旨）。野中俊彦「抽象的違憲審査の観念」（一九八三）同・憲法訴訟の原理と技術（一九九五）二六頁以下は、客観訴訟において具体的な国家行為が争われ、それに付随して違憲審査が行われる限り、抽象的違憲審査ではなく、憲法上許容されるとする。これに対して、高橋和之「司法の観念」講座憲法学6（一九九五）二五頁以下は、裁判所が「事件」に付随して違憲審査を行う限りそれは付随審査制であり、この「事件」は具体的なものに限定されず、いかなる「事件」を司法権に与えるかは「全く立法政策の問題」であるとするが、最高裁において「憲法事件そのものを抽象的に争う提訴権を法律で認め」ることは、下級裁判所が憲法判断を行いうることを想定している憲法八一条によって否定されるとする。また、小早川光郎「非主観的訴訟と司法権」法学教室一五八号（一九九三）一〇〇頁は、「憲法七六条および裁判所法三条にいう〝司法権〟ないしは〝法律上の争訟の裁判〟の範疇に属さないような訴訟手続を定め、それについての裁判の権限を与えること」は、「それが行政機関の――さらには立法機関の――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と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」、「もう一つには、法律上の争訟に当たるものであっても、……それについて特別の訴訟手続を定め、主観的訴訟の場合よりも広い範囲の者に提訴権を認めること」に関しても、「憲法上の限界が全くないとは言えないであろう。しかし、それについては、憲法七六条自体との牴触の問題は存在しないし、それが行政権と司法権の分立を損なうものとして違憲となるというような事態は、実際には想定しにくいと思われる」とする。なお、そもそも抽象的違憲審査制を法律によって設けることが憲法上可能か、という問題もあるが、本稿では立ち入らない。

(16) アメリカにおいては、事件性がないにもかかわらず法律によって訴訟を設けることは憲法上認められないと考えられているとのことだが（佐藤幸治・憲法訴訟と司法権一八頁参照）、本文に述べたところからすれば、わが国においては必ずしも同様に解さなければならないわけではないと思われる。憲法の規定の仕方に着目して同じ結論をとるものとして、高橋和之「事件性の要件と原告適格」二七五頁以下、同「司法の観念」二四頁以下。なお、尾吹善人・学説判例事典憲法（一九七〇）一三二頁参照。

(17) 以上は「具体的事件性」についていえることであり、次に述べる「法的解決可能性」の要件については、その性質上、法律によって緩和することは許されないと考えられる。

(18) 兼子／竹下・裁判法〔第三版〕六九頁註(1)。最高裁も、「法令の適用によって解決するに適さない単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争いは、裁判所の裁判を受けうべき事柄ではない」とする（最判昭和四一年二月八日民集二〇巻二号一九八頁）。

(19) 前掲最判昭和四一年二月八日。もっとも、原告が手続瑕疵を争った場合にどのような取り扱いとなるかは明らかでない。本件の第一審判決はこの点を留保しており、矢野邦雄・最高裁判所判例解説民事篇昭和四一年度七〇頁以下も、本件では手続の違法は全く争われていなかったから、「上告判決が司法審査の対象とならないと判断したのは、合格不合格の判定内容の当否が争われる場合についてだけであって、試験手続の違法まで含めた趣旨でないことはいうまでもない。右手続の違法、試験機関の構成の瑕疵その他当然試験の結果に影響を及ぼすと考えられるような試験機関の不公正な所為の判明した場合等に、司法救済を求めることが可能かどうかは、別に検討せらるべき問題である」と述べている。学位不授与議決取消請求事件について、東京地判昭和三七年三月八日行集一三巻三号三六二頁、及びその控訴審である東京高判昭和三七年六月一一日行集一三巻六号一二一三頁は、手続の違法については審査可能であるとする。司法試験について、東京地判昭和四九年九月二六日判例時報七六九号三八頁は、他事考慮についても審査できるとする。判例時報七六九号三八頁のコメントは、手続的審査が可能だとすると、国家試験についての最高裁判決が訴えを不適法としたのは誤りで、手続の瑕疵を主張しない点で主張自体理由がないとして結論は請求棄却になるということになるであろう、という。

(20) 同旨、覚道豊治・民商法雑誌五五巻三号（一九六六）五〇三頁以下、高田敏・行政判例百選Ⅱ〔初版〕（一九七九）三三一頁、椎名慎太郎・行政判例百選Ⅱ〔第三版〕（一九九三）三六七頁、高橋和之「司法の観念」三〇頁。

(21) 大阪地判昭和五〇年一〇月一日判例時報七九〇号一七頁、大阪高判昭和五四年二月二六日判例時報九二四号三四頁、最判昭和五七年七月一五日判例時報一〇五三号九三頁。

(22) 岡光民雄「政府の経済政策の立案施行と国家賠償責任」法律のひろば三六巻七号（一九八二）一一四頁、佐藤幸治「現代国家と司法権」一三六頁以下、同・憲法〔第三版〕（一九九五）二九八頁註(1)、樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂・注釈日本国憲法下巻（一九八八）一二五七頁（佐藤執筆）。佐藤功「「法律上の争訟」と司法権の限界」一七頁、同・続憲法問題を考える二一八頁も同旨か。

(23) 同旨、手島孝・判例評論二五一号（一九八〇）一五頁、藤原淳一郎・法学教室二五号（一九八二）一一四頁、野中俊彦「統

治行為」（一九八二）同・憲法訴訟の原理と技術（一九九五）一五六頁、晴山一穂「司法権の限界」三一頁註(4)、芝池義一・行政法総論講義〔第二版〕（一九九四）七四頁。第一審および上告審判決も同旨と解されるが、控訴審判決は統治行為論的な表現をとっており、その趣旨は必ずしも明確ではない（この点については、手島・前掲一四頁以下参照）。

(24) 佐藤功「「法律上の争訟」と司法権の限界」一〇頁、同・憲法下〔新版〕（一九八四）九三〇頁以下の指摘するところである。

(25) 例えば、国家公務員採用試験及び司法試験の合否判定の誤りを主張してなされた国家賠償請求について、東京地判昭和六〇年六月一七日判例時報一二〇八号九二頁は、合否判定の当否については司法審査が及ばないとしたが、本訴は金銭の給付を求める請求であり、合否判定の問題は前提問題にすぎないから、本訴請求自体が裁判所の審判の対象となりえないわけではないとして、請求棄却判決を行っている。学位請求論文の取り扱いをめぐる名誉毀損に基づいてなされた謝罪広告等の請求に関する東京地判昭和二三年一一月六日行政裁判月報八号一三〇頁、大学入学試験の合否判定の誤りを主張してなされた国家賠償請求に関する東京地判平成二年六月二七日判例時報一三五九号八三頁も、同様に請求を棄却する。もっとも、国家試験に関する前掲最判昭和四一年二月八日の事案においては、不合格判定の合格への変更の請求とともに、国家賠償の請求もなされていたが、最高裁はこれも含めて訴えを不適法としている。

(26) 最判昭和五六年四月七日民集三五巻三号四四三頁。

(27) 中野貞一郎・民事訴訟判例百選〔第二版〕（一九八二）一一頁、同「司法審判権の限界の画定基準」民商法雑誌一〇三巻一号（一九九〇）二三頁参照。

(28) 高橋宏志「審判権の限界について」法学教室一一九号（一九九〇）九二頁は、「〔板まんだら事件上告審判決の〕判旨は、「その実質において」という法律論からの飛躍を必要とする判断を媒介せしめており、理論として不安定要因を抱えている。実質判断は、避けられる場合には避けるのが、訴訟法理論としては賢明というべきであろう」と指摘する。

(29) 板まんだら事件については、供養金返還請求はそれ自体宗教上の請求である（松浦馨「民事訴訟による司法審査の限界」紛争処理と正義（一九八八）一一頁以下、同「宗教団体の自律的結果承認の法理」民事手続法学の革新中巻（一九九一）三九頁、竹下守夫・民商法雑誌一〇二巻三号（一九九〇）三四九頁、同「団体の自律的処分と裁判所の審判権」書研所報三六号（一九九〇）五三頁。新堂幸司「宗教団体内部の紛争と裁判所の審判権」（一九八二）同編著・特別講義民事訴訟法

（一九八八）一九八頁註(1)も同旨か）、あるいは宗教上の論争を展開するための隠れ蓑である（初宿正典「日本における宗教団体とその紛争処理」佐藤幸治／木下毅編・現代国家と宗教（一九九二）三〇九頁以下。新堂幸司「審判権の限界」講座民事訴訟2（一九八四）二一頁も同旨か）という理由で、最高裁の結論に賛成する見解も多いが、紛争の実態がその通りであるとしても、そこから直ちに訴えの不適法という結論を導くことには疑問がある。なお、宗教団体の自律性が問題となる場合については後に触れる。

(30) これは、本稿におけるように、「法的解決可能性」の要件として捉え、「法律上の争訟」に当たらない場合とみなすこともできるが、「法律上の争訟」に含まれるにもかかわらず、司法審査が排除される場合と考えることもできる。

(31) ここで取り上げるのは、田中二郎によって特に主張された「司法権の限界」の問題とかなり重なるものである。田中は、これに当たる事例として、新版行政法上巻〔全訂第二版〕二九七頁以下では、「司法権の性質および機能に基づく司法審査の限界」として、具体的事件性、高度の政治性をもつ国家行為を、「行政権との関係における司法審査の限界」として、第一次的判断権の留保、自由裁量を挙げる。他方、「司法権の限界」三四頁以下では、右の前者に当たるものとして、具体的事件性、訴えの利益、高度の政治性をもった事件を、後者に当たるものとして、第一次的判断権の留保、自由裁量、特別権力関係その他自律権が認められている場合、一連の手続の中での処分性、審査請求前置主義を挙げている。本稿では、具体的事件性、訴えの利益、処分性については、具体的事件性の問題として位置づけ、第一次的判断権については便宜上後の義務づけ訴訟の箇所で言及している。審査請求前置主義については、本稿三註(61)参照。なお、田中二郎の「司法権の限界」論については、宮崎良夫「「司法権の限界」論についての一考察」（一九八二）同・行政訴訟の法理論（一九八四）一頁以下が詳細な検討を加えている。

(32) 藤田宙靖・第三版行政法Ⅰ（総論）〔改訂版〕九八頁は、「伝統的な通説の考え方」を次のように整理する。「裁判機関による審査は、法を司るというその使命からして、少なくとも原則的には、行政活動の違法・適法の判断にのみ限られざるを得ないのであって、行政機関が専ら政策的・行政的見地から行う決定に対して、その政策的判断の当・不当をコントロールするのは、本来、裁判所の権限外である、ということにならざるを得ない。こうして、伝統的に、行政行為であっても、羈束行為についてはその違法・適法が裁判審査の対象となるが、裁量行為についての行政機関の裁量の誤りは、裁判審査の対象とはならない、という行政法理論上の大原則が立てられてきたのであった。」

(33)「元来、その性質上訴訟手続によって具体化せられることが理論的に不可能な法というものはない。どのような法でもこれを訴訟手続によって具体化することは理論的には可能である。」「いわゆる自由裁量行為は通常多くの国で行政裁判の対象とはなりえぬものとせられている。この点について、あるいは自由裁量行為は理論上行政裁判の対象となりえぬもののように考えることがなされるが、それは正しくない。さきにのべられたように、ある法の具体化に際して行政庁に対してどのような広汎な裁量の範囲が認められている場合でも、それをさらに行政裁判の対象とすることは理論的には決して不可能ではない。しかし、技術的合目的性の見地からいってそれは適当でないとせられるのである」（宮沢俊義「行政裁判と統治作用」（一九三八）同・憲法と裁判（一九六七）七八頁）。なお、小早川光郎「裁量問題と法律問題」法協百年論集2（一九八三）三四六頁参照。

(34) 小早川「裁量問題と法律問題」三五〇頁は、古典的裁量学説においても、行政機関の裁量権は「特定の場合に何が行政の目的……に適合するかについての最終的判断を行政機関のみがなしうる」ことであり、「ある事項について実定法が右の意味での裁量権の存在を定めていることが、その事項を裁判所の審理しえない裁量問題たらしめる」というように理解されていたとする。今日においても、「法律の趣旨目的」が援用されることからすると、基本的に事情は変わっていないと見ることができよう。

(35) これは小早川「裁量問題と法律問題」三五五頁が指摘するところである。

(36) 羈束行為と羈束裁量の区別からもわかるように、通説は立法者による授権の際に行政庁に付与される裁量と、裁判所による統制の際に認められる裁量を区別しており、前者が認められるからといって当然に後者が認められることになるわけではない。もっとも最近では、羈束行為と羈束裁量の区別には意味がないとする説も有力である（阿部泰隆・行政の法システム下（一九九二）六五七頁、塩野宏・行政法Ⅰ〔第二版〕（一九九四）一一四頁註(4)）。

(37) 問題の性質が裁判所による判断になじむか否かを基準とする「機能主義的な考え方」（藤田宙靖・第三版行政法Ⅰ（総論）〔改訂版〕一〇三頁以下参照）は、一面では司法審査が制約される実質的根拠を明らかにしようとする点で優れているといえるが、他面ではそれがなぜ直ちに司法審査の排除を正当化しうるのか、という問題が生じてくる。法的に説明するとすれば、司法審査の制限をまず法律が行い、この法律を機能主義的な根拠が憲法上正当化する、と考えることができるであろうか。

(38) 統治行為に関する最近の文献として、野中俊彦他・ゼミナール憲法裁判（一九八六）一三六頁以下、小林節・政治問題の法理（一九八八）、藤井俊夫「違憲審査の対象」講座憲法学6（一九九五）一〇五頁以下など参照。

(39) 最大判昭和二八年四月一五日民集七巻四号三〇五頁。

(40) 小林節「統治行為論の展望」（一九八七）同・政治問題の法理二〇九頁、杉原泰雄・憲法Ⅱ（一九八九）三七一頁など参照。

(41) 横田耕一「審査を排除・制約する法理と政策」法学セミナー増刊・憲法訴訟（一九八三）一九一頁、小林節「統治行為の現状」同・政治問題の法理一八三頁、野中他・ゼミナール憲法裁判一五五頁、藤井「違憲審査の対象」一一五頁など参照。

(42) 芦部信喜「統治行為と行政事件訴訟」同・憲法訴訟の法理（一九七三）四二八頁、同「違憲審査権と司法消極主義」（一九六七）同書二四四頁以下、小林直樹・〔新版〕憲法講義下（一九八一）三八一頁、野中俊彦「統治行為」（一九八二）同・憲法訴訟の原理と技術（一九九五）一五九頁、横田「審査を排除・制約する法理と政策」一九一頁、杉原・憲法Ⅱ三七一頁など参照。

(43) 芦部「統治行為と行政事件訴訟」四二八頁、同「違憲審査権と司法消極主義」二四五頁以下、奥平康弘「「統治行為」理論の批判的考察」法律時報四五巻一〇号（一九七三）八〇頁以下、小林節「統治行為の現状」一八一頁、同「統治行為論の展望」二一一頁など参照。

(44) いわゆる警察法改正事件に関する最大判昭和三七年三月七日民集一六巻三号四四五頁は、国会の議事手続について「両院の自主性を尊重」すべきことを理由に審査を行わなかったが、これは統治行為論ではなく、議院の自律権を根拠としたものと一般に解されている。この問題について詳しくは、大石眞・議院自律権の構造（一九八八）三頁以下参照。

(45) しばしば指摘されているように、砂川事件に関する最大判昭和三四年一二月一六日刑集一三巻一三号三二二五頁は、条約が「一見極めて明白に違憲無効」であるかどうかを審査しており、統治行為論ではなく裁量論によったと見ることもできないわけではない。また、後に取り上げる一連の議員定数配分不均衡訴訟においては、最高裁は明らかに裁量論に立って一定の違憲審査を行っている。なお、苫米地事件についても、尾吹善人・学説判例事典憲法一四四頁は、裁量論と自律権論で処理できるとする。

(46) 最大判昭和三五年一〇月一九日民集一四巻一二号二六三三頁は、地方議会議員に対する懲罰（出席停止）の取消が求め

られた事件について、「自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在っては当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがある」として、訴えを不適法とした。ただし、議員の除名処分を争う訴えを適法とした最大判昭和三五年三月九日民集一四巻三号三五五頁においては、「議院の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止まらない」から、「本件における議院の出席停止の如く議員の権利行使の一時的制限に過ぎないものとは自ら趣を異にしている」として、処分の内容によって区別する旨を明らかにしている。これに対して、最判平成六年六月二一日判例時報一五〇二号九六頁は、町会議員と町との私的な紛争を理由とする議員辞職勧告決議によって名誉を毀損されたとして、町会議員が損害賠償を求めた事件に関して、裁判所の審判権が及ぶとしたが、その根拠が名誉毀損に基づく損害賠償という市民法上の請求だからなのか（東京地判平成五年七月一六日判例タイムズ八三五号一六四頁参照。そうであれば出席停止の場合も損害賠償訴訟であれば提起しうることになる。なお、東京地判平成五年一〇月二〇日判例時報一四九二号一一頁は、名誉権の侵害という形で争っていても、司法審査を差し控えるべきことに変わりはないとする）、決議の理由が議会活動とは関係のない私的な紛争にあったからなのか（市川正人・法学教室一七四号別冊付録判例セレクト'94（一九九五）七頁、大石眞・平成六年度重要判例解説（一九九五）二頁の解釈。そうであれば処分の内容に着目する従来の判例との整合性が問題になる）、あるいは辞職勧告が正式の懲戒処分ではないからなのか（法的効果を持った処分について審査を否定し、単なる勧告について肯定するのは、均衡を失するのではないかとも思われる）なのか、必ずしも明らかではない（東京地八王子支判平成三年四月二五日判例時報一三九六号九〇頁は以上の三点をすべて挙げている）。

(47) 最判昭和五二年三月一五日民集三一巻二号二三四頁及び二八〇頁は、大学の単位認定行為については、「当然に一般市民法秩序と直接の関係を有するものではない」として審査を否定したが、専攻科終了の認定については、「実質的にみて、一般市民としての学生の国公立大学の利用を拒否することにほかならない」として肯定した。

(48) この点を指摘するものとして、例えば、佐藤幸治「「部分社会」と司法権」（一九八三）同・現代国家と司法権（一九八八）一七六頁以下。このような観点からすると、大学における処分については大学の自治を根拠として援用することが可能であろうが、地方議会に関しては、国会両院の自律権とは同視しえないこと（大石眞・地方自治判例百選〔第二版〕（一九九三）七五頁参照）を考慮すると、司法審査の排除を正当化することは容易ではないように思われる（本案審理における敬

譲的審査の手法を示唆するものとして、日野田浩行・平成六年度重要判例解説（一九九五）七頁）。

(49) 政党からの除名処分に基づき建物の明渡等が求められた事件に関する最判昭和六三年一二月二〇日判例時報一三〇七号一一三頁参照。これは民事事件だが、行政事件としては、除名処分に基づく参議院選挙比例代表区当選人名簿変更決定の無効が争われた例がある（最判平成七年五月二五日民集四九巻五号一二七九頁）。もっとも、後者において最高裁は当選訴訟において裁判所は除名の効力を審査できないとしたが、これは政党の自律性を尊重する公職選挙法の趣旨解釈を根拠とするものであり、司法権の限界論に直接依拠する前者とは大きく意味を異にする。従ってまた、公職選挙法の規定の仕方ないしその解釈によっては、一定範囲で（例えば手続に関して）除名の司法審査を認めることも不可能ではないと思われる。

(50) 種徳寺事件に関する最判昭和五五年一月一一日民集三四巻一号一頁は、具体的な権利または法律関係をめぐる紛争があり、その前提問題として住職たる地位の存否を判断する必要がある場合には、「その判断の内容が宗教上の教義の解釈にわたるものであるような場合は格別」、そうでない限りこの問題について裁判所は審判権を有する、としていた。これを敷衍して、本門寺事件に関する最判昭和五五年四月一〇日判例時報九七三号八五頁は、「宗教法人は宗教活動を目的とする団体であり、宗教活動は憲法上国の干渉からの自由を保障されているものであるから、かかる団体の内部関係に関する事項については原則として当該団体の自治権を尊重すべく、本来その自治によって決定すべき事項、殊に宗教上の教義にわたる事項のごときものについては、国の機関である裁判所がこれに立ち入って実体的な審理、判断を施すべきものではない」と述べており、宗教団体の自律権（「自治権」）を理由としてその判断を尊重する旨を明示していた。なお、ここで挙げる宗教団体に関する判例は、すべて民事事件に関するものである。

(51) 蓮華寺事件に関する最判平成元年九月八日民集四三巻八号八八九頁は、「宗教団体における宗教上の教義、信仰に関する事項については、憲法上国の干渉からの自由が保障されているのであるから、これらの事項については、裁判所は、その自由に介入すべきではなく、一切の審判権を有しないとともに、これらの事項にかかわる紛議については厳に中立を保つべきである」と述べて、本門寺事件及び板まんだら事件の判決を引用している。しかし、これは本門寺事件でとられていた自律権尊重の論理とは明らかに異質の論理（いわば「中立性の論理」）であるといわなければならない。日蓮正宗管長事件に関する最判平成五年九月七日民集四七巻七号四六六七頁においても、やはりこの中立性の論理がとられている。

(52) 自律的決定が問題となっているかどうかで、板まんだら事件とそれ以外の事件では事案を異にすることを指摘するもの

として、竹下守夫・民商法雑誌一〇二巻三号三四九頁、三五九頁、松浦馨「民事訴訟による司法審査の限界」一二頁、同「宗教団体の自律的結果承認の法理」三六頁以下など。

(53) 中立性の論理をとった場合、宗教団体の側が訴訟を提起したときでも訴えは却下されるのに対し、自律権尊重の論理をとるならば、自律的決定を尊重した本案判決が下されることになる。そして、後者の解決によれば、板まんだら事件において問題となったような、宗教上の教義について裁判所が判断をする必要は、そもそも生じないことになる。自律的決定が問題となる場合には本案判決をすべきとするものとして、松浦「民事訴訟による司法審査の限界」二四頁、同「宗教団体の自律的結果承認の法理」三五頁以下（ただし例外を認める）、伊藤眞「宗教団体の内部紛争と裁判所の審判権」判例タイムズ七一〇号（一九八九）一三頁、竹下・民商法雑誌一〇二巻三号三五六頁、同「団体の自律的処分と裁判所の審判権」五四頁（ただし例外を認める）、高橋宏志「審判権の限界について」九四頁、佐藤幸治「現代国家と宗教団体」佐藤／木下編・現代国家と宗教四一頁、初宿正典「日本における宗教団体とその紛争処理」三一五頁以下など。

三　憲法による保障の内容

一　これまで述べてきたことから明らかになったのは、国民は、「法律上の争訟」の存在が認められる限りで、行政訴訟の提起を憲法によって保障されている、ということである。ここで重要なのは、憲法は単に現行訴訟法規の枠内での権利保護を保障するに止まるわけではない、ということである。すなわち、訴訟制度の内容を法律に白紙委任したとは考えられない以上、憲法は行政訴訟に対する何らかの要請を含んでいるといわねばならない。従って、行政訴訟制度の具体化に当たって一定の立法裁量があることは否定されないとしても、憲法上の要請を満たさない行政訴訟法規は違憲無効となるし、法規の解釈においても右の要請を考慮すべきである、ということになる。(1) 問題は何が憲法の要請かで

あるが、一言でいえば、「包括的で実効的な権利保護」[2]であると解される。以下ではその意味を明らかにした上で、現行法上の主要な問題点に簡単な検討を加えることにしたい。[3]

二

行政訴訟における「包括的権利保護」の要請とは、行政との間で「法律上の争訟」に当たる紛争が発生した場合、国民は常に裁判所の権利保護を求めることができなければならない、ということを意味する。この要請については二つの点に注意しなければならない。まず、憲法上求められているのは何らかの訴訟による権利保護であって、差し当たりそれが民事訴訟か行政事件訴訟かを問わないことである。従って、行政訴訟に関する特別の制度を設けず、すべて民事訴訟によることにしても、右の要請に関しては憲法上の問題はない。しかし、日本の現行制度は民事事件と行政事件を区別しているので、民事訴訟が排除されている限りで、行政事件訴訟において包括的な権利保護を図らなければならないことになる。さらに、この意味での包括的権利保護は取消訴訟における概括主義とは異なることにも注意が必要である。取消訴訟は行政処分がなされた場合にその取消を求める制度であり、概括主義はそれによって争いうる行政処分に（原則として）制限が加えられないことをいう。それゆえ、権利利益の侵害が行政処分以外の行為によって加えられた場合など、取消訴訟の適用範囲外では機能しない。これに対し、ここでいう包括的権利保護は、このような限定を受けない、遠藤博也のいう「権利救済の概括主義」[4]を意味するものである。

そこでまず、右の角度から現行法の定める訴訟形式を検討することにしたい。行政事件訴訟法の基本構造をみると、私法に関する事件は民事事件として民事訴訟法に委ね、本法は公法に関する事件、すなわち行政事件を規律の対象とする。そして、行政事件を「公権力の行使に関する不服の訴訟」かどうかでさらに二分し、これに該当するものを抗告訴訟、それ以外を公法上の当事者訴訟とする。抗告訴訟については、処分および裁決の取消の訴え、無効確認の訴え、不作為の違法確認の訴えという訴訟類型を規定するが、これらは例示に過ぎず、立法者はそれ以外のいわゆる「法定外抗

告訴訟」ないし「無名抗告訴訟」を否定する趣旨ではないとされる。このような現行法の体系については、訴訟形式を区分する方法それ自体の当否[5]は別として、形式的には一応すべての領域を網羅していると見ることができる。従って、権利保護の必要がある場合には、まず行訴法の用意した訴訟形式による救済が可能ではないかを検討するのが、解釈論のあり方ではないかと思われる[6]。

訴訟類型として現行法上問題となりうるものとして、まず義務づけ訴訟[7]がある。周知のように、かつては行政の第一次的判断権の法理に基づく否定説が有力に唱えられていたが、今ではほとんど影をひそめており、現在では独立説と補充説の間で論争が行われている[8]。否定説については、そもそも第一次的判断権の法理なるものは義務づけ訴訟の全面否定を根拠づけうるものではなく[9]、救済の必要があるにもかかわらず義務づけ訴訟を認めないことは、包括的権利保護という憲法上の要請に反するといえる。補充説については、右の要請の観点からは何らかの形での訴訟の提起が可能であれば足りるので、憲法上の問題はその限りでは生じない。問題は、取消訴訟中心主義が現行法上とられているかという、行訴法の解釈問題となる。しかし、補充説にたった場合、義務づけ訴訟が適法とされる要件次第では、憲法上の要請に反する結果となることも考えられる。申請に基づいて処分がなされる制度がとられている場合の「申請満足型義務づけ訴訟」[10]は、拒否処分の取消訴訟ないし不作為の違法確認訴訟による救済が可能なので、補充性を認めても原則として問題は生じない。もっとも、行政庁が何ら処分を行わない場合に不作為の違法確認訴訟という迂遠な救済手段を強いることは、後に述べる実効的権利保護の要請に反しないか、という問題がある[11]。これに対し、申請制度が設けられていない場合の「直接型義務づけ訴訟」については、実体法上の請求権の存否は別として、もはや補充性は問題とならないはずである[12]。

訴訟形式については、いわゆる「行政の行為形式の多様化」[13]との関係でも問題がある。かつてのように行政が行政行

為を主たる手段として活動していた時代には、その取消を求める訴訟（行政行為取消訴訟）を用意しておけば十分だった。しかし、今日の行政は行政行為以外の多様な手段を駆使しており、それに対応した救済手段が必要となっている。判例においては、争われた行為が行政行為にほぼ対応する狭義の「処分」[14]に当たらない場合には、直ちに訴えを不適法とするのが一般である[15]。しかし、「処分」ではないということは、差し当たり取消訴訟の本来の対象ではないことを意味するのみであって、直ちに「法律上の争訟」に当たらないこと、すなわち権利救済の必要がないことを意味するわけではない[16]、ということに注意が必要である。従って、狭義の「処分」以外の行為に対する救済手段を確保する必要がある。そのような方法としては、まず行訴法上の「処分」概念を拡大し、取消訴訟による救済を図ることが考えられるが[17]、前述のように現在の判例はこれに対して極めて否定的な態度をとっている[18]。その他の方法としては、民事訴訟ないし公法上の当事者訴訟[19]が考えられるが、その場合の訴訟形式等については不明確な点[20]が残っており、さらに検討を加える必要がある。少なくともいえるのは、処分性の拡大、あるいは取消訴訟以外の訴訟類型による救済のいずれかを認めなければ、包括的権利保護の要請に反する、ということである。

なお、右のような場合を含めて、行政事件訴訟の提起が不可能であっても、損害賠償訴訟による救済が考えられるから問題はない、といった考え方がしばしばみられる。しかし、これに対しては大きな疑問がある。第一に、損害賠償訴訟は損害の公平な配分を趣旨とする訴訟であって、違法な行為ないしその結果を排除するものではない。従って、勝訴しても直接的には金銭の支払いを受けるのみであって、その前提として行為の違法性が確認されるとしても、それは間接的な効果でしかないし、金銭の支払いを代償として違法な結果を強いること（「受忍して支払いを求めよ dulde und liquidiere」[21]）に帰する点で、法治国家原理の観点から重大な疑問がある。第二に、この「違法宣言機能」[22]自体、損害賠償訴訟が常に発揮しうるとは限らない。まず、裁判所が違法性判断を行うことなく、故意過失がないとして訴えを棄却する

場合がある。[23] また、違法性についていわゆる「職務行為基準説」をとった場合、係争行為それ自体の違法性については判断が行われないことになる。[24] 以上のように、制度本来の趣旨、そして実際の機能の点からいって、損害賠償訴訟には大きな限界があり、取消訴訟などの代替手段とはなりえないといわねばならない。[25]

なお、訴訟形式に関しては、議員定数不均衡の違憲性を争う訴訟（以下「定数訴訟」という）が興味深い問題を提起している。現行法上このような訴訟を明示的に認めた規定がないため、公職選挙法二〇四条の選挙訴訟において定数配分の違憲を主張する方法が一般にとられているが、選挙訴訟は元来客観訴訟とされており、しかも定数配分規定の違憲を問題とすることは当初予定されていなかったため、訴えの適法性に疑問を差し挟む見解もあった。最高裁は昭和五一年の大法廷判決[26]で適法説に立つことを明らかにしたが、多数意見が述べる根拠はあまり明確でなく、二つの理解が可能であると思われる。一つは、同判決における岡原裁判官らの反対意見の解釈である。これは、不均衡な定数による選挙の実施は選挙人の選挙権ないし平等権を侵害し、公職選挙法二〇四条は本来定数訴訟を予定していないものの、権利侵害がある以上同条の訴訟の「形態を用い」て出訴できる、とするものであり、定数訴訟を実質的に主観訴訟として捉える見方である。[27] これに対しては、同判決の岸裁判官の反対意見が指摘する、主観訴訟が可能なら抗告訴訟によって争うべきであり、なぜ客観訴訟の形式を借りる必要があるのか、という疑問、また、主観訴訟だとすればより格差の大きな他の選挙区の定数を援用することができなくなるのではないか、[28] といった疑問がありうる。そこで、もう一つの解釈として、あくまでも客観訴訟としての選挙訴訟において定数不均衡を争いうることを認めたものと見ること[29]も可能だと思われる。すなわち、公選法の制定時に定数配分の合憲性を争うことが想定されていなかったとしても、これを排斥する趣旨であるとは解されないし、[30] 仮にそのような趣旨であれば、違憲法律の適用を裁判所に強いる結果となる点で、憲法（八一条、九八条）違反の疑いがある。[31] 選挙権ないし平等権の侵害が「法律上の争訟」に当たる（従って主観訴訟の要件を満たしている）

としても、権利保護の水準が低下しない限り、これを客観訴訟によって争わせることも許されないわけではない[32]し、このように解しても、事後的な選挙訴訟によって実効的な救済がえられない場合には、無名抗告訴訟（義務づけ訴訟ないし差止訴訟）の提起が排除されるわけではないと思われる[33]。

最後に、原告適格の問題についても、包括的権利保護の観点からの検討を要する。前述したように、「法律上の争訟」に関して国民は訴訟の提起を憲法上保障されており、原告適格は具体的事件性の一つの要件として位置づけられる。現行行訴法九条は、「法律上の利益」を有する者に取消訴訟の原告適格を認めているが、右の事情を考慮すれば、何が「法律上の利益」に当たるかは単なる立法政策の問題ではないといわねばならない。もっとも、「法律上の争訟」概念から原告適格の具体的な判定基準を導き出すことはさほど容易ではない。本稿ではこの問題に立ち入ることはできないが、現在の通説判例がとっている「法律によって保護された利益説」[34]については、憲法上保障されているはずの出訴権が法律の規定によって左右される結果となる点で、重大な疑問がある。

三

行政訴訟に対する憲法上の要請としては、第二に、「実効的権利保護」[35]の保障がある。国民が権利利益を侵害された場合、訴訟の提起が形式的に可能であるというだけでは足りず、実効的な救済が確保されねばならない、というのがその内容である。ドイツでは[36]「実効的でない権利保護は権利保護とはいえない」とされているが、わが国でも同じことが当てはまるのではないかと思われる。以下では、実効的権利保護の観点から問題となりうる点のうち、主なものを概観しておくことにしたい。

まず、無名抗告訴訟としての予防訴訟がいかなる場合に認められるかという問題がある。周知のように、学説は独立説と補充説が対立しており[37]、最高裁はいわゆる長野勤評事件において、「事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合」[38]は別として、事前の確認を求める「法律上の利益」は認められないと判示している。「法

律上の争訟」、特に紛争の成熟性の観点からすれば、処分が下されなければ裁判に熟さないとは必ずしもいえない。しかし、現行行訴法が行政処分に関しては事後的に取消訴訟で争わせるという制度をとったとしても、直ちに立法裁量の逸脱とまではいえないと思われ、その限りで補充説が解釈論としては妥当ということになるであろう。しかし、判例が示す適法要件は厳格に過ぎ、実効的権利保護の観点からは疑問がある。(39)

なお、訴訟類型に関しては、現行行訴法の定めるそれが必ずしも明確ではなく、実効的な権利救済を阻んでいるのではないか、という問題がある。(40) 現状においては、訴訟形式の選択が原告の責任とされ、これを誤った場合の危険も原告が一方的に負わせられている。このことを如実に示したのが大阪国際空港訴訟上告審判決(41)である。空港供用の差止が求められた同事件において、控訴審までは民事訴訟の適法性が認められていたにもかかわらず、最高裁は、「行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかどうかはともかくとして」、民事差止は不適法であると判示した。この判決が依拠した特異な公権力概念の是非(42)とは別に、権利保護の実効性の観点からは、善解の余地(43)を全く検討することなく訴訟形式の誤りのみを理由としてそれまでの訴訟活動の成果を無に帰させた点、しかも、いかなる訴訟によるべきかを明らかにせず放置した点において、重大な疑問がある。(44) いずれにせよ、訴訟形式選択の危険を原告に全面的に負わせることは適切でなく、現行法を柔軟に解釈すべきことはいうまでもないが、(45) 訴訟形式を早期に確定する制度(46)を設けることや、さらには現行行訴法の体系自体を考え直すことも(47)検討課題となろう。

次に、処分性については、行政作用が段階的に行われる場合に、どの時点で訴訟の提起を認めるべきか、という問題がある。最高裁は、土地区画整理事業の事業計画に関する判決において、事業計画は事業の青写真に過ぎず、訴訟の提起は具体的な権利変動をもたらす換地処分の段階まで待たなければならない、という判断を示し(48)、その後も、法律上の具体的効果に着目する考え方を基本的に踏襲している。しかし、このように解するならば、事業の内容が明らかになっ

ているにもかかわらず、みすみす既成事実の進行を許し、結局事情判決が下されることになりかねない。実効的権利保護の観点からは、事業の実態に着目して、ある程度その内容が確定した段階で訴訟の提起を認めるべきであると思われる。[49][50]

訴えの利益の事後消滅の問題も、実効的権利保護との関係で再検討の余地がある。最高裁の判例によれば、メーデーのための皇居前広場の使用不許可処分を争っているうちに当日が経過した場合[51]や、運転免許停止処分を争っているうちに停止期間が過ぎてしまった場合[52]等には、訴えの利益が消滅してしまうとされている。いかに訴訟の提起が形式的には可能であるとしても、これでは全く実効性がないといわざるをえない。そこで、免許停止処分の事例などについては、名誉回復の利益が残っており、これは「法律上の利益」に他ならないこと、損害賠償訴訟では前述のように十分な救済手段とはいえないことから、訴えの利益を認めるべきであると思われる。また、皇居前広場の事件のように、同じ処分の反復が予期される場合には、取消判決の拘束力を広く解して訴えの利益を肯定するか、あるいは、短期間で訴えの利益がなくなるような場合には、予防訴訟を緩やかな要件の下で認めなければならないと考えられる[53]。訴訟の促進や、仮の権利保護の活用などによる対処も必要である。

仮の権利保護については現行法は極めて不十分であるといわねばならない。その背景には、かつての有力説が、仮の権利保護は本来は行政作用であって司法権には含まれない、と考えていた[54]ことがあるように思われる。しかし、既に指摘されているように、本案の行政事件が司法権に属するとされている以上、それに伴う仮の権利保護も現行憲法上は司法権に含まれると解さなければならない[55]。そうであれば、憲法は実効的な仮の権利保護をも要請していることになる[56]。現行行訴法は、執行不停止原則をとった上で、一定の要件の下に執行停止を認めているが、不停止原則それ自体が憲法違反であるとまでは解されないものの[57]、停止要件は極めて厳格であり、判例の解釈も狭きに失すると考えられる[58]。また、

内閣総理大臣の異議の制度は、前述したところからすれば、憲法違反の疑いが非常に強いといわざるをえない。[59] さらに、行訴法は、一方で民事仮処分を排除しながら（四四条）、他方で執行停止の制度を設ける（二五条）に止まっているが、これでは拒否処分取消訴訟や義務づけ訴訟においては仮救済の方法が全く存在しないことになってしまう。立法論として仮命令の制度を設ける必要があることはいうまでもないが、解釈論としても、行訴法四四条は右の範囲で違憲無効として、民事仮処分を認めることが考えられないわけではない。[60][61]

（1）兼子一／竹下守夫・裁判法〔第三版〕（一九九四）一四六頁以下は、裁判制度一般についてではあるが、「一見すると、裁判を受ける権利の保障は、既に出来上がった裁判制度の存在を前提とし、その制度の枠内で裁判を受ける権利を認めたもののようにも思われるが、憲法三二条は、裁判を受ける権利を保障するに相応しい内実をもった裁判制度の構築を要求するものであり、その意味で、裁判を受ける権利の保障は、国に対しそのような内実をもった裁判制度を整備し、それを通じて国民に司法的救済を与える義務を負わせるものと考えねばならない」と指摘する。棟居快行「「基本権訴訟」の可否」（一九八五）同・人権論の新構成（一九九二）二九一頁も同旨。

（2）同旨を主張するものとして、広岡隆「行政事件における仮処分」行政救済の諸問題（一九七〇）二〇〇頁、東條武治「「裁判を受ける権利」試論」判例評論一九九号（一九七五）九頁、同「権利保護の有効性論」公法研究四一号（一九七九年）二〇六頁、遠藤博也「現代型行政と取消訴訟」公法研究四五号（一九八三）一七二頁、阿部泰隆「行政救済におけるタイミング」（一九八三）同・行政救済の実効性（一九八五）一三四頁、同書まえがきⅰ頁。

（3）以下で取り上げる問題点は網羅的なものではないこと、また、「包括性」の問題か「実効性」の問題かは必ずしも截然と分けられるものではなく、ここでの分説には便宜的な面が少なくないことを、予めお断りしておきたい。

（4）遠藤博也・行政行為の無効と取消（一九六八）四六〇頁、同「取消訴訟の原告適格」実務民事訴訟講座8（一九七〇）七六頁、同「現代型行政と取消訴訟」一七二頁以下。同旨、原田尚彦「行政上の予防訴訟と義務づけ訴訟」（一九七二）同・訴えの利益（一九七三）六七頁、川上宏二郎「行政統制と裁判」公法研究三九号（一九七七）一五五頁以下、小早川光郎「抗

告訴訟の本質と体系」現代行政法大系4（一九八三）一四五頁註(14)、泉徳治「取消訴訟の原告適格・訴えの利益」新・実務民事訴訟講座9（一九八三）五三頁、阿部泰隆「公法上の当事者訴訟の蘇生？」季刊実務民事法6（一九八四）二二頁、高木光「処分性、原告適格拡大論の再検討」（一九八五）同・事実行為と行政訴訟（一九八八）三三九頁、亘理格「行政訴訟における「裁判を受ける権利」論序説」憲法制定と変動の法理（一九九一）一四四頁註(2)など。

(5) 公法と私法の区別は可能ないし必要か、という周知の問題の他、「公権力の行使」という概念は曖昧ではないか、もし行訴法が抗告訴訟のうち法定されている取消訴訟を原則とする趣旨（取消訴訟中心主義）であるとすると、そのような選択は適切か、訴訟形式の判別が困難であるにもかかわらず、それを決定する手続を欠くのは不当ではないか、といった問題があるが、これらについては後に触れる。

(6) この点について棟居快行は、憲法上の司法権の範囲を画する「事件・争訟性」は「実定訴訟法の定める訴訟要件・訴訟類型と当然にイコールではない」（棟居「「基本権訴訟」の可否」一九〇頁）という正当な認識に立って、「裁判所は、実定訴訟法に抵触する訴でも、違憲無効と判断される実定訴訟法の規定にとらわれることなく出訴を認めることが出来、また実定訴訟法に規定のない訴でも許容しうる、と考えられよう。このように、実定訴訟法上の訴訟要件・訴訟類型の規定にかかわらず、実体的基本権に加えられた侵害に対して実体的基本権を防御・回復するために当事者が提起する訴訟が、許される余地があるのではないか」（同二九二頁）とし、これを「基本権訴訟」と名づけている。このような訴訟が存在しえないかどうかは別として、そこで挙げられている具体例は、いずれも実定訴訟法の中に位置づけられるように思われる。まず、実定訴訟法の規定する訴訟類型を用いながら訴訟要件を拡充するとされる「不真正基本権訴訟」は、その定義上新たな訴訟類型ではないので、ここでは検討しない（問題は訴訟要件の解釈だが、それについては後述する）。他方で、基本権に基づいて新たに創出される「真正基本権訴訟」のうち、まず「公の営造物利用差止等訴訟」は、棟居も認めているように、民事差止訴訟、公法上の当事者訴訟、抗告訴訟（取消訴訟ないし法定外抗告訴訟）のいずれかによるべきことになる。次に、「法律施行差止訴訟」は、法定外抗告訴訟のうちの差止訴訟に該当する。「国費支出禁止（差止）訴訟」は、そこで挙げられた具体例については民事差止訴訟とみることができよう。「法律違憲確認訴訟・基本権確認訴訟」として挙げられているのは、公法上の当事者訴訟としての（あるいは民事の）確認訴訟である。最後に、「法律案提出義務確認訴訟」は、無名抗告訴訟としての義務づけ訴訟に当たる。以上のように、すべて現行訴訟法上の訴訟類型のいずれかに該当すると考

えられる。確かに、これらの事案についての判例の取り扱いを問題とすることができるが、それは訴訟要件の解釈問題か、あるいは訴訟形式選択の困難という問題に帰するものと思われる。この点に関連して棟居・同二九七頁は、「国家作用の処分性を広く認め（例えば一般処分的法令）、訴訟類型は無名抗告訴訟（義務づけ訴訟、差止訴訟など）を活用すれば、「真正基本権訴訟」のほとんどは理論上、抗告訴訟に吸収されてしまうであろう。しかしながら判例上、抗告訴訟の要件となる処分性は伝統的行政行為概念にしばられ、また義務づけ訴訟は、当該義務の法令上の一義性や、行政の第一次的判断権尊重のための補充性といった要件をかけられているので、実際には行訴法上の抗告訴訟の射呈〔ママ〕には限界がある」とするが、本文に述べたところからすれば、実定訴訟法の定める訴訟類型の可能性をまず検討すべきであり、従って右のような訴訟要件の適否こそが問題とされねばならないと考えられる。

(7) 無名抗告訴訟のうち差止訴訟については、実効的権利保護の箇所で触れる。

(8) 議論の現状については、常岡孝好「無名抗告訴訟」行政法の争点〔新版〕（一九九〇年）二〇六頁以下参照。

(9) この点については、阿部泰隆「義務づけ訴訟論」（一九七七）同・行政訴訟改革論（一九九三）二七二頁以下に詳しい。

(10) 「申請満足型」と「直接型」の区別については、塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」（一九八三）同・行政過程とその統制（一九八九）三〇八頁以下参照。

(11) 実効的救済の観点からこの問題を捉えるものとして、阿部泰隆「義務づけ訴訟論再考」（一九八五）同・行政訴訟改革論三二七頁、常岡「無名抗告訴訟」二〇六頁。塩野「無名抗告訴訟の問題点」三二一頁は、補充説に立ちつつ、この場合には義務づけ訴訟を認めうるとする。

(12) この点を指摘するものとして、原田尚彦「行政上の予防訴訟と義務づけ訴訟」八一頁以下、阿部泰隆「義務づけ訴訟論」二五一頁以下、宮崎良夫「司法権の限界」論についての一考察」（一九八二）同・行政訴訟の法理論（一九八四）四九頁以下、塩野「無名抗告訴訟の問題点」三二一頁、常岡「無名抗告訴訟」二〇六頁など。もっとも、塩野・同三二三頁は、現行行訴法が取消訴訟中心主義をとっていることから実体法上も請求権における補充性が帰結し、私人間の民事訴訟が適切に機能する限り、公権力の発動を求める私人の請求権を構成することは無理であるとする。これに対しては、「行訴法が義務づけ訴訟について明定しなかったということから、民事訴訟と義務づけ訴訟の関係まで定めたと解するのは飛躍というものではなかろうか」（阿部「義務づけ訴訟論再考」三三三頁）という批判があるし、実体法上の問題と訴訟法上の問題

を混同するものではないかという疑問もある。

(13) 塩野宏「行政過程総説」(一九八四) 同・行政過程とその統制一八頁参照。

(14) 最高裁は、行政庁の処分とは、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」としている (最判昭和三九年一〇月二九日民集一八巻八号一八〇九頁)。

(15) 例えば、海難審判庁の原因解明裁決は過失を確定する効力を持たないとして処分性を否定した最大判昭和三六年三月一五日民集一五巻三号四六七頁、保険医に対する戒告はそれ自体において直接の法的効果を生ずるものではないとして処分性を否定した最判昭和三八年六月四日民集一七巻五号六七〇頁、異宗派を理由とする墓地埋葬を禁じる旨の通達は直接国民を拘束するものではないとして処分性を否定した最判昭和四三年一二月二四日民集二二巻一三号三一四七頁など。

(16) 松井茂記・裁判を受ける権利 (一九九三) 一八二頁もこのことを指摘する。もっとも、現行行訴法が取消訴訟の対象を「処分」に限定しているとしても、その他の訴訟類型によって「処分」以外のものを争うことを否定する趣旨とは必ずしもいえない。

(17) 原因解明裁決ないし戒告について、処分性を肯定すべきであるとするものとして、最高裁判所事務総局編・行政裁判資料一四号四九頁以下 (一九五二年一〇月二八／二九日開催行政事件担当裁判官会同における白石健三行政局第一課長発言)、同・行政裁判資料二三号一五四頁以下 (一九五七年一〇月二四／二五日開催行政事件担当裁判官会同における中村治朗行政局長代理第一課長発言)、兼子仁・行政争訟法 (一九七三) 二九〇頁以下、阿部泰隆「抗告訴訟の守備範囲」(一九八三) 同・行政訴訟改革論七四頁以下、今村成和・行政法入門 (第六版) (一九九五) 二三六頁など。通達について場合によって処分性を肯定するものとして、東京地判昭和四六年一一月八日行集二二巻一一＝一二号一七八四頁、町田顕「通達と行政事件訴訟」司法研修所論集一九六八年Ⅱ五五頁以下、奥平康弘・判例評論一六〇号 (一九七二) 一一頁、小早川光郎・自治研究四八巻一一号 (一九七二) 一九三頁以下、兼子・行政争訟法二八八頁、阿部泰隆「通達の抗告訴訟対象性」(一九八一) 同・事例解説行政法 (一九八七) 一八六頁、同「抗告訴訟の守備範囲」七二頁、同「法の不明確性と行政訴訟の課題」(一九九〇) 同書一八八頁、近藤昭三・宗教判例百選 (第二版) (一九九一) 八一頁など。なお、輸入禁制品に該当するとの通知について、最判昭和五四年一二月二五日民集三三巻七号七五三頁は処分性を認めているが、当該通知は厳密にみれ

ば法的効果をもたないとも考えられ、実際には救済の必要を考慮して取消訴訟を認めたものという指摘がある（高木光・行政判例百選Ⅱ〔第三版〕（一九九三）三八〇頁参照）。しかし、処分性拡大論については、学説においても異論がないわけではない。いわゆる権力的事実行為を処分とみなすこと（杉本良吉・行政事件訴訟法の解説（一九六三）一一頁以下、広木重喜「事実行為に対する行政訴訟」実務民事訴訟講座8（一九七〇）三一頁以下参照）についてはかねてから批判があったが（柳瀬良幹「事実行為の取消訴訟」（一九六三）同・自治法と土地法（一九六九）一八七頁以下参照）、最近では、取消訴訟の負担加重を理由に本来当事者訴訟によるべきという有力な主張もある（高木光「事実行為と行為形式論」（一九八二～五）同・事実行為と行政訴訟（一九八八）一一四頁以下、一六〇頁以下、同「事実行為」（一九八四）同書二六頁以下）。もっとも、権力的事実行為に関しては、受忍義務の取消という意味に解して取消訴訟によることが可能とする見解も根強い（広岡隆「行政上の即時強制の法的構造とその取消訴訟」法学論叢七五巻三号（一九六四）一一二頁、兼子・行政争訟法二六九頁、藤田宙靖・第三版行政法Ⅰ〔改訂版〕（一九九五）三五八頁註(1)）。

(18) 無名抗告訴訟も考えられないわけではないが、少なくとも前註(15)で挙げた事例については、原告との関係で「公権力の行使」とみなすことは困難ではないかと思われる。なお、ここで取り上げたのは、国民に対して法的効力がないという理由で処分性が否定される事例である。これに対して、成熟性を欠くという理由で処分性が否定される事例（そこでは公権力性の存在には争いがない）については、後の実効的権利保護の箇所で言及する。

(19) 小早川光郎・自治研究四八巻一一号一九五頁は、実体法的には妨害排除請求権類似のものを構成するのが筋であろうと述べていたが、「研究会・現代型行政訴訟の検討課題」ジュリスト九二五号（一九八九）七四頁（小早川発言）では、民事訴訟の可能性を示唆する。阿部泰隆「法の不明確性と行政訴訟の課題」（一九九〇）同・行政訴訟改革論一八八頁も、「民事訴訟の一種として事実行為の違法確認訴訟を認め」る可能性に言及する。これに対して（ドイツ法を参考にしつつ）公法上の当事者訴訟の可能性を指摘するものとして、南博方・民商法雑誌五〇巻二号（一九六六）二五七頁、高木光「事実行為と行為形式論」二七九頁。ドイツ法については、高柳信一・行政判例百選〔新版〕（一九七〇）九二頁、高木光「公共工事の差止」（一九八二）同・事実行為と行政訴訟（一九八八）三六頁以下、「事実行為と行為形式論」一六五頁以下、大橋洋一「行政指導の比較法研究」（一九九〇）同・現代行政の行為形式論（一九九三）一三四頁以下など参照。

(20) 阿部「抗告訴訟の守備範囲」七五頁は、原告に選択の危険を負わせるのは不適切だという観点（これについては後述する）

から、訴訟形式にこだわるべきではないという趣旨に解される。木佐茂男「行政訴訟と裁判官」公法研究五二号（一九九〇）一九四頁註(30)も同様の指摘を行う。

(21) この言葉については、宇賀克也「ドイツ国家責任法の理論史的分析」（一九八二）同・国家責任法の分析（一九八八）一七三頁参照。

(22) 「国家責任の違法宣言機能」については、宇賀克也「国家責任の機能」行政法学の現状分析（一九九一）四五一頁以下参照。また、「違法摘発型」の国家賠償請求については、原田尚彦「国家賠償責任」（一九九〇）同・行政判例の役割（一九九一）二四六頁以下、二六六頁以下参照。

(23) 例えば、東京地判平成四年四月一七日判時一四一六号六二頁は、在監者に対する接見不許可処分の取消並びに国家賠償が求められた事例において、取消の訴えに関しては接見期日の経過後は訴えの利益はないとして却下し、国家賠償については、当該措置が仮に客観的に違法とされるものだったとしても、国家賠償法上の過失があったとまですることはできない、として請求を棄却しており、結局違法判断を全く行わなかった。非嫡出子の住民票続柄記載取消並びに国家賠償が請求された事件につき、東京地判平成三年五月二三日判例時報一三八二号三頁も、違法性判断を行うことなく過失なしとして訴えを退けた（職務行為基準説的な見解も示す。取消請求については原告適格を否定）。これに対して、控訴審である東京高判平成七年三月二二日判例時報一五二九号二九頁は、憲法違反という判断をした上で、故意過失を否定している（取消請求については法律改正により訴えの利益が消滅）。定数不均衡を理由とする国家賠償訴訟について、違法（違憲）判断に立ち入らず、故意過失がないとして訴えを棄却した事例として、東京地判昭和五三年一〇月一九日判例時報九一四号二九頁、東京地判昭和五六年一一月三〇日判例時報一〇二四号三二頁など。野中俊彦「立法義務と違憲審査権」（一九八五）同・憲法訴訟の原理と技術（一九九五）九一頁以下は、在宅投票制度廃止の合憲性を争う国家賠償訴訟について、「事案によっては裁判所は故意・過失についての判断を先に行い、故意・過失が認定できないということだけで事案を処理し、違憲判断に立ち入らない場合がありうることである。すなわち、国家賠償請求訴訟を実質的な違憲確認訴訟として活用できるかどうかは、裁判所の審理の順序に左右される面があるということである」とし、「憲法上の権利が侵害されている場合には、損害賠償請求以外に、侵害の直接の排除を求める訴訟が認められなければおかしいであろう」と述べているが、このような指摘は行政訴訟一般にも当てはまると思われる。

(24) 職務行為基準説については、例えば、阿部泰隆・国家補償法（一九八八）一二五頁以下参照。ここではこの説それ自体の是非については立ち入らない。

(25) 阿部「抗告訴訟の守備範囲」七五頁も、国家賠償訴訟の存在は原状回復を求める訴えの必要性を否定する理由にはならないとする。

(26) 最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三号二二三頁。

(27) 最大判昭和六〇年七月一七日民集三九巻五号一一〇〇頁における寺田裁判官らの補足意見、谷口裁判官の反対意見も同様の理解に立つものと思われる。伊藤正己他「座談会・議員定数違憲訴訟をめぐって」ジュリスト六一七号（一九七六）二四頁（雄川一郎発言）、野中俊彦他・ゼミナール憲法裁判（一九八六）一一四頁（野中発言）、棟居快行「基本権訴訟」の可否」三〇三頁も同旨。

(28) 高橋和之「定数不均衡違憲判決に関する若干の考察」法学志林七四巻四号（一九七七）八一頁以下、野中俊彦他・ゼミナール憲法裁判一一五頁以下、樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂・注釈日本国憲法下巻（一九八八）一二二頁（佐藤執筆）、阿部泰隆「行政救済の柔軟な解決」（一九九二）同・政策法務からの提言（一九九三）一三九頁参照。

(29) 樋口陽一「違憲審査における積極主義と消極主義」（一九七六）同・司法の積極性と消極性（一九七八）九八頁以下は、「岡原等反対意見が、本件のような訴訟の形態については明文上の規定がないというはっきりした認識から出発しているのに対し、多数意見は、あくまで公選法二〇四条そのものの解釈という土俵の枠の中で、同条の解釈の問題として、議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを「殊更に排除する」のは、決して当をえた解釈ではない、といっているのである」（傍点樋口）と指摘しているが、多数意見を「私権保障型の観点からアプローチした」（同一〇一頁）ものと見る点で、本文の理解とは若干異なる。他方、今村成和「議員定数配分規定の違憲問題と最高裁」（一九八五）同・人権論考（一九九四）二一頁は、制度内在的な説明の方法は「必ずしも成功しているとは認め難い」と評される。

(30) 同旨、芦部信喜「議員定数不均衡の違憲審査の基準と方法」（一九七六）同・憲法訴訟の現代的展開（一九八一）三〇九頁以下、矢野邦雄・判例評論二一〇号（一九七六）一二七頁。

(31) 佐藤幸治「現代国家と司法権」一二六頁は、司法権の「本質」を根拠として、「客観訴訟」は本来の「司法権」に加え

て立法政策上司法裁判所に特に認められたものであることを理由に、例えば、かかる訴訟の場では違憲審査はなしえないと定め、あるいは行政機関の最終的審査権を留保するようなことは憲法上許されることではないと解される」と述べる（同・憲法訴訟と司法権一九頁、同・憲法〔第三版〕（一九九五）三三四頁も同旨）。

(32) 田中真次・選挙関係争訟の研究（一九六六）一三頁以下参照。

(33) 従って、選挙訴訟が客観訴訟であることを理由として義務づけ訴訟ないし差止訴訟を不適法であるとする下級審判例（東京地判昭和五一年一一月一六日判例時報八三二号三頁、東京地判昭和五一年一一月一九日行集二七巻一一＝一二号一七七二頁、東京高判昭和五二年四月二五日行集二八巻四号三三七頁など）には疑問がある。この点については、戸松秀典「議員定数不均衡訴訟判決の検討」法律時報五二巻六号（一九八〇）二〇頁以下参照。

(34) 拙稿「越権訴訟の性質に関する理論的考察（二・完）」九大法学五八号（一九八九）二七八頁参照。亘理格「行政訴訟における「裁判を受ける権利」論序説」一三四頁、一四一頁以下もこの点を指摘する。憲法的観点から原告適格を問い直すことを主張する最近の研究として、神橋一彦「公権論に於ける基本権の位置づけ（一）～（三・完）」法学五八巻三、四、六号（一九九四～五）がある。松井・裁判を受ける権利一八四頁は、アメリカと同じように「事実上の損害」がある場合に原告適格を認めなければ違憲とするが、十分な根拠づけに欠けるように思われる。

(35) 憲法的観点から実効的権利保護の必要を説くものとして、遠藤博也「取消訴訟の原告適格」七五頁、広岡隆「行政事件における仮処分」二〇〇頁以下、東條武治「「裁判を受ける権利」試論」一三九頁、阿部泰隆「自治事務と不服審査前置制度」（一九七八）同・行政救済の実効性一一五頁以下、佐藤幸治「基本的人権の保障と救済」（一九八五）同・現代国家と司法権（一九八八）二六一頁、木佐茂男「行政訴訟と裁判官」一八五頁、小早川光郎「非主観訴訟と司法権」法学教室一五八号（一九九三）九七頁、笹田栄司「裁判を受ける権利の新たな理論構築」同・実効的基本権保障論（一九九三）三二九頁以下、同「「裁判を受ける権利」の再生と行政裁判手続」長谷部恭男編・リーディングズ現代の憲法（一九九五）一八〇頁以下、松井茂記・裁判を受ける権利一五六頁などがある。なお、阿部・行政救済の実効性及び同・行政訴訟改革論所収の諸論文は、実効的権利保護の観点から詳細な解釈論及び立法論を展開しており、本稿においても大いに示唆を受けた。問題を包括的に論じた、阿部「行政訴訟からみた憲法の権利保障」ジュリスト一〇七六号（一九九五）二四頁以下も参照。

(36) ドイツにおける実効的権利保護に関する研究としては、仮の権利保護に関連して、広岡隆「行政事件における仮処分」

一六五頁以下、東條武治「行政事件における執行不停止原則の再検討（一）～（六・完）」民商法雑誌六一巻四号、六号、六二巻三号、四号、六号、六三巻一号（一九七〇）、同「裁判を受ける権利」試論」二頁以下などがあり、多面的な検討を加えるものとして、木佐茂男・人間の尊厳と司法権（一九九〇）三三七頁以下がある。また、特に憲法的観点から詳細な検討を加えたものとして、笹田栄司「基本権の実効的保護」（一九八七）同・実効的基本権保障論一五三頁以下がある。ドイツの状況については更に、J・キューリンク「ドイツにおける行政訴訟と憲法訴訟（一）～（三・完）」法律時報六四巻四、五、六号（一九九二）参照。

(37) 議論の現状については、常岡「無名抗告訴訟」二〇七頁参照。

(38) 最判昭和四七年一一月三〇日民集二六巻九号一七四六頁。

(39) 阿部泰隆「公権力の行使に対する差止訴訟」（一九八四）同・行政訴訟改革論三八四頁は、①成熟性、②事前救済を認めなければ救済が相当に困難になることを要件とする、「ゆるやかな補充説」を提唱する。

(40) この点については、阿部泰隆「自治事務と不服審査前置制度」一一六頁が、「憲法三二条は、行政救済手続については、救済を求める者に救済を受ける機会を十分保障するよう、十分整備されていることを要求しているものと解され、権利救済に関する規定が不明確でわかりにくく、通常の判断能力を有する一般国民に権利救済の機会を逸させるような場合には、その違憲性を論ずることができると考える」と述べている。同「訴訟形式・訴訟対象判定困難事例の解決策」（一九七六）同・行政救済の実効性三頁、同「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」（一九九〇）同・行政訴訟改革論四頁以下なども同旨。川上宏二郎「行政統制と裁判」公法研究三九号（一九七七）一六二頁以下も同様の問題を指摘する。

(41) 最大判昭和五六年一二月一六日民集三五巻一〇号一三六九頁。

(42) この点については既に数多くの批判がなされている。例えば、今村成和「「航空行政権」の行使と差止請求」（一九八二）同・人権論考（一九九五）一三九頁、原田尚彦「大阪国際空港訴訟」（一九八二）同・行政判例の役割（一九九一）八六頁、阿部泰隆「空港供用行為と民事差止訴訟」（一九八二）同・行政救済の実効性六三頁、下山瑛二「大阪空港判決と訴の利益」法律時報五四巻二号（一九八二）二〇頁、近藤昭三・昭和五六年度重要判例解説（一九八二）三一頁参照。

(43) 同判決の団藤重光反対意見は、「行政訴訟の途がないとはいえないとしても、本件のように被上告人らが民事訴訟の途を選んで訴求してきている以上、その適法性をなるべく肯定する方向に向かって、できるだけの考慮をするのが本来ではな

いかと思う」と述べている。同旨を指摘するものとして、加藤一郎「大阪空港大法廷判決の問題点」ジュリスト七六一号（一九八二）一一頁、原田「大阪国際空港訴訟」九九頁、阿部泰隆「空港供用行為と民事差止訴訟」九二頁以下、一〇五頁補註(21)、塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」（一九八三）同・行政過程とその統制（一九八九）三三五頁註(52)など。ドイツとの比較として、木佐・人間の尊厳と司法権三三三頁、一般的には、同三五七頁以下を参照。

(44) 本判決を憲法三二条の観点から疑問とするものとして、前掲団藤反対意見、今村「「航空行政権」の行使と差止請求」一五五頁以下、原田「大阪国際空港訴訟」九九頁、近藤・昭和五六年度重要判例解説三三頁。

(45) この問題（処分性の問題も含む）に正面から取り組んだ研究として、阿部「訴訟形式・訴訟対象判定困難事例の解決策」、同「法の不明確性と行政訴訟の課題」一六七頁がある。

(46) 阿部「訴訟形式・訴訟対象判定困難事例の解決策」二三頁、同「抗告訴訟の守備範囲」五八頁、塩野宏「公法・私法概念の再検討」（一九八三）同・公法と私法（一九八九）一三三頁参照。

(47) 阿部「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」二九頁以下は、「公権力」概念の廃止、民事訴訟と抗告訴訟の区別の廃止を提案する。なお、公法研究五二号二四二頁の討論も参照。

(48) 最大判昭和四一年二月二三日民集二〇巻二号二七一頁。

(49) 以上については、拙稿・九大法学五四号（一九八七）一六五頁以下参照。同様の視点を示すものとして、野中俊彦「訴訟要件論」（一九八三）同・憲法訴訟の原理と技術（一九九五）二三五頁以下、野中俊彦／中村睦男／高橋和之／高見勝利・憲法Ⅱ（一九九二）二三九頁（野中執筆）参照。

(50) 処分性について、その他の問題も含めて権利保護の実効性の観点から検討するものとして、阿部泰隆「相対的行政処分概念の提唱」（一九八二）同・行政訴訟改革論八七頁以下、同「抗告訴訟の守備範囲」四三頁以下がある。

(51) 最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁。

(52) 最判昭和五五年一一月二五日民集三四巻六号七八一頁。

(53) この問題については別稿を予定しているが、差し当たり拙稿「ドイツ行政訴訟における訴えの利益の事後消滅」比較法研究五六号（一九九四）一七二頁以下参照。

(54) 兼子一「新行政訴訟の基礎理論」（一九四六）同・民事法研究第二巻（一九五四）七九頁、同「行政事件の特質」法律タ

イムズ一五号（一九四八）一八頁、同「司法権の本質と限界」（一九五三）同・民事法研究第二巻一六四頁、兼子一／竹下守夫・裁判法〔第三版〕三二五頁註(2)、美濃部達吉「新憲法と行政裁判」自治研究二三巻一〇号（一九四七）一一頁、田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限」（一九四九）同・行政争訟の法理（一九五四）一四一頁、同「行政処分の執行停止と内閣総理大臣の異議」（一九五三）同書二〇〇頁以下、同・行政法総論（一九五七）五七頁、同「行政争訟制度の改正」（一九六二）同・司法権の限界（一九七六）六九頁、同・新版行政法上巻〔全訂第二版〕（一九七四）三四一頁註(1)、雄川一郎「行政事件訴訟特例法」（一九四八）同・行政争訟の理論（一九八六）九九頁、同・行政争訟法（一九五七）二〇〇頁、二〇五頁、田上穣治「司法権に対する行政権の独立」公法研究一〇号（一九五三）一〇八頁、杉本良吉・行政事件訴訟法の解説（一九六三）九四頁以下など。なお、入江俊郎「行政事件訴訟法立案の経過」法律時報三四巻一〇号（一九六二）二九頁参照。

(55) 今村成和「行政処分の執行停止」法学セミナー四〇号（一九五九）二九頁、同「執行停止と仮処分」（一九六五）同・現代の行政と行政法の理論（一九七二）二六四頁以下、同「国会周辺デモ禁止と内閣総理大臣の異議」（一九七〇）同書三二八頁以下、同「司法権と行政」同書一四七頁以下、同・行政法入門〔第六版〕（一九九五）二六一頁、兼子仁「行政事件訴訟特例法の実態」鵜飼信成編・行政手続の研究（一九六一）三一九頁、同・行政争訟法二三五頁以下、同・行政法総論（一九八三）二九二頁、神谷昭「内閣総理大臣の異議は不要な制度」法律時報三四巻一〇号（一九六二）三五頁、杉村敏正「新行政訴訟制度について」（一九六四）同・法の支配と行政法（一九七〇）二九四頁以下、有倉遼吉「裁判所の執行停止と総理大臣の異議」（一九六七）同・憲法と社会と政治（一九六八）二二四頁、宮崎良夫「「司法権の限界」論についての一考察」（一九八二）同・行政訴訟の法理論（一九八四）五四頁、樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂・注釈日本国憲法下巻（一九八八）一一二二頁（浦部執筆）、佐藤英善「内閣総理大臣の異議」ジュリスト九二五号（一九八九）一九三頁以下、松井・裁判を受ける権利一八六頁以下、藤田宙靖・第三版行政法Ⅰ（総論）〔改訂版〕（一九九五）四一一頁、佐藤幸治・憲法〔第三版〕（一九九五）三〇八頁以下など参照。

(56) 実効的権利保護の観点から仮の権利保護の重要性を説くものとして、広岡隆「行政事件における仮処分」二〇〇頁以下、原田尚彦「行政上の予防訴訟と義務づけ訴訟」八〇頁、東條武治「「裁判を受ける権利」試論」一三八頁、同「権利保護の有効性論」（一九七九）二一一頁などがある。

(57) これに対して、執行不停止原則そのものを違憲とするものとして、松井・裁判を受ける権利一八七頁。

(58) この問題については、阿部泰隆「抗告訴訟における仮救済制度の問題点」(一九七二)同・行政救済の実効性一五五頁以下に詳しい。

(59) 前註(55)の諸論文を参照。なお、占領軍の側で行政事件訴訟特例法の制定に関与したA・オプラー(内藤頼博監、納屋廣美／高地茂世訳)・日本占領と法制改革(一九九〇)一一六頁は、内閣総理大臣の異議を定める同法一〇条二項但書について、「この規定の合憲性については、すべての司法権を裁判所に与えている新憲章〔ママ〕の原則に照らせば、疑問が残るように思われる」と述べている。このことは、異議制度が占領軍との交渉の中で一種の過剰反応として設けられたという趣旨の指摘(高柳信一「行政訴訟法制の改革」東京大学社会科学研究所編・戦後改革4司法改革(一九七五)三三六頁以下参照)を裏づけるものと思われる。成立の経緯はどうあれ、この制度が結果として定着した背景には、仮処分は本来司法権に属さない、という前述の考え方があった。

(60) 阿部泰隆「義務づけ訴訟論再考」三五一頁は、「例外的に仮の義務づけがなければ権利救済が全く機能せず、重大な権利侵害を生ずる場合には、解釈論としても仮の義務づけを認めるべきではないかと思う」とする(同「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」三三頁、同「行政救済の柔軟な解決」一三六頁以下も同旨)。塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」三三七頁も、「義務づけ訴訟のうち、原状回復型のものについては、仮の救済の緊急性からいって、執行停止決定に準じた要件で、裁判所が仮の命令を発することは、許されるように思われる」と述べる。東條武治「権利保護の有効性論」二一一頁以下も、行訴法四四条に違憲の疑いありとする。行政事件訴訟法の制定に際して仮命令の制度が設けられなかった事情については、雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」(一九八三)同・行政争訟の理論(一九八六)一九一頁参照。なお、行特法下において最高裁行政局内部に執行停止の類推適用として仮命令を認める見解が存したことについては、行政裁判資料一四号一〇四頁以下(一九五二年一〇月二八／二九日開催行政事件担当裁判官会同における白石健三行政局第一課長の発言)、中村治朗・裁判の世界を生きて(一九八九)一二頁以下参照。

(61) 現行行訴法の憲法上の問題点はもちろん以上に止まるわけではない。その他にも例えば、出訴期間(松井・裁判を受ける権利一八五頁以下は出訴期間が短すぎる点で憲法上重大な疑念があるとし、阿部泰隆「平均的日本人と行政争訟」(一九八一)同・行政救済の実効性二三二頁は現行制度の問題点を指摘する)、審査請求前置制度(阿部泰隆「自治事務と不服審

査前置制度」一〇八頁以下は、地方自治法二五六条について不明確ゆえ違憲とする）、管轄の定め方（白井皓喜「管轄」ジュリスト九二五号（一九八九）一五六頁、阿部「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」七頁以下参照）、事情判決制度（松井・裁判を受ける権利一八八頁以下は違憲とし、高根義三郎「行政事件訴訟特例法に対する疑問」自治研究二五巻九号（一九四九）一五頁、佐藤英善「行政事件訴訟法第三一条論（一）」早稲田法学四七巻三号（一九七一）三九八頁以下も（違憲と解するかは明確でないが）否定的なのに対し、阿部「事情判決」（初出一九七一）同・行政救済の実効性二九五頁以下は一定の合理性ありとする）、審理の長期化（濱秀和「行政救済の実効性」演習行政法下（一九七九）二〇二頁以下、同「実務を通じてみた行政訴訟制度の問題点」公法研究五二号（一九九〇）一七二頁、一七八頁、阿部泰隆「行政救済におけるタイミング」一四八頁以下、木佐茂男「行政訴訟と裁判官」一八七頁、宮崎良夫「取消訴訟の原告適格」（一九八六）同・行政争訟と行政法学（一九九一）一五一頁以下など参照）等についても再検討の必要がある。さらには、裁判制度そのもののあり方を問題とすること（この問題については、木佐・人間の尊厳と司法権が示唆に富む）も重要だが、本稿では触れることができなかった。

おわりに

以上、憲法と行政訴訟との関係について若干の検討を加えたが、結論を要約すると次の通りである。第一に、行政訴訟が現行憲法によって保障されていることに争いはないが、その根拠についてはなお議論の余地があること。第二に、司法権との関係については、「法律上の争訟」と訴訟要件等との関連を意識しなければならないとともに、例外的に司法審査が排除される事例についてその根拠を再検討する必要があること。第三に、現行憲法は「包括的で実効的な権利保護」を行政訴訟に要請していると見られるが、この点で現行行訴法並びに判例によるその解釈には問題点が多々ある

こと。特に第三点に関しては早急に改善が図られなければならないが、判例の消極的な態度、国民にとってのわかりやすさなどを考慮すると、立法による改革が最も望ましいと思われる。この点については、学界においてさらに議論を深め、具体的内容を煮詰める必要があるといえよう。

本稿では主題の性質上大まかな検討に止めざるをえず、問題の指摘に終わった点、論じ残した点が数多く残されている。詳細な検討は今後の課題とさせて頂きたい。また、自らの能力をも顧みずあえて憲法論に踏み込むことになったが、専門家の御批判を頂ければ幸いである。