

判例における司法審査の外延と中核

2023年3月一橋大学法科大学院修了 山井聡也*

I	はじめに	89
II	学説上の司法審査の範囲	95
1.	大日本帝国憲法下における司法をめぐる論争	95
(1)	司法権の範囲をめぐる学説の一致	95
(2)	主観訴訟・客観訴訟峻別論の萌芽	96
(3)	戦前期における法令の違憲審査	99
(4)	小括	100
2.	日本国憲法下における司法をめぐる議論	100
(1)	英米型の司法観の確立	100
(2)	「法律上の争訟」の意義の確立	103
(3)	主観訴訟・客観訴訟峻別論と「法律上の争訟」	105
(4)	判例における「司法権」ないし「法律上の争訟」の意義の確立	106
(5)	違憲審査の性格をめぐる学説上の議論	107
(6)	小括	110
3.	通説形成後の問題提起	110
(1)	佐藤幸治の司法権論	111
(2)	事件性を拡張する見解（野坂泰司・野中俊彦）	113
(3)	同心円理論（中川丈久・宍戸常寿）	115
(4)	事件性を放棄する見解（高橋和之）	117
(5)	客観訴訟を非主観的訴訟と捉える見解（小早川光郎）	118
(6)	法的问题の観点から「法律上の争訟」を捉える見解（村上裕章）	119
(7)	小括	120
4.	判例の考察への架橋	122
III	主観訴訟における違憲審査の限界	122
1.	判例の考える日本国憲法における違憲審査の性格	123
(1)	最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁	123
(2)	警察予備隊違憲確認訴訟（最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁）	124
2.	立法不作為の国家賠償請求訴訟	125
(1)	在宅投票制度廃止訴訟（最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁）	126
(2)	在外邦人選挙権規定違憲訴訟（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）	130

* 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

本研究は、大学学部時代から現在まで奨学生として採用いただいている公益財団法人小原白梅育英基金のご支援により行うことができた。ここに記して感謝申し上げたい。

(3) 再婚禁止期間違憲訴訟（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁）	131
(4) 小括.....	132
3. 実質的当事者訴訟における違法確認訴訟	133
(1) 在外邦人選挙権規定違憲訴訟（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁、以下「平成 17 年最大判」という。）	133
(2) 在外邦人国民審査権違憲訴訟（最大判令和 4 年 5 月 25 日民集 76 卷 4 号 711 頁、以下「令和 4 年最大判」という。）	135
(3) 在外邦人選挙権違憲訴訟と在外邦人国民審査権違憲訴訟の比較.....	137
4. 主観訴訟における違憲審査の限界について	139
IV 客観訴訟における違憲審査の限界.....	140
1. 政教分離訴訟	141
2. 警察法改正無効訴訟（最大判昭和 37 年 3 月 7 日民集 16 卷 3 号 445 頁）	142
3. 小括.....	143
V 主観訴訟・客観訴訟の中間領域.....	144
1. 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁（以下、「昭和 51 年最大判」という）	144
2. 最大判平成 11 年 11 月 10 日民集 53 卷 8 号 1577 頁、同号 1704 頁、同号 1441 頁（以下、「平成 11 年最大判」という。）	147
3. 最判平成 26 年 7 月 9 日判時 2241 号 20 頁（以下、「平成 26 年最判」という。）	149
4. 小括.....	151
VI 全体の考察.....	153
1. 伝統的通説と判例の考え方の相違	153
(1) 伝統的通説.....	153
(2) 判例の考え方	154
(3) 上記立論を支える理論（試論）	156
2. 各学説と判例との距離	157
VII おわりに	158

I はじめに

日本国憲法は、アメリカに倣った司法審査制を導入したといわれている。そして、この新憲法における違憲審査制の導入により、日本の司法審査が及ぶ範囲は変容し、司法の実質的意義についても大きな変容を伴うこととなった。1954 年に法學協會が述べているところによれば「この憲法は、アメリカ式の司法の優位を認める体制をとり、これに伴って、司法権は舊制度に比して、その範囲をひろめその地位を高められた。」¹

しかし、日本の裁判制度は、アメリカのそれと必ずしも一致しておらず、その発展については日本独自のものであったといえることができるだろう。奥平康弘は、「合衆国の憲法訴訟

¹ 法學協會編『註解日本國憲法 下巻』（有斐閣，1954 年）1124 頁。

は、アメリカ型を継承したといわれるものの日本の憲法訴訟のありようと随分違うものがあるといわねばならないのである」²と述べていた。日本国憲法がアメリカ型の司法観を前提に制定されたという経緯があるとしても、司法審査の範囲について、日本がアメリカ型であることは必ずしも説得的な理由とはならず、アメリカとの異同を考慮しつつも、日本内面的な視点が必要となることは言うまでもないだろう³。このことは、司法権の実質的意義という憲法学における論争についても同じことがいえるだろう。

一般的に、通説⁴は、清宮四郎による定式化を採用しているといえる⁵。清宮によると、「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」⁶と定義される。そして、この定義を受けて、芦部信喜は、「司法権の概念の中核をなす『具体的な争訟』という要件は、具体的事件性（または事件性）の要件といわれることも多い。裁判所法三条の『一切の法律上の争訟』も同じ意味である」⁷と説明している。そして、「法律上の争訟」を主観訴訟と同義に解することで、「主観訴訟」＝「法律上の争訟」＝「司法権」という二重の等式（亙理格⁸）あるいは「司法権」＝「事件性」＝「主観訴訟」のトリアーデ（石川健治⁹）が完成する¹⁰。このようなトリアーデについては、私権保障型が強調されすぎ、憲法保障の面が後退しているということが指摘されてきた¹¹。

上記の通説的な定義に対して、佐藤幸治は、通説の司法権概念の背景には、英米流の司法権があることを前提に、合衆国憲法には「事件・争訟」について明文で規定されているが、日本国憲法には、「事件・争訟性」についての規定がないことを指摘する¹²。その上で、佐藤は、「通説は、……『民衆訴訟』・『機関訴訟』のいわゆる『客観訴訟』について、立法政策上の見地から設けられたものと解してこれを是認し、その合憲性に議論の余地のありうる

² 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店、1995年）22頁。同様の指摘として、戸松秀典『司法審査制』（勁草書房、1989年）1-2頁。

³ 奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究41号（1979年）106頁において、訴訟法的観点からは、アメリカとは全く異なることが指摘されている。

⁴ 以下の通説について、多くの概説書が同様の指摘を行っている。例えば、辻村みよ子『憲法〔第7版〕』（日本評論社、2021年）426-427頁、渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法Ⅱ 総論・統治』[渡辺康行]（日本評論社、2020年）300-302頁、新井誠＝曾我部真裕＝佐々木くみ＝横大道聡『憲法Ⅰ 総論・統治〔第2版〕』[曾我部真裕]（日本評論社、2021年）179-186頁、戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）23-24頁。

⁵ 同様の指摘として、南野森「司法権の概念」『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）170頁。

⁶ 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣、1979年）335頁。

⁷ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第八版』（岩波書店、2023年）363頁。

⁸ 亙理格「『司法』と二元的訴訟目的観」法学教室325号（2007年）61頁。

⁹ 石川健治「トポスとしての権利侵害論——司法権の自己同一性論との関連で——」法学教室327号（2007年）49頁。以下では、通説的理解について、「トリアーデ」と呼ぶ。

¹⁰ 行政法学者の亙理が「主観訴訟」から等式を描き、「法律上の争訟」を経由するのに対し、憲法学者の石川が「司法権」から等式を描き、「事件性」を経由する点は、行政法学者と憲法学者の観点からそれぞれ反映されているように思われる。

¹¹ 芦部信喜「憲法訴訟の基本問題」同『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）120頁、宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室322号（2007年）27-28頁参照。

¹² 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（有斐閣、1984年）3頁。

ことの言及がない」¹³点を問題視し、「かかる論法によるならば、いわゆる抽象的違憲審査制を法律で設けることも、立法政策の問題と化さないか」¹⁴と問題提起をしている。つまり、佐藤は、客観訴訟の延長線上に、抽象的違憲審査のような訴訟制度を設けることが立法政策の問題となることに憲法上問題はないか、という問題提起をしている。

この問題提起は、客観訴訟と主観訴訟の峻別論を前提に、法律により抽象的違憲審査を創設できるかを問題としている。つまり、この問題提起は、①抽象的違憲審査と付随的違憲審査の区別と、②主観訴訟・客観訴訟の峻別の2つを含意しているといえる。

この2つの問題は明確に区別されなければならない。抽象的違憲審査と客観訴訟は、両者ともに具体的権利の侵害がないという共通点があるものの、抽象的違憲審査は、裁判所が明確に我が国では採用していないことを明言している¹⁵が、客観訴訟は当然に裁判所が訴訟として認めており、違憲審査も行われている。別の言い方をすれば、客観訴訟は、付随的違憲審査制の一部として認められている点で、抽象的違憲審査とは一線を画す必要がある。客観訴訟の問題と、抽象的違憲審査の問題が異なる歴史的背景をもって登場していることから、このことは基礎づけられる。曾和俊文は、「留意すべきは『事件性』要件の働くべき局面として少なくとも以下の2つを区別することであろう」とする。曾和は、『司法権』の中核概念としての『事件性』要件であって、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』を侵害すると考えられるもの」と『司法権』発動の外延を画するための基準としての『事件性』要件とを区別すべき¹⁶ことを主張している。この見解によると、前者は、司法権の中核と周辺を区別するものとして、後者は、司法権を発動できる領域とできない領域とを区別するものとして峻別されている。つまり、前者は主観訴訟と客観訴訟の峻別についての「事件性」であり、後者は、抽象的違憲審査と付随的違憲審査を区別する「事件性」である¹⁷といえる。

以上より、本稿では、①抽象的違憲審査と付随的違憲審査の問題、②主観訴訟・客観訴訟の峻別の問題の2つを扱う。①については、佐藤の問題提起と同じく、客観訴訟の延長線上に抽象的違憲審査のような訴訟が制度化され得るか否かを問題とする。より簡単に言い換えると、客観訴訟と抽象的違憲審査との区別である。これは、裏を返すと、客観訴訟が付随的違憲審査制に含まれていることから、客観訴訟が付随的違憲審査の一部を構成する理由は何か、さらに言い換えると、客観訴訟が主観訴訟とどのように同質性を持っているのかという問題につながる。つまり、①の問題は、i 客観訴訟と抽象的違憲審査との異質性(区別)、ii 客観訴訟と主観訴訟の同質性という2つの観点から考察することができる。ただ、ここで、このような問題提起自体が孕む重要な問題があることも指摘しておかなければならな

¹³ 佐藤・前掲注12) 4頁。

¹⁴ 佐藤・前掲注12) 4頁。

¹⁵ 警察予備隊違憲確認訴訟(最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁)等。

¹⁶ 曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト1219号(2002年)64頁。

¹⁷ 曾和・前掲注16) 64頁では、後者の「事件性」について、「裁判所の基本的性質をそこなわない範囲で、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」としていることから、本稿の通り言うことができる。

い。それは、主観訴訟が抽象的違憲審査と「隣接」している可能性があるのではないか、という点である。なお、ここで「隣接」というのは、2つの訴訟類型として許容される限界が接していることをいう。

ここでまず考える必要があるのは、主観訴訟とは何かという点である。行政事件訴訟法における区別を前提とすると、行政訴訟における主観訴訟とは、抗告訴訟（行政事件訴訟法3条）及び当事者訴訟（同法4条）を指す¹⁸ところ、抗告訴訟とは、「行政庁（行政機関）が行った公権力の行使にあたる《行為を対象とした訴訟》（行為訴訟）」であり、当事者訴訟とは、「法人格をもった主体（国や公共団体などの行政主体と私人）の間の権利義務などの《法律関係を対象とした訴訟》（権利訴訟）」¹⁹である。この類型に従って考えてみるに、行為訴訟として、「立法府による法律制定行為」が訴訟の審査対象となった場合、法律を直接審査している抽象的違憲審査と何が異なるのであろうか。同様に、権利訴訟として、法律上認められていないが憲法上導かれる地位について争う場合、法律の違憲審査を直接行うことにならないだろうか。抽象的違憲審査とは、「具体的な事件性を必要とせず、抽象的に法律の憲法適合性を審査すること」²⁰と呼ばれ、前者の「具体的な事件性」にばかり焦点が絞られていた。しかし、後者の「抽象的に法律の憲法適合性を審査すること」に焦点を当てると、立法府の法律制定行為を争う訴訟や憲法の権利を争う訴訟は、法律の違憲性を端的に審査する点で抽象的違憲審査と隣接しているといえる。このように、抽象的違憲審査を考えるにあたり、無意識に、客観訴訟が抽象的違憲審査の隣接領域であることを暗黙の前提としてきていたが、これは佐藤の問題提起に引きずられているものと思われる²¹。

そこで、本稿では、付随的違憲審査の限界を考えるにあたり、主観訴訟を取り上げる。佐藤の問題提起から窺えるように、主観訴訟と抽象的違憲審査について、客観訴訟を挟んで、両者は通常隣接しないと考えられているように見受けられる。しかし、前述の通り、主観訴訟の一部は、その延長線上に抽象的違憲審査を観念することができる。このような問題意識の下、ここでは主観訴訟と抽象的違憲審査が隣接し得る場合があることを示す。この考察により、従来の理解とは異なる見方を提示すると同時に、客観訴訟の限界についても一定の示唆を与えることができるだろう。

②については、主観訴訟と客観訴訟の区別が問題となる。いずれも付随的違憲審査に属する一方で、両者にはどのような違いがあるか。そして、主観訴訟は司法権の中核として観念され、司法府が独自の権限に基づいて訴えを受理できるが、客観訴訟は立法府が創設しない

¹⁸ 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法 [第6版]』（有斐閣，2019年）280-281頁。

¹⁹ 神橋一彦『行政救済法（第3版）』（信山社，2023年）249頁。同様の指摘として、木村琢磨『ブラクティス行政法 [第3版]』（信山社，2022年）152-154頁参照。

²⁰ 新正幸『憲法訴訟論 [第2版]』（信山社，2010年）226頁。ここではあえて、立法不作為の国家賠償請求訴訟が日本国憲法上許されないとする論者たる新の定義を用いた（新・前掲注20）310頁参照）。なお、通常は、憲法裁判所があることが前提となっていると思われるが、佐藤の問題提起を受け止めると、日本において抽象的違憲審査が客観訴訟を使って実現されることの可能性を論じている以上、憲法裁判所がないことは、ここでは問題とならない。

²¹ 後に述べる同心円理論についても、あたかも抽象的違憲審査と隣接する司法権の核でないものとして客観訴訟のみが描かれている点は、問題があるといえよう。

と訴えを受理できないという深刻な違いをどのような点に見出すことができるか。そのような違いを見出すものとして、従来の通説が考える主観訴訟・客観訴訟の峻別論では、その境界として適切ではないのではないか。

例えば、客観訴訟として規定されている選挙無効訴訟について、判例は、その適用を議員定数不均衡訴訟にまで拡張した。選挙無効訴訟は本来、「その他法律において特に定めた権限」であり、司法府も法律上定められた範囲でしか権限を行使できない。それにもかかわらず、司法府がこれを、法律において特に定められていない議員定数不均衡訴訟にまで拡張したことは、「その他法律において特に定める権限」を法律に定められていない権限として用いることになる。このような司法府による権限行使は、客観訴訟を主観訴訟的に用いるものである以上、主観訴訟と客観訴訟の峻別論は当然には維持しえないように思える。この点を指摘したうえで、最高裁が議員定数不均衡訴訟をどのように考えているかを、選挙制度について判示した平成 11 年の一連の大法廷判決と選挙無効訴訟の拡張に歯止めをかけた平成 26 年最判²²を手がかりに検討する。

司法審査の範囲についての問題の所在は以上の通りである。本稿の課題は、この問題について、「判例の考える」司法審査の範囲を言語化して説明することにある²³。佐藤による問題提起以降、司法権の概念をめぐる学説上の論争は、多くの論者を巻き込むことに成功し、各論者が各学説を提唱するに至っている。学説については後述するため、特に単純化して学説を展望するに、客観訴訟を主観訴訟と完全に区別するが憲法違反ではないと考えることで上記トリアーデを正当化しようとする向きや、客観訴訟を主観訴訟に近付けて包摂的に考えることで抽象的違憲審査との違いを強調する向きが憲法学説に多く、憲法学説の多くは、付随的違憲審査と抽象的違憲審査との違いについて考察する向きが強かったと思われる²⁴。これに対して、行政法学説においては、主観訴訟・客観訴訟の峻別論に焦点が当てられていたように思われる²⁵。つまり、憲法学説は、上述した抽象的違憲審査と付随的違憲審査の問題について考察の対象としてきたのに対し、行政法学説は、主観訴訟と客観訴訟の峻別論について考察の対象としてきたといえるのであり、憲法学の見地から、主観訴訟・客観訴訟峻別論について十分に探究しつくされていないのではないかと疑念がある。

これらの学説の動向を踏まえ、本稿では、①抽象的違憲審査と付随的違憲審査との違いに

²² 最判平成 26 年 7 月 9 日集民 247 号 39 頁。

²³ 本稿においては、判例の考える司法審査の範囲を検討することが主な課題であるが、さらにすすんで判例の思考の背景にあると考え得る法理論の探究も付随的に行いたいと思う。

²⁴ 例外としては、高橋和之の事件性を司法権の中核から外す見解や、宍戸常寿の同心円理論などが挙げられる。高橋の説は、高橋独特の権力分立観や国家観に裏打ちされるものであり、宍戸の説は、行政法学者の中川丈久からヒントを得ている。このような学説の出自が従来の憲法学説との明確な違いを生んでいるように思われる。

²⁵ 同様の問題を指摘するものとして、杉井俊介「日本における主観訴訟と客観訴訟の概念の系譜（三・完）」自治研究 92 巻 4 号（2016 年）116-120 頁参照。なお、行政法学説においては、憲法上の事件性から考察する向きも珍しくない。例えば、曾和・前掲注 16）60-68 頁が挙げられる。また、憲法学説を正面から検討する向きも強い。例えば、亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力=小早川光郎=芝池義一『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣，2008 年）1-27 頁、阿部泰隆「司法権・法律上の争訟概念再考」『行政訴訟の理論的・実務的課題——行政訴訟の最前線——』（信山社，2021 年）3-18 頁（初出・兼子仁=阿部泰隆編『自治体の出訴権と住基ネット』（信山社，2009 年）137-147 頁）参照。

ついで、戦前期における違憲審査の学説を概観したうえで、戦後期の学説を概観する(Ⅱ)。そのうえで、戦後初期の判例が構築した付随的違憲審査制を検討したうえで、判例が承認した立法不作為の国家賠償請求訴訟、実質的当事者訴訟としての違法確認の訴えなどを概観し、判例が考える付随的違憲審査の限界を考察することとする(Ⅲ)。さらに、主観訴訟において検討した付随的違憲審査の限界を利用して、客観訴訟における付随的違憲審査の限界を考察する(Ⅳ)。

②主観訴訟と客観訴訟の区別については、戦前期における司法権の議論だけでなく、特に主観訴訟・客観訴訟峻別論の萌芽を考察の出発点として、戦前期の学説が戦後期の学説にどのように影響したかについて考察し、戦後期における学説を概観する(Ⅱ)。そして、主に、主観訴訟・客観訴訟の中間領域として、一連の議員定数不均衡訴訟を検討し、通説の「司法権」＝「主観訴訟」という枠組みの揺らぎを指摘し、主観訴訟と客観訴訟の中間領域を検討する(Ⅴ)。以上、判例が考える①②の問題を検討したうえで、全体の考察として、学説と判例との架橋を試みる(Ⅵ)。

以上より、本稿の課題は、学説を考察した上で、判例の考える司法審査の範囲を適切に描写し、将来的にどのような訴訟が司法権の範囲に含まれるかを判断できるような考え方を示すことにある²⁶。なお、判例は、事例判断に終始し、一貫した法理論を併せもっていないとの批判も考えられる。しかし、本稿では、戦後司法審査が積み重なって約80年近くになっている現在、一定の視点から考察することで何らかの論理が浮かび上がってくる可能性があるのではないかという観点から考察する。この一定の視点というのは、学説上論じられてきた違憲審査権の性格や客観訴訟・主観訴訟峻別論といった議論である。これらをふまえて判例を考察することで、これまでの学説上の議論とは異なる判例の姿が浮かび上がり、一貫した法理あるいは理論のもとに、新たに判例を位置付け直すことが可能ではないかと思われる。

また、このように判例が考える司法審査の範囲を説明することは、非常に重要な問題である。なぜなら、司法権を行使するのは、裁判所であり、その裁判所が自身の権限をどの範囲で理解しているかについては、権限を有する機関の権限行使の自己拘束の問題でもあるからである。司法権の範囲を外在的に論じることは可能であるが、より現実問題として重要なのは、司法権の範囲の内在的理解であることは、特に司法権という権限においてはなおさら重要であると考え²⁷。そして、このことは、裁判所との対話を行う上で、必要不可欠のものであると思われる。なぜなら、裁判所の外にいる人間が裁判所との対話を試みるためには、まずは裁判所の考え方を内在的に理解することができなければ、外在的な批判ばかりとな

²⁶ 本稿は、筆者の能力不足により、本稿の結論の理論的根拠、とくに司法権の背景に潜む「法の支配」や「法治主義」「権力分立」について、何ら見解を示すことができていない。この点については、司法権を語る上では欠かすことのできないものであるように思われ、その重要性を認識しているものの、筆者の能力と紙幅の関係上、本稿の検討からは外させていただいた。また、機関訴訟、非訟事件についても検討していない。

²⁷ 同様の例として、宍戸・前掲注11) 25頁が序章の次の位置づけとして「Ⅱ 最高裁の司法理解」という表題の下、寺西判事補事件における最高裁の判示を検討していることが挙げられる。

り、建設的な対話を行うことが難しくなるからである。そして、外部の者から見る判例の思考を提示することで、裁判所の思考過程が客観化されることとなり、判例に現れる思考過程について裁判所自ら改めて考えることが可能になると思われる。

以上のような理由から、本稿では、判例が考える①抽象的違憲審査と付随的違憲審査との区別、及び②主観訴訟と客観訴訟との区別の問題を論じることとする。

II 学説上の司法審査の範囲

本稿の問題関心は、前述のとおり、判例が考える司法審査の範囲を考察することにあるが、判例を分析する上で、学説における議論は非常に有用である。そのため、まずは、通説となる司法権概念がどのような学説史上の過程を経て成立したか、同じ時期の判例がどのような考え方を示していたかについて見ていく。その上で、佐藤の問題提起を受けて生じた諸学説を概観したうえで、問題の所在を明らかにすることとしたい²⁸。

1. 大日本帝国憲法下における司法をめぐる論争

(1) 司法権の範囲をめぐる学説の一致

まず、大日本帝国憲法（以下、「帝国憲法」とする。）は、第5章において「司法」の章を設け、57条が「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」と定めていた。同じ章の61条は、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と定めていた。つまり、帝国憲法では、司法裁判所と行政裁判所が区別されていた。そのため、司法裁判所＝司法権とは、民事・刑事の裁判を為す国家作用であるとする一致した見解がみられていた。

穂積八束は、「司法権ノ行使トハ民事刑事ノ裁判ナリ。民事トハ私法上ノ権利ニ係ル訴訟事件ナリ、刑事トハ刑罰法ノ適用ニ係ル訴訟事件ナリ」²⁹と述べていた。

美濃部達吉は、立法を「司法ノ爲ニスルト行政ノ爲ニスルトヲ問ハズ總テ法規ヲ制定スル行爲」と定義し、「法規ノ下ニ行ハルル國家ノ作用ノ中、民事及刑事ノ目的ノ爲ニスル作用」を司法とし、「其ノ他の國家ノ目的ノ爲ニスル作用」³⁰を行政と定義した。そして、「狭義ニ於テハ司法ハ民事及刑事ノ裁判ノミヲ意味ス」³¹と述べる。

上杉慎吉は、以下のように述べる。

「司法権とは、裁判の作用と云ふが如し、民事及び刑事の裁判を爲すの國權の働きである。

²⁸ なお、この章では、本稿の問題関心に沿った形での学説紹介を行うこととする。本稿の関心は、判例が考える司法審査の範囲にあるため、多様な学説を紹介することも、学説を深く検討することもしない。そのため、多少不足のある学説紹介となることをお詫びしたい。加えて、本稿の関心から、司法権の概念及び司法審査と行政訴訟の関係、違憲審査制という広範な論点を検討することとなり、各論点の詳細を検討することは必ずしも叶わなかったことをお詫び申し上げたい。

²⁹ 穂積八束『憲法提要 修正増補6版』（有斐閣、1936年）326頁。

³⁰ 美濃部達吉『憲法撮要 改訂第5版』（有斐閣、1932年）387頁。

³¹ 美濃部・前掲注30）404頁。

裁判の働きは民事刑事以外にも、凡そ法の存在する所に於ては、必ずあり得るのであり、現に行政裁判は憲法の認めて居る所であるけれども、立憲政體創始の頃には、裁判と云へば、専ら民事刑事の裁判であり、これを獨立ならしむる必要も、また民事刑事の裁判に就て存して居たのであるから、立憲政體の上に於て、司法權と云ふのは、一般に民事刑事の裁判とせられて居るのである。」³²

このように、帝国憲法下では、学説上一致して、司法權の範圍が民事裁判と刑事裁判とに限定されることが示されていた³³。

(2) 主観訴訟・客観訴訟峻別論の萌芽

上記のとおり、戦前期における司法權の概念には、行政訴訟は含まれていなかった³⁴。行政訴訟をめぐっては、学説上、行政訴訟の目的をめぐって論争が生じ、この論争を背景に、主観訴訟・客観訴訟峻別論が導入された³⁵。以下では、この流れを簡単に追うこととしたい。

まず、前述のとおり、帝国憲法 61 条は、行政裁判所の裁判に属すべきものは、司法裁判所が受理することができないと定めていた³⁶。同条によれば、訴えを提起するには、①行政官庁の違法処分であること、②権利を傷害されること、③法律を以て定めたる行政裁判所の裁判に属すべきものという 3 要件を満たさなければならなかった。

③について、このような憲法の規定を前提に、穂積は「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス。行政裁判所法十五條 其ノ權限ハ行政事件ニ對シ概括シテ行ハルルニ非ス、特ニ法令ノ明文アル場合ニ限ル」³⁷と論じていた。穂積は、行政裁判所に出訴できる事件について、列記主義が採られていたことを示しており、このような考え方が戦前の通説的見解であった³⁸。

そして、①②の要件が存することから、学説上、行政訴訟の目的について論争が生じていた。この論争は、多くの学者の関心を集めることとなったが、以下では主要な学説のみを挙げる。当時の学説の状況については、法規維持説、権利保護説、折衷説の 3 つの立場が主張されていたと考えられている³⁹。

³² 上杉慎吉『帝國憲法逐條講義』（日本評論社，1939年）157－158頁。

³³ 上記以外にも、市村光恵『行政法原理』（寶文館，1906年）227頁、佐々木惣一『日本憲法要論 訂5版』（金刺芳流堂，1930年）514頁等。

³⁴ 戦前の行政裁判の歴史についての詳細な学術書として、小野博司『近代日本の行政争訟制度』（大阪大学出版会，2022年）参照。

³⁵ 村上裕章「日本における客観訴訟論の導入と定着」『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂，2019年）16～52頁。杉井俊介「日本における主観訴訟と客観訴訟の概念の系譜（一）」自治研究 92 卷 2 号（2016年）111－129頁。

³⁶ 美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房，1929年）11頁。

³⁷ 穂積八束『行政法大意』（有斐閣，1896年）81頁。

³⁸ 美濃部・前掲注 36）20～23頁、市村・前掲注 33）245－247頁、佐々木惣一『日本行政法論 総論改訂版』（有斐閣，1924年）606頁、田上讓治『行政法概論』（有斐閣，1942年）401頁等。

³⁹ 村上・前掲注 35）18～38頁。村上と同様の分類として、宮崎良夫『行政争訟と行政法学〔増補版〕』（弘文堂，2004年）21～27頁。村上と異なる分類として、高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」（田中二郎先生古稀記念）雄川一郎編集代表『公法の理論（下II）』（有斐閣，1977年）2235－2252頁参照。

法規維持説をとる穂積は、「行政訴訟ノ目的ハ専ラ法ヲ正スニ在リ……行政官ノ處分ヲ違法ナリトスルトキハ之ヲ取消シ又ハ改正ヲ求ムルコトヲ得損害ヲ要償スルコトヲ得ス何トナレハ行政裁判ノ目的ハ主トシテ法ノ執行ノ法ニ適セムコトヲ欲スル」⁴⁰と論じていた。また、同様に法規維持説を採用する市村光恵は、「行政訴訟ハ行政ノ範圍ニ於ケル司法ナリ司法トハ廣義ニ於テハ法規ノ維持ヲ目的トスル國權ノ作用ナリ詳シク云ヘハ法規ノ侵害ニ對シ當事者間ノ争訟ヲ裁判ノ形式ニテ審判シ以テ法規ノ維持スル國權ノ作用ヲ司法ト云フ」⁴¹と述べていた。つまり、法規維持説においては、行政訴訟の目的は、法規の維持のみにあると主張されていた。

これに対して、権利保護説を標榜していた学者としては、まず織田万を挙げる必要がある。織田は、「行政裁判ノ目的ヲ一私人ノ權利救済ニ限ルハ謬レリ」⁴²と述べており、単に行政裁判を私人の権利救済にあるとは考えていないようであった。そして、織田は、行政裁判の定義を試み、「(一)行政裁判ハ訴訟ニ對スル裁判ナリ」「(二)行政裁判ハ行政處分ノ取消又ハ變更ヲ命ス」「(三)行政裁判ハ行政法上ノ權利ヲ保護シ又ハ行政法規ノ實行ヲ強制スルカ爲メニス」(傍点は織田)とした⁴³上で、(三)について、「即チ行政裁判ノ目的ニ二アリ權利ノ保護及法規ノ實行是ナリ」⁴⁴(傍点は織田)としていた。このような権利保護説の立場を明確に打ち出したのは佐々木惣一であり、佐々木は「國家カ行政裁判ノ制度ヲ設クルハ關係ニ於テ私人ノ權利ノ保護ヲ爲スヲ目的トス。即チ私人ヲ保護セントスルモノニシテ法ヲ維持セントスルモノニ非ズ」⁴⁵と述べていた。このように権利保護説は、行政訴訟の目的は、主として侵害された権利の保護にあると主張していた⁴⁶。

これらに対して、折衷説の代表的論者としては、上杉と清水澄を挙げるができる。上杉は、「行政裁判ノ目的タル法ニ於テ認メラレタル權利ノ保護ニ在ルヤ云フ迄モナシ法ノ維持ト權利ノ保護トハ理論上相一致ス法アルトコロニ權利アリ權利ヲ認メサルハ法ニ非ス」⁴⁷と論じていた。清水は、「……行政訴訟ハ單ニ行政法規ノ維持ノミヲ以テ目的ト爲スモノニアラスシテ(行政法規ノ維持ヲ監督ノ目的ノト爲スコトハ多言ヲ要セス)人民ノ權利救済ヲモ併セテ目的ト爲スモノナルコトヲ推知スルコトヲ得」⁴⁸と主張していた。このように折衷説は、行政訴訟の目的について、法規の維持と権利の保護が両立すると主張していた。

このように、行政訴訟の目的をめぐって、主に3説が主張され、激しい論争が展開されていた⁴⁹。この論争を背景に、織田万により、レオン・デュギー(Léon Deguit)の見解を基

40 穂積八束「行政訴訟」穂積重威編『穂積八束博士論文集』(有斐閣, 1943年) 163頁。

41 市村・前掲注33) 227頁。同228頁にも同種の記述がある。

42 織田万『日本行政法論 増訂再版』(六石書房, 1897年) 896頁。

43 織田・前掲注42) 905-906頁。

44 織田・前掲注42) 906頁。

45 佐々木・前掲注38) 603頁。

46 なお、法規の維持が行政訴訟の目的となるか否かについては、論者によって異なるが、行政訴訟の目的の主眼は、権利保護にあると考えていると思われる。

47 上杉慎吉『行政法原論』(有斐閣, 1904年) 491頁。

48 清水澄『国法学 第2編 行政篇 上巻下』(清水書店, 1910年) 1424頁。

49 村上・前掲注39) 38頁は、「行政訴訟の目的をめぐる議論はさしたる実益を伴うわけではな」と指

礎としながら⁵⁰、主観訴訟・客観訴訟の峻別論が導入された。

織田による主観訴訟・客観訴訟の概念提唱が初めてなされたと目される⁵¹論文において、織田は以下のように論じている。

「凡ソ裁判カ法規ヲ維持スルノ目的ヲ以テ行ハルル國家作用タルコトハ現今一般ニ認ムル所ニシテ固ヨリ疑ヲ容ルルノ餘地ナシト雖モ……廣ク法規ノ維持ト云フ中ニハ主観的觀念ト客観的觀念トヲ區別スルノ要アリ蓋シ裁判ハ皆其根柢ニ於テ法規ヲ維持スルノ目的ナイハナシト雖モ更ニ之ヲ分類スルトキハ單ニ法規ヲ維持スルニ止マルモノト權利ノ存在ヲ確保シ之ニ依リ兼ネテ法規維持ノ目的ヲ達スルモノトアリ刑事裁判ハ前者ノ最モ顯著ナルモノニシテ民事裁判ハ後者ノ最モ顯著ナルモノナリ」⁵²

ここでの織田の記述から、民事裁判が主観的訴訟に相当し、刑事裁判が客観的訴訟に相当するという考え方を読み取ることができ、行政訴訟については、原則として主観訴訟に相当すると考えていたようである⁵³。

このような織田の立論は、実際にどのような目的をもってなされていたかは非常に微妙な問題であるといえる⁵⁴ところ、当時の若手の研究者を中心に次第に主観的訴訟・客観的訴訟という用語が使われるようになっていった。宮沢俊義は、「(五) 主観争訟と客観争訟」という小見出しの下、以下のように記述している。

「争訟の結論に對して直接かつ特別な利害關係を有するものに對してのみ提訴權が與へられてゐる争訟を主観争訟といひ、それ以外の者に對しても提訴權が與へられてゐる争訟を客観争訟といふ。前者は専ら私人の利益の保護を目的とするものであり、後者は専ら一般公共の利益の保護を目的とするものであるから、あるひはこれをそれぞれ救済争訟及び公益争訟と呼ぶことができる。民事訴訟は前者の例であり、刑事訴訟は後者の例である。」⁵⁵

このように宮沢は、提訴權の範圍を基準にして主観訴訟と客観訴訟を区別していたようである⁵⁶。これ以外にも、田中二郎⁵⁷が客観的裁判に言及し、田上穰治⁵⁸も主観的裁判・客観

摘する。

⁵⁰ 織田の見解とデュギーの見解について相違があることについては、村上・前掲注 35) 41 頁において指摘されている。なお、デュギーの見解については、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効——』(東京大学出版会, 1993 年) 90-95 頁、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』(有斐閣, 2007 年) 119-127 頁参照。簡潔な紹介として、村上・前掲注 35) 40-41 頁参照。

⁵¹ 杉井・前掲注 35) 125-126 頁脚注 (11) 参照。

⁵² 織田万「行政裁判ノ觀念」京都法學會雜誌 13 卷 6 号 (1918 年) 2-3 頁 (通算 752-753 頁)。のちの著書においても同様の記述がみられる (織田万『日本行政法原理』(有斐閣, 1934 年) 638-639 頁)。以下、前者を「織田①」、後者を「織田②」とよぶ。

⁵³ 織田②・前掲注 52) 640-643 頁も同様。

⁵⁴ 杉井・前掲注 35) 116 頁によると、「織田説が『主観』『客観』概念を述べるにあたり、訴訟目的及び法的問題の観点に着目した理由は、権利毀損要件が権利保護目的の一つの論拠となりうること、言い換えれば両視点が互いに関連性を有していることを強調することにあつたということになる」とされている。

⁵⁵ 宮沢俊義『行政争訟法』(日本評論社, 1936 年) 9 頁。

⁵⁶ 詳細な検討として、杉井・前掲注 51) 113-124 頁。

⁵⁷ 田中二郎「行政裁判」末弘巖太郎=田中耕太郎責任編集『法律学辞典 (第 1 卷)』(岩波書店, 1934 年) 415 頁。法学協會編・前掲注 1) 1209-1210 頁参照。

⁵⁸ 田上穰治『行政法概論』(有斐閣, 1942 年) 412 頁。

の裁判に言及していることが注目される。ただし、この峻別論は、理論的な意義を有するにとどまっていたと考えられている⁵⁹。

(3) 戦前期における法令の違憲審査

最後に、法令の違憲審査権について、当時の学説がどのように考えていたかを簡単にまとめる⁶⁰。なお、当時の学説において、法制定手続に対する形式的審査については、多くの学説が肯定説を採用し、大きな議論となっていなかったことから、本稿では、法律の内容に対する実質的審査に焦点を絞ることとする。

まず、穂積は、天皇大権を採用する国体を前提に、枢密院による憲法保障を構想し、違憲立法審査権が裁判所にあることを否定していた⁶¹。次に、美濃部は、立法府の行為が国家の最高意思表示であることを理由に、法律の違憲性は立法府が判断すべきと考え、違憲立法審査権を否定していた⁶²。このように、天皇主権を強調する穂積と、議会主義を標榜する美濃部との対立は、裁判所による違憲審査権に関しては、結論として一致をみることとなった。

これに対して、上杉は、憲法の最高法規性を前提に、立法府による違憲な法律を無効とできなければ、立法府による憲法改正が可能となるようになり、憲法を根本法として制定したことが無意味になるとして、違憲審査権を肯定していた⁶³。

美濃部と上杉の両説は、憲法が法律に優位することを前提に、法律が憲法に抵触してはならないことを認めている点で共通点を有するものの、法律の憲法適合性についての解釈権が誰にあるのかという点で対立がみられる。美濃部はかかる解釈権は立法権者にあると考え、上杉は裁判所にあると考えていた⁶⁴。

以上、学説の概観に留まるが、美濃部・佐々木の影響で法令審査権否定説が有力化しつつも、これに対して、上杉らの唱えるような法令審査権肯定説もそれなりの影響力があったと

⁵⁹ 村上・前掲注 35) 43 頁参照。

⁶⁰ 江橋崇「司法権理論の日本の特質」公法研究 46 号 (1984 年) 79-89 頁。宍戸常寿「日本憲法史における『憲法裁判権』『憲法裁判権の動態 [増補版]』(弘文堂, 2021 年) 311-334 頁。法學協會編・前掲注 1) 1209-1210 頁参照。宮沢俊義『憲法と裁判』(有斐閣, 1967 年) 140-144 頁。簡潔なまとめとして、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』[佐藤幸治] (青林書院, 1988 年) 1211-1212 頁、木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール 憲法 (第 2 版)』[大河内美紀] (日本評論社, 2019 年) 660 頁参照。

⁶¹ 穂積八束「法治主義ヲ難ス」上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』(有斐閣書房, 1913 年) 187 頁。

⁶² 美濃部・前掲注 30) 498-499 頁。美濃部よりも先んじて法令審査権否定説を唱えたものとして、一木喜徳郎『日本法令予算論 再版』(哲学書院, 1899 年) 171-206 頁。一木と美濃部の見解には、埋めがたい隔たりがあったことも確かであるが、本稿ではこの点に立ち入らない (以上について、宍戸・前掲注 60) 313-316 頁参照)。他にも、佐々木惣一が法令の実質的審査権を否定していた (佐々木・前掲注 33) 524-529 頁)。

⁶³ 上杉・前掲注 32) 164-165 頁。上杉の立論は天皇主権を擁護する立場からは不自然なようにも思われるが、憲法保障機関として構想された枢密院の機能不全、議会主義への危惧、天皇の裁可拒否の名目化などから、このような立論をしたのではないかと指摘されている (大河内・前掲注 60) 660 頁、宍戸・前掲注 60) 317 頁参照)。

⁶⁴ 他にも、違憲審査権肯定説を採るものとして、市村光江『帝国憲法論 改訂 13 版』(有斐閣, 1927 年) 688-689 頁、清水澄『逐条帝国憲法講義 9 版』(松華堂, 1936 年) 438 頁、佐藤丑次郎『憲法』(日本評論社, 1939 年) 186 頁など。

いって良いだろう⁶⁵。しかしながら、大審院が1913年に司法権が法令の実質が憲法違反か否かについて審査することができないとする⁶⁶ことで、この問題に対しては、実務上の解決が与えられていたのである。

(4) 小括

最後に、この章のまとめとして、戦前期の司法権をめぐる論争が今日の司法権をめぐる論争にどのように引き継がれているかについて簡単に指摘したい。

第一に、明治期の司法権の概念は、民事裁判・刑事裁判にとどまっていたことが指摘される。そして、主観訴訟・客観訴訟の峻別論は、民事裁判を主観訴訟に、刑事裁判を客観訴訟に分類することが主流となっていた。

第二に、当時の主観訴訟・客観訴訟の峻別論においては、司法権には主観訴訟・客観訴訟の両者が含まれていたと想定されていた⁶⁷。なお、行政訴訟を主観訴訟と捉える論者であっても、そのことから行政訴訟がすべて司法権の範囲内にあるとは考えておらず、行政訴訟の範囲が列挙主義によって限定されていたことへのアンチテーゼとして主張されていたという背景があった。

第三に、違憲審査権については、天皇主権を尊重する立場と議会主義を標榜する立場の両立場ともに裁判所による違憲審査権を否定していた⁶⁸。もっとも、憲法の最高法規性については、どの立場も肯定するところであったことから、問題は、憲法解釈権限がどの国家机关にあるかという点で対立していたといえる。今日における違憲審査権は司法権に付随するものと考えられているところ、大陸法的な司法権観を前提とする戦前期においては、違憲審査権は司法権と切り離されて考えられていた。つまり、違憲審査権はあくまで政治的対抗のメカニズムとしてしか捉えられていないということである。これに対して、戦後においては、81条という違憲審査権の根拠条文(81条)があり、かつ、最高裁が憲法98条の最高法規性、76条(3項)・99条の裁判官の憲法遵守義務から導いている⁶⁹通り、違憲審査権は、憲法の(法学的)解釈から導かれている。帝国憲法において違憲審査権の規定がなかったこと、また天皇主権という与件の違いがこのような違いを生じさせたといえる。

2. 日本国憲法下における司法をめぐる議論

(1) 英米型の司法観の確立

日本国憲法は、大日本帝国憲法における司法権の定義に大きな変更を及ぼした。金森徳次郎は、憲法改正についての国会審議において、以下のように述べていた。

⁶⁵ 否定説が学説上通説だったと評価するものとして、法學協會編・前掲注1) 1210頁、大河内・前掲注60) 660頁。肯定説が通説だったと評価するものとして、宮沢・前掲注60) 140-142頁、宍戸・前掲注60) 312-319頁。

⁶⁶ 大判大正2年7月11日刑録19輯790頁。

⁶⁷ 同様の指摘として、杉井・前掲注51) 119-120頁参照。

⁶⁸ 例外として上杉を挙げることができる。

⁶⁹ 最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁。

「この司法権に付きましては、現行の日本の司法権と稍異なる顕著なる特色を認めて居ります。その一つは行政裁判所が現在ありますが、これを一般の司法裁判所と同じ系統の裁判所の権能に移したと云うことであります。」⁷⁰

「更にこの裁判所の中に、最高裁判所は一切の法令又は処分、特に法律が憲法に適合するや否やを裁判し得ることとして居ります。」「併しながら……若しも憲法違反の法律があるならば、最高裁判所はこれを明かに判断して、裁判の適用上斯の如き法律が起れば、それを無効なものとして処置し得ると云う機能を存することにして居ります。唯附言致しますが、これは法律そのものを凡ゆる意味に於て無効とする訳ではありません。裁判に必要な範囲内に於て無効とすると云う趣旨であります。」⁷¹

このように、日本国憲法は、司法権に行政事件を含め、違憲立法審査制を導入することで、帝国憲法から大きな変更を遂げた⁷²。

これに対して、帝国憲法における司法権の意義を引き継ぐ美濃部は、日本国憲法下における司法権についても、「法律の下に於いて民事及び刑事の目的の爲にする国家の作用を意味する」⁷³と主張していた。その理由として、美濃部は、「司法権といふ語は新憲法に於いて新に用ゐられた語ではなく舊憲法以来用ゐられて居るもので、西洋語に於いても之に相當すべき觀念は自ら一定して居るのであるから、獨り新憲法に於いて此等の傳統的意義を捨てて新規な獨自な意義に用ゐたものと解することは穩當ではなく、舊憲法（五七条）の司法権と同じ意味即ち民事及び刑事の裁判のみを意味するものと解すべく、行政裁判が其の権限に属するのは、司法権以外の別個の作用が特に其の権限に属せしめられたのであって、司法権の觀念が當然にそれを包含するものではない」⁷⁴と論じていた。

このように、美濃部は、行政裁判は司法権に属することとなったとしても、行政裁判の性質は、大日本帝国憲法における議論の延長として考えるべきであり、行政裁判は司法権と解することはできないと主張していたのである。

これに対して、田中二郎は、美濃部の説を挙げた上で、以下のように反論した。

「舊憲法は、ヨーロッパ大陸法系の思想の影響を受けてできたものであるから、舊憲法の下における司法権は、亦、大陸法系のそれに従つて、民事及び刑事の裁判権を意味するものとされた。ところが、新憲法は、多分に英米法系の考え方の影響を受けて成立したものであるから、その下における司法権の觀念は、亦、當然に、そこでの觀念に従つて理解されるべきで、舊憲法の下におけると同様に理解すべき理由に乏しい。英米においては、

⁷⁰ 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録 第三卷』（原書房、1976年）447頁。

⁷¹ 清水・前掲注70）447-448頁。

⁷² 制憲期の議論について、佐々木雅寿『現代における違憲立法審査権の性格』（有斐閣、1995年）126-176頁、宍戸・前掲注60）334-347頁、笹田栄司『裁判制度 やわらかな司法の試み』（信山社、1997年）4-18頁参照。なお、日本国憲法における違憲審査の性格が付随的違憲審査制であることについて、GHQとの交渉過程では揺らぎがあるものの、第90回帝国議会における審議においては、一定程度、付随的違憲審査制に固まっていたものと思われる（佐々木・前掲注72）140-141頁、笹田・前掲注72）11頁）。

⁷³ 美濃部達吉『新憲法の基本原理』（国立書院、1948年）163頁。

⁷⁴ 美濃部・前掲注73）166頁。

司法権は必ずしも民事及び刑事の裁判に限定されないのであつて、行政事件の裁判も原則としてその中に包含されるのであるから、新憲法の下における司法権は、むしろ舊憲法の下におけるそれと異り、行政事件の裁判権を含むものと解すべき理由が存するのではないかと考える。」⁷⁵

このような田中の考え方は、兼子一の影響が色濃くあったことが伺える⁷⁶。兼子は、「従来司法権は、民事刑訴の裁判権に限定されていたが、これからはあらゆる種類の法律的争訟を裁判し、憲法以下のあらゆる法規を適用して、具體的事件に於ける適法違法を判定し、権利関係を確定する権限となった。これでこそ實質的な意義の司法権である」⁷⁷と主張していた。この理由として、兼子は、「第八十一條が、裁判所が行政處分の違憲を判断する権限も當然豫定していると云えるし、更に若し行政事件は行政訴訟として、當然には司法の範囲内に屬しないと云うのならば、舊憲法第六十一條の様に、これに関する規定を設けたはずである。蓋し、今後は違法な行政處分に對する人民の救済は、舊憲法の下よりは、もつと一般的に又確實に與えられるのが當然である」⁷⁸としていた。

そして、田中は、兼子の見解⁷⁹を紹介した後、以下のように締めくくっている。

「かような見解が、大體通説の承認するところとなつていっているとよい。私は、上に述べたところから明らかなように、新憲法下においては、司法権の觀念は、民事刑事の裁判のみならず、行政事件の裁判を含む意味に解するべきものであると信ずる。」⁸⁰

このようにして、日本国憲法における司法権は、民事・刑事事件の裁判だけを指すとの考え方が退けられ、民事・刑事事件の裁判だけでなく、行政事件の裁判をも含むと考えられてきた⁸¹。

この考え方は、安定した通説を形成することとなる⁸²。宮沢俊義は、『司法権』とは、法律上の争訟を裁判する國家作用⁸³と説明していた。宮沢は、美濃部による上記学説を甲説として『司法権』とは、明治憲法第五七條にいわゆる『司法権』と同じ意味であ

⁷⁵ 田中二郎『行政争訟の法理』（有斐閣，1954年）21頁。

⁷⁶ 実際に田中は、田中・前掲注75）23頁において、兼子一『新憲法と司法』から引用している。

⁷⁷ 兼子一『新憲法と司法』（國立書院，1948年）44頁。

⁷⁸ 兼子・前掲注77）44-45頁。

⁷⁹ ここで言う兼子の見解とは、兼子・前掲注77）44-46頁であり、本稿で紹介している箇所と概ね一致している。

⁸⁰ 田中・前掲注75）23-24頁。

⁸¹ 法學協會編・前掲注1）1124頁。樋口ほか・前掲注60）[浦部法穂]（青林書院，1988年）1119-1120頁。佐藤功『日本国憲法概説〈前提第5版〉』（学陽書房，1996年）464頁。芦部・前掲注7）363頁など多数。実務の側からも、裁判官による著作として、浅賀栄『行政訴訟実務総攬』（酒井書店，1968年）10頁。

⁸² 痛烈な通説批判として、柳瀬良幹「行政権と司法権との關係」『憲法と地方自治』（有信堂，1954年）224-233頁。柳瀬の見解を紹介したものとして、藤田宙靖「司法」の概念と行政訴訟」『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣，2005年）221-222頁（初出は、藤田宙靖「司法」の概念と行政訴訟」小嶋和司編『憲法の争点（増補）』（1978年）176頁）。なお、柳瀬の見解は、藤田が暗に指摘する通り、制度論としては不明確さがあることが否めない。司法の概念が制度とともに議論される問題であるという問題の性質からすると、柳瀬の通説批判は、その鋭さとは裏腹に、広い支持を得ることはできなかったのではないかと推察される。

⁸³ 宮沢俊義『日本国憲法』（日本評論社，1955年）590頁。

り、民事および刑事の裁判作用をいう」⁸⁴と解する学説として紹介し、この説を以下のよう
に批判したうえで、現行の司法権を説明した。

「明治憲法は、行政裁判所を司法裁判所のほかにみとめ、それによつて、行政事件につ
いても訴訟的救済を多かれ少なかれみとめる趣旨を憲法の明文で定めていた。しかるに、
日本國憲法には、行政裁判所に關する規定は存しない。もし、甲説のように解するとすれ
ば、日本國憲法は、行政事件に關する救済制度については、明治憲法ほどの關心すら示し
ていないことになる。これは、人權保障について、明治憲法にくらべてはるかに強い關心
を示している日本國憲法の考えているところとは、どうていおもえない。むしろ、日本國
憲法が、明治憲法にあった行政裁判に關する規定を捨ててしまったのは、この點につい
て、明治憲法が採用したような行政型（フランス型）をやめて、司法型（アングロ・サク
ソン型）を採用する趣旨だと解するを妥當とする。したがつて、本條にいう司法権も、行
政型を採用していた明治憲法における司法権とはちがひ、いつさいの法律上の争訟を裁判
する作用をいう、と解すべきである。」⁸⁵

さらに、通説として引用され続ける清宮四郎は、「一般に、司法とは、具体的な争訟に
ついて、法を適用し、宣言することによつて、これを裁定する国家の作用」⁸⁶と説明し
た。そして、清宮は「日本國憲法は、イギリスやアメリカの制度にならつて、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、全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」とし、「裁判所法第三条第一項で、「裁判所は、日本國憲法に特別の定めのある場合
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趣旨を確認したものであ
る」⁸⁷と説明していた。

このようにして、日本國憲法が帝國憲法よりも行政事件に關する救済制度に關心を示し
ていることや、日本國憲法が英米型の司法觀を採用したことを理由に、「司法」＝「法律
上の争訟」という等式がひろく承認されるに至つた。

（２）「法律上の争訟」の意義の確立

兼子は、前述のとおり、実質的意義の司法を「あらゆる種類の法律的争訟を裁判し、憲
法以下のあらゆる法規を適用して、具體的事件に於ける適法違法を判定し、權利關係を確
定する権限」⁸⁸と定義した。そのうえで、兼子は「裁判所法第三條が「裁判所は、日本國
憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し」と云うのは、これを意
味する」⁸⁹とし、「実質的意味の司法」＝「一切の法律上の争訟」という等式を作り上げ
た。そして、兼子は「こゝに法律上の争訟をいうのは、法律の適用によつて解決調整さる

⁸⁴ 宮沢・前掲注 83) 590—591 頁。

⁸⁵ 宮沢・83) 594 頁。

⁸⁶ 清宮・前掲注 6) 335 頁。

⁸⁷ 清宮・前掲注 6) 335 頁。田中・前掲注 75) 15～16 頁も同様の指摘がなされている。

⁸⁸ 兼子・前掲注 77) 44 頁。

⁸⁹ 兼子・前掲注 77) 44 頁。

べき、主體間に具體的な利益紛争乃至は利害の衝突による事件を指すのである」⁹⁰として、「法律上の争訟」とは「主体間の具体的権利利益の衝突に関する紛争」であるとの定義を示した。

そして、兼子は、『裁判法』の初版において、「三 法律上の争訟」という章を設け、以下のように説く。

「前述のように、民事、刑事の事件に限らず、行政事件も司法権の範囲に属するが、他方司法と言ってもあらゆる法規の適用を担当し、法律的に解決できるすべての問題を判断する権限を意味するわけではない。これを限定するのが争訟性又は事件性の問題である。」

「……特に国家的司法にあつては、その主体の少くとも一方は個人又はその団体であり、法の保障する個人の一身的または経済的利益が他の主体のそれと衝突する事件を対象とするものに限られる。」⁹¹

このように兼子は、事件性を司法権の限界を画する概念として捉えていた⁹²。その理由として、兼子は、「人民に対する国家権力の行使としての司法が、行政から分離独立するに至ったのは、前述のように人民の個人としての基本的な自由や権利を保障する要求に基づくものであ」⁹³とした。

このように、兼子は、「法律上の争訟」と「事件性」を暗に結び付け、「事件性」＝「法律上の争訟」を定式化した。

同様に、田中は、「法律上の争訟というためには、当事者間における権利義務に関する争があり、具體的な法律の適用が問題となつてゐることを要する」⁹⁴と論じた。

また、当時判事であった浅賀栄も、田中による「法律上の争訟」を引用したうえで、「これを詳論すれば法律上の争訟は（一）事件（case）及び争（controersy）において互に具体的な利害について対立する当事者が存在することが必要である」⁹⁵と論じていた。

このようにして、「司法」＝「法律上の争訟」という等式に、「法律上の争訟」＝「事件性」＝「具体的な権利義務に関する争い」という等式が結び付くに至った。

このような「法律上の争訟」理解を背景に、「一切の法律上の争訟を裁判」する権限は、「司法裁判権」と呼ばれ、「この権限は、裁判所に本質的なものであつて、憲法上付与されたものであり（憲七六I）、他の法律でこれを奪うことはできない」⁹⁶といわれるよう

⁹⁰ 兼子・前掲注 77) 46 頁。

⁹¹ 兼子一『裁判法 [初版]』（有斐閣，1959 年）63 頁。

⁹² 田中・前掲注 75) 25 頁は「司法権が行政に關して有する権限も、決して行政に關する一切の事件に及ぶものではなく、当事者間における権利義務に關する争ある場合に、具體的な法の適用を保障すること、いいかえれば、『法律上の争訟』についての裁判権に限られると解すべきであろう」と論じている。

⁹³ 兼子・前掲注 91) 63 頁。

⁹⁴ 田中・前掲注 75) 26-27 頁。なお、田中は、東京高判昭和 24 年 12 月 5 日高裁判例集 2 卷 3 号 325 頁（国民審査異議訴訟）を参照している。

⁹⁵ 浅賀・前掲注 81) 15 頁。なお、同頁の他の要件を要約するに、（二）当事者の争いが現存すること、（三）当事者間の争いは当事者の具体的な権利義務に關して生じたこと、（四）裁判は当事者の利害対立を終局的に解決し得るものであること等が挙げられている。

⁹⁶ 法務大臣官房司法法制調査部『裁判所法逐条解説（上）』（法曹会，1968 年）21 頁。

になった。

(3) 主観訴訟・客観訴訟峻別論と「法律上の争訟」

戦前期における主観訴訟・客観訴訟峻別論は、戦後においても引き継がれる⁹⁷。戦後初期に、この見解を主張した人物として、田中二郎と田上穰治を挙げることができる。

田中は、「客観的訴訟ともいふべきもの」として、「行政法規の正当な適用を保障し、公共の利益を保護するために、権利主體でない者に出訴を認めていることがある」と説明する⁹⁸。このように田中は、訴訟目的二分論を前提に、その訴訟目的により原告適格の有無が決せられると考えていた。

これに対して、田上は、「一般に裁判の目的が主観的裁判 (jurisdiction subjective) すなわち権利の救済にあることは基本的人権に関する憲法の規定 (13⁹⁹) から明かで、行政監督殊に行政法規の維持實現を目的とする客観的裁判 (jurisdiction objective) は特別の法律により例外的に認められるに過ぎない」¹⁰⁰と論じている。このように田上は、訴訟目的二分論を前提に、司法権の発動領域を主観訴訟に限定していた。田中が原告適格との関係で論じていたのに対し、田上はそのような構成をとらなかったことが分かる¹⁰¹。

このような司法権を主観訴訟に限定する思考はどこから来たのかを考えるに、戦後においては、単なる訴訟分類という枠を超えて、司法権と行政権との区別という視角から言及されるようになったことに一因があるように思われる¹⁰²。この点について、杉井俊介は「概括主義への移行と相俟って、拡大された司法権の限界の問題が強く意識されることになる。その結果、本来的な行政作用（言い換えれば、司法権が扱えない作用）を公益保護ととらえ、逆に司法作用を私権保護ととらえることにより、訴訟目的を基準として行政作用・司法作用の区別を強調する理解として現れることになった」¹⁰³と指摘する。

この杉井の指摘の通り、雄川一郎は、「個人的な権利又は利益の保護を目的とする争訟が主観的争訟であり、これに対し、法規の適用の客観的適性又は一般公共の利益の保護を目的とする争訟が客観的争訟である」¹⁰⁴と論じていた。

これに続いて、雄川は民衆争訟と機関争訟を客観的争訟の一種であると言及する¹⁰⁵。そして、雄川は、「法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務に関する紛争であつ

⁹⁷ 村上・前掲注 35) 43-52 頁、杉井俊介「日本における主観訴訟と客観訴訟の概念の系譜 (二)」自治研究 92 卷 3 号 (2016 年) 105-123 頁参照。

⁹⁸ 田中二郎『行政法講義案 上巻 第 3 版』(有斐閣, 1951 年) [初版 1949 年] 295 頁、同『行政法上巻』(有斐閣, 1953 年) 347 頁。

⁹⁹ 条文を示していると思われる。

¹⁰⁰ 田上穰治『行政法講義』(表現社, 1948 年) 147 頁。

¹⁰¹ 杉井・前掲注 97) 106-108 頁参照。

¹⁰² 田上・前掲注 100) 141-142 頁、田中・前掲注 75) 132-134 頁。田中二郎「司法権の限界」『司法権の限界』(弘文堂, 1976 年) 20 頁、雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣, 1957 年) 48 頁など。

¹⁰³ 杉井・前掲注 101) 108 頁。

¹⁰⁴ 雄川・前掲注 102) 10 頁。なお、この定義が塩野宏『行政法Ⅱ [第 6 版]』(有斐閣, 2019 年) 83 頁にも引き継がれており、現在の通説として引き継がれているといえる。

¹⁰⁵ 雄川・前掲注 103) 10-11 頁。

て、法律の適用によって解決されるべきものを意味する」¹⁰⁶と定義し、その重点として、「当事者の具体的な権利義務に関する紛争であることを要する」と指摘し、「いわゆる民衆訴訟も機関訴訟も、この見地から、法律上の争訟としての性質を有しない」¹⁰⁷としている。

そして、行政事件訴訟法 2 条の立法趣旨として、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟の 4 種の訴訟が挙げられ、「前二者はいわゆる主観的訴訟、すなわち個人的な権利利益の保護救済を目的とするものであり、これに対し後二者は、客観的訴訟、すなわち、法規の適用の適正または一般公共の利益ノ保護を目的とする特殊の訴訟」¹⁰⁸と説明されるに至る。

ここに、「法律上の争訟」＝「主観訴訟」の定式が見受けられる¹⁰⁹。

(4) 判例における「司法権」ないし「法律上の争訟」の意義の確立

以上が学説上の議論である。ただし、学説上の議論は、当時の判例の影響を受けて発展を辿ってきた。そこで、ここで上記の学説上の議論に加えて、最高裁の判示も簡単に確認する。

最高裁は、1953 年に、教育勅語無効確認訴訟¹¹⁰において、「わが国の裁判所は、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ものであるが（裁判所法三条）、その法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、且つそれが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を要する」と判示した。翌 1954 年に、村議会議決無効確認事件¹¹¹において、「裁判所法三条によれば『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し、その他法律において特に定める権限を有する』ものであり、ここに『法律上の争訟』とは法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいうのである。」と判示する。その上で、1966 年になって、技術士国家試験合否判定事件¹¹²において、「司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法三条にいう『法律上の争訟』に限られ、いわゆる法律上の争訟とは、『法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう』ものと解される」と判示するに至った。最終的に、1981 年に、最高裁は、板まんだら事件¹¹³において、「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法三条に

¹⁰⁶ 雄川・前掲注 103) 48-49 頁。

¹⁰⁷ 雄川・前掲注 103) 49 頁。

¹⁰⁸ 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、1963 年）7 頁。

¹⁰⁹ 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注 96) 22-23 頁においても、「『法律上の』争訟とは、当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否をふくむ）に関する紛争」であるとしている。

¹¹⁰ 最判昭和 28 年 11 月 17 日集民 10 号 455 頁。

¹¹¹ 最判昭和 29 年 2 月 11 日民集 8 卷 2 号 419 頁。

¹¹² 最判昭和 41 年 2 月 8 日民集 20 卷 2 号 196 頁。

¹¹³ 最判昭和 56 年 4 月 7 日民集 35 卷 3 号 443 頁。

いう『法律上の争訟』、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」と判示した。

このように、判例と学説が一致して、司法権を英米型のものとして捉え、「司法権」＝「法律上の争訟」（主観訴訟）＝「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られる」という等式を作り上げたといえる¹¹⁴。

（５）違憲審査の性格をめぐる学説上の議論

最後に、違憲審査権の性格として憲法学説上激しく論じられた、抽象的違憲審査の許容性について簡単に触れておく¹¹⁵。

まず、『註解日本国憲法』においては、81条について「本條の規定の趣旨は、この点について、司法裁判所の最高の機關としての最高裁判所に、違憲法令の最終的審査権をあたえたものと解せられ、最高裁判所をして、いわゆる憲法裁判所としての地位を有せしめるものではない」とし、「本條による法令審査権は、あくまで通常の訴訟要件の裁判に伴つて行使せられるのである」¹¹⁶と論じられていた。この見解によると、「通常の訴訟要件の裁判」に伴つて行使されるものと解されていた。美濃部も同様に「最高裁判所は訴訟の判断に付き憲法の解釋を定むる必要ある場合に其の解釋に付き最終の決定を與ふる機關たるもので、即ち其の限度に於いて憲法裁判所たる権限を有するものである」¹¹⁷と解していた。宮沢は、「最高裁判所の法令の合憲性審査権は、具體的な法律上の争訟に伴つてのみ行使されることが出来るものと解すべ」¹¹⁸きとしていた¹¹⁹。

ただし、この見解の中において、違憲立法審査権を「狭義の司法権の行使」における権限に限定する趣旨であるか（主観訴訟に限定する趣旨か）、それとも主観訴訟と客観訴訟の双方を含む司法による権限行使に付随するものと解しているかは不明確な部分もあった。しかし、「司法」＝「法律上の争訟」という定式化に引きずられる形で、違憲審査権の行使が「法律上の争訟」に限られると考えられていくこととなる。

これに対して、すべての裁判所が司法裁判所としての付随的違憲審査権を有することを認めつつ、憲法81条は、最高裁判所に、付随的違憲審査権とともに憲法裁判所としての抽象的違憲審査権を付与したとする見解もあった。なお、この見解は、抽象的違憲審査を行うための訴訟手続が規定されていないことから、現状では抽象的違憲審査を行ない得ない

¹¹⁴ 大河内・前掲注60) 588頁参照。

¹¹⁵ 全体の考察として、川添利幸「違憲立法審査権の性格」『憲法判例百選(新版)』別冊ジュリスト21号(1968年)194-195頁、種谷春洋「違憲立法審査権の性格」小林直樹編『憲法の基本判例(第3版)』ジュリスト増刊(1977年)217-222頁、覚道豊治「違憲立法審査権の性格」小嶋和司編『憲法の争点(新版)』増刊ジュリスト(有斐閣, 1985年)222-223頁、佐々木雅・前掲注72) 177-186頁。

¹¹⁶ 法學協會編・前掲注1) 1208頁。

¹¹⁷ 美濃部達吉『新憲法逐条解説』(日本評論社, 1947年)126-127頁。

¹¹⁸ 宮沢・前掲注83) 691頁。

¹¹⁹ 他にも、清宮・前掲注6) 371頁。

としていた。帝国憲法下では（実質的な）法令審査権否定説に立っていた佐々木は、「國家行為の純粹合憲性に対する最高裁判所の決定権」と題して、最高裁判所が憲法裁判所としての性格を有することを力説した¹²⁰。佐々木は、この問題の前提として「憲法上の問題であること」及び「わが日本國の憲法の問題であること」に注意を促し¹²¹、その上で、最高裁判所には終審としての性格と憲法裁判を行う権限が並存関係にあり¹²²、訴訟法上の問題として、最高裁は國家行為の合憲性審査を行う手続を定めることが可能であると主張していた¹²³。

この見解と同系統をなすものとして、憲法 81 条は憲法裁判所たる性格を最高裁判所に与え、同条を根拠に抽象的違憲審査をすることができるとする見解があった¹²⁴。この見解は、警察予備隊違憲確認訴訟において、原告側が主張したものであるが、この説を継承する榎原猛は、「積極的憲法裁判所の機能承認説が、憲法規定の文言に最も忠実な解釈である」¹²⁵と主張していた。

上記と類似の見解ではあるが似て非なるものとして、憲法 81 条が最高裁判所に憲法裁判所としての性格を付与したとは考えないものの、法律により一定の抽象的違憲審査を認めることも可能であるとの見解があった。入江俊郎は、「現行法の解釈として、憲法第八十一條は、具体的争訟事件を離れて、一般的な違憲審査権を裁判所に認めたものではない」という通説的理解を前提としつつ、「しかし、私は実は立法論としては、別に考えなければならぬ点があるのではないかと思う」としたうえで、「具体的事件の争訟となつて初めて自己の権利、利益の救済を求めるために、違憲かどうかを提訴してくるというのは本当の救済にならないのではないか」¹²⁶と指摘した。そして、入江は海外の例を参照しつつ、「立法論として申し上げるのですが、わが国においては、最高裁判所の司法裁判所たる本質をあくまでいじしつつ、これに必要最少限度の、一般的、抽象的違憲審査権を認

¹²⁰ 佐々木惣一「國家行為の純粹合憲性に対する最高裁判所の決定権」法学論叢 61 卷 4 号（1955 年）1—30 頁。覚道豊治「最高裁判所への違憲提訴」阪大法学 6 号（1953 年）70—79 頁、檜山武夫「國民主權の下の司法權の獨立と憲法裁判權」公法研究 11 号（1954 年）20—27 頁、田畑忍編『判例憲法学』〔西尾昭〕（ミネルヴァ書房、1958 年）461—463 頁、一円一億「憲法裁判」公法研究 24 号（1962 年）43—64 頁。佐々木説の紹介とその可能性について、並河啓行「違憲審査権の性格」同志社法学 32 卷 6 号（1981 年）69—82 頁。

¹²¹ 佐々木・前掲注 120) 3—4 頁。一円・前掲注 120) 51 頁も同様の注意を促している。

¹²² 佐々木・前掲注 121) 20 頁。

¹²³ 佐々木・前掲注 121) 23—25 頁。

¹²⁴ 榎原猛「違憲立法審査制度の再検討」大石義雄先生喜寿記念論文集『日本国憲法の再検討』（嵯峨野書院、1980 年）533—567 頁。榎原は、「一般に、法律の合違憲の決定は、國家の組織、運用および國民の權利に重大な影響を及ぼすものであるから、右決定手続は、法律によって定められていることが最も望ましい」としつつ「国会が右の法律を制定しない場合は、最高裁判所は、憲法第 77 条の規則制定権によって右関係規定を制定することができるし、そうしておくことが望ましい」とする（550 頁）。続けて、「右に関する法律ないし規則がないからと言って、最高裁判所は、警察予備隊違憲訴訟に際してなしたように、提起された法令の合憲性の獨立的審査請求を一律的に却下すべきではない」とも主張する（同頁）。

¹²⁵ 榎原・前掲注 124) 543 頁。

¹²⁶ 入江俊郎『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題——入江俊郎論集——』（第一法規、1976 年）634—635 頁。

めることとしたらどうかというように考えるのであります」¹²⁷と述べていた¹²⁸。

このように、違憲審査権の性格という論点をめぐって、様々な見解が主張されていた。しかし、この議論は次第に収束し、その後、議論の場は客観訴訟の延長線上としての抽象的違憲審査に類する制度の許容性へと移っていくことになった。後に見る警察予備隊違憲確認訴訟（最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁）において、最高裁は、抽象的違憲審査を行うことは「憲法上及び法令上」根拠がないと判示することで、法令上抽象的違憲審査に類する訴訟類型を付与することが可能であるとの解釈については明確に否定しなかった（本稿Ⅲ-1.（2）参照）。しかし、憲法裁判制度の立法化が挫折したこと、実務が立法されていない客観訴訟は受け入れないこと、付随的違憲審査制を採用したと考える見解が通説的地位を占めたこと¹²⁹などから、議論の対象が違憲審査権の性格から、客観訴訟へと移っていったと考えられる¹³⁰。

その後、後述する佐藤幸治による問題提起がなされることとなるが、この問題提起は、学説史に位置づけると次のようになる可能性がある。前述した通り、憲法81条から憲法裁判所的な性格を最高裁判所に付与することが難しく、立法論として最高裁判所に憲法裁判所的な性格を付与する法案が廃案となった状況において、客観訴訟においては当然の如く、違憲審査がなされる状況にあった¹³¹。そのため、客観訴訟という訴訟類型を拡張することで抽象的違憲審査に類する制度が可能となるかが問題となることになるが、この点については、法律上の規定により抽象的違憲審査のような制度を設けることが許されるとする学説が既に議論の素地を与えていたように思われる。かかる見解を主張していた小嶋和司は、職務執行命令訴訟において違憲審査を行った例¹³²を挙げて「機関争訟を実質的な抽象的憲法裁判たらしめる可能性への途をひらいたものであった」¹³³と論じている。そし

¹²⁷ 入江・前掲注126) 640頁。

¹²⁸ 類似の見解として、小嶋和司「最高法規」法学セミナー19号（1957年）11-12頁参照。

¹²⁹ 清宮・前掲注6) 371頁、宮沢・前掲注83) 687-691頁、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、1987年）496頁、樋口ほか・前掲注60) 1217頁〔佐藤幸治〕、芦部・前掲注7) 405頁。

¹³⁰ 警察予備隊違憲確認訴訟の形成からその後の展開までを追ったものとして、笹田栄司「警察予備隊違憲訴訟——政治との距離を測る「方程式」の誕生」論究ジュリスト1号（2012年）10-17頁。他にも、違憲審査における2つのモデルの合一化傾向（マウロ・カペレットティ（谷口安平・佐藤幸治訳）『現代憲法裁判論』（有斐閣、1974年））などの要素が挙げられることもある（佐々木雅寿・前掲注115) 181頁参照）。

¹³¹ 飯田稔「客観訴訟における違憲主張——最近の選挙訴訟を手がかりとして——」法学新報127巻7・8号（2021年）41頁によると「実務では早くから、客観訴訟で違憲審査を行うことが確立していた。」

¹³² 最判昭和35年6月17日民集14巻8号1420頁（いわゆる「砂川職務命令執行訴訟」以下ではこのように呼ぶ。）。

¹³³ 芦部信喜＝小嶋和司＝田口精一『憲法の基礎知識』〔小嶋和司〕（有斐閣、1966年）185～186頁。なお、尾吹善人「「客観訴訟」でも違憲審査はやめられない（砂川町長に対する職務執行命令訴訟）」『解説憲法基本判例』（有斐閣、1986年）16-21頁によると、この議論は、当時の行政法学者の注目を集めていたことがわかる（砂川職務命令執行訴訟及びその一連の判決を扱うものとして、金子宏「行政機関及び公務員の服従義務について」自治研究34巻11号（1958年）、今村成和「判批」判例評論340号（1963年）、山内一夫「東京地判昭和38年3月28日行政事件裁判例集14巻3号562頁判批」自治研究41巻5号（1965年）南博方「最判昭和35年6月17日民集14巻8号1420頁判批」民商法雑誌44巻（1966年）106頁など）。

て、この小嶋の指摘は、上述した佐藤の問題提起においても引用されており¹³⁴、したがって、佐藤は明らかに小嶋の指摘を念頭に置いている。実際にこの問題が学説上活発に議論されるのは1980年代の佐藤の問題提起以降なのであるが、戦後初期の学説が80年代の議論の素地を与えていたことは留意しておく必要があるだろう。

(6) 小括

以上の諸議論を踏まえて、用語の整理をしておく。この章で問題となっているのは、「事件性」「法律上の争訟」「主観訴訟・客観訴訟」である。事件性とは、憲法上の要件として、司法権を限界づけるものと捉えられた。これに対して、法律上の争訟は、裁判所法上、司法権を限界づけるものとして捉えられた。両者とも、論者によるが、簡単にいえば、具体的な権利義務の争いがなされるものと定義されていた。前二者に対して、主観訴訟・客観訴訟は、訴訟目的二分論を前提に、主観訴訟が個人の権利保護を目的とするものと定義され、客観訴訟は、公共の利益の保護を目的とするものと定義された。このように、訴訟の対象についての議論と、訴訟目的の議論という次元の異なる議論がまとめて問題となり¹³⁵、「事件性」＝「法律上の争訟」＝「主観訴訟」という定式が導かれた。

ここで、戦後初期の議論を簡単にまとめると、3つの特徴があったことが分かる。

第一に、司法権の範囲は、戦前期には、民事訴訟と刑事訴訟に限定されていたが、戦後になって、民事訴訟と刑事訴訟だけでなく、行政訴訟にも拡張された。しかし、この拡張によって、逆に、司法権の限界を模索する必要性を生じさせ、民事訴訟を中心として、行政訴訟を観念することが主流となっていった。この副作用により、行政訴訟を民事訴訟に寄せて考えることとなった。

第二に、第一の点と関連して、主観訴訟を司法権と同一視することで、客観訴訟が司法権の範囲から放逐されることとなった。この現象は刑事訴訟を司法権の分析において考慮しなくなったことと同時進行したように思われる。そのため、客観訴訟の分析にあたっては、刑事訴訟の分析まで含めることが今後必要であると思われる¹³⁶。

第三に、戦前期においては、違憲審査の可否が争われていたが、戦後期においては、違憲審査が可能であることを前提に、抽象的違憲審査の可能性がまず争われ、その後客観訴訟における違憲審査の可能性が争われることとなった。この第三の点については、これまでに述べた以上に、1980年代から徐々に論争が展開していったため、次の章に委ねる。

3. 通説形成後の問題提起

1980年代になると、客観訴訟における違憲審査について、憲法上どのように正当化することができるかという点に関心が向けられるようになった。この口火を切ったのは佐藤幸

¹³⁴ 佐藤・前掲注12) 21頁・脚注6。

¹³⁵ 訴訟に関するものではないが、行政行為を題材に、対象と目的の違いについて論じたものとして、近藤昭三「フランス国務院と権力濫用の法理」法政研究27巻2=3=4号(1961年)340頁参照。

¹³⁶ なお、本稿では、能力的制約及び紙幅の関係上、問題提起に留めておきたい。

治であった。佐藤は、「日本国憲法上の司法権がアメリカ流であるといいつつ、両者の間には相当の開きがあるということ、その開きについて憲法論的に果してどこまで十分に説明されてきたか疑問である」¹³⁷と指摘した。そして、「通説は、……『民衆訴訟』・『機関訴訟』のいわゆる『客観訴訟』について、立法政策上の見地から設けられたものと解してこれを是認し、その合憲性に議論の余地のありうることの言及がない」¹³⁸点を問題視し、「かかる論法によるならば、いわゆる抽象的違憲審査制を法律で設けることも、立法政策の問題と化さないか」¹³⁹と問題提起をした。

そこで、現行行政事件訴訟法上の客観訴訟について、司法権に含まれるか否かについて争いが生じ、この争いが「司法」とは何か、という大きな問題へと発展することで、多様な見解が主張されるに至った。もっとも、本稿では、そのすべてを扱うことができない。そこで、まず、論争の火付け役となった佐藤幸治の司法権論¹⁴⁰を確認した後、司法権の中核として佐藤と同じく事件性を維持・拡張する見解を採った野坂泰司・野中俊彦の司法権論、佐藤と親和的な同心円理論を採用する中川丈久、宍戸常寿の司法権論を確認する。そして、佐藤と異なり事件性を司法権の中核に据えない見解を主張する高橋和之の司法権論を概観する¹⁴¹。さらに、行政法学説から、客観訴訟を主に検討する見解を紹介する。具体的には、小早川光郎の客観訴訟を非主観的訴訟と呼ぶ立場、および村上裕章の法的問題の観点を基準とする立場を参照する。

(1) 佐藤幸治の司法権論

佐藤は、美濃部と佐々木の議論を通じて、戦前における司法権概念の論争の対立軸を歴史的概念構成¹⁴²と理論的概念構成との対立にみた¹⁴³うえで、司法権の理論的概念構成を追及するべきとの立場を打ち出し、裁判と司法の関係について論じる¹⁴⁴。佐藤は、裁判と司法について、三日月章¹⁴⁵と兼子が指摘する、裁判は法律に先行していたことを踏まえ、『裁判』

137 佐藤幸治「司法権の観念について」『日本国憲法の再検討 大石義雄先生喜寿記念論文集』（嵯峨野書院、1980年）531頁。

138 佐藤・前掲注12）4頁。

139 佐藤・前掲注12）4頁。樋口ほか・前掲注82）〔佐藤幸治〕1220－1221頁。

140 渡辺康行「『法の支配』の立憲主義的保障は「裁判官の支配」を超えうるか」『岩波講座 憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』（岩波書店、2007年）53頁以下（同『憲法裁判の法理』（岩波書店、2022年）100頁以下）が京都学派について、法哲学の見地を考慮しつつ、非常に重厚な議論がなされていることを指摘している。

141 芹沢齊＝市川正人＝阪口正二郎『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011年）404－405頁〔笹田栄司〕が非常にコンパクトにまとまっている。また、行政法学者による整理として、村上裕章「客観訴訟と憲法」『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂、2019年）73－88頁を参照。

142 宮沢俊義「司法作用の概念」警察法研究7巻1号（1936年）同「司法作用の観念」『憲法と裁判』（有斐閣、1967年）42頁は、「司法作用の実質概念を理論的に構成しようとする企図は到底成功の見込はないといわなくてはならない。司法作用の実質概念はただひとえに歴史的にのみ構成せられうる」とのべる。

143 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）16頁。

144 佐藤・前掲注143）32－35頁。

145 三日月章『法学入門』（弘文堂、1982年）18頁。

から『司法』へという時代の流れを概観して¹⁴⁶、最終的に、「司法は、佐々木のいうように、基本的に『法を宣言して、法を維持する作用』として把握されるべきもの」¹⁴⁷とした。そして、佐藤は、フラー（Lon L. Fuller）が裁判を「社会的秩序づけの一形式」¹⁴⁸と捉え、4つの裁判の特質¹⁴⁹を挙げることに着目して¹⁵⁰、フラーの見解と兼子の見解において「拘束力ある第三者の判定ということが核になっていた」¹⁵¹ことを考慮して、以下のように司法権を定義した。

すなわち、『司法権』とは、具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐって理をつくして真剣に争うことを前提にして、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的な決定に当事者が拘束されるという構造である」¹⁵²ということであった。

次に、事件性の要件の存在理由について、アメリカ合衆国憲法を前提に、ブリルメイヤー（Lea Brilmayer）の所説を参照した¹⁵³うえで、客観訴訟の位置づけへと議論を展開した。アメリカにおける議論¹⁵⁴を参照したうえで、次のように指摘した。

『司法権』の“本質”ともいうべきものを核としつつ、その周りには法政策的に決定すべき領域が存在している。行政事件訴訟法における『客観訴訟』の創設とか、非訟事件の裁判権の付与等は、そうした観点から位置づけることができると解される。ただ、その場合、ときには解されがちなように、すべて立法政策に委ねられるということではなく、かかる権限の付与の仕方とか付与される権限の種類・性質とかについてなお憲法上問題とされなければならないと解される。それは、『司法権』の核との親和性の問題であり、筆者のいう『法原理部門』としての裁判所の基本的性格にかかわってくる問題である。すなわち、付与される作用は裁判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、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解される。」¹⁵⁵

この佐藤の見解にはいくつかの批判がある。まず、駒村圭吾は、「事件・争訟性のカケラもないところに、それがあると看做すということであれば、事件・争訟性を司法の核心

¹⁴⁶ 佐藤・前掲注 143) 37-40 頁。

¹⁴⁷ 佐藤・前掲注 42) 42-43 頁。

¹⁴⁸ 佐藤・前掲注 143) 54 頁。

¹⁴⁹ 佐藤・前掲注 143) 55 頁によると、フラーは、裁判の特質として次のものを挙げる。第一に、裁判は証拠と推論に基づく弁論とを提示する機会を与える参加方式を、関係当事者に付与する一つの決定過程であるということである。第二に、それ故に、訴訟当事者は、その参加を意味あるものにしようとするならば、彼の弁論が妥当なものであり、証拠が適切なものであるということをつかせるような原理ないし諸原理を主張しなければならないということである。第三に、むき出しの要求は、権利の主張が原理によって支えられた要求であるという点で、この権利の主張とは区別されるということである。同様に、不快ないし憤激の単なる表明は、訴追が原理に基づくものであるという点で、この訴追とは区別されるということである。第四に、裁判に付される問題は、権利の主張または罪の訴追ということになる傾向があるということである。

¹⁵⁰ 佐藤・前掲注 143) 55 頁。

¹⁵¹ 佐藤・前掲注 143) 57 頁。

¹⁵² 佐藤・前掲注 143) 57-58 頁。

¹⁵³ 佐藤・前掲注 143) 72 頁以下。

¹⁵⁴ 佐藤・前掲注 143) 100-109 頁。

¹⁵⁵ 佐藤・前掲注 143) 126 頁。

として重視した姿勢は脆くも崩れ去る」¹⁵⁶と指摘する。次に、「法原理的決定の形態になじみやすい」との限定がどこまで認められるのか不透明ともいえる¹⁵⁷。後者の点につき、佐藤は、「①憲法にいう実質的意味の司法権を核として、それに加えて②立法府が、司法権を行使する裁判所にふさわしい権限として立法政策上付与するものがありえ、しかし③裁判所に付与しえない（裁判所として受けてはならない）ものもある、という構造で捉えるべきではないか」¹⁵⁸と述べる。この見解は、後述する同心円理論とそれほど差がない見解のように思われる。もっとも、この見解に対してもう一つ指摘すべき批判としては、「事件性」の要件の枠外にあり、「司法」に含まれない客観訴訟の制度がなぜ裁判所の権限として認められているかにつき詳細な論理構成が求められるということである¹⁵⁹。他にも、渋谷秀樹は、「司法は、個人の人格的自律が自覚される前から、つまり、さかのぼると人権概念が成立する以前から存在していたという歴史的事実をどのように説明するのか」という問題点、そして法原理部門というけれども、立憲主義そのものが『法の支配』の原理を具体化するものであり、行政部のみならず立法部も憲法で定められた法原理の下で活動しなければならない、ということとの整合性をどう説明するのかという問題点を指摘できる」とし、さらに、「憲法以下の法規範にいかにか拘束されるかは、その規範の性質によって決定されるのではないか、また政府機関によって異なるとしても、それは規範の規定の仕方によって決定されるのではないか、という問題点も指摘することができる」¹⁶⁰と批判している。

（２）事件性を拡張する見解（野坂泰司・野中俊彦）

野坂泰司も佐藤と同じく、事件性を維持する方向性で司法権を解釈した¹⁶¹。憲法上の司法を、具体的事件の法的解決の作用として捉えつつ、「事件」を「法律上の争訟」よりも広い概念として捉え直した¹⁶²。野坂は、「司法権は、『法律上の争訟』を中核としながらも、それを超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

¹⁵⁶ 駒村圭吾「非司法作用と裁判所 — 「事件性の擬制」というマジノ線」法学教室 327号（2007年）44頁、同様の批判として、野坂泰司「憲法と司法権」法学教室 246号（2001年）45頁、石川健治「トポスとしての権利侵害論—司法権の自己同一性論との関連で」法学教室 327号（2007年）51頁。

¹⁵⁷ 野坂・前掲注 156）44頁。長谷部恭男「司法権の概念——「事件性」に関する覚書」ジュリスト 1400号（2010年）9頁は、佐藤の見解に対して、「「具体的な国家の行為」とはどのような意味で具体的にあればよいのか」「「裁判による決定になじみやすい」とは何を意味するのか」等については、「何が司法権を基礎づけるのかよりはむしろ、事件性の概念が何を排除してきたかという、この概念が果たしてきた消極的機能に着目する個別の検討が必要となるように思われる」と指摘する。

¹⁵⁸ 佐藤幸治『日本国憲法論 [第2版]』（成文堂、2020年）637頁。

¹⁵⁹ 同様の疑問として、高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017年）35頁、野坂・前掲注 156）44頁。長谷部恭男も「どこまでを法律の定めによって司法権の対象とすることが認められるかという問題への回答の定式化としては、理由と結論との距離が若干遠い感がないでもない」と指摘する（長谷部恭男「司法権の概念——「事件性」に関する覚書」ジュリスト 1400号（2010年）9頁）。

¹⁶⁰ 渋谷秀樹「司法の概念についての覚書き」立教法務研究 3号（2010年）46頁。

¹⁶¹ 中谷実「司法権の観念」法学教室 121号（1990年）106頁は、通説的立場と流動説（抽象的違憲審査を含むまでに流動的に司法権を捉える学説）、佐藤幸治説と野中説をそれぞれ紹介し、図示している。

¹⁶² 野坂泰司「警察予備隊違憲訴訟判決」同『憲法基本判例を読み直す（第2版）』（有斐閣、2019年）23頁。

あることを要するという意味では『事件性』によってその範囲を画される」とする¹⁶³。そして、「事件性」という概念により客観訴訟の限界を画する¹⁶⁴とし、「……少なくとも現行の客観訴訟のような訴訟類型は、そこに具体的な公権力の行為があり、それをめぐって争いが生じていることからして、司法権ならざる権限ではなく、ここで理解された司法権そのものに含まれるということになる」¹⁶⁵と主張した。

この見解の難点は、「事件性」要件が必要となる理由を通説の見解や判例と整合的である¹⁶⁶こと以上に述べられていない点にある。この見解に対して、佐藤は、「裁判所法が憲法上の司法権を縮減しているということになり、何よりもそのこと自体が憲法上許されないことと解すべきではないかと思われる」¹⁶⁷と批判している。

野中俊彦は、現状法定されている客観訴訟は、「建前としては（あるいは形式的には）客観訴訟として設定されているが、実は提訴者の法律上の利益を満たしており、実質的には抗告訴訟の要件を満たしていると解することもできるのではないか」¹⁶⁸との議論から出発し、選挙無効訴訟や住民訴訟、職務執行命令訴訟が事件性を有しているのではないかと問題提起をした¹⁶⁹。もっとも、この見解に対しては、安念潤司は、「機関訴訟を主観訴訟だと観念するのは、いかにも強弁の感を免れない」¹⁷⁰と批判している。また、松井茂記も、「野中教授の見解では、具体的事件を契機にしてという要件の中に原告適格の要件が入っているように思われるが、具体的にどの程度の要件なのか疑問がある」¹⁷¹と述べている。

もっとも、野中の戦略は、抽象的違憲審査の概念把握へと向かい、客観訴訟における違憲審査を抽象的違憲審査から外す方向へと向かっていた。野中は以下のように述べる。

「通説が違憲審査制の性格論において否定する抽象的違憲審査制と客観訴訟における違憲審査の認容との間には実はかなりの距離がある。前者は法律の効力をその公布とともに直接に違憲審査の対象とする制度であり、始めに述べたような意味での『典型的な』抽象的違憲審査権を認める制度である。これに対して、客観訴訟における違憲審査は、公権力

¹⁶³ 野坂・前掲注 156) 47 頁。渋谷・前掲注 160) 51 頁も「司法につき憲法が画定する外延を明示する必要がある」としたうえで、「その概念こそが、事件性の要件になるのではないか」とし「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」の存在を要求するもの」としている。

¹⁶⁴ 野坂・前掲注 156) 48 頁。なお、用語法の難点については、野坂・前掲注 156) 47 頁において、本人が認めている。この点について、南野森は、「事件性」をより広い概念として捉え直すよりも、「具体的争訟」は「法律上の争訟」よりも広い概念として再定義されることとなるといえ、用語法の混乱を招くことなく野坂の趣旨を維持できると述べている（南野・前掲注 5) 183 頁）。

¹⁶⁵ 野坂・前掲注 156) 47 頁。

¹⁶⁶ 野坂・前掲注 162) 21-23 頁。

¹⁶⁷ 佐藤・前掲注 158) 637 頁。

¹⁶⁸ 野中俊彦「司法の観念についての覚書き」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『二一世紀の立憲主義』（勁草書房、2000年）435 頁。

¹⁶⁹ 野中・前掲注 168) 436-437 頁。

¹⁷⁰ 安念潤司「司法の観念」『憲法の争点』（有斐閣、2008年）251 頁、南野・前掲注 59) 179 頁。

¹⁷¹ 松井茂記「『国民訴訟』の可能性について」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2007年）394 頁。

の具体的な行為をあくまでも前提とし、これをめぐる紛争の解決に必要な限りでのみ行われるのである。そこでは直接に法律の違憲・合憲が争われるのではなく、直接争われるのはやはり具体的な行為なのである。法律に基づく具体的な国家行為についての訴訟の中でそれに付随して違憲審査が行われるにすぎない。」¹⁷²

このように野坂と野中は、野坂が事件性概念を拡張する形で、野中が抽象的違憲審査制を縮小する形で、それぞれ客観訴訟を司法権の概念の枠内に入れる試みであるといえる。このような両者のアプローチの違いがあるにもかかわらず、客観訴訟が司法権の枠内にあることを正当化する理由として述べられているのは、「公権力による具体的な行為があること」である。

(3) 同心円理論 (中川丈久・宍戸常寿)

中川丈久は、「立法権」や「行政権」「司法権」などの概念につき、憲法は確定的な答えを用意しているのではなく、「一定の幅をもって伸縮しうる概念であることを予定しているのではないだろうか」との問題提起を行ったうえで、『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、ドーナツ(同心円)構造をとると考えられないであろうか」と主張した。その上で、中川は、「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中で形成されると考えるほかない」¹⁷³とした¹⁷⁴。そして、客観訴訟は、「司法権」の中間領域に位置づけられ、「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」¹⁷⁵とした¹⁷⁶。

この見解は、憲法の歴史を振り返ってみても、少しずつ「司法権」の範囲が広がってきており、その内容が確定的ではないことと整合的であり、客観訴訟を「司法権」の中に入れて解釈することができる。しかし、この見解によると、立法政策による介入の限度が最大領域を意味し、立法に与えられた裁量の余地が大きすぎるのではないかと考えられる。また、「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」と本当に言えるのだろうか。この点についても、憲法的観点から考慮する必要があり、もう少し権力分立の観点から精査するべきであると思われる。

¹⁷² 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣, 1995年) 26頁。

¹⁷³ 中川丈久「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 63号(2001年) 127頁。

¹⁷⁴ 中川は、中間領域について国会が立法政策的介入をできるとしたうえで、中間領域における立法による介入と裁判所の見識の優劣は、法律の方が優位すると、とりあえず考えておくとしている。

¹⁷⁵ 中川・前掲注 173) 129頁。

¹⁷⁶ 中川丈久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法学教室 375号(2011年) 107頁は、自説について、「司法権＝法律上の争訟」を等号でつなぎつつ、「客観的訴訟も司法権＝法律上の争訟の範囲内である」と解説している。しかし、このように解してしまうと、裁判所法3条の「その他法律において特に定める権限」が空文化する。司法権＝法律上の争訟の等式を拡張し、司法権＝法律上の争訟＋客観訴訟と捉えた方が裁判所法との関係では妥当であると思われる。

もつとも、伝統的通説が「司法権」が時代や土地によって変化しうることを認めながらも、「司法権」を硬直的にしか解釈できなかったのに対し、中川が唱えた同心円理論は、そのコアと最大領域を観念したうえで伸縮可能と解し、行政事件を民事事件とは異質なものとして「司法権」の枠組みに統合できた点については画期的だったといえるだろう。そして、憲法事件を他の実定法事件と区別した上で、憲法事件における「司法権」の解釈を同心円理論により行ったのが宍戸常寿である。

宍戸は、まず、行政事件につき、『法律による行政』を基本原理とすることに相応して、違法な行政活動による国民の権利・利益侵害の救済をコア、純然たる行政の適法性の統制を外周として、一定程度の伸縮をもったものとして、行政裁判は観念されるべき¹⁷⁷とする。次に、憲法事件のコアにつき、民事・刑事・行政の各事件のコアを参考にしたうえで定義する。いわく、民事・刑事・行政の各事件のコアの共通部分は「①法の解釈・適用に関する争いであり、しかも②当事者の利益に何らかの形で関わる争い」である。これを、憲法が国家権力から国民の自由・権利を保障する法との観点から当てはめると、「①憲法第3章の解釈・適用に関する争いであって、②国民の権利・利益に関わるもの」が憲法事件のコアであると考えている¹⁷⁸。宍戸がもう一つ憲法事件のコアと考えているのは、「国家機関相互の利益に関する争い、あるいは国または地方公共団体の利益に関わる争い」¹⁷⁹である。そして、コアと外周との間に「司法権行使のあり方が憲法上一義的には確定されない中間部分が広く横たわっていることになる」¹⁸⁰とし、その問題の解決として、「問題となる事案・手続が、同心円構造における中心からどの程度離れているかに応じて、形成の必要性・許容性と内容を判断」する。具体的にその距離を測る尺度は、「各法分野における争訟裁決の必要性と有用性、そして憲法裁判・行政裁判の場合にはそれと並んで、法的統制の必要性と有用性の観点」を用いるのだという¹⁸¹。

宍戸の同心円理論は、中川の同心円理論を基礎としつつ、行政事件と憲法事件を分離した点や、機関訴訟を憲法事件のコアと捉えた点で重要な問題提起をおこなったといえる。しかしながら、いくつかの難点も指摘できると思われる。まず、中川は、紛争主題が実体的請求権によって構成される訴えと、行動糾弾型によって構成される訴え（「被告の行動を糾弾するという形で捉える」訴訟のことをいう。例として、刑事訴訟が挙げられる¹⁸²。）を区別し、「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……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」¹⁸³としている。このことを前提として、『法律上の争訟』概念について、紛争主題の部分を、『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

177 宍戸・前掲注11) 29頁。

178 宍戸・前掲注11) 29頁。

179 宍戸・前掲注11) 30頁。

180 宍戸・前掲注11) 32頁。

181 宍戸・前掲注11) 32頁。

182 中川・173) 132-133頁。

183 中川・前掲注173) 134頁。

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」と指摘している。この指摘から分かる通り、宍戸が憲法事件のコアの確定の作業において民事・刑事・行政事件の共通部分を模索した手法は、中川の考える「司法権」のコアとズレが生じると思われる。また、民事・刑事・行政事件の共通項がなぜ憲法事件においてもコアといえるかについては明らかであるとはいえない。そして、同心円理論における中間領域にある事件の審査につき、争訟裁決の必要性和有用性と法的統制の必要性和有用性の観点をを用いるとの基準は、裁判官にとってあまりに漠然としているといえないだろうか。加えて、中川・宍戸の同心円理論は、コアと外延を構想するにあたり、主観訴訟をコアと捉え、主観訴訟が抽象的違憲審査と距離のある訴訟として措定されている。もっとも、立法不作為の国家賠償請求訴訟など主観訴訟の一部は、抽象的違憲審査と隣接すると考えられる。そのため、抽象的違憲審査と隣接する主観訴訟を構想できない点も同心円理論の難点として指摘できる。

（４）事件性を放棄する見解（高橋和之）

1980年代に佐藤によって提起された論争は、後に「法の支配」論争へと議論が波及する。この論争で、佐藤と論争を繰り広げたのは高橋和之であった。そこで、高橋の司法権論を概観する。

高橋は、佐藤の「司法」の本質的要素として「事件性」要件を維持しようとする見解に対し、「基本的な考え方について私には特に異論はない」¹⁸⁴とした。しかし、佐藤がいう、「立法府が、司法権を行使する裁判所にふさわしい権限として立法政策上付与するものがありえ」¹⁸⁵との見解に対して、「立法政策上付与することが可能であることを前提としてしまい、憲法上なぜ可能と考えるかの説明はない」¹⁸⁶と疑問を呈していた。そこで、高橋は、佐藤の見解や通説的見解の上記不整合を解決するために、独自の見解を提示した。高橋は、各権力相互の関係をいう「ヨコの関係」と国民と権力との関係をいう「タテの関係」を区別する¹⁸⁷。「ヨコの関係」について、三権分立は、法の支配を組織化・制度化することを狙いとしているとしたうえで、法定立機関・法執行機関・法裁定機関の分離が必要となり、それぞれが立法権・行政権・司法権に対応するものとする¹⁸⁸。そして、「法の支配により国民の権利を保障するために、権力が従うべき法の内容が、権利を保障するものとなっていなくてはならない」としたうえで、「法定立の場面に諸権力が介入し相互にチェック・アンド・バランスを行うように制度が設計される」¹⁸⁹とする。そして、以上の理解から、高橋は、「司法は受動的な権力として理解されている」ことと「訴訟が提起されても、それが具体的な権利義務の存否に関する争いでない限り、司法権は発動

184 高橋・前掲注 159) 35 頁。

185 佐藤・前掲注 158) 637 頁。

186 高橋・前掲注 159) 35 頁。この疑問は、中川に対しても妥当する。

187 高橋・前掲注 159) 35-36 頁。

188 高橋・前掲注 159) 36 頁。

189 高橋・前掲注 159) 36-37 頁。

できない」¹⁹⁰ことを指摘する。さらに、「タテの関係」として問題となるのは「裁判を受ける権利」であるとし、「事件性の要件は裁判を受ける権利により置き換えうる」¹⁹¹とする。以上の考察から、司法権とは「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適正な手続の下に、終局的に解決する作用」¹⁹²となる。

この定義について、「適法な提訴」とは何を意味するのか¹⁹³、「法律によって誰にでも提訴権を与えてよいのか」という論点は残る」から憲法問題を消失しえない¹⁹⁴といわれている。また、高橋の上記見解は、各国の憲法制定史に触れ、日本が立憲君主政モデルから国民主権モデルへと移行したことから、行政権を法執行作用に限定する考え方に立脚しており、この点は学説上も争いがあることから賛同が広がらなかった理由といえよう。さらに、渋谷は、「高橋の定義には、根本的な問題があるように思われる」¹⁹⁵として、2つの問題を挙げる。「第1に、司法の存在理由は、その主体が政府機関であろうと、私人であろうと、具体的な紛争の解決であるにもかかわらず、これを司法の中核的機能としてとらえていないこと、第2に、実体的な権利が存在するということは、その権利が侵害されたときには裁判所による救済が保障される、つまりそこでいわれる提訴権が当然含まれているということの意味するのにこれをことさらに定義の中に明示していることにある」¹⁹⁶とする。加えて、長谷部恭男は、高橋説について「この立論の弱点は、常にこの結論が妥当するかが明らかでない点にある」¹⁹⁷と指摘する。すなわち、「現行法で認められている住民訴訟や選挙無効訴訟については、憲法の想定した勢力バランスを壊すものとはまでは言えないかも知れない。しかし、このことは、高橋教授の示す司法権の定義に当てはまる『司法作用』のすべてについて当然にいい得ることではないであろう」¹⁹⁸と指摘している。

(5) 客観訴訟を非主観的訴訟と捉える見解（小早川光郎）

行政法学説では、客観訴訟の観点から、司法権を再構成しようとする試みが確認できる。

小早川光郎は、客観的訴訟について「主観的訴訟でないという、消極的な共通点にすぎない」のに、「客観的訴訟」という表現を用いることによって、たとえば、あれこれの制約なしに行政運営の客観的な適正さを全体として問題とすることのできる訴訟なのだというような誤解……を生ずる可能性があるとするれば、それは望ましいことではない」¹⁹⁹

190 高橋・前掲注 159) 37 頁。

191 高橋・前掲注 159) 38-39 頁。

192 高橋・前掲注 159) 35 頁。

193 佐藤・前掲注 158) 637 頁。

194 毛利透「客観訴訟と司法権」曾我部真裕＝赤坂幸一＝新井誠＝尾形健編『憲法論点教室 [第2版]』（日本評論社，2020年）184頁。

195 渋谷・前掲注 160) 47 頁。

196 渋谷・前掲注 160) 47-48 頁。

197 長谷部・前掲注 157) 10 頁。

198 長谷部・前掲注 157) 10 頁。

199 小早川光郎「非主観的訴訟と司法権」法学教室 158号（1993年）98頁。

とを理由に、「非主観的訴訟」と呼んだ。そして、小早川は、「非主観的（客観的）訴訟は法律上の争訟にあたらぬ」という言いかたがされることがあるが、それは必ずしも誤りではないにせよ、少なくとも不正確であろう²⁰⁰と述べた。その理由として、「一般的に主観的訴訟といふ非主観的訴訟というのは、それぞれ、訴訟手続として定められた一定種類のものに指すのに対し、法律上の争訟とは、訴訟手続によって処理されるべき争いのレベルでの観念だからである」²⁰¹と論じていた。

この学説は、「法律上の争訟」と主観訴訟・客観訴訟峻別論とが、議論のレベルを異にするものであることを正確に述べていた²⁰²。

（6）法的問題の観点から「法律上の争訟」を捉える見解（村上裕章）

さらに、行政法学説において、上記の見解と一線を画するものとして、村上裕章の見解がある。やや難解であるが、これについて概観してみたい。

村上は、フランスの越権訴訟を精査し、「訴訟目的の観点と法的問題の観点を、日本法においても区別すべきではないか」との問題提起を行ったうえで、この区別によって「わが国の解釈論に見られる混乱をある程度解消することができるのではないかと思われる」²⁰³と述べる。そして、主観訴訟・客観訴訟峻別論について「ある訴訟制度が国民の権利保護を目的とするか、行政の適法性の維持を目的とするかは相対的な問題であって、結局は量的な差異にすぎないのではないかということ」及び「そもそも二つの訴訟目的が互いに背反し合う関係にあるかどうかも疑問である」ことの2つの問題点を挙げる。その上で、「そもそもわが国において主観訴訟・客観訴訟という用語を用いる必要があるかが疑問である」とし、「裁判所法三条にいう『法律上の争訟』に当たるかどうかによって分類すればよいのであって、曖昧で傾向的な訴訟目的の概念をあえて持ち出す必要はないように思われる」²⁰⁴と指摘する。

その上で、村上は法的問題の観点から検討を加え、この観点からは、「実体的な主観的権利の存在を肯定する見解」（「実体法的構成」）と、その存在を「否定する見解」（「訴訟法的構成」）に分ける。そして、実体法的構成の難点を指摘したうえで、訴訟法的構成をとる前提として、私的自治の支配する私法関係と異なり、行政法関係では、行政庁による一方的介入が行われることを指摘し、不法行為訴訟における損害賠償請求権の方が行政法

²⁰⁰ 小早川・前掲注 199) 99 頁。

²⁰¹ 小早川・前掲注 199) 99 頁。ただし、小早川は、これに続けて、「主観的訴訟・非主観的訴訟の観念と法律上の争訟の観念とが互いに密接に関連しあうものであることは否定しえない」と続ける。

²⁰² 非常に興味深いことに、小早川は、戦前における宮沢の見解、すなわち、主観訴訟として民事訴訟を例に挙げ、客観訴訟として刑事訴訟を例に挙げる見解（詳しくは本稿 II-1. (2) 参照）について、「きわめて明晰である」と論じていることである（小早川・前掲注 199) 98 頁）。このように、小早川が、戦前期の刑事訴訟を客観訴訟として位置づけていた見解を認識していたことが、主観訴訟・客観訴訟（非主観訴訟）峻別論と法律上の争訟との議論のレベルの違いの指摘につながっている可能性がある。

²⁰³ 村上・前掲注 50) 248 頁。

²⁰⁴ 村上・前掲注 50) 249 頁。

関係には近いことを指摘する²⁰⁵。その結果、訴訟法的構成により「原告の範囲は権利の存在によって当然に確定されるわけではなく……原告適格の範囲は、従来の権利概念に縛られることなく、憲法上の国民の地位（特に憲法 32 条の裁判を受ける権利）を考慮して合理的に定められなければならない」こと、原告適格が権利と切断されることで、本案と権利との関係も切断される²⁰⁶。

このように、村上は法的問題の観点から、訴訟目的二分論を採用しないこととすることで、取消訴訟の訴訟物と原告適格の地位を切断する。では、不法行為構成というのが何を指すのかについて、村上は、末弘巖太郎の見解²⁰⁷を参照する。末弘によると、「権利」には積極的に権利内容の実現をなしうることを意味すると同時に、第三者が権利者の権利実現を妨害すべき行為をしてはならないという消極的側面もある²⁰⁸。末弘は、法律がこの消極的側面のみを規定していることも稀ではなく²⁰⁹、民法 709 条にいう「権利」侵害は、「廣く民法其他一般法令に於て一般第三者に不可侵義務を負はしむることによつて保護を與へて居るものと認むべき利益はすべて之を第七百九條の『権利』と見るべ」²¹⁰きとする。村上は、契約等が存在しない行政法関係において、この末弘の見解を持ち込み、「権利なる概念は本来限定された目的の爲に構成されたものであつて、これによつてすべての訴訟の可否を決することはできない」²¹¹とする。そして、村上は、「司法権（裁判権）の範囲を『権利義務に関する紛争』によつて画することは必ずしも自明ではなく、「むしろ、（法技術的な意味における）権利が問題となっていない場合であっても、裁判によつて解決するに値する程度の具体的な争いがあり、それが法的に解決可能であるならば、『法律上の争訟』の存在が肯定され、司法権の介入が要請されると考えるべき」²¹²と主張する。

（7）小括

上記以外にも、多くの見解が学説上挙げられている²¹³が、本稿で取上げていないものについては、本稿で取上げた見解と類似するものであるか、又は司法審査の範囲を画定するという本稿の問題関心と必ずしも重ならないもの、あるいは比較法に重点をおいており本稿の問題関心と離れるものが多いため、本稿では取り上げない。

本稿で扱った学説を整理すると以下のようなことになると思われる。

²⁰⁵ 村上・前掲注 50) 251-254 頁。

²⁰⁶ 村上・前掲注 50) 255-256 頁。

²⁰⁷ 末弘巖太郎『民法講話 上巻』(岩波書店, 1926 年) 112-117 頁。

²⁰⁸ 末弘・前掲注 207) 112-113 頁。

²⁰⁹ 末弘は、身体・自由・名誉を挙げる（末弘・前掲注 207) 113 頁）。

²¹⁰ 末弘・前掲注 207) 115 頁。

²¹¹ 村上・前掲注 50) 253 頁。

²¹² 村上・前掲注 50) 253-254 頁。

²¹³ 憲法学説と行政法学説の双方を検討するものとして、杉井・前掲注 25) 118-126 頁、村上裕章「客観訴訟と憲法」・前掲注 39) 73-88 頁、互理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』(有斐閣, 2008 年) 1-27 頁も非常に示唆的である。

まず、佐藤幸治の見解は、あくまで「司法権」＝「事件性」＝「法律上の争訟」という定式を崩さず、事件性を定義し、これを擬制する形で、客観訴訟についての権限を裁判所に付与することが許容されると説く。つまり、客観訴訟はあくまでも司法権ではないことになる。そのため、佐藤は、中川の同心円理論を参照している²¹⁴が、佐藤は、客観訴訟をあくまで司法権の内部に収めないが、中川は、客観訴訟を司法権の内部に収める点で埋めがたい違いがあるように思われる。

これに対して、その後の学説（野坂・野中）は、事件性の要件を拡張する方向で議論がなされ、「司法権」＝「事件性」＝「法律上の争訟」＋客観訴訟という枠組みを提示する。しかし、これらの見解は、客観訴訟を司法権に含めることに成功しても、許容される客観訴訟の限界を示すことができずにいると思われる。この点について、抽象的違憲審査を縮減する形で挑戦したのが野中であつたが、「具体的な行為」が争われることに限界を求めることで満足して良いのか、という問題がある。特に、内閣総理大臣による靖国神社参拝行為は、具体的な行為が争われているものの、裁判所は、訴訟として受理しないこととしている。野中のように考えると、客観訴訟として司法権に含まれる訴訟が受理されないという帰結を招くように思われる（本稿Ⅳ - 1. 参照）。

これ以外にも、判例は明らかに事件性を維持しようと試みていることから、事件性を放棄する見解を判例が採用しているとは考えにくく、本稿では紹介だけにとどめる。

これら憲法学説に対して、行政法学説からは、客観訴訟を起点とした分析²¹⁵が試みられている。小早川光郎は、主観訴訟・客観訴訟（非主観訴訟）峻別論と法律上の争訟の議論のレベルの違いを指摘する。そして、村上も同様に、主観訴訟・客観訴訟峻別論が「法律上の争訟」という司法審査の対象を議論していないことを指摘する。そして、司法審査の対象となる行政行為の性質を民事法学における不法行為に類似するもの²¹⁶として構成する。

村上の見解から気付かされることは、戦後、司法権の概念が民事訴訟的に構成されてきたと言明される「民事訴訟」とは、実体的権利を保護する民事訴訟であり、不法行為訴訟ではなかったということである。村上は行政訴訟について論じているが、その多くの点は憲法訴訟にも妥当すると思われる。そして、村上の見解は、「法律上の争訟」＝裁判によって解決するに値する具体的な争い（権利義務に関する争いを含む）と解し、「法律上の争訟」を拡張する見解といえる。

²¹⁴ 佐藤・前掲注 158) 637 頁参照。

²¹⁵ 代表例としては山岸敬子の一連の著作が挙げられる。そのすべてを列挙することは難しいが、例えば山岸敬子「客観訴訟」小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣、2001年）281－301頁（山岸①）、同『客観訴訟の法理』（勁草書房、2004年）（山岸②）、同『客観訴訟制度の存在理由』（信山社、2019年）（山岸③）。

²¹⁶ 村上は、行政行為と不法行為との類似性を指摘しつつも、その相違点を指摘して、原告適格と本案との議論の切断を図っている。

4. 判例の考察への架橋

これまで学説の流れを追ってきたが、以下の章では、本稿の目的である判例の考察に焦点が移る。司法権の範囲をめぐる議論や違憲審査の性格をめぐる議論の歴史は深く、論じべき点が非常に多岐にわたったため、ここで、本稿における判例の考察に必要なポイントを簡潔にまとめることとする。

第一に、抽象的違憲審査と付随的違憲審査の区別については、帝国憲法下では憲法解釈権力の所在として議論されてきた。そして、この議論はあくまで学説上のものにとどまり、実務上は、(実質的)違憲審査権否定説で固まっていた。これに対し、日本国憲法下では、81条が創設され、付随的違憲審査が可能であることを前提に、抽象的違憲審査に類する訴訟の可能性が模索され、客観訴訟の場における違憲審査が抽象的違憲審査に類するのではないかと議論されてきた。この議論において、通説は、違憲審査が司法権に付随するものであることを強調していたが、この通説を乗り越える枠組みとして、特に客観訴訟に注目した分析が学説の側から多く示されているところである。

このような問題状況に対して、本稿では、主観訴訟を軸に付随的違憲審査の限界を考察し、その考察を基に客観訴訟についても考察することとする。

第二に、帝国憲法下において、主観訴訟・客観訴訟峻別論は、民事訴訟が主観訴訟に対応するものとして、刑事訴訟が客観訴訟に対応するものとして、両者が司法権に含まれるものとして構想されていた。これに対して、日本国憲法下においては、「司法権」＝「法律上の争訟」(主観訴訟)という定式化がなされ、客観訴訟が司法権の外側に位置づけられることとなった。その結果、刑事訴訟は「司法権」に含まれることが大前提とされ、その考察がなされなくなった。このように、帝国憲法下における峻別論と日本国憲法下における峻別論が相当に異なるものであり、日本国憲法下における峻別論が自明のものではないことが明らかとなった。

このような理論的隔絶の原因は、憲法学の立場から、主観訴訟・客観訴訟峻別論に疑問を投げかける議論があまり活発ではなかったことがいえるだろう。本稿では、日本国憲法下における峻別論には、中間領域があることを指摘し、判例の立場が従来の定式とは異なるものであることを指摘する。

以上の考察から、抽象的違憲審査の延長線上の訴訟類型として、立法不作為の国家賠償請求訴訟と実質的当事者訴訟の違法確認の訴えを取り上げ、主観訴訟における付随的違憲審査の限界を論じ(Ⅲ)、そのうえで、客観訴訟における付随的違憲審査の限界を論じる(Ⅳ)。さらに、議員定数不均衡訴訟を題材に、主観訴訟・客観訴訟峻別論の中間領域の存在を指摘し(Ⅴ)、最後に、これらをまとめた全体の考察を行うこととする(Ⅵ)。

Ⅲ 主観訴訟における違憲審査の限界

本章においては、まず、判例が抽象的違憲審査を行わないことを明言したことを確認し、その際に裁判所が審理しえない抽象的違憲審査がいかなるものかについて検討する。その上で、抽象的違憲審査の延長線上にある主観訴訟として、立法不作為の国家賠償請求

訴訟や実質的当事者訴訟における違法確認の訴えを取り上げて、これらにおいて、判例が抽象的違憲審査と主観訴訟の境界をどのように考えているのかについて検討する。これは、「はじめに」で指摘した通り、主観訴訟と抽象的違憲審査の区別は、従来の学説が考えてきた以上に、その境界が明確でないと考えられるからである。考察の題材として、立法不作為の国家賠償請求訴訟と実質的当事者訴訟を取り上げて検討する。

以下において、まず、判例上どのような違憲審査制が採用されているかを確認し、立法不作為の国家賠償請求訴訟及び実質的当事者訴訟における判例の姿勢を概観する。

1. 判例の考える日本国憲法における違憲審査の性格

(1) 最大判昭和 23 年 7 月 8 日刑集 2 巻 8 号 801 頁

憲法施行の翌年たる昭和 23 年に、最高裁は以下のように判示して、違憲審査制の性格を論じていた（以下では、本判決を「昭和 23 年最大判」という。下線は筆者による。）。

「現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第八条によつて定められていると説かれるが、一層根本的な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第九八条の最高法規の規定又は第七六条若しくは第九九条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得るのである。米国憲法においては、前記第八条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、一八〇三年のマーベリー対マデイソン事件の判決以来幾多の判例をもつて違憲審査権は解釈上確立された。日本国憲法第八条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもつて規定したという点において特徴を有するのである。」

この判決の意義については、2 点指摘することができる。第一に、日本の違憲審査制がアメリカにおいて確立された違憲審査制を導入したものと考えていることである。第二に、81 条という明文規定がなくても、98 条、76 条、99 条によって違憲審査制を解釈上導くことができるとしている点である。

特に第二の点について、もう少し深く考えてみたい。日本国憲法 98 条は、憲法の最高法規性の規定であり、76 条は、3 項において、裁判官が憲法および法律にのみ拘束されることを規定したものであり、99 条は、裁判官を含む公務員の憲法尊重擁護義務である。つまり、憲法が最高法規であること、裁判官が憲法に拘束されること、憲法を尊重擁護しないことにならないことから、裁判官に違憲審査をすることが認められていると考えている。98 条は最高法規性という法の段階構造に着目した規定であり、76 条 3 項と 99 条は裁判官個人に着目した規定であることから、裁判官の職務に付随した違憲審査しか観念していないといえる。すなわち、裁判官に特別な違憲審査権という権限を付与したというわけではないことを示しているように思われる。このような判示は、2 つの意味をもっているように思われる。第一に、この判示は 81 条に特別な意味を見出さないため、同条に特別な意味を見出す見解とは相容れない。第二に、違憲審査権について、あくまで裁判官の職務行使に付随するものとしてしか捉えられていないため、主観訴訟や客観訴訟と言った訴訟類型の区別を意識することなく論じていることである。つまり、最高裁は、戦後初期の時点から、違憲審査権を

主観訴訟に限定するという意識を有しておらず、あくまで法律解釈の前提として、その違憲性を判断するものと考えていたことになる。

(2) 警察予備隊違憲確認訴訟（最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁）

警察予備隊違憲確認訴訟において、原告は、自らの権利とは関係なく、警察予備隊の違憲性を主張して、警察予備隊の設置並びに維持に関する一切の行為の無効であることを確認することを請求した。

この請求に対して、最高裁は、以下のように判示した²¹⁷（下線は筆者による。）。

「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。…原告は憲法八一条を以て主張の根拠とするが、同条は最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有することを規定したものであり、従つて最高裁判所が固有の権限として抽象的な意味の違憲審査権を有すること並びにそれがこの種の事件について排他的なすなわち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない。……

なお最高裁判所が原告の主張するがごとき法律命令等の抽象的な無効宣言をなす権限を有するものとするならば、何人も違憲訴訟を最高裁判所に提起することにより法律命令等の効力を争うことが頻発し、かくして最高裁判所はすべての国権の上に位する機関たる観を呈し三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしないのである。

要するにわが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。」

最高裁は、引用した一段落目において、日本の違憲審査制について、「具体的な争訟事件が提起されることが必要」としている。この判示は、原告が最高裁判所は司法裁判所としての性格と抽象的違憲審査権を持つ憲法裁判所としての性格とを兼有しているという主張に対応している。後者のような抽象的違憲審査権を裁判所に付与していないことは、昭和 23

²¹⁷ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。覚道・前掲注 120) 68-79 頁、川添・前掲注 115) 194-195 頁、種谷・前掲注 115) 217-221 頁以下、池田政章「判批」ジュリスト 200 号 (1960 年) 118-119 頁、戸波江二「判解」法学セミナー増刊『憲法訴訟』(1983 年) 33-34 頁、尾吹善人『解説 憲法基本判例』(有斐閣、1986 年) 1-4 頁、村松勲「判批」小早川光郎=宇賀克也=交告尚史編『行政判例百選Ⅱ [第 5 版]』別冊ジュリスト 182 号 (2006 年) 302-303 頁、佐々木雅寿「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 6 版]』別冊ジュリスト 218 号 (2013 年) 412-413 頁、岸野薫「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 7 版]』別冊ジュリスト 246 号 (2019 年) 406-407 頁、斎藤千加子「判批」斎藤誠=山本隆司編『行政判例百選Ⅱ [第 8 版]』別冊ジュリスト 261 号 (2022 年) 286-287 頁、野坂・前掲注 162) 17-31 頁。

年最大判において既に示されていた。

そして、最高裁が考える抽象的違憲審査制とは「具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すとき権限」である。そのため、最高裁が考える抽象的違憲審査でない権限とは、「具体的な争訟事件が提起され」ることである。

加えて、最高裁は、なお書ではあるものの、抽象的違憲審査制を採用した場合の弊害として、「何人も違憲訴訟を最高裁判所に提起することにより法律命令等の効力を争うことが頻発し、かくして最高裁判所はすべての国権の上に位する機関たる観を呈し三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしないのである」と指摘する。この判示から、最高裁が抽象的違憲審査を有していないと考える理由は、権力分立における権力の不均衡を生じさせないためであることが分かる。

そして、学説上、争いが生じているのは、引用した第三段落の下線部であり、「裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」である。この判示については、2つの読み方ができ、法令を挙げたのはあくまで全く根拠がないことを示すのか、それとも法令上の根拠があれば抽象的に法令命令等の合憲性を争うことができると解しているのか、という点で争いが生じている²¹⁸。

この点について、昭和23年最大判と整合的にこの判決文を読むならば、最高裁は、「具体的事件を離れて」抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有しないと考えているだけであり、客観訴訟については何ら明言していない。つまり、最高裁は、客観訴訟の存在を明確に意識していたとは言い難く、主観訴訟が抽象的違憲審査と隣接し得る可能性は、なお留保されていたといえる。そこで、主観訴訟における付随的違憲審査の限界を以下で確認する。

2. 立法不作為の国家賠償請求訴訟

立法不作為の国家賠償請求訴訟については、抽象的違憲審査制を採用していない日本において許されないという反対論も強く論じられていた²¹⁹。尾吹善人は、立法不作為が違憲審査の対象となるとする説について、「特別なことを主張する割に十分な根拠づけがあるとはいえない」「抽象的違憲審査を前提としてのみ、西ドイツ流の立法不作為の「違憲確認訴訟」の可能性を口にすることができる」²²⁰という。これに対して、学説の多数は、立法不作為の国家賠償請求について、抽象的違憲審査でないとしてきた。多数説は、「公権力の行使」

²¹⁸ 小嶋・前掲注128) 12頁。

²¹⁹ 尾吹善人『日本憲法—学説と判例』(木鐸社、1990年) 156—157頁。従来の消極的見解が強かったとの認識について、市川正人「在外国民国民審査権訴訟違憲判決の意義と課題」法学セミナー813号(2022年) 43頁参照。

²²⁰ 尾吹・前掲注219) 156, 157頁、同様の指摘として、新正幸『憲法訴訟論[第2版]』(信山社、2010年) 311頁は、「立法権が権限と捉えられながら、そこから、何の理論的説明もないまま、法的様相を異にする、「立法をなすべき義務」が導出されているのが、特徴的である」といわれている。

に立法権の行使も含まれること²²¹、憲法規範により国会の立法義務が認められること²²²等を根拠として挙げる。

このような学説状況を踏まえたとえ、ここでは、判例における立法不作為の国家賠償請求訴訟の変遷を追うこととする²²³。

(1) 在宅投票制度廃止訴訟（最判昭和 60 年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁）

昭和 26 年 4 月の統一地方選挙において在宅投票制度が悪用されたため、国会は、公職選挙法（以下「公選法」という。）を改正して、在宅投票制度を廃止した。これに伴い、在宅でしか投票できない者は、投票することができなくなった。

そこで、原告（かつての在宅投票人に該当する有権者）は、在宅投票制度は在宅選挙人に対し投票の機会を保障するための憲法上必須の制度であり、これを廃止して復活しない本件立法行為は、在宅選挙人の選挙権の行使を妨げ、憲法 13 条、15 条 1 項 3 項、14 条 1 項、44 条、47 条、93 条に違反するもので、国会議員による違法な公権力の行使であり、上告人はそれが原因で 8 回の選挙において投票をすることができず、精神的損害を受けたとして、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1 条 1 項の規定に基づき、国に対して、損害賠償請求をした。

この請求に対して、最高裁は、以下のように判示した²²⁴（下線及び①②は筆者による。）。

「国家賠償法 1 条 1 項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民

²²¹ 有倉遼吉『公法における理念と現実』（有斐閣，1959 年）240 頁。

²²² 立法不作為の国家賠償請求訴訟については、生存権と選挙権を対象に議論が積み重なっている。大須賀明「憲法上の不作為 — 生存権条項に即して検討 —」早稲田法学 44 卷 1・2 号（1969 年）171 頁参照、野中俊彦「立法義務と違憲審査権」『芦部信喜先生還暦記念 憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣，1985 年）188 頁参照。

²²³ 阿部泰隆「国家賠償法(8)―違法性(4)」法学教室 81 号（1987 年）69―77 頁、中村睦男「立法の不作為に対する違憲審査」法学教室 138 号（1992 年）10―14 頁、中谷実「立法の不作為」ジュリスト 1037 号（1994 年）228―233 頁、井上典之「立法不作為からの救済」法学セミナー 631 号（2007 年）77―81 頁、岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査」-立正法学論集 45 卷 1 号（2011 年）31―98 頁、駒村圭吾「立法行為の違憲審査」『論点探究 憲法〔第 2 版〕』（弘文堂，2013 年）358―372 頁、土井真一「立法行為と国家賠償——2 つの最高裁判例を読む」法学教室 388 号（2013 年）91―101 頁、曾和俊文「国家賠償(2) 立法・私法活動と国家賠償」法学教室 417 号（2015 年）64―71 頁、曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法学教室 476 号（2020 年）54―61 頁。

²²⁴ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。尾吹・前掲注 217) 130―135 頁、中村睦男「判批」法学セミナー 375 号（1986 年）40 頁、棟居快行「判批」判例評論 330 号（判例時報 1194 号）202―206 頁、内野正幸「在宅投票制廃止を争う道はいずこに」法学セミナー 374 号（1986 年）20―23 頁、藤井俊夫「判批」『昭和 60 年度重要判例解説』ジュリスト臨増 862 号（1986 年）17―19 頁、釜田泰介「判批」法学教室 66 号（1986 年）82―83 頁、戸波江二「判解」判例セレクト' 86（1987 年）7 頁、長尾一紘「判批」芦部信喜＝高橋和之＝長谷部恭男編『憲法判例百選Ⅱ〔第 4 版〕』別冊ジュリスト 155 号（2000 年）426―427 頁、新正幸「判批」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選Ⅱ〔第 5 版〕』別冊ジュリスト 187 号（2007 年）438―439 頁、長谷部恭男「判批」宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第 6 版〕』別冊ジュリスト 212 号（2012 年）478―479 頁、大石和彦「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 7 版〕』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）414―415 頁参照。調査官による解説として、最判解民事篇昭和 60 年度〔泉徳治〕366―413 頁。

に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。したがって、①国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

「このように、国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであつて、その性質上法的規制の対象になじまないとし、法律の効力の判断と国会議員の行動の法的判断は分けられるべきとする。

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであつて、②国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

まず、立法不作為が国賠法1条1項の対象となるかについて、本件訴訟を担当した泉徳治（当時）調査官は「個人の重要な基本的人権が立法の不作為ないし不備によって実際に侵害されていることが明確となった場合には、積極的な違憲立法により個人の権利が侵害されている場合と変わりがない」ことを理由に「裁判所は当該立法不作為につき違憲審査を行うことができ」²²⁵るとしている。この解説から、判例上、立法不作為について、積極的に違憲立法がなされたことで権利が侵害されていることとパラレルに考えることで、国家賠償請求訴訟における違憲審査をすることを肯定していると見ることができる。

次に、泉は、調査官解説において、立法行為の違法性の判断基準について、「立法行為が国賠法上違法となるのは、違憲の立法をしたとき又は憲法上要求される立法をしないときに限られる」としたうえで、「違憲の立法をしたとき又は憲法上要求される立法をしないときに、それが直ちに国賠法上の違法な行為となるかどうかは問題である」とする。そして、「国賠法上の『違法性』は、公務員たる国会議員が国民に対する関係で行為規範に違反したかどうかにより評価すべき問題であり、立法過程における手落ち手抜かりの問題である」²²⁶とする。この点については、多くの論者が指摘する通り、立法内容の違憲性と国家賠償法上の違法性との二元的区別であり、後者については職務行為基準説を採用したものと見える²²⁷。

²²⁵ 泉・前掲注224) 377頁。

²²⁶ 泉・前掲注224) 377頁。

²²⁷ 阿部・前掲注223) 70-71頁。なお、阿部は、判検事・検察官の行為について、特別な根拠規範があるから、職務行為基準説が妥当するとし、「立法者については、そうした特別な根拠規範がなく、むしろ法律の制定・改廃により違憲状態を現出してはならず、違憲状態は可及的速やかに除去すべき行為規範があるのではないか」と論じている（同71頁）。

そして、泉は、「国会議員が立法を行うについて画一的な行為規範があるわけではなく、法律は多種多様な意見の対立の中から多数決原理によって形成されるものであって、立法行為の規範たるべき憲法自体の解釈について国会議員間に意見の相違があっても、何ら異とすべきではない」こと、「国会議員は、選挙を通じ政治的責任が問われるだけである」ことを理由として、「国会議員が国民に対して負うべき法的義務に違反したといえるためには、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うというような例外的場合でなければならないであろう」²²⁸と論じる。

本稿における関心上、最も重要なのは、本判決が立法不作為の国家賠償請求訴訟について積極的な立法行為による侵害と平行に考えていることと、立法行為と立法内容を明確に区別していることである。つまり、後者の点から考えるに、立法内容それ自体を争うというだけであれば、抽象的違憲審査と異ならないようにも思えるが、立法不作為という立法者の行為を析出して、これが権利を侵害しているといえることで、抽象的違憲審査とは異なることを明確にする。もともと、昭和60年最判においては、要件を厳格に解しすぎ、このような「権利侵害」という点が判決文において明確に出されることはなかった。この点は平成17年最大判が明確化したといえるため、後述する。

この在宅投票制度廃止訴訟最高裁判決について、戸波江二は、「一見すると説得的にみえる」としたうえで「しかし、問題点も少なくない」²²⁹として、3つの疑問点を提示する。

第一に「法律内容の違憲性と立法行為の違法性とは確かに区別され得るが、しかし、国賠法上の違法の評価という点で、判決の強調するほどに法律と立法行為とに差異があるかどうか、きわめて疑わしいことである」とする。続けて、「違憲の法律の執行によって損害が生じた場合に、法律の違憲性の認定のみで実際には賠償請求は容認され得るとすれば、それでは、立法行為によって損害が生じた場合には、なぜ立法行為の政治性が強調され、違憲立法の制定行為が違法と評価されなくなるのか、その理由が不明である」²³⁰とする。第二に、「立法行為に政治的性格があるとしても、だからといって、立法行為が政治的責任を負うにとどまると説くのは論理の飛躍であり、立法行為であっても法的評価に服すべきである」²³¹とする。第三に、「判決のように立法行為を国家賠償で争う途を狭めると、それに対応して違憲審査が歪められるという重大な問題が生ずる」²³²とする。

²²⁸ 泉・前掲注224) 377-378頁。

²²⁹ 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第1巻』(有斐閣, 1987年) 381頁。

²³⁰ 戸波・前掲注229) 381-382頁。

²³¹ 戸波・前掲注229) 382頁。なお、阿部も、「国会議員は憲法の枠を超えてはならない法的義務を負うのであって、政治的な責任にとどまるのはその枠内の行動にかぎるのではないか」と論じており、同趣旨のように思われる(阿部・前掲注227) 71頁)。

²³² 戸波・前掲注229) 382-383頁。戸松秀典は、在宅投票制度廃止訴訟の最高裁判決について「憲法の一義的な文言に違反しているような例外的な状態が考えられない」ことから、「立法の不作為に対する司法審査の可能性は、ほとんどない」としている(戸松・前掲注4) 156頁)。この間口を広げる解釈論として、中村・前掲注223) 14頁。

これらの戸波の指摘は非常に示唆的である²³³。しかし、第一の点については、法律と立法行為とを分けなければ、抽象的違憲審査と付随的違憲審査との違いがいよいよ不明確になるといえるだろう。それらの区別を維持するため、法律と立法行為とは切り分けなければならないだろう。これは、裁判所として立法行為を審査する訴訟がない日本において、国家賠償請求訴訟という訴訟類型に落とし込む一つの方策として有用であったといえる。

戸波の批判の第二の点は、泉が立法行為について、主に個々人の国会議員を念頭においていることから、政治的責任を強調しすぎていることに向けられる。この点については、野中も、本判決に対して、議員の活動が政治的活動であることを肯定しつつ、「議員の活動の総体としての国会の立法活動は憲法上の制約に服しているものであり、その違法を問題とする余地は依然として残っているのではなかろうか」²³⁴と指摘している。特に、立法は、国会議員1人でなされるものではないことから、そもそも、国会議員の活動を切り出すことにどれほど意義があるかという、訴訟要件の文言に一致すること以上の意義は見いだせない。むしろ、法律によって権利が侵害されている場合には、国会による活動を切り出すほかにはないだろう。

このことは昭和60年最判が定立した実体要件において既に明示的に現れている。昭和60年最判は「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合……」（下線は筆者による。）と判示する。これは、「国会議員の立法行為は」という主語で始まっているにもかかわらず、「国会が」立法を行うと示している。つまり、結局は、個々人の国会議員の立法行為ではなく、国会の立法行為を問題としているのである²³⁵。文言との整合性を図るのであれば、抽象的な意味での国会議員の立法行為を問題としてと解することができる。

戸波の批判の第三の矛先は、基本的には、立法不作為の国家賠償請求訴訟の要件が著しく絞られた点にある。この点については、後に黙示的にではあるが、判例変更がなされているため、大きな改善があったといえるだろう。

²³³ さらに、戸波は、かつてから指摘されていた立法行為に対する国賠請求のメリットとして、訴訟上の難点が少ないこと、法律の改廃を求めることなく立法府との摩擦が少ないこと、権利保護の途を確保する訴訟形態であることをあげ、デメリットとして、本来の国賠訴訟の目的から外れていること、金銭賠償では感情的に納得しがたいものがあることを挙げる。そして、これらを考慮したうえで、「立法行為に対する国家賠償訴訟のあり方を考えるならば、①特定の範囲の国民について特別の損害が生じている場合には、国家賠償請求が本来の機能を果たす場面であるから、通常の状態と同様に処理し、②損害が一般的であるなど、特別の事情が認められるときには、適宜、賠償額を低くおさえるなどして弾力的に対処しつつ、③訴訟の実質的な目的が法律の違憲性を争うものであれば、直截にそれを争う訴訟類型を認めていく、という方向が妥当である」とする（戸波・前掲注229）383頁）。

²³⁴ 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣、1995年）116頁。

²³⁵ 同様の指摘として、野中・前掲注234）116頁。岩切・前掲注223）56頁。鶴澤剛「天津地判平成19年8月23日判批」自治研究86巻7号（2010年）138頁も、異なる訴訟の判批においてであるが、「本件における加害行為はいうまでもなく立法行為（不作為）であるが、これは個々の国会議員の行為ではなく、国会議員が構成員であるところの合議体としての国会の行為である」とし、「このような行為を行う際の「職務上の法的義務」もまた、個々の国会議員ではなく、合議体としての国会全体を単位として考えるべきではないか」と指摘する。

(2) 在外邦人選挙権規定違憲訴訟(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁)

本件訴訟は、原告が在外国民の国政選挙における選挙権の行使を制限する公職選挙法の規定は、憲法14条、15条1項及び3項、22条2項、43条、44条等に違反すると主張して、同規定を改正しない国会の立法不作為に基づく国家賠償請求をしたものである。

最高裁は、最判昭和60年の①についてそのまま維持したうえで、以下のように判示した²³⁶(下線は筆者による)。

「しかしながら、……立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

このように平成17年最大判は、昭和60年最判における①を維持したうえで、②については著しく緩和する判示をした。前述のとおり、昭和60年最判においては、立法不作為が違法となる余地がほとんどない²³⁷と思われる要件を定立し、司法府による立法府への介入をほとんど認めない形となっていた。

これに対して、平成17年最大判は、②要件について、上記下線部の如く、著しく緩和している。これは、明らかに、立法行為について「権利侵害」を觀念しうることを要求しており、この「権利侵害」が「明白」であることを要求している。この「明白」性の要求は、法律が国民の権利を侵害しているとしても、第一次的には国会が法律を改正すること等により是正すべき問題であり、それが明白であるにもかかわらず立法しなかった場合や改正しない場合には、司法府が介入すべき余地があることに基づくものといえる。

²³⁶ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。新井誠「判批」法学セミナー612号(2005年)74-77頁、野中俊彦「在外選挙制一部違憲判決の意義と問題点」ジュリスト1303号(2005年)18-24頁、長谷部恭男=田中宗孝=小幡純子「〔鼎談〕在外邦人選挙権大法院判決をめぐって」ジュリスト1303号(2005年)2-17頁、米沢広一「判批」『平成17年度重要判例解説』ジュリスト臨増1313号(2006年)7-8頁、木村琢磨「判批」『平成17年度重要判例解説』ジュリスト臨増1313号(2006年)50-52頁、山崎栄一郎「判批」法律のひろば2006年2月号(2006年)63-69頁、只野雅人「判解」判例セレクト2005(2006年)6頁、村田尚紀「判批」法学論集(関西大学)55巻6号(2006年)135-159頁、古田啓昌「判批」法学セミナー615号(2006年)30-34頁、下山憲治「判解」法学セミナー614号(2006年)121頁、赤坂正浩「判批」判例評論572号(判例時報1937号)171-178頁、木村草太「判批」法学協会雑誌124巻6号1490-1512頁、野坂・前掲注162)325-350頁、毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト1号(2012年)81-89頁、喜田村洋一「在外邦人選挙権訴訟最高裁判決」論究ジュリスト17号(2016年)86-92頁、山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考——その意義と射程」論究ジュリスト29号(2019年)14-20頁、野坂泰司「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第7版〕』別冊ジュリスト246号(2019年)318-319頁、朝田とも子「判批」斎藤誠=山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第8版〕』別冊ジュリスト261号(2022年)452-453頁。調査官による解説として、最判解民事篇平成17年度(下)[杉原則彦]603-680頁。

²³⁷ 野中・前掲注234)119頁参照。

この②要件は、再婚禁止期間違憲訴訟においてさらに緩和されるため、同訴訟を概観した後、立法不作為に基づく国家賠償請求が抽象的違憲審査に類する訴訟類型とならないかについて検討する。

(3) 再婚禁止期間違憲訴訟(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁)

本件訴訟は、原告(上告人)が、女性について6箇月の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定は憲法14条1項及び24条2項に違反すると主張し、本件規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に、被上告人に対し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めた事案である。

最高裁は、昭和60年最判の①を維持したうえで、以下のように判示した²³⁸(下線は筆者による)。

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものと、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」

まず、この判決の注目すべき点は、立法不作為について、積極的な立法が必要であるにもかかわらず立法をしなかったいわゆる「絶対的立法不作為」の事案であることではなく、違憲な立法がなされ、その改正をしなかったという「相対的立法不作為」の事案である²³⁹。平成17年最大判で言うところの「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」であるか否かが問題となっている。そして、上記判決の下線部の通り、平成17年最大判が「憲法上保障されている権利」としていたところを平成27年最大判は、「憲法上保障され又は保護されている権利利益」と変更した。この点について、再婚禁止期間規定違憲訴訟を担当した調査官によると、「国家賠償法上違法となり得るのは、選挙権のような明確に人権とされる権利の侵

²³⁸ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。巻美矢紀「憲法と家族——家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」論究ジュリスト18号(2016年)86-95頁、宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果—最大判平成27年12月16日を契機に」法の支配183号(2016年)84-93頁、神橋一彦「判解」法学教室430号(2016年)133頁、笹田栄司「判解」法学教室430号(2016年)125頁、木下智史「判批」『平成28年度重要判例解説』ジュリスト臨増1505号(2017年)18-20頁、二本柳孝信「婚姻の自由と制度」論究ジュリスト29号(2019年)58-64頁、糖塚康江「判批」長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編『憲法判例百選I [第7版]』別冊ジュリスト245号(2019年)64-65頁。調査官による解説として、最判解民事篇平成27年度[加本牧子]642-707頁。

²³⁹ 戸波・前掲注229)362頁を参照した。同頁によると、立法不作為を「絶対的立法の不作為」と「相対的立法の不作為」の2類型に分けることができる。絶対的立法の不作為とは、「いわば本来の意味における立法の不作為であり、明示的な立法義務に違反して、立法府が立法を怠るというものであって、そこでは、立法がなされないこと自体が直接問題となる。」これに対して、相対的立法の不作為とは「いわば派生的ないし付随的な立法の不作為であり、ある立法がなされた後に、当該立法の内容・手続・範囲等に不備・不公正があり、そこに立法の不作為が見出される場合」である。

害のみならず、憲法上保護される利益が合理的な理由なく制約される場合も含まれるはずであるという理解に基づくもの²⁴⁰」としており、対象となる権利の射程が憲法上保護されている利益にまで広がっている²⁴¹。

なお、この訴訟における最高裁の判断でもう一つ特徴的なものは、民法 733 条 1 項の違憲性について先に判断したうえで、国賠法上の違法はないとした点にある。このような判断が可能であれば、付随的違憲審査としての訴訟要件を判断せずに法律の違憲性を判断できることとなり、抽象的違憲審査に接近する審査手法になり得る。しかし、国家賠償法の上の「違法」の要件についての上記規範を参照するに、明らかに法律の違憲性が前提となっていると思われる。つまり、もし、上記審査手法に問題があると考えれば、裁判所が法律の違憲性を認識したとしても、国家賠償法上「違法」に当たらないと考えたら、法律の違憲性を表明してはならないのか、という問題を提起することとなる。この点については、この訴訟を担当した加本調査官も明確に「国家賠償責任が否定される場合に前提問題として憲法判断を行うか否かについて、常に憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行するものであるところ、合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられているという立場に立ったものと解されよう」²⁴²としている。本稿でも、この点については、裁判所の裁量の問題として一旦は理解しておく。そして、この問題は、本稿の主な関心事である司法審査の範囲と趣を異にする²⁴³ため、これ以上の考察は控えることとする。

(4) 小括

以上の分析から以下のことが分かる。

第一に、最高裁は、立法不作為の国家賠償請求訴訟において、立法行為の違法性と立法内容の違憲性を明確に区別している。この区別により、最高裁は法律の違憲性を問題とすることがあり得るのは、あくまで行為とセットで問題となり得ることとしている。

第二に、立法不作為の問題として取上げることができるのは、積極的な立法が必要な場合に立法措置が講じられない場合（絶対的立法不作為）だけでなく、積極的に立法府が違憲な立法をした場合（相対的立法不作為）も含まれることが明確となっている。前者の場合、憲法上、立法府に立法義務が課されていると観念することができれば、立法行為がないと権利の侵害があるといえ、立法不作為があるといえる。これに対して、後者の場合、違憲な法律を制定した立法行為が存在するところ、この制定行為自体を問題とするのか、それとも制定された法律を改廃しないことが問題となるのかという 2 つの方向性があると考えられる。

²⁴⁰ 加本・前掲注 238) 694 頁。

²⁴¹ 千葉勝美補足意見によると、本件における判示は、在外邦人選挙権違憲訴訟の基準を変更するものではない。

²⁴² 加本・前掲注 238) 696 頁。

²⁴³ 平成 27 年最大判により生じたこの問題は、法律の違憲性の「表明」が裁判所の裁量か否かが問題となっているのであり、法律の違憲性の「審査の範囲」を対象とする本稿からは、深入りすべきでないと考えられる。

この点について、平成 27 年最大判は、法律を改廃しないことを問題として取上げた。これは、あくまで、特定の法律制定行為をそのまま狙い撃ちした訴訟ではないことを示している。つまり、法律の制定行為を対象としないことで、法律を制定すること自体は、立法府の第一次的な役割であると尊重して、制定された違憲な法律を改廃しない行為を審査対象とし、司法府による立法府の権限への過剰な介入とならないように配慮がなされている。

この法律の違憲性が行為とセットであり、かつ、セットとなる行為がどちらも不作為（制定しないこと及び改廃しないこと）であることで、抽象的違憲審査との距離を取っているといえる。

第三に、さらに指摘しておかなければならないのは、判例が対象とすることができる立法行為は、権利侵害性を伴っていることである。これは、平成 17 年最大判を見れば明らかである。平成 17 年最大判によると、立法不作為が国家賠償法上違法となるのは、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」である。この判示から明らかのように、あくまで立法不作為の国家賠償請求訴訟において問題とされるのは、憲法上の権利が問題となっている場合に限られる。

3. 実質的当事者訴訟における違法確認訴訟

実質的当事者訴訟における確認訴訟は、平成 16 年行政事件訴訟法改正において、確認の訴えとして明文化された訴訟類型であるが、従前から判例上認められてきた訴訟類型である²⁴⁴。そのため、あえて明文化されたのは、実質的当事者訴訟を弾力的に運用することを模索する立法者の意思の表れであると解することができる。

そして、上記改正を受けて、在外邦人選挙権制限規定違憲訴訟を皮切りに、実務上弾力的な運用がなされ、現在に至るまで実質的当事者訴訟が活発化しているといっても過言ではないであろう。

そのような判例として、在外邦人選挙権規定違憲訴訟と在外邦人国民審査権違憲訴訟を取上げる。

（1） 在外邦人選挙権規定違憲訴訟（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁、以下「平成 17 年最大判」という。）

本件訴訟においては、在外国民である原告らが国に対し、在外国民であることを理由として選挙権の行使の機会を保障しないことは、憲法 14 条 1 項、15 条 1 項及び 3 項、43 条並びに 44 条並びに市民的及び政治的権利に関する国際規約 25 条に違反すると主張して、主位的に、①改正前公選法は、同上告人らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙

²⁴⁴ 薬事法許可制改正事件判決（最大判昭和 41 年 7 月 20 日民集 20 卷 6 号 1217 頁）等。

における選挙権の行使を認めていない点において、違法であることの確認、並びに②改正後公選法は、同上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において、違法であることの確認を求めるとともに、予備的に、③同上告人らが衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を請求している。

まず、最高裁は、①について、「過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である」と判示した。

次に、②については、「他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては……予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるといえることができるから、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない」と判示している。

そして、③については、「在外国民である……上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えである」と解釈した。

そして、確認の利益について、「選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである」として、確認の利益を肯定している。

結論として、「在外国民である同上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えといえることができる」と判示した。

その上で、「在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反するもので無効であって……上告人らは、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあるというべきであるから、本件の予備的確認請求は理由があり、更に弁論をするまでもなく、これを認容すべきものである」と判示した²⁴⁵。

²⁴⁵ 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣，2012年）484—504頁、山田洋「実質的当事者訴訟の復権？」論究ジュリスト3号（2012年）109—116頁。前掲注224以外には、越智敏裕「判批」斎藤誠

この訴訟を受けて、山本隆司は、「法令の違法性を主張する確認訴訟においては、積極的確認を求められない場合が多いように思われる」と指摘し、「法令の違法性を主張する確認訴訟においては、「法令の規定が違法であり、それによって原告の法的地位が侵害されていること」言い換えれば、……「原告の法的地位を侵害する点で法令の規定が違法であること」という消極的確認の方が、むしろ原則形態とも考えられる²⁴⁶」とする。その理由として、山本は、「こうした消極的確認は、権力分立原理によく適合する」こと、「こうした消極的確認を認めなければ、立法機関の裁量を裁判所が合憲性の観点から実効的に制御できないおそれがある」²⁴⁷ことをあげる。

このように平成17年最大判は、③の地位確認の訴えと②の違法確認の訴えの両者について受理したものの、③を認容し、②を確認の利益がないとして却下した。もっとも、山本が指摘する通り、②の訴えについて、その活用の可能性は残されていた。そして、その最初の事例となったのが次にみる在外邦人国民審査権違憲訴訟である。

(2) 在外邦人国民審査権違憲訴訟²⁴⁸ (最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁、以下「令和4年最大判」という。)

まず、本件訴訟は以下のような事案であった。在外国民である原告は、国に対し、主位的に、①次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求め(以下、この請求に係る訴えを「本件地位確認の訴え」という。)、予備的に、②国が原告X1に対して国外に住所を有することをもって次回の国民審査において審査権の行使

＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ [第8版]』別冊ジュリスト261号(2022年)416-417頁。

²⁴⁶ 山本・前掲注245)494-495頁。

²⁴⁷ 山本・前掲注245)495頁。

²⁴⁸ 本判決については、市川・前掲注219)40-45頁、興津征雄「立法不作為の救済手段としての確認訴訟」ジュリスト1576号(2022年)112-117頁(興津①)、渡辺暁彦「判批」新・判例解説ウォッチ31号(2022年)43-46頁、高田倫子「判批」法学セミナー811号(2022年)120-121頁、木下昌彦「判批」法律時報94巻9号(2022年)4-6頁、山崎友也「判批」法学教室506号(2022年)54-59頁(山崎①)、吉田京子「憲法訴訟のために実務家と研究者にできること」法律時報94巻10号(2022年)118-123頁、想田和弘「最高裁判事国民調査 在外邦人が投票できないのは「違憲」——最高裁大法廷判決の原告の一人として思うこと」法と民主主義(2022年)32-33頁、春日修「判批」『令和4年度重要判例解説』ジュリスト臨増1583号(2023年)51-52頁、篠原永明「判批」『令和4年度重要判例解説』ジュリスト臨増1583号(2023年)16-17頁。調査官による解説として、大竹敬人「判解」ジュリスト1577号(2022年)116-122頁。東京高判令和2年6月25日判時2460号37頁(本件第二審)について、興津征雄「判批」法律時報92巻10号(2020年)4-6頁(興津②)、巽智彦「判批」判例時報2487号(2021年)120-125頁、松本哲治「憲法訴訟における救済の新局面」(大石眞先生古稀記念論文集)曾我部真裕＝赤坂幸一＝櫻井智章＝井上武史編『憲法秩序の新構想』(三省堂、2021年)157-176頁、佐々木雅寿「判解」『令和2年度重要判例解説』ジュリスト臨増1557号(2020年)20-21頁、巻美矢紀「判解」法学教室483号(2020年)163頁、内野広大「判批」新・判例解説ウォッチ28号(2021年)15-18頁参照。東京地判令和元年5月28日判時2420号35頁(本件第一審)について、渋谷秀樹「判批」ジュリスト1538号(2019年)58-63頁、高橋雅人「判解」『令和元年度重要判例解説』ジュリスト臨増1544号(2019年)28-29頁、笹田栄司「判解」法学教室469号(2019年)135頁、新井誠「在外国民による最高裁判所裁判官国民審査権の行使を認めていないことの合憲性——東京地裁令和元年5月28日判決の検討——」広島法科大学院論集16号(2020年)271-282頁、山崎友也「判批」判例時報2448号(2020年)144-149頁(山崎②)、大石和彦「判批」新・判例解説ウォッチ26号(2020年)31-34頁参照。

をさせないことが憲法 15 条 1 項、79 条 2 項、3 項等に違反して違法であることの確認を求めている（以下、この請求に係る訴えを「本件違法確認の訴え」という。）²⁴⁹。

最高裁は、まず、①本件地位確認の訴えについて、原審が確認対象として適切でないとして却下したものをあえて覆し、請求棄却の判断を示した。理由として、「国民審査法 4 条、8 条により在外国民に審査権の行使が認められていると解することはできないのであるから、上記各規定の解釈に基づいて、第 1 審原告 X1 が次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあるとする原告 X1 の主張を採用することはできない」とした。

次に、最高裁は、②本件違法確認の訴えについて以下のように判示して、請求自体が適法であると判断した。

まず、憲法 79 条 2 項ないし 4 項を参照したうえで、「国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかである。そのため、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことによって、在外国民につき、具体的な国民審査の機会に審査権を行使することができないという事態が生ずる場合には、そのことをもって、個々の在外国民が有する憲法上の権利に係る法的地位に現実の危険が生じている」として、即時確定の利益を肯定している。

次に「審査権は、選挙権と同様に、国民主権の原理に基づくものであり、具体的な国民審査の機会にこれを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものである」と判示して、確認対象として適切であると判示している。

そして、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことが違憲であることを理由として、国が個々の在外国民に対して次回の国民審査の機会に審査権の行使をさせないことが違法であると主張され、この点につき争いがある場合に、その違法であることを確認する判決が確定したときには、国会において、裁判所がした上記の違憲である旨の判断が尊重されるものと解されること（憲法 81 条、99 条参照）も踏まえると、当該確認判決を求める訴えは、上記の争いを解決するために有効適切な手段であると認められる」と判示して、方法選択の適否を肯定している。

さらに、権力分立上の疑義について、「このように解しても、上記のとおり、国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかであること等に照らすと、国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難いところである」と判示した。その上で結論として、「現に在外国民である第 1 審原告 X1 に係る本件違法確認の訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法である」と判示した。

その上で、最高裁は、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは違憲であるから、第 1 審被告が第 1 審原告 X1 に対して国外に住所を有することをもつ

²⁴⁹ 本件訴訟では立法不作為の国家賠償請求訴訟も争われていたが、本稿においては実質的当事者訴訟に焦点を合わせるため、扱わないこととする。

て次回の国民審査において審査権を行使させないことは違法である。そうすると、本件違法確認の訴えに係る請求は理由があり、これを認容すべきものである。」

本件訴訟は、2つの実質的当事者訴訟が提起された。両方の訴えについて、確認の利益が肯定されたものの、①本件地位確認の訴えは請求棄却となり、②本件違法確認の訴えは認容された。この結論に至る最高裁の思考過程を検討する。

最高裁は、①本件地位確認の訴えを優先的に検討している。これは、地位確認の訴えを認容することができるのであれば、これを認容すべきと考えていたことが読み取れる。そして、最高裁は、①本件地位確認の訴えを認容できるか検討したものの、国民審査法が在外邦人の国民審査権について認めていないため、次回の国民審査において審査権を有する地位にあるとはいえない、と判断した。この判断は、あくまで国民審査法の枠内でのみ判断がなされ、国民審査法の違憲性を直ちに問題としていないことが分かる。

これに対して、②本件違法確認の訴えは、次回の国民審査において国民審査権を行使させないことが違法（違憲）であることの確認が求められている。地位確認の訴えを認めることができなかった最高裁は、違法確認の訴えに進んでいるところ、②本件違法確認の訴えにおいては、国民審査法が在外邦人に対して審査権を認めていないことの違法（違憲）が争われ、この点について判断がなされている。つまり、違法確認の訴えにおいては、法律の違憲性が問題となっている。

（3） 在外邦人選挙権違憲訴訟と在外邦人国民審査権違憲訴訟の比較

以上の訴訟について簡単に比較検討を行う。平成17年最大判においては、第1審原告らの選挙権の行使をすることができる地位が積極的に確認されたのに対し、令和4年最大判においては、国民審査法が審査権を認めていないことの違法（違憲）が確認された。両訴訟の違いは、在外邦人の選挙権においては、比例代表について選挙権が認められていたのに対し、国民審査については、いかなる制度もなかったことにある。この違いを前提に、地位確認の訴えと違法確認の訴えの射程について、検討したい。

まず注目すべきは、令和4年最大判において、地位確認の訴えをあえて訴訟として受理したうえで、これを棄却している点である。

この点については、宇賀克也最高裁判事の補足意見が参考になる。宇賀判事は、平成17年最大判との整合性について、平成17年最大判は、違法確認の訴えも「法律上の争訟であり、他のより適切な訴えによってその目的を達成することができない場合には、確認の利益が認められるが、当該事件では、地位確認の訴えの方がより適切な訴えであるので、確認の利益が否定されるという趣旨と解するのが自然と思われる」と述べている。

そして、宇賀判事は、以下のように述べている。

「地位確認の訴えに係る請求を認容することができず、他に適切な救済方法がない本件において、違法確認の訴えに係る確認の利益を認めるという解釈は、平成17年大法廷判決の趣旨にも適合していると考えられる。そして、在外国民が国民審査に参加する権利のように立法措置が全くとられていないという全面的な立法不作為と、平成17年大法廷判

決当時の在外国民が国政選挙に参加する権利の一部を行使することができないという部分的な立法不作為を比較すれば、前者の方が、立法不作為による権利侵害の程度がより大きいにもかかわらず、後者については、積極的な地位確認の訴えにより救済が図られるのに対して、前者については、権力分立の観点からはより謙抑的な違法確認の訴えを認めないことは、均衡を欠くように思われる。」

宇賀判事の補足意見によると、立法措置が全くとられていない場合（国民審査）と立法措置が一部でもとられている場合（選挙権）との不利益は、前者の方が大きく、前者を救済する措置として、「権力分立の観点からはより謙抑的な違法確認の訴えを認めないことは、均衡を欠く」から、違法確認の訴えを認めるべきとの考え方が示されている。そうであれば、一部でも立法措置が採られていれば、地位確認の訴えを受理できるが、全く立法措置が採られていない場合は、地位確認の訴えは却下せざるをえず、違法確認の訴えが受理されることになる。つまり、憲法上の権利が法律上一部でも具体化されていれば地位確認の訴えが受理され、全く法律上具体化されていなければ、違法確認の訴えで争われるということである²⁵⁰。

このような思考過程の論拠としては、前述した当事者訴訟の構造と山本の考え方²⁵¹が参考になる²⁵²。まず、当事者訴訟とは、法律関係を対象とした訴訟であり、かつ確認の訴えという給付訴訟とは異なる特質から、原則的には積極的確認が求められる。そのため、憲法上の権利については、その地位の積極的な確認を行うことで憲法から一義的に特定の地位を積極的に確認することは、本来憲法から法律を具体化することを求められている国会の立法権を裁判所が代わりに行うこととなってしまう。そのような手法は、権力分立の見地から大きな問題が生じる。これに対して、憲法上の権利について法律上その地位が具体化されている場合、当該地位について立法府による具体化はなされている。そのため、裁判所としては、憲法上の権利が法律上具体化されている場合には、その地位の積極的確認を行うことができる。そして、地位の積極的確認と地位がないことが違法であることの消極的確認とは、宇賀判事も指摘する通り、地位の積極的確認の方が当事者の救済となるといえる。そのため、憲法上の権利が問題となった場合には、まず、地位の積極的確認の審査が先に行われ、地位が積極的に確認できない場合に、法律上地位がないことが違法であることを消極的に確認する。このような審査手法は、権力分立における司法府による立法府への配慮の所産であるといえる²⁵³。

²⁵⁰ 渡辺・前掲注 248) 45 頁、高田・前掲注 248) 121 頁、山崎①・前掲注 248) 58 頁参照。このような違法確認を優先させる手法に対して疑義を投げかけるものとして、村西良太「公法上の確認訴訟の要件と「憲法訴訟」の隘路——立法の違憲確認訴訟をめぐる若干の考察」行政法研究 49 号（2023 年）312—314 頁参照。

²⁵¹ 山本・前掲注 245) 495 頁。

²⁵² 同旨として、山崎②・前掲注 248) 147 頁参照。

²⁵³ ただし、宇賀判事の補足意見に疑問がないわけではない。宇賀判事は、全面的立法不作為と部分的立法不作為との権利侵害の程度を比較したうえで、権利侵害が小さい部分的立法不作為に権利救済手段を認め、権利侵害が大きい全面的立法不作為に、権力分立の観点からより謙抑的な違法確認の訴えを認めないことに疑義を呈している。しかし、権利侵害の程度の論点と権力分立の論点とを混ぜるべきではないよう

4. 主観訴訟における違憲審査の限界について

立法不作為の国家賠償請求訴訟と実質的当事者訴訟は、両訴訟ともに主観訴訟として位置づけられている。もっとも、両訴訟は、前者が行為訴訟であるのに対し、後者は権利訴訟（法律関係訴訟）である。このような訴訟類型上の違いがあるものの、両訴訟が抽象的違憲審査とは異なると考えられる根拠について、以下2点指摘する。

第一に、立法不作為の国家賠償請求訴訟において、司法府は、（広義の）立法行為を審査対象としているが、その際には、立法されるべき法律が制定されていないこと、あるいは、改廃すべき法律を改廃しないことを問題とすることで、法律制定行為自体、つまり立法府の法創造作用を侵害しないように配慮がなされている。実質的当事者訴訟においては、憲法上の権利について地位の積極的確認を求めるという形式は、「具体的な地位にあること」の確認を求めるとなる。このような訴訟類型において、仮に法律により具体化されていない地位を裁判所が確認してしまうと、立法府の法創造作用を侵害することになりかねない。そこで、裁判所は、あくまで法律により憲法上の権利が具体化されていないのであれば、権利を具体化していないこと自体を問題とする必要がある。このようにすることで、権力分立上の問題を回避している。

第二に、立法不作為の国家賠償請求訴訟において問題となったように、訴訟として認めるためには立法不作為について権利侵害性があることが必要である。このことは、実質的当事者訴訟においても、前提となっている。実質的当事者訴訟は、権利関係訴訟であり、権利義務の存否を争う点で、権利侵害性を伴う訴訟である。

もっとも、第一の点について、立法制定行為自体を審査対象としていないものの、立法をしないこと又は法律を改廃しないことという、立法権限に含まれる行為を審査していることに変わりがない。

では、判例は、立法行為自体ではなく、立法不作為であれば、司法審査の対象とすることができると考えている理由はどこにあるのであろうか。ここで注目すべきは、警察予備隊違憲確認訴訟において、抽象的違憲審査を採用しない理由として挙げられていた権力分立の要請である。つまり、司法権を司る裁判所は、立法権を侵害してはならないということである。もっとも、権力分立の要請は、それぞれの権力について相互不可侵を保障するものではなく、互いの権力の核心を侵害しなければ、互いに抑制と均衡を図ることができるものである。そうであれば、立法不作為について司法審査を及ぼすことは、立法不作為が立法権の核心でないと考えることができる場合のみに可能となる。つまり、裁判所は、立法不作為については、立法権の核心と捉えていないといえるのであり、立法権の核心となる部分を狭く捉えているように感じられる。このような考え方は警察予備隊違憲確認訴訟においては顕在

に思われる。ここでの論点は、憲法上の権利を審査対象としなければならないところ、立法府が既に具体化していればこれを借用し、具体化していなければ、消極的に違法確認をするという権力分立上の配慮のみである。つまり、全面的立法不作為であろうと、部分的立法不作為であろうと、権利が侵害されていることに変わりがない以上、権利侵害の程度がどちらの方が大きいと割り切れないというべきである。

化していなかったように思われ、その後の立法不作為の国家賠償請求訴訟の確立により見えてきた裁判所の姿勢である。

このような姿勢の背後にある法理論を探究するにあたっては、この訴訟の議論の素地を提供した昭和 60 年最判の調査官であった泉の見解が参考になる。泉は「個人の重要な基本的人権が立法の不作為ないし不備によって実際に侵害されていることが明確となった場合には、積極的な違憲立法により個人の権利が侵害されている場合と変わりがない」ことを理由に「裁判所は当該立法不作為につき違憲審査を行うことができ」²⁵⁴としている。つまり、泉は、憲法上の権利侵害さえあれば、違憲審査が可能であると考えているといえる。

権力分立は、各国家機関がどのように権限を分配され、行使していくかという問題である。これに対して、憲法上の権利は、国民個人に帰属し、その実現過程は、権利ごとに異なる。つまり、権力分立という憲法上の要請だけからでは、国民の権利を保護するという司法府に課された憲法上の要請を満たすことができない。それは、権力分立と憲法上の権利の両者が属する次元が異なる点に起因する。言い換えれば、憲法上の権利は、国民各自に帰属し、その侵害態様は一樣ではあり得ず、権力分立という要請のみから、司法権の範囲を限定していくと、本来的に果たさねばならない憲法上の権利の保護という使命を裁判所が果たすことができなくなる。そして、権力分立は「国家権力が単一の国家機関に集中すると、権力が乱用され、国民の権利・自由が侵されるおそれがあるので、国家の作用を性質に応じて立法・行政・司法というように『区別』し、それを異なる機関に担当させるよう『分離』し、相互に『抑制と均衡』を果たさせる制度であり、そのねらいは、国民の権利・自由を守ることにある」²⁵⁵と説明される。つまり、権力分立の本来のねらいは国民の権利・自由を守ることにある以上、国民の権利を守るためには、権力分立が多少矮小化されることも受け入れることができる原理であるといえる。そうであれば、裁判所が立法権の核心を狭く解しているのは、国民の権利を保護するという司法権に課された要請を全うするためであるといえる。

IV 客観訴訟における違憲審査の限界

ここで取上げるのは、なぜ客観訴訟の形態における違憲審査が可能なのかという問題である。本稿 I において論じた問題の所在との関係で整理すると、前章が抽象的違憲審査と主観訴訟の区別を論じ、つまり、抽象的違憲審査と付随的違憲審査の区別を論じるものであったところ、本章では、客観訴訟について、主観訴訟との同質性があるのか、抽象的違憲審査との違いは何かという問題を論じる。

判例上、違憲審査の主な舞台は、政教分離をめぐる争われる住民訴訟であり、本稿でも住民訴訟を主な検討素材とする。ただし、政教分離について争うこと自体を主観訴訟と

²⁵⁴ 泉・前掲注 225) 377 頁。

²⁵⁵ 芦部・前掲注 7) 297 頁。

して構成することができないことを示すため、まずは、内閣総理大臣による靖国神社参拝訴訟を扱い、その後、住民訴訟の検討に移っていく。

1. 政教分離訴訟

まず、内閣総理大臣による靖国神社参拝が違憲であるとして、国家賠償請求訴訟が提起された。事案として、原告らは、小泉純一郎（行為当時首相）による靖国神社の参拝行為について、政教分離原則（20条3項）に違反するものであり、「戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受け入れるか否かを含め、戦没者をどのように回顧し祭祀するかしないかに関して（公権力からの圧迫、干渉を受けずに）自ら決定し、行う権利ないし利益」が害され、精神的苦痛を受けたと主張して、国に対して国家賠償法1条1項に基づいて、損害賠償請求をした。かかる請求に対して、最高裁（最判平成18年6月23日判時1940号122頁）は、以下のように判示して、請求を棄却した。

「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活等に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではないから、他人が特定の神社に参拝することによって、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとし、不快の念を抱いたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできないと解するのが相当である。上告人らの主張する権利ないし利益も、上記のような心情ないし宗教上の感情と異なるものではないというべきである。このことは、内閣総理大臣の地位にある者が靖国神社を参拝した場合においても異なるものではないから、本件参拝によって上告人らに損害賠償の対象となり得るような法的利益の侵害があったとはいえない。

したがって、上告人らの損害賠償請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がないものとして棄却すべきである（なお、以上のことからすれば、本件参拝が違憲であることの確認を求める訴えに確認の利益がなく、これを却下すべきことも明らかである。）。」

この判示から分かる通り、政教分離訴訟で争われているのは、原告らの権利又は利益ではない。つまり、判例の考え方に従うと、政教分離訴訟を主観訴訟として構成する余地はないことになる²⁵⁶。

これに対して、住民訴訟における政教分離訴訟は当然のごとく認められており、現在までに多数の憲法判断がなされている²⁵⁷。つまり、この憲法判断は、主観訴訟に付随するものではないといえ、客観訴訟についてもそれに付随して違憲審査がなされることを意味する。このことから、昭和23年最大判と適合し、「違法な公金支出行為」の「違法」に「違憲」が含まれていると考えていることが分かる。

²⁵⁶ この判例の解説として、駒村圭吾「判解」『平成18年重要判例解説』ジュリスト臨増1332号（2007年）16-17頁、渡辺康行「判批」民商法雑誌136巻6号（2007年）727-735頁、林知更「判解」法学教室318号（2007年）（付録・判例セレクト2006）6頁、大川一夫「最高裁判決の補足意見の意義」法学セミナー629号（2007年）6-7頁松平徳仁「判批」自治研究86巻1号（2010年）128-146頁。

²⁵⁷ 津地鎮祭訴訟（最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁）、愛媛玉串料訴訟（最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）、空知太訴訟（最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁）、孔子廟訴訟（最大判令和3年2月24日民集75巻2号29頁）など。

ただし、より厳密に考えると、政教分離訴訟で争われているのは、「違法」＝「違憲」な
公金支出行為であり、違憲な法律に基づく行為ではない。そのため、政教分離訴訟の分析だ
けでは、客観訴訟の場における違憲立法審査について考察することができない。そこで、以
下では、住民訴訟の場で法令の違憲性が争われた例である警察法無効訴訟を扱う。

2. 警察法改正無効訴訟（最大判昭和 37 年 3 月 7 日民集 16 卷 3 号 445 頁）

まず、この訴訟の事案を紹介する。この訴訟では、大阪府に住む X が新警察法に伴う予
算を大阪府議会が可決したことについて、警察法が違法な手続によって可決されたこと、
及び憲法 92 条の地方自治の本旨に反することから、違憲無効であり、この法律に基づく
警察費の支出は違法であるとして、住民訴訟を提起した。最高裁は以下のように判示した
258（下線、括弧書及び番号は筆者による。）。

「上告人は、同法はその内容において憲法 92 条に反するというのであるが、同法が市町
村警察を廃し、その事務を都道府県警察に移したからといつて、そのことが地方自治の本
旨に反するものと解されないから、同法はその内容が憲法 92 条に反するものとして無効
な法律といいえない。」

最高裁は、本件を適法な訴えとして受理している。その上で、法令の形式審査について
は、両議院の自主性を理由に審査を控えている。これに対して、実体審査である 92 条違
反の有無については、簡潔ではあるものの、審査を行っている。つまり、審査の対象とな
る「違法な公金支出行為」の前提となる法律についても、その違憲性を審査することが読
み取れる²⁵⁹。ただし、この審査は簡潔すぎるため、裁判所が住民訴訟の前提となる法律に
ついて常にも審査可能であるとの立場を打ち出していないとの反論も考えられる。

なお、近時では、大阪市ヘイトスピーチ条例違憲訴訟²⁶⁰においても、最高裁は、ヘイト
スピーチ条例に基づいて設置される委員会の委員への報酬を「違法な公金支出行為」とし
て、その前提たるヘイトスピーチ条例の違憲性を審査している²⁶¹。ただし、警察法改正無

²⁵⁸ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。成田頼明「判批」法律のひろば 15 卷 5 号（1962 年）36-41 頁、大西芳雄「判批」民商法雑誌 47 卷 4 号（1963 年）135-144 頁、小林武「判批」法学セミナー増刊『憲法訴訟』（1983 年）60-61 頁、戸松秀典「判批」塩野宏＝小早川光郎＝宇賀克也編『行政判例百選Ⅱ [第 4 版]』別冊ジュリスト 150 号（1999 年）396-397 頁、毛利透「判批」芦部信喜＝高橋和之＝長谷部恭男編『憲法判例百選Ⅱ [第 4 版]』別冊ジュリスト 155 号（2000 年）400-401 頁、今本啓介「判批」磯部力＝小幡純子＝斎藤誠編『地方自治判例百選 [第 3 版]』別冊ジュリスト 168 号（2003 年）182-183 頁、大石眞「判批」小早川光郎＝宇賀克也＝交告尚史編『行政判例百選Ⅱ [第 5 版]』別冊ジュリスト 182 号（2006 年）316-317 頁、今本啓介「判批」磯部力＝小幡純子＝斎藤誠編『地方自治判例百選 [第 4 版]』別冊ジュリスト 215 号（2013 年）178 頁、奥村公輔「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 7 版]』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）392-393 頁。

²⁵⁹ 憲法学において、法令の形式審査についての考察が多いものの、実体審査がなされた点について言及する判例評釈が少なかったように思われる。これに対して、後掲注 261 に示すように大阪市ヘイトスピーチ条例違憲訴訟の評釈では多く言及されている。

²⁶⁰ 最判令和 4 年 2 月 15 日民集 76 卷 2 号 190 頁。

²⁶¹ 第 1 審判決において、条例の合憲性審査が問題となっていることを指摘するものとして、毛利透「判批」法学教室 476 号（2020 年）127 頁。阿部和文「判批」ジュリスト 1573 号（2022 年）111-112 頁は、「本判決は結果として、条例に就て憲法判断を得る可能性をかなりの程度上げたものと評し得る」と

効訴訟における審査が法律に及んだのに対し、大阪市ヘイトスピーチ条例訴訟の審査は、あくまで条例のみに及び、法律の違憲審査はなされていないため、住民訴訟の枠内、つまり地方自治の範囲内にある条例であれば争うことができるとも解し得る²⁶²。

3. 小括

最高裁は、客観訴訟においても、違憲審査を行い、客観訴訟の審査対象行為の前提となる法令についても違憲審査を行うことが明らかになった。このことは、昭和23年最大判において、憲法の最高法規性、裁判官の憲法および法律への拘束、裁判官を含む公務員の憲法尊重擁護義務から違憲審査の根拠を見出す姿勢と軸を同じくすることが分かる。そして、警察予備隊違憲確認訴訟において否定された抽象的違憲審査ではない「具体的な争訟事件が提起されることを必要」とする「司法権の行使」の中に客観訴訟は含まれていることとなる。つまり、最高裁は、客観訴訟を抽象的違憲審査それ自体とは区別して、司法権の枠内にある訴訟類型として捉えていることが分かる。

では、抽象的違憲審査と客観訴訟との区別はどこにあるのか。両者は、権利の侵害がない点で隣接した訴訟類型であるところ、どのような訴訟であれば、客観訴訟の枠内で付随的違憲審査を行うことが可能になるのであろうか。

警察予備隊違憲確認訴訟において否定されていた抽象的違憲審査とは、「具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限」である。具体的事件となって提起された問題であれば許容されることを示している。これを住民訴訟について考えてみると、地方自治法242条に規定されている「地方公共団体の長らによる違法な公金支出行為等」として問題が提起されていけば良いということになる。

では、このような行為が具体的事件といえるのは何故か。この点について、判例は特定の客観訴訟について、当該訴訟類型が抽象的違憲審査と解されることを理由に却下等したことがないことから、明確に特定することが難しい。ここで、主観訴訟と抽象的違憲審査の区別の問題から得られた示唆を手がかりとして考えてみる。

まず、主観訴訟は、権利義務を直接審査対象とする訴訟類型と、公権力の主体による特定の行為が問題となる訴訟に分かれる。客観訴訟においては、権利義務を直接審理対象とすることはないから、後者における分析が参考となる。そのため、立法不作為の国家賠償請求訴訟が参考となるところ、同訴訟において法律の違憲性が問題となる場合、(広義の)立法行為がセットで問題となっている。そうであれば、客観訴訟においても、法律の違憲性が問題となる場合、公権力の主体による具体的な行為が必要である²⁶³と思われる。

している。安西文雄「判批」法学教室504号(2022年)53頁は、本件が住民訴訟であることを指摘したうえで、「このような訴訟で条例の合憲性の審査をするならば、条例の適用を受けるものでなくとも、およそ住民であれば、監査請求を経て、条例の合憲性を訴訟で問うことができることとなる。はたしてここまで広く憲法訴訟を認めてよいのだろうか」と疑問を呈している。

²⁶² 警察法改正無効訴訟が憲法92条との関係を簡潔にしか判示していないことから、この疑問は未解決のもののように思われる。

²⁶³ 結論が同様のものとして、野中・前掲注234)26頁。

公権力の行為がセットで問題となることにより、法律の違憲性のみを争う訴訟とはならず、抽象的違憲審査に類する制度であるとの批判は当たらないこととなる。客観訴訟についても、具体的な公権力の行為が求められることで、両者を付随的違憲審査制の下の包括することが可能となるといえる。

ただし、「具体的な行為」であればすべて審査対象となるわけではないことは、首相による靖国神社参拝訴訟が「具体的な行為」であるにもかかわらず、審査対象とされないことから明らかであろう。政教分離訴訟を例にとれば分かる通り、首相による靖国神社参拝に付随する公金支出行為は、法定された審査対象となっていないことから、司法審査が行われないのであり、地方公共団体の知事による同種の行為は、住民訴訟という法定された訴訟類型の審査対象となっているから、司法審査が行われるのである。つまり、司法審査を及ぼすためには、審査対象の行為について具体的な公権力の行為があり、その行為を審査対象とする客観訴訟が「制度化」されていることが必要なのである。

V 主観訴訟・客観訴訟の中間領域

本章では、議員定数不均衡訴訟を通じて、主観訴訟・客観訴訟峻別論の妥当性を検討する。そして、最高裁は、単純な主観訴訟・客観訴訟峻別論を採用していないことを指摘したうえで、最高裁が考える主観訴訟・客観訴訟峻別論について検討する。

1. 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁（以下、「昭和 51 年最大判」という）

本件訴訟は、議員定数不均衡訴訟²⁶⁴の適否について、最高裁が括弧書において明示したものである。以前にも、最高裁は、参議院議員選挙について議員定数不均衡訴訟を訴訟として認めていた（最大判昭和 39 年 2 月 26 日民集 18 卷 2 号 353 頁（以下「昭和 39 年最大判」という。））ものの、その法的構成について詳細な説明はなかった。昭和 51 年最大判において、最高裁は、「次に問題となるのは、現行法上選挙を将来に向かつて形成的に無効とする訴訟として認められている公選法 204 条の選挙の効力に関する訴訟において、判決によって当該選挙を無効とする（同法 205 条 1 項）ことの可否である。」と述べ、議員定数が不均衡な選挙を当然無効と考える場合とは異なることを指摘したうえで、括弧書において、以下のような説示をした²⁶⁵（下線は本稿筆者による。）。

²⁶⁴ 選挙訴訟一般について多くの論評があるが、井上典之「衆議院定数訴訟と投票価値の平等」法学セミナー609号（2005年）91-95頁、毛利透「憲法訴訟の実践と理論【第9回】——投票価値較差訴訟の現状と課題——」判例時報2354号（2018年）134-144頁、佐々木弘通「「1票の較差」訴訟でない「公選法204条の憲法訴訟」・考（1）」法学（東北大学）83巻3号52-75頁参照。

²⁶⁵ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたもののみ挙げる。野坂・前掲注162）103-132頁、芦部信喜「議員定数不均衡の司法審査」ジュリスト296号（1964年）48-58頁（芦部①）、芦部信喜「議員定数配分規定違憲判決の意義と問題点」ジュリスト617号（1976年）36-54頁（芦部②）、阿部泰隆「議員定数配分規定違憲判決における訴訟法上の論点」ジュリスト617号（1976年）55-61頁、矢野邦雄「判批」判例評論210号11-16頁（判例時報816号（1976年）125-130頁）、野中俊彦「判解」『昭和51年度重要判例解説』増刊ジュリスト642号（1977年）12-15頁、越智正巳「判批」大東法学6号（1979年）103-109頁、松井茂記「判批」法学セミナー増刊『憲法訴訟』（1983年）105-108

「元来、右訴訟は、公選法の規定に違反して執行された選挙の効果を失わせ、改めて同法に基づく適法な再選挙を行わせること（同法 109 条 4 号）を目的とし、同法の下における適法な選挙の再実施の可能性を予定するものであるから、同法自体を改正しなければ適法に選挙を行うことができないような場合を予期するものではなく、したがって、右訴訟において議員定数配分規定そのものの違憲を理由として選挙の効力を争うことはできないのではないか、との疑いがないではない。しかし、右の訴訟は、現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないのである。およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請に照らして考えるときは、前記公選法の規定が、その定める訴訟において、同法の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趣旨であるとするは、決して当を得た解釈ということではできない。」

以上の説示を敷衍すると、最高裁は、①選挙無効訴訟が現行法上選挙人により選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であること、②およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請があることを理由に、議員定数不均衡訴訟を選挙無効訴訟として認めた。

以上の説示については、以下のことを指摘できる。

第一に、①において、最高裁は、選挙無効訴訟を「選挙人が選挙の適否を争う……訴訟」と捉えていることである。昭和 39 年最大判において、「右規定（公職選挙法 204 条：本稿筆者注）がいわゆる選挙訴訟の制度を認めた所以は、選挙が選挙区ごとに行われるものであることに鑑み、その選挙区の選挙に参加しうる権利を有する者にその結果の違法を主張する途を与え、もつて選挙に関する法規の適用の客観的適正を期している法意であると解するのが相当である」と述べている。後の判例にもつながるところではあるが、選挙無効訴訟の第一義的な意味は、昭和 51 年最大判の言葉を借りると「選挙の適否」であり、昭和 39 年最大判の言葉を借りると「選挙に関する法規の適用の客観的適正」の確保にある。つまり、選挙権を直接に争う趣旨のものではなく、選挙全体についての適否を争うものである、ということである²⁶⁶。

頁、高橋和之「定数不均衡訴訟に関する判例理論」法学教室 42 号（1984 年）95-101 頁（高橋①）、山本浩三「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ [第 3 版]』別冊ジュリスト 131 号（1994 年）322-323 頁、宍戸常寿「一票の較差をめぐる「違憲審査のゲーム」」論究ジュリスト 1 号（2012 年）41-49 頁、山元一「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 6 版]』別冊ジュリスト 218 号（2013 年）326-328 頁、佐々木雅寿「衆議院定数不均衡訴訟違憲判決」論究ジュリスト 17 号（2016 年）54-60 頁、同「昭和 51 年衆議院議員定数不均衡違憲判決の背景」大阪市立大学法学雑誌 62 巻 3-4 号（2016 年）782-740 頁、高田篤「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 7 版]』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）320-322 頁、高橋和之「投票価値不平等訴訟に関する判例理論の迷走とその着地点—出発点からの再考—」法曹時報 73 巻 9 号（2021 年）1-68 頁（高橋②）、高作正博「判批」斎藤誠＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ [第 8 版]』別冊ジュリスト 261 号（2022 年）424-425 頁。調査官による解説として、最判解民事篇昭和 51 年度 [越山安久] 129-171 頁。

²⁶⁶ 高橋②・前掲注 265) 11-12 頁は、「多数意見は『国民の基本的権利』を客観法的側面あるいは抽象的な権利としての側面において捉えたもの」と指摘し、「すなわち、この訴訟の本質をあくまでも客観訴訟として理解し、選挙人の主張も基本権侵害の救済を求めるものではなく、選挙の管理執行上の瑕疵の是

第二に、括弧書の説示が「判決によって選挙を無効とすることの可否」の文脈で語られていることが非常に興味深い。最高裁は、一定の選挙無効事由があれば選挙を無効とする権限を立法府から与えられており、この権限を行使すべき無効事由か否かを念頭に、上記説示を行っていると読める。さらに、同じ文言について、「選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟」という説示もある。よって、選挙無効訴訟が選挙の適否を争う訴訟形態であること及びその訴訟類型として唯一のものであることが、議員定数不均衡訴訟を選挙無効訴訟の枠内で認めた理由となっていると思われる。

第三に、②において、最高裁は、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請」があるとする。つまり、議員定数不均衡訴訟は憲法上の要請にしたがって認められた救済措置である。そうすると、選挙無効訴訟において、法律上認められた無効原因の中に、議員定数の不均衡がなかったとしても、憲法上要請されるのであるから、憲法が法律に優位することを考えると、当然に議員定数の不均衡も、選挙無効訴訟において争われる余地があるように思われる。そして、ここにいう「国民の基本的権利」とは、選挙権であることが明らかである。

第四に、最高裁は結論において、議員定数配分規定が選挙権の平等に反することを無効原因から排除することは、妥当でない旨を説示する。これは、あくまで、選挙無効訴訟の枠内で議員定数不均衡訴訟を捉えようとする最高裁の姿勢が表れている。つまり、最高裁が立法府から何ら権限もなく議員定数不均衡訴訟を創設したというよりも、最高裁は、あくまで立法府から与えられた選挙無効訴訟の枠内で、選挙無効原因を法律上のものに限らず、憲法上の要請に基づいて拡張することで、議員定数不均衡訴訟を認めたものである、と考えているといえる²⁶⁷。

第五に、議員定数不均衡訴訟は、選挙無効事由について法定されていない事由を無効事由として扱っており、かつ、事情判決の法理について、公選法があえて行政事件訴訟法 31 条を準用していない（公選法 219 条参照）にもかかわらず、高次の法の見地から、事情判決の法理を援用することとしている²⁶⁸。以上に鑑みると、議員定数不均衡訴訟は、本来公選法が予定している選挙無効訴訟とは異質の訴訟類型であることがわかる。

このような訴訟類型を、選挙無効訴訟を拡張する形で最高裁が認めることは許されるのか。山岸敬子は、「行訴法 42 条は、民衆訴訟の具体的創設を立法者に委ねている」ことから、「新しい民衆訴訟は、必ず、個別に法律で許容されなければならない」とし、「新しい民

正を求めるものと捉えたのである」と指摘する。

²⁶⁷ 芦部②・前掲注 265) 37 頁は「公選法 204 条の選挙訴訟が、元来、同法の定める適法な再選挙の実施の可能性を前提とする制度であり、定数配分規定が違憲無効とされそれを改正しなければ適法な再選挙を行なうことができないような場合を予定する制度でないことだけは、疑いないといってよい」としたうえで、しかしながら、予定していないことだけで不適法として却下することは「早計というべき」と主張する。

²⁶⁸ このような違憲判決の方法については、肯定説と否定説とが対立している。肯定説として、野中・前掲注 265) 15 頁、越智・前掲注 265) 108-109 頁、阿部・前掲注 265) 59 頁。否定説として、矢野・前掲注 265) 15 頁など多数。

衆訴訟の裁判所による解釈的創設は行訴法の許すところではない」²⁶⁹と批判する²⁷⁰。

この裁判所による民衆訴訟の解釈的創設について、最高裁は、裁判所法3条の「その他法律において特に定める権限」が法定される必要がある（行政事件訴訟法42条）ことを述べた上で、傍論ながら、以下のように判示している²⁷¹（最決平成24年11月30日判時2176号27頁²⁷²（以下、「平成24年最決」という。））（下線は本稿筆者による）。

「民衆訴訟として法律の定めを欠く訴訟類型及びこれを本案とする仮の救済方法が、法律上の争訟である抗告訴訟及びこれを本案とする仮の救済方法に関する法律の規定又はその趣旨の類推により創設的に認められると解することはできないから（このことは、法定の訴訟類型である選挙無効訴訟において無効原因として主張し得る事由の範囲の解釈とは事柄の性質を異にするものである。）、現行の法制度の下において、本件本案の訴えは不適法であり、本件申立ても不適法であるといわざるを得ない。」

このように、最高裁は、民衆訴訟たる選挙無効訴訟において、選挙に関する差止め又は義務付けの訴えを提起することは、法定されていない以上出来ないとしながら、議員定数不均衡訴訟については、括弧書において、あくまで「無効原因として主張し得る事由の範囲の解釈」として、民衆訴訟の解釈的創設ではないとしている。山岸は、このような最高裁の判示に対して、括弧書の判示は釈明として苦しいと批判する²⁷³。

もともと、最高裁が昭和51年最大判において示唆する通り、議員定数不均衡訴訟において問題となっているのは、あくまで当該選挙を無効とするか否かという問題であり、選挙の差止めや義務付けは、選挙無効訴訟の埒外であると考えていることは納得できる。最高裁は、あくまで、議員定数不均衡訴訟を選挙無効訴訟の枠内で捉えようとしているのであり、本稿において問われなければならないのは、そのような解釈が可能かという点である。この点については、さらに他の訴訟を検討したうえで考察したいと思う。

2. 最大判平成11年11月10日民集53巻8号1577頁、同号1704頁、同号1441頁（以下、「平成11年最大判」という²⁷⁴。）

平成6年の公職選挙法改正により、衆議院議員選挙における選挙制度が中選挙区制から

²⁶⁹ 山岸③・前掲注215)44頁。

²⁷⁰ 昭和51年最大判における天野反対意見も同様。

²⁷¹ 評釈として、大貫裕之「判批」『平成25年度重要判例解説』ジュリスト臨増1466号（2014年）49-50頁、北見宏介「判解」法学教室別冊判例セレクト2013Ⅱ（2014年）10頁。

²⁷² 事案としては、選挙人が選挙に関する民衆訴訟として、衆議院議員選挙に関する内閣による助言と承認等の差止め及び内閣による法案提出の義務付けを求める訴えを提起し、これに付随して仮の差止め又は仮の義務付けの申立てがなされた。原告は、議員定数不均衡訴訟が昭和51年最大判によって認められた理屈で、議員定数の配分規定の違憲性が明らかであり、事後的な手段で回復することができない場合には、抗告訴訟で認められている差止めの訴え及び義務付けの訴えに関する規定を民衆訴訟に類推適用してかかる訴えを民衆訴訟として提起することも許されると解すべき旨を主張した。

²⁷³ 山岸③・前掲注215)44-45頁。

²⁷⁴ 重複立候補制と比例代表制の違憲性については、最大判平成11年11月10日民集53巻8号1577頁、小選挙区制と政見放送の違憲性については、最大判平成11年11月10日民集53巻8号1704頁。なお、選挙区割りについては、最大判平成11年11月10日民集53巻8号1441頁。本稿では、選挙区割り以外の各訴訟について特段分けて説示する必要がないため、これらをまとめて「平成11年最大判」とい

小選挙区制に変化し、比例代表選挙については全国区ではなく 11 の選挙区に分け、小選挙区においても政党本位の制度に変化したことの違憲性が問われた訴訟である。訴訟の形は、選挙無効訴訟の形をとっており、原告は、選挙区割りの違憲性だけでなく、重複立候補制の違憲性、比例代表制の違憲性、小選挙区制の違憲性、候補者届出政党にのみ政見放送を認める制度の違憲性を主張している。最高裁は、これら違憲性について判断し、すべて合憲とした²⁷⁵。なお、本稿においては、平成 11 年最大判とは、選挙区割りに関する訴訟以外の選挙制度の違憲性が問われた訴訟を指す。

この訴訟においても、昭和 51 年最大判と同様の問題を指摘できる。つまり、選挙制度は公選法上規定されるものであるところ、選挙無効事由として取上げられたのは、当該選挙制度を定める公選法の違憲性であり、本来公選法が選挙無効事由として想定していなかったものである。

平成 11 年最大判と昭和 51 年最大判の違いとして指摘すべきは、後者は、平等権の訴訟として、主観訴訟として構成する余地があったということである。これに対して、平成 11 年最大判は、選挙区割り以外は、平等権として構成することができない。そして、平成 11 年最大判は、主観訴訟としての構成が厳しい訴訟を、昭和 51 年最大判と同様に受理している。

このように、平等権侵害として構成できない平成 11 年最大判において、昭和 51 年最大判と同様の選挙無効訴訟が利用されたことから、昭和 51 年最大判は、そもそも主観訴訟として構成しえない訴訟類型であることが分かる²⁷⁶。つまり、平成 11 年最大判の登場により、議員定数不均衡訴訟を、平等権が問題となった純粋な主観訴訟として解釈する余地がなくなったといえる²⁷⁷。このように、選挙無効訴訟の垂流とも言うべき訴訟類型が多く受理されていくことで、選挙無効訴訟の拡大が認識される中、選挙無効訴訟の拡大に歯止

う。

²⁷⁵ 本判決の評釈は多数にのぼるため、参考にしたものだけを挙げる。石田榮仁郎「判批」『平成 11 年度重要判例解説』ジュリスト臨増（2000 年）18-20 頁、辻村みよ子「判批」ジュリスト 1176 号（2000 年）58-64 頁、毛利透「判批」法学教室 234 号（2000 年）別冊（付録・判例セレクト 1999）4 頁、榎透「判批」法政研究（九州大学）（2001 年）1133-1149 頁、林俊之「判批」判例タイムズ 1065 号（2001 年）362-364 頁、只野雅人「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 6 版〕』別冊ジュリスト 218 号（2013 年）336-337 頁、植松健一「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 7 版〕』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）330-331 頁。調査官解説として、最判解民事篇平成 11 年度〔大橋寛明〕720-771 頁（3 事件あわせて）。

²⁷⁶ 高橋①・前掲注 265) 97 頁においては、平成 11 年最大判の登場前から、「定数不均衡訴訟を民衆訴訟と捉え、公選法 204 条により提訴することを認める立場」を「平等原則説」と呼び、「51 年判決の多数意見は、多くの点であいまいさを残すが、基本的には平等原則説に立ったものと思う」と論じている。その理由は、原告の主観的権利が問題となると、自己の権利と関わらない投票価値の較差について主張できない点に求めている（同頁）。

²⁷⁷ 佐々木・前掲注 264) 74-75 頁は、「現実の判例法のこのような姿勢——「1 票の較差」の争点であるかどうかは無頓着に、およそ憲法上の争点が提起されればその争点に対する実体判断を公選法 204 条の訴訟において行う姿勢——は、翻って、そもそも第 1 段階の（「1 票の較差」訴訟としての）「公選法 204 条の憲法訴訟」自体を、最高裁が、無自覚的にはあれ、「基本権訴訟」ではなく、それとは別の論理による憲法的正統かを要するところの、民衆訴訟である、と把握していることの表現でありうる」としている。なお、佐々木自身は、最高裁の主観を脇に置いて、理論的に基本権訴訟として把握可能であるかを検討することとしている（同頁）。

めをかけたとされる²⁷⁸のが、次に検討する平成 26 年最判である。

なお、本稿においては、平成 26 年最判が選挙無効訴訟の拡大に歯止めをかけたというよりも、最高裁は、平成 26 年最判が登場する以前から、選挙無効訴訟の枠について一定の制限があると考えてきた。このように解することで、判例を整合的に読むことができる。

3. 最判平成 26 年 7 月 9 日判時 2241 号 20 頁（以下、「平成 26 年最判」という。）

平成 26 年最判においては、刑事施設被収容者等の選挙権が認められていない公選法の違憲性が、同法上原告適格が認められている選挙人によって争われた。最高裁は、以下のよう
に判示して、上告を棄却した²⁷⁹。

この訴訟において、最高裁は、まず、選挙無効訴訟について、民衆訴訟である旨を明示したうえで、民衆訴訟が裁判所法 3 条 1 項の「その他法律において特に定める権限」に含まれるものとして、「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」ものとされている（行訴法 42 条）ことを指摘する。そして、公選法 204 条が選挙無効訴訟について、選挙人又は公職の候補者のみがこれを提起し得るものと定め、同法 205 条 1 項が上記訴訟において主張し得る選挙無効の原因を「選挙の規定に違反することがあるとき」と定めていることを指摘したうえで、無効原因について「主として選挙管理の任にある機関が選挙の管理執行の手續に関する明文の規定に違反することがあるとき又は直接そのような明文の規定は存在しないが、選挙の基本理念である選挙の自由公正の原則が著しく阻害されるときを指すものと解される」と判示する。その上で、最高裁は「選挙無効訴訟において選挙人らが他者の選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていない」と判示して、上告を棄却する。

つまり、最高裁は、「その他法律において特に定める権限」の訴訟について、原告適格は法定されている者に限られ、無効事由は法定されている事由に限られるという立場を採用していることを説示する。その上で、平成 26 年最判においては、法律上予定していない事由を無効事由として主張していることから、選挙無効訴訟として認められないとしている。

そうであれば、昭和 51 年最大判は、無効事由について法定されていない事由を主張するものであるところ、昭和 51 年最大判と平成 26 年最判の上記説示とを整合的に考えると、議員定数不均衡訴訟は、選挙無効訴訟の無効事由を拡大した例外的なものであることがわかる。

では、平成 26 年最判において争われた無効事由は、議員定数の不均衡の主張とは、性質

²⁷⁸ 山岸敬子「選挙無効確認訴訟における憲法上の主張の可否」民商法雑誌 150 巻 6 号（2014 年）758 頁参照。櫻井智章「公職選挙法の選挙無効訴訟における違憲主張の制限」民商法雑誌 154 巻 2 号（2018 年）366 頁参照。

²⁷⁹ 本判決の評釈として、山岸・前掲注 278）753—759 頁、佐々木弘通「判批」『平成 26 年重要判例解説』ジュリスト臨増 1479 号（2015 年）10—11 頁、田近肇「判批」法学教室別冊 413 号（2015 年）（付録・判例セレクト 2014 [I]）12 頁、佐々木雅寿「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ [第 7 版]』別冊ジュリスト 246 号（2019 年）408—409 頁。

が異なるといえるのか。

まず、平成 26 年最判で争われたのは、刑事施設被収容者等の選挙権であり、その侵害は、「国民の基本的な権利の侵害」に当たるため、議員定数不均衡訴訟との類似性が認められる。もっとも、最判平成 26 年において争われたのは、選挙権に対する直接の侵害であり、選挙全体の適否を争う趣旨のものではなく、この点が議員定数不均衡訴訟とは大きく異なる。この点は、平成 11 年最大判と議員定数不均衡訴訟との共通点でもある。

最高裁は、選挙無効訴訟の枠内で捉えないと判示した一文において、以下のような指摘をしている（下線は筆者による。）。

「選挙無効訴訟は、同法において選挙権を有するものとされている選挙人らによる候補者に対する投票の結果としての選挙の効力を選挙人又は候補者が上記のような無効原因の存在を主張して争う争訟方法であり、同法の規定において一定の者につき選挙権を制限していることの憲法適合性については、当該者が自己の選挙権の侵害を理由にその救済を求めて提起する訴訟においてこれを争うことの可否はおくとしても、同条の選挙無効訴訟において選挙人らが他者の選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていない。」

この下線部について、最高裁は、どのような訴訟を想定しているのかが問題となる。この点について、選挙無効訴訟か、実質的当事者訴訟かが問題となるどころ、実質的当事者訴訟を想定していたのではないかと考えられる²⁸⁰。

このように、平成 26 年最判の上記下線部を読むと、選挙無効訴訟において、刑事施設被収容者が自らの選挙権の侵害について主張して争っても、認められることはないといえる。そうであれば、平成 26 年最判が選挙無効訴訟の枠内で受理されなかった理由は、平成 26 年最判で主張された無効事由が選挙全体の適否でなかったことにあると思われる。

平成 26 年最判が他者の選挙権であるから選挙無効訴訟の枠内で処理されたわけではないことは、別の訴訟において、より一層顕在化させた指摘を行っている²⁸¹（最判平成 29 年 10 月 31 日集民 257 号 1 頁²⁸²（以下「平成 29 年最判」という。）。）。

最高裁は、平成 26 年最判とほぼ同じ判示をしたが、以下の点について決定的に異なっていた（下線は筆者による。）。

「選挙無効訴訟は、選挙人らによる公職の候補者に対する投票の結果としての選挙の効力について、選挙人又は公職の候補者が上記のような無効原因の存在を主張して争う争訟方法であり、同法の規定において一定の年齢に達しない者につき被選挙権を制限していることの憲法適合性については、当該者が自己の被選挙権の侵害を理由にその救済を求めて

²⁸⁰ 佐々木雅・前掲注 279) 409 頁。佐々木弘・前掲注 279) 11 頁、飯田・前掲注 131) 55 頁も同趣旨。これと異なる解釈として、田近・前掲注 279) 12 頁。

²⁸¹ 本判決の評釈として、櫻井・前掲注 278) 363-367 頁、野口貴公美「判解」法学教室 450 号（2018 年）139 頁。

²⁸² この訴訟の事案としては、選挙人としての資格に基づいて選挙無効訴訟として提起され、原告は、参議院議員の被選挙権を年齢満 30 歳以上の者としている公選法 10 条 1 項 2 号の規定の違憲を主張していた。

提起する訴訟においてこれを争うことの可否はおくとしても、同条の選挙無効訴訟において選挙人らが被選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていないというべきである。」

この訴訟において問題となっているのは、選挙人たる原告の権利ではない、被選挙権であり、他者の権利である。そのため、平成 26 年最判と同様に、「選挙人らが他者の被選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていない」と判示する可能性もあったといえる。しかし、上記訴訟は、「他者の」という文言を排除している。そのため、他者の権利が争われたことは、選挙無効訴訟の枠内で捉えるか否かの決定的理由でないことを示唆しているといえる。これは、選挙無効訴訟が「その他法律において特に定める権限」の訴訟であることから、無効事由を原告の主張する権利への侵害のみとする理由がないことと整合的である。

なお、昭和 51 年最大判と平成 26 年最判、そしてこの平成 29 年の判決とを整合的に理解しようとする学説の中で、「原告が主張する違法事由（法の規定の違憲性の主張）が、それを争うには選挙無効訴訟が『争うことのできる唯一の訴訟』（昭和 51 年判決）であるか否かにより判断が異なるということになる」²⁸³との指摘がある。本稿も同様に、争われている無効事由が選挙全体の適否か、直接侵害される権利かにより異なることを前提に、選挙無効訴訟において問題となるのは、選挙全体についての適否のみであり、選挙無効訴訟が選挙全体についての適否を争う手法として唯一の訴訟であると考えている。

4. 小括

最後に、判例の内在的分析として、昭和 51 年最大判、平成 11 年最大判、平成 24 年最決、平成 26 年最判（平成 29 年最判）について統一的に理解することを試みたい。

まず、選挙無効訴訟は、客観訴訟であり、「その他法律において特に定める権限」（裁判所法 3 条 1 項）である。このことは、昭和 39 年最大判、昭和 51 年最大判において一貫しているところであり、この点を出発点におかなければならないだろう。そして、平成 26 年最判において、選挙権の侵害を争う訴訟としては、選挙無効訴訟ではなく、実質的当事者訴訟によることが示唆されている。もっとも、昭和 51 年最大判において、「国民の基本的権利を侵害する国権行為」であることが明示されている。これらは整合的に解釈すると、議員定数不均衡訴訟は、選挙の適否を争う客観訴訟であり、かつ、その審判対象は、国民の基本的権利を侵害する国権行為であることになる。

さらに、昭和 51 年最大判は選挙無効訴訟を「現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はない」としている。では、最高裁は、どのような点を捉えて、選挙無効訴

²⁸³ 野口・前掲注 281) 139 頁。なお、野口は、本稿で引用した部分に続けて「当事者訴訟の活用等の動き（最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）もある中、本判決（平成 29 年最判を指す：本稿筆者注）は、客観訴訟（選挙無効訴訟）の違法事由の主張制限について、再検討の必要を示唆するものとも感じられる」（同頁）としている。

訟が選挙の平等を争う「唯一の訴訟」と考えているのか。平成 26 年最判において、「公職選挙法 204 条の選挙無効訴訟は、同法において選挙権を有するものとされている選挙人らによる候補者に対する投票の結果としての選挙の効力を選挙人又は候補者が上記のような無効原因の存在を主張して争う争訟方法」とされている。そして、無効事由については昭和 51 年最大判で拡張する解釈をしているため、「唯一の訴訟」において重視されているのは、選挙無効訴訟が「投票の結果としての選挙の効力」を争う訴訟だということである。

これらを整合的に解すると、まず、選挙無効訴訟は、選挙の適否を争う客観訴訟であり、無効事由が「選挙管理の任にある機関が選挙の管理執行の手續に関する明文の規定に違反するとき……」と述べられていることから、その審査対象は、選挙を執行する選挙管理委員会の行為であると考えられる。そして、かかる選挙管理委員会の選挙執行行為によって、国民は選挙権を行使できるのであり、この行為によって選挙権が侵害されるということは想定されていない。この点で、選挙無効訴訟は、選挙の適否を争うことを目的として創設され、選挙管理委員会の選挙執行行為を審査対象とする客観訴訟である。そして、このような選挙管理委員会の行為は、憲法に違反する法律に基づいて行われる限りで、違憲な選挙の執行となり、この点で国民の基本的権利を侵害する国権行為と解されるものとなる。このように客観訴訟の無効原因を法定事項より広く解釈すること自体には反対する考え方もあるが、国民の権利救済という主観訴訟の限界において抽出された理解から、このような裁判所の解釈も許される。

そもそも、主観訴訟と客観訴訟という分類は、訴訟法上の分類である²⁸⁴。ここに列举してみると、当事者訴訟は法律関係を確認する訴訟であるが、それ以外の国家賠償請求訴訟は違法な公権力の行為を審査する訴訟であり、抗告訴訟は国民の法律関係に直接影響する行政行為の違法性を審査する訴訟である。つまり、主観訴訟は、権利侵害が想定される行為を審査する訴訟であり、それ以外の訴訟が客観訴訟と言われるものである。そうであれば、審査対象となる行為による権利侵害が想定されない客観訴訟であっても、違憲な法律に基づく行為という形で憲法上の権利を侵害する訴訟に変化することは、あり得ることである。この最たる例が議員定数不均衡訴訟であると考えられる。

もっとも、選挙無効訴訟の審査対象に着目して違憲な法律に基づく行為であるから権利侵害行為になるという立論は、公選法が選挙権や被選挙権を制限することで、この公選法に従った選挙執行行為が権利侵害性を有するのではないかという疑問もあると思われる。しかし、そのような場合、公選法に従った選挙執行行為が審査対象となるのではなく、あくまでも、そのような公選法を定めた立法行為自体が審査対象とされるべきである。選挙無効訴訟で問題となるのは、「投票の結果としての選挙の効力」であり、行使されていない選挙権は問題とならないからである。

²⁸⁴ 小早川光郎によると、「非主観的（客観的）訴訟は法律上の争訟にあたらぬ、という言いかたがされることがあるが、それは必ずしも誤りではないにせよ、少なくとも不正確であろう。一般に、主観訴訟といふ非主観訴訟というのは、それぞれ、訴訟手続として定められた一定種類のことを指すのに対し、法律上の争訟とは、訴訟手続によって処理されるべき争いのレベルでの観念だからである。」（小早川・前掲注 199）99 頁）。

もう一つ指摘すべきは、無効事由の解釈として議員定数不均衡訴訟を許容した点である。これは、どの範囲であれば、裁判所は柔軟な法解釈を行ない得るかという問題であり、客観訴訟についていえば、裁判所の権限が法律の規定した範囲を超えてはならないのはどの範囲かという点が問題となっている。

平成 24 年最決においては、民衆訴訟として選挙差止め等の権限は法定されていないとして訴えが退けられている。同様に、昭和 51 年最大判は、法定されていない事情判決の法理を用いているが、これは、議員定数不均衡訴訟に対応したものであり、かつ、無効とすることの弊害を回避しようとして編み出された技術である。つまり、昭和 51 年最大判は、無効判決をすることの弊害を認識したために事情判決の法理を持ち出したのであり、あくまで無効訴訟の枠内で事案を処理しようとした結果であったといえる。これに対して、平成 24 年最決は、全く新しい訴訟類型を生み出そうとしている点で昭和 51 年最大判とは異なる。言い換えると、最高裁には全く新しい救済方法を創設しようとする意図が見受けられない。そして、選挙管理委員会による選挙の執行行為という審査対象行為を問題とする点で選挙無効訴訟と議員定数不均衡訴訟は共通していることから、最高裁は、審査対象と救済方法の観点から、法定の訴訟類型を尊重する姿勢が読み取れる。そして、審査対象行為が権利を侵害することが想定されていなくても、違憲な法律に基づく行為となることで権利を侵害することがあれば、裁判所自ら、無効事由の解釈として、かかる訴訟を受け入れ、適切な救済を行うこととしているのである。

では、このような解釈が許される理由はどこにあるのか。この点については、判例が考える司法審査の範囲を提示する必要があるため、本稿 VI-1. (3) において論じることとする。

VI 全体の考察

本章では、各学説が判例を整合的に説明できているかを検討する。もともと、本章において主に検討する学説の詳細については、本稿 II-3 をご覧いただきたい。本章においては、従来の学説が判例を整合的に説明できているかについて簡単に確認したうえで、どのように考えるべきか、に重点を置くこととする。

1. 伝統的通説と判例の考え方の相違

(1) 伝統的通説

伝統的通説は、本稿の冒頭で示した通り、「司法権」＝「事件性」（「法律上の争訟」）＝「主観訴訟」という等式を構築してきたと思われる。

この見解を図示するならば、以下のようになる。

図 1

	抽象的違憲審査	付随的違憲審査		審査の及ばないもの
		主観訴訟	客観訴訟	
裁判所法	 	「法律上の争訟」	その他の権限	法定外
憲法	×	司法権	司法権ならざる権限	

この図を簡単に説明すると、抽象的違憲審査は、日本国憲法において認められていないという一致した見解があるため、×としている。そして、「司法権」＝「法律上の争訟」＝「主観訴訟」とするいわゆるトリアーデが伝統的通説によって確立してきたことはすでに述べた通りである。これに対して、かかるトリアーデ構築の結果、「司法権ならざる権限」＝「その他法律において特に定める権限」＝「客観訴訟」という等式も確立してきたといえる。

(2) 判例の考え方

まず、判例は、警察予備隊違憲確認訴訟において、抽象的違憲審査権を行使しえないとして、司法権の発動には「具体的な争訟事件」が必要であると判示した。そして、判例は、主観訴訟のみならず、客観訴訟においても違憲審査を行っているため、「具体的な争訟事件」は、主観訴訟に限定する趣旨ではないといえる。このように付随的違憲審査制について主観訴訟と客観訴訟の双方が含まれると解釈していることが分かる。

次に、主観訴訟の中でも、立法不作為の国家賠償請求訴訟については、そもそも立法が想定していない立法行為を対象とする訴訟であるところ、このような訴訟は権利侵害性のある行為に対する救済という観点から、訴訟の間口が広げられたといえる。そして、立法不作為の国家賠償請求訴訟及び実質的当事者訴訟である違法確認の訴えについても、立法行為を審査することになるが、この場合、立法による法創造作用への侵害がないように配慮がなされているといえる。

そして、客観訴訟が抽象的違憲審査に陥らないのは、具体的な公権力の行為が審査対象とされていることが原因であると思われる。ただし、具体的な公権力の行為であれば、どのような訴訟でも客観訴訟として許容されるわけではない。このことは、政教分離訴訟において、住民訴訟がある場合とない場合とで結論が異なることから明らかである。客観訴訟として許容されるのは、法定されている場合に限られるのである。

さらに、議員定数不均衡訴訟は、あくまで立法府が与えた権限の枠内で、つまり、訴訟目的と審査対象の変更なしに、無効事由を解釈して生み出された客観訴訟である。これらを図示すると以下ようになる。なお、ここで示しているのは、憲法上の問題に限られる。

図2

	抽象的違憲審査	付随的違憲審査		審査の及ばないもの
		主観訴訟	客観訴訟	
		権利侵害性		
裁判所法	 	法律上の争訟 (i、ii)	その他の権限 (iii)	iv
憲法	×	司法権	司法権ならざる権限	

この図を簡単に説明すると、司法権のコアを権利侵害性が認められる範囲で、客観訴訟に

まで及ぼす点に特徴がある。そして、主観訴訟と客観訴訟の峻別があくまで訴訟法上の分類であるとの理解から、「司法権のコアと周辺」と「主観訴訟と客観訴訟との峻別」との間にずれが生じても良いと考えており、判例は、実際に、議員定数不均衡訴訟において、そのような解釈を示したと考える。

そして、訴訟を分類するにあたり、まずは、審査対象となる行為等と訴訟目的について考えてみる。主観訴訟（i）となるのは、民事訴訟を中心とした権利義務並びに法律関係の存否が争いとなっているものであり、これに連なるものとして、国家賠償請求訴訟や実質的当事者訴訟が挙げられる。

これに対して、議員定数不均衡訴訟は、訴訟類型上、客観訴訟であるが、審査対象となる行為につき権利侵害性が認められるため、iiの類型となって、司法権のコアに含まれる。客観訴訟という立法府によって設定された訴訟類型ではあるものの、裁判所自身がその審理の対象を拡張することができる点でコアである²⁸⁵。

iiiの類型とは、客観訴訟であり、かつ、法定されているものである。この類型としては、住民訴訟が考えられる。そして、ivの類型は、司法審査が及ばないものである。この類型として、本稿では、首相の靖国神社参拝に代表されるように、総理大臣による行為といった権利侵害を伴わない公権力の主体による具体的な行為が考えられる。この類型の訴訟は、法定されると、iiiの類型として認められる余地がある。

iiとiiiの違いは非常に微妙なところがあるが、議員定数不均衡訴訟などに見られるとおり、権利侵害性が行為と直接結びついている場合はiiの類型となり、政教分離訴訟のように、行為が権利（信教の自由）と間接的にしか結びつかない場合、iiiの類型となる。

また、iの類型においては、審査対象となる行為を拡張することも可能であると思われる。このことは、立法不作為の国家賠償請求訴訟において示されたとおりである。

これらをまとめると、iの主観訴訟においては、権利救済という司法の役割を全うするためであれば、司法府の審査対象行為は拡張され得る。これに対して、iiの客観訴訟であるが、その行為が違憲であること等²⁸⁶によって権利侵害性のある行為になる場合、司法審査が及ぶこととなる²⁸⁷。

このように分類すると、司法権の中に、主観訴訟と客観訴訟の一部が含まれることが分かる。そのため、客観訴訟の中でも、審査対象の行為が権利侵害性を有しなければ、司法権に含まれないこととなる。これは、裁判所が自らの使命を権利救済にあると考えていることの論理的帰結である。

²⁸⁵ 刑事訴訟についても、iiの類型に含まれると考えられる。この点については、試論（VI-1.（3））において簡単に触れるが、本格的な検討は、紙幅の関係上、本稿では割愛する。

²⁸⁶ そもそも権利侵害性が予定された公益訴訟も存在し得る。その具体例は、刑事訴訟である。

²⁸⁷ 飯田・前掲注131）51頁は、選挙訴訟における判例の考え方を精査に検討し、「客観訴訟が「法律において特に定める権限」（裁判所法3条1項後段）であり、「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」（行訴法42条）のであれば、具体的な訴訟類型を創設するのは、まず第一に立法部の役割であろう」と指摘したうえで、「最高裁自身は、訴訟手続の創設と解釈・運用とを峻別するようである」と指摘する（52頁）。

(3) 上記立論を支える理論（試論）

戦前・戦後期の学説の検討を通じて、上記伝統的通説における主観訴訟・客観訴訟峻別論は、その出自とは異なる捉えられ方をしていることが分かった²⁸⁸。戦前期に、主観訴訟と客観訴訟峻別論が説かれた際には、主観訴訟は民事訴訟、客観訴訟は刑事訴訟に対応するものとされ、司法権は民事訴訟と刑事訴訟の裁判権であると捉えられてきた。つまり、主観訴訟とも客観訴訟とも、司法権の中で捉えうる概念だったのである。ただし、この当時、行政訴訟が行政権であるとの観念が一般的であったこと、主観訴訟・客観訴訟峻別論の論者は、行政訴訟を主観訴訟と捉えようとしていたことから、主観訴訟・客観訴訟峻別論は、司法権や行政権の観念とは異なる次元での議論と理解されていたと論じた方が正確である。

そうだとすれば、主観訴訟・客観訴訟峻別論を「法律上の争訟」とは別の概念として構成すべきである²⁸⁹。前者は、訴訟の目的について、後者は司法権の範囲についての概念である。

そうであれば、判例を考察するにあたり、主観訴訟・客観訴訟峻別論が不要か²⁹⁰と言われると、そうではない。なぜなら、既に示した通り、判例上、法律上の争訟に含まれるものの、客観訴訟といい得る訴訟類型があるからである。この主観訴訟・客観訴訟という訴訟分類には、裁判所が法定された訴訟手続に拘束されるか否かの違いがある。この帰結は、刑事訴訟を念頭におくと分かりやすい。つまり、刑事訴訟は、司法権の範囲に含まれるものであるが、公益性の高い訴訟であるため、裁判所は刑事訴訟法に従って訴訟を行う。言い換えると、刑事訴訟は、司法権に含まれるものであるが、その訴訟手続は、法律によって定められる必要があり、裁判所は基本的に法律を尊重して訴訟を行う²⁹¹。

そして、このようなiiの類型において、客観訴訟として法定されるべきことがされていない場合、裁判所は、法定されている訴訟の欠缺を埋める形で、訴訟を行うことは、本来的に司法権の範囲に含まれることから、憲法上要請されることとなる。刑事訴訟は、基本的に法定されるべき事項が法定されており、議員定数不均衡訴訟は、法定されるべき事項が法定されていない。これが刑事訴訟と議員定数不均衡訴訟との違いであるが、刑事訴訟においても、必要な事項が法定されていないければ、その欠缺を埋めて訴訟を行うことが要請される²⁹²のであり、同じ訴訟区分にすることが可能であると思われる²⁹³。

²⁸⁸ 戦前期の議論については、本稿Ⅱ-1.(2)を参照。特に、織田①②・前掲注52参照。現代の学者の分析として、前掲注35も参照。

²⁸⁹ 村上・前掲注203)249頁参照。村上・前掲注35)48頁。

²⁹⁰ 村上・前掲注50)249頁、人見剛「地方公共団体の出訴資格再論——「法律上の争訟」に関する私権保護ドグマ」(磯部力先生古稀記念論文集)『都市と環境の公法学』(勁草書房、2016年)212頁参照。

²⁹¹ 起訴権限が検察官に独占されていること(刑事訴訟法247条)等が挙げられる。

²⁹² この具体例として、高田事件(最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁)を挙げることができる。緑大輔は「判例も示している通り、免訴に関する刑訴法337条各号は、免訴事由として訴訟遅延を挙げていません。そのため、超法規的な免訴事由を創造したともいえる」と指摘する(緑大輔『刑事訴訟法入門 第2版』(日本評論社、2017年)218頁)。

²⁹³ 人見・前掲注290)224頁は、織田万の見解を参照し、「刑事裁判は、国(検察官)が提起する争訟であるが、それは自己の権利保護の目的でなされているとは到底考えられない」と指摘し、「刑事訴訟

2. 各学説と判例との距離

本稿において、前述した学説を参照して、判例を説明することができるか、また、将来的な基準を読み取ることができるかについて考察する²⁹⁴。

まず、佐藤は、抽象的違憲審査との違いとして、客観訴訟に「付与される作用は、法原理部門としての裁判所のあり方にふさわしく、裁判による法原理的決定になじみやすいものでなければならず、その決定には終局性が保障されなければならない」²⁹⁵と主張する。

しかし、この「裁判による法原理的決定になじみやすいもの」という基準は、不明確すぎるといわれている。この点について、佐藤は、『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²⁹⁶とする。しかし、「裁判による決定になじみやすい紛争の形態」という概念がなお不明確であるといえる。また、裁判による決定になじみやすい紛争であったとしても、判例上訴訟として受理されない訴訟が存するように思われる。具体的には、議員定数不均衡訴訟が許容され、平成24年最決などの訴訟が許容されない理由が不明確であるといえる。加えて、佐藤の見解が同心円理論に接近していることから、後述する同心円理論への批判も妥当する。

佐藤は、司法権の範囲について、「①憲法にいう実質的意味の司法権を核として、それに加えて②立法府が、司法権を行使する裁判所にふさわしい権限として立法政策上付与するものがありえ、しかし③裁判所に付与しえない（裁判所として受けてはならない）ものもある、という構造で捉えるべきではないか」²⁹⁷と述べる。そして、①と②の境界があいまいであることを指摘したうえで、「法律上客観訴訟とされるものでも、実質的には主観訴訟とみるべきものがありうることに注意する必要がある」²⁹⁸とする。そして、佐藤は、「議員定数不均衡訴訟は公職選挙法204条の訴訟として扱われているが、その実質は主観訴訟とみることができるところで、仮に抗告訴訟などの主観訴訟として争う道を閉ざしたまま204条を改廃するようなことがあるとすれば、違憲とさるべき筋合のもの」²⁹⁹とする。このような佐藤の見解について、判例上、議員定数不均衡訴訟は客観訴訟と位置付けられていることを説明できていないと思われる。

次に、野坂は、「……少なくとも現行の客観訴訟のような訴訟類型は、そこに具体的な公

も『法律上の争訟』であるのであれば、『法律上の争訟とは主観訴訟である』とは到底いえないことになる」と指摘する。他にも、阿部泰隆「行政上の義務の民事執行は法律上の争訟ではない」法学教室267号（2002年）38頁も、刑事訴訟を念頭に「法律上の争訟」概念を批判している。

²⁹⁴ なお、学説の詳細については、本稿Ⅱ-3を参照願いたい。

²⁹⁵ 佐藤・前掲注158) 636頁。

²⁹⁶ 佐藤・前掲注143) 251頁。

²⁹⁷ 佐藤・前掲注158) 637頁。

²⁹⁸ 佐藤・前掲注158) 637頁。

²⁹⁹ 佐藤・前掲注158) 637頁。同様の指摘として、野中・前掲注168) 435頁は、法定されている客観訴訟について「実は提訴者の法律上の利益を満たしており、実質的には抗告訴訟の要件を満たしていると解することもできるのではないかと述べている。

権力の行為があり、それをめぐって争いが生じていることからして、司法権ならざる権限ではなく、ここで理解された司法権そのものに含まれる」³⁰⁰と述べる。この点については、本稿も付随的違憲審査として許容されるためには、具体的な公権力の行為が審査対象となる必要があることについて、立場を同じくする。しかし、具体的な公権力の行為があっても司法審査が及ばない領域をどのように説明するのかが不明確である。野中の説についても同様のことがいえる。

そして、同心円理論については、抽象的違憲審査と隣接する領域が客観訴訟のみである点が問題であると思われる。主観訴訟においても、実質的当事者訴訟である違法確認の訴えや立法不作為の国家賠償請求訴訟など、抽象的違憲審査に接近しうるものがある。さらに、宍戸は、コアと外周との間に「司法権行使のあり方が憲法上一義的には確定されない中間部分が広く横たわっていることになる」とし、その問題の解決として、「問題となる事案・手続が、同心円構造における中心からどの程度離れているかに応じて、形成の必要性・許容性と内容を判断」する。具体的にその距離を測る尺度は、「各法分野における争訟裁決の必要性と有用性、そして憲法裁判・行政裁判の場合にはそれと並んで、法的統制の必要性と有用性の観点」を用いるのだ³⁰¹とする。しかし、この基準は、曖昧であると言わざるを得ない。判例上、議員定数不均衡訴訟が許容されたことを「争訟裁決の必要性と有用性」があり、「法的統制の必要性と有用性」があったと説明することができるが、議員定数不均衡を実質的に争った平成 26 年最判、平成 24 年最決などが最高裁に受け入れられなかった理由を説明できるのか不明であると言わざるを得ない。

Ⅶ おわりに

本稿で論じた判例の考える司法審査の範囲については、判例を特定の角度から読解することで、見えてくる法理論を考察することを主な課題とし、判例の内在的分析につとめた。よって、判例の批判的検討に関しては、今後の課題としたい。特に、裁判所が自身の職責を権利保護にあると考えることについてそのまま受け入れることとした。しかし、民事訴訟法学における民事訴訟の目的の議論を参照すれば分かる通り、民事訴訟の目的すら権利保護のみに重点をおいていると解することは難しいように思われる³⁰²。村上の見解が示す通り、民事訴訟についての考察も行わないまま、憲法上の司法権が民事訴訟を中心に考えていると考えてきたことは、今後問題として残り続けると思われる。

次に、本稿では刑事訴訟について本格的に検討することができなかった。大日本帝国憲法下における主観訴訟・客観訴訟峻別論の射程は、民事訴訟や刑事訴訟に及んでいたため、峻別論の戦前期から戦後期にかけての継受を分析するにあたり、刑事訴訟について分析することが必要であったといえる。そして、戦後の学説においては、どのように刑事訴訟を司法

³⁰⁰ 野坂・前掲注 156) 47 頁。

³⁰¹ 宍戸・前掲注 11) 32 頁。

³⁰² この点についての民事訴訟法学における議論の蓄積は多分にある。さしあたり、高橋宏志『重点講義 民事訴訟 上 〔第 2 版補訂版〕』(有斐閣, 2013 年) 1-24 頁が全体像を提示している。

権の意義に組み入れるかについて相当の悩みがあったことが指摘できる³⁰³。しかし、本稿の紙幅の関係で、この点への言及は避けることとした。

そして、機関訴訟との関係についても、本稿においては扱うことができなかった。これは機関訴訟が、権利に関するものとは言い難く、かつ、公益に関するものとも必ずしも言えないためである。機関訴訟において重要なのは、権限であり、この権限については、国家がどの機関に権限を分属させ、その権限を持った機関同士において、どのような上下関係があるかも考慮せねばならず、本稿の射程に収まりきらなかった³⁰⁴。

さらに、非訟事件については、検討から除外している。非訟事件については、対審性が確保されないにもかかわらず、違憲審査がなされており³⁰⁵、この点をどのように考察するかは今後の課題としたい。

加えて、司法審査の範囲をめぐる議論の背後に控えていると思われる権力分立論や法の支配論について言及することができなかった。これらの点についても、今後の課題としたい。

³⁰³ 浅賀・前掲注 81) 13 頁や芦部・前掲注 7) 364 頁があえて括弧書で刑罰権を含むと述べていること、神橋・前掲注 19) 12 頁が「刑事訴訟が『法律上の争訟』であるということと平仄が合わない」としたうえで、「しかしながら、民事事件と刑事事件の裁判が司法権に属することは歴史的に確立されたものであり、この点につき理論的に必ずしも説明できないとしても、それは、『司法権』概念の歴史性に由来するもの」としていること等を併せ考えると、刑事訴訟を主観訴訟と考えることには無理があるように思われる。刑事訴訟と「法律上の争訟」との関係について言及がある憲法の概説書として、渋谷秀樹『憲法（第 3 版）』（有斐閣，2017 年）638 頁参照。

³⁰⁴ 機関訴訟については、西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』（有斐閣，2017 年）参照。

³⁰⁵ 直近の事例として、最大決令和 5 年 10 月 25 日判例ウェブサイト掲載がある。