九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

司法権の概念

南野，森

https://hdl.handle.net/2324/27219

出版情報：憲法学の現代的論点〔初版〕，pp.177-200，2006-04-10．有斐閣
バージョン：
権利関係：

7　司法権の概念

I　本章の課題

日本国憲法は第6章を「司法」と題し，その冒頭に「すべて司法権は，最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定める76条1項を置いている。「すべて司法権は……裁判所に属する」という一見すると単純なこの命題について，これまで日本の憲法学説はさまざまな解釈を展開してきたが，そこでの議論は画一化してきたと同時に錯綜してきたとも言える，やや奇妙な様相を呈している。そこでそのような憲法学による解釈群のうちの主なものを整理することを本章の課題とするが，その際，行政作用と裁判所の関係をどう捉えるべきかという問題関心からそのようにすることとする。いったい司法権とはなにか，要すればこれが本章に底流する問いである。

II　司法権の定義

1　清宮四郎

ところで，憲法のたいていの概説書には，「司法権の概念」「司法権の意義」などというタイトルのもとで，司法権とはなにかについての記述が見られる。

それを欠く概説書は，おそらく存在しないか存在してもそれは概説書ではない，とさえ言えるほどに，司法権概念の解説は憲法学にとって基本的なテーマの一つとなっている。そして試みにいくつかの概説書を見てみると，そこには必ずと言ってよいほど一つの司法権の定義が引かれているはずである。清宮四郎による，「一般に，司法とは，具体的な争訟について，法を適用し，宣言することによって，これを裁定する国家の作用をいう」[1]という，あの定義である。そしてそのうえで多くの概説書は，ところが司法権という語が意味することがらは国により時代により変化を伴うものであって，この清宮の定義は司法権の中核にあるものを言い表したものにすぎないとして，そこに多かれ少なかれなんらかの加筆説明を行うことによって日本国憲法の用いる司法権という概念の意義を明らかにする，という叙述を行う。とりわけ旧憲法と現憲法における「司法権」の意義の異同，ヨーロッパやアメリカとの比較などがそこで語られるのがふつうである。

ちなみに，このような叙述のスタイルは，そもそも清宮自身に由来するものであったとも言える。清宮は先の有名な定義に続けて，「ところが，明治憲法のもとでは，司法は，右の作用の全部を意味しないで，特に，私法上の争訟を裁定する民事の裁判と，刑法を適用して刑罰を科する刑事の裁判とに限るものとなし，民事および刑事の裁判権だけを司法権といって，これを司法裁判所に属せしめ，行政事件の裁判については，別にこれを行政裁判所の所管とした(明治憲法61条)。これは，フランスによって代表せられる，ヨーロッパ大陸の諸国で発達した制度に由来するものである。これに対して，日本国憲法は，イギリスやアメリカの制度にならって，司法とは，民事および刑事の裁判のほか，行政事件の裁判をも含めて，すべての争訟の裁判を意味するものとなし，この作用を行なう権能を司法権といい，すべてこれを裁判所に属するものとした」

---

1)　清宮・憲法 I 335頁。芦部信喜は，清宮の定義を「より厳密に定義すれば」，「当事者間に，具体的事件に関する紛争がある場合において，当事者からの争訟の提起を前提として，独立の裁判所が統治権に基づき，一定の争訟手続によって，紛争解決の為に，何が法であるかの判断をなし，正しい法の適用を保障する作用」となると言う（芦部・憲法307～308頁)。芦部の定義は，田中二郎『行政法総論』（有斐閣，1957年）40頁におけるそれとほぼ同一である。

と述べていたのである。

清宮がその司法の定義に続けて以上のように述べるところから明らかなように，彼が「司法権の概念」との見出しで述べるところは，「司法とは，……の作用をいう」という意義の部分と，「右の作用の全部を意味しないで」云々という範囲の部分とから成っている。現在の体系書の多くも，ほぼこのような構造を引き継ぎ，まず司法権の意義を清宮によりつつ述べ，次に司法権の範囲を比較法的に述べることが多いようである。意義と範囲を明確にすることが定義づけにとって必須であると理解されているかにみえる。こうして定義の部分の問題を片付けたうえで，多くの概説書は，これまた清宮同様に，そのような司法権にはしかしながらさまざまな制約なり限界なりが存在するとして，いわゆる統治行為論や部分社会の法理，あるいは自律権や裁量等々について語るのを例とする。そして以上のいわばゆるやかに共通する叙述の構造に通底する鍵概念が，「法律上の争訟」である。

そこで，「司法権の概念」をめぐるいくつかの学説を整理する本章では，まず，この「法律上の争訟」について一瞥しておくこととしよう。

2 法律上の争訟

通説的見解によれば，司法権の対象となるのは「具体的な争訟」（清宮）ないし「具体的事件に関する紛争」（芦部）である。そうすると，日本国憲法の定める司法権概念の意味を明らかにするためには，続いて「具体的争訟（具体的紛争）」とはなにかが憲法の解釈として明らかにされなければならないはずである。ところが一般的には，この問題は憲法の解釈として展開されることはなく，裁判所法という法律の解釈として展開されてきた。

周知のように，裁判所法3条1項は，「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」と規定しているが，「裁判所は……一切の法律上の争訟を裁判」する権限を有するというこの規定は，憲法の「趣旨を確認したものである」[2]とされ，憲法の用いる司法権という語の意味は，裁判所法の用いる「一切の法律上の争訟〔の〕裁判」という語の意味するところと同義であるとの理

解が学説では一般的なのである。こうしてまず，《具体的争訟＝法律上の争訟》という等式が成立し，日本国憲法の定める司法権概念の意味を明らかにするためには，裁判所法の定める「法律上の争訟」とはなにかが裁判所法の解釈として明らかにされなければならないこととなってしまう。そして，「法律上の争訟」とは，判例によって「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」[3]とされたことを受け，学説は一般的に，この定式化をとくに問題とすることなく，むしろ，これに従って司法権の限界等の議論を展開してきた[4]。つまり，ここでこれらの憲法学説は，司法権の概念についての憲法解釈を放棄してしまっているかにみえるのである。

このように憲法上の概念としての「司法権」についての憲法解釈が学説において一般に不存在であることの結果であるかどうかはひとまず措くとしても，

---

2)　清宮・憲法 I 335 頁。宮沢・全訂 593 頁も，裁判所法のこの規定は，憲法 76 条 1 項の「趣旨を明確にしたにとどまり，裁判所に対してなんら新しい権限を与えたものではない」とする。兼子一『裁判法〔初版〕』（有斐閣，1959 年）63 頁も，「憲法の暗黙に前提としていることがらを表現したもの」とする。

3)　最判昭和 28 年 11 月 17 日行集 4 巻 11 号 2760 頁〔教育勅語失効確認決議事件〕。最判昭和 29 年 2 月 11 日民集 8 巻 2 号 419 頁〔席田村議会予算議決事件〕は，たんに「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」とする（最判昭和 41 年 2 月 8 日民集 20 巻 2 号 196 頁〔技術士国家試験事件〕も同様）。最判昭和 56 年 4 月 7 日民集 35 巻 3 号 443 頁〔板まんだら事件〕は昭和 41 年判決を参照するが，定式は昭和 28 年判決によっている（最判平成元年 9 月 8 日民集 43 巻 8 号 889 頁〔蓮華寺事件〕も昭和 28 年判決の定式を採る）。最判平成 3 年 4 月 19 日民集 45 巻 4 号 518 頁〔福岡地家裁甘木支部廃止事件〕は，平成元年判決を参照するが，「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」とのみ言う。最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 巻 6 号 1134 頁〔宝塚市パチンコ条例事件〕は昭和 56 年判決を参照して昭和 28 年判決の定式を繰り返す。なお，最高裁判所事務総局総務局『裁判所法逐条解説 上』（法曹会，1967 年）22～23 頁も昭和 28 年判決の定式を採っている。

4)　《具体的争訟＝法律上の争訟》という等式を示したのち，その右辺を判例の定式によって説明する典型として，芦部・憲法 309～10 頁の，「『具体的な争訟』という要件は，具体的事件性（または事件性）の要件と言われることも多い。裁判所法 3 条の『一切の法律上の争訟』も同じ意味である。判例は，『法律上の争訟』の意味について……」という記述がある。以上のような通説的見解に対しては，野坂泰司「憲法と司法権――憲法上の司法権の捉え方をめぐって」法教 246 号（2001 年）42 頁以下による批判を参照。

少なくとも，学説が一般的に，《司法権＝具体的争訟の裁判＝法律上の争訟の裁判》という等式を受け入れ，かつ，「法律上の争訟」については判例の定式を受け入れたことによって，司法権をめぐる憲法学説は，重大な理論的問題を未解明のままに残し，また，論理的な矛盾ないし混乱をその叙述に含む，という少なくとも二種類の代償を支払う羽目になったように思われる。そして本章では，このような代償の典型として，行政作用との関係における憲法上の司法権概念をめぐる問題を取り上げようというわけである。司法権をめぐる憲法学説における混乱は，こと概念定義をめぐる問題にはもちろん限られず，たとえば司法権の限界をめぐる叙述にもみてとることができようが，本章ではそのすべてを検討することはできない。

以下では，行政作用との関係における司法権概念をめぐる問題として，まず客観訴訟と司法権の関係を考察することとするが，その前に，念のため行政訴訟一般についても一瞥しておくことにしたい。行政訴訟が裁判所の管轄に属することを疑う者はもはやいない[5]とは思われるが，理論的には，それが司法権の対象であるということは必ずしも普遍・自明のことではないからである。

III 行政事件と司法権

1 行政訴訟

司法権の範囲が狭い国の典型はフランスであるとされる。ナポレオンによって1799年に国務院（コンセイユ・デタ）が設立されるが，以降この国では，行政事件は，民刑事事件を扱う司法裁判所とは異なる独立の行政裁判所によって扱われることになっている。また現行の1958年憲法で導入された違憲審査制は，憲法院という特別の合議機関によって行われ，司法裁判所にその権限はな

5) たとえば最大判昭和24年6月15日民集3巻7号265頁は，「日本国憲法および裁判所法の施行に伴い，裁判所は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権限を有することとなつたので，いわゆる行政事件は裁判所の所管するところとな」った，とした。

い。逆に司法権の範囲が広い国の典型はアメリカであるとされる。連邦最高裁判所を頂点とする司法裁判所は日本で言うところの行政事件を扱うし，また，1803年以降は違憲審査制も自らの権限としている。

そして日本では，まず旧憲法の61条が「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」としたのを受け，憲法施行の少し前に施行された行政裁判法により，一審にして終審の（ただし原則として訴願前置主義を採った）行政裁判所が東京に設置された。当時のフランスに近い制度を採用したものと言えるだろう。これに対して現憲法においては，旧憲法61条に相当する条文が存在しないことのみならず，76条2項による行政機関の終審裁判の禁止，および81条による「一切の……処分」の違憲審査権限の（最高）裁判所への付与を主たる根拠として，アメリカ型の広い司法観を採用したものと理解するのが現在では一般的である。こうして現在の多くの概説書においては，行政訴訟が憲法上の司法権の一内容として裁判所に係属することについて，とくに疑問を呈するものはなくなっている。

ところがこの点については，よく知られているように，かつて美濃部達吉が異論を唱えていたのである。彼は，「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旧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当すべき観念は自ら一定して居るのであるから，独り新憲法に於いて此等の伝統的意義を捨てて新規な独自な意義に用ゐたものと解することは穏当ではなく，旧憲法（57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つて，司法権の観念が当然にそれを包含するものではない」[6]としていた。美濃部によれば，新憲法下の裁判所が

6）美濃部達吉『新憲法の基本原理』（國立書院，1947年）166頁。なお，晩年の美濃部が行政訴訟の位置づけについて述べるところには必ずしも一貫していないように見受けられる部分があることを検討し，しかしながら少なくとも憲法上の司法権概念が行政事件を含まないという点では一貫していることを指摘するものとして，村上裕章「憲法と行政訴訟――両者の関係についての一試論」北大法学論集46巻4号（1995年）1頁以下の詳細な注2（8頁以下）を参照。

行政訴訟を担当するのは，憲法76条により与えられた司法権の一内容としてではなく，裁判所法3条により与えられた権限によるのであった。

そしてこのような美濃部説が大方の賛同を得るには至らなかったことも周知のことに属しようが，柳瀬良幹が関連して重要な指摘を行っていたことはどうであろうか。「日本国憲法にいう司法権の概念と，行政事件訴訟法についての通説的解釈のいう司法権の概念の間に，少なくとも理論的な未整理があるのではないか」という問題関心から，ほとんど忘れ去られた感のある柳瀬の指摘を再び取り上げたのが藤田宙靖であった[7]。日本国憲法は，旧憲法とは異なり司法国家制を建前とする英米法の影響下に制定されたものであることを主たる理由として，その司法権概念には民刑事の他に行政事件も含まれる，とする通説に対する柳瀬の批判は，藤田によれば，「“現行憲法が英米型の『司法国家制度』を導入したものと考えるならば，そのことと，我国従来の行政訴訟理論とをどう接合させるのか，という問題，すなわち，本来民事事件と行政事件の明確な観念的区別の無い英米法上の『司法』概念と，民事事件とはその性格を異にする行政事件という観念を前提とする我国の行政訴訟理論とが，どのように接合させられ得るか，の問題は，決して安易に考えらるべき問題ではない”ということを示唆するもの」[8]である。

戦後の行政法学説が，憲法上の司法権概念が戦前と戦後で変化したとする憲法学説の通説的見解を受容しながらも，「民事事件とはその性格を異にする行政事件という観念」を維持した背景には，「田中・兼子理論」としてまとめうる行政法の田中二郎と民事訴訟法の兼子一の所説の存在を指摘することができる[9]。そして憲法学説がその司法権概念を戦前と戦後で転換させたことには，

---

7) 藤田宙靖「『司法』の概念と行政訴訟」同『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣，2005年）218頁以下（初出は1978年）参照。ただし引用箇所は，同書「あとがき」444頁。藤田の引用する柳瀬の著書は，『憲法と地方自治』（有信堂，1954年）である。

8) 藤田・前掲注7）222頁。

9) 「田中・兼子理論」という言い方は，小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会，1983年）246頁による。角松生史「行政法との関係——行政訴訟制度をめぐって」法セ612号（2005年）33頁以下を参照。角松論文は，本文でとりあげた藤田の指摘に対する一つの重要な回答ともなりうる必読の論攷である。なお，兼子説については，笹田栄司『裁判制度』（信山社，1997年）56頁以下をも参照。

戦前の狭い司法権概念はたんに歴史的沿革によるものにすぎず，そもそも理論的には行政訴訟をも含む広い司法権概念こそが本来であるとする，兼子の「逆転の発想」[10]の影響が――戦前の宮沢が司法権概念を「理論的に構成すること」を「不可能」としていた[11]にもかかわらず――甚大であった。むしろ，行政訴訟が司法権に含まれるとする憲法解釈は，戦後初期の兼子説[12]そのままであるとさえ言える。そして，憲法解釈として行政訴訟が司法権に含まれるとしながら，従って旧憲法の司法権概念とは異なる広い司法権概念を一方で受容しながら，にもかかわらず，行政作用との関係での司法権の限界論（たとえば裁量論や内部事項論，義務付け訴訟の否定や執行停止・仮処分の制限など）においては旧憲法下における狭い司法権概念が依然として幅を利かしているかのような状況を他方では受容するという，俄には理解しがたいとも言える矛盾を戦後の公法学説が引き受けたこともまた，兼子説の影響力のもたらしたところであった[13]。少なくとも戦後憲法学の通説的見解は，憲法上の司法権概念の劇的な転換にいわば行政法学上の司法権概念が付き従って来てはいないかのような状況に，さほどの頓着を見せなかったのである。そして，行政訴訟のなかでも客観訴訟と呼ばれるものの憲法上の位置づけについては，他ならぬ憲法学説自身が，司法権概念の転換を徹底して受け止めえなかったかのような状況を鮮明にみてとることができる。

10）角松・前掲注 *9*）36 頁。

11）参照，宮沢俊義「司法作用の概念」同『憲法と裁判』（有斐閣，1967 年）27 頁以下（初出は 1936 年）。よく知られているこの宮沢の主張については，樋口陽一「解題」同編・講座(6)1 頁以下，6～7 頁の「ひとつの見方」が参照されるべきである。

12）兼子一「新行政訴訟の基礎理論」同『民事法研究Ⅱ』（酒井書店，1954 年）69 頁以下，76～77 頁（初出は 1948 年）を参照。角松・前掲注 *9*）35 頁による引用。また，兼子・前掲注 *2*）62 頁も参照。

13）このように，新憲法型の広い司法権概念と旧憲法型の狭い司法権概念が，行政訴訟に関する理論において併存していることを夙に――藤田と同時期に――鋭く指摘し，批判していたものとして，奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法 41 号（1979 年）97 頁以下が参照されるべきである。角松・前掲注 *9*）36 頁も，兼子・前掲注 *12*）等を引用しながら，「2004 年〔の行政事件訴訟法〕改正に至るまで行政訴訟実務を支配した義務付け訴訟原則否定論の原型が，ここに確立する」と言う。

2 客観訴訟

行政事件訴訟法によれば，民衆訴訟とは「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で，選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するもの」(5条）であり，また機関訴訟とは「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟」(6条）である。講学上これらをまとめて一般に客観訴訟と呼ぶ[14]が，いずれも「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」(42条)。そして客観訴訟が司法権の対象とされることについては，これまた実務上疑いを差し挟む余地はないにもかかわらず，そのことを理論的にいかに説明するかについて，憲法学説は錯綜しており，いまだ決着をみていないと言える。

先にみたとおり判例・通説によれば，まず，司法権の対象は《具体的争訟＝法律上の争訟》であり，次に，「法律上の争訟」とは事件性の要件（具体的な権利義務関係・法律関係の存否をめぐる紛争であること）を充たし，かつ，終局性の要件（法律の適用によって終局的に解決できること）を充たすもののことである，ということになる。そうすると，民衆訴訟は，その定義からして原告の主観的な権利利益を主張するものではないから事件性の要件を充たしておらず「法律上の争訟」にはあたらないし，機関訴訟は，法人格を有しない機関相互の紛争であり，そもそも「法律上の争訟」にはあたらないことになる。こうして，日本の裁判所は，憲法上司法権の対象とはならないものを扱う権限を立法政策によって与えられているということになる。ではいったい，客観訴訟を扱う権能

---

14) この用語法については，実際に法定されている各種の民衆訴訟・機関訴訟に「共通する何らかの特徴があるとしても，それは，要するに個人的利益主張を基礎としない，すなわち主観的訴訟でないという，消極的な共通点にすぎない」として，むしろ「非主観的訴訟」と呼ぶ方が適切であるとする，小早川光郎「非主観的訴訟と司法権」法教 158 号（1993 年）97 頁以下がある（引用は 98 頁)。なお，民衆訴訟の例としては，公職選挙法上の選挙訴訟や当選訴訟，地方自治法上の住民訴訟，直接請求に関する訴訟，さらに最高裁判所裁判官の国民審査に関する訴訟があり，機関訴訟の例としては，地方議会と地方公共団体の長の間の訴訟がある。

は何なのか。行政概念についての控除説を前提とするならば，それは行政権であるということになり，そのような権能が，裁判所法3条1項の「裁判所は……その他法律において特に定める権限を有する」という規定によって，すなわち立法政策によって，司法裁判所に与えられているということになりそうである。そうだとすると，憲法によって定められた権限分配が，法律によって変更されているということになるのではないだろうか。言いかえるならば，それは憲法の定める所掌事務を法律が変更するということになりそうであるが，ならばそれは端的に，憲法違反なのではないのだろうか。しかしこのような問題は，「通説においては，全く検討されておらず，それどころか問題そのものもほとんど自覚されていないように思われる」[15]とさえ言われる。

客観訴訟を裁判所が担当することを憲法違反とするのはいかにも蛮勇を要する。かといって，判例・通説の法律上の争訟概念を維持したうえで客観訴訟が合憲であることを説明するのはやはり容易ではない。憲法上の司法権概念の解釈を法律解釈に還元せしめた憲法学説が支払わざるをえなかった代償の一つが，この問題の未解明であったのである。

ところで近時のいくつかの学説は，この問題を解明する――すなわち客観訴訟が合憲であることを理論的に説明する――という観点からみて注目すべき見解を提示するようになっている。本章に底流する問題関心からすると，ことは憲法上の司法権の概念そのものを見直すことにつながる，スケールの大きい理論展開であるとも言える。これを次に検討することとしよう。

15）野坂・前掲注4）43頁。また，佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社，1984年）も「通説は，行政事件訴訟法に定める『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」（4頁）とする（初出は1981年）。

IV 司法権概念の再検討

1 客観訴訟と事件性

客観訴訟が合憲であると言うためには，いくつかの可能性があるだろう。

第一に考えうるのが，実は客観訴訟も法律上の争訟なのだと説明することである。そうであれば，客観訴訟は当然のことながら司法権の対象となり，ゆえに客観訴訟を扱うことは憲法76条が裁判所の権限として認めるものとなり，つまり憲法問題は消滅する。たとえば野中俊彦は，「一般論としては客観訴訟はそもそもその定義自体からして司法の本質的要素に関係なく設定されているので，一般的に司法に含まれるとはいえない」としながらも，「現行の客観訴訟はどれも実質的に事件性・争訟性を満たしていると理論構成できる（あるいは，出来るはずだと考える）」とする[16]。《憲法76条の司法権＝具体的争訟＝裁判所法3条の法律上の争訟＝判例の定式》という通説的見解の長い等式を前提として，判例の定式に含まれる事件性の要件を「相当に流動的にとらえる」[17]方途であると言えよう。行政法学において，客観訴訟の主観的性格ないし主観訴訟の客観的性格が語られてきた[18]のと同じ方向の議論であるとも言える。たしかに，「少なくとも住民訴訟について言えば，……実は主観訴訟なのだと説明できそうである。しかしそれでも，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」[19]。なお，野坂泰司も事件性概念の拡大を主張

---

16) 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『二一世紀の立憲主義——現代憲法の歴史と課題』（勁草書房，2000年）425頁以下，435頁，438頁。ただし野中論文は，「現行の客観訴訟」として，選挙訴訟，当選訴訟，職務執行命令訴訟についてのみ検討を行う。

17) 野中・前掲注16）442頁。

18) たとえば雄川一郎「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」同『行政争訟の理論』（有斐閣，1986年）380頁以下（初出は1982年）や，同「訴の利益と民衆訴訟の問題——主観的訴の利益の拡大とその限界に関する一般理論への試論」同書287頁以下（初出は1976年）を参照。

19) 安念潤司「司法権の概念」争点〔第3版〕224頁以下，224頁。

する[20]が，野中とは異なり，上の等式を否定するようであるので，ここでは触れず後述する。

第二の可能性は，客観訴訟は司法権の対象にはやはり含まれないものの，しかし司法権の対象ではないものを裁判所に管轄させることは必ずしも憲法に違反しない，とすることである。司法権の担い手たる裁判所を「法原理部門」と位置づけ，そのような部門による「法原理的決定」になじみやすく，かつ，その決定に終局性が保障されるものであれば，司法権には本来含まれない作用を裁判所に付与することも憲法上認められるとする佐藤幸治の所説[21]はよく知られているだろう。憲法76条の「すべて司法権は……裁判所に属する」という規定の規範的意味は，裁判所が司法権を独占的に行使するべきだということであって，裁判所が司法権ではない権能を行使してはならないことを意味するわけではないという憲法解釈が前提とされている。佐藤によれば，「本来的司法権を核として，その周りには法政策的に決定さるべき領域が存在している」[22]のである。

通説的見解と比べれば，野中説は事件性概念をいわば拡大し，佐藤説は憲法76条の意味をいわば拡大するものであると言えようが，こと客観訴訟の合憲性というここでの問題関心からみるならば，実は両者の径庭はさほど大きくないとも言えるということに注意したい。「すべて司法権は……裁判所に属する」という憲法76条の規定は，「司法権しか裁判所に属させてはならない」という意味に解釈しなければならないわけでは必ずしもないという理解を佐藤は前提としているわけであるが，そうだとしても，行政権を裁判所に属させたり，立法権を裁判所に属させたりすることは，それぞれ「行政権は，内閣に属する」とする憲法65条や「国会は……国の唯一の立法機関である」とする憲法41条に反することになろう。そうすると，憲法76条によって裁判所に与えることのできる権限として佐藤が想定するものは，司法権でもなく，立法権でもなく，

20）野坂・前掲注4）47頁以下を参照。

21）この点に関する佐藤の論攷は数多いが，とりあえず，論文集として佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣，1988年）のみを挙げておく。概説書における記述として，佐藤幸・憲法298～99頁。

22）佐藤幸・憲法298頁。

行政権でもない権限ということにならざるをえない。鵺のような権限ということであろうか。さらにそうだとすると，佐藤自身が行政権の概念について限定的にせよ控除説を採る[23]こととの整合性が問われねばならないであろう。おそらく佐藤の趣旨は，憲法76条が裁判所に与えることを認めている権限は，本来的司法権に加えて，立法政策上認められるとはいえその性格は本来的司法権に類似した権限――「法原理的決定」になじみやすく，終局性が保障されるものの裁判権――に限られるというものであり，そのような権限とは，「もう少し具体的にいえば，『事件・争訟性』を擬制するだけの内実を備えている」[24]ものの管轄権ということになるのであろう[25][26]。結局のところ，現行の客観訴訟が合憲であるのは，それが事件性を擬制するに足る性質を備えているからであるということになる。こうして，野中説との差違はほとんどなくなるというわけである。「結局佐藤においては，一方で事件でないとしたものを他方で事件と同様に取り扱うということになる。しかし，これはいかにも迂遠な議論の感を免れない」[27]と言われる次第である。

2 客観訴訟と「事件」

野中説にせよ佐藤説にせよ，いずれも，《司法権＝具体的争訟＝法律上の争

---

23) 佐藤幸・憲法209頁以下を参照。

24) 佐藤幸・前掲注21)『現代国家と司法権』251頁。

25) そのように理解しなければ，通説的見解が客観訴訟について「立法政策上の見地から設けられたものとしてこれを是認」することを佐藤が批判すること（前掲注15）参照）と，佐藤自身が「本来的司法権を核として，その周りには法政策的に決定さるべき領域が存在している」と言うこととのあいだに，有意義な差違を認めることは困難となろう。

26) 憲法の用いるいくつかの「統治のもっとも基本的な枠組みを示す概念」は「一義的に固定された意義をもつ」ものではなく，司法権概念も，「その外周（最大領域）とコア（最小領域）の間に，中間領域が広がるという，いわばドーナツ（同心円）構造をとると考えられないであろうか」とする中川丈久「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63号（2001年）124頁以下は，「その中間領域が，裁判所や法律によってどう画されるかにより，伸縮しうることとなる」という前提を採ることによって，少なくとも立法政策による憲法解釈を一貫性を持って説明することに成功する，巧みな解釈を披露する（127～28頁）。なお，中川は，客観訴訟は「法律上の争訟」に該当するとする。

27) 野坂・前掲注4）45頁。

訟＝判例の定式》という等式を前提としたうえで，客観訴訟の合憲性を論拠づける立場を採るものであったのに対して，第三の考え方は，この等式それ自体を否定することによってそうしようとする。そもそもの問題は，この等式の最右辺に事件性の要件が現れるからこそ，それを充たさない客観訴訟をこの等式の最左辺に含ませることがそのままではできない，ということであった。だとすると，最右辺と最左辺との間にあるいずれかの等号を断つことができれば，ここでも問題は霧消する。

この等式のうち，《司法権＝具体的争訟》という部分を否定するのが高橋和之である（すなわち《司法権≠具体的争訟＝法律上の争訟》となる）。司法権の定義を，その作用の性質に着目して，「適法な提訴を待って，法律の解釈・適用に関する争いを，適切な手続の下に，終局的に裁定する作用」[28]とする高橋にとって，「法律上の争訟＝具体的争訟」とは司法権の対象を示すものに過ぎず，司法権の定義とは別問題である。① 憲法が国民に対して一定の実体的権利を与えている場合，そして ② 法律が国民に対して一定の実体的権利を与えている場合には，たとえばその権利が侵害されたと考える者は当然に憲法32条の裁判を受ける権利を有するが，このような場合が通説的見解にいわゆる事件性の要件を充たす場合であり，法律上の争訟であるということになる[29]。これに対して，③ 実体的権利がないにもかかわらず法律によって提訴権のみが認められている客観（民衆）訴訟は，憲法32条の裁判を受ける権利の問題ではなく，したがって通説・判例の言う事件性要件を充たす場合ではなく，裁判所法3条の「その他法律において特に定める権限」として裁判所に与えられたものとなる。そしてそのいずれも（①②③）が，憲法76条の司法権の対象である，ということになる。司法権の対象となるこれらのものを高橋は「事件」と呼ぶためやや煩雑ではあるが，簡略化して示すならば，高橋においては，《司法権の対象（＝「事件」）＝法律上の争訟（＝事件性要件充足＝裁判を受ける権利）＋客

28）高橋和之「司法の観念」同・制度構想141頁以下，150頁（初出は1995年）。

29）判例の定式では，事件性要件に加えて終局性の要件をも充たさなければならないが，高橋は，国家試験の合否判定についての争いも，信仰対象の真否に関する争いも，「法律の適用により終局的に解決」できないものではなく，司法権の外在的限界の問題であるとする。高橋・前掲注28）158頁以下を参照。

観訴訟》ということになる。ちなみに，高橋は行政権を「法律の執行」として定義し，いわゆる控除説を否定する[30]ため，客観訴訟がそもそも行政作用であるにもかかわらず法律によって裁判所に与えられたということにもならない[31]。

ところで，先にも触れたように，野坂泰司もまた通説的見解の長い等式を否定する。しかしながら高橋とは異なり，野坂は通説的見解における司法権の定義を受け入れたうえでそうしようとする。通説的見解が「司法とは，具体的な争訟について」と言うときの「具体的（な）争訟」を，裁判所法3条の「法律上の争訟」と同義であるとは解さないところに野坂の特色があるのである。すなわち，高橋が《司法権≠具体的争訟＝法律上の争訟》とするのに対し，野坂は《司法権＝具体的争訟≠法律上の争訟》とするわけである。通説・判例では「具体的争訟＝法律上の争訟」とは事件性要件（および終局性要件）を充たすもののことであるが，野坂はそこで言われている事件性概念を拡大させる。つまり，「『事件性』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になる」[32]。そこで客観訴訟は，裁判所法3条の「法律上の争訟」には該当しないものの，具体的な公権力の行為をめぐる争いとして，憲法上の司法権の内容たる「具体的争訟」には該当するということになる。いわゆる定数訴訟や住民訴訟において裁判所が憲法判断を行っていることをうまく説明できるという意味においても――これは高橋の司法権概念にも言えることである――，そしてなによりも通説的見解を劇的に否定する必要がないという点において，適切な方向性をもつ憲法解釈であると考えられるものの，その用語法に従うと，一方で具体的争訟＝広い事件性要件とされ，他方で通説・判例が法律上の争訟＝事件性の要件とすることから，野坂の自覚する通り「多少の違和感が伴う」[33]ことは否定できないし，なによりそれはややこしい。「『事件性』は『法律上の争

30) 高橋和之「日本国憲法における『立法』と『行政』の概念」同・国民内閣制 337 頁以下（初出は 1991 年）参照。

31) 概説書における記述として，高橋・憲法 338 頁以下を参照。また高橋・前掲注 28）への佐藤幸治による批判に応えて書かれてもいる高橋「司法制度の憲法的枠組――法の支配と司法権」同・制度構想 165 頁以下（初出は 2001 年）も参照。

32) 野坂・前掲注 4）47 頁。

33) 野坂・前掲注 4）47 頁。

訟』よりも広い概念として再定義されることになる」と言う代わりに，「具体的な争訟」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になる，と言えば，用語法上の混乱を招くことなく野坂の趣旨を維持することができるかも知れない。そうだとすると，通説的見解の司法権の定義を維持しようとする野坂説は「具体的な争訟」の再定義を――事件性概念の再定義ではなく――求めれば良いことになり，「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……司法権そのものに含まれる」[34]とする野坂の理解は，「法律の解釈・適用に関する争い」を司法権の定義の核に据える高橋の見解とのあいだに，実はこれまたさほどの径庭を有さないものであると考えることさえできよう。いずれも，長谷部恭男の言う「争訟の状況」[35]を司法権の概念に必須のものとしている，とひとまずは言えるのである。

以上のように整理をしてみると，近時のいくつかの学説は，客観訴訟が合憲であるという結論では一致しているものの，それが憲法76条の司法権に含まれることを正面から認める見解――通説的見解の司法権定義を一応肯定する野坂と否定する高橋――と，現行の客観訴訟を主観訴訟的に理解することによって合憲とする見解――事件性を柔軟に捉える野中と事件性を擬制する佐藤――とに大きく分けることができる。前者は通説的見解の司法権概念にやはり変更を迫るものであり，後者は――佐藤による通説的見解のそれとは一見異なる司法権の定義[36]にもかかわらず，そして少なくとも客観訴訟をめぐるここでの問題関心からすると――通説的見解の司法権概念を変更する必要を必ずしも認めないものであると言えるだろう。

以上でひとまず本章の課題を終えたことにはなるが，通説的見解がやはり克

34）野坂・前掲注4）47頁。

35）長谷部恭男「司法権の概念と裁判のあり方」ジュリ1222号（2002年）140頁以下を参照。

36）「『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」（佐藤幸・前掲注21）『現代国家と司法権』57～58頁〔初出は1986年〕）。ここで「具体的紛争」という概念が含まれていることに注意すべきである。

服されなければならないことは，ふつう概説書が司法権の定義に続いて論じる司法権の限界に関する問題を瞥見すれば，より一層明らかになるだろう。最後にこの点を少しだけ，ここでも行政作用との関係という観点からみておこう。

V 司法権の限界と残された課題

1 通説的見解

通説的見解に代表される多くの憲法学説が一般的に，《司法権＝具体的争訟＝法律上の争訟＝判例の定式》という長い等式を受け入れたことによって，司法権をめぐる憲法学説が支払わざるをえなかった代償のもう一つが，司法権の限界に関する叙述における重要な理論的問題の不存在である。実は，ここでは問題はむしろ，上のような等式を受け入れたにもかかわらず生じた，と言うべきかも知れないが，やはり憲法上の「司法権」についての憲法解釈が十分に存在しなかったことの代償であることには変わりがないように思われる。

まず，司法権の限界に関する通説的見解を，概説書に拠ってみてみよう。

清宮は，裁判所が「一切の法律上の争訟を裁判」するという原則に対する「例外」として，① 憲法上の例外（議員の資格争訟の裁判，裁判官の弾劾裁判），② 国際法上の例外（一般国際法上の治外法権，条約上の刑事裁判権の制限），に加え，③「性質上，裁判所の審査に適しないと認められるもの」を挙げる。そしてこの③には大別して，(ア) 自律権に属する行為（議員の懲罰など），(イ) 自由裁量に属する行為（国務大臣の任免など），(ウ) 統治行為の三種類があると言う。「かねてから賛否両論がある」統治行為について，清宮は，米仏では「それについての法的判断は可能であっても，高度の政治性などにかんがみて，裁判所の審査から除外される行為と解されている」としたうえで，それを日本において肯定する根拠として「内在的制約説」と「自制説」とがあるが，「『自制説』は，おもに，裁判所がタッチしては始末に困るような結果をまねくことからは手を引くべきであるという実際的理由を論拠とする。しかし，『内在的制約説』にもやはり実際的理由がひそんでおり，それが大きく働いていることをみのがすこ

とはできない」とする。そして清宮自身は，限定的に統治行為を認め，その根拠として，具体的に理由を明らかにしたうえで裁判所が自制すべきとする立場を採る。終局性の要件を司法権の定義に入れなかった清宮は，現在の概説書ではほとんど必ず述べられている，「法律上の争訟」に該当しないためそもそも裁判所の審査権が及ばないとされる国家試験の合否や宗教上の教義をめぐる争い（および抽象的審査）については触れていない[37]。

この点について芦部が述べるところも，以上の清宮の記述と大きく変わらない。清宮と異なっているのは，まず「法律上の争訟」について述べるところで抽象的審査，国家試験の合否，宗教上の教義等に裁判所の審査権が及ばないことを述べ，さらに「司法権の限界」に関して，③「事柄の性質上裁判所の審査に適しないと認められるもの」（傍点は芦部）に(エ)「団体の内部事項に関する行為」を加える点のみである[38]。

2　学説の使命

このように，通説的見解における司法権の限界論はいずれも簡潔な記述であり，先に触れたように，一方で憲法上の司法権概念に行政訴訟が含まれることになったとしながら，他方で――とりわけ行政法学の通説的見解によって――行政作用との関係において司法権には一定の限界があるとされてきた点についての検討はなされていない。比較的詳しく述べられているのは，いわゆる統治行為や団体の内部事項に関するもののみであるとも言える。

ところで，行政作用との関係における司法権の限界を示す典型とも言えるのが，裁判所による行政処分の執行停止に対する内閣総理大臣の異議の制度（旧行政事件訴訟特例法10条，現在の行訴27条）である。周知のように，行政法学におけるかつての通説的見解を代表した田中二郎は，「行政処分の執行停止を命ずる権限は，もともと，司法固有の権限ではなく，性質上は，行政作用の性質を有するものである」として，このような制度を合憲と解していた[39]。そし

37）以上，清宮・憲法Ⅰ337～41頁を参照。

38）芦部・憲法310～17頁を参照。

39）田中二郎「行政事件に関する司法裁判所の権限――司法権の限界について」同『行政

てはたして兼子もまた同様に，「執行停止は，行政処分の効力を一時停止させる処分であって，本案の終局判決をする権限に当然付随する権限に基づくものとは観念でき」ず，内閣総理大臣の異議の制度を「本来の司法権の侵奪と見るのは当らない」[40]としていた。先にみた藤田の指摘はまさにこの点について，憲法76条によって英米法型の司法概念が採られたとするのであれば，そのことと，このような通説的見解とが，「どのように相容れ得るのかについては，少なくとも，明確な説明が要求されるところと言うべきであろう」とするものであったのである[41]。

その後行政法学においては，この制度の合憲性には疑義を呈する有力学説が藤田のみならずいくつか現れ，「少なくとも立法論としては廃止を相当とするのが学説の大勢である」[42]とも言われていたが，2004年の行訴法改正に際しては，「今回はその見直しのタイミングではないということで，触れられなかった」[43]。憲法学説においても，現在ではこの制度の合憲性については少なくと

争訟の法理』（有斐閣，1954年）129頁以下，141頁（初出は1949年）を参照。雄川一郎も――行訴特例法にこのような制度が規定される機縁となったとされる「平野事件」に関連して――「仮処分をもって行政処分の執行を停止し得るかという問題」については，「その旨の明文がない限り，裁判所は当然には行政処分の執行停止をなし得る権能を有しない」，「行政処分の執行或いはその停止はそれ自身行政作用であり，そこまでコントロールすることは，司法権固有の権限ではなく法の規定を俟って始めて（ママ）可能となるものと考えなくてはならぬ」としていた。雄川「司法権をめぐる違憲問題」同『行政争訟の理論』（有斐閣，1986年）475頁以下，486頁（初出は1949年）を参照。平野事件やこの制度をめぐる学説・判例については，佐藤英善「内閣総理大臣の異議」ジュリ925号（1989年）186頁以下を参照せよ。

40) 兼子一「司法権の本質と限界――青森県議会除名処分事件に関する最高裁の決定を中心として」同・前掲注12)『民事法研究II』157頁以下，164頁（初出は1953年）。

41) 藤田・前掲注7) 223頁。なお，藤田は田中による義務付け訴訟否定論をも併せて論じているが，これについては2004年の行訴法改正により，立法上一定の解決をみた（しかし民事訴訟法上の給付訴訟とは異なり，行訴法では訴訟要件・本案要件が定められたことには注意が必要である）。

42) 村上裕章「執行停止と内閣総理大臣の異議」芝池義一＝小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の争点〔第3版〕』（有斐閣，2004年）122頁以下，123頁。

43) 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』（ジュリ増刊，2005年）182頁〔小早川発言〕。

も疑義を呈する概説書が多数を占める[44]と言えるが，行政作用との関係における司法権の限界というここでの観点からすると，議論は必ずしも深まってはいないと言わざるをえない。今から30年近くも前に日本公法学会において奥平康弘が，「通説が，あげて既存の訴訟法に全面降伏し」ているかのような状況を慨嘆していた[45]にもかかわらず，そうなのである。「田中・兼子理論」を受け入れた戦後の多くの憲法学説には，内閣総理大臣の異議の制度のみならず，行政処分の執行停止決定についての厳しい制限（2004年改正前の行訴25条，44条）や義務付け訴訟等の否定原則（同改正前の行訴法参照）などについて，「まず行訴法ありきの発想，つまり行訴法で裁判的救済の有無や範囲を左右できるという発想」にとどまり，「訴訟手続法にどう書こうと，救済できるかどうかは別のところで，つまり個別法の解釈や憲法上，決まっているのだ」[46]（傍点南野）という見地からの，憲法学説としての十分な理論的対応はみられなかった[47]。ことは行政法学と憲法学との交流如何という別種の問題にも及ぶであろうが，ここではひとまず，行政裁量が司法権の限界をなすという通説的見解の極めて簡潔な叙述に潜む問題性とあわせて，憲法学における十分な検討の不在を指摘しておくにとどめたい。この点，とくに義務付け訴訟の否定原則の根拠として言われることの多い「行政の第一次的判断権とは，行政に最初の機会を与えなければならないという趣旨に理解すべきであり，与えられた機会を行使しなかった場合や，あるいは，正しく行使しなかった場合には，司法権がそ

44）たとえば野中ほか・憲法II 217頁〔野中執筆〕，佐藤幸・憲法308頁，長谷部・憲法405頁など。

45）奥平・前掲注13）101頁参照。ただしこの奥平の表現は，直接には「憲法訴訟」が民事・刑事・行政の訴訟法でまかなわれていることに通説が何の問題提起をも行わないことを指してなされている。なお，「訴訟法の留保」を指摘する棟居・新構成288頁以下も参照せよ。

46）小早川編・前掲注43）30頁〔中川丈久発言〕。ただしこの中川発言は，2004年の行訴法改正において，目的規定を置くか置かないかについて行政訴訟検討会で議論がなされたものの，結局置かれなかったことに関連する検討の文脈で，「行訴法に，権利利益救済か適法性維持かといった目的規定を置こうという発想そのものが，まず行訴法ありきの発想」ではないかと批判する趣旨で述べられたものである。

47）たとえば，佐藤幸・憲法293頁は「わが国の行政事件訴訟制度の形成に，憲法解釈論が直接深くかかわるということがなかったようにみえる」と言う。

の非をとがめて制裁的判決を下すことも許されると考えるべきであろう」[48]とする高橋の見解は，「まだ抽象的な言明にとどまっているように思われる」[49]と評されるものの，伝統的な行政庁の第一次的判断権の理論がもはや妥当性を維持しえないことを明らかにする近時の行政法学説の動向[50]に沿うものとして，注目に値しよう。

憲法学説が，行政法学説とともに，司法権概念のような基礎概念について今後検討しなければならない課題はまだまだ山積しているのである。「基礎概念についてもっと明確に議論をしなければいけない，それが学者の役割ではないか」[51]！

◆……

「司法権の概念」が日本国憲法という一つの法典においてどのように用いられているのかを検討するに際して，それが「立法権」や「行政権」という概念といかなる関係にあるのかを考えなければならないことは，改めて言うまでもない。それぞれにつき，第**5**章，第**6**章が熟読されるべきである。そしてこれらの概念は総じて「権力分立」というタームの下で論じられてきたが，「法の支配」というもう一つの視点を取り入れることによってこれらの概念を再検討する高橋和之らの議論を鋭く分析する第**2**章もまた，本章を補うものである。

48） 高橋・前掲注*28*）162頁。

49） 宍戸常寿「司法権の概念」小山＝駒村編・論点探究303頁以下，310頁。このように高橋説を評する宍戸自身のこの点に関する今後の論攷にも，大いに期待したいところである。

50） 小早川光郎「行政庁の第一次的判断権・覚え書き」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』（有斐閣，2004年）217頁以下を参照。

51） 宇賀克也ほか「行政事件訴訟法を見直す（下）」自治研究76巻6号（2000年）3頁以下，31～32頁〔塩野宏発言〕。

【参考文献】

「司法権の概念」をめぐる文献は，重要なものだけでもとても列挙し尽くせない数にのぼる。そのようななかで，本章が参照しえなかったもののうち，「入門」書に寄稿されたものではあるが，その凝縮された記述のなかにこの問題をめぐる鋭利な考察を潜ませている必読の論攷として，宍戸常寿「司法権と裁判所」山内敏弘編『新現代憲法入門』（法律文化社，2004年）324頁以下をまず何よりも先に挙げなければならない。そのうえで，本格的な論文として，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）124頁以下（本章注*26*）を参照）が，同「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察――権力分立の捉え方について」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 上巻』（有斐閣，2001年）331頁以下とともに熟読されるべきである。本章は，この宍戸論文・中川論文に書かれていないことを，書かれていない視点から書くべく努めた結果，つまらないものとなってしまったのではないかと懼れる。これらの論文を通じて，読者は，司法権の概念をめぐる問題についてのさまざまな論攷と出会えるはずである。本来であれば中川論文の主張する司法権概念を正面から検討の俎上に載せるべきところであったが，そうすることができなかったのは，本章の重大な欠点の一つであろう。別な機会を期すほかない。

その他，芦部信喜が司法権概念の再検討を課題としていたことなど，興味深い指摘とともに，高橋和之の司法権概念を検討する高見勝利「『司法権』の概念」同『芦部憲法学を読む』（有斐閣，2004年）257頁以下（初出は2002年），および，本章では扱いえなかった司法権をめぐるさまざまな論点を網羅した長谷部恭男「司法権の概念」同『シリーズ憲法の論点① 司法権をめぐる論点』（国立国会図書館調査及び立法考査局，2004年〔国立国会図書館ウェブサイト http://www.ndl.go.jp/jp/data/publication/document2004.html〕）をも，是非参照してほしい。また，藤井俊夫『事件性と司法権の限界』（成文堂，1992年），松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社，1993年），渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』（信山社，1995年）もある。

考察問題

■1■

法律によりいわゆる抽象的違憲審査制度を設けることは，憲法上可能であるかどうかを論じよ。

◆考察の手がかり◆◆

まず，通説的見解が抽象的違憲審査制の法律による導入は憲法上認められないとしていた根拠を――反対説の存在にも目配りしながら――整理してみよう。その際，「抽象的違憲審査制」として想定されているものが論者によって同一であるのかどうか，念のため注意が必要である。たとえば，ドイツにおける「憲法異議」のような制度や，アメリカにおける「宣言判決」のような制度は，そこではどのように考えられているのか。そのうえで，本章で紹介した司法権概念を再定義するいくつかの学説，とりわけ高橋和之の司法権概念からするとどうなるかを検討してほしい。高橋自身は抽象的違憲審査制の導入は憲法上認められないという結論を示しているが，その根拠は説得的か。あるいは高橋の司法権概念と整合的であるか。

なお，そもそも抽象的違憲審査制を日本に導入することが適切であるかどうかという観点からの検討は，必ずしも「憲法上可能であるかどうかを論じよ」というここでの問いに対する答えとなるものではないが，重要なものであることは言うまでもない。

■2■

法律により新たに客観訴訟を設けることや，あるいは逆に現行の民衆訴訟を廃止することには，憲法上何らかの制約があるかどうかを論じよ。

◆考察の手がかり◆◆

この問題についても，通説的見解の司法権概念ではどうか，そして近時の学説のそれではどうか，を順次検討することになるだろう。まず，あらたに客観訴訟を設けてこれを裁判所の権限とすることについては，たとえば佐藤説からすると限定がありそうである。高橋説ではどうだろうか。いずれの学説にも，回答となる記述があるので精読して

みよう。次に，現行の客観訴訟，とりわけ民衆訴訟を廃止することの憲法上の問題については，あまり論じられていないようである。土地収用法による事業認定に対して民衆訴訟が法定されていないことについて，「ある法律が民衆訴訟を規定していないからといって違憲の問題が生じる余地はない」とした最決昭和31年12月11日判タ66号82頁があるし，また，機関訴訟については，たとえばかつて地方自治法に定めのあった職務執行命令訴訟が，いわゆる地方分権改革に際して廃止されている。しかしこれらの例と，現行の住民訴訟を廃止することとは，性質が異なるのではないだろうか。たとえば渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』（有斐閣，2002年）350頁以下などを参照し，検討してみよう。

（南野　森）

憲法学の現代的論点
Modern Constitutional Theories

2006年4月10日　初版第1刷発行

著　者　安西文雄
青井未帆
淺野博宣
岩切紀史
齊藤愛
佐々木弘通
宍戸常寿
林知更
巻美矢紀
南野森

発行者　江草忠敬

発行所　東京都千代田区神田神保町2-17
株式会社有斐閣
電話 (03)3264-1314〔編集〕
3265-6811〔営業〕
郵便番号101-0051
http://www.yuhikaku.co.jp/

印刷・株式会社三陽社　製本・牧製本印刷株式会社
© 2006, F. Yasunishi, M. Aoi, H. Asano, N. Iwakiri, M. Saitoh, H. Sasaki, J. Shishido, T. Hayashi, M. Maki, S. Minamino
Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。
★定価はカバーに表示してあります。
ISBN 4-641-12989-4
本書の全部または一部を無断で複写複製(コピー)することは，著作権法上の例外を除き，禁じられています。また，磁気・光記録媒体への入力等も同様に禁じられています。これらの許諾については，小社総務部まで文書にてお問合せ下さい。