

タイトル	国・地方自治体間の争訟と「法律上の争訟」覚書 (3)
著者	秦, 博美; HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究, 55(1): 149-172
発行日	2019-06-30

国・地方自治体間の争訟と「法律上の争訟」覚書（三）

秦 博 美

目 次

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

五 検 討 (二) 司法権の観念

一般に、憲法七六条一項の「司法権」行使の本来の対象は、裁判所法三条一項の「法律上の争訟」であると解されており、行政訴訟の中で、国民の権利利益の保護を目的とする主観訴訟（抗告訴訟及び当事者訴訟）は、「法律上の争訟」に当たるから当然に提起が可能である。他方、公益の保護を目的とする客観訴訟（民衆訴訟及び機関訴訟）は、それに該当しないから個別法の規定がある場合にしか訴訟提起はできないと解されている（行訴訟四二条）。

本稿の主題は、実定法上、国・自治体間争訟を「主観訴訟」として提起することができるのかということであった。⁽⁹⁹⁾ 付随論点としては、国・自治体間争訟を「法定外客観訴訟」として提起することができるのかという問題もある。村上教授は、消極説における司法権の観念に着目するアプローチとして、①訴訟目的を根拠とする見解、②裁判を受ける権利を根拠とする見解、③日本国憲法における司法権の観念を根拠とする見解の三つを挙げ、いずれの理由についても必ずしも説得力があるとは解されないと結論づけている。⁽¹⁰⁰⁾

以下、村上教授の右の整理を前提に検討を加えることとするが、その際、この三者の相互関係を明らかにする必要があろう。この三者は、同じ次元・平面で機能しているわけではないように思えるからである。議論を、「一 はじめに」において指摘した《憲法七六条の司法権Ⅱ裁判所法三条一項の法律上の争訟Ⅱ解釈上の主観訴訟》という二つの等式に引き戻すと、次のようになろう。すなわち、村上教授が指摘している③の憲法七六条の司法権（左辺）の本来的範囲ないしその作用の及ぶ範囲は、②の「裁判を受ける権利」（憲法三二条）という人権に対応するものであることから、当事者適格に係る憲法上の制約があることになり、また、①は、裁判所法三条一項の「法律上の争訟」の解釈として、司法権行使の本来の対象（訴訟物）は、国民の権利利益の保護を目的とする「主観訴訟」（右辺）であること

から、これもまた③の憲法上の司法権の観念を限定することになる。このように等式のスタート（左辺）に当たる③の憲法七六条の司法権の観念は、本来、①と②を包括する上位概念的なものとして位置付けられるものである。その結果、論証により消極説の①と②が論拠になり得ないことを消極的に論破したとしても積極説の必要条件を満たしたにすぎず、③に関し国・地方自治体間の争訟が「日本国憲法における司法権の観念」に含まれることを積極的に論証しなければ積極説の十分条件を満たしたことはないのである。

1 訴訟目的を根拠とする見解

これは、司法権行使の本来の対象である主観訴訟は国民の権利利益の保護を目的とするが、行政主体が公益保護を目的として提起する訴訟は、客観訴訟に当たり、個別法の根拠を要する（行訴法四二条）という考え方である。例えば、平成一四年の宝塚市パチンコ店建築中止命令事件（二の6）最高裁判決（以下「平成一四年最高裁判決」という。）は、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される」と判示している。同判決が、「法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とする」ことを理由に、法律上の争訟該当性を否定し、また、那覇市自衛隊基地情報非公開請求事件（二の5）第一審判決が、「抗告訴訟は、個人の権利利益の救済を目的とする主観訴訟であるから、原則として、行政主体が原告となって抗告訴訟を提起することは許されない」とする

のは、このような考え方に基づくものといえよう。

そして、杉並区住基ネット事件（二の七）の控訴審判決は、平成一四年最高裁判決の法理は、「争訟の相手方が個々の国民であるか、国又は地方公共団体という行政主体であるかを問わず、一般的に、行政主体が、法規の適用の適正ないし一般公益の保護のためではなく、自己の主観的な権利利益に基づき保護救済を求める場合に限り、法律上の争訟性を認めたものと解される。」と判示し、平成一四年最高裁判決の射程範囲を広げている。^⑩ 他方、福岡町公害防止協定事件（二の九）では、控訴審における新争点として「本件訴えの法律上の争訟性」が出され、それに対し福岡高裁は、「平成一四年最判の帰結は行政主体の国民に対する義務履行請求を著しく制限するものであるから、その射程距離は極力控え目に解すべきである」との基本的スタンスから検討を加え、地方自治体が公害防止協定に基づく義務の履行を求める訴訟の「法律上の争訟性」を認めた（ただし、控訴審は、公害防止協定の最終処分場の使用期限条項に法的拘束力は認められないとして、市町村合併により福岡町を承継した市の請求を棄却した）。

ここでは、訴訟目的から主観訴訟と客観訴訟を二分する思考が果たして妥当なのか問題となる。村上教授は、「しかし、訴訟目的は相対的であるから、法律上の争訟性をそれによって判断することは疑問であるし、行政主体が財産権の主体として出訴する場合や、福岡町公害防止協定事件のように行政契約に基づいて出訴する場合も、公益の保護を目的とする訴訟であると考えられるから、この見解は現在の判例とすら矛盾するように思われる」と的確にも述べている。以下に検討するように、今日、行政訴訟の提訴者（原告）の「訴訟目的から主観訴訟と客観訴訟を二分する思考」に合理的な法的論拠を見出すことは難しく、再検討を要すると思われる。

2 平成一四年最高裁判決の「法律上の争訟」概念理解の問題点

平成一四年最高裁判決が判示した「法律上の争訟」概念は、行政法学にも多大な混乱・困惑を与えた。人見剛教授は、同判決の「法律上の争訟」概念理解の問題点として、①板まんだら事件最高裁判決との不適合、②「法律上の争訟」＝「個人の権利利益の保護のための主観訴訟」のドグマとその変容、③「法律上の争訟」の片面的理解、④刑事裁判の位置づけ、⑤財産権の主体と行政権の主体の区別の困難性を挙げ、多面的・多角的に論点網羅的検討を加えている^④。以下、便宜上、そこでの整理・論述を参考にしながら順次検討を加えていく。

（１）板まんだら事件最高裁判決との不適合

板まんだら事件・最判昭和五六年四月七日民集三五卷三号四四三頁は、「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ものに限られる（最高裁昭和三九年（行ツ）第六一号同四二年二月八日第三小法廷判決・民集二〇卷二号一九六頁参照）。と述べ、審判対象たる「法律上の争訟」の要件として、①具体的事件性と②法の適用による解決可能性が必要であると判示している。その上で、「したがつて、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も、法令の適用により終局的に解決するに適しないものは裁判所の審判の対象となりえない、というべきである。」（傍線筆者）と述べ、②の観点から宗派の教義にも関わる当該事案を処理している。この判旨は累次の最高裁判決において引用されているところ、裁判所の固有の権限（憲法上の司法権と解される。）に基づく審判対象の要件は、「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」という客観的要素であって、そこには「自己の財産上の権利利益の保護救済」のため（訴訟提起の目的）という主観的要素は全く含まれていなかったのである。⁽¹⁵⁾

これに対し、平成一四年最高裁判決は、何らの合理的理由なく、かつ、判例変更の明確なメッセージもないまま、板まんだら事件最高裁判決を変更したことになるというべきである。⁽¹⁶⁾そして、不幸なことに（いつもの常ではあるが）後続の下級審判決が平成一四年最高裁判決に無批判的・金科玉条的に追隨しているのである。

（２）主観訴訟と客観訴訟の区別の相対性と変容

人見教授は、「かかる私権保護限定ドグマの背景には、『法律上の争訟』主観訴訟」と『主観的権利』私権』の固定観念があるものと考えられる。⁽¹⁷⁾として論を進めている。確かに、行政事件訴訟法の立法関与者の解説によると、同法二条は、「行政事件訴訟として四種の訴訟を掲げる。そのうち、抗告訴訟、当事者訴訟と民衆訴訟、機関訴訟とは性格を異にし、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の保護を目的とする特殊の訴訟である。⁽¹⁸⁾と記述されている。

しかし、村上教授が指摘するように、行政訴訟の訴訟目的が、国民の権利保護という主観的な目的であるのか、行政の適法性確保という客観的な目的であるのかという区別は、極めて相対的、量的な差異にすぎない。南博方博士も次のように指摘している。「抗告訴訟の原告適格を拡張緩和すれば、公共利益訴訟の性質を帯びてくることになる。他方、選挙訴訟や住民訴訟は、憲法の保障する人権としての参政権にかかわる訴訟であるから、権利保護を目的とする主観訴訟とも考えられる。さらに、機関訴訟についても、国・地方公共団体間の争いが地方自治権にかかわるとき

は、主観訴訟の性質をもつと解する余地もある。このようにして、主観訴訟と客観訴訟との区別は相対化の傾向を強め、相互交錯の現象が顕著になってきている。」（傍線筆者）⁽¹⁰⁾

他方、巨理格教授は、抗告訴訟の訴訟物の観点から次のように指摘している。「従来の行政訴訟観は、国民の権利または法律上保護された利益の保護または救済のための訴訟こそ司法手続に相応しい、という觀念に立脚していたと捉え直すことができるであろう。ここに、法律上の争訟＝主観訴訟というもう一つの等式が成立する。」⁽¹¹⁾とした上で、「そもそも、主観訴訟と客観訴訟を訴訟目的の差異のみに着目して区別することは妥当なのだろうか。具体的には、訴訟目的の差異ではなく訴訟審理の対象となる法問題の性格の差異に応じた区別の可能性が問題となる」⁽¹²⁾（傍線筆者）。「訴訟審理の対象となる法問題の性質という視点からわが国の訴訟制度を見直すならば、抗告訴訟も、行政処分その他の行政作用の客観的な適法性が裁判審査の対象となるという意味では、フランスの越権訴訟と本質を異にするものではないことが分かる。訴訟審理の対象となる法問題の性質という視点に切り替えれば、わが国の抗告訴訟も一面では客観訴訟なのである」⁽¹³⁾（傍線筆者）。

翻って、抗告訴訟の訴訟物を考察するに、藤田宙靖教授は、「取消訴訟の目的ないし対象（訴訟物）、従ってまた、取消訴訟の客観的範囲をどのように考えるか、という問題は、学説上様々に論じられながら、未だに統一的な結論が出されていないところである」⁽¹⁴⁾と述べているが、裁判実務のバイブルともいえるべき『改訂 行政事件訴訟の一般問題に関する実務的研究』は次のように説示している。すなわち、「取消訴訟は、行政処分の公定力を排除し、国民の権利利益の救済を図ることを目的とする訴訟であり、取消判決（請求認容判決）により行政処分の効力を適及的に覆滅せしめる意味において、形成的な機能を有している。したがって、取消訴訟は、一種の形成訴訟と理解すべきである。実務において採用されているいわゆる旧訴訟物理論においては、形成訴訟の訴訟物は、実体法上列举された個々の

形成要件（形成原因）であると理解されている。しかし、取消訴訟は、形成訴訟であるといっても、離婚訴訟（民法七七〇条）、株主総会決議取消訴訟（商法二四七条）といった民事訴訟上の典型的な形成訴訟と同じような形で形成要件が実定法上列挙されているわけではない。そこで、取消訴訟においては、行政処分の違法（処分の根拠法規において規定された処分要件の不充足）そのものが形成要件であると考えられ、したがって、判例・通説は、取消訴訟の訴訟物は行政処分⁽¹⁵⁾の違法一般であると解している（最二小判昭四九・七・一九民集二八卷五号八九七頁参照）（傍線筆者）。以下の立論において、取消訴訟の訴訟物は、処分の違法原因を問わず、当該処分の違法性一般であると解されているという判例・通説の解釈を前提に論を進めることにする。

原田尚彦教授は主観的訴訟（国民の個人的権利利益の保護を目的とする）と客観的訴訟（国民の主観的権利の救済ではなく、客観的な法秩序の適正維持を目的とする）に関する伝統的な分類を述べた後で、次のように述べている。「抗告訴訟とは、行政行為その他行政庁の公権力の行使にかかわる行為または不行為により権利利益を侵害され、または侵害されるおそれのある者が、侵害排除請求権、給付受給請求権ないし行政介入請求権を行使して、その行為・不行為の適否を争い法的利益の回復を求める主観的訴訟である（行訴法三条一項）。しかし、通常の訴訟のように権利の有無を直接争いの対象（訴訟物）とする『権利訴訟』ではなく、行政庁の公権力の発動ないし不発動の適否を争う『行為訴訟』のかたちをとった。ここに抗告訴訟の特異性が認められる」（傍線筆者）⁽¹⁶⁾。ここで述べられている「行政庁の公権力の発動ないし不発動の適否」の前提をなすのは、つまるところ、客観的な「行政権限の存否」なのであるから、主観訴訟の制度趣旨に付加して、提訴者の主観的目的（自己の財産上の権利利益の保護救済）を詮索するような抗告訴訟像を提示する必然性はないように思われる。

本論点を考察するに当たり、常岡孝好教授の次の叙述は示唆に富んでいると考える。すなわち、「行政主体は、一定

の場合、こうした第三者の集合的な利益や具体的な権利利益を保護する義務を負っているといえよう。…そのため、行政主体が裁判を利用することができる場合があると解すべきである。特に、関係住民が義務不履行者に対する行政処分を行うようないわゆる直接型義務づけ訴訟を提起できる場合には、義務履行確保のための民事訴訟の利用可能性を確保しておくべきではなからうか。義務者の義務の不履行によって被害を受ける者が、行政に対して不作為の国家賠償責任を問えるような場合も、同様であろう⁽¹⁷⁾。

ここで、常岡教授は、行政主体の義務履行確保のための「民事訴訟の利用可能性」について論じている訳であるが、平成一四年最高裁判決、杉並区の国賠請求の「法律上の争訟」性を認めた住基ネット最高裁判決（二の七）との関連でいえば、第三者からの「不作為の国家賠償責任」追求の指摘は説得力があると考ええる。このように、行政主体が提起する訴訟も観点を変えれば第三者からの損害賠償責任の追求を回避するため、すなわち自己の財産権の保護目的という「主観的目的」に容易に転化させて立論することが十分可能となるのである。極端な議論をすれば、国・地方自治体が「法的評価」の対象となり得るある状態を放置すれば、税収減となる蓋然性が高いことを理由とする訴訟も容認し得ることにもなる。事実、大牟田電気ガス税訴訟（二の一）では、地裁判決ながら当該国賠訴訟が「法律上の争訟」であることは否定していないのである。

人見教授は、「かくして、上記の主観訴訟と客観訴訟の区別から深く検討もされないまま当然のごとく導かれ、平成一四年判決も当然の与件として見られる『主観訴訟＝私益保護訴訟』、『客観訴訟＝公益保護訴訟』という対観念は、今日、学説上見直されつつあるといつてよい。」⁽¹⁸⁾と述べ、宇賀克也教授の概説書の次の記述を挙げている。

同教授は、「主観争訟とは、自己の権利利益が侵害されたことを理由として救済が求められた場合の争訟であり、客観争訟とは、自己の権利利益と関わらない紛争の解決が求められた場合の争訟である。しかし、法律で定められた争

訟が主観争訟か客観争訟かが必ずしも明確でなく、この点が訴訟で争われることもある⁽¹⁹⁾（傍線筆者）と述べ、地方議会の議員資格決定に係る最判昭和五六年五月一四日民集三五卷四号七一七頁を挙げている。人見教授は、宇賀教授の叙述について、「主観訴訟は、『個人の』私益保護目的の訴訟には限られず、『訴訟提起主体自らの』権利利益の救済目的の訴訟に一般化されており、客観訴訟も主観訴訟以外の残余の訴訟という形で控除的に定義されて、『客観訴訟＝公益保護訴訟』の観念も完全に姿を消している。⁽²⁰⁾」と評価している。管見では、宇賀教授の叙述は、「訴訟提起の目的」に拘泥することを一旦離れ、主観争訟の訴え提起には法律上の利益（原告適格、行訴法九条）が必要なことを、客観争訟の訴え提起には原告適格の制限がないことを単に表現しているに過ぎないように思われる（傍線部分参照）。

平成一四年最高裁判決は、「自己の財産上の権利利益の保護救済」のためという訴訟提起の目的を判示しているところ、「法律上の争訟」に係るリーディングケースともいべき板まんだら事件最高裁判決には、そのような限定的フレーズはなかったのであり、そのことに、再度留意が必要であろう。各論者からの指摘に謙虚に耳を傾けるなら、半世紀以上前の立法関与者の古典的解釈の呪縛から解き放されるべきときがきたというべきである。

（3）片面的「法律上の争訟」観念

人見教授の指摘するように、争訟提起の目的を「法律上の争訟」の要素に取り込むと、同一の紛争（同一の訴訟物）であっても、提起主体（原告）のいかんによって、「法律上の争訟」性が認められたり、認められなかったりという事態が生ずることになる。すなわち、「国や地方公共団体が、その作用の適否をめぐって私人との関係で被告とされる場合には、『法律上の争訟』性が認められるのに、同様の関係で国や地方公共団体が原告となると『法律上の争訟』でなくなるのは、根拠のない片面的な『法律上の争訟』概念であるとも批判されている⁽²²⁾」のである。

また、稲葉馨教授も、「行政主体は、『財産権の主体』としても直接・間接に公益の保護（公共目的の実現）をはかるものであるから、『財産権の主体』と『行政権の主体』との峻別自体疑問であるだけでなく、『専ら行政権の主体』として見た場合でも、私人の義務に対応する『行政主体の権利』を想定することは可能である。工事中止命令等の行政権の行使によって権利・利益を侵害された私人が行政主体を被告として訴訟を提起する場合には『法律上の争訟』に該当し、逆に、行政主体が訴えを起こすとそれに当たらないというのは、『法律関係』をいわば『片面的』にとらえていることとなって、かえって理解しにくい。同じく『公権力対私人』の構図をとる刑事訴訟が一般に『法律上の争訟』に当たるとされていることに照らしても、本判例には問題があり、学説は総じてこれに批判的である。」と述べている。

国や地方自治体が、その作用の適否をめぐって私人から訴えられた場合（被告とされる場合）において敗訴したとき、適法に上訴できるのは何故なのか（そのことは平成一四年最高裁判決も否定はしまい）。「上訴とは、自己に不利益な裁判を受けた当事者が、その裁判の確定前、上級裁判所に対し、自己の有利にその裁判の取消し・変更を求める不服申立ての方法であり、⁽¹⁴⁾「上訴の審判は、直接には原裁判に対する上訴人の不服の主張の可否を対象とする。この不服の主張が、訴えにおける訴訟上の請求に相当する」と解されている。すなわち、訴訟要件としての「法律上の争訟性」は、訴え提起から口頭弁論の終結時まで要求されるものであると解されるところ、上訴の審判対象の議論においては、個人的な権利利益の保護救済という目的は要件とはなっていないのである。提訴の段階で、訴訟物（審判対象）を原告と被告どちらの側から議論するのかによって、「法律上の争訟」性があつたりなかつたりするにもかかわらず、上訴の段階では一転して「法律上の争訟」性が認められることになるのは何故なのか。平成一四年最高裁判決のケースで検討すると、事業者から建築工事中止命令の取消訴訟を提起された市が敗訴した場合、市は控訴審において

行政権の主体として公益保護目的のために原処分 of 適法性（の確認）を「不服の主張」として論述することになる。このように、控訴審での（客観的）審判対象の議論においては、個人的な権利利益の保護救済という（主観的）目的は要件とはなっていないのである。

ところで、塩野教授も指摘するように、「行政事件だからといって、法律上の争訟性に変容が加えられているのではなく、民事事件のモデルによって行政事件における法律上の争訟性も判断されることになる」と⁽¹⁶⁾とされている。この点について、人見教授は、『法律上の争訟』は、むしろ、訴訟当事者の如何に関わらない、専ら訴訟の対象である事件の客観的性質・内容に関わる訴訟要件として捉えられることは、民事訴訟法学においては、当然のことと考えられているようである。』（傍線筆者）⁽¹⁷⁾と述べ、竹下守夫教授の論考を紹介している。

竹下教授によると、民事訴訟法学においては、『法律上の争訟』を『当事者適格』とは明確に区別された、もっぱら訴訟の対象である事件の客観的性質・内容に関わる訴訟要件、訴訟法的に言えば、訴訟物たる訴訟法上の請求に関わる訴訟要件と捉えていることである。つまり『法律上の争訟』を、誰が訴訟当事者となつて訴えを提起したかの問題とは切り離して、事件そのものが司法権の範囲に属するか否かを決定する基準と考えている。：『当事者間の具体的権利義務』の『当事者』とは実体法的意味の当事者を指し、『訴訟当事者』の意味ではない。』（傍線筆者）⁽¹⁸⁾とのことである。また、行政法学説においては、「法律上の争訟」の位置づけは明らかではなく、『法律上の争訟』の概念について、『当事者が自己の具体的な権利義務に直接関係しない問題について提起する訴訟も法律上の争訟ではない』と説き、『当事者間の具体的権利義務』にいう『当事者』を『訴訟当事者』の意と解している有力説があり、これが行政法学上一般に支持されているように見える。⁽¹⁹⁾と述べている。そこで紹介されている有力説とは、雄川一郎『行政争訟法』（有斐閣、一九五七年）四九頁である。⁽²⁰⁾

同じく民事訴訟法学の林屋礼二教授は、次のように述べている。「原告から提出された訴訟物との関係で、原告に『原告適格』があり、被告にも『被告適格』があつて、当事者に『当事者適格』がそなわっているかどうかが調査される」。⁽¹³⁾「当事者適格は訴訟物である『権利または法律関係』との関係で実体法的角度からみちびかれる」。⁽¹⁴⁾「原告が裁判所で判決をもらうためには、こうした当事者適格をそなえるとともに、その請求が判決をもらう適格、すなわち、『請求適格』をそなえていることが必要である」。⁽¹⁵⁾「判決を受けるについての当事者の（主体的）適格と、請求の（客体的）適格は、区別したほうが理解の便宜に役立つ面がある。そこで、私は、当事者との関係における『訴えの利益』と、請求との関係における『訴えの利益』を区別し、前者の（ほんらいの）『訴えの利益』は『当事者適格』の要素としてあつかい、後者の『訴えの利益』は『請求適格』として表現することになっている」（傍線筆者）。⁽¹⁶⁾訴え一般との関係での請求適格について、「その請求は、具体的な『権利または法律関係についての主張』であり、法の適用によつて解決のできる『法律上の争訟』（裁三条）であることが必要である」。⁽¹⁷⁾

神橋一彦教授は、処分性、原告適格などの訴訟要件は、「法律上の争訟」該当性を具体化したものと解することができる⁽¹⁸⁾と述べている。この指摘からは、「法律上の争訟」が処分性、原告適格などの訴訟要件を統合する上位概念として位置づけられることになるように思われる。このような「法律上の争訟」の位置づけに対し、竹下教授は、「しかし、そのように位置づけたのでは、実際の訴訟手続においては機能する場面がないことになろう。『法律上の争訟』が独立の訴訟要件ではないとすれば、実際の訴訟手続では、訴えの適否を判断する基準としての機能を持ちえないからである」⁽¹⁹⁾と指摘している。

行政主体は、被告として公益保護目的のために攻撃防御ができ、加えて、公益保護目的であつても適法に控訴（上告）し、攻撃防御することが認められている。そこでの審判対象について「法律上の争訟」の見地からの制限はな

い。これらの訴訟の現実の運用は、竹下教授が指摘する「法律上の争訟」（林屋教授の用語方では「請求適格」と「当事者適格」を明確に区分すべしとする民事訴訟法学の通説の正当性の証左のように思われる。

（4） 刑事裁判の位置づけ

一般に、裁判所法三条一項の「法律上の争訟」は、「当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する争訟」であるとパラフレーズされており、国家の「刑罰権の存否」も「権利義務または法律関係の存否」に含まれ、「法律上の争訟」に該当すると解されている。このことから、人見教授は、「民事・刑事事件を通じて妥当する『法律上の争訟』を観念しようとするのであれば、争訟提起の目的が私権保護であることは、その要素とは到底いえないのである。そして、国が起訴してその刑罰権の存否（あるいは、その行使の具体的な内容）をめぐって争われる争訟である刑事裁判が『法律上の争訟』に含まれるのであれば、国や地方公共団体の行政権限の発動をめぐって国や地方公共団体が出訴して争われる争訟がそれに含まれることはむしろ当然と考えられるのである。」と述べている。思うに、罪刑法定主義（憲法三一条）により規律される「刑罰権の存否」が「（権利義務または）法律関係の存否」に含まれ、「法律上の争訟」に該当すると解されているのであれば、地方自治の保障（憲法第八章）と法治主義・法律による行政の原理により規律される「行政権限の存否」も同様に解されるのでなければ、戦後の憲法構造、とりわけ「第六章 司法」の理解としておよそ平仄が合わないといふべきである。

（5） 財産権の主体と行政権の主体の区別の困難さ

人見教授は、多様な公的活動を行う地方公共団体の法的地位を、平成一四年最高裁判決のように「行政権の主体」

としての地位と「財産権の主体」としての地位とに截然と区別することがそもそも可能であるのか、と疑問を呈する。⁽¹⁰⁾ 例えば、福岡町公害防止協定事件（二の9）では、産業廃棄物処理法上の権限を有しない地元町が、公害防止目的の協定を事業者と締結している。その場合、本来的に町の行為は、地域環境の保全に責任をもつ「行政権の主体」としての地位に依拠してのものであるという実質を認めざるを得ないが、同時に、事業者との間で対等な立場に立つて締結した契約の一方当事者という法形式的意味では「財産権の主体」としての地位をも併有することになる。以上を前提に、福岡高裁と最高裁は、同町の協定に基づく使用差止めの民事請求を対等当事者間の契約上の請求権の履行を求めるものと評価し、「法律上の争訟」として認めているのである。

しかしながら、福岡町公害防止協定事件と平成一四年最高裁判決の矛盾に関し、山本隆司教授は次のように指摘している。平成一四年最高裁「判決の二分法によると、地方公共団体が私人を規制する内容の契約を締結し義務の履行を求める訴えの目的は、『一般公益の保護』にあり、『自己の財産上の権利利益の保護救済』ではないと言わざるを得ない。行政主体が契約という法形式を用いると即、『法規の適用の適正ないし一般公益の保護』を目的とする『行政権』の行使にはならず、私人と同様の法的地位に立つかのような考え方は、…で述べたように首肯し得ない」。⁽¹¹⁾

また、人見教授は、「地方公共団体における『行政権の主体』と『財産権の主体』は、一方であれば他方ではない、というような相互に排他的な関係にあるのではなく、両方の性格を兼ね備えた場合も少なくないと考えられる」⁽¹²⁾と述べ、その例として、「水道事業の主体としての市町村」を挙げている。すなわち、水道事業自体は民間事業者も営むことができる経済事業でもあるところ、市町村は、その限りで私人と同質の法的地位にあるともいえ、また、浄水場等の水道施設の所有者であるという意味で「財産権の主体」でもあるのである。「したがって、水道事業という行政活動に対する侵害を理由に市町村が出訴するとき、それは『行政権の主体』としての出訴であるが、同時に『財産権の主

『体』としての出訴であるともいえるのである⁽¹⁶⁾。

人見教授の整理に従いつつ、以上において検討したとおり、平成一四年最高裁判決の「法律上の争訟」概念の理解には、多岐にわたり問題点が山積している。福岡町公害防止協定事件（二の9）に係る福岡高判平成一九年三月二二日が範を示したように、平成一四年最高裁判決の「射程距離は極力控えめに解するべきであ」との基本的認識に立ちつつ、実質的に昭和五六年四月七日の板まんだら事件最高裁判決の判旨に回帰するような裁判実務の運用が待たれるところである。

3 裁判を受ける権利を根拠とする見解

これは、司法権の行使は国民の裁判を受ける権利を前提とするから、この権利を憲法上保障されていない行政主体は原則として訴訟を提起できないという考え方である。藤田宙靖教授は次のように述べている。「仮に憲法上の『地方自治の本旨』の保障に基づき地方公共団体が国に対する関係で一定の法的地位を保障され、またこの法的地位の実現のために何らかの裁判上の保障が行われるべきである、という結論が導き出されたとしても、このような法的地位が、一般国民の権利と同様『法律による行政の原理』を中心とする一連の行政作用法理によつて保護されるものであるか否か、またこのような裁判上の保護の必要が、国民の『裁判を受ける権利』（憲三二条）と同じものであつて、一般国民の場合と同一の争訟手段により実現されるものであるかどうか、という問題は、これとは別に存在し得るからである。この問題は、我が国憲法の下での普通地方公共団体の性格をどのように考えるか、という根本的な問題に関わり、ここで詳論を論ずることはできないが、基本的に言うならば、『地方自治の本旨』そして普通地方公共団体の『固

有の自治権』が、単なる事業主体の権利としてではなく、地域的な統治団体の『統治権』の一種として登場する限りにおいては、これが当然に主観法的な権利保護システムの下に置かれるとすることには、現行法上、いささか困難が伴うものというべきであろう⁽¹⁶⁾（傍線筆者）。また、杉並区住基ネット事件（二の七）の第一審・東京地判平成一八年三月二四日もこの点を挙げている。

これに対し、村上教授は、「しかし、行政主体が財産権の主体として訴訟を提起する場合においても、裁判を受ける権利を保障されているわけではないから、これは否定説の根拠となりえないように思われる。」と述べている⁽¹⁶⁾。思うに、藤田教授の立論は、行政主体が財産権の主体として裁判を受ける権利があることについても否定しているのかについては必ずしも明らかではないので（傍線部分参照）、村上教授の批判が正鵠を得ているかについては俄には判断し難い。ただ、藤田教授の立論の主要部が「普通地方公共団体の『固有の自治権』が、単なる事業主体の権利としてではなく、地域的な統治団体の『統治権』の一種として登場する限りにおいては」、「『裁判を受ける権利』（憲三二条）」の保障の下にあるとはいえず、その結果、「一般国民の場合と同一の争訟手段により実現されるものである」とはいえないというものであるとするなら、賛成し難い。

翻って、「裁判を受ける権利」とは、政治権力から独立の公平な司法機関に対して、全ての個人が平等に権利・利益の救済を求め、かつ、そのような公平な裁判所以外の機関から裁判されることのない権利であり、裁判所による違憲審査制を採用した日本国憲法の下では、個人の基本的人權の保障を確保し、「法の支配」を実現する上で不可欠の前提となる権利である⁽¹⁶⁾。また、裁判を受ける権利を「奪われない」とは、民事事件と行政事件においては、自己の権利又は利益が不法に侵害されたとき、裁判所に対して損害の救済を求める権利、すなわち裁判請求権又は訴権が保障されること、したがって、裁判所の「裁判の拒絶」は許されないことを意味すると通説的に理解されてきた⁽¹⁷⁾。

ここでは、「裁判を受ける権利」は、従来の個人の基本的人權の保障の確保とともに、違憲審査制の採用（憲法八一条）に伴い、「法の支配」の実現という価値を大きく掲げていることに留意すべきである。⁽¹⁸⁾「裁判を受ける権利」については、司法権の範囲ないし行使を制限する方向に機能させてはいけないのである。また、裁判を受ける権利を「奪われない」とは、裁判所の「裁判の拒絶」は許されないことを意味するとされ、憲法上、司法作用の及ぶ範囲が定位されるなら、裁判所に義務付けられる「裁判」もまた明らかにすることになる。この論点については、「4 日本国憲法の司法権概念と裁判所法三条一項の『法律上の争訟』で検討することとする。

仮に百歩譲って、行政主体は、憲法第三章「国民の権利及び義務」の中で規定されている人權としての「裁判を受ける権利」（三二条）を憲法上保障されていないとしても、被告として敗訴した場合、積極的立場で適法に控訴することができ、控訴審で公益保護目的のための攻撃・防御が保障されているのであるから、行政主体は、憲法上ないし訴訟法上、実質的に「裁判を受ける権利」の保障の下にあり、司法の法的保護の下に置かれているというべきである。付言すると、本論点の消極論者は、「裁判を受ける権利」を「提訴権」の問題として縮減して議論しており、その場合でも、第一審の審理において被告という消極的立場で訴訟法上のルールに基づき公益保護目的のための攻撃・防御が可能なのであるから、ここでも広義では「裁判を受ける権利」の保障の下にあるというべきである。いずれにしても、「裁判を受ける権利」に依拠する立論は行政主体が私人とは異なる公共目的のために提訴する訴訟の「法律上の争訟性」を否定する論拠たり得ないことは多言を要しないというべきである。

注

(99) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第七版』（岩波書店、二〇一九年）三四九頁

- (100) 村上裕章・前掲注（2）一一頁
- (101) 同・前掲注（2）二四・二六頁
- (102) 下級審が事案の十分な検証をすることなく、最高裁判決の判旨（論理）に無批判的・金科玉条的に過剰反応する現象と傾向が見られるが、これもその一例といえよう。
- (103) 村上裕章・前掲注（2）二五頁
- (104) 人見剛・前掲注（95）六三頁以下
- (105) 木村琢磨教授は、「行政上の義務の履行に関する訴訟も、法律上の争訟に当たらない」とする平成一四年最高裁判決は、板まんだら事件最高裁判決の定式の①から導かれるとするが、その理由は明らかではない。『プラクティス行政法（第二版）』（信山社、二〇一七年）一一一頁
- (106) 平成一四年最高裁判決の担当調査官である福井章代は、「本判決は、自己の権利利益の保護救済を目的とするものかどうかという観点から、国又は地方公共団体の提起する訴訟の法律上の争訟性を吟味しているところ、確かに、このような観点は、これまでの判例では、必ずしも明示的には示されていなかったところである。しかしながら、司法権の概念について、従来の通説は、司法権＝法律上の争訟＝裁判を受ける権利（国民の権利利益の保護救済）にとらえ、行政主体の「行政権限」の救済を本来的な司法権の枠外の問題と位置付けてきたものであるから、本判決も、このような従来の考え方の延長線上に立つものでないかと思われる。」と弁明している。『最高裁判所判例解説民事篇平成一四年度（下）』（法曹会、二〇〇五年）五四一頁以下
- (107) 人見剛・前掲注（95）六四頁
- (108) 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会、一九六三年）七頁。同旨、芝池義一・前掲注（17）（ただし、〔第四版〕（有斐閣、二〇一六年）二八九頁。最近の大橋洋一教授の概説書においても、客観訴訟を「自己の権利利益の救済に関わりなく訴訟を提起することができる例外的仕組み」と説明している（前掲注（6）（ただし、〔第三版〕（有斐閣、二〇一八年）一二頁。一方、主観訴訟については「原告個人の権利利益の救済を目的としたもの」と説明している（同・三三〇頁）。
- (109) 南博方『行政法（第六版補訂版）』（有斐閣、二〇一二年）二六四頁
- (110) (111) 巨理格・前掲注（5）「法律上の争訟と司法権の範囲」一六頁
- (112) 同・前掲注（5）「法律上の争訟と司法権の範囲」一七頁
- (113) 藤田宙靖・前掲注（35）四九六頁以下

- (114) 司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会、二〇〇〇年）一四二頁
- (115) この通説の見解に対し、宮田三郎教授から次のような批判がある。「訴訟物とは、何が訴訟の対象（目的）であるかという問題である。取消訴訟の訴訟物については、大別して三つの見解を区別することができる」（『行政訴訟法（第二版）』（信山社、二〇〇七年）六六頁）。「わが国の通説は、行政処分の違法性一般を取消訴訟の訴訟物とする。このような考え方は国民の権利保護よりも行政行為の客観的法コントロールを重視する傾向を示すものであるといえよう」（同書六七頁）。「国民の権利保護を目的とする取消訴訟の訴訟物から、権利侵害の要素を消し去り、行政処分の違法性が単独で取消訴訟の訴訟物を構成するという考え方は、妥当でないといえよう」（同書六七頁）（傍線筆者）。ちなみに、宮田教授は、「取消訴訟の訴訟物を行政行為が違法で、それによって自己の権利ないし法律上の利益が侵害されたという原告の法的主張である」とするドイツの通説を支持している。また、同教授は、入門書においても同様の持論を展開している。すなわち「取消訴訟の目的は何か。原告は、取消訴訟において何を求めているのか。通説は、取消訴訟の訴訟物を行政行為の違法性一般であるとする。このような考え方は、国民の権利保護よりも、行政処分の客観的法コントロールを重視するものである。取消訴訟は、違法な行政処分により国民の権利が侵害された場合に、国民の権利を保護することを目的とする訴訟であるといふべきである」（『現代行政法入門（第二版）』（信山社、二〇一二年）一三二頁）。塩野宏教授は、通説の違法性説の立場から次のように述べている。「適法であれば、行政庁は原告の権利利益を侵害しうるということが前提になっているので、適法・違法の要素に着目することが、行政訴訟の客観訴訟の構成に帰着するものではないし、行政過程と行政訴訟を一貫して説明するものとしては違法性説が適していると考えられる。」（前掲注（34）（ただし、『第六版』（二〇一九年）九三頁）
- (116) 原田尚彦『行政法要論（全訂第七版補訂二版）』（学陽書房、二〇一二年）三六四頁
- (117) 常岡孝好・前掲注（93）一七五頁以下（判例評論一三頁）
- (118) 人見剛・前掲注（95）六六頁
- (119) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法』（第五版）（有斐閣、二〇一五年）九頁以下。宇賀教授のここでの叙述に対しては、①「法律上の争訟」は「主観訴訟」に限定されるのか、②「主観訴訟」において「自己の権利利益が侵害されたこと」を理由として救済を求める場合、自治権の侵害はそれに含まれるのか、という疑問がなお残るように思われる。
- (120) A県B市の市議会議員であるX（原告・被控訴人・被上告人）は、同市議会議員であるCが地方自治法九二条二項（兼職の禁止）に該当するため議員資格を有しないと主張して、同法二七条一項に定める議会の決定を求めた。これに対し、B市議会ではCが議員資格を有する旨の決定をしたので、Xは、同条四項（現三項）が準用する同法一八条五項に基づいてA県知事Y（被告・控訴人・

上告人）に審査を申し立てた。Yは、Xには審査の申立権がないとしてXの申立てを却下する旨の裁決をしたため、Xが同裁決の取消訴訟を提起した。この訴訟の争点に關し、大橋洋一・斎藤誠・山本隆司編『行政法判例集Ⅱ 救済法（第二版）』（有斐閣、二〇一八年）は、次のように述べている（二八五頁）。「本件裁決の手續に準用される（筆者補充（以下同じ）…地方自治）法一一八条五項は、議会の行う選挙について投票の効力に異議がある場合の不服申立手續を定めるものであり、その不服申立権は広く議員全員に認められると解されている。同項を法一二七条四項が準用する趣旨については、争いがある。つまり、①民衆訴訟的な不服手續を採用する（つまり、議員に広く不服申立適格を認める）趣旨であるのか（非限定説）、そうではなく、②不服申立手續に關して同様の手續による旨を定めるにすぎず、一二七条四項の場合の不服申立適格は議會決定により失職する議員に限られるのか（限定説）」という争いである。（改行）一審・二審とも、法一二七条四項が法一一八条五項を準用するに当たり何ら制限的趣旨の文言を用いていないという立法の体裁から、法一一八条と同様に、一二七条の不服申立ても民衆争訟の性格を有するとして、Xの不服申立権を肯定した（Xの請求認容）。」

最高裁は、「法一二七条四項が同条一項の決定につき法一一八条五項の規定を準用しているのは、単に、右決定に不服申立が可能なこと、及びその方法、手續は右一一八条五項のそれと同様であることを定めたにとどまり、後者の不服と同様の民衆訴訟的な不服手續をこの場合にも採用したわけのものではなく、不服申立をすることができる者の範囲は、一般の行政処分の場合と同様にその適否を争う個人的な法律上の利益を有する者に限定されることを当然に予定したもの、すなわち、この場合についていえば、専ら決定によつてその職を失うこととなった当該議員に対して前記の方法による不服申立の権利を付与したものにすぎないと解するのが相当である。」（傍線筆者）と述べ、Xの審査申立権を否定し、知事Yの本件裁決を適法であると判示した。

橋本博之教授は、「個別法の定める不服申立手續について、法が『特段の意図』をもって民衆訴訟的な手續を創設したものであるか判定する、という解釈手法が採られた判例として、本判決を紹介し、『同判決では、法の規定が準用関係にあるからといって両者の不服申立てを完全に同一視することはできず、『民衆訴訟的な不服手續』を設ける立法者意思が認められるか否か、慎重に判断されている。』と述べている（前掲注（12）一八四頁以下）。また、塩野宏教授は、行政不服審査の申立適格者の範囲に關し、『主観的要件を重視する最高裁判所の見方は、議員資格に關する議会の決定に対する不服申立ての範囲に關する事案にも現れている。』と述べ、本判決を挙げている（前掲注（34）（ただし、『第六版』（二〇一九年）二四頁）。

(121) 人見剛・前掲注（95）六七頁

(122) 人見剛・前掲注（95）六九頁。塩野教授も「一方当事者が財産権の主体ではなく、行政権の主体であり、かつ、その行政権が訴訟

を提起するときだけ法律上の争訟性を欠くことに解される。ただ、行政庁が被告となる場合には法律上の争訟になり(…)、その場合には公益上の主張が許されることには、日本法として全く異論のなかったところであるが、かかる片面的法律上の争訟概念がどこから導きだされるかについては、判決には説明がなく、結論だけが示されているに過ぎない。」と批判している(前掲注(34)(ただし、第六版)(二〇一九年)二九八頁以下)。

(123) 稲葉馨ほか『行政法 第三版』(有斐閣、二〇一五年) 一七七頁

(124) 裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案(三訂版)』(司法協会、二〇一六年) 三二七頁

(125) 同・前掲注(124) 三二八頁

(126) 塩野宏・前掲注(34)(ただし「第六版」)(二〇一九年) 二九五頁

(127) 人見剛・前掲注(95) 六九頁

(128) 竹下守夫「行政訴訟と『法律上の争訟』覚書」論究ジュリスト一三号一二〇頁

(129) 同・前掲注(128) 一二二頁

(130) 雄川一郎博士は、『行政争訟法』(有斐閣、一九五七年) 四九ページにおいて、「当事者が自己の具体的な権利義務に直接関係しない問題について提起する訴訟も法律上の争訟ではない。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。」と述べ、「法律上の争訟」概念の中に訴訟提起者という当事者適格の要件を組み込み、混在させていた。他方、阿部泰隆教授は、「訴訟で取り上げるかどうかの関門の最初は、『法律上の争訟』である。これに該当して初めて、処分性とか原告適格とか、行政訴訟特有の関門に至る。『法律上の争訟』の概念に主観訴訟性を組み込むのが一般的な見解であるが、それでは原告適格と重複してしまうので、概念上も、これは区別すべきである」と明晰な説示を行っている(『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、二〇〇九年) 八一頁)。

(131) 林屋礼二『新民事訴訟法概要(第二版)』(有斐閣、二〇〇四年) 一六二頁

(132) 同・前掲注(131) 一六三頁

(133) 同・前掲注(131) 一七〇頁

(134) (135) 同・前掲注(131) 一七一頁

(136) 神橋一彦・前掲注(22)(ただし、第二版(二〇一六年)) 一六頁

(137) 竹下守夫・前掲注(128) 一二二頁。亘理格教授は、『法律上の争訟』概念は、…当事者間の権利義務に関する争いの存否という局面では、裁判所の判断対象に入るか否かを決するための機能を、以下のように様々な態様において果たしている。」と述べ、①上位概

念（「法律上の争訟」を原告適格や処分性等の個々の訴訟要件を束ねた上位概念として把握する。）、②独立概念（「法律上の争訟」が原告適格や処分性等の下位基準から切り離された形で、裁判所の審判対象として相応しい事柄であるか否かを判断するための独立の基準として機能する。）、③先行判断基準（「法律上の争訟」概念が上位概念たる資格を失い、単に他の訴訟要件の判断に先だって判断されるべき先行基準としての機能しか有しない場合。例えば、那覇市自衛隊基地情報非公開請求事件（二の五）の最高裁判決は、市長の公文書公開決定に対し国が提起した本件処分の一部取消訴訟は、「法律上の争訟」に当たると、本件建物の所有者として国が有する利益は市情報公開条例において個別的利益として保護されていないとして「原告適格」を否定した。）に分類し、判例を分析している（前掲注（5）「法律上の争訟と司法権の範囲」六頁以下）。

(138) 芦部信喜・高橋和之補訂・前掲注（99）三四九頁以下、最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説（上）』（法曹会、一九六八年）二二頁以下

(139) 人見剛・前掲注（95）七〇頁以下

(140) 同・前掲注（95）七一頁

(141) 山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣、二〇一二年）二二三頁以下。これに対し、判例時報二〇五八号の匿名コメント（五五頁）は次のように述べている。「学説には、公害防止協定を行政契約であると解した上で、平成一四年最判によれば、地方公共団体が事業者に対して公害防止協定上の義務の履行を求める訴訟も、法律上の争訟ではないことになるなどとするものがあるが（斎藤誠『自治体の法政策における実効性確保——近時の判例から』自治研究八〇・二・七）、そのような訴訟は、地方公共団体が事業者との間で対等な立場に立つて締結した契約上の義務（地方公共団体自身が有する契約上の請求権）の履行を求めるものであって、平成一四年最判にいう『地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟』には当たらないと考えるべきであろう。」

(142) 人見剛・前掲注（95）七二頁

(144) 藤田宙靖・前掲注（43）五二頁

(145) 村上裕章・前掲注（2）二五頁。ここでの表現は分かりづらいが、同教授は別稿において、『法律上の争訟』は裁判を受ける権利の存在を前提にしているのではないか」という反論に対し、「行政主体が『私人の資格において』出訴できることは一般に認められており、そこでは『裁判を受ける権利』ないし基本的人権に基づかない訴訟が既に肯定されているように思われる。」と述べている（前掲注（74）六五頁）。

(146) 芦部信喜（高橋和之補訂）・前掲注（99）二六七頁

(147) 同・前掲注（99）二六八頁

(148) 佐藤幸治教授は、「基本的人権の実現を含む法的正義は、最終的には『裁判を受ける権利』によって担保される必要がある」と述べている（前掲注（57）一二九頁）。

(149) 最高裁は、八幡製鉄政治献金事件において、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能な限り、内国の法人にも適用されるものと解すべきである」（最大判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二五頁）と判示し、権利の性質ごとに保障の有無・程度を判定すべきであるとした（権利性質説）。洪谷秀樹教授は、「救済の保障に係る、裁判を受ける権利（三二条）および国家賠償請求権（一七条）は、権利・利益を侵害された者に対する救済保障であり、政府が設営する裁判制度を利用する権利であるから、法人にも保障される」と述べている（前掲注（58）一三二頁）。当該記述において、洪谷教授は、「私法人」と「公法人」の区別は特に意識してはいないようである。