



事件性の理論研究・その二：
我が国の学説の概観および私見(村上義弘教授還暦記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 渋谷, 秀樹 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00001703

事件性の理論研究・その二——我が国の学説の概観および私見——

渋谷 秀樹

はじめに

判例・通説が付随的違憲審査制をとる以上、事件性の要件は、民事訴訟、行政訴訟および刑事訴訟に共通の要件となる。⁽¹⁾これは、訴訟において憲法上の問題が争点となるか否かには関わらない。裁判所法の文言でいえば、「法律上の争訟」(三条一項)がここでいう事件性の要件に該当する。従来、本案判決をなすための要件は、民事訴訟・行政訴訟両理論では「訴訟要件」、刑事訴訟理論では「訴訟条件」として語られてきた。⁽⁴⁾そこで、本稿においては、「訴訟要件」「訴訟条件」の内容およびこれらと事件性の要件との関係についての従来の我が国の学説を概観し、最後に筆者の事件性の要件の捉え方を明らかにすることにした。

注

(1) 判例として、例えば、最大判昭和二十七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁(いわゆる警察予備隊違憲訴訟)、学説として、例えば、清宮四郎・憲法I三六九頁(第三版一九七九年)、小林直樹・憲法講義下巻三四九―三五二頁(新版一九八一年)、佐藤幸治・憲法二三四―二三七頁(一九八一年)を参照せよ(もっとも、右記判決の趣旨は必ずしも明快ではない)。

本稿では、既存の民事訴訟、行政訴訟および刑事訴訟の他に、「憲法訴訟」という別個独立の訴訟形態が日本国憲法三二条、七六条および八一条の解釈として認められるか否かの問題は扱わない。これは、従来、違憲立法審査権の性格の問題として論じられてきたが、その中には、日本国憲法が抽象的規範統制をも認めているか否か、そしてそれを認めているとした場合、特別の法律の定めが要るが否かという問題と、具体的規範統制のみを認めているが、その訴訟形態は民事訴訟・刑事訴訟・行政訴訟に限定されるのか否か、そして限定さ

れていないとした場合、特別の法律の定めが要るか否かという問題があることに注意しなければならない。

この問題に関する比較的最近の文献として、例えば、芦部信喜||小島和司||田口精一共著・憲法の基礎知識一八一頁（小島執筆）（一九六六年）、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五三三頁（一九八〇年）、野中俊彦「抽象的違憲審査の観念」小林直樹先生還暦記念論文集・現代国家と憲法の原理一二二頁（一九八三年）、江橋崇「司法権と違憲審査権」法学セミナー増刊・憲法訴訟一四四頁（一九八三年）、棟居快行「基本権訴訟」の可否をめぐる「芦部信喜先生還暦記念論文集・憲法訴訟と人権の理論一四三頁（一九八四年）、佐藤幸治「日本国憲法と違憲審査制の類型」法学論叢一一六卷一〜六号二八三頁（一九八五年）を参照せよ。

(2) なお、この要件は「または」という接続詞をつけて「争訟性の要件」といわれたり（例えば、兼子一||竹下守夫・裁判法七〇頁（新版一九七八年）、「具体的事件性」といわれることがある（例えば、田中二郎・新版行政法上巻二九八頁（全訂第二版一九七四年））が、本稿では、「事件性の要件」として統一して用いる。

(3) 「民衆訴訟」（行政事件訴訟法五条）、「機関訴訟」（同法六条）などの「客観訴訟」が事件性の要件との関係でどのように位置づけられるのかという問題は、司法の概念の問題も絡んで興味深い論点を提供するが、本稿ではふれない。これについては、田中・前掲書注(2)三一―三三頁等の行政法の概説書、兼子||竹下前掲書注(2)七一頁のほか、野中・前掲論文注(1)一四〇頁以下、佐藤・前掲論文注(1)三一〇頁以下を参照せよ。

また「法律上の争訟」との関係で、「訴訟事件」と「非訟事件」との区別も問題となるが、本稿ではふれない。これについては、例えば、山本戸克己「訴訟事件と非訟事件」別冊ジュリスト・法学教室七巻八二頁（一九六三年）、芦部信喜「家庭裁判所の審判と憲法第三二条および第八二条」続憲法演習一二六頁（一九六七年）、三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」実務民事訴訟講座七巻（一九六九年）（同著・民事訴訟法研究五巻（一九七二年）所収四九頁以下）、新堂幸司「訴訟と非訟」ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点一二五頁（一九七九年）、戸松秀典「事件性と当事者適格」芦部信喜||池田政章||杉原泰雄共編・演習憲法五六五頁（一九八四年）を参照せよ。

(4) 「訴訟要件」および「訴訟条件」は、ともに近代訴訟法学の創始者とされるビューロー（O. Bülow）が、その訴訟法律関係理論のなかで唱えた *Prozessvoraussetzungen* の翻訳である。ビューローの学説については、例えば、坂口裕英「ビューローの訴訟要件論の研究」名城法学一七巻一―二号一六頁（一九六八年）を参照せよ。

一 各訴訟形態の訴訟要件・訴訟条件

(一) 民事訴訟の訴訟要件のうち主なものを列挙すると次のようになる。⁽⁵⁾

- ① 被告および事件が日本の裁判権に服すること。
- ② 裁判所が管轄権をもつこと。
- ③ 訴訟係属を構成する行為（訴えの提起および訴状の送達）が有効なこと。
- ④ 当事者が実在し、かつ当事者能力を有すること。
- ⑤ 原告が訴訟費用の担保を提供する必要があること、または必要な担保を提供したこと。
- ⑥ 併合の訴えまたは訴訟中の訴えであれば、その要件を具備すること。
- ⑦ 起訴が禁止されていないこと（二重起訴・再訴・別訴の禁止に触れないこと）。⁽⁶⁾
- ⑧ 仲裁契約や不起訴の特約が存在しないこと。⁽⁷⁾
- ⑨ 訴えの利益および当事者適格があること。⁽⁸⁾

以上のいずれか一つが欠けた場合、訴えは却下される。⁽⁹⁾

(二) 次に、行政訴訟における訴訟要件をみてみよう。⁽¹⁰⁾

行政事件訴訟法は、「この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」（七条）と定めているので、行政訴訟についても、原則として民事訴訟における訴訟要件の充足が要求されることになる。以下、裁判所法、行政事件訴訟法で定められた特則を前記訴訟要件と関連させて簡単に指摘しておきたい。

① については特に問題はない。

② の管轄は、土地管轄については、旧行政事件訴訟特例法の専属管轄が廃止され、行政事件訴訟法一二条、一三条（訴

訟の移送)に規定がおかれている。また、事物管轄については、裁判所法二四条一号・三二条一項一号(第一審管轄裁判所)の規定がある。

③については、行政事件訴訟法八条(審査請求前置の問題)、一四条(出訴期間)、一五条(被告を誤った訴えの救済)が関連する。

④については、行政事件訴訟法二二条二項に、被告とすべき行政庁のない場合の規定がある。

⑤については特に問題はない。

⑥については、行政事件訴訟法一六条から二〇条に特別の定めがある。

⑦については、既判力との関係で、行政事件訴訟法三二条が問題となる。

⑧の問題は生じない。

⑨については、行政事件訴訟法三条二項(「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」の解釈としての処分性)、九条(取消訴訟の原告適格)、二一条(被告適格)、三六条(無効等確認の訴えの原告適格)、三七条(不作為の違法確認の訴えの原告適格)が問題となる。

以上のいずれか一つが欠けた場合に訴えが却下されるのは民事訴訟の場合と同様である。

(三)最後に、刑事訴訟の主な「訴訟条件」を列挙すると次のようになる。⁽¹¹⁾

- ① 被告人が日本の裁判権に服すること。
- ② 裁判所が管轄権をもつこと。
- ③ 公訴提起の手續が有効なこと。
- ④ 当事者が当事者能力を有すること。
- ⑤ 同一事件について訴訟係属の存在しないこと(二重起訴の禁止)。

- ⑥ 事件につき既判力が発生していないこと。
 - ⑦ 犯罪後の法令によって刑が廃止されていないこと。
 - ⑧ 大赦がないこと。
 - ⑨ 公訴の時効が完成していないこと。
- これらのうち①から⑤までが形式的訴訟条件とされ、⑥から⑨までが実体的訴訟条件とされる。形式的訴訟条件を欠く場合は、公訴棄却または管轄違いの裁判がなされ、実体的訴訟条件を欠く場合は免訴の裁判がなされる。⁽¹²⁾

注

(5) 主として、新堂幸司・民事訴訟法一六三―二〇三頁(一九七四年)による。他に、三ヶ月章・民事訴訟法(一九五九年、法律学全集)、兼子一・新修民事訴訟法体系(増補版一九六五年)、菊井維大・民事訴訟法下巻(補正版一九六八年)、斎藤秀夫・民事訴訟法概論(一九六九年)、三ヶ月章・民事訴訟法(一九七九年、弘文堂)、中野貞一郎||松浦馨||鈴木正裕共編・民事訴訟法講義(増補版一九八〇年)、小山昇・民事訴訟法(四訂版一九八四年)、兼子一||松浦馨||新堂幸司||竹下守夫共著・条解民事訴訟法(一九八六年)の訴訟要件に関する項目も参照せよ。

なお、本稿は、民事訴訟理論における訴訟要件論の考察を直接の対象とするわけではないので、個々の訴訟要件の位置づけ、その内容等には深く立ち入らない。訴訟要件に関する学説の最近の状況については、高島義郎「訴訟要件の類型化と審理方法」講座民事訴訟二巻一〇五頁(一九八四年)を参照せよ。

(6) 新堂・前掲書注(5)一七六頁は、これを後出⑨の訴えの利益に含める。

(7) 新堂・前掲書注(5)一七五―一七六頁は、これを後出⑨の訴えの利益に含める。

(8) 訴えの利益を訴訟要件として捉えるのが通説であるが、兼子・前掲書注(5)(体系)一五〇・一五二―一六二頁は、これと前出⑦⑧を訴権の要件として捉える。なお、渡辺惺之「『訴えの利益』という概念の果たすべき役割」ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点一四〇頁(一九七六年)を参照せよ。

(9) 高島・前掲論文注(5)一一九―一二〇頁参照。

(10) 行政法の概説書類において、行政訴訟の訴訟要件と民事訴訟の訴訟要件との関連につき言及するものはあまりみられないが、例えば、

田中・前掲書注(2)三一五―三三六頁、原田尚彦・行政法要論二四四―二五〇頁(一九七六年)、藤田宙靖・行政法Ⅰ二七六―二九〇頁(一九八〇年)を参照せよ。また、訴えの利益につき民事訴訟と行政訴訟との関係を論じたものに、谷口安平「訴えの利益」公法研究三七号一六一頁(一九七五年)がある。

「処分性」、「訴えの利益」等訴訟要件に関わる個別的問題についての論文は、数多いが、とりあえず原田尚彦「行政訴訟総説」現代行政法大系四卷一〇三頁(一九八三年)を参照せよ。

(11) 主として、団藤重光・新刑事訴訟法綱要一五五―一六五頁(七訂版一九六七年)による。その他に、平野龍一・刑事訴訟法(一九五八年)、松尾浩也・刑事訴訟法下I巻(一九八二年)、高田卓爾・刑事訴訟法(二訂版一九八四年)の該当項目も参照せよ。

なお、刑事訴訟における訴訟条件に関する学説については、例えば、宮崎滄夫「訴訟条件」刑事法講座五卷一〇二七頁(一九五三年)、平場安治「訴訟条件の意義及び種類」新法律学演習講座・刑事訴訟法Ⅰ一四九頁(一九六一年)、斎藤金作「訴訟条件」刑事訴訟法講座一卷一六二頁(一九六三年)を参照せよ。

(12) 団藤・前掲書注(11)一六一頁参照。

二 訴訟要件・訴訟条件と事件性の要件

以上にみた訴訟要件・訴訟条件と事件性の要件との関係を民事訴訟、行政訴訟、刑事訴訟および憲法の各学説は、どのように捉えているのであろうか。以下簡単にみていくことにしたい。

(一) まず、代表的な民事訴訟学説をみてみよう。

兼子一は、事件性を審判の対象(権利保護の資格)および具体的な法律上の利益としての確認の利益(一種の権利保護の利益)の問題として捉える。より具体的には、法律的に当否を判断できない学説上の論争や政治問題は、請求の内容とすることができず、また一般には法律問題と考えられるものでも、当事者の具体的利益に關係のない抽象的な法令の効力や法律上の意見はそのままでは請求の対象とならない。またその判決による確定が自己の権利または法律的地位の安定を計り、または危険を防止するのに直接有効でない場合でなければならぬとする。⁽¹³⁾

また、三ヶ月章は、訴えの利益の本質の問題として法律上の争訟を取り上げ、司法制度を運営する国家的利益の発現としてこの要件を捉える。より具体的には、自然科学上の認識の当否についての争い、宗教的信念の争いなどは国家が訴訟の形で裁定を引き受けるのには適しないから裁判所では取り上げない。単なる事実の存否をめぐる争いも原則として取り上げない（例外、書面真否確認の訴え）。また形は法律上の争訟のごとくみえるものであってもこうした機関・手続による裁定に不適当な場合は個別的に排除される。例えば、具体的な利益紛争ではなく抽象的な法令をめぐる紛争は未だ裁判所で取り上げるまでに熟していないし、すぐれて政治的な争いが法律上の争訟の衣をまとい、裁判所にもちだされた場合もそうであるとする。⁽¹⁴⁾

新堂幸司も、法律上の争訟の問題を訴えの利益の中で捉える。そして、訴えにおける被告に対する請求内容が具体的な権利関係の存否の主張であることをその要件とし、これを法律上の争訟の民事訴訟における発現とみる。より具体的には、事実の存否の争いは民事訴訟の対象とならない（例外、書面真否確認の訴え）し、また民事訴訟は当事者の生活上の具体的な紛争を解決しようとするものであるから、法律問題であっても、具体的事件と関係なく抽象的に法令の解釈を論じる紛争もその対象とならないとする。⁽¹⁵⁾

以上は、「法律上の争訟」に該当するか否かが問題となるものに様々なものがあることを認識しつつ、なお事件性の要件を訴訟要件としての訴えの利益と関連させて捉える学説であるが、⁽¹⁶⁾これを訴えの利益とは区別されたものとして捉える学説もある。

例えば、竹下守夫は、訴訟要件たる事項として、「事件が法律上の争訟にあたり、司法権の範囲に属すること」をあげ、権力分立原理上の限界、および法以外の社会規範の統制に委ねられ、司法権の介入しえない生活領域があることからの限界にその存在理由を求めている。そして、事件が法律上の争訟にあたらぬ場合には、その訴訟が司法権の範囲に属しないがゆえに不適法なのであって、一応司法権の範囲には属するが、訴えの利益を欠くがゆえに不適法とすべき場合とは区別する

のが適当であるとする。そして、より具体的には、請求が抽象的な法令の合憲・違憲の主張である場合、宗教問題に関する主張を中核とする訴えなどが、ここでいう法律上の争訟にあたらぬ事件であるとする。⁽¹⁷⁾

(二) 次に行政訴訟学説をみてみよう。

そこでは従来、民事訴訟学説と異なり、一方において、事件性の要件は行政権に対する司法権の限界の問題として捉えられている。⁽¹⁸⁾

例えば、雄川一郎は、司法作用の概念の中心として、法律上の争訟を把握し、それが同時に司法作用の範囲を画定すると説く。そして、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って、法律の適用によって解決されるべきものを意味するとされる。そして、法律上の争訟の概念の重点として以下の三点を挙げる。すなわち、まず、紛争は現実的かつ具体的なものではなければならず、仮定的・抽象的なものは裁判所の裁判の対象とはならない。次に、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し、法令その他の国家行為の抽象的な効力を争う訴訟やそれらの解釈問題のみに関する争い、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は法律上の争訟ではない。さらに、法律の適用によって解決可能な争いであることを要し、単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争いは、裁判所の裁判を受け得べきものではないとする。⁽¹⁹⁾

同様に、田中二郎は、法律上の争訟を、法律の適用によって解決されるべき当事者間における具体的な利益の衝突によって生じた事件、いいかえれば、当事者間に具体的な権利義務に関する紛争があり、具体的な法律の適用によって解決されるべき事件と定義づける。そして、実際問題として、それが法律上の争訟に該当するかどうかは必ずしも明瞭でない場合と、法律上の争訟に該当するとしても、司法権の性質またはその本来的機能に照らし、かつまた司法権と行政権との分立の趣旨に鑑み、果たして司法審査に適するかどうかの疑問となる場合が少なくないとする。前者の具体例として、一般的抽象的な法律命令条例規則等の効力そのものに関する争い、直接自己の具体的な権利義務に関係しない争訟が挙げられている。ただ、

結局のところ、司法権の性質および機能に基づく司法審査の限界、ならびに行政権との関係における司法審査の限界が詳細に説かれ、事件性の要件は「統治行為」ないし「政治問題」となるので、前者の限界に位置づけられている。⁽²⁰⁾

ここで注目すべきは、民事訴訟学説においては一般に訴えの利益の一角を構成する権利保護の資格と利益に関連づけて論じられてきた具体的な問題が、行政訴訟学説においては、法律上の争訟に関連させつつ、どちらかといえば、司法権の性質・機能の見地、すなわち制度内在的限界に重きをおいて論じる傾向があるという点である。⁽²¹⁾

他方、訴訟要件の見地からは、行政訴訟においては、とりわけ「訴えの利益」「当事者適格」「処分性」の問題に集中して論じられる傾向にあるが、⁽²²⁾ それでもこれらの問題と事件性の要件との関係を自覚的に論じるということとはこれまであまり無かったように思われる。⁽²³⁾

(三) 刑事訴訟学説はどうであろうか。ここでは、事件性の要件が、自覚的に論じられることはなかった。それは、刑事訴訟自体、法令で定められた刑罰権の実現手続きであるから、そこに法律上の争訟が存在することは、自明の前提であることによる。⁽²⁴⁾ ただ、前述一(三)⑦⑧⑨が事件性の要件との関係で問題となる。すなわち、⑦の場合は、刑罰を科す根拠たる法令が消滅し、事案がそもそも「法律上の」争訟といえるのかに疑問が生じる。⁽²⁵⁾ ⑧および⑨の場合は、刑罰権そのものが消滅するという意味で「法律上の争訟」が存在しなくなるのではないかの問題がある。⁽²⁶⁾

(四) 最後に、憲法学説をみておこう。改めていうまでもないが、現行実定法は、「憲法訴訟法」という憲法訴訟独自の法典を用意しているわけではないので、訴訟要件と事件性の要件との関係の考察にあたっては、憲法訴訟との関連において民事訴訟・刑事訴訟・行政訴訟の各訴訟要件を叙述するか、あるいは司法概念の中核として事件性の要件を捉え、この要件の内容をさらに細かく分析するかのいずれかの手法をとっている。

前者の手法に属するものとして、例えば、野中俊彦は、次のように説く。

まず、刑事訴訟については、この訴訟における違憲の争点の提起については、それに固有の要件だけを問題にすれば足り、

訴訟要件を特に問題とする必要はない。憲法訴訟との関連では訴訟要件論はさしたる意味をもたないといえるとする。次に、民事訴訟については、その訴訟類型によって訴訟要件は異なるが、共通的なものとしては、事件性を前提とした上での当事者適格や訴えの利益の要件がある。しかし、民事訴訟の場合には、法定された要件の解釈の幅にはそれほど広狭はないようであり、いずれにしても最も激しい議論のある行政事件訴訟の訴訟要件論によって民事訴訟の訴訟要件論に含まれる基本的問題点もカバーできるとする。そして、憲法訴訟の要件論がとりわけ重要な意味をもつのは行政事件訴訟法であるとした上で、行政訴訟学説とはほぼ同様の事項、すなわち「処分性」「訴えの利益」等が実質的な考察の対象とされている。⁽²⁷⁾

この説においては、法律上の争訟の要件を、司法権による解決になじむ紛争の性質、すなわち、紛争当事者間に法律関係に関する現実的・具体的な利害の対立が存在するということと捉えながら、実際には、事件性の要件を刑事・民事・行政といった基本的な訴訟形態の中の各訴訟要件の検討にとどまり、事件性の要件と各訴訟要件との関係については格別言及されていない。法律上の争訟は、前記の訴訟形態の中で、さらにどのような訴訟類型が認められるかの問題として捉えられているようである。それは、例えば、取消訴訟は法律上の争訟にあたるが、民衆訴訟はこれにあたりないといった言い回しにうかがうことができる。⁽²⁸⁾

後者の手法に属するものに、まず、佐藤功があげられる。彼は次のように説く。

法律上の争訟、すなわち事件性の要件は、当事者間の具体的な法律関係ないし権利義務の存否に関する争いという要件と、法律の適用により終局的に解決し得べき争いという要件とによって構成されている。そして、第一の要件を満たしている訴訟であれば普通は第二の要件を満たしており、逆に第二の要件を満たしていない訴訟は、同時に第一の要件を満たしていない。ただ、第一の要件に加えて第二の要件を挙げる特別の意味は、形の上では、法律上の争訟でありながら第二の要件を満たしていないと見るべき争い、すなわち例えば統治行為を裁判所の審査権の範囲から除外する点にあるとする。そして、法律上の争訟にあたりない具体的な場合として、例えば学説の正否そのものあるいは政治の方針や政策の当否そのものに関する

る争いを目的とする場合、および形の上で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争いを目的とする法律上の争訟であっても、この争点の核心たる問題が例えば学説上の論争そのものや統治行為に属する事項であり、それらの問題が裁判所の判断の前提問題にならざるをえない争いである場合の二つを挙げる。⁽²⁹⁾

また、同様な手法を採る論者に、佐藤幸治があげられる。彼は次のように説く。

我が国の司法権のモデルとされる合衆国憲法上、事件性の要件の内容は、①対決性、②争われている法的権利に利害関係を持つ当事者、③現実の司法判断適合の争訟の存在および、④裁判所が終局的に拘束力を持つ判断を下すことができること、が確立されたものとされている。そして、この四要素は、日本国憲法上の司法権の本質的要素とされる事件性の要件の内容として何を想定しなければならぬかについて、その輪郭を示唆してくれるとする。⁽³⁰⁾

しかし、両者の説くところからは、以上のように分析された諸要件と訴訟要件がどのような対応関係にあるのかは必ずしも明らかではないし、アメリカ法を参照する後説についても、それが我が国においてどのような形で妥当するということのか判然としない。

(五) 以上簡単にみてきたところを整理すれば次のようになろう。

民事訴訟・行政訴訟両学説においては、まず一(一)で列挙した訴訟要件のうち、形式的・技術的なもの、すなわち①②③④⑤⑥⑦⑧が除かれ、残る⑨が事件性の要件に関係していることがほぼ明らかになった。そして、民事訴訟学説においてはどちらかといえば、事件性の要件を従来の訴えの利益論の中で捉えようとする傾向にあり、司法権の限界論の中で捉えようとする学説の傾向が他方にあるといえるであろう。また、行政訴訟学説には一般的に事件性の要件を司法権の限界の問題として意識する傾向があるが、それとの関連を必ずしも明確にしないまま、訴えの利益や処分性といった訴訟要件論における個別的な問題を論じてきたといえるであろう。これらの学説に対して、最近の憲法学説においては事件性の要件そのものを正面から捉え、分析してみようという傾向がでてきたといえるであろう。

ただ、以上の諸学説は、それぞれが鋭く対立する形で提出されてきたものではない。むしろそれらは、それぞれが自分の問題関心に従って事件性の要件の問題を取り上げ、異なる次元からアプローチしたものであると評することができよう。このような学説の状況に対して、体系的な考察の欠如という批判は当然下されるべきである。つまり、自己の説くところが憲法の解釈レベルのものなのか、実定法律の解釈レベルのものなのか、あるいは、憲法の解釈レベルのものであるとしても、それを憲法が要求もしくは禁止するという類いの解釈なのか、それともそれを憲法が容認するという類いの解釈で、結局実定法の解釈の問題に帰するものなのか必ずしも明確にされているわけではなかった。また、従来の学説は、類型化して言えば、具体的に問題となった事例から裁判所が取り上げるべきでないものを結論先取的に抽出し、そこから帰納的に事件性の要件の内容を語るか、⁽³¹⁾あるいは元来歴史のコンテクストの中で理解されるべき司法の概念・三権分立の原理をあたかも完璧普遍の内容をもつ理念と捉え、そうした抽象的なものから演繹的に事件性の要件の内容を語る傾向にあったといえるのではないか。⁽³²⁾そこでは、社会に生じる諸々の紛争のうちから裁判所が取り上げるものを選別するという事件性の要件に課せられた基本的な機能に注目して、そこから分析を開始するというアプローチは自覚的には採られていない。このようなアプローチにとっては、紛争の構造をどのように捉えるのかという問題の解明がまず必要とされるはずである。ただ、このような観点からみるとしても、以上の諸学説の中から、事件性の要件をみだす紛争の構成要素といえるものを次のように拾い上げることはできるであろう。

- ① 紛争が具体的・現実的なものであること。
- ② 紛争が法の適用によって終局的に解決できる性格のものであること。
- ③ 紛争が当事者自身の権利・利益に関わるものであること。

以下項を改めて、前記諸学説を踏まえた、事件性の要件の筆者なりの把握方法を提示することにした。

- (13) 兼子一「違憲提訴における事件性の問題」ジュリスト六号(一九五二年)(同著・民事法研究二卷(一九五四年)所収一一九頁以下、引用頁数は本書による。)一二五―一二七頁を見よ。なお、兼子||竹下・前掲書注(2)七〇―七二頁参照。
- (14) 三ヶ月・前掲書注(5)(法律学全集)五五―五六頁を見よ。なお、三ヶ月章「権利保護の資格と利益」民事訴訟法講座一卷一一九頁(一九五四年)一三八―一四頁、同・前掲書注(5)(弘文堂)六五―六五頁参照。
- (15) 新堂・前掲書注(5)一七四―一七五頁を見よ。なお、同「宗教団体内部の紛争とその課題」月刊法学教室二三号八一頁、二四号六九頁、二五号九九頁、二六号三七頁(一九八二年)参照。ただし、同「審判権の限界」講座民事訴訟二巻一頁(一九八四年)は、自己も含めて、従来の民事訴訟学説が司法権の限界の問題を「訴えの利益」のなかに埋没させて論じてきたことに再考を促している(二頁)。
- (16) 他に、斎藤秀夫「法律上の争訟について」法学一七巻二号、四号(一九五三年)(同著・民事訴訟法理論の生成と展開(一九八五年)所収一八〇頁以下、引用頁数は本書による。)一八五頁参照。なお、斎藤・前掲書注(5)一九八―二〇三頁、小山・前掲書注(5)は、いずれも事件性の要件を「請求の対象適格」あるいは「請求適格」の問題として捉えるが、これらはいずれも請求の内容に着目して論じたものであり、権利保護請求権説でいう「権利保護の資格」に該当する。
- (17) 兼子||松浦||新堂||竹下・前掲書注(5)七七〇―七七二・七七六―七七七頁を見よ。なお、高島・前掲論文注(5)も、事件性の要件を「民事訴訟事項」として捉える(一〇九頁)。
- (18) 司法概念と行政訴訟については、藤田宙靖「司法」の概念と行政訴訟」ジュリスト増刊・憲法の争点二一〇頁(新版一九八五年)を参照せよ。なお、行政訴訟と民事訴訟の関係一般を論じたものとして、園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」新実務民事訴訟講座九巻三頁(一九八三年)がある。
- (19) 雄川一郎・行政争訟法四八―五〇頁(一九五七年)を見よ。なお、原田・前掲書注(10)二三四―二三五頁も同様に述べる。
- (20) 田中・前掲書注(2)二九六―二九八頁を見よ。なお、同「行政事件に関する司法裁判所の権限」法曹時報一卷八号(一九四九年)(同著・行政争訟の法理(一九五四年)所収一二九頁以下、引用頁数は本書による。)一三七―一三八頁、同「司法権の限界」杉村章三郎先生古稀記念論文集・公法学研究下巻(一九七四年)(同著・司法権の限界(一九七六年)所収一頁以下、引用頁数は本書による。)二四・三四―四三頁も参照せよ。
- (21) いわゆる「統治行為」あるいは「政治問題」と呼ばれるものである。例えば、行政訴訟学説の雄川・前掲書注(19)一二五―一三〇頁を参照せよ。ただし、民事訴訟学説においても、例えば、兼子・前掲論文注(13)一二五頁にみられるように、そもそも請求対象とすること

ができないものと、そのままでは請求対象とならないものとは区別されている。前者にここでのいう政治問題も含まれる。兼子・前掲論文注(13)一二七―一二八頁、兼子・竹下・前掲書注(2)七三―七五頁参照。

なお、こういった司法権の限界論については、周知のごとく強い異論がある。これについては、例えば、今村成和「行政訴訟」宮沢俊義先生還暦記念論文集・日本国憲法体系六卷(一九六五年)(同著・現代の行政と行政法の理論(一九七二年)所収一六五頁以下)、宮崎良夫「『司法権の限界』についての一考察」社会科学研究所三三卷六号(一九八二年)(同著・行政訴訟の法理論(一九八四年)所収一頁以下)参照。

- (22) 訴えの利益・当事者適格に関する論文は多数に上るが、古典的なものとして、原田尚彦「訴えの利益」行政法講座三卷(一九六五年)(同著・訴えの利益(一九七三年)所収一頁以下)、最近のものとして、伊藤真「訴えの利益」現代行政法大系四卷二二七頁(一九八三年)、泉徳治「取消訴訟の原告適格・訴えの利益」新実務民事訴訟講座九卷五三頁(一九八三年)を参照せよ。処分性の問題については、阿部泰隆「取消訴訟の対象」現代行政法大系四卷一九九頁(一九八三年)、越山安久「抗告訴訟の対象」新実務民事訴訟講座九卷二七頁(一九八三年)、秋山義昭「法令に対する抗告訴訟」現代行政法大系五卷五五頁(一九八四年)を参照せよ。

- (23) 例えば、前出注(22)の論文を見よ。この点を指摘するものに、小早川光郎「紹介・原田尚彦『訴えの利益』」国家学会雑誌八八卷三二四号(一九七五年)(同著・行政訴訟の構造分析(一九八三年)所収二六一頁以下、引用頁数は本書による。)二九三頁がある。

- (24) 例えば、佐藤功・憲法下巻九二八頁(新版一九八四年)、兼子・前掲論文注(13)一二五頁参照。

- (25) 例えば、田藤重光・刑法綱要総論五〇―五四頁(増補版一九七五年)参照。

- (26) 例えば、田藤・前掲書注(25)四〇―四二頁参照。

- (27) 野中俊彦「訴訟要件論」法学セミナー増刊・憲法訴訟一六五頁(一九八三年)。

- (28) 野中・前掲論文注(27)一六八・一七一―一七二頁参照。行政訴訟においては、いわゆる「無名抗告訴訟」が論議されているが、これも事件性の要件の問題と密接な関係がある。無名抗告訴訟については、例えば、塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」新実務民事訴訟講座九卷一一三頁(一九八三年)、村井正「予防的訴訟」現代行政法大系五卷二二三頁(一九八四年)を参照せよ。

- (29) 佐藤・前掲書注(24)九二七―九三四頁。なお、同「法律上の争訟」と司法権の限界」民事研修二二七号七頁(一九七七年)参照。

- (30) 佐藤幸治「司法権の観念について」法学セミナー三一五号(一九八一年)(同著・憲法訴訟と司法権(一九八四年)所収二頁以下、引用頁数は本書による。)四一六頁。なお、同・前掲書注(1)二〇八―二一二頁、同「司法権の観念について」大石義雄先生喜寿記念論文集・日本国憲法の再検討五〇七頁(一九八〇年)、同「現代における司法権の観念と機能について」公法研究四六号一九頁(一九八四年)、

同「現代国家と司法権」法曹時報三八卷八号一頁、一〇号一頁（一九八六年）、三九卷一号一頁（一九八七年）（未完）も参照せよ。
 (31) これまでに引用した諸文献の他に、最高裁判所事務総局総務局編・裁判所法逐条解説二二―二四頁（一九六八年）を参照せよ。
 (32) 論じる対象も、文脈も本稿とは異なるが、従来の学説に対する同様の批判として、戸松秀典「裁判権の限界」現代行政法大系四卷一六九頁（一九八三年）を参照せよ。

三 事件性の要件の構成枠組

事件性の要件の分析にあたっては、さしあたり左の紛争モデルを利用するのが有効である。

六本佳平によれば、「紛争とは、(1) 具体的かつ特定のな行為を主体の間における、(2) 生活上の真剣な利害の対立に基づくあらそいであって、(3) 相手方の行為自体に対する働きかけを伴う直接的なあらそいであり、——(3) を意味の次元でとられば——要求とその拒絶という伝達を伴うあらそいである」と定義される。⁽³³⁾

この紛争が、裁判所に持ち込まれたとき、訴訟となる。

まず第一に、紛争は、右の定義によれば、具体的かつ特定のな行為を主体の間における対立が前提となる。これを「対立性」の要素と呼ぼう。この要素につき、馴合訴訟やいわゆる試訴 (test case) が問題となるが、⁽³⁴⁾ 裁判所は、当事者間の真の関係をみるのではなく表面上の関係をみるのであるから、右の定義でいえば、要求とその拒絶が互いに申立てられている限り、対立性は存在することになる。

第二に、紛争は、生活上の真剣な利害の対立に基づくあらそいであることから、利害の存在およびこの利害と各行為主体との関係が問題となる。この利害の存在をその損害の側面に着目して「事実上の侵害」の要素と呼ぼう。また右の関係には、何らかの要求を裁判所に持ち込んだ行為主体と当該利害との関係、およびその要求を拒絶した行為主体と当該利害との関係の二つがある。前者を損害の「帰属関係」の要素、後者を損害の「因果関係」の要素と呼ぼう。これら二つの要素は、従来の民事訴訟学説では、当事者適格といわれるものである。⁽³⁵⁾ 前記二(五)の◎がこの帰属関係に該当する。行政事件訴訟法九条

の「法律上の利益を有する者」という文言は、この帰属関係の存在要求の行政訴訟における表明の例である。⁽³⁶⁾因果関係については、これまで民事訴訟・行政訴訟の各理論においてあまり自覚的には論じられてこなかったように思われる。⁽³⁷⁾しかし、一方の行為主体に帰属すると主張されている利益に発生した（あるいは発生すべき）損害が他方の行為主体に基因するという事、別の角度からいえば、他方の行為主体に一定のことを裁判所が命じることによってこの利益が満足を得るといふことは、これらの訴訟において当然の前提となっていたように思われる。行政事件訴訟法九条括弧書の「取消しによって回復すべき」という文言は、他方の行為主体の行為の取消しを命じる裁判所の判決によって、一方の行為主体に帰属する利益が満足を得るといふ関係の存在要求の行政訴訟における表明の例である。

以上の諸要素が右のモデルから抽出される。さらに以下の要素が存在する。

第三に、当該利害にいかなる規範が関わるかが問題となる。従来の民事訴訟学説で、権利保護の資格といわれるものである。⁽³⁸⁾前記二(五)の⑥がこれに関わる。問題とされた利害は、単なる主観的な感情、あるいは道徳規範によって保護されるといふのではなく、それは法的規範によって保護されていなければならない。これを「保護規範」の要素と呼ぼう。行政事件訴訟法九条の「法律上の利益」という文言は、この要素の存在要求の行政訴訟における表明の例である。ただ、具体的にいかなるものがここでいう保護規範にあたるかについては大変微妙な問題を含んでいる。⁽³⁹⁾また、いわゆる統治行為ないし政治問題、あるいは行政裁量としてこれまで論じられてきた問題もこの要素と関わるように思われる。つまり、得失が発生した（あるいは発生すべき）利害に関わる規範の性格、すなわち当該規範が裁判所による法的判断になじむ類いものか否かが問題となっているからである。

第四に、紛争の具体性・現実性が問題となる。前記二(五)の④がこれに該当する。従来の民事訴訟学説で、権利保護の利益または必要といわれるものである。⁽⁴⁰⁾紛争は、時間的過程から見た場合、生成し、発展し、絶頂期に達し、やがて消滅へのみちを辿る。ここで問題とされるのは、果たして、どの段階にある紛争に裁判所が介入するかということである。以上第一

から第三までに述べた諸要素が、紛争の構造を静的に捉えたものに対して、ここでは紛争を動的に捉えてみようというのである。⁽⁴¹⁾これを「現実性」の要素と呼ぼう。この要素は紛争の生成・発展過程および消滅過程においてそれぞれ問題となる。行政訴訟学説においては従来、紛争の生成・発展過程における現実性の要素は処分性、成熟性の問題⁽⁴²⁾として、そして紛争の消滅過程における現実性の要素は訴えの利益の事後消滅の問題⁽⁴³⁾として論じられてきた。

第五に、裁判所による紛争解決がその事件について他の二権との関係で最終的か否か、すなわち裁判所の能力の問題がある。これを「最終性」の要素と呼ぼう。例えば、行政事件訴訟法二七条に規定された「内閣総理大臣の異議」の問題は、この要素に関わるし、⁽⁴⁴⁾また、二(三)で触れた大赦を含む恩赦一般の問題もこの要素と関わる。⁽⁴⁵⁾前記二(五)の⑥においても、終局性が触れられているが、それはむしろ得失が発生した(あるいは発生すべき)利害に関わる規範の性格に関わり、ここでは第三の保護規範の要素において扱われるべきものである。

注

- (33) 六本佳平「紛争とその解決」岩波講座・基本法学八巻・紛争 三頁(一九八三年)六頁。なお、「紛争」の概念構成そのものについても大きな問題があるが、これについては、例えば、千葉正士・法と紛争五四―六六頁(一九八〇年)を参照せよ。
- (34) 雄川・前掲書注(19)四九頁参照。
- (35) 当事者適格については、伊藤真・民事訴訟の当事者九〇頁以下(一九七八年)を参照せよ。
- (36) この要素を指摘するものに、棟居快行「判例評釈」自治研究五九巻二号九八頁(一九八三年)一〇三―一〇四頁がある。なお、福永有利は、この点を「訴訟の結果に係る利益」とし、これを当事者適格概念の中核に据えようとする。同「当事者適格理論の再構成」山木戸克己還暦記念論文集・実体法と手続法の交錯上巻三四頁(一九七四年)五三頁以下参照。
- (37) この点は、福永有利のいう「勝訴の利益の存在」すなわち勝訴判決とそれによって保護・実現される実体法的利益との因果関係の問題として捉えることができるように思われる。同「訴えの利益」法学セミナー三三五号一三八頁(一九八三年)一三八―一三九頁参照。ただし、この「勝訴の利益」と「訴訟の結果に係る利益」とが概念上区別されるものか否かについては必ずしも明確ではない。同・一三八頁参照。

- (38) 三ヶ月・前掲論文注(14) 一二四・一三八―一三九頁参照。
- (39) 例えば、山村恒年『法律上の利益』と要件法規』民商法雑誌八三卷五号五七頁(一九八一年)を参照せよ。
- (40) 三ヶ月・前掲論文注(14) 一二四・一三九―一四二頁参照。
- (41) なお、最近、民事訴訟学説において、訴えの利益の中核として提唱されている「訴訟追行利益」の概念もこの要素に近いもののように思われる。これについては、山木戸克己「訴えの利益の法構造」吉川大二郎博士追悼論文集・手続法の理論と実践下巻五一頁(一九八一年)、野村秀敏「訴えの利益の概念と機能」講座民事訴訟二卷二二七頁(一九八四年)を参照せよ。
- (42) 最近の民事訴訟学説として、野村秀敏「紛争の成熟性と確認の利益」判例時報一二三三号八頁、一二一四号三頁、一二一六号三頁、一二一七号一八頁、一二一九号二頁、一二二〇号一頁(一九八七年)(未完)を参照せよ。
- (43) 例えば、市原昌三郎「行政事件訴訟法第九条かっこ書きの意味」公法研究二六号一八二頁(一九六四年)、南博方編・注釈行政事件訴訟法一一七一―一二〇頁(小高剛執筆)(一九七二年)、川上泉「取消訴訟の原告」渡部吉隆Ⅱ園部逸夫共編・行政事件訴訟法体系一三九頁(一九八六年)一八七―一八八頁、広岡隆「処分後の事情変更と訴えの利益」民商法雑誌創刊五十周年記念論集Ⅰ 四二七頁(一九八六年)を参照せよ。
- (44) 平峰隆「行政処分の執行停止に対する内閣総理大臣の異議」公法研究二六号一八八頁(一九六四年)、佐藤・前掲書注(1) 二一六―二一七頁参照。
- (45) 宮沢俊義・全訂日本国憲法五九四―五九五頁(芦部信喜補訂一九七八年)参照。

むすびにかえて

以上、事件性の要件に関する従来の我が国の学説を概観し、私見を提示した。しかし、この私見もあくまで分析の大枠を定める試論あるいは仮説の域にとどまるものであって、決して完結的なものではない。ただ、筆者には、従来の民事訴訟、行政訴訟両理論がますます細分化され洗練されつつある一方、かえってその全体像を捉える理論の構築という視点が忘れられてきているのではないかという問題意識があった。このような意識に触発されて、憲法学を専攻する筆者は、アメリカ合衆国における事件性の要件に関する判例理論を論じる小稿をすでに公にしたが、⁽⁴⁶⁾本稿は我が国の学説に関するその続編に該

当する。しかし、主として筆者の能力の制約から、本稿は我が国の学説の詳細にまで踏み込むことはできなかった。すでに多くの理論が蓄積されつつある我が国の判例の分析を含めて、後日を期したい。

注

(46) 渋谷秀樹「事件性の理論研究序説」法学協会雑誌一〇〇巻一二号二二七―二二七頁（一九八三年）、一〇一卷一号一五六―一五六頁（一九八四年）。