

第一章 「法律上之爭訟」與「司法權之範圍」

第一節 序言：為何「司法」、「法律上爭訟」成為問題？

行政訴訟有保護救濟國民權利與確保行政合法性的2個制度目的，今日已無異論。惟「保護救濟國民權利」具何意義，則可能因論者而異其理解。有認為「國民權利」應限定於嚴格意義的實體法上之權利或受法律保護之個別利益；亦有認為所謂「保護救濟國民權利」具有對於因國家活動致國民遭受種種權利利益之侵害或毀損，透過行政訴訟，廣泛的貫徹國民之人權保障或利益救濟之旨趣。又關於確保行政作用合法性之制度目的而言，為實現法治主義或確保其實效性，如何廣泛理解行政訴訟應完成之機能，以及其與國民權利救濟之目的的關係，均因論者而異其想法，可知關於行政訴訟制度之目的，迄今仍未達成共識乃是實情。假使理解第1個目的之意義是具有貫徹國民之人權保障或權利利益之救濟的旨趣，而第2個目的是與第1個目的具有同等價值之獨立的制度目的，則行政訴訟現實完成的任務即會更廣且密度更高。

行政訴訟在何種幅度與範圍，才是有助於救濟國民之權利及實現法治主義之制度，為何必須在實際的運用訴訟制度之場域予以決定，乃繫於「司法」之觀念與「法律上爭訟」的概念。就「司法」之觀念而言，特別是憲法上權力分立原則上之問題，在與立法權、行政權之關係上，應肯認司法權為裁斷何種爭訟之權限的問題，不僅在各個爭訟案件上成為問題，是否可能依新的立法措置創設抽象的規範統制訴訟、國民訴訟或其他訴訟等均成為問題。又「法律上爭訟」之概念，在劃定「司法」之範圍時具有決定之意義，同時對國民而言，亦扮演決定「接受裁判之權利」所保障之範圍的功能。

然而，關於上揭二概念之意義，存在著尖銳的對立見解，迄今尚未有共通之了解。因此，有必要檢討「司法」與「法律上爭訟」之理論狀況，尤其應明確內在於通說之「法律上爭訟」概念之問題點。從而，必須先對於「司法」與「法律上爭訟」概念在日本國憲法下之實定法中如何定位，特別是「法律上爭訟」概念在判例理論上荷擔何種機能，做一概觀。

第二節 通說的「司法」、「法律上爭訟」概念

第一目 「司法」與「法律上爭訟」

依日本國憲法第32條「任何人接受法院裁判之權利不得被剝奪」之規定，行政事件與一般民事、刑事事件，均受司法權即以最高法院為頂點之法院裁判權之

保障¹。從而，欲決定何種行政紛爭相當於法院應處理之行政事件，即必須先明確「接受裁判之權利」所保障之範圍，又在與權力分立的關係上，亦必須明確相對於立法、行政兩權之「司法權」的範圍。惟因憲法第 32 條規定本身並未對於何種行政作用之紛爭可成爲「接受裁判之權利」保障的對象設有明文，第 76 條第 1 項也未設定有助於劃定「司法權」範圍之規定。因此，得接受法院裁判之行政事件應具有何種性質之紛爭，完全委諸予與行政事件相關之法律次元的解釋論。就一般論理而言，若是因行政作用產生的紛爭，基本上即應獲得接受法院裁判之保障；但現實上，古今中外，得以利用國家提供之裁判程序之國務的範圍，依其是否相當於值得循裁判程序救濟之紛爭的判斷，多少均會受到限定²。

日本國憲法下，判定是否相當於應做爲裁判對象之事件時，其依據之基準是「法律上爭訟」的概念。裁判所法第 3 條第 1 項規定「法院，除日本國憲法有特別規定外，具有裁判一切法律上爭訟，及其他法律特別規定之權限」，因此，除特別法律規定之情況以外，若不該當「法律上之爭訟」，即無獲得接受法院裁判機會之保障。又在與「司法權」觀念（憲法第 76 條第 1 項）之關係上，一般理解其爲「就具體的爭訟，適用法，宣示法，並予以裁定之國家作用」，「具體的爭訟」性是必須的要件。而所謂「具體的爭訟」，亦稱爲「具體的事件、爭訟性」或「事件性」，與「法律上爭訟」具有相同意義³。因此，通說的「司法」觀念，以「具體的爭訟」爲媒介，使「法律上爭訟」與「司法權」幾乎做相等之結合。

第二目 司法權 = 法律上爭訟 = 主觀訴訟的辯證

「法律上爭訟」本身是欠缺明確性之概念⁴，判例一貫要求滿足 1.「關於當事

1 憲法第 76 條規定「所有司法權，屬於最高法院及依法律規定所設置之下級法院」。

2 德國聯邦基本法第 19 條第 4 項第 1 句規定「因公權力致自己之權利遭受毀損者，容許其提起訴訟」，故就行政事件而言，「權利毀損」概念之解釋即為決定接受裁判之機會的基礎（小早川光郎，行政訴訟構造分析，東京大學出版會，1983 年，頁 7 以下）。就美國而言，依判例荷擔同樣機能，乃合眾國憲法第 3 條第 2 節第 1 項所定之「事件、爭訟性」概念（澁谷秀樹，憲法訴訟要件論，信山社，1995 年，頁 60 以下）。至於法國，則以越權訴訟決定其接受裁判之機會，亦即作為撤銷訴訟對象之行政機關單方之行為乃至行政決定對原告而言，是否具有「造成其某種不服之性質」之判斷（兼子仁 = 磯部力 = 小早川光郎編譯，フランス行政法，東京大學出版會，1982 年，頁 262）。任何國家均預設在內容上限定接受裁判之權利的某些概念。

3 蘆部信喜（高橋和之補訂），憲法，2007 年 4 版，頁 320-322。

4 從裁判所法之制定過程來看，「法律上之爭訟」之用語並非自立案過程伊始即存在，而是在立案時之臨時法制調查會第 3 部會（司法法制審議會）內設置之第 1 小委員會之審議中始出現，法案審議之初，提出「法院裁判民事、刑事及行政事件」之方案，在審議過程變更為「最高法院及下級法院裁判所有

人間之具體的權利義務乃至法律關係的存否之紛爭」2.「紛爭得適用法令做終局的解決」兩個要件⁵，學說亦同⁶。第1個要件是立足於訴訟制度的目的在於要求保護救濟國民之具體權利利益的想法，一般稱為「主觀訴訟」之訴訟類型。因此，通說的訴訟觀可以說是默認存在「司法權」＝「法律上爭訟」＝「主觀訴訟」雙重等式做為前提⁷。然而，若依裁判所法第3條第1項，除「法律上爭訟」外，「其他依法律特別規定之權限」也是法院之權限，此等權限若不牴觸「司法權」之本質，即得由立法特別予以承認。但依通說的見解，僅承認依特別法規定之民眾訴訟或機關訴訟做為其附加的權限⁸。從而，日本國憲法下之司法權，上述雙重等式是其基本構圖⁹。

第三目 「法律上爭訟」概念的機能－判例上之多樣功能

「法律上爭訟」概念在向來的判例理論完成何等功能？首先，關於「法律上爭訟」概念之前揭第2要件，即有無適用法令終局解決紛爭之可能性成為典型問題的並非行政訴訟，而是以宗教法人幹部之選任、解任之效力或財產權歸屬問題等，本身具有權利義務紛爭性質的訴訟上，關於信仰對象的價值或宗教上的教義或信仰內容之判斷，做為解決該當紛爭之前提問題而爭訟之場合。此類訴訟，其信仰或宗教上的價值判斷對解決該事案而言屬重要且不可或缺之情況，法院會認為該當問題不適合適用法令做終局的解決，而會以尊重該當宗教團體之自律的判斷之形式，做成本案判斷¹⁰。又維持原判決以請求變更是否符合技術士國家考試判定的

關於基本人權之爭訟」，嗣再變更為「法院具有裁判民事、刑事及行政事件暨其他一切法律上事件之權限」，可以看到從「一切法律上事件」變更為「一切法律上之爭訟」。又所謂「爭訟」概念，被認為是較「訴訟」更為廣泛之概念，參內藤頓博，終戰後の司法制度改革の經過－事務當局の立場から，司法研修所，1959年，第2分冊頁706-708、730-731；第3分冊頁136、148、187、246。

5 最高裁判所事務總局行政局監修，主要行政事件裁判例概觀(7)，1995年，頁8。

6 蘆部信喜（高橋和之補訂），註3書，頁320-322。佐藤幸治，憲法3版，青林書院、1995年，頁297。

7 巨理格，『司法』と二元的訴訟目的觀，法教325號，2007年，頁61。

8 裁判所法第3條第1項之現行規定是在第10次裁判所法案才確定。參內藤頓博，註4書第3分冊頁455。

9 石川健治稱此雙重等式為「司法權＝法律上之爭訟＝主觀訴訟之辯證」參氏著，トポスとしての權利侵害論－司法權の自己同一性論との関連で，法教327號，2007年，頁49頁。

10 宗教團體成員請求該當宗教團體返還寄附金事件之最判昭和56年4月7日民集35卷3號頁443。爭訟對於寺之住持作成剝奪僧籍處分之效力之最判平成元年9月8日民集43卷8號頁889（日蓮正宗蓮華

訴訟，不該當於「法律上爭訟」為理由，認定起訴不合法而程序駁回的判斷之案例¹¹同屬此一系列。

又「法律上爭訟」概念在前揭第1要件，即是否存在當事人間權利義務紛爭之局面，欲決定其是否納入法院判斷對象之機能，有如下種種的態樣。

第一款 做為上位概念之「法律上爭訟」

「法律上爭訟」概念並未充分發揮做為直接左右個個紛爭是否相當於法院審判對象的機能，而是透過抗告訴訟原告適格或處分性等下位基準，進行訴訟要件充足性的判斷，因而，「法律上爭訟」在此種情況，係做為綜合原告適格或處分性等個個訴訟要件判斷的上位概念。

第二款 做為獨立概念之「法律上爭訟」

與上揭一般傾向相反，在案件是否該當「法律上爭訟」的判斷，係決定是否適合將該案件做為訴訟事件，由法院進行本案判斷之對象之關鍵，完成獨自功能之場合；以及在本案上，判斷是否該當得主張做為違法事由之場合，「法律上爭訟」即與原告適格或處分性等下位基準切割，做為為判斷是否適合做為法院審判對象之情事的獨立基準，發揮其機能。若取最高法院之裁判為例，將「法律上爭訟」概念之此種機能予以類型化，可整理如下：

(1)爭訟法令等一般國家行為之抽象違憲性之訴訟，因不具「法律上爭訟」性，訴不合法之事例。例如：請求確認為創設警察預備隊所為之一切國家行為無效，直接向最高法院提起的訴訟，最高法院認為欠缺具體的事件性，訴為不合法，程序駁回¹²。判決理由雖未出現「法律上爭訟」用語，但實質上是否定「法律上爭訟」性的判決例。又如認為地方自治法欲廢止公選制，特別區區長改由特別區議會經知事同意選任的修正違反憲法，直接向最高法院起訴，最高法院認為該當請求確認修正法律一部無效之訴為不合法，而為程序駁回¹³。再如請求撤銷廢止福岡地方

寺事件)等，訴訟本身雖採關於具體的權利義務乃至法律關係紛爭之形式，但信仰的、宗教的價值判斷對該當具體的法律關係之判斷為重要且不可或缺，該判斷具有足以左右該當訴訟歸趨之重要性之案件，不適合乃至不可能適用法令做終局的解決，因認不具有「法律上之爭訟」性，而做成尊重該當宗教團體自律判斷之本案判斷。參蘆部信喜(高橋和之補訂)，註3書，324-325頁。佐藤幸治，註6書，頁495-498。

11 最判昭和41年2月8日民集20卷2號頁196。

12 最大判昭和27年10月8日民集6卷9號頁783。

13 最判昭和28年6月9日行集4卷6號頁1542。

法院院家裁甘木支部之最高法院規則的訴訟，最高法院認為非屬「具體的紛爭」，而是「抽象的請求最高法院規則只能做符合憲法之判斷」為理由，不該當「法律上爭訟」，訴不合法¹⁴。從而，欲以最高法院為第一兼終審之憲法法院，請求抽象的違憲審查之可能性即被封閉。

(2)以公機關、組織之內部自律的決定是否合法，做為問題的事件，爭訟其有無「法律上爭訟」性的事案。例如認為請求撤銷地方議會除名議員之議決之訴合法¹⁵；但請求撤銷對地方議會議員停止出席所為懲罰議決之訴，則被認為欠缺「法律上爭訟」性，以訴不合法而程序駁回之案例¹⁶；又如地方議會議員因不法占據土地，議會對之做成勸告辭職之決議等，以毀損其名譽為由所提起之國家賠償訴訟，最高法院認為相當於「法律上爭訟」，訴為合法¹⁷；對於國立大學不予認定科目學分及不予認定專攻科修畢，請求確認上開認定違法之富山大學經濟學部事件，最高法院認為不予認定國公立大學之專攻科修畢之不作為違法確認等訴訟，宛如否准一般市民之學生利用國公立大學，該訴不僅合法，且得做為本案判斷的對象¹⁸；不問國立或私立大學授與（認定）授業科目學分的行為是否合法，除非有特別情事，應屬「與一般市民法秩序無直接關係之內部問題」，因認請求確認其不作為違法之訴不合法，而予程序駁回¹⁹。此一判決的理由中，最高法院做效最大判昭和35年10月19日判決，區別「法律上爭訟」與「法律上之繫爭」，認為「雖屬法律上之繫爭，但其範圍廣泛，其中有因事案之特質，必須置於法院司法審查之外者」，明確的表示「法律上爭訟」概念，極為重要。

(3)國家或地方公共團體等行政主體或其所屬行政機關做為「行政權之主體」提起的訴訟，最高法院有判斷其不合法應予程序駁回之案例。最著名者是請求禁止寶塚市柏青哥店建築工程續行事件，市長認為柏青哥店之建築行為違反條例的規定，依該規定命令中止建築工程，但未被遵從仍續進行，市長為此提起請求禁止該當工程續行之訴，最高法院認為國家或地方公共團體做為行政權之主體，對國民請求履行行政上義務之訴訟不相當於「法律上爭訟」，訴不合法應予程序駁

14 最判平成3年4月19日民集45卷4號頁518。

15 最判昭和27年12月4日行集3卷11號頁2335。

16 最大判昭和35年10月19日民集14卷12號頁2633。

17 最判平成6年6月21日判時1502號頁96。

18 最判昭和52年3月15日民集31卷2號頁280。

19 註18書，頁234。

回²⁰。又如身為河川管理者之地方公共團體之首長，對於國家為施工主所進行之河川工程，發出中止工程之命令，且以國家為被告提起禁止工程之訴，最高法院認為該當訴訟是「不得成為權利義務歸屬主體之行政機關」之市長所提起之訴，「明顯不合法」，作成維持第1審及原審程序駁回之判決²¹。

(4)地方公共團體及其他行政主體認為上級機關或第三人機關受理審查請求等不服審查之申請所做的裁決，致自己行政上之利益受到侵害，是否可提起請求撤銷該當裁決之訴的問題，此即被稱為「地方公共團體對於國家等干預裁定之爭訟可能性」進行爭訟之大阪府國民健康保險審查會事件。身為國民健康保險保險人的大阪市否准交付被保險人證書之處分，大阪府國民健康保險審查會受理審查請求，做成撤銷該當處分之裁決，最高法院認為大阪市請求撤銷該裁決的爭訟「不為國民健康保險法所承認」，訴不合法，應予程序駁回²²。判決認為保險人之市町村起訴不合法的理由，完全依據該當法制度的旨趣，即國民健康保險事業屬於國家主管的行政事務，國民健康保險審查會之審查具有一般行政監督作用之性質。由於判決理由完全未論及是否可做為保險事業經營主體之地方公共團體地位之爭訟，以及是否具有「法律上爭訟」性，似未否定其「法律上爭訟」性。

(5)此外，認為與具體權利義務無關，因而認為不合法的訴訟，例如地方公共團體議會的議員以該地方公共團體之首長為被告，請求招集議會之訴訟，最高法院認為是機關間相互之紛爭，除非法律有特別規定，不得提起訴訟²³；又如請求確認在都知事同意之下，由特別區的議會選任區長為無效而提起的訴訟，最高法院認為該當選任之當否與上訴人個人之具體權利義務無關，訴為不合法²⁴；再如請求確認特別區長選任無效的事件，最高法院認為具有民眾訴訟的性格，與個人之具體權利義務無關，訴不合法²⁵；又請求確認軍備不保持義務或軍事費不使用義務所提起的訴訟，最高法院認為難以說其存在關於具體的權利義務之爭訟，訴不合法²⁶。

20 最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 卷 6 號頁 1134。

21 最判平成 5 年 9 月 9 日訟月 40 卷 9 號頁 2222。

22 最判昭和 49 年 5 月 30 日民集 28 卷 4 號頁 594。

23 最判昭和 28 年 5 月 28 日民集 7 卷 5 號頁 601。

24 最判昭和 31 年 2 月 17 日民集 10 卷 2 號頁 86。

25 最判昭和 39 年 4 月 21 日訟月 10 卷 5 號頁 756。

26 最判昭和 52 年 4 月 19 日稅務訴訟資料 94 號頁 138。

第三款 做為先行判斷基準之「法律上爭訟」

是否有充足「法律上爭訟」性，但因不充足原告適格或處分性之要件為理由，而被否准進入本案判斷之情況？只要定位「法律上爭訟」做為原告適格或處分性等個個訴訟要件之上位概念，則只要紛爭該當「法律上爭訟」，即可視該當紛爭也充足下位基準要是當然的前提；相對的，若具備「法律上爭訟」性，但不充足原告適格或處分性等訴訟要件的行政紛爭，該「法律上爭訟」概念即失其上位概念的性格，只具有在判斷其他訴訟要件前應行判斷之先行基準的機能。

前述大阪府國民健康保險審查會事件之最高法院判決完全以國民健康保險及行政不服審查相關法制度之旨趣做為理由，做成訴不合法之結論，而保留該當事件是否具有「法律上爭訟」性之判斷；相對的，亦有在判決理由中明確認定具有「法律上爭訟」性，但以不具備其他訴訟要件為理由，認為訴不合法之判決例。例如那霸防衛施設局長為獲得關於海上自衛隊第5航空群司令部廳舍的建築工程之建築確認，向那霸市建築主管提出建築工程計畫通知書及添附圖書，那霸市長依那霸市情報公開條例規定受理情報公開之請求所為之公開決定，國家不服而提起請求撤銷該當決定之訴訟。最高法院認為只要以「做為本件建物之所有人所具有之固有利益受到侵害」為理由，即該當於「法律上爭訟」，但認為對照本件情報公開條例之非公開情報之規定旨趣、文義等，不應承認國家所主張的利益具有個別保護利益性，而否定國家原告適格，認定訴不合法應予程序駁回²⁷。

第四目 行政訴訟與其辯證

「法律上爭訟」概念，在日本國判例理論上，擔負著種種機能，且無論任何情況均以存在當事人間具體權利義務之紛爭為其前提。未具備「法律上爭訟」性之紛爭，無論是訴訟要件之層次或本案判斷之層次，均具有將該紛爭排除於司法權審判對象之機能。可說判例理論認定上該公式具有妥當性為其前提。但今後行政訴訟上是否仍應維持上該公式？蓋行政紛爭多樣化，多含依主觀訴訟概念不能掌握，而適合依訴訟程序解決之紛爭。若欲貫徹實現法治主義之要求，確保行政之合法性的要求應有較諸向來更受重視之必要。

為此，即有重新探討上開公式妥當性之必要。首先，在「司法」與「法律上爭訟」做等式結合之局面，特別在選舉訴訟或住民訴訟等，現行法承認之民眾訴訟或機關訴訟外，依立法措置創出不相當於主觀訴訟之新的種類的訴訟，是否會

27 最判平成13年7月13日訟月48卷8號頁2014。

違背憲法上司法權概念？又「法律上爭訟」與「主觀訴訟」做等式結合之局面，不僅須依立法創出新的訴訟類型，且應探究使用現行訴訟法上的訴訟形態，謀求新類型行政紛爭訴訟解決之可能性²⁸。

第三節 「司法」

第一目 「司法」 = 「法律上爭訟」？

通說認為應將「法律上爭訟」內含為不可欠缺之構成要素的「司法」概念，即內含起訴權之問題；相對的，憲法學界之高橋和之則提倡應將「法律上爭訟」要素從「司法」定義切割，將起訴權之問題置於視野外之新「司法」定義，對於通說提出批判。

渠認為通說的「司法」概念要求將訴訟的主觀爭訟性做為不可欠缺之構成要素，無法整合說明民眾訴訟（選舉訴訟或住民訴訟）及機關訴訟等客觀訴訟依據個個法律做為法院權限之合憲性。蓋客觀訴訟因此不得被置於憲法「司法權」之範圍外。若在「司法權」之範圍外，即屬憲法上之行政權，欲依裁判所法第3條第1項之法律層次規定變更司法權之權限已違反憲法之權限分配。此乃因通說未明確區別「司法權觀念的問題」與「得提起訴訟之權利的問題」，而在「司法權」的定義中納進「起訴權」之要素是其原因。若欲將起訴權的問題排除於「司法權」的定義中，純從程序的觀點，定義「司法」為「就合法起訴之法律的解釋、適用之紛爭，在適切程序下，做終局裁定之作用²⁹」。

通說的司法權概念背景存在公式，與具體權利義務乃至法律關係無關之爭訟，因不該當「法律上爭訟」，而被置於司法權的對象外。欲依新的立法措置使此種訴訟可以提起，亦不容許與內在「具體的事件、爭訟性」要件的司法本質矛盾之立法³⁰；惟若將此種起訴權的問題除外，完全著眼於程序特性之「司法」概念，則在逾越「接受裁判之權利」射程之分野是否應賦與起訴權，基於符合司法權特有程序的事件必須具備何種條件之觀點，即是立法政策決定之問題³¹。從而，在立法政策之範圍內創出種種客觀訴訟的可能性即形擴大，也具有導入規範統制訴訟或

28 磯部力等編，『行政法の新構想Ⅲ』，有斐閣，2008年，頁12。

29 高橋和之，現代立憲主義制度構想，有斐閣，2006年，頁136-137、150-154、175。

30 佐藤幸治，註6書，頁334。

31 高橋和之，註29書，頁157。