The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	「国民訴訟」創設への道
Author(s)	村上, 武則
Citation	阪大法学. 2003, 53(3,4), p. 5-29
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55048
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

「国民訴訟」創設への道

村上武則

はじめに
第一章　タイタニック号の船内にいる国民の権利・利益を救済する必要がある
第二章　会計検査院をさらにもっと国民に近づけよう
第三章　財政民主主義をさらに徹底させよう
おわりに

はじめに

なぜ、「国民訴訟制度」がわが国で必要なのだろうか。その理由を、私は次のように考える。即ち、今日、日本は国と地方公共団体を合わせて長期累積債務はおよそ七〇〇兆円にものぼっている。(1) 特殊法人の問題など予算の巨大な無駄遣いも連日のように報道されている。この事態に関し、単に黄信号・危険信号というのではなく、沈みつつある巨大船タイタニック号にたとえ、(2) 緊急警報が鳴り響いている状態にあるとする人が増えてきている。(3) このように、わが国は想像を絶するような財政危機に陥っている。解決しなければ明日の日本はないと思われる。

しかしながら、このような財政危機においても、議会による解決を待っていては、いつまでたっても解決できそうにない。事実上「利権屋」が政治を支配している以上、間接民主主義では限界がある。そのため直接民主主義に

（阪大法学）53（3･4-5）627〔2003.11〕

よる解決が不可欠になってきた。

ところで、地方自治法では、直接民主主義の制度として住民訴訟制度がある。しかし国のレベルでは国民訴訟制度はない。これはおかしいのではないか。地方自治法では、すべての住民が、まず監査委員に対して、財務に関して住民監査請求を提起することができる。そしてそこでだめなら、裁判所へ住民訴訟を提起することができる。これに対して、国のレベルでは、会計検査院法三五条[4]により、利害関係人が審査請求することができる。しかしこの利害関係人というのが曲者である。地方自治法の場合には、すべての住民なのに、「利害関係人」とされている。一昔前に、井上ひさしさん達の文筆家が、旧国鉄がきわめて安い価格で土地を払い下げようとしたのに対して、会計検査院に対して審査要求を提起した。しかし、何の利害関係人にも当たらないということで、いとも簡単に却下されてしまった。[5]けれども、これについては、後で、元会計検査院の院長さんが後悔されている。会計検査院の重要性を天下に知らせることのできる絶好のチャンスだったと。[6]要するに、少なくとも納税者はみんな利害関係者として、会計検査院に対して審査要求できると解すべきではなかったか、ということであろう。[7]しかし、もっと問題なのは、会計検査院に審査請求を提起できても、そこでだめなら裁判所へ訴訟を提起できるかというと、その道は、今はない。

そこで、やはり国民訴訟制度を樹立すべきと思われる。けれどもそのためには理論的装備をする必要がある。ここで、様々の理論的な根拠を提示してみたい。その際、一つは、自由主義的に、権利・利益の保護の観点から、もう一つは民主主義の観点から、国民訴訟の制度の理論的武装を試みてみたい。

第一章　タイタニック号の船内にいる国民の権利・利益を救済する必要がある

第一節　現在の事態

国民訴訟制度は、わが国の現行法（行政事件訴訟法）で考えると、客観訴訟として位置づけられる。したがって個人の権利利益の救済のための制度ではなく、客観的な国民の利益のためとされうる。しかし、本当にそうなのだろうか。国家全体が、タイタニック号のように、沈没してしまったら、財産権もすべての資産も海底の藻くずとなってしまう。現在のような財政運営に対して、国民はそれぞれの権利利益の保護のために、直接民主主義的な国民訴訟制度を確立する必要がある。

前述のように、国と地方公共団体合わせて、およそ七〇〇兆円もの債務である。しかしやがてはわれわれの後の世代が負担する。そして結局は租税負担が課せられる。国民はすべて、いつかは租税が課せられる。それゆえ、国民はみんな「利害関係者」以外のなにものでもない。七〇〇兆円もの債務では、国はまさに、沈没しつつあるのであり、沈没してしまったら、すべての財産・資産は喪失されることになり、あらゆる生活の基盤も失われる。すべての財産的基本権がまさに侵害されようとしているといえよう。

このような侵害を、間接民主主義ではもはや抑制できない。政治家は毎年の予算編成において明らかなように、債務は増え続けるばかりであり、また公共事業は増大するばかりであり、予算の節約といったことも殆ど期待できない。[8] 政治に任すには、しかし、あまりに基本権は重要である。政治に任せていては、もはや、基本権を守ることはできない。[9] タイタニック号の船長や船員（官僚）、あるいは国会での多数決に任せていたのではもう助からない。外部のレスキュー隊を緊急に呼び寄せる必要がでてきた。

第二節　伝統的な憲法学の理論からの脱却

しかしおかしなことに、憲法学の通説によれば、財産権保障と課税はまったく切り離されていた。日本国憲法二九条は財産権を保障する。しかし、課税は憲法二九条とは関係なしに、法律により行われうると解されてきた。即ち、ここが大事だが、要するに課税は、財産権保障とは関係なしに、法律により、政治により、いくらでも法的原理の統制なしに操作できると解されてきた。しかし、ドイツでは既に現在、課税と財産権保障をリンクさせて考察すべきことが強く求められつつある。それによれば新たな課税などについて、五公五民すなわち五〇％が公がとることができるが、五〇％は個人の働いて得た部分ということで、五〇％を越えて課税できないとされる。[10] ハイデルベルグ大学の税・財政法の教授をされていたキルヒホッフ（Kirchhof）、後に連邦憲法裁判所の裁判官になられた人だが、彼が、そのような理論を強く提起している。[11] 彼によればとくに土地や建物を持っていたら財産権保護で保障され、有価証券に換えて資産として所有したとたんに、財産権保障がかからなくなるというのは不合理だということである。もしこのような考え方が認められていくと、財政運営・予算運営にも抽象的ながら、基本権保護、権利保護の観点が強く求められていくことになる。

もし予算運営や財政運営に基本権保護、権利保護の観点を入れることができるとすると、いったいどういうことになるのだろうか。おそらく出てくる問題は、基本権といっても自由権中心だから、国家に対して何か要求するというのは出てこないのではないか、ということであろう。自由権は、国家に対して、するなというのは言えても、国民訴訟制度等を作れということは、自由権からは何も出てこないのではないか、という問題が提起されよう。

しかし今や、日本の憲法学会も動きつつある。変わりつつある。それは最近の「基本権保護義務理論」というものである。たとえば、最近注目されているドイツのアレクシー（Robert Alexy）教授（キール大学）によれば、基

本権即ち自由権的基本権には、保護を求める権利があり、また、手続と組織を求める権利もあるとされる。[12] 今日、ドイツでは、基本権から、一定の手続と組織を求める権利があるということをめぐる論議ほど華やかに議論されている問題は、他にないといわれている。[13] まさに、わが国の国民は、沈みつつあるタイタニック号の乗客のように、いくら宝石をもっていても、財産を有していても、沈没しては、なんの意味もない。まさに財産を守るためには、一定の組織と手続を求める権利が保障され、それに基づけば、訴訟を提起して、放漫財政をチェックできる手続と組織が保障されなければならない。大阪弁護士会主催の今宵のシンポジウム（「国民訴訟シンポジウム」二〇〇三年一月二〇日大阪弁護士会館六階大ホール）は、まさにこの理論にぴったりのテーマである。

第三節　憲法学を補強する理論

一　ドイツで確立された原状回復請求権の根拠づけの理論を参考にする

でもこれではあまりに抽象的である。もう少し国民訴訟制度を求める権利をさらに根拠づけてみたい。ヒントになるのは、ドイツの公法上の原状回復請求権、即ち違法・無過失な国家行為により不利益を蒙った者に対する原状回復請求権という、ドイツの学説・判例で慣習法上の権利として確立されてきた権利が形成されてきたいきさつである。この権利は結果除去請求権[14]ともいわれるが、たとえば、間違って道路工事の際、法面を越えて他人の敷地にある果樹を破壊してしまったようなとき、あるいは土砂を投げ込んだようなとき、原状回復請求権として元のままの状態にもどす責任が国にあるとするのである。ドイツの憲法裁判所でも認められたこの権利の根拠は、三つないし四つの段階の根拠に支えられている。この根拠づけの理論が、国民訴訟制度を根拠づける際にも、発想として大いに参考になるのではないかと思う。

二　ドイツの原状回復請求権の根拠づけ

ドイツでは、原状回復請求権を根拠づけようとするとき、まず、正義論をもってくる。違法な行政があって知らぬ顔をきめこむのは、正義に反するという。しかし、正義だけでは権利を根拠づけるのは一般的すぎる。そこで、第二段階の根拠として法治国家論がでてくる。即ち、違法な行政があったとき、それは法治国家論からしても元の状態にもどすべきとするのである。でもこれだけではまだ不十分である。なぜなら法治国家原則は客観的な原則であるので、そこから主観的な国民の権利を導くことは難しい。そこで、第三段階の根拠として、主観化するために基本権保護理論がでてくる。基本権は絶対であるので、基本権を侵害されたら、そこから原状回復を求める権利が認められるべきだというのである。この三つの段階を経て、ドイツでは公法上の結果除去請求権が承認されてきている。しかし、さらに第四段階として、既にドイツ民法（ＢＧＢ）一〇〇四条等の中に明確に保障されている民法上の結果除去請求権を類推することにより、より明確で具体的な公法上の結果除去請求権を根拠づけることができるとする説が有力に唱えられつつある。(15)

このようにして、法律にどこにも規定されていないものでも、判例・学説により、実体法上の権利として、公法上の原状回復請求権または公法上の結果除去請求権が、慣習法上の権利として確立されてきた。

三　「国民訴訟を求める権利」の創設の根拠づけ

上記の理論にヒントを得て考えれば、「国民訴訟を求める権利」を、解釈論上も構成できるのではないか。もっとも、その権利は、一般的抽象的な権利にとどまるようには思うが、ともかく、それでも権利性がでてくるのではないかと思う。次のようになろう。

（1）　正義論による根拠づけ

即ち、第一段階として、正義論をもってきて、七〇〇兆円もの債務によりまさに沈没しつつあるタイタニック号日本に乗船している国民を、直接民主主義的に国民が裁判所に提訴して、救済を求めることができるとすることは、正義に基づいているのではないか。すべてを政治で決めようとすることに対して、違法・不正・不当な予算運営を抑止し、国民がストップをかけるのは、アリストテレスの配分的正義にも合致する。(16)

（2）法治国家原理による根拠づけ

次に、第二段階として、違法・不当な予算運営・財政運営をストップさせるのは、法治国家原理に合致している。しかし、それは合致するというだけではなく、むしろ、法治国家原理の要求でもある。

（3）基本的人権による根拠づけ

第三段階の根拠として、基本的人権の保護をあげたい。即ち、現実の予算運営では、国民の基本権の根底が崩れ去ろうとしている。すべてを政治に任せていると、まもなくタイタニック号は沈没してしまう。これでは基本権保護もあったものではない。基本権を守るために、国民訴訟制度の確立でもって、基本権を保護する必要がある。

（4）地方自治法の住民訴訟制度の類推

さらに第四段階の根拠として、「国民訴訟を求める権利」をより具体的なものにさせるために、確固として存在している地方自治法の住民訴訟制度を類推することがあげられよう。即ち、地方公共団体には住民訴訟制度がある。これを類推して、国に対しても、国民訴訟制度の確立を求めることは、平等原則にもかなうものである。国のレベルでも、住民訴訟制度に対応する制度を要求することは当然である。さらに付言すれば、アメリカには、納税者訴訟の制度が、市町村、州ばかりではなく、非常に限定的ながら連邦にもある。(17) 要するに地方公共団体にだけ固有な

制度として、住民訴訟を限定する必要はない。国においても国民訴訟制度があっても、けっしておかしくない。

(5) 結　論

以上のような理由で、私は、国民訴訟制度を樹立することは、抽象的ながら、国民は権利としても要求できると思う次第である。すくなくとも、国民訴訟制度の樹立を求める権利については、法的な正当性は大いにあると思われる。

そこで以下、大阪弁護士会の法案で決定的に重要な会計検査院について考察してみよう。

第二章　会計検査院をさらにもっと国民に近づけよう

第一節　会計検査院の法的意義

一　憲法と会計検査院

財政統制の専門的国家機関として、憲法は会計検査院を設置している。会計検査院は憲法上の機関である。制度的にも保障されていると考えられ、憲法が変わっても、会計検査院は残るもの、と解されている。[18]

二　要石としての会計検査院

会計検査院は、財政・租税国家の要石（Schlußstein）の役割を果たしているとされる。[19] それが崩れたら財政国家・租税国家自身瓦解してしまうのである。要石というのはヨーロッパの教会のドームの丸天井のまさにてっぺんにあって、他の石を支えている石である。たしかにそれが崩れると丸天井は全部崩れてしまう。そんなに重要な会計検査院であるが、たとえばフランスでは、国家公務員試験にトップで合格したような超エリートが会計検査院に

採用されるといわれている。

三　「剣なき騎士」としての会計検査院

財政運営を裁判所で国民が争うことができるようにするための「国民訴訟」もいいが、会計検査院の存在をけっして忘れてはならない。会計検査院は、まさに憲法上の機関として、国会も、裁判所も、内閣も、尊重しなければならない財政コントロール機関なのである。言い換えると会計検査院は、すべての国家機関の上にあって財政コントロールを行う機関である。しかし会計検査院は、「剣なき騎士」と呼ばれているように、権力は有していない。したがって、会計検査院を含めて四権分立ということはできない。では会計検査院の役割は何かというと、財政運営を適正にさせるために、政治に左右されず、中立的で公平な立場で専門的な意見を述べる機関である。言い換えれば、政治的な取引ではなく、一貫した法治国家の原理に基づいて、他の国家機関に財政コントロールのために勧告する機関である。

四　政策評価のできる会計検査院

会計検査院は、従来は、どちらかといえば、単に予算の収支が合っているかどうかといった単純な計算を、後から行う機関のような感じをもってみられていた。たとえば、節分でまいた豆がいくつあるかといった些細な計算を行う機関のように考えられていたが、現在では会計検査院法が改正されて、同法二〇条三項により、正式に、経済性・有効性・効率性が明文化され、いままでは陰に隠れていた政策評価まで期待されるようになってきた。アメリカでは会計検査院が盛んに政策評価を行うが、日本では、普通には、行政監視や政策評価は、昔の総務庁の行政監

察または現在の総務省の仕事とされる。でも会計検査院も積極的に経済性や有効性および効率性に基づいて検査できるとするなら、政策評価およびプログラム評価にも足を踏み入れるべきとの声が今日強くなってきている。それに対して、総務省と会計検査院が重複するのはまずいという声もあるが、総務省は内閣の中で活動するが、会計検査院は独立の機関による検査なので、機能的にも異なっており、良い意味で競争すれば、プラスにこそなれ、けっしてマイナスにはならないと思う。

五　会計検査院の憲法上の地位

この会計検査院をさらに活性化できれば、今日の財政危機に対して、政治に対しても、強い影響を与えることも可能である。問題はしかし、この会計検査院をさらにもっと国民に近づける努力をすることが不可欠であろう。明治憲法のもとでは、憲法上の機関ではあるが（明憲七二条）、会計検査院は天皇に直接隷属した機関として設けられていた。当時はしたがって会計検査院にはすごい権威があって、帝国陸軍や海軍も「天皇陛下の公金をなんとする！」と、大喝されたら、軍隊も跪いていたという。現在は、会計検査院は検査報告を内閣に提出するとあるので、なんとなく内閣の一機関のように思われやすいので権威がなくなっているのではなかろうか。会計検査院に再び権威を与えるのは、ほかならぬ国民であり、それゆえ国民と接する場所を多くすればするほど会計検査院の権威は高まると思われる。アメリカの場合には、ＧＡＯ（Genaral Accounting Office）は議会の付属機関のようにされているから非常に強力である。日本の場合もアメリカのように国会の下部機関のようにせよとの声もあるが、日本の国会は、与党も野党も政治の取引・談合等の駆け引きの場となっており、一貫した原理など何もない。そのようなどろどろした所の付属機関にすることはできない。私は、会計検査院は、国会からも、内閣からも、裁判所からも、

相対的に独立して、彼らに予算運営・財政運営について改善すべき点は改善すべきとして、専門的意見を提供し、財政を包括的にコントロールする機関と位置づけたい。

第二節　会計検査院と国民

（1）　従来の会計検査院と国民の関係

日本国憲法における会計検査院については、一九九七年あるいは一九九九年までは、会計検査院に国民が正式に入っていく入口は、たった二箇所だけだった。即ち、日本国憲法九〇条で会計検査院が検査報告を内閣に提出して、内閣がそれを国会に提示するとき、および会計検査院三五条に基づいて利害関係人としての国民が審査要求をするときである。

（2）　新しい会計検査院と国民の関係

しかし一九九七年の国会法の改正により、国会の側から会計検査院に対して特定事項に係る検査・報告を要請できるとされた（一〇五条）。また一九九九年五月に遂に情報公開法が日本にも成立し、誰でも会計検査院に対して行政文書の公開を求めることができるようになった。このように、会計検査院は国民の側にぐっと近づけられてきた。

（3）　国民会計検査院の確立を

この動き、流れをさらに発展させていきたい。会計検査院を真に国民のためのものにしたい。高橋和之教授のいわれる国民内閣制[20]のような「国民会計検査院」を作っていきたい。即ち、会計検査院法三五条の利害関係人の範囲をさらに拡大しなければならない。しかしその前に、この院法三五条の審査要求のモデルとなったアメリカの制度

を一瞥してみたい。

第三節　アメリカの会計検査院

会計検査院法の審査要求の制度は、アメリカの会計検査院にあるclaim　settlementにならった。[21] アメリカでは、事実上、これがオンブズマン制度として機能しているといわれる。ＧＡＯでは六〇〇〇人くらいの職員がいるが、そのうち一つの局で、一〇〇〇人くらいの調査官がこのclaim　settlementに当てられているともいわれるが、日本では、およそ一二〇〇名の職員のうち、一〇名くらいが審査請求に当てられているにすぎない。いや、せいぜい三、四人だろうともいわれる。したがって全然次元が違う。アメリカでは職員を投入できるから、利害関係人を緩やかに解することもできる。単なるletterといわれる回答というのもある。かなり機動的なものをやっていて、いま現在、連邦レベルではオンブズマンがないのは、ＧＡＯに文句をいえば、権力で介入して、解決できるものもあれば、できないものは議会に報告するというやり方をとっているから、という見方もある。[22]

第四節　問　題　点

（1）　会計検査院三五条の利害関係人の拡大

日本の会計検査院における審査請求を利害関係人が行うという場合の利害関係人を、一挙にひろげるのは、ある意味では、解釈変更をやれればやれるが、解釈の変更を急にやるのも乱暴であろうか。やはり立法で解決するのが望ましいともいえる。大阪弁護士会の提案のような法案で、特別法として立ち上げるべきなのだろうか。

私は、現行の会計検査院法三五条の利害関係人の範囲を解釈で広げることもできると思う。その理由は、前述の

ように、われわれ国民は既に、現状においては、七〇〇兆円の財政赤字により基本権がまさに侵害されつつある。明らかな危険地帯に入ってきている。すべての国民が十分に利害関係人といえよう。

（2）　会計検査院の独立と国民の審査請求

でももう一つ検討すべき問題がある。それは会計検査院の独立性の問題である。会計検査院は憲法上の機関として強い独立性が与えられなければならない。しかし、もし国民が審査請求を一般的にできるとなると、会計検査院の独立性を侵しはしないか。

（イ）　ドイツの会計検査院の独立性

ドイツの会計検査院は、強い独立性が認められ、国民からの審査請求権なんてもってのほかである。ドイツの会計検査院法では、「その法的業務の範囲内で、連邦会計検査院は、ドイツ連邦議会、連邦参議院および連邦政府を、自らの決定により支援する」とされているのであり、[23] すべて会計検査院のイニシアティブで行われる。ドイツでは、「調査依頼できる」ということ自体、会計検査院の地位を侵すとされているくらいである。

（ロ）　わが国の会計検査院の独立性

①　国会からの検査要請

わが国はどうであろうか。前述のように、一九九七年の国会法の改正により、国会の側から会計検査院に対して特定事項に係る検査・報告を要請できるとされた（一〇五条）。しかしこれに対して、同時に改正された会計検査院法では、答えることができるということで、拒否できる余地もあって、独立性は一応保障されている。しかし、独立性はドイツほど強くはないようにみえる。したがって、国民からの審査要求を認めても、そのこと自体は会計検査院の独立性を侵すといったことにはすぐにはならないと思われる。

② 大阪弁護士会の提案と会計検査院の独立性

さて、大阪弁護士会の法案は、会計検査院法三四条で認められている会計検査院の職権の発動[24]を促すものである。そのこと自体は、たしかに会計検査院の独立性にプレッシャーを与えるものであるが、その後、会計検査院を相手取って訴訟を提起しようとするものではなく、国民訴訟を提起できるのは、違法性が明らかにもかかわらず、会計検査院から満足的な回答が得られないときとか、または六ヶ月後なにも会計検査院から回答がないときに、当該行政機関を相手取って[25]、国民訴訟を起すという手順になっているので、会計検査院をけっして拘束することにはなっていないことも、独立性を侵さない理由の一つになりえよう。さらに一〇〇〇万円以上の損害があるときという限定により、国民訴訟に絞りがかけられており、しかも一〇〇〇万円以上という損害は、国民のための会計検査院の側からしても無視することのできない要素であり、むしろ会計検査院には検査する責務が逆にあるといえよう。

（3） わが国の会計検査院の現状

問題は、会計検査院のスタッフである。前述のように現在の審査要求を審査する職員はたった三人か四人といわれる。これではお話にならない。最低一〇〇名くらいの人員は必要ではなかろうか。そのための人件費は膨大である。けれども何兆円という額をも超えるであろう無駄遣いのことを思えば、むしろ安いものであり、国民はそのための予算を負担することに誰も反対する者はいないと思われる。

（4） 国民訴訟と会計検査院への審査要求前置主義

会計検査院へ審査を前置させる主義、即ち国民訴訟の提起の前に、会計検査院への審査要求を前置させることはいかがだろうか。大阪弁護士会の法案においても会計検査院への審査要求が前置されている。この点、住民訴訟も監査請求前置主義をとっている。また、アメリカの州においても、かなりな州が司法長官に審査をまず前置させて

納税者訴訟を認めている。[26] もっともわが国の場合、行政不服審査法と行政事件訴訟法との関係は周知のように、特別の定めがないかぎり、どちらを取ってもいいという選択主義が採用されている。前置主義をとるべきかどうか、立法政策で定めることができるように思われるが、やはり専門機関としての会計検査院の審査請求を前置させるのが望ましいように思われる。

第三章　財政民主主義をさらに徹底させよう

一　客観訴訟と主観的権利保護

さて、もし国民が会計検査院に審査要求しても、要求が満たされなかったとき、国民は裁判所に国民訴訟を提起できるようにする必要がある。この訴訟は、従来の分類からすれば、もちろん客観訴訟ということになるが、私の考えによれば、けっして個人の権利利益と関係のない、全体の利益の問題とすることはできない。前述のように、現在七〇〇兆円もの債務という財政赤字の中にある。けっして減ることはない。ますます増大しており、とまることはない。このような事態は、まさに日本は、タイタニック号のように沈没しつつあるということを示している。しかし個人の具体的な利益が、船の中に一杯積み込まれているのである。公共の利益の中に個人の利益が解消されないで残っている。と述べれば、長沼ナイキ基地訴訟[27]やもんじゅ原発訴訟[28]の原告適格を認める最高裁の判旨に似ている。でももちろん純粋の主観訴訟ともいいきれない。結論的には、主観訴訟と客観訴訟の中間に位置するような訴訟というような感じをもっている。ちなみに私は行政法の体系論として、従来の総論と各論との間に中間行政法という範疇を作って行政法の体系を考察している。[29] 国民訴訟は、この中間行政法の一つの問題と理解している。

二　緊急事態における配分的参加請求権と裁判を求める権利

しかし、私は前からもう一つ、国の財貨に対する要求権として配分参加要求権（Teilhaberecht）という権利性を主張している。これはドイツにおいて、自由権プラス平等権などから構成されているものである。社会権とはまた違ってすべての人に認められる主観的な請求権である。この権利の意義は、「緊急性」の高いときには、国には給付の義務有りとするものである。[30] この理論からいっても、まさに今や国の財政とともに沈没しつつある個人の配分参加請求権にとって、大緊急事態である。抽象的ではあれ、裁判所に対して救済を求める権利ありとされなければならない。

三　パブリック・インボルブメントの進展と直接民主主義および国民訴訟

さて国民訴訟制度は、住民訴訟と同じように、直接民主主義的な制度である。選挙を通しての国政参加ではなく、直接に個人が裁判所にうってでることのできる権利である。今日、直接民主主義は予想外に増えてきている。それはパブリック・インボルブメントの浸透にも見られる。これは、行政計画など、はじめから住民を巻き込んで一緒になって作っていこうというものである。河川法が改正されて河川整備計画に住民参加が認められるようになったが、二〇〇二年七月に施行された土地収用法も、パブリック・インボルブメントの思想を採用し、附則の六条で早い段階から公共事業の計画を行政と市民が一緒になって作ることを期待している。[31] これを今大流行のパブリック・コメントと比較すると、パブリック・コメントは、行政が作った案に関して、これでいかがかと市民に問いかけ、アンケートを求める手法であり、いわばフランス料理を行政が作って、お味はいかがかというものだが、アメリカで発達しているパブリック・インボルブメントは、始めから行政と市民が協力してやっていこうとする手法である。

いわば、フランス料理を行政と市民が協働して作ってみようとするものである。このように直接民主主義の制度は次第に進展してきている。国民訴訟も、直接民主主義の制度だが、最初はなかなかなじめないかもしれないが、やってみれば意外にうまくいく制度のように思われる。

四　財政民主主義にも直接民主主義を

日本国憲法は財政民主主義を採用している。[32] 民主主義とは同意に基づく政治である。したがって、最後は裁判所で争うことができるというのもまさに民主主義的な制度である。もし財政民主主義を徹底すれば、日本国憲法九〇条のように、会計検査院の検査報告を内閣経由で国会に提出すれば足りるというのではなく、内閣に検査報告を出すと同時に、直接に国会に提出しても何ら憲法違反とすべきではなかろう。[33] さらにまた、会計検査院が検査した結果は、国民自身へ、公開していくべきであろう。情報公開法に基づいて国民が公開請求をするまでもなく、積極的に情報公開すべきであろう。大阪弁護士会の法案も公開せよといっている。このように財政民主主義を直接民主主義的に徹底させるべき課題は一杯ある。

五　ドイツと民主主義の歴史

最後のあたりに近づいてきたが、ここで大事なことを訴えたい。それは、日本は、ドイツもそうだが、アメリカと違って、民主主義が非常に弱い。ヨーロッパにおいて、一七八九年のフランス大革命が起こり、フランスは国民主権、民主主義の国が誕生した。ドイツにおいても自由主義の勢力が強くなり、ようやく一八四八年に全国から代表者がフランクフルトのパウルスキルへ教会に集まり、ドイツでは初めての民主主義的な憲法を作った。けれども

フランクフルトに集まった全国の代表者は選挙で選ばれた人達ではなく、大学の学者など有識者が集まって憲法を作ったのであった。そしてそれをそれぞれの国に帰って、日本で言えば薩摩藩の藩主である島津の殿様や安芸藩の藩主である毛利の殿様に見せたところ、こんなものは採用できないということで一蹴されてしまって、日の目を見ない幻の憲法となってしまった。その当時、ハインリッヒ・ハイネは、フランスに滞在していたが、祖国ドイツの革命の成り行きを固唾を飲んで見守っていて、ハイネは有名な詩を作ることになるのだが、それは、「夜、ドイツのことを想うと、まったく眠れなくなる。（遠いドイツにいる母のことを思うと）眼を閉じることはできなくなり、熱い涙がしたたり落ちる」と述べていた。

でもとうとう一九一九年のワイマール憲法が制定されて、ドイツでは初めて民主主義的な憲法が誕生した。けれども一九二九年のウオール街で始まった大恐慌のため、ドイツにも大量の失業者が巷にあふれ、国家社会主義ナチスが台頭し、結局民主主義的な憲法であるワイマール憲法は短命に終わってしまった。ようやく第二次世界大戦後にボン基本法というドイツの憲法が作られて、今日、民主主義的な憲法が定着している。

六　わが国の民主主義の歴史

わが国も、大日本帝国憲法という封建的な憲法が長らく続き、ようやく第二次世界大戦後になって、日本国憲法が民主主義を誕生させた。わが国では初めての民主主義的な憲法である。わが国は民主主義がまだまだ定着しているとはいえない。情報公開法もようやく平成一一年（一九九九年）に作られたばかりである。財政には民主主義化されなければならない問題点が山ほどある。

私は、本日の大阪弁護士会主催のシンポジウム「国民訴訟の確立に向けて」は、なぜか、一八四八年のドイツは

フランクフルトのパウルスキルへ教会で作られた憲法とよく似ていると思う。どちらも民主主義をめざしている。本日のシンポジウムは、しかし国の財政をオープンにして、民主主義的に国民がコントロールしようとするものである。もちろんパウルスキルへ憲法のように挫折させてはならない。本日のシンポジウムはパウルスキルへの大集会と比べると、非常にささやかなものであるが、日本を変える第一歩としたい。ねばり強く国民に訴えて、是非成立させたいものである。私は、この動きを、遠くからハイリッヒ・ハイネが、固唾を飲んで見守っているような気がする。ハイネは、「日本の国民訴訟のことに、夜、想いを馳せると、まったく眠れなくなる。遠い日本の大阪弁護士会のシンポジウムのことを想うと、眼を閉じることはできなくなり、熱い涙がしたたり落ちる」[34]と、詩を書いているような気がしてならない。

おわりに

以上は、二〇〇三年一月二〇日に行った大阪弁護士会館での講演の内容をほぼ忠実に再現したものである。大阪弁護士会は、この日のシンポジウムで公金検査請求制度（国民訴訟制度）を提言したが、しかしその後、まもなく三月一三日に日本弁護士連合会が、行政訴訟法案を発表し、その中で、六七条において「国民訴訟」の制度を提案している[35]。

この日本弁護士連合会の行政訴訟法案は、多くの点で非常に斬新なものであるが[36]、その中でも、取消訴訟制度を廃止して、是正訴訟の確立を図ろうとすることがとりわけ目立っている。即ち、従来の行政事件訴訟法では取消訴訟制度をはじめ、たくさんの訴訟類型があって、訴訟類型を間違うと、裁判所により却下されるといった困難なハードルがあるが、改正案によれば、是正訴訟中心にして、訴訟類型をやめて判決類型に改めるというのである。比

喩的にいえば、従来は、日本料理店という類型、中華料理店という類型、フランス料理店という類型というように、レストラン類型がたくさんあり、その類型を誤って他の類型のレストランを訪れると、簡単に門前払いされてしまう。このような類型を日本弁護士連合会は根本的に改め、是正訴訟といういわば大レストラン街または大レストランビルを創設し、その門をくぐれば、裁判官が受付にいて、何を食べたいのか、即ちどのような救済を求めたいのかと聞いて、もし取消を求めたいといえば、四階に取消判決を出してくれるところがあるから四階にいって下さいとか、原状回復を求めたいといえば、一〇階にいけばそれを担当する裁判官がいるというように、裁判所が判決類型を提示してくれるというのである。さらに、原告適格も、現行の「法律上の利益」というのではなく、現実の利益を侵された者であればよいとされる。これらだけをとってみても、日本弁護士連合会の法案は、まさに国民にとって使いやすい行政訴訟法案になっている。日本弁護士連合会は、民事訴訟法に対する行政訴訟法の特徴点を、適法性の維持にあるとしている。これらの目指す方向の延長線上に、国民訴訟があるというのは明らかであろう。もっとも日本弁護士連合会の法案によれば、国民訴訟は、是正訴訟とは違った民衆訴訟に位置づけられている。もちろんそのこと自体は正しいが、私見によれば、国民訴訟は、広い意味では主観的な是正訴訟の性格をも有しているということを、強調したいということを記して、本稿をおきたい。

（1）　一九九九年度末では長期債務残高は六〇〇兆円と見込まれていた。この点、村上武則「行政の監視と評価」公法研究六二号一一五頁（注4）（二〇〇〇年）参照。

（2）　佐藤幸治「希望と改革」久留米大学法学四三号七頁（二〇〇二年）。

（3）　村上武則「わが国の特殊法人の改革について思うこと」『〈大阪大学法学部創立五〇周年記念論文集〉二一世紀の法と政治』（有斐閣、二〇〇二年）八九頁参照。

（4）　会計検査院法第三五条〔会計経理取扱いの審査〕は次のように規定する。即ち、①会計検査院は、国の会計事務を処理する職員の会計経理の取扱に関し、利害関係人から審査の要求があったときは、これを審査し、その結果是正を要するものがあると認めるときは、その判定を主務官庁その他の責任者に通知しなければならない。

②主務官庁又は責任者は、前項の通知を受けたときは、その通知された判定に基いて適当な措置を採らなければならない、と。

（5）　兼子仁『新・地方自治法』（岩波新書、一九九九年）七四頁参照。

（6）　園部逸夫「〈対談〉行政事件訴訟法を見直す（下）」自治研究七六巻六号（二〇〇〇年）二五頁以下参照。なおまた村上武則『給付行政の理論』（有信堂高文社、二〇〇二年）四一九頁参照。

（7）　なお、「納税者訴訟等についての特例法基本要綱」（北野第一次試案）／北野弘久・兼子仁『市民のための行政争訟』（勁草書房、一九八一年）一五〇頁以下参照。

（8）　特殊法人、たとえば道路公団の問題が象徴的である。特殊法人の改革の問題点については、村上武則「わが国の特殊法人の改革について思うこと」前掲書所収八七頁以下で論じてみた。

（9）　アレクシー（Alexy）は、基本権は、憲法の観点からは、非常に重要な地位なので、その保障または非保障は、単なる議会の多数決に任せることはできない、と述べている。この点、村上『給付行政の理論』三一七頁参照。

（10）　村上・前掲書二三八頁参照。五公五民の政策は、古く戦国時代にわが国においても、北条早雲が小田原において取っており、善政を慕って多くの民が小田原に集まったといわれる。もちろん、厳密には両者に違いはあろうが。

（11）　村上・前掲書二三九頁参照。

（12）　村上・前掲書三一六頁、三一七頁以下、三二〇頁参照。たとえば、自由に意見を形成できる自由権から、放送の二元制（公共放送と民間放送）の組織を求めることができるとされている。Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, S. 451 ff.

（13）　村上・前掲書三二〇頁参照。Vgl. Alexy, a.a.O., S. 428.

（14）　結果除去請求権の内容については、村上武則「ドイツにおける公法上の結果除去請求権の内容について」（佐藤幸治・清永敬次編〈園部逸夫先生古稀記念〉『憲法裁判と行政訴訟』〈有斐閣、一九九九年〉）五四三頁以下参照。わが国で

は、損害を蒙った場合、加藤一郎教授の不法行為論で明らかなように、利益考量により、原則としてだいたい損害賠償ですまされるが、ヨーロッパでは、既にローマ帝国以来、原状回復請求権が認められている。紙の文化と石の文化との違いが背景にあるのであろうか。石で作られた建物は、簡単に原状回復できるものである。

(15) 結果除去請求権の根拠については、とりわけ太田照美「ドイツにおける公法上の結果除去請求権の根拠について(一)、(二)・完」民商法雑誌一二二巻一号(二〇〇〇年)四〇頁以下、同一二二巻二号(二〇〇〇年)二〇四頁以下に詳しい。

(16) アリストテレスの正義論(Gerechtigkeit, justice, fair)の中に、周知のように配分的正義(Verteilungsprinzip)に関する記述が出てくる。等しく配分すること(Gleichheit)、必要に応じて配分すること(Bedürfnisgerechtigkeit)がそれである。また、正義の基準として、働きに応じた配分も指摘されている(これらについて簡単に知ろうとするときは、インターネットで分かり易い解説が入手できる(Vgl. internet : http ://www.berlinx.de/ego/0100/art 3.htm)。なおよく言われていることには、①アリストテレスの等しく配分との基準は、後にフランス人権宣言により、②必要に応じた配分はカール・マルクスにより、③働きに応じた配分は、アダム・スミスにより発展させられていったということである。もちろんアリストテレスにあっては、私の知る限り、まだ手続的正義の観念は出てこなかった。自然的正義(natural justice)としての手続的正義の観念はイギリスにおいてである(イギリスの手続的正義について、兼子仁『行政手続法』〈岩波書店、一九九四年〉一七九頁以下参照)。なお、この点については、村上『給付行政の理論』一七五頁参照。

(17) アメリカの納税者訴訟制度について、「南北戦争後、公債による資金調達、公契約の請負、特許・免許の付与などを通して、経済活動における地方団体の役割が増大してくるにしたがって納税者訴訟も漸次増大してきた。一九世紀後半になるとイニシアティヴ、レフェレンダム、リコール等の手段により人民の直接参政を強く主張した進歩党・人民党の主張が高まるのに対応して、その量が飛躍的に増大していった。こうして、納税者訴訟に関する判例上の先例が積み重ねられていき、納税者は次第に州政府の支出をも争うことが認められるようになっていった」とされている。この点、水鳥能伸「アメリカにおける納税者訴訟(一)」広島法学一七巻一号(一九九三年)三四五頁以下参照。アメリカにおいては、連邦において、連邦最高裁も、「一九六八年の Flast v. Cohen, 392 U.S. S.83 (1968) 判決において従来の態度を

改め、連邦レヴェルで納税者訴訟を認めるにいたった。その後、連邦最高裁は、連邦納税者訴訟を限定する態度を示し、連邦議会が連邦憲法第一条第八節の課税支出権限の下で国教樹立禁止事項に違反した場合のみにそれを認め、これ以外には連邦納税者訴訟を認めないという立場を堅守している」（水鳥・前掲三四六頁参照）。

なお、イギリスに関しては、「イギリスではじめて納税者訴訟が認められたのは、一八二六年の Bromley v. Smith, 1 Sim. 8. 57 Eng. Rep. 482(1826)である。この判決は、法務総裁による訴訟の提起によらないで、地方税納税者に対して、自らの任命した出納役の違法な公金支出を差し止め、既に支出されている公金の公庫への返還を認めるものであった」（水鳥・前掲三三七頁参照）。しかし、「中央官庁に対する納税者訴訟については、全く否定されている」という（水鳥・前掲三四〇頁参照）。「これは、中央官庁の支出が何らの憲法上の制限に服さないものとされ、また必要ならば、議会による遡及的承認を常に得ることができるとされるため納税者訴訟に関する原告適格の問題が生じてこなかったからであるとされている」（水鳥・前掲三四五頁参照）。

さらに、政府・司法制度改革推進本部・行政訴訟検討会で、「行政訴訟に関する外国事情調査結果（イギリス）」において、榊原秀訓教授が、イングランド、ウェールズに関する報告として、納税者訴訟について、一人の公共精神のある納税者として原告適格を認めるものもあるが、ただ、納税者であり有権者でありさえすれば、原告適格を認められるということを意味するのではなく、原告適格と本案は完全に分離される問題ではないことを前提に、公益訴訟と同じように、その必要性が判断されて原告適格が認められることになるという趣旨の報告をされている。詳細については、榊原「行政訴訟に関する外国法制調査――イギリス（下）」ジュリスト一二四五号一六九頁以下（二〇〇三年）参照。

(18) この点、村上・前掲書三九九頁参照。この点、石森久広「一九九五年ドイツ国法学者大会第二テーマ『会計検査院による行政コントロール』の紹介―ドイツ語圏の公法学者によって何が報告されたか―」アドミニストレーション三巻四号（一九九七年）五九頁参照。なお会計検査院の法的問題に関し、石森久広『会計検査院の研究』（有信堂高文社、一九九六年）に詳しい。

(19) この点、村上・前掲書四二二頁参照。

(20) 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、一九九四年）参照。

(21) 小峰保栄『財政監督の諸展開』（大村書店、一九七四年）二二九頁以下参照。

(22) 以上、元会計検査院に勤務されていた甲斐素直教授（現在、日本大学教授）との談話による。アメリカのＧＡＯおよびclaim settlementについては、甲斐素直「オムブズマンと会計検査院（三）」会計と監査三八巻七号四〇頁～四三頁（一九八七年）参照。

(23) ドイツの連邦の会計検査院法一条第二文。この点、甲斐素直『予算・財政監督の法構造』（信山社、二〇〇一年）二八九頁参照。

(24) 会計検査院三四条に関してだが、検査の結果、違法または不当の事項として決算検査報告書に掲記するもの以外に、各省各庁に注意書を発することもできる。院法三四条を根拠に、その軽微なものは検査官会議の議決を要しないという施行規則第六条の規定により、事務総長または担当局長から「注意書」を発しており、これが年々多数にのぼり、検査の効果をあげているとされる。小峰・前掲書二二三頁参照。

ただし、三五条の審査要求は、三四条の不当事項ばかりでなく、二九条三号の不当事項にも及ぶ。二九条三号の不当事項は個別の不当事項、三四条の不当事項は中央官庁の基準が間違っていたときに全国的に起こる個別の不当事項であり、したがってこれは不当事項が束になっているようなものである（これは二九条七号に規定される）。それから三五条の審査要求は、さらに三六条の法令や制度の改善の意見表示または処置要求も含むものであるし、さらに会計検査院法施行規則一五条のその他必要とされる特記事項をも含むものである。大阪弁護士会の法案の基礎としては三四条となっているが、それは一つの例であって、審査要求自体はさらに多くのものを含みうる。

(25) 地方自治法の住民訴訟も、周知のように、当該職員（旧法の場合）または当該行政機関を相手取って訴訟を提起するのである。

(26) ワシントン州では、裁判所の判例によって、司法長官への請求が、訴訟の前提条件とされている。また、イリノイ州においても、裁判所の判例によって、司法長官への請求が、訴訟の前提条件とされている。アリゾナ州においても、Austin v. Campbell (1962) で、納税者は、違法に支出または受領された基金を回復するために、州に代わって訴訟を提起する前に、司法長官に請求をなすことを州法で定めていたことを是認したものがみられる。以上、水鳥能伸「アメリカにおける納税者訴訟（三・完）」広島法学一七巻三号（一九九三年）二三八頁、二六三頁、および二五〇頁～二五一頁（注一五）等参照。

(27) 最判昭和五七年九月九日民集三六巻九号一六七九頁参照。
(28) 最判平成四年九月二二日民集四六巻六号五七一頁・一〇九〇頁参照。
(29) 村上武則編『応用行政法（第二版）』（有信堂高文社、二〇〇一年）一頁以下参照。
(30) 配分参加請求権（Teilhaberecht）については、村上武則『給付行政の理論』二八四頁参照。
(31) この点、村上武則「行政改革の中における土地収用法改正と収用委員会」阪大法学五二巻三＝四号七頁～二六頁（二〇〇二年）参照。
(32) 日本国憲法第七章財政によれば、周知のように、第八三条により、「国の財政を処理する権限は、国会の議決に基いて、これを行使しなければならない」とし、第八四条で、「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」と規定されている。
(33) この問題についても、村上『給付行政の理論』四〇九頁以下参照。
(34) Heinrich Heine, Nachtgedanken, “Denk ich an Deutschland in der Nacht, Dann bin ich um den Schlaf gebracht, Ich kann nicht mehr Augen schliessen, Und meine heissen Traenen fliessen”.
(35) 日本弁護士連合会の行政訴訟法案は、日本弁護士連合会〔編〕『使える行政訴訟へ―「是正訴訟」の提案』（日本評論社、二〇〇三年）に掲載されている。
(36) なお、包括的・実効的な行政救済のために解釈論から行政訴訟改革へのアプローチを説くものとして、阿部泰隆『行政訴訟要件論』（弘文堂、二〇〇三年）が参考になる。