

改正行政事件訴訟法と判例・学説—パート（3）完

土 居 正 典

[目次]

I はじめに

II 改正行政事件訴訟法

1 改正行政事件訴訟法の主要ポイント

2 訴訟形式（訴訟類型）・原告適格（以上、法学論集42巻1.2号合併号）—パート（1）

III 判例・学説

1 主要判例の検討

（1）主要判例の整理

（2）主要判例の検討（以上、法学論集43巻1.2号合併号）—パート（2）

2 学説の整理・検討（以下、本巻本号のパート（3）完）

（1）行政事件に関する諸法（行政訴訟制度）の推移と学説の推移①

1）わが国の行政訴訟制度の嚆矢

2）わが国の行政訴訟制度の成立期—パート1（日本国憲法の公布・施行と裁判所法、行政事件訴訟特例法）＝第1期

3）わが国の行政訴訟制度の成立期—パートII（行政事件訴訟法の公布・施行）＝第II期

（2）行政事件訴訟法から改正行政事件訴訟法と学説の推移②

1）行政事件訴訟法の課題と学説の推移②—1

2）改正行政事件訴訟法の公布・施行と学説の推移②—2（本章のまとめ）

IV おわりに

※本稿パート（3）完において、III章2の（1）と（2）の見出しのタイトルを変更した。

III 判例・学説

2 学説の整理・検討

さて、学説の整理・検討に際しては、今回の改正行政事件訴訟法の公布、施

行を経て、今現在の行政訴訟に関する学説の整理・検討を行う訳であるが、その前に、戦後日本の行政事件に関するその根拠となる法の立法作業を検証してみる。それにより、これらの作業と表裏の関係にある各時期の学説の推移も辿ってゆくことにする。そのことにより、行政事件訴訟法から改正行政事件訴訟法に大転回した行政法学の一つの重要な成果を確認し、それを行政訴訟を巡る学説の整理・検討作業の中で、その成果を私なりの改正行政事件訴訟法の研究の一助にしたいと思っている。

(1) 行政事件に関する諸法（行政訴訟制度）の推移と学説の推移①

1) わが国の行政訴訟制度の嚆矢

わが国の行政事件に関する諸法（以下、行政訴訟制度という。）一本稿では行政争訟法中、訴願・行政不服審査に関する法は論述の都合上、省略し、不服申立てについては敢えて言及しない。の嚆矢は、まず、戦前においては、明治23年2月11日公布の大日本帝国憲法（明治23年11月29日施行）につづく、明治23年の行政裁判法（明治23年 法律第48号、施行は明治23年10月1日）の制定、及び同年、行政訴訟事項を定めた「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」（明治年23年 法律第106号）に求められる。しかし、これらの行政訴訟制度は今から見れば、国民の権利利益の救済という面では欠陥の多いもので、例えば、塩野宏教授がこの点について、日本の行政訴訟制度の歴史の変遷の中で、行政裁判所の存在というものは、「裁判制度としても、いろいろな点で、国民の権利利益の救済という面からみると欠陥の多いものであるということが、当時から指摘されておりました。」⁽¹⁾ 旨の発言にそれは代弁できる。

さらに、行政裁判所が国民にとって利用しにくかった点として、同裁判所が東京に1カ所のみしか設置されず、一審制であったことと（行政裁判法1条等）、行政裁判所への出訴事項についても制限されていることである（「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」により、5つの事件にのみ限定されていた⁽²⁾）。このような行政裁判所の欠陥を改革する新たな行政訴訟制度が、日本国憲法の公布・施行により、憲法76条、裁判所法等から生成されることになる（行政訴訟制度の成立期）。

2) わが国の行政訴訟制度の成立期—パート1（日本国憲法の公布・施行と

裁判所法、行政事件訴訟特例法）＝第Ⅰ期

わが国の行政訴訟制度の成立期は、本稿では、第Ⅰ期と第Ⅱ期に区分して論じる。

そして、まず、同制度の成立期の第Ⅰ期は、戦後から行政事件訴訟特例法までとし（パートⅠ）、次に、同制度の成立期の第Ⅱ期を行政事件訴訟特例法の改正作業から行政事件訴訟法の公布・施行までとする（パートⅡ）。このような成立期の時期区分に即しながら、以下、わが国の行政訴訟制度の成立期につき、その推移と学説の推移を眺めてゆく。

①同成立期のパートⅠ＝第Ⅰ期・（a）日本国憲法の公布・施行

パートⅠである第Ⅰ期（以下、単に第Ⅰ期という。）は、まず、日本国憲法の公布・施行に求めることができる。

昭和21年11月3日に公布された日本国憲法（昭和22年5月3日施行）は、司法権の所在として、憲法76条1項所定の「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、さらに、憲法76条2項において、「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。」旨の規定を設けた。このことにより、特別裁判所の設置は禁止され、行政事件の訴訟管轄は行政裁判所から司法裁判所へと移った。このことにより、旧憲法である大日本帝国憲法61条所定の行政裁判制度の採用を明示した「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ侵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」の拘束から逃れ、行政裁判所が廃止され、戦後のわが国の行政訴訟制度が行政国家型から司法国家型へと変遷したのである、という多くの公法学者の評価も窺知できる⁽³⁾。

②第Ⅰ期・（b）裁判所法

さて、日本国憲法の公布後まもなく、裁判所法と「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」が制定され、行政訴訟制度の成立の入口が見え始めた。

まず、昭和22年4月16日に公布された裁判所法（施行・昭和22年5月3日）は、同法3条（裁判所の権限）1項「裁判所は、日本国憲法に特別の定め

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。つまり、裁判所法3条1項所定中、「一切の法律上の争訟」を裁判所は管轄していることから、行政事件についても憲法76条2項の立法趣旨に則り、司法裁判所が管轄することになった訳である。又、裁判所法の公布に伴う措置として、裁判所法施行法1条（裁判所法と同日公布）等により、行政裁判所法、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」等が廃止されている。

しかし、これらの日本国憲法、裁判所法の公布・施行のみでは行政訴訟制度としては極めて不十分であり、そのための応急措置として、昭和22年4月18日に公布された（昭和22年 法律第75号、施行・昭和22年5月3日）「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」8条に、行政処分の取消又は変更を求める訴について六箇月の出訴期間（除斥期間は3年）の1規定のみを定めただけで、これは、訴訟法としては極めて不十分なものであり、新たな本格的な行政事件に固有な訴訟法の整備が求められていた。

そして、その間は、新憲法の制定から応急措置に関する法律の一箇条の規定（8条）を置いた一六箇月の出訴期間、平成の改正行訴法14条の出訴期間も3箇月から6箇月になっているが一のみであったが、行政事件訴訟特例法の公布に至るまでの行政裁判制度の推移に対する評価として、雄川教授は、「憲法を貫く法治主義を基本とする行政の司法統制は、行政訴訟事項における概括主義・列記主義の対立を超えて、行政法の領域においても一般的な法の適用の保障を営むところまで及ぶものである。従って、行政事件についても、原則として一切の法律問題について裁判所に出訴することができるのである。裁判所法3条が、『一切の法律上の争訟』を裁判する旨を宣言しているのは、その憲法の趣旨を明らかにしたものに外ならない。かくして、新憲法の施行とともに、行政裁判法（裁判所法附則2項により）・『行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件』（裁判所法施行法1条より）等の行政裁判法規は廃止され、半世紀にわたるわが行政裁判制度に終止符が打たれたのである。」と述べられている⁽⁴⁾。

しかし、本格的な行政裁判制度の整備は急を要する課題であり、裁判所法制定後、1年近く後に、新しい行政訴訟制度として、昭和23年7月1日に行

政事件訴訟特例法が公布されている（法律第81号、施行・昭和23年7月15日）。

③第Ⅰ期・（c）行政事件訴訟特例法の公布・施行

昭和22年に公布された裁判所法の後、戦後間もないこの時期に、本格的な行政裁判制度である行政訴訟制度を整備することは困難な作業であったことが推測し得る。そのことについて、田中二郎博士は行政事件訴訟特例法（以下、行特法という。）の公布・施行に際して、「将来どのような事件がどのような形で争われるかについて、十分に予測できなかった面もあり、ある程度の不備もやむを得なかったといえないこともない。」と回顧なされている⁽⁵⁾。

又、行特法に対する同様な見方は、雄川教授も、行特法の課題として、「…しかし、行政事件訴訟特例法自身も本則12箇条にすぎず、なお行政事件訴訟の基礎法として不足な点が多いことを免れないし、またその規定自体にも不備欠陥が多く解釈上の疑義は跡を絶たない。従って、現在またその大幅な改正の事業が進行中である。」、旨述べられている⁽⁶⁾。このように、行特法の立法作業期の田中・雄川両先生の感想からも窺知しうるように、行政訴訟制度として行特法は多くの不備欠陥があり、急を要する状況に直面しながら、十分に予測できない時点での立法作業としての限界性を認識しながら、行特法の公布・施行を迎えねばならなかった時代背景が了解しうる。

さて、上述の如く、行特法が行政訴訟制度＝行政裁判制度として、規定自体に不備欠陥があり、国民の権利・自由の保護には極めて不十分な内容を有していたことは、当時、衆目の一致するところであった。そこで、行政訴訟制度の本格的な立法作業が希求され、行特法の問題点を検証する作業の中から、行政訴訟制度としての基本的なフレーム・ワークを構築し、今現在、生起している行政現象に即応した訴訟法の雛型を提示する課題が顕在化した訳である。それがわが国の行政訴訟制度の成立期・第Ⅱ期になる。この点についての詳論はつぎのところで行う。

【注】

- (1) 塩野宏「司法の行政に対するチェック機能のあり方について」同『法治主義の諸相〔行政法研究第七巻〕』329頁（有斐閣 2001年）。同論文の初出は「司法制度改革審議会意見陳述」（2000. 5. 30）である。塩野の引用については、

以下、『法治主義の諸相』で行う。

- (2) 行政裁判所への出訴事項については、極めて短い規定が設けられ、『行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件』（明治23.10.10 法律第106号）によれば、「法律勅令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」として、五つの事件に制限していた。因みに、1号・海関税ヲ除ク外租税及手数料ノ賦課ニ関スル事件、2号・租税滞納処分ニ関スル事件、3号・営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件、4号・水利及土木ニ関スル事件、5号・土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件、のみの列挙主義であった。このような内容を有した行政裁判法を何故に制定したかについて、雄川一郎教授は、司法権と行政権の相互の対立・不信を前提とし、・・・権力の分立殊に行政権の司法権からの独立の理論に基き、行政権を司法権の制約から解放しその自律性を保障しようとする、ヨーロッパ大陸流の行政国家の考方にある、と述べられ、その総括的な行政裁判法の評価として、わが国の行政裁判制度は、制度の理想からは程遠いものであったために、早くからその改正の必要が感ぜられ、明治以来数度の改革の試みがなされた。・・・種々の事情で遂に実現するに至らなかったのである。かくして、わが国の行政裁判の基礎法規には、制定以来殆ど改正らしい改正の施されることなく、新憲法の制定に至ったのである、と括られている（雄川一郎『行政争訟法』〔法律学全集9巻〕35～37頁）。又、雄川教授は、行政裁判制度改革問題の経緯については、田中二郎「行政裁判制度の改正案及び改正意見」（同『行政争訟の法理』所収）が詳細である旨、述べられている（雄川・前掲書39頁注五）。
- (3) 例えば、同趣旨の者として、原田尚彦『行政法要論全訂第七版〔補訂版〕』350頁以下（学陽書房 2011年）、塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版〕行政救済法』64頁以下（有斐閣 2010年）、芝池義一『行政救済法講義第3版』11頁以下（有斐閣 2006年）等が挙げられる。
- (4) 雄川・前出注（2）40頁。尚、この点についての言及は枚挙にいとまなしであるが、例えば、塩野宏「司法の行政に対するチェック機能のあり方について」同『法治主義の諸相〔行政法研究第七巻〕』所収、329～331頁（有斐閣 2001年）が挙げられる。同論文の初出は、「司法制度改革審議会意見陳述」（2000. 5. 30）

である。

(5) 田中二郎「行政争訟制度の改正」同『司法権の限界』45頁以下所収、46頁（弘文堂 昭和51年）。同論文の初出は、法律時報34巻10号、昭和37年である。

(6) 雄川・前出注（2）42頁。

3) わが国の行政訴訟制度の成立期—パートⅡ（行政事件訴訟法の公布・施行）＝第Ⅱ期

①行特法の改正作業

わが国の行政訴訟制度の成立期・第Ⅱ期では、行特法の改正作業（過程）から行政事件訴訟法の公布・施行までについて述べてゆく。その手懸りとしては、田中博士と雄川教授のこの点についての所見を斟酌しながら、この改正作業を検証してみる。その後、その他の所見を参考としながら、私なりの感想を述べてみたい。

まず、田中二郎博士の「行政争訟制度の改正」と題する論文から行特法の改正過程の流れを辿ってみたい⁽⁷⁾。田中博士は行特法の問題点として、「占領下に早急の間に制定されたものであるために、行政事件訴訟に関する他の諸々の規定との間の調整について十分の考慮が払われておらず、訴訟制度全体として調和が保たれているとはいえないのみならず、同法の制定当時は、将来、行政事件がどのような分野にどのような形で争われるであろうかについても、十分の見通しをつけにくい状態であったため、特例法の規定自体に不備欠陥の存することは避けがたいことであった。」とし⁽⁸⁾、そして、法制定以来、10数年にわたる行特法の不備欠陥について、4つの問題点を挙げられている。その第1点は（以下、筆者なりに略記した。）、行特法の適用されるべき訴訟の範囲が必ずしも明瞭とはいえないこと、第2点は、法所定の「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟」の意味がはっきりしないこと—取消訴訟のみか、無効確認訴訟も含むのか否か—、第3点は、訴願前置主義の採用による解釈上の疑義をきたしたこと、そして、最後の第4点としては、執行停止・内閣総理大臣の異議の制度の導入による行政権の司法権の侵犯・憲法違反の批判の惹起、であると。以上の行特法の問題点の総括として、田中博士は、「以上に述べたように、行政事件訴訟特例法は、それ自体とし

て、多くの問題点をもっているのみならず、行政事件訴訟に関する他の法令の規定との調和・統一も十分に図られておらず、制度全体として、不備統一の譏りを免れず、人民の権利救済制度を完備するうえからいっても、何らかの対策を講ずることは、つとに要望されていたところである」と締めくくられておられる⁽⁹⁾。博士のこの行特法に対する厳しい批判は、同法に代わる、国民の権利救済制度を完全なものにするような新たな行政訴訟制度の整備を訴えている証しであり、その後、新しい行政事件に関する訴訟法が公布・施行されることになるのである。以上の田中博士の所見に対して、雄川教授は行特法に対してどのような考えをお持ちであろうか。以下、雄川教授の所見について検証してみる。

次に、雄川教授は行特法について、昭和58年の公刊である、日本公法学会編の「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」と題する報告論文において、行特法の改正の限界性という視点から、「行政事件訴訟法制定の直接の機縁は、いうまでもなく行政事件訴訟特例法の諸制度に存した問題点を解決し解釈上の疑義を除去することが、その作業の主要な課題となったのは、この意味においては当然のことであったと言い得よう。しかしながら、その結果として、行政訴訟ないしは行政救済の法制度を基本的なところから反省し、いわばトータルに捉えなおすことはなされていなかったようである。このことは、特例法の改正即ち行政事件訴訟法が、行政訴訟の基本法として一つの限界をもつことを意味することになったのかもしれない。」と述懐なされている⁽¹⁰⁾。

以上の田中・雄川両所見から窺知し得たように、行特法の問題点・課題と同法の改正作業においても、まだ、未解決の立法作業中の諸問題があった。しかし、そのような難産の末、昭和37年の行政事件訴訟法の公布を迎えたのであるが、このエポックについての立法作業・学説の推移については、次の所で検証してゆく。

②行政事件訴訟法の公布・施行

まず、行政事件訴訟法の公布に際して検証すべき点は、第40回国会に提出された同法案の理由説明の主要7項目にあると思われる。雄川一郎教授の挙げられる7項目を筆者なりに略記すれば、(1) 訴訟の類型化とその適用法規の明確化、(2) 訴願前置主義の原則的廃止、(3) 略、(4) 執行停止制度・

内閣総理大臣の異議制度の整備、（5）略、（6）無効確認訴訟の限定化と争点訴訟の導入、（7）その他、であり、その中で、雄川教授は、行政訴訟部会で重要な反対意見があった問題として、①訴願前置主義の原則的廃止に対する、②内閣総理大臣の異議制度の存置に対する、③不作為の違法確認訴訟の法定化に対する、各反対意見の3点があった旨、指摘なされている⁽¹¹⁾。

次に、ここで示された改正作業の課題となる論点を整理すると、論点1・訴願前置主義の原則的存廃問題、論点2・行政行為の無効を争う訴訟類型の選択問題、論点3・執行停止制度・内閣総理大臣の異議制度の存廃問題等である⁽¹²⁾。

この点について、雄川教授によれば、論点1の訴願前置主義の原則的存廃問題については、委員等と行政庁側との意見の対立の中から、この存置問題は最後までもめ、「その結着は、結局、理論的にも制度的にも直接の関係をもたないこの二個の問題を、一方で訴願前置主義を原則的に廃止することにより裁判所側の主張を容れ、他方で内閣総理大臣の異議制度を存置することによって行政庁側の主張を容れるという形で、全体としてのバランスをとるということであったのである。」とし⁽¹³⁾、論点2の行政行為の無効を争う訴訟類型の選択問題については、結局、無効確認訴訟を限定化する方向で議論が進められ、「行政行為の無効は、原則としては、その無効を前提とする現在の法律関係に関する訴訟においてこれを主張することをもって、必要にして十分であるとし、行政行為の無効を直接訴求するのはそのような現在の法律関係に関する訴訟では救済の目的を達し得ないような場合に限るべきである、としたのである。これが行政事件訴訟法36条の原告適格と45条の争点訴訟の立法となった。」とその当時を振り返られている⁽¹⁴⁾。

そして、雄川教授は、論点3の執行停止制度等の問題については、執行停止制度の整備に関連して、内閣総理大臣の異議制度の存廃はもっと激しい議論のあったところであったとし、「問題はこれを廃止するか否かということであって、結局、その決め手は理論的にも実際的にもこれを見出し得なかったのである。しかし、裁判所、弁護士側からは強くその廃止が求められ、立案の最終段階までまとまらなかった。そして、一種の妥協案として最高裁判所に干渉させる案などが考えられたこともあった。しかし、結局、異議制度

としては内閣総理大臣の政治責任において異議を述べるものとすることで割り切ったのであるが、これに対する反対もまた強かった。」と述べられている⁽¹⁵⁾。そして、結局、前述した訴願前置主義の原則的廃止と内閣総理大臣の異議制度の存置によるバランスをとり、この件は妥協・解決したということになったのである。

よって、このような行特法の改正作業ゆえに、雄川教授もこの点について、「以上のように、行政事件訴訟法の立案は、いろいろな問題についての妥協と微妙なバランスの上に立っていた。当時、カルタの城にたとえたような記憶があるが、どこかが修正されると全体が崩れかねないものであった。そういう形で行政事件訴訟法は成立したのである。」とその間の様子を述懐なされている⁽¹⁶⁾。この感想は極めて含蓄のあるお話である。

以上で、行政訴訟制度の推移と学説の推移①の検討作業を終え、次に、(2)行政事件訴訟法から改正行政事件訴訟法と学説の推移②の検討作業に移る。

【注】

- (7) 田中「行政争訟制度の改正」同『司法権の限界』45頁以下所収（弘文堂、昭和51年）、50頁以下参照。同論文の初出は、法時34巻10号、昭和37年である。田中の引用については、『司法権の限界』で行う。
- (8) 田中・前出注（7）の論文. 51頁～52頁。
- (9) 同・前注論文53頁。
- (10) 雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」同『行政争訟の理論』184頁以下所収、185頁（有斐閣、昭和61年）。同論文初出は、公法研究45号、昭和58年である。雄川の引用については、『行政争訟の理論』で行う。
- (11) 雄川・前出注（10）186頁～187頁。雄川教授によれば、このときの行政訴訟部会の会長は、入江部会長であったとされている。
- (12) 同・187頁～192頁。論述上、筆者なりに立法作業の論点を整理・統合した。
- (13) 同・187頁～188頁、192頁。
- (14) 同・188頁。
- (15) 同・192頁。
- (16) 同・193頁。

（2）行政事件訴訟法から改正行政事件訴訟法と学説の推移②

このパートでは、新しい行政訴訟制度の誕生である行政事件訴訟法の公布・制定から同法の改正という流れを検証してゆく。すなわち、新しく公布された行政事件訴訟法の検討作業から同法の課題を明らかにし、その中から、改正行政事件訴訟法が何故再度、誕生していったかを、行政訴訟制度と諸学説の検証作業を手掛かりに解明してゆく。

1）行政事件訴訟法の課題と学説の推移②— 1

まず、行政事件訴訟法の公布・施行についてから述べるならば、行政事件訴訟法は昭和23年に公布された行政事件訴訟特例法（以下、行特法という。）から14年後、昭和37年（1962年）に公布された（昭和37年5月16日、法律第139号、施行・昭和37.10.1）、全条46カ条と附則からなるものである。この新法制定に際して、田中二郎、雄川一郎、そして、塩野宏の各先生の行政事件訴訟法の特徴と問題等に対する考えを検証しながら、同法制定の位置づけを考えてみたい。以下、各所説を眺めてゆく。

①田中二郎博士の所説より

田中博士の昭和37年に発表した「行政争訟制度の改正」と題する論文によれば⁽¹⁾、田中は、行政事件訴訟の本質をどのように考えるべきかについては、未だ根本的に究明されているとはいえず、検討されるべき多くの問題が残されている、とし、行政事件訴訟法（以下、行訴法という。）1条と7条の規定した趣旨について、「それは、同法が行政事件訴訟に関するそれ自体独自に完結した規定を設けることを企図することなく、さしあたり、行政事件訴訟にとって必要な特殊固有の規定を設けるに止め、他は、訴訟法の分野で、学問的にも最も成熟し法制的にも最も整備された民事訴訟の例によることとしたものと解される。」そして、「・・・現段階においては、行政事件訴訟の本質が必ずしも十分に究明されているとはいえないから、どういう点に、行政事件訴訟の本質に即する特殊の解釈をすべきかについて具体的に明らかにすることは困難であるし、今これらの点について深く立ち入って論ずる余裕もないが、私は、行政事件訴訟の過去十数年にわたる実際の経験に即して今回の改正を行った経緯にかんがみ、また、行政事件訴訟の特殊性がかなりはっきりしてきた現状に照らし、基本的な考え方の方向としては、従来の単なる

特例法的な制度の建前から一步前進して、行政事件訴訟の特殊性に应ずる制度を設け、その線にそった解釈を進めることを許容する趣旨と解すべきものと思う。」と述べられている⁽²⁾。

そして、最後に、田中は、行政不服審査法を含めた「行政争訟制度改正の意義と今後の課題」と冠する所では、「行政事件訴訟法及び行政不服審査法の制定を中心とする諸法律の制定改廃による行政争訟制度の全面改正は、単に疑義の多い不備不統一な行政争訟制度を、法制的に整備統一し、疑義を解消させ、長い間の懸案を解決するものであるのみならず、それを通して国民の権利利益の保護伸長を図るという見地からも多くの寄与をなすものとして、これに重要な意義を認めなければならぬ。・・・それが今回の改正によって、とにもかくにも、法制的には、全般的に整備統一され、ここに面目を一新するに至ったとってよい。」と評されている⁽³⁾。

因みに、田中は今回の全面改正の評価として、「今回の改正法においても立案関係者の多大の努力にもかかわらず、必ずしも明快とはいえない点が多々あり、専門家にとっても解釈上の疑義を生ずる点が少なくない。その結果として、権利利益の保護伸長のうえにも種々の障害の生ずることは免れないであろう。しかし、このような若干の難点も、今後の学説の展開と判例の積み重ねによって、漸次解明されていくであろうし、また、それに期待してよいであろうと思う。」として、今回の行政争訟制度の改正の画期的な意義は何びとも認めるところであろうとしている。しかし、未だ残された今後の課題も決して少なくないとして、その課題の例をいくつか挙げられているが⁽⁴⁾、それらの課題として、①行政手続法の制定問題（将来の課題）、②行政事件訴訟の本質又はその基本的あり方の究明問題、③特別裁判所たる行政裁判所の設置問題を挙げられているが⁽⁵⁾、特に、③の行政裁判所の設置問題は注目すべき点である。つまり、行訴法の制定に当たって、日本国憲法76条2項の下で、何ゆえに、特別裁判所の設置をわざわざ持ち出したのかとい点である。つまり、行政事件も司法裁判所の管轄になっているのに、どうして、いまさら旧制度に戻るのかである。この意見の提案理由の詳細が了解していない時点で具体的意見は述べられないが、行政事件の固有性に着目した発想に立てば、行政の専門の審査をすることのできるスタッフのいる特別の

審査機関の設立案なのか否か、ここでは想像の域を出ない。

いずれにしても、この点についての言及はこれまでにして、次に、行訴法の公布に際して、田中所見以外の見解を窺ってみることにする。

②雄川一郎教授の所説より

雄川教授も行訴法の立案について、田中博士と同様な感想を述べられている。たとえば、雄川の「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」と題する論文において⁽⁶⁾、次のような所見が窺える。すなわち、上述したように、「・・・行政事件訴訟法の立案は、いろいろな問題についての妥協と微妙なバランスの上に立っていた。当時カルタの城にたとえたような記憶があるが、どこかが修正されると全体が崩れかねないものであった。そういう形で行政事件訴訟法は成立したのである。」という所見がその当時の雄川の考えを物語っている。

さてそこで、その雄川は行訴法の基本的性格について、行訴法の立法化には戦後の制度改革における行政訴訟観として、二つの考え方があったと述べられている。

それを約言すれば、その第一は、従前の行政裁判制度の否定から出発したこと、そして、そのことは、行政訴訟もまた通常の民事訴訟の一形態であると考えた傾向があったことであり、第二には、技術的には、行政裁判所時代の行政訴訟法理を受けついで面が多かったことであり、そのことは、制度的には欠陥が多かった旧行政裁判制度の改正案としての昭和7年の行政訴訟案が、戦後の行政訴訟法に大きな影響をもったということである⁽⁷⁾。

そして、この2点から、雄川は、行政訴訟法について、形式的には、「行政事件訴訟」を民事訴訟の一範疇とは考えていない（1条・7条）。ここに行政事件訴訟特例法と行政事件訴訟法との行政訴訟観の相違がある。しかし、行政事件訴訟法の実質的内容は行政事件訴訟特例法を継承しこれを発展させたものがその中心になっていると言ってよいであろう。「行政事件訴訟法」という名称はこのような意味をも含んでいるのである、として、最終的には、「従って、この限りでは、行政事件訴訟法は、技術的には従前からの行政訴訟法理を基本としていることになるのであって、行政訴訟の将来を展望して新しい時代に対応すべき備えをするという点において不十分なものがあつた

ということになろう。」とし、そして、行特法の改正作業は、制度の技術的な整備が主眼となり、行政訴訟を基本から検討し直すということまでには及ばなかったと言うことができるであろう、と当時を振り返り、田中の考えを引用していることから（田中「行政争訟制度の改正」法時34巻10号4頁、9～10頁）、行政事件訴訟法の制定についての考えが田中と相等しいものであることが窺知できる⁽⁸⁾。

さらに、行訴法制定20年後に際して、雄川は、行訴法の動きと行訴法の将来展望について、次のように述べられている。

まず、雄川は、行訴法の20年間の動きについては、当初の議論した予想とは異なった問題が生じたか、或いは、当時はあまり議論されなかったような問題が浮上したとされ、前者については、無効等確認訴訟（行訴法36条）の理解・・・一元説と二元説や、内閣総理大臣の異議、そして、行政処分取消しの第三者効の問題を挙げられている。

次に、後者の問題については、抗告訴訟の対象（処分性の問題）、訴訟利益の問題、を挙げられ、締め括りとして、「従って、今日いろいろな場で問題とされる訴訟利益の拡張ないし変質の問題、団体訴訟の問題や広い意味での市民訴訟の問題などは検討されていなかったように思う。こういう問題を深く意識して議論していたならば行政事件訴訟法の定めは、或いはもっと異なっていたかもしれない。もっとも、それがわが行政訴訟法理の発展にとって幸いであったかどうかは、自ら別個の問題であろうが。いずれにしても、いわゆる現代型行政紛争に制度的に対応することは、行政事件訴訟法はしていなかったということになろう。」と述べられている⁽⁹⁾。

最後に、雄川は、行政訴訟の制度や法理の今後の問題は、行政の裁判的統制の基本にたちかえって反省するとともに、現代型の行政紛争に対応する在り方を探ることであろう、として、将来の展望としての現代型行政紛争の特色として、三点ほど挙げられている⁽¹⁰⁾。因みに、それらは、約言すれば、第一点は、行政手段の多様化と行政紛争の多様化の問題であり、第二点は、現代型行政紛争に対する行政訴訟制度・裁判所の対応策で、そして、第三点は、現代型行政紛争の処理の限界性である。この三点をもう少し敷衍すると、雄川は現代型行政紛争の特色には、①多様な紛争問題の解決手段としての行

政事件訴訟と民事訴訟の交通整理の問題、行政計画の裁判統制の問題、多数当事者・団体訴訟と客観訴訟化の問題、科学裁判の対応問題であり、②現代型行政紛争の客観訴訟化（例えば、住民訴訟の増加等）と行政事件訴訟法の守備範囲問題であり、そして、③現代型行政紛争の行政訴訟による処理の限界性とその代替処理問題（行政機関・行政的専門機関の処理、オンブズマンの制度）が挙げられるとされる。そのことから、「以上のような、言わば行政訴訟制度の外側の諸制度を工夫すると同時に、行政訴訟制度自体についても、その基本的な枠組みを維持するとしても、なお制度的な工夫を加えることも考慮すべきであろう。さきに見たように、行政訴訟の実体は事実として客観化する傾向にある。このことは、主観的権利保護と客観的公益保護との理念的対立が実際面で緩和化されることを意味すると考えられる。そうであるとすれば、現在の行政事件訴訟法によって立つ主観的訴訟体系の基本を変更することなく行政の適正や公益の保護を目的とする手直しを試みるものが考えられうるであろう。」とこの報告を結んでいる⁽¹¹⁾。

以上の雄川の所見からも窺知できるように、現代型行政紛争の解決策への検討として、立法問題、解釈問題を含めた総合的なより精緻な検討作業の必要性を希求なされていることが明らかである。

さて、行訴法定制についての立法過程の状況、そして、同法の公布・施行後の行訴法の課題等について、立法作業に最も関係の深かった田中二郎博士、雄川一郎教授の所見を検討したが、ここでの総括として、塩野宏教授の行訴法の制定期、そして、その後の行訴法の課題等について言及し、改正行訴法についての諸学説の動向の検討作業を行いたい。

③塩野宏教授の所見より

まず、塩野の「司法の行政に対するチェック機能のあり方について」と題する司法制度改革審議会でのご報告から⁽¹²⁾、日本の行政訴訟制度の特色について論じた部分の、行政事件訴訟が具体的にどのような基本的視点のもとに制度設計され、かつ運用されたかという、塩野の指摘（二点）をみてる。

第一の視点は、国民個人の権利・利益の法的救済制度へ純化するというところで、それは、主観訴訟と客観訴訟の峻別ということになったことである。

第二の視点は、司法権の限界で、権力分立の厳守と「田中先生説示の」行

政庁の第一次的判断権の尊重である⁽¹³⁾。

以上の基本的視点の下で制度設計され、運用された行政訴訟の現状は、塩野が総括するように、行政訴訟に限定しても、改革の検討を要する事項が多数に上がっているし、「その改革を要する結果を招いている原因については、複数の要素が複雑に絡み合っている点は注意すべきであると考え、また、それが今後の日本の行政訴訟の問題点と改革の手順に関係してくると思います。」旨、現行行訴法の課題を分析しておられる⁽¹⁴⁾。

次に、塩野は、行訴法の現状を踏まえて、日本の行政訴訟の五つの問題点を挙げておられる。すなわち、第一の問題点は、「通常行政事件訴訟上の問題点」であり、第二の問題点は、「現代型行政訴訟の問題点」で、第三の問題点としては、「行政事件訴訟の基本的構造の検討」であり、第四の問題点は、「国家賠償との役割分担」で、そして、最後に、第五の問題点としては、司法裁判所による行政のコントロールであると。これらの問題点を約言すると、①行訴法の使い勝手を再検討することの重要性、②現代型行政訴訟に相応しい訴訟要件と訴訟類型の選択問題の再検討、③訴訟類型の選択・訴訟審理のあり方についての国民側に立った改革と挙証責任の問題の制度的な配慮、④国賠法と行訴法の役割分担、⑤行政に対する司法のチェック機能（この点については慎重な考慮が必要である）ということになる⁽¹⁵⁾。これらの行訴法の問題点の指摘の内容は、前述の田中・雄川の所見とも符合するもので、行訴法の改正作業の中でも顕在化し、改正行訴法の諸規定の中に生かされている。

最後に、次の学説の推移②－②の検討への架け橋的作業として、さらに、塩野の考えを眺めてゆく。

塩野は前掲論文で、さらに、現行行訴法の改正すべき「改革の手順」として、5点挙げていらっしゃる。

改革の手順①は、行訴法と行政手続法・情報公開法との関係をどのように整理してゆくかという問題である。

改革の手順②は、行訴法と環境整備との関係（例えば、全国に行政訴訟専門の部を地裁レベルに配置する問題等）である。

改革の手順③は、行政訴訟の改革は行訴法それ自体の改革だけでなく、そ

の周辺も問題となる。

改革の手順④は、個別法と一般法の関係から、一般法たる行訴法と個別法としての団体訴訟についての法等の問題である。

改革の手順⑤は、段階的改革も一考かというものである。一挙に改革せず、後日、時間のかかる作業は二次・三次の改革で対応する案である⁽¹⁶⁾。

以上の改革の手順が、行訴法の改正作業案であり、この塩野のご提案がどのように改正行訴法に結実していったかは、次の所で検討してゆく。

【注】

- (1) 田中二郎「行政争訟制度の改正」同『司法権の限界』45頁以下、60頁以下所収（弘文堂 昭和51年）、同論文の初出は、法時34巻10号、37年である。田中の引用については、『司法権の限界』で行う。
- (2) 田中・前出注（1）60頁～62頁。
- (3) 同・70頁～71頁。
- (4) 同・71頁～72頁。
- (5) 同。
- (6) 雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」同『行政争訟の理論』184頁以下所収、193頁以下（有斐閣 昭和61年）。雄川の引用については、『行政争訟の理論』で行う。
- (7) 雄川・前出注（6）197頁。
- (8) 同・198頁～199頁。
- (9) 同・199頁～202頁。
- (10) 同・203頁～206頁。
- (11) 同。特に、206頁参照。
- (12) 塩野宏「司法の行政に対するチェック機能のあり方について」（初出・司法制度改革審議会意見陳述、2000年5月30日）同『法治主義の諸相〔行政法研究第七巻〕』328頁以下所収、331頁以下。塩野の引用については、『法治主義の諸相』で行う。
- (13) 塩野・前注（12）331頁～332頁。
- (14) 同・335頁～338頁。

(15) 同・338頁～341頁。

(16) 同・341頁～344頁。

2) 改正行政事件訴訟法の公布・施行と学説の推移②-2 (本章のまとめ)

①塩野宏教授の改正の視点

行訴法の改正作業の検証の端緒として、まず、塩野宏教授の「行政事件訴訟法改正論議管見」と題する論文(1996年)から始めよう⁽¹⁾。

塩野は、わが国の改正作業の始まりを1980年代以降に求め、それは、1982年の日本公法学会総会における前述の雄川報告「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」(公法研究45号, 昭和58年)であるとし、その論文は現代型行政紛争に対する新たな立法の必要性について言及されている旨、述べられている⁽²⁾。

次に、塩野は、1980年代の後半になると改正論はさらに明確な形をとるようになり、1989年の日本公法学会総会の「現代型争訟—争訟制度の改革に向けて」と題する統一テーマにおける阿部泰隆教授の「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」と題する報告等が挙げられ(公研52号(1990年)、138頁以下)、そして、1990年代の改革論では、行訴法の全面的改正を要綱案により明らかにしている⁽³⁾と捉えられている⁽³⁾。

さて、塩野は前記論文における改正作業の流れを辿るにおいて、「行訴法改革の視点と戦略」というフレームワークから次のように整理なされている。

まず、塩野は、改革の視点には大きく分けて二つのアプローチがあり、その一つは、現在の行政事件訴訟法が、古典的な処分概念を中心としたものであることを確認したうえで、現代型訴訟への対応如何という観点から、行政事件訴訟法の改正問題を図ろうとするものであり(塩野例示の雄川・兼子・塩野各教授の所見)、他の一つは、現在の行政事件訴訟法を救済法という角度から考察した場合の内在的な問題点につき、たとえば、国民に使いやすい行政事件訴訟法を志向するという角度から、裁判管轄、被告適格、関連請求等を取りあげ、解決策を探るという観点である(塩野例示の東京弁護士会試案・山村試案・南論文・阿部論文)、と分析されている⁽⁴⁾。

そして、塩野はその改革の戦略として、概略すれば、大別して三つで、(A)

個別方式、(B) 行訴法の部分的改正、(C) 行訴法の全面改正方式があり、それぞれに困難性がある、としている。例えば、塩野の言葉を借りれば、(A) の方式は、行訴法のいわば本体ではなくこれに付加的な、あるいは例外的な制度を個別法によって便宜創設することであり、改正の実現性はあるが、(注・土居の付言による、個別法による対応は行訴法に内在する問題解決はできないという限界性があるから、やはり、本体的な制度改革を標榜するとすれば) というので、次に、(B) 本体の部分改正については、改正事項についても、おのずから熟度や軽重の差をつけることができるから、要改正事項のうち、行訴法の基本的構造に直接関係せず、それとして検討が可能なものについて、成案を求め、より根本的なものは並行して検討を進めるという審議のあり方も、可能なように思われるとし、(C) の全面改正については、これは形式よりも、内容にかかるものであり、結果的には、現行法の全面的改正にまで及ぶとしておられる。

最終的には、塩野は、これらの三方式のいずれの採択かについての明言は避けられ、「ただ、この小稿では、そのすべてにわたることをえないので、改正に際しての基本的前提事項、つまり、民事訴訟と異なる意味での行政事件訴訟とはいかなるものを指すか、ということに焦点をしばって問題点の指摘をしておくこととしたい。」と、この点についての言及を締め括られておられる⁽⁵⁾。

最後に、塩野の前記論文の改正前の行訴法の意義についての見解をここでのまとめとする。

塩野は、まず、行訴法の本質論につき、新たに行政事件訴訟法制の根幹にかかる法の改正を試みるとするならば、行政訴訟の本質に関する検討がまず行わなければならないことになる。・・・その意味では、「本質」の究明以前にむしろ、行政事件訴訟としてどのような訴訟を想定するかが、まず、論ぜられなければならないと解されるとし⁽⁶⁾、次に、公法上の当事者訴訟の観念、抗告訴訟の観念、取消訴訟の範囲、そして、包括的抗告訴訟の観念について検討を加えている。

そして、塩野は、最後に、「行政事件訴訟法の改正に際しては、それが制度化になじむかどうかは別として、審理のあり方についての検討が欠かせな

い。具体的には、職権探知主義、挙証責任、処分理由の差替え等である。これらは、新たに制定された行政手続法との関連でも論ぜられるべきものであるが、これらの点については、立ち入っていない。その意味ではこの小稿は行政事件訴訟法改正問題のごとく一部をかいまみたまのにすぎないことをお断りしておく。」と結んでいる⁽⁷⁾。この小稿が行訴法の全面的な改正論議ではなく、限定的なものとの管見していらしゃるが、この玉稿が提示した改正行訴法案なる雛型には、将来、制定・公布されるであろう改正・行政事件訴訟法の全体像が、行政法学を研究する者・一学徒でもおぼつかないが想起されるものがある。

因みに、塩野は、行訴法の改正について、次のようにも述べられている。

すなわち、塩野は、「司法制度改革審議会意見陳述」(2000. 5. 30)における段階的改革につき、「要するに行政事件訴訟の改革に当たり、一挙に短時間に解決するのはなかなか難しいものもあるかもしれない、あるいは適切でないものもあるかもしれないという認識を基本に置いたものです。最初にふれました私の『行政事件訴訟法改正論議管見』という小論も、こういった視点を含めて書かれたものであります。つまり、国民の使い勝手という見地から、改善できるものは速やかにこれを実施していく。一方、行政訴訟の基本的構造など多少時間のかかるものも休まず検討を進めていく。とにかく検討を始める、休まない、という戦略です。簡単に言えば、二段階方式、あるいは三段階方式というものでしょうか。」という、塩野流の行訴法の改正に際しての心構えとでもいえるご発言である。さらに、この審議会でのまとめとして、塩野は、「最後に、行政訴訟改革は、行政改革の仕上げの一つである。司法改革ということは当審議会で行っているわけですがけれども、行政改革の一つであるということも付け加えておきたいと思います。・・・行政事件訴訟法の改正問題は、従来は学界内部、あるいはこの問題に関心を持つ一部の弁護士の方々の関心の対象にとどまっていた。しかし、いま申しましたように、これは司法改革、行政改革の重要な一環、あるいは行政改革の仕上げの一つとして位置づけられるべきものであります。そういうことで、当審議会におかれましても、論議を深めるべく、よろしくご議論を賜りたく存ずる次第でございます。・・・」と述べておられる⁽⁸⁾。

さて、行訴法の改正に向けての塩野教授の所見を窺知できたが、以下では、塩野教授以外の行訴法の改正についての諸学説を検討してゆく。

【注】

- (1) 塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」同『法治主義の諸相[行政法研究第七卷]』308頁以下所収、309頁以下参照（有斐閣 2001年）。同論文の初出は、成蹊法学43号、1996年である。塩野の引用については、『法治主義の諸相』で行う。
- (2) 同・前出注（1）309頁。
- (3) 同・309～310頁。塩野教授は1990年代の改革論として、山村恒年弁護士「行政争訟改正試案」、東京弁護士会法制委員会「行政事件訴訟法改正要綱試案（1995. 3. 16）」を挙げられている。又、行訴法改革論議のその動因の主要な三点を挙げられ、①現代型訴訟の出現と現行法の限界、②行訴法が国民にとっての使い勝手という観点からの行訴法の問題性、③行手法の制定に伴う行訴法の内在的論点の総合的検討、だとされている。

塩野教授は本論文の視点について、行政事件訴訟改革論議の動向を前提として、改革へのステップを採り、さらに、改革の際の基本問題についての若干の私見を述べてみたい、と述べられている（同・310頁）。
- (4) 同・311頁。
- (5) 同・312頁～315頁。塩野教授はこれらの方式中、どれがよいのかという明言は避けていらっしゃる。改正作業の流れから個別方式の採択はないと思われるが、残りの二つの方式のうち、改正行訴法の発布まで、塩野教授がいずれであったのかは小稿も明言は避けるが、公布された改正行訴法は全面的な行訴法の改正ではなかった。
- (6) 塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」同『法治主義の諸相[行政法研究第七卷]』317頁～326頁。塩野教授は、行訴法の本質論に二つあり、田中博士の民事訴訟と行政訴訟の本質論の探究型と雄川教授の現代型訴訟の特色としての客観訴訟化を行政訴訟の特色とするタイプがある旨、述べられている（同・317頁注（20））。
- (7) 同・327頁。
- (8) 塩野「司法の行政に対するチェック機能のあり方について」同『法治主義の諸相 [行政法研究第七卷]』328頁以下所収、特に、344頁～345頁参照（有斐閣

2001年)。同論文の初出は、「司法制度改革審議会意見陳述」2000. 5. 30である。

②行訴法改正に関する学説の動向

前述の所では、塩野教授の所見を検証したが、ここでは、行訴法の改正試案を示されている主な論者に目を向けて、行訴法の改正作業の論点を整理してみる。その後、次の③の所で、改正行訴法の全体像に対し、諸学説を引用しながら、行政訴訟改革の今現在の到達点を示してゆく。

さて、ここで扱う主な行訴法の改正試案として、阿部泰隆教授と山村恒年弁護士の同試案を取り上げる。

まず、阿部泰隆教授の1989年10月の日本公法学会での報告「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」から、改正試案をみてみよう⁽¹⁾。

阿部は、同論文から、行政救済制度が機能していないという前提で、現行法の運用と実態を透視して、その欠陥を明らかにし、抜本的な改革の方向づけを示そうとされている。従って、阿部は同論文中、行政救済制度の機能について、・・・そもそも訴訟を起こせないように、起こしても勝ちにくいように仕組みられているという見方も十分成り立つという見解に基づき、そのような見方の側面について日本の社会的要因と制度的要因を分析し、その上で制度の改革の提案に及ぼうとする旨、説示なされている⁽²⁾。

因みに、同論文の内容は、1・現代法の基本的システム、2・裁判官の特殊な思考、3・行政訴訟不活発の原因、4・行訴法改革の提案となっている。

そのうち、阿部の提示する行訴法改革の提案によれば、「法的判断が可能な行政活動により特別の不利益を受けた者には速やかに本案審理の機会を与えるべきである。そのための障害物はなるべく除くべきである。司法審査に伴うリスクなり負担を原告に課さないようにすべきである。行政の適正な運営は、本案で裁量を侵害しなければ確保できる。」と述べられ⁽³⁾、さらに、その他の行訴法の改革案として、(a)原告適格、(b)訴訟類型と処分性、(c)司法審査の範囲、(d)仮救済、(e)三面紛争、多面紛争の特色を挙げられているが、これらの点を約言すると以下のように整理できる。

阿部は、まず、(a)原告適格については、従来の判例は主観的利益を狭く解しすぎであるとし、また、原告適格の有無の判定基準を制定法に準拠する傾向への批判を行い⁽⁴⁾、(b)訴訟類型と処分性については、処分性を残

す改革と抜本改革に区分して論じ、とりわけ、抜本改革については、公権力概念を廃止すべきで、公定力があるから抗告訴訟の対象となるのではなく、公定力の議論はやめるべきであると、他にはあまり窺知しえない考えを示され、さらに、公権力の観念の無意味さを徹底すると、民事訴訟と抗告訴訟の区別の廃止が必要であるとも断じられている⁽⁵⁾。

次に、(c) 司法審査の範囲においては、行政訴訟を担当する専門の部局である、行政専門部を増設すべき改革案と、原発訴訟などの未来予測型の科学裁判の制度改革を提案なされている。そして、(d) 仮救済に際しては、仮命令の必要性を説かれ、義務づけ訴訟を本案訴訟とする仮命令の例を挙げられ（執行停止は役に立たないから）、又、即時執行力の制限に伴う、執行停止命令を含めた救済手段の有用性も挙げられている⁽⁶⁾。

最後に、(e) 三面紛争、多面紛争の特色では、反対利害関係人への効力の問題（「訴訟参加させることができる」を「訴訟参加の機会を与えなければならぬ」にする。）、対世効の問題（多数人に利害関係がある行政決定についての判決の効力）、用途地域の訴訟（全員が訴訟に参加して、一挙に解決すべきである。）、同一のパイを争う訴訟（区画整理・土地改良・都市再開発に関する訴訟では、なるべく事前手続を強化して、裁判所の審理を容易にする。）について、それぞれ改革案を示されている⁽⁷⁾。

さて、以上のような阿部の主張なされる行訴法改革の提案の「むすび（改革実現の戦略）」において、阿部は、三つの改革実現のための戦略を示しているので、簡潔に整理してみる。

第一点は、法改正の担当者は法務省から独立した組織にすべきこと、第二点は、人事の改善、とりわけ、最高裁判事の任命方法の改善だと、最後に、第三点は、外圧による日本の司法制度の機能化（筆者注・シニカルな表現として）である旨、述べられている⁽⁸⁾。

この阿部の提案は、論者によりいろいろな評価があるであろうが、阿部教授独特の表現に圧倒されるが、正鵠を射てる部分も多々あると思う。すなわち、従来の行政事件において下される最高裁判所の判決の論理に対して、学説はふと立ち止まり、行訴法の該当条文を何度も読み返し、首をひねったものであろうか。かかる心情から現行行訴法を捉え直した場合、行訴法改革案

に時として、従来の正当な解釈論理を捨てることも一考かと考える時もある。

以上で、阿部教授の行訴法改革案の提案についての吟味を終え、次に、もう一人の代表的行訴法改革案を提案なされている山村恒年弁護士の所見を拝見する。

さて、山村の行訴法改革案については、山村「行政争訟法改正試案」（1994年）と題する論文を手懸りに、山村の所見を一瞥してみたい⁽⁹⁾。

山村は、同論文で行政争訟法改正について論じる理由につき、「わが国の行政争訟制度は、法制定以来35年を経過し、国民の権利救済、行政の違法は正面で先進諸外国に遅れている。行政争訟制度の改革については、部分的に学会でも議論はされているが、全面的な法案要綱が提示されたことはない。」旨、論じられている⁽¹⁰⁾。以下では、山村が示された改正法案の概略について検討してみる（行政事件訴訟法改正試案について）。

山村は、行訴法全体（全五章）中、まず、第一章・総則の目的規定の第1条について、行審法1条の目的規定に置き換える案を提示なされ、行訴法1条1項につき、「行政庁の違法な作用の是正」と「国民の権利利益の救済」を図り、「行政の適正な運営の確保」を目的とし（筆者注・2つの目的の明示）、従来の行訴法1条を同法1条2項とするものである⁽¹¹⁾。

次に、第二章・抗告訴訟では、①取消訴訟に関して、抗告訴訟の定義（法第3条）中、「公権力」の文言を廃止して、「行政庁の一方的権限の行使に関する不服の訴訟」と表現するとともに、「本試案では、処分又は裁決の作為又は不作為を求める『義務づけの訴え』を認めることにし」、さらに、「『行政立法取消しの訴え』を設けることにし、違法な行政立法は、制定機関に再立法させることに」することを提案なされている⁽¹²⁾。

そして、②抗告訴訟の対象—処分性（同3条）については、処分性を広く捉える考えを示され、「民主主義や実質的法治主義の観点からして、直接的効果を発生するものに限らず、現実に不利益や損害をもたらすおそれのあるものも含めた行政庁の法令に基づく一方的権限の行使を対象とすること」、取消訴訟の原告適格（法第9条）に関しては、アメリカのスタンディングのように「事実上の損害」レベルまで広げる原告適格論を唱え、「当該処分又は裁決によって現実に不利益を受けるおそれを有する者」に広く原告適格を

認めることを述べられている⁽¹³⁾。

又、③法第10条～14条について概略的にまとめると、山村は、取消理由の制限（第10条）については、1項の「…法律上の利益…」をとり、「自己の利益に関係のない違法」にし、違法主張の範囲の拡大案を示され、被告適格（第11条）では、行政庁主義から行政主体主義への変更までは言っていないが、第3項として、「処分を分担した行政庁又はその上級庁に対して、被告行政庁が誰であるかの教示を求めることができる」とし、一部教示制度の新設の提案がなされている。管轄（第12条）に関しては、地方に居所を有する原告の居所の管轄にも提起できること等を行い、訴訟の提起を容易ならしめることを企図し、さらに、出訴期間（第14条）を2倍の6ヵ月とし、「重大な違法」のある場合は、法治主義の要請から出訴期間を2年とする案を提示なされている⁽¹⁴⁾。

取消訴訟の最後の論点として、執行停止制度・異議制度・裁量処分の取消しの改正案について言及しておく⁽¹⁵⁾。

最後に、改正においてたびたび論争となった④執行停止・異議・裁量処分の取消し中、

まず、執行停止（第25条・29条）の大原則である「執行不停止原則」（1項）をドイツ行政裁判所法に倣って、例外の場合を除いて、執行停止原則制の採用を提案なされ、つぎに、法第27条の内閣総理大臣の異議については、現在活用されていないし、憲法上も疑義があるので廃止すると述べられている。

そして、第30条の裁量処分の取消しについて、山村は、本案審理の大きな障害になっている裁量処分の適法性の有無の判断を容易にするため、「当該処分の根拠となった法令および関連法令全体の趣旨、目的、処分の性質からみて、①手続的合理性、②実体（価値）的合理性に基づいて判断形成過程が尽くされた場合に適法であるとし、その主張・立証責任を行政庁に負わせることにした。右の①の例としては、事前の情報公開に基づいた利害関係人・専門家の意見の導入があげられ、②の例としては、代替案の考察とその発展及びその比較評価による検討等をあげた。」旨、改正案を示されている⁽¹⁶⁾。

さて、その他の抗告訴訟に関する山村の改正案について、行訴法第36条以下を検討してみる。

⑤無効確認訴訟・義務付け訴訟等に関する改正案について、まず、両訴訟類型の原告適格・被告適格について確認作業を行いたい。

原告適格につき、無効確認の訴えの原告適格（第36条）では、36条を巡る法解釈の対立（一元説と二元説の対立）解消のため、予防的無効確認訴訟を認める二元説を明らかにするため、前段の「・・・続く処分により損害を受けるおそれのある者」のあとに「及び」を入れることによって、それを予防的無効確認の独立の原告適格として認められるようにした。後段の「現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないもの」の意義も明確でないので、「無効確認によって紛争の根源的解決を求める現実の利益を有する者に限り」とした。これにより、処分の名宛人以外の第三者でも原告適格が認められることになるとし、義務づけの訴えの原告適格（第37条の2）に関しては、取消訴訟により目的を達することができない場合又は回復困難な損害を受けるおそれのあるものに限り、提起することができることにした。これにより、処分前の処分の義務づけ又は差止めを求めることができることとなる、そして、同訴訟の被告適格については（37条の3）、義務づけの訴えが処分前の場合にもされるので、その被告は処分権限を有する行政庁とした、旨提案なされている。

最後に、義務づけ判決・差止め判決（第37条の6）に関しては、「義務づけ訴訟に対する判決として、処分又はその他の職務行為をなすべき義務があること若しくは職務行為をなすべきでないことを命じ、裁量処分の場合には、判決の趣旨に従い、第30条の合理的判断過程に沿って、処分すべき義務があることを宣言することとした。」という、ご提案を示されている⁽¹⁷⁾。

以上をもって、山村弁護士の行訴法改正案につき、概括的検討を終えるが、山村の改正案の全体的評価としては、阿部改正案に符合しうる箇所も多々あったと思う。いわば、国民の権利救済をより実質化しようとする姿勢がうかがえる。さらに、阿部・山村両先生の改正案は、行政裁判制度を国民に利用しやすいものにしようとする意図が汲み取れ、今回の改正行訴法の姿勢とも合致するものと言えよう。

【注】

- (1) 阿部泰隆「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」公法研究52号（1990年）、同論文は、阿部『行政訴訟改革論』1頁以下所収（有斐閣 1993年）。阿部の引用については、『行政訴訟改革論』で行う。
- (2) 同・前出注（1）1頁。
- (3) 同・27頁。
- (4) 同・27頁～28頁。
- (5) 同・28頁～30頁。同所で阿部は、処分性を残す改革について、行政処分の観念を抗告訴訟と民事訴訟の区別の基準とするなら、その区別に伴う混乱の整理が必要であるし、さらに、実質的当事者訴訟は民事訴訟に統合し、形式的当事者訴訟は、むしろ処分の取消・義務づけ訴訟として統合し、一本化したほうがよいと述べられている。又、阿部は抜本改革については、行政行為の特色とされた公権力・公定力概念をいっそうのこと廃止すべきとまで述べられている。そのことから、阿部は公権力の観念の無意味さを徹底すると、民事訴訟と抗告訴訟の区別の廃止が必要であり、取消訴訟は行政の意思表示を取り消す制度とされてきたが、行政の意思表示の違法を理由として、その効果を争ってもよいことにすべきであるとしている（同・29頁～30頁）。
- (6) 同・33頁～35頁。
- (7) 同・36頁～37頁。
- (8) 同・38頁。
- (9) 山村恒年「行政争訟法改正試案」初出、自由と正義45巻6号（1994年）、同『行政過程と行政訴訟』309頁以下所収（信山社 平成7年）。山村の引用については、『行政過程と行政訴訟』で行う。
- (10) 同・前出注（9）309頁。
- (11) 同・310頁。
- (12) 同・310頁～311頁。
- (13) 同・312頁。
- (14) 同・312頁～313頁。山村は、第15（被告を誤った訴えの救済）条、第16（請求の客観的併合と選択的併合）条の改正案も示されているが、省略する（313頁）。
- (15) 同・314頁～316頁。行訴法第22条～35条の3のうち、山村弁護士が言及な

されている、第三者の訴訟参加（第22条）、釈明義務等（第24条）、取消判決・違法宣言判決（第30条の2）、中間確認判決（第35条の2）、和解（第35条の3）については、本稿では割愛するが、山村は、法第24条で、地方裁判所単位に、1名～3名の行政調査官を置くこと（ドクターの行政法専攻修了者程度の学力・経験のある者を置くこと）、記録の提出等を提案なされていることを付言しておく（同・314頁～315頁）。

(16) 同・315頁～316頁。

(17) 同・317頁～318頁。他に、行政立法取消しの訴えの被告適格（第37条の4）、仮命令（第37条の5）、取消訴訟に関する規定の準用（第38条）についての山村の説示は割愛した。尚、山村は本論文では、第三章・第四章は現行のままとし、第五章の補足では、第45条の処分効力を争点とする訴訟について、民事保全法の規定による仮処分をすることができる旨、述べられている（318頁～319頁）。

③改正行訴法の全体像と諸学説

今回の改正行訴法である「行政事件訴訟法の一部を改正する法律」（平成16年6月9日公布 法律第84号、平成17年4月1日施行）は一部改正法であり、主な改正項目としては、（1）義務付け訴訟の法定、（2）差止訴訟の法定、（3）当事者訴訟の一類型として確認訴訟を明示、（4）取消訴訟の原告適格の拡大、（5）被告適格の行政主体主義化、（6）管轄裁判所の拡大、（7）出訴期間の延長、（8）審理の拡充・促進のための釈明処分の新設、（9）執行停止の要件の緩和、（10）仮の義務付け・仮の差止め制度の新設、（11）教示制度の新設が挙げられる⁽¹⁾。

そこで、一部改正の要点を整理するために、改正行訴法の改正ポイントの概略と一部改正に至る改正作業の流れと改正の成果と課題について、高木光教授、宇賀克也教授等の考えを一瞥してみる。

まず、宇賀教授が挙げる改正のポイントは、改正法が、国民の権利利益のより実効的な救済手続を整備する観点から行われたことから、（1）救済範囲の拡大、（2）審理の拡充・促進、（3）行政訴訟を利用しやすく分かりや

すくするための仕組み、そして、（4）仮の救済制度の拡充の4つのポイントを挙げられている。そのうち、（1）救済範囲の拡大については、取消訴訟の原告適格の実質的拡大（法9条2項の創設）、義務付け訴訟の法定化（法3条6項・37条の2・3）、差止訴訟の法定（法3条7項・37条の4）、当事者訴訟の一類型としての確認訴訟の明記（法4条）であり、（2）審理の充実・促進としては、釈明処分の特則（法23条の2）が創設され、そして、（3）行政訴訟を利用しやすく分かりやすくするための仕組みは、抗告訴訟の被告適格が行政庁主義から行政主体主義の変更（法11条）、管轄裁判所の拡大（法12条）、取消訴訟の出訴期間の延長（法14条1項本文）、そして、教示制度の創設（法46条1項）が挙げられ、さらに、（4）仮の救済制度の拡充に関しては、執行停止の要件の緩和（法25条2項・3項）、仮の義務付け制度の創設（法37条の5第1項）、仮の差止め制度の創設（法37条の5第2項）を挙げられている⁽²⁾。

次に、高木光教授は、改正法による「行政訴訟制度改革」の意義について「オープンスペース論」を手懸りとして、「救済の拡充」という観点から、特に重要であると思われる五つの項目（原告適格・義務付け訴訟・差止訴訟・確認訴訟・仮の救済）の分析をなされている⁽³⁾。その高木教授は「オープンスペース論」について、今回の改正法の指導理念は「国民の権利利益のより実効的な救済」であるとし、これは、阿部泰隆教授に代表される学説が戦後のドイツの判例学説の展開に学んで精力的に説いてきた「包括的かつ実効的な権利保護」と同趣旨であろう。そして、改正法の最大の特徴は、その実現のため、裁判所に「解釈による救済の拡充」のための「オープンなスペース」を確保することに主眼を置いていることである。これは、判例による法創造に期待するというスタンスを意味するものであり、それ自体は特に目新しいものではない。しかし、「改革立法」としての今回の「改正法」がこのようなスタンスを示していることは、従来の最高裁判所の判例政策への批判を含んでいることに留意が必要である。すなわち、立法者は、行政訴訟の現状を打破すべきであるという明確なメッセージを送るとともに、そのイニシアティブを裁判所自らがとることに期待したのである。したがって、今回の制度改革の評価は、かなりの程度、裁判所が今後「オープンなスペース」

をどのように活用するかにかかっているということになる。そして、「オープンスペース論」が特に妥当するのは原告適格、確認訴訟、執行停止の三つについてであると述べられている⁽⁴⁾。

又、高木教授は「行政訴訟制度改革」の意義に関する論文中、最後の「制度改革の評価」における私見と今後の課題については、まず、私見との関係について、改正法の内容は、「訴訟類型に関しては、『処分概念の純化』による『クリアな仕切り』という方向を示している。この点は、今後、行政立法や行政計画について、それぞれの法的統制を、行政手続の整備と訴訟類型の有機的な関連を考慮しつつ強化してゆく足掛かりとみて、積極的に評価すべきであろう」と評されている⁽⁵⁾。次の今後の課題については、高木教授は、「今回の制度改革の評価は、かなりの程度、判例による積極的な『法創造』が今後どのようになされるかに依存していることになる。とりわけ、改正法における原告適格の拡大と確認訴訟の法定は『抜本的改革』を提唱していた立場、すなわち原告適格拡大論及び処分性拡大論ないし『是正訴訟』導入論からみれば、現状維持を意図したものとの疑いを払拭できないからである。その意味で、裁判所はこれまで以上に厳しい批判の対象となることを覚悟して事件に取り組みなければならないというべきであろう」と締め括っておられる⁽⁶⁾。

以上で、改正行訴法の公布・施行と学説の推移②－２（本章のまとめ）の検討を終える。

【注】

- (1) 改正行訴法の主要な改正点についての解説書等の文献として、園部逸夫＝芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい 平成18年）、小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務 2006年）、福井秀夫＝村田斉志＝越智敏裕『新行政事件訴訟法－逐条解説とQ&A』（新日本法規 平成16年）、小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリスト増刊（2005年3月）、宇賀克也『改正・行政事件訴訟法[補訂版]』（青林書院 2006年）、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂 平成16年）、南博方＝高橋滋『条解行政事件訴訟法第3版』（弘文堂 平成18年）等が挙げられる。

- (2) 宇賀克也『改正・行政事件訴訟法[補訂版]』4頁～10頁（青林書院 2006年）。
又、橋本博之教授は、少し長い引用になるが、今回の行政事件訴訟法改正は、行政改革の流れの中で具体化したもので、「行政事件訴訟の機能不全は、第一義的には、国民の権利利益の包括的・実効的救済が保障されているか、という観点によらなければならない。行政事件を司法裁判所が扱う以上、『裁判を受ける権利』の保障や『法の支配』という視点から、裁判に熟した『法律上の争訟』について、司法的救済がこぼれ落ちてしまうことは、憲法上許されない。なお、行政事件訴訟の機能不全の要因として、訴訟手続法の問題とは別に、個々の行政実体法のあり方の問題が指摘される。行政実体法上、行政活動により権利利益を侵害された国民の側にどのような請求権が生じるのかという議論である。確かに、行政事件訴訟における処分性・原告適格の有無や、裁量判断の基準などの問題の結論は、個別の行政実体法の解釈から導かれるのであり、行政実体法が不十分であるから訴訟も十分に機能しないという論法には正しい側面もある。しかし、行政事件訴訟が十分に社会的機能を果たすという与件があって、初めて個別の行政実体法がそれに適合的に整備されて行くのであり、行政事件訴訟法を現代化する必要性に変わりはない」と述べられ、最後に、「行政事件訴訟の制度的欠陥を放置することは、つまるところ、これを運用する裁判所を当惑させるとともに、行政権に対する国民の信頼の失墜にもつながる。わが国の行政事件訴訟法は、21世紀の社会的インフラとして相応しい姿になるように、制度改革を進めることが強く要請されている」と締め括られている（橋本『解説改正行政事件訴訟法』3頁～4頁[弘文堂 平成16年]）。
- (3) 高木光「行政訴訟制度改革の意義と評価」ひろば2004年10月号初出、同『行政訴訟論』・（有斐閣 2005年）の「第一部制度改革の第三章 改正法の評価」の「第一節 実務の今後の課題—オープンスペース論」に所収されている（75頁以下）。本稿では、高木『行政訴訟論』を用いて、引用する。
- (4) 高木・前出注（3）75頁～76頁。
- (5) 同・82頁。
- (6) 同・83頁。高木教授は改正法については、日弁連案のような「抜本的改正」については躊躇を感じざるを得ないという立場を示されていていらっしゃる（同・82頁）。

又、村上裕章教授は改正法について、従来に比べて文句なく改善となった点も多い。しかし、本稿でも示したとおり、原告適格、義務付け訴訟、差止訴訟、確認訴訟などについて、今後の運用に委ねられた点も少なくない。裁判所が「オープンスペース」を生かし、「行政に対する司法審査の機能を強化して国民の権利利益の救済を実効的に保障する」（「考え方」）方向で創造的な解釈を展開することが期待される。他方、義務付け訴訟や確認訴訟などについては理論的に不明確な点も多く残されており、今後研究を深める必要がある。本稿がそのためのきっかけとなれば望外の幸いである、とも述べられていらしゃる（村上「改正行政訴訟に関する解釈論上の諸問題」同『行政訴訟の基礎理論』328頁所収〔有斐閣 2007年〕）。

IV おわりに

以上をもって、改正行政事件訴訟法と判例・学説－パート①～③完の整理・検討作業を終える。

「おわりに」にあたって、芝池義一教授の「行政事件訴訟法改正の概観」と題する論文から一部分を抜粋させていただき、この小稿の締め括りにしたい。

芝池教授は、同論文における「第IV章今後の課題」で、「・・・以上のように、行政訴訟検討会では、行政立法の司法審査、行政計画の司法審査、裁量に関する司法審査及び団体訴訟が今後の重要課題として選択され、これらのテーマに関するペーパーが作成されたのである。むろんこれらのテーマが今後の重要課題を示していることは確かであるが、しかし、ほかにも数多くの検討すべき論点が残されている。例えば、納税者訴訟（公金訴訟）の創設、訴えの提起の手数料の軽減、弁護士報酬の片面的敗訴者負担は日本弁護士連合会がその導入を主張していた。また、無効等確認訴訟の選択の利益に関する行訴法36条や仮処分を制限している同法44条も、その見直しが必要である。さらに、内閣総理大臣の異議の制度は存続することになった。・・・このほか、すでに述べたことであるが、取消訴訟の仕組み（特に出訴期間や排他性）について理論的な検討を行う必要があるであろう」と述べられている。そして、芝池教授は、行政事件訴訟法の附則50条は、「政府は、この法律の施行後五年を経過した場合において、新法の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、そ

の結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」この政府による見直し作業にいたる前に、学説・判例の十分な蓄積が積み上げられていることが望まれるのである旨、述べられている⁽¹⁾。

【注】

- (1) 芝池義一「行政訴訟法改正の概観」園部逸夫=芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』1頁以下所収、特に21頁～23頁参照（ぎょうせい 平成18年）。

完