

慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resources

Title	行政訴訟改革といわゆる「オープンスペース」論
Sub Title	Reform of administrative litigation law
Author	橋本, 博之(Hashimoto, Hiroyuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.10 (2008. 3) ,p.1- 20
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080315-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

行政訴訟改革といわゆる「オープンスペース」論

橋 本 博 之

- 1 はじめに
- 2 塩野宏による問題提起
- 3 オープンスペース論と公法ドグマティク
- 4 オープンスペース論の評価

1 はじめに

2004年に成立した「行政事件訴訟法の一部を改正する法律（平成16年6月9日法律第84号）」により、行政事件訴訟法（以下、「行訴法」と略す）は、1962年の制定以来、42年ぶりに実質的な改正がなされた。この法改正の趣旨は、行政活動の多様化・行政過程における国民の利益調整の複雑化という現代的状況に対応すべく、行訴法を通じた国民の権利利益救済の実効性向上を基本的な趣旨として、①国民の権利利益の救済範囲の拡大、②審理の充実・促進、③手続をより利用しやすく、分かり易くするための仕組み、④本案判決前における仮の救済制度の整備、という4つの柱について必要な手続きの整備を図る、というものであった¹⁾。行訴法の改正については、行政法学界でもさまざまな議論が展開されてきたところであったが、2004年の法改正は、そのひとつの節目を

1) 改正行訴法の全体像については、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（弘文堂・2004）を参照されたい。

成すと評されている²⁾。

改正行訴法は、2005年4月1日をもって施行されたが、同年のうちに、当事者訴訟の活用につき最大判平成17年9月14日民集59巻7号2084頁、原告適格の拡大につき最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁という2つの最高裁大法廷判決が示され、国民の権利利益の実効的救済という立法趣旨を具体化する判例の方向性が明らかにされた。さらに、直接的には改正事項の解釈問題ではないが、改正行訴法の施行後、最高裁は、抗告訴訟の処分性に係る柔軟な解釈や、裁量権の逸脱・濫用の審査における判断過程審査手法の拡充など、行政事件訴訟を通じた国民の権利利益救済の実効性向上という観点から注目される一連の判決を示すに至っている。また、下級審裁判例に目を向けるなら、義務付け訴訟・差止訴訟や、仮の義務付け・仮の差止め、実質的当事者訴訟としての確認訴訟などについて、さまざまな活用例が現れている³⁾。また、改正行訴法は行政争訟に係る他法令の改正・整備の契機ともなり、行政不服審査法及び行政手続法の改正が具体化されつつある。

筆者は、改正行訴法を紹介・検討するいくつかの論稿を手掛けてきたが、本稿は、改正行訴法に係る個別論点の具体的考究から一段階抽象度を高め、改正行訴法の立法プロセス全体を俯瞰した場合の行政法学のあり方として論じられている、いわゆる「オープンスペース」論に着目した検討を試みるものである⁴⁾。

2) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第4版〕』（有斐閣・2005）72頁は、2004年の法改正をもって「行政訴訟制度改正問題は一段落を迎えることとなった」とする。

3) 改正行訴法施行後の裁判例を概観するものとして、人見剛「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法律時報79巻9号（2007）4頁以下。さらに、確認訴訟の活用例として、いわゆる混合診療規制を違法と判断した東京地判平成19年11月7日等が注目される。

4) 本稿は、筆者が改正行訴法の成立直後に公表した旧稿（橋本博之「行政事件訴訟法と行政法学の方法」自治研究80巻8号（2004）44頁以下）につき、改めて考察し直そうとするものである。なお、改正行訴法の具体的な解釈論については、別稿にて総合的検討を試みる予定である。

2 塩野宏による問題提起

行政訴訟制度を立法により改革する場合、行政訴訟立法のあり方について、行政組織法や行政作用法の立法過程と対比して固有の問題があることは、つとに指摘されてきた⁵⁾。この問題について、行政訴訟検討会座長であった塩野宏は、同検討会での検討状況を紹介した論文において、独自の権力分立観（立法権と司法権の関係論）に立脚しつつ、行政訴訟立法の特殊性に係る見解を提示している⁶⁾。

塩野は、上記論文において、行政訴訟立法（行政救済立法）を行うに際して、「立法権及び学説の役割についての基本的スタンスという面からの（自己）評価」が必要としつつ、立法権の役割という観点で、行政作用立法と行政訴訟立法のあり方は異なるという見解を示す。すなわち、塩野は、①立法権が法律によって行政権限の行使（＝行政作用）を規律するという局面では、これを「可能な限り厳密に規律する」ことが基本となるが、②行政訴訟立法を行う場合、「司法権は行政権のコントロールの権限を憲法上与えられて」おり、「立法権の重点は、司法権が本来有する行政に対するチェック機能を十分に果たすことができるような、より効率的な場ないし手段を提供すること」であるため、③行政訴訟検討会の基本的課題は「裁判所が国民の権利利益の実効的救済を図るための条件を整備することに帰着する」、と述べる。

上記の塩野テーゼは、行政訴訟検討会座長として、2004年改正による行訴法の新しい仕組みが、裁判所により「国民の権利利益の実効的救済を図る」という立法者意思を踏まえるかたちで適切に行使されることを期待するという文脈で、極めて重いものである。裁判所・裁判官は、改正行訴法の解釈・運用に際して、立法過程での基本精神の反映たる塩野テーゼを正しく受け止め、国民の権

5) 浜川清「司法裁判制度下の行政訴訟改革」法律時報76巻1号（2004）103頁以下。

6) 塩野宏「行政訴訟改革の動向－行政訴訟検討会の『考え方』を中心に」法曹時報56巻3号（2003）1頁以下。

利利益の実効的救済という立法趣旨を適切に反映することが強く求められる。塩野テーゼは、改正行訴法の解釈・運用に係る直接の担い手が裁判所・裁判官であることから、それらに対する立法サイドからの強いメッセージといえる。

塩野は、上記テーゼが該当する論点として、①原告適格における考慮要素の法定、②執行停止の要件の緩和、③出訴期間における不変期間の制度の廃止、④確認訴訟の活用論を掲げている。これらを改正行訴法と対照させると、①9条1項にいう「法律上の利益」（同条2項に解釈指針あり）、②25条2項にいう「重大な損害」（同条3項に解釈指針あり）、③14条1項にいう「正当な理由」、④4条にいう「公法上の法律関係に関する確認の訴え」について、憲法上司法権に要請されている国民の権利利益の実効的救済という観点から、適切に解釈・運用することが求められることになる。これらの論点は、従前の行訴法における条文解釈や制度運用上、「作られた制度の硬直的運用に傾きがち」であったところ、立法者の側から、個別具体の事例における紛争解決や、国民の権利利益の実効的救済のための柔軟な解釈の場（オープンスペース）を提供するという趣旨に基づく改正がなされたということになるし、逆に、上記の改正点が、国民の権利利益の実効的救済を妨げる方向で解釈運用されること（たとえば、上記④の改正がなされたために、抗告訴訟と当事者訴訟の境界が不分明となり、そのことから生じる訴訟類型選択のリスクが国民側に負わされるような制度運用）は、立法者意思に反するものとして厳に戒められることになろう。

さらに、塩野は、上記の如きオープンスペース論を、立法権と司法権の関係という統治構造論とは別次元で、行政訴訟立法と学説の関係という文脈でも使用している。すなわち、塩野は、1962年の行訴法制定は「それまでの学説の公定化の試み」という要素が強いと評価しつつ、2004年改正は「特定の行政法学説の上に形成されたものでもなければ、法理論相互の妥協という要素も希薄」であるとし、「裁判所に対するのと同様に行政法学説に対しても、新たな学説の展開を可能にする場を提供するもの」と述べる⁷⁾。この点、塩野は、①抗告

7) 塩野・前掲注（6）16～17頁。

訴訟として新設された義務付け訴訟・差止訴訟の法的性質が形成訴訟か給付訴訟か、②当事者訴訟の活用論が公法私法二元論の復活を意味するのか、③第三者の原告適格の解釈に係る考慮事由の法定が法律により保護された利益説と法律上保護に値する利益説のどちらかが採用されたのか、という3つの論点を示しつつ⁸⁾、改正法が「学説の公定化」でないことを強調している⁹⁾。

塩野は、改正行訴法の成立直後に公表した別の論文において、再度、改正行訴法と行政法学説の関係につき論じている。塩野は、改正行訴法が「学説に対しては中立」であって「特定の解釈学」につき積極的判断を下したのではないという基本的認識を繰り返しつつ、訴訟類型論に焦点を当てた具体的検討を行っている¹⁰⁾。ここで、塩野は、改正行訴法における抗告訴訟が、従前の「拡張的抗告訴訟観」を超えた「開放的抗告訴訟観」に立脚するものであると説明し、結果として抗告訴訟を「内容的に統一的に把握する要因が希薄化」していることを指摘する¹¹⁾。塩野は、抗告訴訟の中に義務付け訴訟・差止訴訟が法定されて取消訴訟中心主義が崩された結果、抗告訴訟のカテゴリーが、訴えの性質・訴訟物・判決の効力等につき「異質」な訴訟を取り込むものとなり、法定抗告訴訟につき取消訴訟の条文の準用により処理することの適否（準用のあり方を含む）という新たな問題が生じたとする。また、当事者訴訟における公法上の

8) 塩野は、別稿（後掲注（10）4頁）で、抗告訴訟の訴訟物、仮の救済が行政権か司法権か、という論点を付け加えている。

9) 行訴法における「学説の公定化」として取り上げられる論点として、無効確認訴訟の補充性に係る法36条の解釈問題がある。この点に関する最新の論稿として、高木光『「文理解釈」と『目的論的解釈』自治実務セミナー47巻1号（2008）4頁以下がある。高木は、法36条は、行訴法立案時の「三ヶ月私案」にルーツがあるとし、通説判例が「二元説」であるとの整理（宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（有斐閣・2006）264頁が引用されている）は「安易である」と批判し、解釈論として「一元説」を主張している。

10) 塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」民商法雑誌130巻4・5号（2004）3頁以下。なお、塩野は、義務付け訴訟・差止訴訟の法定、抗告訴訟の被告適格に係る行政主体主義の採用については、学説に対する中立性につき留保している。

11) 塩野・前掲注（10）10頁。さらに、塩野・前掲注（2）77頁。

法律関係に関する確認の訴えの明示についても、法定外抗告訴訟としての確認訴訟と当事者訴訟としての確認訴訟の振り分けという解釈問題が生じることを指摘した上で、当事者訴訟と抗告訴訟の「訴訟上の壁」の低下を強調している。そして、塩野は、改正行訴法による訴訟類型の多元化の結果、訴訟類型の相互関係は相対化し、行訴法が規定する4つの訴訟類型の理論的克服という方向性を示唆している¹²⁾。

行政訴訟に係る学説と言っても、法律関係の性質に関わる公法私法二元論、行政行為の効力論に関わる取消訴訟中心主義等の理論体系に関わる議論から、訴訟類型論、訴訟物論、判決の効力論等の行政訴訟プロパーの議論、さらに、処分性拡大に係る形式的行政行為論や相対的行政処分論、原告適格に係る法律上保護された利益説と保護に値する利益説、違法判断の基準時に係る処分時説と判決時説等の具体的解釈論まで様々である。翻って、塩野のオープンスペース論は、学説上の対立につき中立であるというレベルと、より進んで、従前見られた伝統的理論による解釈論上の束縛を開放し、より積極的に判例・学説の展開可能性を嚮導するレベルに分かれている。そして、塩野説は、より抽象度の高い制度本質論において、後者、すなわち、古典的行政法学説に基づく演繹的・図式的解釈論からの開放を意図しているように思われる¹³⁾。

いずれにしても、上記のようなオープンスペース論は、それ自体、改正行訴法の解釈の方向性にかかわる論争の性格を有していると考えられるのであり、以下さらに検討を進めることとしたい¹⁴⁾。

12) 民衆訴訟・機関訴訟については、これらの類型が、「法律上の争訟を排除する効果」を働かせない方向での解釈論が必要なことを指摘している。塩野・前掲注(10)13頁。

13) この点、田中二郎がしばしば「抗告訴訟の本質」という議論の立て方を用いて来たことを踏まえ、2004年改正行訴法には、田中説の克服という要素があることを意識したものであると見ることもできる。参照、田中二郎『司法権の限界』(弘文堂・1976)30頁以下、同73頁以下、同86頁以下。

14) オープンスペース論については、塩野宏「法治主義と行政法」自治研究83巻11号(2007)16頁以下も参照。

3 オープンスペース論と公法ドグマティク

ここまで検討したように、改正行訴法をめぐるオープンスペース論は、「国民の権利利益の実効的救済」を行政事件訴訟制度の事物の本質と見る、ある種の制度本質論をアプリアリな前提とし、これを行訴法の仕組みを法律上の争訟につき司法裁判所がレビューするという憲法上の統治構造論と結合的にとらえる、という理論的特質を有するものと考えられる。塩野の説くオープンスペース論は、単に訴訟手続法が、行政庁の行為に根拠と規律を付与する行政法令（行政実体法）とは性質が異なるという議論にとどまらず、固有の公法ドグマティクを背景としており、その観点からの分析・評価が必要である。

ここで想起されるのが、行政訴訟に係る主要論点につきドイツ法との比較研究を基軸として展開された理論的考究において、行政活動によりマイナスの影響を受ける「権利」の包括的救済、あるいは、行政上の法律関係に係る「法律上の争訟」の漏れなき司法的救済というドグマティクが具現化されていったことである。

遠藤博也は、すでに1970年の文献において、憲法上の要請たる「権利救済における概括主義」の観点から原告適格論を展開することの必要性を説いている¹⁵⁾。遠藤は、これ以降、「権利救済における概括主義」という視座から行政訴訟に係る様々な解釈論を展開しているが、この視座をどのように獲得したのか、自身による明示的説示は見られない。しかし、遠藤の一連の論考は、「権利」の包括的救済という公法ドグマティクの嚆矢として注目されよう¹⁶⁾。

阿部泰隆は、1976年の論文において、西ドイツ基本法が公権力行使につき包括的・実効的権利救済を保障したもののとの解釈を踏まえ、「西ドイツの行政裁判が現実的に包括的権利救済の要請をみたしているか、この要請を実現するためにどういう立法がなされているか、どういう理論が提唱されてきたか」という

15) 遠藤博也「取消訴訟の原告適格」『実務民訴講座8』（日本評論社・1970）75頁以下。

16) 行訴法の論点全体につき、遠藤博也『行政法スケッチ』（有斐閣・1987）406頁以下。

観点から比較法研究を行っている¹⁷⁾。その後、阿部は、義務付け訴訟の肯定、相対的行政処分論の提唱など、実効的・合理的な権利利益救済に向けた解釈論・立法論を精力的に展開し、すでに1985年には、「平均人にとってわかりやすく、利用しやすく、かつ、西ドイツ基本法19条4項の通説的解釈にならって実効的で包括的な」行政救済の構築という一貫した視点によるモノグラフィを公刊するに至っている¹⁸⁾ ¹⁹⁾。2004年行訴法改正の理論的な基盤形成において、「権利救済の実効性」という視点に支えられた阿部による解釈論・立法論の寄与するところは、極めて大であったと言ふべきであろう。

さらに、包括的権利救済のドグマティックに基づく行政訴訟論の構築に寄与したと考えられるのが、高木光による、当事者訴訟活用論を柱とした行政訴訟類型論の展開である。高木は、1988年の著作において、日本の行政救済法の課題として、取消訴訟＝権利保護という図式の克服と、「法律上の争訟」概念による「司法権の限界論」の読み替えを主張しているが、解釈論的提案の柱となった当事者訴訟活用論では、裁判による包括的権利救済の実現が基本的シエマとされている²⁰⁾。この時点で、高木の論旨はドイツ法に強く依拠した部分があったが（たとえば、当事者訴訟活用についても、もっぱら給付訴訟が念頭に置かれていた）、1990年の論文では、行訴法立案につき重要な役割を果たした雄川一郎の行政訴訟理論について、その理論的核心としての「実質的抗告訴訟観」を摘出し、雄川理論の問題点を踏まえた上で、「行政現象の複雑多様化」の中

17) 阿部泰隆「西ドイツの行政裁判」公法研究38号（1976）159頁。

18) 阿部泰隆『行政救済の実効性』（弘文堂・1985）i頁。引用部分は、「行政救済制度は違法不当行政により権利利益を侵害される庶民にとって最後の砦である」という文章に続けて記述されており、「権利利益」の包括的救済という趣旨のようにも読み取れる。

19) 義務付け訴訟論、相対的行政処分論については、阿部『行政訴訟改革論』（有斐閣・1993）に詳しい。さらに、行訴法改正が具体化した時点での阿部の議論については、阿部『行政訴訟要件論』（弘文堂・2003）に纏められているが、そこでも、「権利」救済の実効性という視点が一貫して強調されている。

20) 高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣・1988）276頁以下、同334頁以下。

で「理論的整合性ととのバランスをとりつつ憲法上の要請を満たすために、救済すべきものをきめ細かくひろいあげてゆくための柔軟な枠組み」の必要性から当事者訴訟の活用が主張され、当事者訴訟において「憲法条項の直接適用と、確認訴訟のやや広い許容性」が展望されるに至る²¹⁾。ここで高木の言う「憲法上の要請」とは、「包括的な権利救済」としての「権利救済における概括主義」であり（遠藤説が引用されている）、2004年改正行訴法における実質的当事者訴訟における確認の訴えの明示に照らし合わせると、これが高木の研究成果の延長線上にあることは明らかであろう。

遠藤・阿部・高木らに代表される見解は、いずれもドイツ的な「権利」救済のドグマティックに支えられている²²⁾。この部分が、改正行訴法の段階で、「法律上の利益」を含む「権利利益」救済へと拡大された点については、わが国の行政法理論の展開をより精密に辿る必要があると考えられる²³⁾ ²⁴⁾。この点、ドイツにおける「包括的権利救済」という憲法論が、実定法制度の異なる日本において行訴法による「国民の権利利益の実効的救済」という公法ドグマティックと置換されただけである、という素朴な見方もできよう。しかし、筆者は、「権利」の「権利利益」への概念的拡張、「実効的」救済という場合の規範的意味内容という両面において、「他国に例を見ない独自のしかも活きた行政裁判制度」たる日本の行訴法に係る解釈論の積み重ねの中で²⁵⁾、日本固有の「歴史に錨を下ろす」すかたちで生成したドグマティックであると理解すべきであり、そ

21) 高木光『行政訴訟論』（有斐閣・2005）143頁以下。

22) 行訴法解釈論と憲法論の関係を包括的に整理した論文として、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣・2007）2頁以下。同論文において、村上は、行政訴訟に対して憲法上要請されるのは「包括的で実効的な権利保護」であると結論づけており、「法律上の利益」保護についての明示的言及はない。このことは、曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト1219号（2002）60頁以下でも同様である。

23) なお、司法制度改革審議会意見書の答申には、「国民の権利救済を実効化する見地」という文言が見られるのみである。

24) この点の分析については、他日を期したい。

25) 園部逸夫の表現である。園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣・1989）1頁。

の方向で発展・定着させる努力が必要と考える²⁶⁾。このことは、かつて、「裁判的救済」の完全な保障という思考軸に基づく行訴法解釈論について、「通説」たる田中二郎が、「実定法を無視」した「イデオロギッシュ」な見解に過ぎないと酷評したことを想起するとき、より明らかであろう²⁷⁾。

塩野は、「日本の司法と行政の関係に対する従来理論」につき「歴史離れた理論的産物」とし、「日本で純粹培養された理論」に「時代の変化に柔軟に対応してきた外国法制との距離」が生じたことを厳しく批判している²⁸⁾。そのことを踏まえると、公権論ないし基本権論という枠組みで論じられるドイツ行政訴訟理論との強固な牽連性を有する包括的権利救済というドグマティックについて、日本の行訴法改正に際して「権利利益」救済と置き換えられたことが、わが国独自の公法ドグマティックが成熟する契機たり得るかということ、日本の行政訴訟理論にとってひとつの試金石なのではなかろうか²⁹⁾。たとえば、行訴法の下で、仮に権利利益の侵害＝違法というシェーマが成り立つとすれば、行政訴訟の制度本質論が「国民の権利利益の実効的救済」にあるという言説には、行政活動により生じた違法状態の除去という、純粹には主観的とは言えない要素を積極的に読み込む可能性が開かれているようにも考えられる。また、「権利利益」の観念の中に、実体法上の請求権たる「権利」のみではなく、行政手続上の手続的・参加的利益が含まれるのであれば、行政上の法律関係の手続的特色を反映させた行政訴訟理論の構築へとつながる可能性

26) ウェーユ＝ブイヨー（兼子仁・滝沢正訳）『フランス行政法』（三省堂・2007）5頁には、「行政法が錨を下ろしているのは歴史の中であって、行政法はその思想やもっとも本質的な特徴をまさに歴史に負っている」とある。

27) 田中・前掲注（13）8頁。

28) 塩野宏「行政訴訟の課題と展望」司法研修所論集109号（2002）12頁以下。

29) 仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣・2007）271頁以下は、行訴法解釈論における「権利」概念の外延部分の取扱いにつき、「権利に至らない利益」を取り込む流れがあったことを示そうとする。同書は、行政実体法の構造についても、（主観的）権利概念による一元的理解は誤りであり、多層的の把握が必要であると分析しており、注目される。

が開けてゆくであろう。

いずれにせよ、オープンスペース論を基礎づけている公法ドグマティックは、行訴法に係る解釈論・立法論の今後の展開において、主権者たる国民が現代社会で生起する公法領域での紛争を適切に争えるような、行政訴訟固有の手續規範を構築するという基本的視座を支えるものとして、積極的に位置づけられるべきである。また、筆者は、行訴法9条1項の「法律上の利益」の解釈をはじめ、処分性の有無の判定に係る解釈論、実質的当事者訴訟としての確認の訴えにおける確認の利益の解釈論等々が、「権利益」の実効的救済という、主観的権利救済という枠組みを乗り越えた公法ドグマティック形成の場になり得るものと考えている³⁰⁾。

日本の行政法理論史の中で、行政訴訟制度の憲法的基礎に係る議論の軸とされたのは、行政権と司法権の関係性に係る「司法国家」論であった。たとえば、1973年の兼子仁の体系書には、「主権者国民から信託され国民の人権を最大限に尊重していくべき行政は、国民から権利侵害の疑いをかけられたときには、司法裁判所という独立の第三者による裁判に服するものでなければならない」と記され、行政争訟の基本原則として行政権が独立第三者性を有する司法裁判官による法的レビューに服することが語られている³¹⁾。このような司法国家における抗告訴訟観が解釈論にも敷衍される一方³²⁾、「通説」たる田中二郎による司法権限界説が強力に主張され³³⁾、さらに田中説に対する再反論という

30) 行訴法9条2項の解釈指針が、「法律上の争訟」性判断や処分性判断の際にも応用可能な普遍性を有することを指摘するものとして、亘理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト1310号(2006)7頁。

31) 兼子仁『行政争訟法』(筑摩書房・1973)161頁以下。

32) たとえば、今村成和『現代の行政と行政法の理論』(有斐閣・1972)141頁以下、高柳信一『行政法理論の再構成』(岩波書店・1985)144頁以下、同172頁以下、同475頁以下等を参照

33) 田中・前掲注(13)1頁以下、同86頁以下。

かたちで学説上の議論が蓄積を見ていた³⁴⁾。これらは、行政国家・司法国家という理念型ないしモデル的理解を前提とした論争と言えようが、行訴法の解釈運用に係る実務的経験につき一定の蓄積を経る中、2004年改正行訴法を支える「国民の権利利益の実効的救済」というドグマティックが獲得されたのであり、今後、このドグマティックが、日本法の解釈論としてより具体性をもった議論へと浸透してゆくことが期待される³⁵⁾。

4 オープンスペース論の評価

改正行訴法に係るオープンスペース論には、行訴法の改正作業によって特定の行政法理論を固定化することに対する強い拒絶の観念、その裏返しとして、行訴法の解釈運用において判例・学説の展開に委ねることへの肯定的評価がある。このことは、行訴法の解釈論を特色づける基本的要素の一端を浮き立たせていると思われる。

そもそも、1962年の行訴法制定に直接関与した論者は、しばしば、上記のオープンスペース論と類比される言説を展開している。たとえば、田中二郎は、「行政事件訴訟の本質をどのように考え、これを訴訟法上どのように位置づけるべきか」という「根本的に究明を要する問題」は「将来の課題」としつつ、さしあたり「行政事件訴訟の運用の実際の経験に照らし、現行制度に不備欠陥があり、解釈上の疑義が少なからず生じているので、これを除こうとした」のが行訴法である、とする。田中は、行訴争訟制度の整備を通して「国民の権利利益の保護伸長を図る」ことを目指し、立法という「妥協の産物」による難点も「今後の学説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」と述べている³⁶⁾。さらに、雄川一郎も、行訴法7

34) 問題状況の包括的分析として、宮崎良夫『行政訴訟の法理論』（三省堂・1984）1頁以下。

35) 「法の支配」概念と改正行訴法の理論的關係について、中川丈久「行政法から見た日本における『法の支配』」法哲学年報2005（2006）42頁以下。

条の意義につき行訴法の基本構造が将来の学説・判例の展開に期待する開放系であること、無名抗告訴訟につき判例における展開を行政法体系中に包摂可能であること等の解説をしている³⁷⁾。

このような行訴法立案者の言説に対し、行訴法が当時の行政法通説の固定化であったことを批判的にとらえ、行政事件訴訟制度に係る立法的対応それ自体に消極的な議論も展開されてきた。たとえば、兼子仁は、行訴法制定について、立法による「法律規定の整備による権利救済ルートの明確化という観点」は「性質上価値的にニュートラルな技術的法制度についてのみ」異論なく妥当するが、「価値判断のちがいが解釈に影響しうるような法制度」では、権利救済のため法律規定を詳細に整備することが常に良いとはいえず、「現に原理的ないし価値判断上の考え方の分れが存するならば、その多様性と流動性のなかで判例形成を行っていくことが、長期的に見てかえって国民の権利保障に役立つ」とする³⁸⁾。また、原田尚彦は、行訴法改正論につき、「またもや観念的な議論」に陥るおそれがあるとし、「観念論からは往々にして不要な、ときとして有害な規定群が作りだされるだけ」であり、「性急に争訟制度を一定の価値観にもとづいて固定化し、その発展の余地をつみとってしまうのは、権利救済と法治行政の発展にとって、かえってマイナス」であるとの消極的評価を下している³⁹⁾。このような言説の背景としては、無効等確認訴訟の原告適格（36条）、内閣総理大臣の異議（27条）、取消訴訟の主張制限（10条1項）等々の規定に対する直接的批判に加え、とりわけ田中説において、行訴法の規定を拠り所として解釈論が展開されたことへの批判があったことが指摘されるであろう⁴⁰⁾。

36) 田中・前掲注（13）60頁以下。

37) 雄川一郎『行政争訟の理論』（有斐閣・1986）108頁、同151頁、同161頁等。

38) 兼子・前掲注（31）252～253頁。

39) 原田尚彦『行政判例の役割』（弘文堂・1991）42頁以下。

40) 田中の教科書（田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（弘文堂・1974）は、行訴法の規定から、公法私法二元論を説明し（同74頁）、抗告訴訟としての給付訴訟・義務確認訴訟・権限不存在確認訴訟等の原則的否定を導いている（同294頁）。

このような問題状況は、田中・雄川説が、行訴法立案プロセスにおける行政訴訟理論形成という意味での不徹底さを背景に、行訴法につき判例・学説によるオープンスペースを強調する一方、それ以外の行政法学説による田中・雄川説への理論的批判が、田中・雄川を通して行訴法の基盤とされた古典的行政法ドグマティックの批判と重なるという、議論の輻輳から生み出されたものであろう⁴¹⁾。これを克服するためには、一方で、古典的通説を乗り越えるかたちで行訴法の根底を支える新しい公法ドグマティックの構築が必要であろうし、他方で、行訴法につき立法的対応により改正すべき部分と判例・学説の展開に委ねる部分の理論的仕分けをするという作業が必要であろう。塩野によるオープンスペース論は、前者につき「国民の権利利益の実効的救済」という公法ドグマティックを理論的基盤にする試みという評価ができるが、後者の部分については、必ずしも十分な整理がされていないと考えられる。たとえば、行訴法が「開放的抗告訴訟観」に立脚して訴訟類型の垣根を低下させたということを踏まえ、そこから先、訴訟手続法を立法的に整備すべき点と、立法的対応ではなく判例法の蓄積に委ねるべき点の仕分けにつき議論が必要であろう。

筆者は、塩野のオープンスペース論の問題点として、塩野説からは行政事件訴訟という手続・仕組みを利用するユーザーたる国民への配慮が間接的にしか伝わらず、裁判官にとっての「使い勝手」を向上させれば国民も必要な救済が確保されるという言説にとどまっている部分があるのではないかと、という疑問を呈してきた⁴²⁾。この点については、「国民の権利利益の実効的救済」という公法ドグマティックの具体的解釈論への浸透度を高めることにより対応できるであろうが、もう一步具体的論点に落としこむかたちで、行訴法のどの論点につき立法的対応ではなく判例・学説に委ねるべきか、その根拠は何かという議

41) 田中説と雄川説の異同を検討した文献として、小早川光郎「行政庁の第一次的
判断権・覚え書き」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』（有斐閣・2004）
219頁以下。

42) 橋本博之『要説行政訴訟』（弘文堂・2006）7頁。

論が必要ではないか、というのが管見である。

園部逸夫は、つとに、行訴法の解釈運用における「制定法準拠主義」の存在を指摘し、行訴法に係る立法的対応の必要性を説いている⁴³⁾。この「制定法準拠主義」については、塩野も、行訴法改正作業の前提として強く意識していたことがうかがえる⁴⁴⁾。他方、阿部泰隆は、オープンスペース論の対極として、解釈論上疑義のある論点について網羅的な立法的対応が必要なことを強調している⁴⁵⁾。この点については、裁判所が「制定法準拠主義」であるがゆえに、新しい立法的対応をすると、それが今度は柔軟な判例の展開を妨げるという、現状の改善を妨げる循環的議論になるおそれがあるので、やはり上記のような問題状況の整理が不可欠となろう⁴⁶⁾。また、古典的行政法理論に由来する思考枠組みに過度にとらわれるのではなく、個別事案に対応した適切な救済方法を探るといふ解釈論の方向性について、その一部は裁判実務の側から問題提起されていたということにも目を向けるべきであろう⁴⁷⁾。オープンスペース論は、行訴法の改正という課題について、裁判実務の側からの要請を汲み取るといういわば当然の事柄を受け止めたものという側面が指摘できるし、そのことの意味は大きいと考えられる。

43) 園部逸夫『現代行政と行政訴訟』（弘文堂・1987）37頁。他方、園部・同15頁は、「形骸化した行政法理論」への拘泥を批判し、「具体的事件処理のなかから、法と理論の欠陥を補うに足りる新しい解釈理論を生み出す努力が要請される」とする。

44) 塩野・前掲注（28）7頁は、行政事件訴訟の機能不全の原因として、裁判所による「制定法準拠主義」があり、日本の判例法は「制定法に手がかりがないと、そこから一步踏み出して、行政法の法理を展開することをなかなかしない」ことを指摘している。

45) 阿部泰隆「発言」ジュリスト1263号（2004）15頁

46) 塩野・前掲注（28）17頁は、これを「悩ましい問題」とする。

47) 泉徳治「取消訴訟の原告適格・訴えの利益」『新実務民訴講座9』（日本評論社・1983）59頁、司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』（法曹会・2000）3頁・同317頁等を参照。さらに、実務の側から、ドグマチックな問題が新たに提起されているという状況も生じており（たとえば取消訴訟の訴訟物につき、司法研修所・前掲142頁以下）、注目される。

ここまでの考察の締めくくりとして、改正行訴法に係る幾つかの論点について、オープンスペース論と関係付けた、筆者なりの展望を示しておきたい。

まず、訴訟類型論について、抗告訴訟の処分性拡大と当事者訴訟活用論の関係、当事者訴訟としての確認訴訟活用論と抗告訴訟（差止訴訟、無名抗告訴訟としての義務不存在確認訴訟等）の関係といった問題が生じているが、これらは、伝統的学説に見られたように抗告訴訟・取消訴訟の制度本質論からアプローチするのではなく、「権利利益の実効的救済」のドグマティックに基づく訴訟類型の垣根の低下を踏まえた解釈論の展開が期待される。抗告訴訟と当事者訴訟の境界設定は、多くの場合、処分性判定の解釈によって画されることになるが、「処分性が広がる方向での解釈」につき「行政処分性が認められない行為を対象として、確認の訴えを設けて救済しようとする新法の改正方向性と基本的方向性において軌を一にする」という裁判実務家による指摘は、オープンスペース論の観点から正鵠を射ている⁴⁸⁾ ⁴⁹⁾。また、最高裁は、条例制定行為の処分性について、原告の法的地位への直接的影響の有無といった処分性の判断基準につき説示することなく、当該条例が「そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできない」とのみ述べてこれを否定した（最判平成18年7月14日民集60巻6号2369頁）。同判決には、当該紛争につき原審段階から当事者訴訟で争うべきであったというニュアンスをうかがわせる部分もあり、従前見られた処分性の判断基準を正面から用いていないこととあわせ、処分性論の新しい方向性の一端が示唆されているとも考えられる⁵⁰⁾。ただし、当事者訴訟の利用可能性との相関性の中で処分性の有無を解釈する方法

48) 大門匡「改正行政事件訴訟法施行後1年の回顧と今後の課題」法律のひろば2006年5月号7頁。

49) 法的仕組みの柔軟な解釈による処分性の拡大についての筆者の分析については、橋本博之「処分性論のゆくえ」立教法学70号（2006）295頁以下を参照されたい。

50) 最高裁調査官は、本判決による処分性否定の根拠として、①地方公共団体の議会の立法作用に基づく条例制定行為をもって「行政庁」の行為と解することにつき、

については、裁判拒否的な訴訟類型のキャッチボール論に陥らないよう、「権利利益の実効的救済」というドグマティックの裏打ちが必要不可欠であることは言うまでもない。訴訟類型論については、土地区画整理事業計画に係る取消訴訟につき最高裁が大法廷回付を行い、処分性に係る「青写真判決」（最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁）が見直される可能性につき報道されており、その帰趨もまた注目される⁵¹⁾。

原告適格論については、最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁により、取消訴訟の第三者の原告適格につき係争処分に係る根拠法令の処分要件（考慮要素）を手掛かりに原告適格を導き出すという従前からの「解釈技法」を維持しつつ、原告の主張する被侵害利益を個別的利益として括り出すための法的手掛りを柔軟に探るという判例の傾向が示されたものと考えられる。行訴法9条2項は、立法者が裁判所の解釈方法を指示するという、オープンスペース論を強く反映した、やや特異な立法技術が用いられたものであるが、その解釈に当たって、個別事案において原告適格の判断が「硬直的運用」に陥ることを防止し、「権利利益の実効的救済」というドグマティックを反映した、原告の主張する被侵害利益の個別性を判別するための解釈論が重要となると考えられ

文理解釈上難点があること、②違法・不当な条例は当然に無効とされるべきであり、公定力・不可争力を認めることは適当でないこと、③条例の効力を争う場合は、条例の無効を前提とする当事者訴訟・民事訴訟を提起すれば十分な権利救済を図ることが可能であり、条例の効力を争う確認訴訟を抗告訴訟として認める必要性がないこと、の3点を掲げ、条例を処分と実質的に同視することができる例外的な場合にものみ処分性肯定の可能性があることを指摘している。増田稔「時の判例」ジュリスト1335号（2007）116頁。いずれにしても、本判決では、条例制定行為の処分性判定に係る一般的基準は明示されていないが、従前の判例による処分性の判定基準との関係という観点から、今後の判例の動向が注目されるところである。

51) 山田洋「確認訴訟の行方」法律時報77巻3号（2005）48頁以下は、確認訴訟の明示の「最大の意義」として、都市計画等について行政側に新たな訴訟形態の立法による整備を検討しようというインパクトを与える契機となることを指摘する。行政計画の争い方については、個別法令レベルでの立法的対応の動向についても注目されるところである。

る。同項には、処分の相手方以外の者の「法律上の利益」の個別性を切り分けるための根拠法令を拡大するという効果があり、上記判決で東京都環境影響評価条例の定める「関係地域」が原告適格判定の基準とされたのは、その適用例と考えることができよう。

なお、原告適格論について、学説上有力な見方（小早川光郎説）として、判例が「個別保護要件」まで要求することを批判するというものがある⁵²⁾。この点、筆者は、改正行訴法は「個別保護要件」の枠組みを変えようとするものとは必ずしも言えないという見解を示したことがあり⁵³⁾、これは裁判実務家により受け入れられたものの⁵⁴⁾、新設された法9条2項の下で「個別保護要件」は不必要という議論も多数見られるところである⁵⁵⁾。筆者は、そもそも、上記小早川説が判例法を一般的に分析する際に用いている「個別保護要件」という枠組み自体に疑問を有しており、判例法は、通常の場合、処分要件説に基づく被侵害利益の解釈論的性質決定と、その利益の個別性を切り分ける法的根拠の探求を組み合わせて行っていると理解すべきではないか、と考えている⁵⁶⁾。すなわち、小早川の言う「個別保護要件」とは、主婦連ジュース訴訟（最判昭和53年3月14日民集32巻2号211頁）に見られる、主観訴訟・客観訴訟の線引きのためのある種のロジックを説明するものであっても、爾後現在に至る判例法全体に係る分析ツールとしては必ずしも有効ではなく、「保護範囲要件」と「個別保護要件」とを峻別するという思考それ自体が判例と学説のかみ合った議論を妨げているのではないか、というのが筆者の有する疑問である。行訴法9条2項の定める「当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度」という考慮要素について、上記の小早川説をそのまま受容するなら、この

52) まとまった記述として、小早川光郎『行政法講義下Ⅲ』（弘文堂・2007）256頁以下。

53) 橋本博之「原告適格論の課題」民商法雑誌130巻4・5号（2004）38頁。

54) 最高裁判所事務総局行政局『改正行政事件訴訟法執務資料』（法曹会・2005）17頁。

55) まとまったものとして、斎藤浩『行政訴訟の実務と理論』（三省堂・2007）77頁以下。

56) 橋本・前出注（53）32頁

考慮要素が問題になる局面につき小早川の言う「個別保護要件」が外れ得るといふ説明もできようが、これを主観訴訟・客観訴訟の線引き論としてとらえる必要はなく、訴えの主観性を当然の前提としつつ、被侵害利益の個別性を柔軟に判定するための解釈ツールとして位置づけるべきである、というのが管見であった。この意味から、上述の最大判平成17年12月7日について、今後の判例法の展開として注目されるのは、行訴法9条2項のうち、「目的を共通にする関連法令」の部分よりも、「当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質」及び処分が違法であった場合に「害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度」に係る解釈論の部分になるのではなからうか⁵⁷⁾。

最後に、義務付け訴訟については、特に情報公開法・個人情報保護法に係る活用事例から、理論上解決が必要ないくつかの課題が浮き彫りにされつつあるように思われる⁵⁸⁾。そもそも、情報公開法・個人情報保護法は、行政文書の開示や、自己情報の訂正等につき請求権を法定する請求権構造をとっており、これが義務付け訴訟として提起されることは、義務付け訴訟の性質論、訴訟物の幅と深さ、処分理由の差替えや判決の効力論等についての理論的課題を提起しつつあるものと考えられる。より実務的観点からも、義務付け訴訟と取消訴訟等の義務的併合から生じる諸問題、たとえば、違法性判断の基準時（義務付け訴訟は判決時、取消訴訟は処分時とされる）、取消判決をした場合に生じる判決の効力（再度の不開示決定が可能かという問題）等、具体的に解決が必要な問題を生じさせているように思われる。さらに、情報公開・個人情報保護については、行政不服申立てが一定程度機能しているが、行政不服申立てでは通常の処分取消しと同様の覆審的構造により審査する仕組みになっているところ、請求権を

57) この点について、神橋一彦「取消訴訟における原告適格判断の枠組みについて」立教法学71号（2006）1頁以下は、示唆に富む。

58) 情報公開・個人情報保護領域での義務付け訴訟活用事例について、斎藤・前出注（55）283頁。

定めた実定法制度につき義務付け訴訟による解決が定着すると、両者の審査構造につき再検討が必要であるとも考えられる。このように、義務付け訴訟については、塩野説によりオープンスペースとされた部分を埋める作業が早急に必要であると考えられ、今後の議論の動向が注目される場所である⁵⁹⁾ 60)。

-
- 59) 義務付け訴訟に係る筆者の解釈論については、行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』（第一法規・2007）221頁以下（3条6項）、同963頁以下（37条の2）、同991頁以下（37条の3）を参照されたい。情報公開・個人情報保護制度との関係では、筆者自身、内閣府情報公開・個人情報保護審査会委員としての経験を通して多くの実務上の問題点を「体感」しつつあり、他日を期して検討を深めたいと考えている。
- 60) 改正行訴法の解釈論とオープンスペース論の関係については、村田斉志・磯部力・櫻井敬子・神橋一彦「行訴法改正、その後」法学教室321号（2007）60頁以下が、幅広く有益な検討を行っている。