

## 戦後行政訴訟の源流: 兼子一「司法としての行政訴訟」に関するメモ

本ファイルは、法学セミナー612号（「特集：憲法「改正」動向をどう受け止めるか」（2005.12）33-38頁に掲載していただいた拙稿（「行政法との関係—行政訴訟制度をめぐって」）の草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

### はじめに

2004年6月に成立した「行政事件訴訟法の一部を改正する法律」<sup>1</sup>は、行訴法制定以来実に42年ぶりの初めての実質的な改正であった。「機能不全に陥って久しい」という評<sup>2</sup>が一般的ですらあった行政事件訴訟の実情を踏まえた上で、「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」ことがその目的として掲げられている<sup>3</sup>。

「行政訴訟の機能不全」に対しては、少なからぬ憲法学者・行政法学者が、憲法上の要請に照らして一特に32条の「裁判を受ける権利」の観点から一問題視してきた<sup>4</sup>ところである。今回の改正法にもそれら議論の積み重ねは当然反映されているが、改正法の条文にも、審議に当たった司法制度改革本部行政訴訟検討会の種々の文書にも、憲法の個別の条文・特定の原則との関連が明示されているわけではない。

現在進行中の憲法改正論議においても、行政訴訟一般については一定の議論がなされたが、具体的な憲法条文の改正が必要という意見—行政裁判所の設置ないし特別裁判所禁止(76条2項)の見直し—はごく散発的に述べられることこそあれ、現実的な動向として浮上することは無かった<sup>5</sup>といえよう。現在、行政訴訟制度に関する限り、具体的な憲法改正の直接的な影響を想定すべき切実な必要はない。そこで本稿は、憲法改正一般が行政訴訟を含む司法制度にどのような影響をもたらすのかについて示唆を得る目的で、考察を「一つ前」の憲法改正にずらすことにする。「新憲法」<sup>6</sup>の誕生は、戦後行政訴訟の制度と理論にいかなる影響を与えたのか、その「出発点」に立つ

\*文献引用において、仮名遣いは原文のまま、漢字は新字体とする。

<sup>1</sup> 2005年4月1日より施行。

<sup>2</sup> 日本弁護士連合会「行政訴訟制度の抜本的改革に関する提言—「行政訴訟法(案)」の提案」(2003年3月13日、[http://www.nichibenren.or.jp/jp/katsudo/sytyou/iken/03/2003\\_18.html](http://www.nichibenren.or.jp/jp/katsudo/sytyou/iken/03/2003_18.html))

<sup>3</sup> 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(2004年1月6日、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/gyouseisosyousiryoushou/040106kangaekata.html>)

<sup>4</sup> 比較的近年の業績については、曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト1219号60頁註(1)掲記の諸文献を参照。時間的には遡るが、もっとも厳しい原理的批判として、松井茂記(『裁判を受ける権利』(日本評論社(1993)174-190頁)棟居快行(『基本権訴訟』の可否『人権論の新構成』(1992年)285-315頁)があげられる。

<sup>5</sup> 自民党政務調査会憲法改正プロジェクトチーム「論点整理」(2004年6月10日)においては、特別裁判所について「引き続き議論を継続」としているが、2005年4月4日の自民党新憲法起草委員会では、改正行訴法成立も踏まえ、「行政訴訟については、憲法事項とせず、法律事項とする」ことが確認されている。

<sup>6</sup> この言葉が持ちうる輝かしい意味合いについて参照、古関彰一『新憲法の誕生』(中公文庫、1995年)14頁。ちなみに自由民主党の憲法改正第一次案も「新憲法」という言葉を用いているが、その意味あいとは定かではない。

て、行訴法 2004 年改正を経験した「現在地点」を改めて展望することが、本稿の課題となろう。「出発点」として選択するのは、行政法学者田中二郎とともに、戦後行政訴訟制度の創設と形成に大きい影響を与えた民事訴訟法学者兼子一の所説(「田中＝兼子理論」<sup>7)</sup>)である。一言で言えばそれは、「司法としての行政訴訟」と表現することができよう。

## I 歴史的的前提—行政国家制から司法国家制へ

(a)まず、歴史的前提を確認しよう。戦前の行政裁判制度は、東京に一つだけ設置された一審にして最終審の行政裁判所によって担われていた。「不磨の大典」としての大日本帝国憲法(1889年)61条は「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷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」と定め、司法裁判所ではなく行政裁判所による訴訟(「行政国家制」)を予定する。このもとで、行政裁判法、法律第106号および訴願法(いずれも1890年)が制定され、列挙主義と訴願前置主義を基本とする行政訴訟制度が形作られたのである<sup>8</sup>。

これに対して、日本国憲法(1946年)は、76条①項・②項により、最高裁判所を頂点とする一元的な司法裁判所の系統による裁判制度を予定し、さらにこれら裁判所には、行政訴訟を扱う権限と違憲審査権(81条)とが与えられている(このことを指して「司法国家制」と呼ぶことがある)。

(b)「行政国家制から司法国家制」へのこのような転換を規定したのは、言うまでも無く新憲法の制定であるが、実は、行政裁判所の廃止という点に限って言えば、連合軍総司令部(GHQ)による憲法草案の提示を待つまでもなく、敗戦直後の法制改革論議において、その方向が既に大勢となっていたのである。高柳信一<sup>9</sup>に従ってこの点を見れば、①敗戦後最初期に司法省事務局が作成した「司法制度改正ノ要点」において既に大審院による「行政裁判所ノ権限ノ接収」があげられていた<sup>10</sup>。当時の公法理論において、行政国家制は三権分立原理や公法私法の区別にそれなりの根拠を有しているとされていたにもかかわらず、である<sup>11</sup>。②松本烝治を委員長とする憲法問題調査委員会における審議においても、行政裁判所廃止を前提とした試案に対して種々討議が行われたが、結局「……現在ノ機構ノ行政裁判所ニ依リ事ヲ行ハントスルハ百年河清ヲ待ツニ等シク、百害アツテ一利ガナイ。…憲法ニ別ニ規定ヲ設ケル必要ハナイトイフコトニ落着シタ」(第4回総会(1945年11月24日)議事録)<sup>12</sup>とされる。「百年河清ヲ待ツ」という言葉に典型的に示されているように、

<sup>7</sup> 小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(東大出版会、1983)246頁。

<sup>8</sup> 簡略なまとめとして、塩野宏『行政法Ⅱ(第4版)』(有斐閣、2005)\*\*頁

<sup>9</sup> 高柳3部作(①「行政訴訟法制の改革」東大社研編『戦後改革4』(東大出版会、1975)291-358頁、②「行政国家制から司法国家制へ」田中古稀『公法の理論下Ⅱ』(有斐閣、1977)2193-2348頁、③「戦後初期の行政訴訟法政改革論」社会科学研究(東京大学)31巻1号1-36頁(1979)、以下高柳①-③として引用)は、必読の業績である。

<sup>10</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過』(1959年)第三分冊1頁(日本立法資料全集別巻93(1997、信山社))、高柳②・2195頁。

<sup>11</sup> 高柳②・2196頁

<sup>12</sup> 日本立法資料全集71日本国憲法制定資料全集(1)(1997、信山社)350頁。参照、高柳②・2196-2197頁、③・

明治憲法下において行政裁判所法制の不備がいくどとなく指摘されていたにもかかわらず、実質的の法改正がいちどもなされなかったため、行政裁判所は「わが国の当時の指導法曹によって見限られて」しまっていた<sup>13</sup>。新憲法を待つまでも無く、司法国家制へのルールは既に敷かれていたのである。但し、ごく少数ではあるが、行政裁判所存置論も存在した<sup>14</sup>。

(c)周知のように憲法問題調査委員会の「憲法改正要綱」は GHQ に提出されたものの、その微温的内容から全面拒否され、代わりに GHQ 草案を手渡されることとなる。事態は新憲法 76 条・81 条による明確な司法国家制の確立へと進む。その下で、臨時法制調査会・司法法制審議会のもとで、民事訴訟法の特例を定めるものとしての行政事件訴訟法制が数次にわたって起案されるが、GHQ 側との折衝が難航し、結局憲法施行には間に合わない。そのため、日本国憲法の下における行政訴訟は、出訴期間についてのみ民事訴訟法の特例を設ける「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」のみの規律を受ける形で出発することになる。

当初 GHQ は、裁判管轄や裁判官の資格要件について特則を設けようとする日本側の提案に対して、「行政事件の特殊性を強調することについて警戒的であり、行政事件も、一般民事訴訟法によって処理できるし、原則としてそれによって処理すべきであるという態度」<sup>15</sup>を前提として「しばらく様子を見て」いたようである。しかし、いわゆる平野事件によって状況は一変する。公職追放の覚書該当者として内閣総理大臣による指定を受けた平野力三衆議院議員が、東京地裁に同指定の効力停止の仮処分を申請し、これが認められた(東京地決 1948 年 2 月 2 日行裁月報 2 号 83 頁)というものである<sup>16</sup>。結局、この事件は最高司令官の口頭指令という超憲法的占領管理権力の発動によって一応の決着を見るのだが、事件に衝撃を受けた GHQ は、一転して法制定を急ぐ。その結果、1948 年の行政事件訴訟特例法に加えらるることになったのが、(1)以前より総司令部が要望していた訴願前置主義および(2)平野事件をきっかけに盛り込まれた、執行停止に対する内閣総理大臣の異議の制度である。

GHQ にしてみれば、「諸般の日本民主化政策を、主として、自己の操縦のきく行政府を通じて行わしめる」ことが望ましく、公職追放のような政府の重大な政策が裁判所により阻止されることは肯じえなかったのであろう<sup>17</sup>。「当時の GHQ のリーガル・セクションにいた係官たちは、いわゆるニューディーラーによって占められていた。だからこそ彼らは、18-9 世紀的な司法権優位が、20 世紀の行政権強化の時代にはいかに進歩の阻害要因となるかを十分知っていたはずである。……彼らニューディーラーにとっては、司法権の優位を強調しすぎる日本側の折衝原案は、あたかもニューディ

---

9-11 頁

<sup>13</sup> 高柳②2212-2221 頁。

<sup>14</sup> 上記憲法問題調査委員会に提出された野村淳治

(<http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/02/051/051tx.html>)、遠藤源六の意見書など。首相公選論、土地等の国有化、銀行業等の国営化等大胆な社会改革の内容を含む野村意見書が、一見時代錯誤的な行政裁判所存置論を説くのは興味深い。また、遠藤意見書は、行政裁判所の職権主義的運用の有意義性を強調する点が注目される。

<sup>15</sup> 高柳①・332 頁、339-340 頁

<sup>16</sup> 参照、宮崎良夫「平野事件」ジュリスト 900 号 34 頁

<sup>17</sup> 高柳①・341 頁、344 頁

ールの最大の妨害者であった連邦最高裁判所の考え方と軌を一にするものであり、その限りにおいて日本の民主化と相いれないアナクロニズムとみなされたのではなかったろうか<sup>18</sup>という指摘もある。

## II 「司法権」の「理論的」概念構成

さて、兼子一である。行政国家制から司法国家制への実定法制の大転換の時期に彼は、「司法としての行政訴訟」のイメージを定着させることになる一連の論考<sup>19</sup>を執筆する。

(a)まず注目しなければならないのは、「司法権」の概念規定である。そこには旧憲法と新憲法の間の本格的転換がある。旧憲法下において行政と司法とは「分野を異にする縦の区分」だった。即ち、「歴史的事情」に基いて、私人間の紛争の解決のための民事裁判と、ある個人に対する刑罰権を確定するための刑事裁判を行う作用のみが司法権であって、それ以外は行政権に属せしめられた。これに対して新憲法では、「横の性質的な区分」<sup>20</sup>に転換している(兼子③17、④75)とされる。「国家作用の性質」としての「理論上」の区別から、立法・行政・司法の区別と役割分担が導かれる(兼子④、74)のである。

(b)さて、1936年の「司法作用の概念」<sup>21</sup>において宮沢俊義は、司法作用について、まず「形式的意味における概念」(＝司法裁判所の権限に属する事項)と「実質的意味における概念」を区別していた。後者はさらに、(ア)「歴史的な概念構成」と(イ)「理論的な概念構成」とに区別される。(ア)は「司法作用はその性質上行政作用の一部をなすものであるが、特殊な歴史的事情に基づいて特に他の部分から区別せられ、司法裁判所の権限に属せしめるに適するものと考えられるようになっただけのこと」と考える。対して(イ)は、「司法作用にはその実質において行政作用と異なった法律的性格がある」と考える。たとえば、それは実在の事件について法を宣言する作用であるという風に説く。ここでは通常行政訴訟事項とせられているものも実質的意味の司法作用に含ませられるのが普通である」とされる。(イ)の例としてボナールの見解を取り上げて批判し、宮沢はその不可能性を説くのである<sup>22</sup>。

<sup>18</sup>佐藤竺「行政事件訴訟特例法の立法過程」鶴飼信成編『行政手続の研究』(有信堂、1961)265頁

<sup>19</sup> 兼子一①「司法制度」国家学会編『新憲法の研究』(1947)229-243頁(初出:国家60巻12号(1946))、②『新憲法と司法』(憲法普及会編、国立書院、1948)③「行政事件の特質」法律タイムズ2巻7号16-19頁(1948)④「新行政訴訟の基礎理論」『民事法研究』(1950、酒井書店)69-80頁(初出:自治研究24巻12号(1948))(以下兼子①-④として引用)

<sup>20</sup> ここでいわれている「縦の区別」と「横の区別」は、高橋和之がいうところの司法作用の「性質」からの「対象」からの把握の区別(高橋「司法の観念」講座憲法学6,14-40頁(19頁))、土井真一がいうところの「対象志向型」と「形式志向型」概念構成の対比(土井「法の支配と司法権—自由と自立的秩序形成のトポス」佐藤幸治/初宿正典/大石真編『憲法50年の展望Ⅱ』(有斐閣、1998)79-141頁(89頁))と重なり合う。

<sup>21</sup> 『憲法と裁判』(1967年、有斐閣)27-42頁。初出は警察研究7巻1号(1936年)。参照、佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988)17頁以下。

<sup>22</sup> 宮沢・前註(21)、30-31頁

兼子の「司法権」の概念構成は、まさに宮沢が退ける②の「理論的構成」に他ならない。それでは宮沢はなぜ、それを退けるのか。ボナールの理論の個別の構成要素—「争訟状態」「提訴」「司法行為」—に対する批判もあるが、ここでは重要ではない。もう一つの批判の論拠は、国家作用の所管に関する宮沢の次のような見解である。

「いかにも機関的ならびに形式的に国家作用を分立させるためには、どのような内容の国家作用を機関的または形式的意味における司法作用に属せしめるかを定めることが必要である。そしてそのためには可能なる各種の国家作用をその内容にもとづいて分類することが必要である。しかし、その場合の分類はひとえに立法政策的見地からなさるべきである。そして立法政策を指導するものはつねに実際の必要であり、合目的性である。決して『理論』や『科学』ではない」<sup>23</sup>

宮沢憲法学に特徴的である「理論学説」と「解釈学説」の区別<sup>24</sup>については改めて述べるまでもないだろう。むしろ付け加えるべきは、第一に、当時の宮沢にとって、解釈学説として司法権概念を実質的・理論的に構成することは、およそ無意味だったと思われることである。不磨の大典たる明治憲法 61 条が明文で行政裁判所による裁判を予定している以上、司法権の実質的概念をいかに構成したところで、少なくとも行政訴訟の所管に関する限り、それが解釈論的意義を持つことはないのである<sup>25</sup>。

第二に、この議論は、実践的提言の局面における宮沢の「プラグマティックな比較衡量論的な発想」<sup>26</sup>と共存している。同年に執筆された『行政争訟法』<sup>27</sup>において彼は、上記の歴史的な概念構成を前提とした上で、行政訴訟制度の二つの「型」を抽出する。「すべての訴訟は司法裁判所の管轄に属すべきものとする主義をとり、行政事項を内容とする訴訟(実質的意味の行政訴訟)をも司法裁判所の管轄に属せしめる」「司法型」と、「行政事項を内容とする訴訟を審理・裁断するために司法裁判所とは別な・それから独立な裁判所(すなはち、行政裁判所)を設け、それに実質的意味の行政訴訟を管轄せしめる」「行政型」である。両者の相違を分析した上で、「もし、その点に関するなんらの伝統がそこにないと仮定するならば、行政型よりも司法型のはうがよ(ママ。「り」の誤植か)多く合目的的であらう。しかし、司法型においても、行政事項の審理にあつてはその事項の本質に適合するやうな・通常の民事訴訟あるひは刑事訴訟手続とは違つた手続によるべきことは勿論であるし、また、その審理にあたる裁判官は一般の法律的知識ならびに経験に加ふるに十分な行政上の知識ならびに経験を具へた者でなくてはならぬこともいふまでもない。この意味において、実際の制度としては、司法裁判所の内部に民事部及び刑事部と並んで行政部(あるひは公法部)を設け、そこで行政事項の訴訟を審理せしむる…ことにするのが比較的合目的的であらう」と分析をしめくくる。ある国の実定法制が採用している「型」は所与とした上で、その内部におけるプラグマ

<sup>23</sup> 宮沢・前註(21)、41 頁

<sup>24</sup> 高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』(有斐閣、2000)7-52 頁。さらに参照、樋口陽一/栗城壽夫『憲法と裁判』(法律文化社、1988)7-10 頁

<sup>25</sup> 参照、中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察」(塩野古稀『行政法の発展と変革上』(有斐閣、2001、350 頁

<sup>26</sup> 高柳③、24-25 頁

<sup>27</sup> 宮沢『行政争訟法』(日本評論社、1936 年)98 頁、102-103 頁

ティックな改善について、「合目的」な解釈論的提言が行われているのである。

(c) このように見てくれば、兼子の「理論的」概念構成の意義がひとまず明らかになる。論者は、司法の「国家作用の性質」を理論的に抽象化した上で、新憲法が「民主法治国の体制を採用し、行政事件の司法化を認めた」ことを強調する。その根拠は「憲法全体が英米的な観念を基礎にしてできていること、旧憲法第61条のような行政裁判についての特例を規定していないこと、第81条が裁判所が行政処分<sup>28</sup>の違憲性を決定できることとしていること等」(兼子④、76-77頁)である。かかる議論によって兼子は、新憲法が司法権概念に加えた変化が、単に行政訴訟を担当するという一つの権限の付加ではなく、「民主法治国」という国家体制選択<sup>28</sup>、そして「行政型」から「司法型」へという「型」の変革を伴う根本的なものであったことを強調しているのである。

行政訴訟も含む「一切の法律上の争訟」(裁判所法3条)が「司法権」に含まれることも、この「理論的」構成によって基礎づけられる。「従来司法の範囲が限定されていたのは、前述のように専制国家及び初期の立憲国家体制からの沿革によるものであって、理論上から云えば、凡そ憲法法律その他の国家規範を、具体的事件に適用する作用が司法なはずであって、その公法であると私法であることによって差別はないし、また官庁の権力もこの国家規範に基いて始めて(ママ)存するものであり、官庁もこれに拘束される点では、一般人と異なるところはないから、官庁の権力行使であっても、その適法違法は司法権による判定から免れる理由はない(下線は引用者)」(兼子②、45頁)。いわば逆転の発想である。包括的行政権から出発して歴史的に民事事件・刑事事件について裁判所に権能が付与されていったという「歴史的理解」ではなく、本来「理論的」に司法権が権限を有しているはずの事柄に対して、歴史的沿革から限定が付されていると考えられるのである。

このことは、日本国憲法の下で、「司法権」概念を伝統的な民事及び刑事のそれに限定し、行政訴訟を法律の特別の規定によって裁判所に与えられた権限とみなした美濃部達吉<sup>29</sup>と対照的である。美濃部における司法は、「民事及び刑事の目的の為にする作用」と定義される。ここで民事は「私人相互の間の法に関する作用」、刑事は「法規の下に於いて犯罪者に対し刑罰を科するが為にする国家の一切の作用」である。両者は「目的」によって区別されると美濃部は言うのだが、これは兼子の用語で言えば「縦の区分」、高橋や土井の用語<sup>30</sup>によれば「対象」による区別ということになるだろう。司法と行政との間に「行為の性質上の区別あり」とする学説を、美濃部は明示的に退ける。そして、旧憲法の下で司法権は民事及び刑事の裁判を意味するものと一般に理解されていたのであり、日本国憲法は特段の新規の定義規定を置いていないため、従来と同じ意味に解するべきだとされる<sup>31</sup>。一言で言えば、美濃部は対象志向的—歴史的な定義を採用していることになる。

<sup>28</sup> アメリカなどの成文憲法による自由保障を伴う体制であり、イギリスなどの「端的な民主制」と対比される。参照、渡辺治『日本国憲法「改正」史』(日本評論社、1987)168頁。

<sup>29</sup> 美濃部の場合、裁判所法に定める「一切の法律上の争訟」には行政訴訟が含まれるが、この定めは憲法の要請ではなく、「憲法以外に新たに法律によってさだめられたもの」なのである。

<sup>30</sup> 参照、前註(23)

<sup>31</sup> 美濃部『日本国憲法原論』(1948年)449-455頁、「新憲法に於ける行政と司法」法律時報20巻4号3頁(1948年)。なお美濃部は、行政裁判所廃止自体には賛成していた(参照、高柳③・26-28頁)。最晩年の美濃部の諸論文における「司法権」観のズレについて、村上裕章「憲法と行政訴訟」北大法学論集46巻1号742頁註(2)。

### III 「判断」と「意欲」

上で見たように、兼子は「国家作用の性質」によって司法を定義しようとする。それではその「性質」とはどのようなものか。

*「行政も司法も共に立法によって拘束されるものであるけれども、行政はあくまで公共の目的や政府の政策を実現するための意思活動であって、その結果を積極的に意欲するものである。……これに反し、司法は具体的事件に対して、法を適用して、適法違法や権利関係を確定する冷静な判断作用であって、最初から結果を意欲するものではない」(兼子④・74、兼子③・17)*

行政＝意欲、司法＝判断という二元論をとることによって、論者は、司法権の独立と固有の作用領域の確保を試みる。(1)法治の要求は法の遵守適用が确实統一的に行われなければ貫徹できないこと(2)裁判官は「法の活きた口として、法による具体的判断を伝える法の機関である」ことから、「その法規が公法であるか私法であるか、又事件が私人間の紛争であるか、国家機関である官庁の人民に対する権力行使の関係であるかについて区別すべき理由はない」と論ずるのである(兼子④・75、②・51、③・17)。かくして兼子は、行政訴訟を含む「一切の法律上の争訟」を裁判する権能を司法権に確保することを、理論的に正当化した。

しかし、司法＝判断というテーゼは、裁判所の権能に重大な制約をもたらす。司法権は「ただ、行政処分の適法違法又は公法上の権利関係を確定する判断をするだけ」なのだから、従来の行政裁判所が「行政権の系列内にある一種の行政官庁として」行っていた行政処分の取消・変更等ではできないことになる。行政事件訴訟特例法にいう処分の「取消」は、「司法権による違法の確定に伴って、これ以前に解除条件的に発生した行政処分の自力執行性の消滅」であるし、「変更」は原処分の一部の違法確定だとされる(兼子④・78-79、兼子③・18)。

そして、裁判所が行政処分を違法と判断したとき、前述の意味の「取消」は可能でも、「自ら許可を与えたり或は許可すべしとの命令をすることもできない」というのが兼子の結論である(兼子④・79)。2004年改正に至るまで行政訴訟実務を支配した義務付け訴訟原則否定論の原型が、ここに確立する。そして、執行停止・仮処分も司法権の本来の作用ではない。行訴特例法が認める処分の執行停止とは「特に行政権でなければもてない権限を裁判所に与えたものなのである」。前述の平野事件をきっかけに導入された執行停止に対する内閣総理大臣の異議の制度も、この論理によって正当化される(兼子④・79)。兼子がそれを積極的に「意欲」したかどうかは不明であるが、それは彼の司法権「理論」の帰結であった。(本節全体につき、高柳②・2312-2321)

#### むすびにかえて

以上見てきたように、司法権の「理論的」な概念構成は、憲法の個別規定を超えて、包括的な司法の作用領域を確保することに成功した。しかし、義務付け訴訟否定論や仮の救済の位置づけに現われているように、同じ「理論」が一兼子本人にとってとはもかく一その後の世代にとっては長く足かせになる。義務付け訴訟の法定、仮の救済の充実などの2004年行訴法改正によって、ようやくある程度の脱出が可能になったということもできよう。

おそらくはいかなる制度改革論議においてもそうであろうが、「固い」理論的ドグマティックを構成すべき局面と、「柔軟な」プラグマティックな改善を志向すべき局面とがあるのではないか。兼子の「理論」には疑いなく歴史的意味があった。しかし、行政訴訟制度のさらなる改善によって国民の権利利益の「実効的救済」を実現すべき我々にとって、例えば訴訟類型ドグマティックを「固く」構成することの功罪については、議論の余地があろう。行政訴訟の機能不全を憲法改正で打開しようという試みもまた一実際にもほとんど行われていないが一成功の見込みは低い。「つくられた制度の硬直的運用に傾きがちであった」<sup>32</sup>従来の司法権のあり方の反省の上に立って、プラグマティックな工夫を積み重ねていくことが現段階ではむしろ重要なのではないか<sup>3334</sup>。

---

<sup>32</sup> 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 卷 3 号 14-15 頁

<sup>33</sup> ただし、訴訟制度のユーザーとしての市民が、結果として十分な実効的救済を得られているかどうかについては、裁判を受ける権利(憲法 32 条)を強調する「固い」議論の重要性がむしろ高まるかもしれない。

<sup>34</sup> 本稿は本来、兼子『司法としての行政訴訟』の他の側面—「訴訟当事者」「行政と市民の『対等性』」—に焦点をあてた分析も企図していたが、筆者の責めによる紙数超過により果たせなかった。別稿を予定する次第である。