

# 現代の行政訴訟

松 尾 直

## I はしがき

現代の行政訴訟は、「憲法現実としての行政国家<sup>1)</sup>」とされる現代各国における行政の肥大化および積極行政の拡大化に伴うものとしてまた人権保障を目指す行政救済の拡充に対応すべきものとして、その重要性が注目されるべきものであろう。すでに、行政訴訟については、「近代行政裁判制度の母国はフランスであると言われているが、そこでは行政裁判の範囲も広く、大まかに言えば行政の行う私的活動を除き、公行政に関する訴訟は原則としてすべて行政裁判所の管轄する行政訴訟とされているのである。従って、国家賠償の訴訟も、いわゆる行政契約に関する訴訟もそこでは行政訴訟として扱われている。<sup>2)</sup>」といわれる。すなわち、フランスでは、行政作用がなされるばあいには生ずる行政訴訟が広範囲にわたるものとみられ、「行政裁判所と行政訴訟<sup>3)</sup>」として「現在は、フランスにおいて司法裁判所より完全に独立

---

注1) 手島 孝「行政国家の憲法問題」、『公法研究第三十六号』日本公法学会, 1974年, 1頁。なお、憲法問題において用いられる行政国家の概念は、行政訴訟に関して用いられる行政国家の概念と異なっていることを、指摘しておきたい。雄川一郎『行政争訟の理論 雄川一郎論文集第2巻』有斐閣, 1986年, 147-148頁。「日本国憲法は、行政訴訟について根本的な変革を加えた。行政裁判制度を廃止し、行政事件もまた司法裁判所の管轄するところとし、これに伴ない、行政訴訟事項限定の問題も消滅し、およそ『法律上の争訟』に関する限り、すべて裁判所に出訴し得ることとなったのである。これは、よく言われているように、ヨーロッパ大陸型の『行政国家』から、英米的な『司法国家』ないし『法の支配』の体制への転換とされているものである。」

2) 雄川一郎, 同上書, 143頁。

3) Gustave Peiser, *droit administratif*, Dalloz, 1981, p. 130.

した行政裁判所の系統が存在する。<sup>4)</sup>」とされている。

フランスにおける行政訴訟 (contentieux administratif) は、一九世紀にコンセリュ・デタを中心とした行政裁判の下に進展し、<sup>5)</sup> 公土木 (travaux publics) の無過失責任を判例上において認容して以来、フランス行政法を確固たるものとしたことが知られる。また、越権訴訟 (recours pour excès de pouvoir)<sup>6)</sup> といわれる違法な行政作用の取消についての審判が採用されたし、その後二〇世紀にいたり完全審理訴訟 (contentieux de pleine juridiction)<sup>7)</sup> における権利回復のための金銭支払の審判へと展開したのである。とくに、フランスにおける行政裁判の現状について、「訴権の濫用は避けられねばならないとしても、訴の利益の概念はつねに拡大すべきであり、逆に不受理事由はつねに縮小されるべきである<sup>8)</sup>」との主張が示されていることは、訴の利益をみるうえで人権保障につき消極的司法が指摘されるわが国の行政訴訟にも考えられるべきことであろう。また、これらのことは、「フランスでは、コンセリュ・デタ (Conseil d'Etat) が専門的な行政監督機関なる立場を活かして行政作用のコントロールを活発に展開し、その積極的な判例形成によって国民の救済を推し進めてきた。<sup>9)</sup>」とされることから認められるであろう。

行政訴訟について、「ごく一般的にいえば、行政庁の公権力の行使に対する国民からの不服や、その他行政法規の解釈適用をめぐる紛争について、当

---

4) *ibid.*

5) 雄川一郎、前掲、7頁。

6) Charles Debbasch, *Institutions et droit administratifs 2 - L'action et le contrôle de l'administration*, Presses Universitaires de France, 1976, p. 486.

7) Jean-François Lachaume, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, 1980, p. 327.

8) 磯部 力「フランス行政裁判制度の現状」、『ジュリスト 五二七号 行政事件訴訟法の一〇年』有斐閣, 1973年3月1日, 95頁。

9) 原田尚彦「行政訴訟総説」、『現代行政法大系 第4巻 行政争訟 I』有斐閣, 105頁。

事者からの訴えに基づき、裁判所が審理判断する裁判手続のことである。<sup>10)</sup>とされ、わが国では、行政訴訟の意義についてフランスにおける行政訴訟よりも狭義に解されているものとみられる。また、第二次大戦前の旧憲法下のわが国では、一般に行政訴訟といわれてきたが、第二次大戦後の日本国憲法下になってから行政事件訴訟特例法さらに行政事件訴訟法が定められた経過により、行政事件訴訟と広くいわれるようになってきたようである。

フランスにおける行政訴訟は、広い範囲におよぶ行政裁判により展開されてきたものであり、その理論的根拠について「権力分立の原理を、国家作用の機能の論理的な性格に基く権力の分配と見ずに、むしろ政治的に解し、行政権と司法権の対立、相互の不信を前提として、この両者の厳格な分離というよりも、むしろ行政権の司法権からの独立を強調するのであって、この見地から、行政上の争訟も、これを司法権によって審判せしめることは、司法権の行政権に対する干渉であると考え、これを行政権自らの手に留保せしめる建前をとるに至る。<sup>11)</sup>」と、フランス型権力分立主義が示されている。つまり、フランスでは、権力分立主義の下で、行政権の独立に対する司法権からの干渉を除外するための制度として、行政裁判所における行政訴訟が根拠づけられたものとみられるのである。

そこで、権力分立の原則と行政裁判との関係については、「行政訴訟の裁判に対して、この原則はどのように適用されるのであろうか。『裁判する』(juger)ということに注目すれば、司法権に行政訴訟を委ねるべきだということにもなりうる。執行府(l'exécutif)を裁判するということに着目すれば、司法権が、裁判を行いつつ、執行府の作用に干渉するにいたる危険があるという限りにおいて、行政訴訟をその権限から除外すべきだということにもなりうる。」とされる。すなわち、フランスのばあいは、これらのうち

---

10) 同上書、103頁。

11) 雄川一郎『行政争訟法 法律学全集 9』有斐閣、1957年、24頁。

12) J. リヴェロ著、兼子 仁・磯部 力・小早川光郎編訳『フランス行政法』東京大学出版会、1982年、144-145頁。

後者つまり司法権から行政訴訟を除外すべきであるとするものである。また、その政治的背景としては、「大革命にかかわった人びとは、司法部が、新たな行政機構に対して、パルルマンの干渉と抵抗の伝統を引き継ぐことを恐れた。そこで彼らは、権力分立の原則から、司法権が行政のかかわる争訟について裁判することの禁止を導き出す。ついで共和暦8年の体制は、君主制の伝統のなかから、専門化された機関によるこれらの争訟の裁判という積極面を借用することによって、行政裁判のシステムを完成するのである。<sup>13)</sup>」とされる。また、「革命期に成立した行政・司法の分離は、権力分立主義という理論的表現をとってはいたが、その実質は、歴史的・政治的な沿革を背景として、司法権に対する強い不信の念に由来するものであった。<sup>14)</sup>」とされており、フランスにおける行政訴訟の歴史的・政治的な根拠がうかがわれる。このようにしてフランスにおける行政訴訟は、司法裁判所より独立したところのconseil・d'Etatを中心とする行政裁判所に属しており、行政裁判所における行政事件の種類も広範囲にわたることが示されている。<sup>15)</sup>

一方、ドイツにおいては、フランスと同様に行政訴訟についてみるならば、司法裁判所とは別に行政裁判所によって審判がなされ、わが国における旧憲法下の行政訴訟へ与えた影響が認められるところである。すなわち、ドイツでは、フランスの行政裁判の方式より影響を受けて、一八七五年の行政裁判所の組織と行政訴訟手続に関する法律を定めたのである。しかし、一九世紀におけるドイツでは、行政訴訟の訴訟事項が列記主義により制限されていたので、国民の権利保障につき当時のフランスよりも不十分な部分がうかがわれるようにみられる。そこで、ドイツにおける行政訴訟がフランスのばあいよりも限定されていたことについて、「ドイツでは、行政裁判の制度は成立したけれども、公行政に関して生起する訴訟がすべて行政訴訟とされている

13) 注12)の同書、145頁。

14) 雄川一郎「行政法と行政裁判権——公役務理論の登場——」、『別冊ジュリスト 25 フランス判例百選』有斐閣、1969年12月26日、44頁。

15) 兼子 仁『現代フランス行政法 法学研究双書』有斐閣、1970年、66-67頁。

わけではない。即ち、ドイツにおいては、伝統的に、行政の公権力活動を中心として公法の概念が構成され、行政活動であっても経済的・財産的な分野は、おおむね私法の支配するところとされて来た。従って、行政裁判所の管轄する事件も、そのような意味での公法上の事件に限られて来たのである。<sup>16)</sup>」とされている。なお、第二次大戦後における西ドイツでは、従来の行政裁判制度が大きく改革されることとなり、一九五二年の行政裁判所法を経て、一九六〇年の裁判所法が定められた。そこで、裁判所法により、行政訴訟の類型と手続は、整備されて国民の人権保障が充実化してきたものとみられる。これらにより、行政訴訟は、フランスおよびドイツといった大陸法系諸国が、司法裁判所とは別に行政裁判所により展開してきたのである。

一方、イギリス、アメリカなどの英米法系諸国についてであるが、イギリスでは、一九世紀にダイシーが「法の前の平等、つまり通常の司法裁判所の運用する国の通常法にすべての階層がひとしく服することを意味する。この意味での『法の支配』は、公務員またはその他の者が、他の市民を規律する法に服従する義務や、通常の裁判所の管轄権に服することを免れるという考え方を排除する。われわれにあっては、フランスの『行政法』または『行政裁判所』に真に対応するものが存在しえない。<sup>17)</sup>」としたことが知られる。イギリスでは、フランスをはじめとする大陸法系諸国におけるような行政裁判所が設けられなかったのであるが、これに関して、「英米法系の国家では民主主義が深く根をおろし、行政権をつかさどる官吏といえども私人と等しくコモン・ローに服すべきであるという『法の支配』の伝統があって、官吏の違法な行為によって私人が損害を受けた場合であっても、官吏の特権は認められず、その責任が通常（司法）裁判所で一般の民事訴訟の手続に従い追及されるのが当然と考えられてきた。<sup>18)</sup>」とされる。そこで、英米法系諸国

---

16) 雄川一郎『行政争訟の理論』143頁。

17) A. V. ダイシー著、伊藤正己・田島裕訳『憲法序説 社会科学古典選書』学陽書房、1983年、191頁。

18) 原田尚彦、前掲書、104頁。

では、行政訴訟に関しても裁判制度のうえで通常の司法裁判所の管轄に属し、行政裁判所が設けられなかったのである。なお、イギリスでは、二〇世紀にいたり行政審判所が設置されることとなり、行政にかかわる諸問題の審判がなされるようになった。また、アメリカについては、「アメリカの行政機関が有する最も重要な権限のうちに、司法的な権限がある。このような権限は、若干の一般行政部省ならびに州際通商委員会のような独立行政機関が有しているものである。ところで近年の傾向は、裁判権を独立の行政機関に委ねる方向をたどってきた。<sup>19)</sup>」といわれ、独立行政委員会による審判が重要な役割を果しているものとみられる。これらにより、英米法系諸国については、「ヨーロッパ大陸に生じた行政裁判とは異質の制度であると言わなければならぬ。<sup>20)</sup>」とされており、第二次大戦後の日本国憲法下におけるわが国の行政訴訟に対する影響を検討するうえで注目されることである。

## II 行政訴訟の推移

わが国では、大日本帝国憲法下における行政裁判制度の行政訴訟が、大陸法系諸国に属するドイツ、オーストリア諸国の行政法より影響を受けたものであったとみられる。ドイツにおいては、一九二四年に公開されたオットー・マイヤーの「ドイツ行政法第三版」により「憲法は、滅びても、行政法は、存続する。<sup>21)</sup>」として、一九世紀のいわゆるビスマルク憲法より二〇世紀のいわゆるワイマール憲法へと推移したにもかかわらず、行政法における旧来からの行政裁判制度が存続し、その結果として基本権の保障における不備が残存したことがうかがわれるであろう。これらドイツの推移と対比して、わが国では、大日本帝国憲法が第二次大戦後に日本国憲法に改められ、その結

---

19) バーナード・シュウォーツ著、和田英夫訳『アメリカ行政法』弘文堂、1961年、91頁。

20) 雄川一郎、前掲書、144頁。

21) 和田英夫『行政法講義 上〔改訂版〕』学陽書房、1986年、3頁。

果としてであるが行政訴訟においても大陸法系のドイツ法型より英米法型へと大きく改められ、しかも行政救済としての人権保障に進歩の跡がうかがわれるのである。

大日本帝国憲法には、第六十一条の規定に「行政官庁ノ違法処分ニ由リ權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」と定められて、行政訴訟が司法裁判所の管轄に属するものではなく行政裁判所に属するものとなったのである。同憲法下における行政訴訟の法律上の性質について、「行政訴訟は行政争訟の主要なもので、恰も司法裁判所に相當するやうな獨立の地位を有する機關を行政部の組織内に設置し、これを正式の訴訟手續を以て行政事件を裁判せしむるものなることに、他の行政争訟と異なる法律上の特色が有る。<sup>22)</sup>」として「行政訴訟とは行政部に属する獨立の機關に於いて正式の訴訟手續を以て行ふ行政事件に關する争訟であると謂ひ得る。<sup>23)</sup>」と定義づけられているのである。また、同憲法第六十一条の規定を受けて制定されたところの行政裁判法（明治二三年法律四八号）により、行政裁判所が設置された。行政裁判所法には、第十五条の規定に「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス」と定められて、出訴事項の制限がなされ、また第十六条の規定により「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と定められたのである。さらに、「行政庁ノ違法処分ニ關スル行政裁判ノ件（明治二三年法律一〇六号）」により行政訴訟として出訴できる事項が限定された。そこで、行政訴訟は、行政処分の取消にとどまり、国家賠償および損失補償を行政訴訟より除外したのであり、「行政訴訟事項が狭く限定されていたことは、行政救済の制度としても、行政統制の制度としても、極めて不十分なものであったのである。<sup>24)</sup>」とされ、また「明治憲法下の行政裁判制度は、出訴事項の列記主義一つをとって見ても、

---

22) 美濃部達吉『日本行政法 上巻』有斐閣、1936年、872頁。

23) 同上書。

24) 雄川一郎、前掲書、145頁。

国民の権利救済にとってきわめて不備な制度であった。<sup>25)</sup>」とされている。また、大日本帝国憲法下における行政裁判制度は、大陸法系諸国のなかでも行政救済の範囲を広く認めるようになったフランスの制度ではなく、ドイツより多くの影響を受けた結果として人権保障における不備がみられるようになったものである。さらに、「明治憲法時代の行政裁判所の制度は、天皇制的官僚支配の有力な支柱であった。訴訟事項は列挙主義により狭く限定されていた。行政事件における官権偏重の思想は、美濃部博士によって、厳しく批判された所であった。<sup>26)</sup>」とされ、また「旧憲法下の行政裁判所は、天皇大権下の行政権優位の国家構造を反映し、国民の権利救済への配慮よりもむしろ『行政の独自性を強調してその特権を擁護しようとした<sup>27)</sup>』と指摘されていることも注目されることである。

一方、日本国憲法には、第三十二条の規定に「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と定められている。この裁判を受ける権利は、基本的人権の保障として行政訴訟においても認められるべきものである。また、第七十六条第一項の規定には、「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。」とし、同条第二項の規定に「特別裁判所は、これを設置することができない。」と定められたことにより、行政訴訟においても民・刑事訴訟と同様に通常の司法裁判所において審判されるものとなったのである。そこで、日本国憲法下では、大日本帝国憲法下におけるような行政裁判所を設置して行政訴訟を審判することが認められなくなったことになる。

また、日本国憲法と同時に施行された裁判所法（昭和二二年法律五九号）には、第三条第一項の規定に「裁判所は、日本国憲法に特別の定の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

---

25) 原田尚彦, 前掲書, 108頁。

26) 今村成和『現代の行政と行政法の理論 北海道大学法学部叢書(5)』有斐閣, 1986年, 169頁。

27) 和田英夫, 前掲書, 391頁。



を有する。」と定められ、一切の法律上の争訟として行政訴訟もこれに含まれることになったのである。なお、裁判所法施行法第二条第二項の規定には、「裁判所法施行の際現に行政裁判所に係属している行政訴訟事件については、行政裁判所に対してなされた行政訴訟の提起は、これを東京高等裁判所にした訴の提起とみなす」と定められた。さらに、日本国憲法の施行に伴う民事訴訟に関する法律（昭和二二年法律七五号）第八条の規定には、「行政庁の違法な処分取消又は変更を求める訴は、他の法律（昭和二二年三月一日前に制定されたものを除く。）に特別の定めのあるものを除いて、当事者がその処分があったことを知った日から六箇月以内に、これを提起しなければならない。但し、処分の日から三年を経過したときは、訴を提起することができない」として、行政庁による違法な処分取消または変更を求める行政事件につき出訴期間の制限を定めたのである。

行政事件訴訟特例法が制定された背景としては、昭和二三年一月の平野事件が知られている。すなわち、東京地方裁判所は、平野力三国会議員が求めた公職追放処分の効力停止の仮処分申請につき、これを民事訴訟法の規定により認容したのである。ところが、連合軍総司令部は、最高裁判所に対し、公職追放令の適用につき日本が裁判権を有しないことを示したのである。そこで、東京地方裁判所は、これに従って仮処分を取消したのである。この結果、総司令部は、従来からの方針を変更して、行政事件の特殊性を認めるところとなり、行政事件訴訟特例法（昭和二三年法律八一号）が、急拠制定されたのである。

行政事件訴訟特例法は、第一条、第十二条の規定により、民事訴訟法を一般法として行政事件訴訟の特例を定めたものである。また、同法第二条の規定には、「行政庁の違法な処分に対する取消または変更を求める訴は、その処分に対し法令の規定により訴願、審査の請求、異議の申立その他行政庁に対する不服の申立のできる場合には、これに対する裁決、決定その他の処分を経た後でなければ、これを提起することができない。」と定めて、いわゆる訴願前置主義が採られたのである。これについて、「この法律がいわゆる

訴願前置主義をとったことは、この法律の著しい特色であるが、その訴願等の制度は、訴願法の規定の外、その規定が種々様々で甚だしく主義の統一を欠いており、行政争訟の当事者をして困惑せしめるであろうのみならず、訴願法をはじめ、舊憲法施行當時の古い法律と最近の新しい法律とが混在し、規定自體として極めて不備で、この手続を経ることを要件とすることは、行政救済の目的を達する上からいって著しい障碍とさえなることが惧れられる。<sup>28)</sup>と批判されているのである。

さらに、同法第十条第一項、第二項の規定には、「第二条の訴の提起は、処分の執行を停止しない。」とし、また「処分の執行に因り生ずべき償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があることを認めるときは、裁判所は、申立に因り又は職権で決定を以て、処分の執行を停止すべきことを命ずることができる。但し、執行の停止が公共の福祉に重大な影響を及ぼす虞のあるとき及び内閣総理大臣が異議を述べたときは、この限りでない。」と規定して、民事訴訟法に定められる仮処分の不適用および執行停止に対する内閣総理大臣からの異議権を定めたのである。したがって、行政事件訴訟特例法は、行政訴訟について、民事訴訟に対する特例として行政の特殊性を保持するために、司法による関与を抑制し司法権を限界づける効果を生じたものであったとうかがわれる。しかし、行政事件訴訟特例法は、その解釈上の疑義および手続規定の不備が指摘されるところとなって、その結果昭和三〇年に法制審議会に行政訴訟部会が設置されて改正の準備が進み、昭和三七年に行政事件訴訟法が制定されたのである。

### Ⅲ 行政訴訟の現状

日本国憲法第三十二条および第七十六条の規定は、裁判を受ける権利と司法権について定めるが、これを行政訴訟との関係よりみるならば、行政機関が前審として審判をなすばあいは別として司法権を裁判所に属せしめること

28) 田中二郎『行政争訟の法理』有斐閣、1954年、17頁。

を定めたものとみられる。そこで、裁判所法第三条の規定は、憲法の下に、行政訴訟を含む一切の法律上の争訟を裁判所の管轄に属せしめたものである。このことは、大日本帝国憲法下における裁判制度と対比するならば、裁判が一切の法律上の争訟におよぶものとして通常の司法裁判所に一元化されたことにより、大陸法系型の行政訴訟が英米法系型へと移行したものと認められるであろう。なお、裁判所法第三条の規定に「日本国憲法に特別の定」とあるのは、憲法第五十五条の規定に国会議員の資格争訟の裁判が定められ、また第六十四条の規定に弾劾裁判所による裁判官の弾劾裁判が定められていることが、裁判所の司法権より除外された例外規定のことである。日本国憲法下における司法について、「司法権とは、当事者間に具体的な権利義務の紛争が存在する場合に、法を適用実現して紛争を解決する国家作用をいう。(昭二九・一一・一〇東京地、行政例集五——二六四三)」といわれており、法律上の争訟が当事者間における具体的な権利義務の紛争と解されているのである。

そこで、行政作用に関する市民の不服も、それが「法律上の争訟」に該当する限り、そしてその限りでのみ、裁判の本来の対象となるとされる。<sup>29)</sup> また「法律上の争訟」については、すでに行政事件訴訟特例法の下においてであるが「法律の適用によって解決されるべき当事者間における具体的な利益紛争乃至は利害の衝突による事件、いかえれば当事者間における具体的な権利義務に關する争があり、具体的な法律の適用が争になっていることをいう。<sup>30)</sup>」とされる。さらに、法律上の争訟にかかわる司法権の限界が行政事件のばあいには、「司法裁判所が行政事件の裁判を行うことになったことの當然の結果として、三権分立の原則の存在そのものを看過し、司法裁判所が法適用の保障という司法裁判所の本来の地位及び権限を超えて、廣く、行政権の監督機関としての地位及び権限を有するに至ったもののように考え、三権分立の原則上、當然、行政権の範囲に属すると考えられるべき事項につ

29) 近藤昭三『行政法 第二卷』有斐閣、1985年、89頁。

30) 田中二郎、前掲書、137頁。

いてまで立ち入って司法裁判所が活動し、自ら行政権に代るべき判断をさえないしうるものとする者が少くない。しかし、行政事件について裁判する場合においても、司法裁判所は、あくまで、司法権の機関であり、行政権の機関ではないのであるから、その権限には、自ら一定の限界の存すること、いいかえれば、法律に別段の定めのない以上は、司法の観念に伴う當然の制約の存することを認めなくてはならぬ。<sup>31)</sup>とされる見解がある。判例においても「行政事件訴訟特例法一〇条二項本文が、行政処分執行停止について、一定の制限を設けているからといって、同条項は、憲法によって裁判所に与えられた行政事件審判権を侵犯する違法の法律とはいえない。(昭二七・一〇・一五最, 民集六—八二七)」としたものがあり、同様の趣旨に帰するようみられる。しかし、これらの見解に対しては、「行政権の独立にとらわれるの余り、人民の権利保護のためには当然に考えられなくてはならぬ救済の途を、敢えて閉ざす態度に出してしまったのである。<sup>32)</sup>」との批判がなされている。これに加えて、「司法の本質は、もっと実質的な所に求めなくてはならぬ。私の考えでは、それは、個人の権利を保障するために設けられた権力装置たることにあつたと思う。<sup>33)</sup>」として、「行政権の行使に対し、どこ迄司法の権能が及ぶかは、結局において、行政目的の実現と、個人の権利の保障との切点を明らかにすることによってきまることであろう。<sup>34)</sup>」とされている。

すなわち、権力分立の原則がジョン・ロックにより確立された由来は、絶対王制下において権力集中による恣意的行政があつたことに対し、これを排除して人民の権利・自由を国家権力の分立によって保障するところにあつたであろうと思われる。そこで、立法権と対比されるところの執行権を構成する裁判作用は、人民の権利・自由を保障すべき国家作用とみられるのである。

---

31) 注30)の同書, 134頁。

32) 今村成和, 前掲書, 176頁。

33) 同上書, 230頁。

34) 同上。

また、モンテスキューは、「裁判権が立法権および執行権と分離していない場合もまた、自由は存しない。この権が立法権と結合しておれば、市民の生命および自由にたいする権力が恣意的なものとなろう。<sup>35)</sup>」としている。したがって、権力分立の基本理念からは、人民の人権保障が主たる目的であって、国家作用は、そのための手段または機構として位置づけられるべきものであろう。つまり、人権保障は、究極的には国家作用に優先されるべき意義をもつものと思われるのである。

ところが、わが国における裁判権の範囲につき、「三十五年余の行政事件訴訟制度の展開過程においては、裁判権の範囲を確定する別な観点が強調され、裁判法理の積極的な形成の方は控え目となる傾向をみせた。<sup>36)</sup>」として、司法審査制と裁判権との関係が指摘されている。すなわち、司法審査制については、「行政権に対する司法的統制は、憲法の命ずる基本原理なのである。ここにもすでにみた英米型の『司法』概念が反映されており、司法国家制の実質が行政行為の司法審査にも生かされなくてはならない。<sup>37)</sup>」としたうえで、「英米における宣言判決 (declaratory judgment) は、現実的争いのある事件であれば行政決定がなされる前にも法律関係の確認判断を裁判所がなす手法であり、それは、事前の裁判的統制の代表例である。<sup>38)</sup>」とされている。わが国においても、行政権に対する司法的統制は、裁判所の違憲審査権として日本国憲法第八十一条の規定に定められているのであるが、最高裁判例によりきわめて限定的に解釈されているようである。<sup>39)</sup>

また、アメリカの裁判所における判例法上に成立し、わが国の憲法で採用された違憲審査権について、アメリカの最高裁判所においては、一八〇三年

---

35) モンテスキュー著、根岸国孝訳『法の世界』河出書房、1966年、152頁。

36) 戸松秀典「裁判権の限界」、『現代行政法大系 第4巻 行政争訟I』有斐閣、172頁。

37) 同上。

38) 同上書、173頁。

39) 行政機関の行う裁判を裁判所に対する訴訟提起の前提要件とするか否かは法律の定めるところに一任していると解すべきである(昭二六・八・一最大、民集五—四八九)。

におけるマーベリー対マディソン事件 (Marbury V. Madison) から一九六四年までの一六〇年間に、法律、条例等について八一四件に及ぶ違憲判決が下されているとされる。<sup>40)</sup> これに対して、わが国の最高裁判所は、昭和二二年から四八年までの二六年間の長期にわたりまったく違憲判決を下したことがなかったし、昭和四八年以降についても現在までの期間にわずか三件の違憲判決を下したにとどまるのである。<sup>41)</sup> したがって、行政権の肥大化または行政国家的な積極行政に対して、最高裁判所を中心とした司法権の消極的立場は、行政訴訟においても基本的には同様の立場であろうと推測されるし、その改善が期待されるところである。

次に、日本国憲法第三十二条の規定に定める裁判を受ける権利は、国民が民・刑事事件はもとより行政事件においても裁判所に対して権利の救済を求めることのできる基本的人権であるから、憲法が保障するところの基本的人権の永久不可侵性（第十一条）および個人としての最大の尊重（第十三条）が充分確実に行政訴訟における裁判上でも認められるべきものである。しかし、行政訴訟については、訴え提起の要件を厳しくしすぎて救済の途を閉ざしていないか、行政庁の裁量権の範囲を広く認めて権利の保護が軽視されていないか、訴訟手続の不備を理由に救済の拒絶という結果をもたらしていないかといったことが検討課題の代表例であるとして裁判上の救済が不十分となる傾向が指摘される。<sup>42)</sup> 行政訴訟において、国民の裁判を受ける権利が、民・刑事訴訟のばあいよりも、行政作用における特殊性という見地より多くの制限を受けるのであれば、基本的人権の保障はもとより公平上の原則からも権力分立の原則をふまえ合理性を欠くおそれがあるものとして検討されるべきであろう。

---

40) 橋本公巨『日本国憲法』有斐閣、1980年、617頁。

41) 刑法第二百条違憲判決（昭四八・四・四最大、刑集二七—三—二六五）、薬事法第六条第二項・第四項違憲判決（昭五〇・四・三〇最大、民集二九—四—一五七二）、公職選挙法別表第一違憲判決（昭五一・四・一四最大、判時八〇八—二四）。

42) 戸松秀典、前掲書、174頁。

現行の行政事件訴訟法（昭和三十七年法律百三十九号）は、第一条の規定に「行政事件訴訟については、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。」と定め、行政事件訴訟の手續における一般法として定立されたものとみられる。また、第七条の規定には、「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」と定められているところから、民事訴訟法の適用例が予定されている。したがって、行政事件訴訟法は、行政事件訴訟特例法に対してみるならば、「民事訴訟法に対する特例法から独立別個の行政事件訴訟法への一步前進を認めるべきであり、その線にそった解釈理論の展開を許容する趣旨を読みとるべきものと思う。<sup>43)</sup>」とされている。また、「行政事件訴訟法は、民事訴訟法と並列の地位をもつ、行政訴訟の一般法たることが意図されたのである。<sup>44)</sup>」とされるが、いまだに完全な統一法典としてのいわば行政訴訟法としての名実を備え、民事訴訟法に對置される法律の形態とは認められないであろう。すなわち、行政事件訴訟法第一条の規定につき、「本条は本法を刑事訴訟法、民事訴訟法とならぶ第三の種類の訴訟法にまで高めるものではない。この趣旨は本法を行政訴訟法と称さず、『事件』の二字を入れていることと七条から窺い知れる<sup>45)</sup>」とされていることより、行政事件訴訟法の現状がうかがわれる。したがって、同法の法形態は、一層の整備を期待されるべきところであるが、人権保障の見地に立って学説・判例がその不十分な側面を補完すべきであろう。

行政事件訴訟法は、行政事件訴訟特例法と対比してその内容をみるならば、行政事件の訴訟手續を全般的に整備したことであり、訴訟類型を規定し訴訟前置主義を原則的に廃止したことさらに行政処分の執行停止とこれに対する内閣総理大臣の異議があげられるし、「行政の特権擁護に偏した規定を整

---

43) 田中二郎『新版行政法上巻 全訂第二版』弘文堂、1979年、286頁。

44) 原田尚彦、前掲書、111頁。

45) 阿部泰隆『判例コンメンタル〈特別法〉行政事件訴訟法』三省堂、1984年、1頁。

備するなど国民の権利伸長を期したことも、いちおう評価できる<sup>46)</sup>」とされる。

しかし、わが国における行政事件訴訟法下の行政事件訴訟についても、なお行政事件訴訟特例法下のばあいと同様に、司法権に固有の内在的限界および司法権と行政権の分配の原則に基づく限界が示され、<sup>47)</sup> 日本国憲法第七十六条、第八十一条の規定に定められた司法権優位に立脚するところの司法的統制の原則の実効性が注目される。

すなわち、行政事件訴訟における司法権に固有な内在的限界についてみるならば、「一般的・抽象的な法令の効力・解釈に関する紛争は、現行憲法・裁判所法の解釈論としては、原則として認められず、したがって、西ドイツの抽象的規範統制(Normen Kontrolle)やイギリスの宣言的判決(declaratory judgment)は、わが国の現行制度では採用されえない。<sup>48)</sup>」とされている。また、判例としては、日本国憲法第八十一条の規定に定める裁判所の違憲審査権に関してのいわゆる警察予備隊違憲性事件につき、最高裁判所は、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。わが裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。(昭二七・一〇・八最大、民集六―七八三)」としている。このほかに、裁判権の限界を示す代表的概念に統治行為論が通常あげられるとして判例の傾向が示される。<sup>49)</sup> 判例には、いわゆる苫米地事件があり、これも日本国憲法第八十一条の規定に定められる裁判所の違憲審査権に関するものであって、最高裁判所は、「衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であって、法律上そ

---

46) 原田尚彦, 前掲書, 112頁。

47) 和田英夫, 前掲書, 395頁。

48) 同上。

49) 戸松秀典, 前掲書, 183頁。



の有効無効を審査することは、訴訟の前提問題においても、司法裁判所の権限の外にありと解する。(昭三五・六・八最大, 民集一四——二〇六)」としている。また、最高裁判所においては、同様に「安保条約は、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点が少なくない。(昭三四・一二・一六最大, 刑集一三——三二二五)」としている。

しかし、近年とくに注目されてきた一連のいわゆる議員定数不均衡違憲訴訟では、その代表的判例として最高裁判所における公職選挙法違憲判決(昭五一・四・一四最大, 判時八〇八——二四)が示されている。これに関しては、「議員定数不均衡問題のようにかなりの政治的性格をもつ領域について統治行為とされているわけでないことも考慮されてよい。結局、高度な政治的性格であるがゆえに裁判所の審査が加えられない場合の決め手は、個別の事件に対処する裁判所の政策的ないし裁量的判断によっているといえる。<sup>50)</sup>」とされるが、「統治行為、政治問題の拡大的適用によって、不当に司法審査の範囲を縮小する傾向があることは、法治主義の原則にもとるものとして、戒められなければならない。<sup>51)</sup>」との指摘も、人権保障の見地より十分に配慮されるべきであろう。

次に、行政事件訴訟における司法権と行政権の分配の原則に基づく限界についてであるが、行政事件訴訟法第三十条の規定には、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と定められており、「裁判所が行政庁の第一次的判断に先行し、みずからの判断を代置することは、本来、行政権に留保された第一次的判断権の自主性を侵犯することになる。<sup>52)</sup>」とされ

---

50) 注49) の同書, 185頁。

51) 和田英夫, 前掲書。

52) 同上。

ている。これに関する最高裁判所の判例としては、「健康で文化的な最低限度の生活とは、抽象的・相対的概念であり、その具体的内容は、文化の発達、国民経済の進展その他多数の不確定的要素を総合考量してはじめて決定できるものであるから、その認定判断は、裁量権の限界を超えた場合等のほかは、厚生大臣の裁量権にまかされている。(昭四二・五・二四最大、民集二一——一〇四三)」としたいわゆる朝日訴訟事件が知られている。また、このほかに最高裁判所において、「地公法二八条に基づく分限処分は、任命権者の純然たる自由裁量に委ねられているものではなく、分限制度と関係のない目的や動機に基づいてなされた場合、考慮すべき事項を考慮せず考慮すべきでない事項を考慮して処分理由の有無が判断された場合、或いはその判断が合理性をもつものとして許容される限度を超えた場合には、裁量権の行使を誤ったものとして違法となる。(昭四八・九・一四最、民集二七——九二五)」としたものもある。ところが、司法権と行政権との関係については、「比較的最近までは三権分立の原則という憲法次元の理由づけが与えられていたが、いまでは司法部の構成、手続きが限界を規定する要因とされ、『行政権の第一次的判断権の尊重』という契機が最重要視されている。<sup>53)</sup>」として、「はたして司法審査がおよばない、といいつ放しにするだけでいいのかどうかは、現在では問題がのこる気がする。実体につき司法審査がおよばないということは、裁量事項や内部事項の性質いかんによっては、手続法的な統制とウラハラの関係に立つ場合があるのであって、このような場合には実体面における司法審査の不行使と、手続面における司法審査の留保とは、対になっているといえる。憲法論の観点からいえば、行政裁量事項や行政の内部事項に『司法権の限界』を構成するといいつってしまうわけにはゆかないように、私にはおもわれる。<sup>54)</sup>」と指摘されているし、判例における裁判所の行政裁量への消極的対応が今後検討されるべきであろう。

53) 奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」、『公法研究 第四十一号』日本公法学会、1979年、103頁。

54) 同上書、103-104頁。

次に、司法権と行政権の分配の原則に基づく限界は、同様に司法権と立法権の関係においても、司法権と立法裁量の面で検討されるべきである。立法裁量に関する判例は、社会福祉立法の内容につき違憲・無効を主張する訴訟においてみられるが、その代表例にいわゆる堀木訴訟事件が示されている。<sup>55)</sup>すなわち、堀木訴訟事件について、神戸地方裁判所は、「児童扶養手当法四条三項三号（旧法）は、母が公的年金受給者であるときには扶養手当を支給しないことを定めているが、障害者として公的年金を受け得る者が、母か父か、母が障害者であるか否かによって差別されることとなり、この差別は著しく合理性を欠き、憲法一四条一項に違反し無効である。（昭四七・九・二〇神戸地、判時六七八）」とした。また、この判例と同様にいわゆる牧野訴訟事件について、東京地方裁判所は、「国民年金法七九条の二第五項（旧法）は、夫婦がともに老齢福祉年金を受給する場合には、単身高齢者に比べ、それぞれ法定金額の支給を停止することを定めているが、支給額が低額である現段階においては、合理的理由のない差別であって憲法一四条一項に違反し無効である。（昭四三・七・一五東京地、判時五二三）」としたことも注目される。ところが、これら地方裁判所の判例のうち堀木訴訟事件について、大阪高等裁判所（昭五〇・一一・一〇大阪高、判時七九五）および最高裁判所（昭五七・七・七最、民集三六——一二三五）は、国会の立法裁量を認めて裁判所の審査権が及ばないものとしたのである。これらについては、「社会福祉およびそれに基づいてなされる社会福祉行政に対しては、裁判所が不干渉の態度をとること、すなわち司法的統制をほとんどの場合加えないことが示されたといえるのである。<sup>56)</sup>」とし、また、「裁判権の行使を放棄するに等しい広い立法裁量論の適用の仕方は、個人の権利を保護するという裁判所の役割上望ましいものか疑問とされるし、憲法の保障する人権の価値を考慮しないで、労働基本権、政治的自由、選挙運動の自由など高い価値を認めるべき人権の領域にまで広範囲に立法裁量論が適用されていることは問題とさ

---

55) 戸松秀典、前掲書、186頁。

56) 同上。

れてよい。<sup>57)</sup>」との指摘がなされている。

さらに、行政事件訴訟について、「通説が、憲法八一条の解釈問題や行政事件が司法なりや行政なりやの問題次元では、英米流のそれに抛りながら、しかし行政権にたいする『司法権の限界』を語る場合には、英米流のそれを大規模に切り棄てる手法をとっていることに着目したい。通説は、自己の立論に都合のいい程度までは英米の『司法』に依拠し、それ以降の立論ではこれを切り棄てている<sup>58)</sup>」といわれることも注目される。これらの指摘より考えて行くなれば、わが国の行政事件訴訟においては、最高裁判所の判例を中心としていまだに旧憲法下における行政訴訟の影響が残存している傾向がみられ、第二次大戦後における欧米諸国のばあいからの立遅れが認められるようである。したがって、行政訴訟については、司法優位の法思想に立脚した司法的統制が、積極的に展開されるべきであろう。

#### IV 訴訟類型

行政事件訴訟法第二条の規定には、行政事件訴訟として抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟および機関訴訟の四類型が定められている。これら法定訴訟の諸類型は、行政事件訴訟の目的に対応させて大別するばあいに、「抗告訴訟及び当事者訴訟が、ともに、行政法規の正しい適用を確保することによって、人民の基本的人権その他一般に権利利益を確保し保障することを目的とする主観的訴訟であるのに対して、民衆訴訟及び機関訴訟は、ともに、当事者の具体的な権利利益とは直接にかかわりなく、客観的に、行政法規の正しい適用を確保することを目的とする客観的訴訟である。<sup>59)</sup>」とされる。また、行政事件訴訟法は、「民衆訴訟と機関訴訟を別にすれば、通常の行政訴訟に

---

57) 注55)の同書, 188頁。

58) 奥平康弘, 前掲書, 106頁。

59) 田中二郎, 前掲書, 295頁。

ついて、抗告訴訟と当事者訴訟の二大別を定める。<sup>60)</sup>とされる。なお、民事訴訟においては、給付訴訟、形成訴訟および確認訴訟の三類型が認められるが、行政事件訴訟では、給付訴訟が認められずに形成訴訟と確認訴訟のみが認められる。

抗告訴訟は、行政事件訴訟法に代表的な訴訟類型として詳細な規定があり、その他の訴訟類型へ準用規定として用いられる。すなわち、行政事件訴訟法第三条第一項の規定には、「この法律において『抗告訴訟』とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう。」と定める。また、法定抗告訴訟は、行政事件訴訟法の規定に処分の取消しの訴え（第三条第二項）、裁決の取消しの訴え（第三条第三項）、無効確認の訴え（第三条第四項）および不作為の違法確認の訴え（第三条第五項）の四形態として定められる。

当事者訴訟については、行政事件訴訟法第四条の規定の前段に「当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの」と定める形式的当事者訴訟および同条の後段に「公法上の法律関係に関する訴訟」と定める実質的当事者訴訟の二形態を規定する。これらのうち、形式的当事者訴訟についての判例としては、土地収用法第百三十三条の規定に定める損失補償に関する訴え（昭三〇・四・二大阪地、行政例集六一―一〇四八、昭四六・二・二五大阪地判時六二三）が多くあり、また、実質的当事者訴訟についての判例としては、公務員の地位につき「現業公務員が懲戒処分を不当労働行為として争う場合は、対等な当事者間の本来的な訴訟形式がある公法上の当事者訴訟によるべきであって、抗告訴訟の形式によるべきではない。（昭四五・一二・二六東京地、行政例集二一―一四七三）」としたものが注目される。

民衆訴訟については、行政事件訴訟法第五条の規定に「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するもの」と定められる。民衆訴訟に該当するものとしては、地方自治法第二百四十二条の二の規定に定

---

60) 雄川一郎、前掲書、244頁。

める住民訴訟および公職選挙法第二百三条以下の規定に定める選挙，当選等に関する訴訟があげられる。<sup>61)</sup> 民衆訴訟についての判例として，最高裁判所は，公職選挙法別表第一につき貴重な違憲判決を下したが（昭五一・四・一四最大，判時八〇八——二四），これにつき「公選法二一九条で行訴法四三条の例外を定め，行訴法三一条（事情判決）の適用を明文で排斥しているにも拘らず，これを適用した<sup>62)</sup>」とされ，注目されることであろう。

機関訴訟については，行政事件訴訟法第六条の規定に「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟」と定められる。国又は公共団体の機関相互間における権限の紛争は，本来ならば閣議（内閣法第七条），公共団体の長，調停委員の調停（地方自治法第百三十八条の三，第二百五十一条）などによって解決されるべきものであるが，それらをとくに機関訴訟として裁判所における解決に委ねるものである。

次に，行政事件訴訟法に定められる法定訴訟に対して，無名抗告訴訟は，同法第三条第一項の規定で「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」として一般・包括的に定められているところから，許容されるべきことが人権保障の見地より求められるところである。そこで，行政事件訴訟法に定められる法定訴訟は，行政事件訴訟の類型を限定したものではなく，典型的な訴訟として示されたところの例示規定であると解するならば，無名抗告訴訟の必要性が認められることになるであろう。無名抗告訴訟については，「将来，学説・判例上認められることを予期している。<sup>63)</sup>」としながらも，「義務づけ訴訟その他特定の処分を求める給付訴訟のごとき形態が果して許容されるかどうかは頗る疑問で，私としては，むしろこれを消極的に解すべきものと思う。<sup>64)</sup>」とされている。また，判例にも最高裁判所において，無名抗告訴訟を否定したものが行政事件訴訟特例法下にあったし（昭三〇・一〇・二八最，民集九——一一——一七二七），従来否定論が通説・判例とみられてきた。

61) 和田英夫，前掲書，399頁。

62) 注61)の同書。

63) 田中二郎，前掲書，308頁。

64) 同上書，308—309頁。

1987年6月 松尾 直：現代の行政訴訟

しかし、近年は、むしろ無名抗告訴訟の代表例として一定要件下に義務づけ訴訟、差止訴訟など<sup>65)</sup>を認める傾向があり、今後における学説・判例上の肯定論の展開と集積が人權保障の見地より期待されるところである。

---

65) 関 哲夫『市民生活と行政法』学陽書房，1985年，226-227頁。