

「行政的公權力優位の觀念と現行行訴法」

東 條 武 治

はじめに

一 故金晋根先生は、私の法学部長在任中にこの世を去られた。先生の入院中、なんとかお見舞にあがり、いま一度再起され、私どもや学生諸君の指導をして頂けるものと信じてやまなかった。しかし、天命はいかんともしがたく、多くの学生諸君にも尊敬されていた先生も、本学関係者では恐らく私との面会を最後に、残念にも、永のお別れをよぎなくされたのである。ここに、あらためて、ことばではとうていいいつくせないけれども、故金晋根先生に對し、先生から生前たまわったかずかずのご指導に心から厚くお礼申し上げるとともに、心からご冥福をお祈り申し上げる。

二 本稿は、もともと、昭和五〇年九月一日発行の判例時報七八三号(判例評論一九九号)一三二頁以下に掲載の拙稿『裁判を受ける権利』試論―行政訴訟における権利保護の有効性に関連して―』の続稿にあたるものとして(一なお、

このことは、同拙稿の最後にも、「……未熟な本稿ではあるけれども、それらについて一歩でも二歩でも前進する契機となれば幸甚である。いずれ、時間をみつけて問題を筆者の研究課題に限定して、たとえば、行訴法の仮の権利保護制度の根本的再検討の提唱を行いたいと念じている」と述べてある）、かねてからあためてきているもののいけば問題提起的な部分である。予定のテーマによる拙稿の執筆は、ともかくも、その後の種々の事情によりこのびになつていたのであるが、このさい、その一部分でも清書して、故金晋根先生のご冥福をお祈りいたしたく考え、あわせて、予定の続稿をも含めて、初心にかえり研究に精進いたすべく、自分自身の反省の機会にいたしたいと考え公表することにした次第である。

一 行訴法における行政的公権力優位の観念の形成

わが国が近代国家に転換したのは、伊藤博文の主としてドイツ、オーストリア等における憲法・裁判制度をはじめとする諸調査ののち、明治二二年に旧憲法が制定され、いわゆる立憲君主制が採用されて以後のことである。いうまでもなく、旧憲法は旧ドイツ・プロイセン憲法を模範として制定されたものであり、したがって裁判制度もまた主としてプロイセンにおける発展の成果を導入して制度化されたものである。ドイツにおける行政裁判制度の発展はすでにかなり明らかにされているところであるが、古代ドイツ帝国（神聖ローマ帝国）時代には帝国裁判所（Reichsgericht）が置かれ、その下ではたとえば公法と私法の区別、固有の行政法などが別段意識されていなかった関係上、いわゆる公権力の行使による侵害に対する保護もまたもっぱら帝国裁判所すなわち通常裁判所で保障されることになっており、しかも古代ドイツ帝国の末期の少なくとも一〇年間は理論的にほとんど完全な司法国家であった

といわれている。⁽¹⁾

しかしながら、古代ドイツ帝国たる神聖ローマ帝国が一八〇六年に崩壊したことにともない、すべての帝国裁判権の機能は停止されることになり、ドイツの国家的發展は個々の支分国家——いわゆる各ラント——に移行しそのなすがままに委ねられることになったのである。そして、こうした各ラントの国家的發展を経て、ビスマルクがドイツ帝国の統一に成功したことからもうかがえるように、とりわけ、プロイセンは、近代ドイツ国家史上ならびに国法史上において常に積極的にイニシアティブをとってきたラントであるといえるであらう。これを行政裁判制度についてみると、帝国裁判所の機能の停止後、特に裁判所と行政部の關係を規律するにあたつて、フランス革命後發展した權力分立主義を指導原理として従前の行政部に対する裁判的統制制度に改革が加えられ、裁判所に対する行政部の完全な獨立がはかられ、裁判所の権限は民事事件および刑事事件に関する裁判に限定されるにいたつた。その結果、行政部の行為に対するあらゆる訴えは、それが民事法および刑事法の範圍内で生じていない限りにおいて、行政部自身の手によって審査されることになった。すなわち、たとえば、下級行政庁の処分に対しては上級行政庁において審査されることになったのである。こうした事態については、初めのうちは特に問題とされることがなかったようである。というのは、かかる上級行政庁は、裁判所におけるとほとんど同様な審査の公正性の担保を個々の私人に保障するものとして合議制機関として組織されていたからであり、またその構成員たる行政官は裁判所の裁判官とほぼ同じような身分保障を有していたからである。⁽²⁾

かかる状況も、一八四八年の革命の結果、絶対君主制を廃して立憲君主制を採用するにいたつたことにより、事態は全く一変したのである。すなわち、立憲的国家形態の導入にともなつて、政党内閣制度による大臣の政党的地位が

出来し、行政庁の機関は、むしろ政党の事務所のような有様となり、下級行政機関の従属性は、その時々の大臣行政 (Ministerialverwaltung) によってより大きくなった。それによって、行政権の政党的操作の危険が生じたのである。⁽³⁾ それにもかかわらず、行政事件の解決を(その場合に発生した法律問題も含めて)行政庁の審級順序に委ねたままであった⁽⁴⁾ので、行政裁判をめぐる論争を招来した。いわゆる行政司法 (Verwaltungsjustiz) の問題は、一九世紀の初頭一〇年間に活発に論議された。つまり、一八世紀から一九世紀初頭にかけて、いわゆる公法上の争訟に関する訴訟は、裁判所による国庫説の取扱いによって独立の手続で行なわれる、というたてまえをとりながらも、実際には裁判所によって裁判されるのではなく、いわゆる行政司法の範囲で行政庁によって裁判されたからである。⁽⁵⁾ G・マイヤーによれば、いわゆる行政司法の制度を支持するものとしてフィツァー、フンケをあげ、⁽⁶⁾それに反対するものとしてミッテルマイヤー、ファイアー、ツァハリエをあげている。⁽⁷⁾ しかしながら、この論争において全く明白な結論に達するにいたらなかったが、こうした影響の下で一八四九年の帝国憲法 (Reichsverfassung vom 28. März 1849) (草案) になわちフランクフルト憲法(草案)一八二条ができた。⁽⁸⁾ 一八二条によれば、⁽⁹⁾「行政裁判は廃止する。すべての権利侵害に関しては、裁判所が裁判する」と規定されている。この規定において、二文にいう裁判所が通常裁判所を意味し、一文にいう行政裁判が行政庁に管轄権のある裁判権を意味していたとすれば、フランクフルト憲法(草案)は、司法国家の形態における法治国家の実現を望んでいたことになる。⁽¹⁰⁾ この思想のすぐれた理論的代表者は、O・ペールであり⁽¹¹⁾ (しかし、一八四九年のフランクフルト憲法草案⁽¹²⁾は、⁽¹³⁾ O・ペールの主張は、実現されなかった)、⁽¹⁴⁾ のちのドイツ帝国のほとんどすべてのラントにおける法治国家の実現についてそれとは異なった道を歩んだということは、まず第一に R・v・グナイストの影響によるものであった⁽¹⁵⁾、などについてはすでにわが国においてほぼ論じつくされている。⁽¹⁶⁾ そして、ドイツの国家的統一の下にいわゆるビスマルク

憲法 (Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871) の誕生後、バーデン(一八六三年)に続いてプロイセン(一八七二年・一八七五年)に行政裁判所が設立されるにいたった⁽¹⁴⁾が、プロイセンの行政裁判所制度は、裁判類似の手続で行なわれる行政内部の機構による行政の統制であった⁽¹⁵⁾。つまり、プロイセンの行政裁判所は、第一義的に積極的な行政に対する統制手段として国家に機能するものであって、第二義的ないし副次的に国民の権利保護に機能するものであったのである⁽¹⁶⁾。ドイツ行政法学の父といわれるO・マイヤーがその著「ドイツ行政法第一巻 (Deutsches Verwaltungsrecht I, 1895)」を公にしたのは、ドイツ統一後すでに二〇年を経過し、ライヒの法制についても一応の整備がなされた時代であり、また特にプロイセンの行政改革に一応の終止符が打たれ、行政裁判所に関する法規制が各ラントで整備されるにいたった時代でもある⁽¹⁷⁾。O・マイヤーは、その著において、行政裁判制度について主としてプロイセン行政改革の成果をふまえて、「行政裁判は、当事者手続 (Parteiverfahren) において行政庁が行政行為を発するための活動である」(つまり、行政裁判は行政行為である)、「行政裁判所は、行政系統に属する行政庁である」、「行政訴訟手続 (Verwaltungsstreitverfahren oder Verwaltungsprozess) は、行政事件における当事者手続である」、「行政判決 (Verwaltungsurtell) は、当事者手続から生ずる行政行為である⁽¹⁸⁾と整理されたように思料される。要するに、O・マイヤーもまた、行政裁判は個人の権利を保護するためにあるのではなく、行政裁判所を行政官庁と考え、行政監督としてのものであると考えたのである。

わが国の行政裁判制度の発展過程においては、主としてO・マイヤー的な行政裁判観が明治憲法の制定・施行とあいまってわが国に導入され、かかる行政裁判観が多かれ少なかれドイツにおける発展の所産として、おおむねドイツ固有の制度として理解されてきたように思われる。たとえば、明治二二年の穂積八東博士の説くところによれば、国

家に全能の大権の存することを承認し、行政裁判の目的を私権の保護に存するとする考え方を否定して、「行政裁判ハ裁判ニ非ストハ独逸法理家ノ往々主張スルトコロナリ寧ロ行政監督ノ一便法タリ然ルニ之ヲ以テ臣民ハ官ト權利義務ノ争訟ヲナシ主権ハ裁判所ノ判決ノ下ニ檢束セラレ臣民ノ私権保護ノタメニ設ケタリトスルトキハ学理ヲ誤ルモノナリ」と述べられ、美濃部達吉博士もまた、明治憲法下はもとより、日本国憲法の制定直後においても、「行政裁判もまたその実質においては行政権の行為が法規に適合するや否やを争ひの内容とするもので、これを裁判するのは性質上行政に対する監督作用であり、それ自身行政作用たる性質を有する」と説かれて⁽²⁰⁾いるのもその証左であり、そのような考え方の影響の下で構成されていたわが国の旧行政裁判の制度は、したがって、行政権の自己統制的性質なし上級行政的な地位をもつものにとどまったことはすでに一般に承認せられているところである。もっとも、私は、わが国の旧ドイツ・プロイセン的な公法原理の導入に際しては、いわばドイツの法制度の歴史的発展過程における、ある時期の時代区分——すなわち、一九世紀末期——をとらえて、その時代区分における法制度ないし学説——すなわち、グナイストの行政改革の成果を整理したとさえ思料されるO・マイヤーの行政裁判観——を多かれ少なかれドイツ固有の制度と理解したにすぎないように思われ、それ以前に遡つての歴史的発展過程に対する理解を前提としたものでなかったように思われる。

以上要するに、わが国における行政裁判制度は、旧ドイツ・プロイセン法制における公法原理の導入にはじまり、いわゆる行政的公権力優位の観念を前提に生成発展したプロイセンの行政裁判制度を模範として成立したことがうかがわれ、裁判類似の手続で行なわれる行政内部の機構による行政権の自己統制として発展し、行政権の権利侵害行為に対し司法権に属する裁判所の審査権の対象外とされたことにつき旧憲法下においてこれを積極的に疑問視されるこ

とがなかったように思われる。したがって、わが国の旧憲法下において、この行政権の自己統制としての行政裁判は、性質上行政に対する監督作用であり、それ自身行政作用たる性質をもつものであったことがうかがわれる。そして、組織上行政機関たる行政裁判所への訴えは、権利侵害を前提に法上列挙されたもののほか特に個別法令上認められたものに限られるなど、取消訴訟中心の本案訴訟そのものが極めて限定されていたのである。また、保全措置たる執行停止の制度は、執行不停止の原則をたてまえに、例外としてへ行政庁による執行停止 \vee とへ行政裁判所による執行停止 \vee とを、職権または申立てにより必要と認められるときに限り許容されることになっていたので、その下で認容される執行停止は、実質的には行政庁の裁量によって執行停止を認めるか否かの判断をしていたといえるであろう。それ故に、旧憲法下における行政裁判は、取消訴訟中心の本案訴訟もその保全措置たる執行停止も、ともに行政作用たる性質をもつものであったといえるであらう。

- (1) 拙稿「行政上の保全訴訟の研究序説——ドイツにおける執行停止原則の沿革、その一——」法と政治二二巻四号四一頁（四五頁以下参照）。
- (2) Vgl. O. Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd, 3. Aufl., 1923, S. 32ff.; G. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 6. Aufl., 1905, SS. 669~670.
- (3) G. Meyer, a. a. O. S. 670.
- (4) G. Meyer, a. a. O. S. 670.
- (5) Vgl. C.-F. Menger, Moderner Staat und Rechtsprechung, 1968, S. 16.
- (6) K. v. Pfizer, Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz, Stuttgart 1828, Prüfung der neuesten Einwendungen gegen die Verwaltungsjustiz, Stuttgart 1835; Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, Zwickau 1838 (G. Meyer, a. a. O. S. 670).
- (7) Mittermaier, Beiträge zu der Lehr von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses, Archiv für civilistische

オッター・マイヤー(a. a. O. S. 131ff.) 等である。

(16) C.-F. Menger, „Zur Geschichte der Verwaltungsgewalt in Deutschland“, DÖV 1963, S. 726 (727).

(17) 塩野宏・オッター・マイヤー行政法学の構造九頁参照。なお、オッター・マイヤーについては、同書に詳しく分析されている。

(18) O. Meyer, a. a. O. S. 138.

(19) 穂積八束「行政訴訟」穂積八束博士論文集所収一七三頁以下参照(特に一八五頁)。

(20) 美濃部達吉(宮沢俊義増補)憲法概論(新版)一八三頁。

二 旧観念の現行行訴法における継受

右に主として旧ドイツ・プロイセン法制における行政的公権力優位の観念を背景に成立した行政裁判制度とその基本原理をわが国の旧憲法下に忠実に導入された経緯を簡単に明らかにしたが、つぎに、ともに第二次世界大戦の敗戦国であり、ともにアメリカを中心とした連合国軍の占領下におかれ、ともに被占領下という制約的狀況の下に憲法の制定をはじめとする種々の改革作業が行なわれたことなど、歴史上および法史上いくつかの類似性をもつ西ドイツと日本の法制において、特に戦後の展開に注目するのも決して意義のないことではなからう。西ドイツにおいては、すでに明らかにされているように、ボン基本法一九条四項——何人も公権力によってその権利を侵害されたときは、訴訟をなすことができる。他の管轄権が基礎づけられない限り、通常の裁判が認められる——は、行政事件における保全処分まで含んだ「包括的で有効な権利保護」を保障するものであると解釈せられ、一般に「有効性を欠く権利保護は、実際には権利保護ではない」・「有効な保全措置によって権利の空洞化が防止されるのでなければ、充分な権利保護はない」などと考えられ、しかも今日の西ドイツの行政裁判は、決して行政権内部の自己統制ではなく、独立の第

三者としての裁判権による統制であり権利保護制度である。⁽¹⁾また、現行の行政裁判所法の下では、私が問題とする旧観念はすべて克服されており、旧観念が現行法に形式的にも実質的にも残存していないと解することができるのである。

これに対し、わが国においては、西ドイツと同じ被占領下という状況にありながら、当初の画期的な日本側の原案がGHQの圧力に屈したことにつきいわゆる平野事件という極めて特異な事件を看過することができないのであるが、旧特例法を経て、昭和三七年に制定された現行行訴法においてもなお旧観念がその根底に形式的にも実質的にも残存していると解することができるのである。たとえば、日本国憲法が行政権の一行政機関で自己統制としての旧行政裁判所を廃止し、行政事件に関する裁判権もまた民事事件・刑事事件と同様に司法裁判所に属するという司法的統制の制度を採用したにもかかわらず、現行行訴法において、義務づけ訴訟その他給付訴訟を積極的に法定されていないこととの本案訴訟上の問題もさることながら、特に仮の権利保護制度の面で、執行不停止の原則をたてまえに、しかも例外的な裁判所による執行停止の決定に対し、権利保護の空洞化と既成事実の創設に奉仕する内閣総理大臣の異議の申述を許容するという執行停止制度、さらに事情判決や仮処分の排除などが規定されており、これらを旧憲法下以来の伝統的な行政の公権力の優位の観念の残存として指摘することができるであろう。そして、これらの規定を正当づけるために、通説的見解は、一方において、たとえば、「行政に関する第一次判断権は行政権のために留保されなければならない」⁽²⁾、「行政権の第一次的判断権を侵害するような司法審査は許されない」⁽³⁾、「行政庁の第一次的判断の下される前に、司法権がこれに代って判断する」⁽⁴⁾（処分禁止その他事前のコントロールは許されない）とか、行政庁の第一次的判断に代えて、司法権自らが判断する（司法権が自ら行政処分をするとか、特定の行政処分をすべき旨の義務づけをすることは許されない）ことは、司法権による行政権の第一次的判断権の侵犯といわなくてはならぬ。

司法權としては、行政權の第一次的判断を前提として、その違法の場合に、これを排除するだけに止まるべきものである⁽⁴⁾」などと説き、いわゆる行政權に対する司法權の限界の理論の根拠とされていた三權分立理論が克服されてのち、行政權の第一次的判断權という考え方でもって右限界の理論の論拠として旧觀念を擁護しているのである。また、他方において、たとえば、「執行停止は、本来行政作用に属し、法律によって特に裁判所に付与された権限にすぎない⁽⁵⁾」とか、「内閣総理大臣の異議により、裁判所が執行停止の決定ができなくなることは、行政權が司法權の獨立を侵すことにならず、むしろ執行停止の決定が本来行政作用に属することを示している⁽⁶⁾」などにみられるように、執行停止の性質を行政作用的なものと理解して結局は旧觀念を擁護しているのである。

以上要するに、これまでのわが国の行政救済制度はいわば取消訴訟とその保全措置たる執行停止制度を中心に形成せられ、旧憲法下においてはこれを行政裁判と称されたが組織上その権限は行政權に属していたのでその実質は——本案訴訟たる取消訴訟の裁判もその保全措置たる執行停止の決定もともに——行政作用的なものと理解するほかはないように思われる、が、日本国憲法下においては行政事件に関する裁判權も組織上司法權に属するとしているのでその実質を——本案訴訟の裁判も執行停止の決定もともに——司法作用として理解すべきところ、これまでの通説的見解は、本案訴訟の裁判を司法作用として承認したものの、保全措置たる執行停止の性質をなお行政作用的なものとしてこれを固執し、いわば内閣総理大臣の異議申述の制度の合憲性の論拠とするために、結局のところ旧觀念を擁護する一環として、執行停止の権限を行政權の全く干渉し得ない司法作用として承認しないのである。したがってまた、仮処分の排除も伝統的な旧觀念を前提としていることの故によるものと思料され、おぼろげながらこのようにして旧觀念が現行行訴法に継受されているといえるように思われる⁽⁷⁾。

- (1) こうした点について、筆者は、これまで機会あるごとに紹介しているところである。比較的最近の拙稿としては、「権利保護の有効性論―裁判を受ける権利を中心として―」公法研究四一号二〇一頁以下がある。
- (2) 成田頼明・園部逸夫・南博方編・行政法講義上巻二五二頁。
- (3) 田上稷治・市原昌三郎・行政法上二四七頁。
- (4) 田中二郎・(新版)行政法上巻(全訂第二版)三〇〇頁。
- (5) 杉本良吉・行政事件訴訟法の解説八六頁。
- (6) 兼子一「新行政訴訟の基礎理論」(鵜飼信成編・憲法行政法論集所収)三三五頁。
- (7) 旧憲法下の觀念に依拠していると思料される「行政の優越性」法理につき、その問題性を早くから指摘されている代表的なものとして、たとえば、室井力・現代行政法の原理四五頁以下、同「現代行政と行政法の理論」公法研究三〇号一三五頁以下(同・現代行政法の展開二頁以下に所収)、渡辺洋三「行政権の優越性と国民の権利」法律時報二七卷七号二九頁以下、などをあげることができよう。

(付記) 「はじめに」のところでもお断りしたように、本稿は、「註」記も含めて不十分なものである。事情はどうであれ、ともかくも、できるだけ早い機会にこれまでの一応のしめくりとともに所定の作業を終えることができるように、精進し努力するのが私に与えられた責務でもあると考えている。