

## 論 説

## 行政訴訟制度の形成・確立過程と司法官僚制

— 司法制度改革に関する歴史的視点からの一考察 —

岡 田 正 則

はじめに

- 1 明治期前半における行政訴訟法制と司法官
- 2 明治憲法体制の確立と司法官僚制の形成
- 3 1910年代から1945年に至るまでの行政訴訟法制と司法裁判所
- 4 戦後改革の中での司法改革と行政訴訟法制
- 5 20世紀後半の司法権と行政権

おわりに

## はじめに

現代の多くの国々の行政法学にとって、憲法適合的な行政法解釈学を構築すること、その上で、複雑化・多様化した現代的法現象に対応する行政法理論を構成することは共通の課題であろう。とりわけ日本においては、<sup>(1)</sup>「新憲法の制定による憲法価値の転換」があったにもかかわらず「行政法諸制度にはいくつかの旧制度的残滓が附着して行政国家的行政権の優位が依然として通用しているとともに、他方、現代的行政権の拡大強化を保障する強力な行政権の作用が、新たな装いのもとに形成されつつある」という問題状況が今日なお続いていることに鑑みれば、「一般に行政国家から

---

(1) 佐藤英善『行政法総論』（日本評論社・1984年）1頁。

司法国家への転換と云われるもの」の内実を検討することは、依然として重要な課題だと思われる。

1990年代末に着手された司法制度改革は、ここにいう「司法国家への転換」について再検討を迫る重要な機会となった。従前より、行政活動に対する司法のチェック機能の不十分さが問題とされてきたが、司法制度改革をめぐる議論の中で「国民の権利利益のより実効的な救済手続の整備を図る必要性」という観点から行政事件訴訟法改正が改革の課題として取り上げられ、2004年に同法が抜本的に改正されたのである<sup>(3)</sup>。

この改正の後、最高裁判所がいくつかの判例変更を積極的に行うなど、行政訴訟の活性化が進行している<sup>(4)</sup>。たしかにこのような活性化は望ましいが、これを真に“国民の権利利益の実効的な救済”に結びつけるためには、「司法作用の内在的論理に立脚した司法権本来の主体性の確立」<sup>(5)</sup>が不可欠であろう。そしてそのためには、戦前戦後を通じて行政訴訟制度を貫いてきたとされる「行政権に対する司法権の干渉を可及的に排除し、後者に対する前者の独立性を確保するという思想」<sup>(6)</sup>を——行政権・立法権の担

---

(2) 佐藤英善「行政事件訴訟法31条論(1)——判例の動向とその問題点——」早稲田法学47巻3号(1972年)1頁以下参照。

(3) 改正の検討経過については、小林久起「行政事件訴訟法の改正について」民法情報214号(2004年)8頁、小早川光郎「改正の経緯と基本趣旨」行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』(第一法規・2004年)3頁、芝池義一「行政事件訴訟法改正の概観」園部逸夫・芝池義一編『行政事件訴訟法の理論と実務』(ぎょうせい・2006年)1頁など。改正の位置づけについては、岡田正則「改正行政事件訴訟法の訴訟手続規定と裁判を受ける権利」法律時報77巻3号(2005年)61頁、大久保規子「行政事件訴訟法改正・行政不服審査法改正」法律時報80巻10号(2008年)47頁など。

(4) たとえば、杉原則彦「活性化する憲法・行政訴訟の現状」公法研究71号(2009年)197頁ほか、同誌掲載の諸論文(2008年公法学会の諸報告)を参照。

(5) 亘理格「行政訴訟の理論——学説的遺産の再評価という視点から——」公法研究71号(2009年)84頁。

(6) 宮崎良夫「行政訴訟制度と行政法学——『行政権の独立性保障論』の系譜——」同『行政争訟と行政法学[増補版]』(弘文堂・2004年)3頁。

当者や学説だけでなく——なぜ司法権の担当者も受け入れてきたのか、を  
 解明しなければならないと思われる。いうまでもなく、問題の病根は行政  
 権の側だけでなく、司法権の内部にも存在すると考えられるからである。

本稿は、上記の点を解明するための作業の一環として、日本において行  
 政訴訟制度と司法裁判所の裁判官とが歴史的にどのような関係をたどっ  
 てきたのかを概観する。以下、両者の関係史という視点から、明治期以降の  
 行政訴訟制度の形成・確立過程を略述することにし、この過程に学説・判  
 例がどのようにかかわってきたのかに関する検討は別の機会に譲ることに  
 したい。

## 1 明治期前半における行政訴訟法制と司法官

1870年代から80年代にかけて、欧米諸国は行政訴訟制度の整備を急速に  
 進めた。フランスの1872年5月27日法、イギリスの1873年（最高）裁判所  
 法（prohibitionやcertiorariによる裁判所の行政事件管轄等）、オーストリア  
 の1875年行政裁判所法、プロイセンの1875年行政裁判所組織および行政訴  
 訟手続法、そしてアメリカの1870年代における行政委員会の創設と1887年  
 通商規制法（ICCの設置）などがその例である。<sup>(7)</sup> 行政法学の体系化もこの  
 時期に進展した。各地の大学で行政法の講義が開設されるようになり、  
 1872-73年には初の体系書がヘルマン・ロesslerによって公刊された。<sup>(8)</sup>

(7) この時期の各国における行政訴訟法制の成立過程に関してはこれまでに多数の  
 研究があるが、たとえば、フランスについては神谷昭『フランス行政法の研究』  
 （有斐閣・1965年）66頁以下、イギリスについては戒能通厚「イギリス司法の歴史  
 的構造についての一考察」藤倉皓一郎 編『英米法論集』（東京大学出版会・1987  
 年）1頁、ドイツ・オーストリアについては南博方『行政裁判制度』（有斐閣・  
 1960年）、アメリカについては佐藤英善「アメリカの金融資本成立期における鉄道  
 事業規制の法構造」（初出・1970年）同『経済行政法』（成文堂・1990年）678頁な  
 ど参照。

(8) Hermann Roesler, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts: Das Sociale  
 Verwaltungsrecht Bd. I und Bd. II, 1872-1873. Vgl. auch Michael Stolleis,

これらの背景には、普墮戦争（1866年）および普仏戦争（1870-71年）を契機とする各国における国民皆兵・国家総動員のための法制度の採用や国民経済振興のための国家介入制度の導入があったといえるであろう。すなわち、個々の国民やその経済・社会活動と国家との関係が法的規律の対象とされるようになり、これに応じて当該規律をめぐる法理論や紛争解決機関が必要とされたのである。

新生の明治政府が近代国家の形成に着手したのは、まさに行政訴訟制度と行政法学のこのような揺籃期——しかし明治期の立法者たちにとっては継受の対象として認識される程度に体系化されていた時期——においてであった。

明治政府は、行政争訟の仕組みとして、まず1870（明治3）年に、府藩県交渉訴訟準判規程（民部省による裁判の手續規定）を定め、「維新軍」の不正行為、新旧の権力間の調停・仲裁、土地利用関係の紛争などに対処した。次いで1872（明治5）年には、地方官等違法処分訴規定を定めた。これによって、租税事件、水利土木事件、藩県間の争議、村市の境界紛争、官吏の職権濫用に関わる事件、土木・学校費用等をめぐる府県と町村との紛争などについて、地方裁判所・司法省裁判所への出訴が認められることになった。<sup>(9)</sup>

しかし、政府内の主流である行政官の側は、傍流である司法官（判検事）が民事事件と同様に行政事件を裁判手続で審理することについて問題

---

Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-ABmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, S. 95.

(9) 行政裁判法制定以前の行政争訟法制の形成過程については、行政裁判所『行政裁判所五十年史』（行政裁判所・1941年）第一編のほか、岡田正則「訴願法と行政不服審査法——歴史的脈絡からみた行政不服審査制度改革の課題」行財政研究70号（2008年）11頁以下参照。なお、本稿では、引用にあたって、旧字体の漢字表記については新字体に改めた。また、注記がない限り、引用文中の [ ] 内は引用者による挿入である。

視し、司法官による行政牽制を排斥しようとした。<sup>(10)</sup> 1874（明治7）年の「人民ヨリ院省使府県ニ対スル訴訟仮規則」によって、司法官の担当は「人民一箇」の訴訟（土地、官府の会計・貸借、建造物の利用に関する事件）に限定され、その他の事件は正院（行政府）が担当することとなった（実際には、正院から左院〔立法府〕に下して裁判が行われた）。1875年には大審院が設置され、控訴上告手続規則が定められた。これにともなって、地方官等違法処分出訴規定は廃止され、行政事件の司法裁判の途がなくなったが、翌1876年に若干の変更があり、司法省への伺を経て訴訟を受理すること（出訴許可制度）とされた。

一方、政府にとっては法曹養成も急務であった。1871（明治4）年に設置された司法省は、同年、そのための組織として省内に明法寮を設け、1875（明治8）年にはこれを転換・改組して、司法省法学校<sup>(11)</sup>を設置した。よく知られているように、同校はフランス語によるフランス法の教育を行い、裁判・法制の実務家だけでなく、梅謙次郎や織田萬などの法学者も輩出した。しかし、1880年代に入ると、法曹養成は官吏養成システムに組み込まれることとなった。司法省法学校は1884（明治17）年に東京法学校として文部省に移管された後、1885（明治18）年には、当時唯一の大学であった東京大学（法学部フランス法科）に組み込まれたのである（1887年に完全に廃校となった）。そしてこの時期、編入先の法学部自体も、法学に関す

(10) 尾佐竹猛（三谷太一郎校注）『大津事件』（岩波書店・1991年）154頁によれば、「司法部は薩長以外の人材の淵藪であった。その創設の当時は行政部、軍部は薩長人士の独占する所となっておったから、志を得ざる他藩の人材は競うて司法部に来ったのである」という状況であった（久保田・後掲注（11）153頁も参照）。

(11) この時期の法曹養成については、利谷信義「日本資本主義と法学エリート（1）（2）——明治期の法学教育と官僚養成——」思想493号（1965年）22頁・496号（同年）104頁、松尾章一「明治政府の法学教育——明法寮と司法省法学校の史料を中心として——」法学志林64巻3・4号（1967年）99頁、手塚豊「司法省法学校小史」同『明治法学教育史の研究』（慶應通信・1988年）3頁、久保田穰「明治司法制度の形成・確立と司法官僚制」利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪編『法における近代と現代』（日本評論社・1993年）129頁など参照。

る知識の継受・普及・制度化を担う人材の養成機関から行政官僚を中核とする「国家ノ須要ニ応スル」(1886年・帝国大学令1条)人材の育成機関へと性格を変えつつあった。すなわち同学部は、1883(明治16)年、その教科課程にドイツ法を加え(従前は英・仏のみ)、1885(明治18)年に文学部から政治学及理財学科の移設を受け(名称を「法政学部」とする)、1886(明治19)年には帝国大学令に基づく帝国大学法科大学となったので<sup>(12)</sup>ある。このような制度の変更は、行政訴訟制度と司法裁判官との関係という視点からみると、①大学を主に行政権の担い手——高度職業人——を養成するための目的機関にし(1887年の文官試験試補及見習規則による試験制の導入と帝大卒者の試験免除がその制度的裏づけとなった)、②法学教育を行政官養成の仕組みへと編成替えするとともに、法曹養成のための法学教育をマージナル化し、③法曹養成をフランス法系からドイツ法系へと転換した、という特徴をもつといえるだろう。ドイツ法系への転換は、後に、ドイツ法準拠の「学士判事」が司法部を席卷することを通じて、フランス法系の人材と思考の排斥および司法官僚制の形成に結びつくことになる。

以上のような明治期前半における行政裁判法制と法曹養成制度の下で、行政事件は司法官の手から切り離されていったのである。

## 2 明治憲法体制の確立と司法官僚制の形成

1889(明治22)年の大日本帝国憲法の制定と翌年の行政裁判法・裁判所構成法等の裁判法制の整備は、行政事件の処理について行政官の絶対的優位性を確立するとともに、司法官僚制の形成を促すことになった。<sup>(13)</sup>

(12) 東京大学法学部および帝国大学法科大学の発足や改編については、東京大学百年史編集委員会編『東京大学百年史・部局史1』(東京大学出版会・1986年)16頁以下。1885年の移設以前に公法・政治(国家学)分野の人材を養成していたのは文学部であったため、穂積八東、末岡精一など初期の主要な公法学者は文学士であった。

(13) 行政事件をめぐる行政裁判所と司法裁判所との関係という側面から行政裁判

まず、帝国憲法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」と定めて、「行政処分」事件を行政裁判所の管轄とし、司法裁判所の管轄外と位置づけた。加えて、行政裁判法15条が行政裁判所の管轄事件について、内務省筋の見解（伊東巳代治・モッセら）に従って——つまりフランスやオーストリアの制度にならって概括主義を採用しようとしていた司法省・法制局（山田顕義・井上毅・ロェスレルら）の意向を否定して——プロイセン的な列記主義を採用したため、裁判所での救済を求めうる行政事件は極度に限定されることになった（課税・滞納処分事件、営業免許事件、水利土木事件、官民有地境界紛争事件などの事件に限定された）。

この点について、フランス法教育の下で養成された大審院判事らは、1890年代の初頭に、帝国憲法61条の解釈として、行政裁判所の管轄に属さない事件については行政処分に関する事件であっても司法裁判所で救済を求めうることは明瞭だという見解を採った。行政事件を広く司法裁判所の管轄対象にしようとしたのである。しかし、このような見解は「司法裁判所ノ権限ニ関スル大審院誤判ノ最タルモノ」などとする激しい批判を浴びることになり<sup>(14)</sup>、また1891（明治24）年末に裁判官の大勢はこれを否定する方向に傾いたため、大審院は1890年代半ばに判例を変更し、非列記行政処

---

法・裁判所構成法等の制定過程と運用を検討した近年の研究として、岡田正則「明治憲法体制確立期における国の不法行為責任（1）～（5・完）——国家無答責の法理と公権力概念——」南山法学28巻4号（2005年）1頁・29巻2号（2006年）1頁・30巻1号（同年）49頁・31巻1＝2号（2007年）85頁・31巻3号（同年）49頁がある。

(14) 新井正三郎（江木衷復評）『日本民事訴訟法判例論評』（明治館・1896年／日本立法資料全集別巻302・信山社・2004年）5頁および同書8-45頁引用の社説・評論、田部芳「行政裁判所及ヒ司法裁判所ノ権限」法学協会雑誌9巻12号（1891年）33頁、山東生「行政庁ト通常裁判所間ニ所見ヲ異ニセル裁判権限論ニ就テ」国家学会雑誌6巻70号（1892年）742頁など参照。

(15) たとえば、法曹会・明治24年11月16日委員会月次会決議「司法裁判所ノ管轄ニ

分事件に対する司法裁判所の管轄権を否認した。<sup>(16)</sup>

ドイツ的な公法私法峻別論(二分論)は、1890年代には、法学教育や学説において主流の思考方法となっていたが、1900年代に入ると司法裁判所の実務にも浸透した。このため、裁判所構成法2条にいう民事事件は「私法」事件であり司法裁判所の管轄外となる行政事件は——「行政処分」事件ではなく——「公法」事件と解されることになり、またその結果、行政活動に関する司法裁判所の審査の範囲はいっそう限定されることになったのである。<sup>(17)</sup>

一方、この間に、司法官僚制が形成された。帝国憲法58条2項は裁判官に対して一応の身分保障を与え、司法部の独立の裏づけとなっていたが、1891(明治24)年5月の大津事件を契機として司法部に対する行政部からの風当たりが強まる中で、司法官弄花事件(1892年)や判事の大量退職処分(1893-94年)などの“肅清人事”を通じて、あるいは天皇の大権事項である裁判官人事権の操作により、政府中枢が司法部への統制を広く及ぼすようになったのである。「制度の枠組みが定まり、裁判官の供給・補充の見通しもつけられたなかで起った大津事件は、政府の意向に従順でない裁判官を含む『老朽判事』の淘汰と、司法部の行政部に対する従属性を確固としたものにしていくうえで、格好の動機づけになった」<sup>(18)</sup>と考えられる。そしてこの後、司法省本省官吏による裁判官の人事権の掌握、裁判内容の監視および指示の制度、裁判官の上下階層構造の下での上命下服関係、裁判官と検察官の対等・互換性、予審判事を含む裁判官と検察官の間の密接な意思疎通関係などによって、司法部内部の統制システムが実質的に確立・安定することになるのである。<sup>(19)</sup>

---

属セサル訴訟ノ取扱ニ関スル件」法曹記事1号(1891年)1頁。

(16) この間の経緯については、岡田・前掲注(13)「(5・完)」52頁以下。

(17) 行政訴訟法制と行政処分・公法・行政行為の概念との関係については、岡田正則「行政処分・行政行為の概念史と行政救済法の課題」法律時報79巻9号(2007年)15頁参照。

(18) 久保田・前掲注(11)154頁。

### 3 1910年代から1945年に至るまでの行政訴訟法制と 司法裁判所

日露戦争（1904-05年）後、日本経済は国家主導の殖産興業の時代から産業資本による自律的な経済活動の時代へと移行した。これを反映して、公法学説では国権学派（穂積八束・上杉慎吉ら）に代って民権学派（美濃部達吉・佐々木惣一ら）が台頭してくることになり、また行政裁判所については、権利救済機関としてきわめて不十分な機能しか果たしていない点が法改正の俎上にのせられるようになった。すなわち、①列記主義による救済対象の狭隘さ、②裁判所が東京一ヶ所にしかない不便さ、③一審だけで確定してしまう点や再審が排除されている点の不合理さ、④審理手続規定の不備（第三者的公正さの欠如）、⑤定年制がないために人事が停滞して有能な人材を集めえないこと、などの点である。

列記主義の問題については、1900年代の前半に法典調査会の行政裁判法及行政裁判権限法委員会が検討を行っていた。同委員会は列記主義を維持しながら、網羅的に出訴許容事項を定める方針を採り、「行政裁決及行政裁判権限法」案・「行政裁判所構成及行政裁判手続法」案・「権限裁判法」案を作成した。これらは政府提出法案として帝国議会に上程されたが、審議未了で廃案とされた。<sup>(20)</sup>これ以降も、断続的に、概括主義の採用などを内

(19) 久保田・前掲注(11)156頁。司法官に対するこの時期の懲戒事件や人事操作に関する詳細な分析として、楠精一郎『明治立憲制と司法官』（慶應通信・1989年）がある。なお、このような司法官僚制の確立過程における「老朽判事」「非学士判事」の排除は、フランス法的な口頭弁論を形骸化させ、ドイツ法的な書面主義による審理を定着させる一因になったと考えられる。すなわち、『口頭主義』の課題に対する取り組み……〔という〕明治期の課題が今日まで尾をひいてきているのであって、「歴史のなかからの教訓を今回の〔“ロースクール”で法曹養成教育がなされることになった〕改革のなかに活かしていく」べきことが指摘されている。林屋礼二「明治期の民事訴訟と佛・独の民事訴訟」同『明治期民事裁判の近代化』（東北大学出版会・2006年）455頁以下参照。

(20) これらの法案および戦前の一連の改正作業については、行政裁判所・前掲注

容とする議員提出法案が審議され、あるいは上記問題点の抜本的な解決を企図した行政裁判法改正案(美濃部案)等が作成・検討されたが、これらはいずれも日の目を見ることなく葬られた<sup>(21)</sup>。

この時期、行政裁判所は次第に管轄事件について実体審理の密度を高める姿勢を見せるようになった。たとえば、水利土木事業等の事実行為に関する「行政処分」事件については、変更・差止め・原状回復の判断も下すようになったのである<sup>(22)</sup>。行政裁判所の長官・評定官経験者らは、第二次世界大戦後の時点で、その審理や判決について「われわれは国民の権利を擁護しすぎた」(遠藤源六元長官)、「[職権主義に基づいて]行政裁判所は必要となれば証拠を調査し、またみずから進んで検証なり何なりをやつて、そうして事実を明らかにして、法律を適用してきた」(沢田竹治郎元長官)といった自己評価を述べているが、それは必ずしも根拠のないことではないといえる。とはいえ、このような肯定的な自己評価は、「事実上、法の支配とは真向から対立するところの・公共の福祉を追求する行政の優位の思想と結びついていた」点、あるいは後見人的な温情主義の姿勢に基づく裁判運営が「厳正な訴訟手続を経て客観的法規範を解釈適用することによ

(9) 337頁以下(田中二郎「行政裁判制度の改正案及改正意見」同『行政争訟の法理』(有斐閣・1954年)所収)、岡田・前掲注(13)「(2)」48頁以下参照。

(21) 前掲注(20)のほか、美濃部達吉『行政裁判法』(千倉書房・1929年)所収の付録(行政裁判法改正綱領およびその解説)、高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」田中二郎先生古稀記念『公法の理論・下II』(有斐閣・1977年)2199頁以下を参照。

(22) 行判1913(大正2)・12・11行録24輯1032頁(水車新設願却下処分取消請求の訴え)、行判1917(大正6)・3・26行録二八輯227頁(道路堤防等の工事の差止めおよび原状回復を求める訴え)、行判1935(昭和10)・12・21行録46輯1104頁(境界査定に対する不服の訴え)、行判1940(昭和15)・8・5行録51輯579頁(土地区画整理換地等不服の訴え)など。概観として、宮崎・前掲注(6)12頁以下、事実行為に関するこの時期の行政裁判所と大審院の判例動向については、岡田正則「事実行為の権力性に関する一考察——渡辺洋三『農業水利権の研究』を手がかりとして」戒能通厚・原田純孝・広渡清吾編(渡辺洋三先生追悼論集)『日本社会と法律学』(日本評論社・2009年)223頁参照。

り法的紛争を裁断し権利を救済する、という裁判の論理」をあいまいにしていた点など、行政裁判所の実務における構造的な問題点を度外視したものであって、戦後の行政訴訟実務がこうした問題点を克服できているのか否かは、今日なお問われなければならないであろう<sup>(23)</sup>。

一方、司法裁判所も、行政主体の活動について法的審査を及ぼそうとする方向を徐々にとるようになった。大審院は、1916（大正5）年の徳島市立小学校遊動円棒事故事件を契機とする非権力的作用・公共事業などの国家賠償に関する判断や、行政処分「無効」判断、行政活動の違法性に関する先決問題としての処理などによって、行政活動を少しずつその審理対象に加えていったのである<sup>(24)</sup>。1923（大正12）年の帝国議会の審議では、「吾々ハ今日ノ程度ニマデ法律制度が進ンデ参リ、又文化ノ程度ノ進デ参リマシタ以上ハ、行政裁判所ト云フモノヲ存置スルノ理由ハ無イト思ヒマス、……本来行政裁判所ノ管轄ニ属スベキモノニシテ、司法裁判所ニ於テ審判シテ居ルモノガ沢山アリマス、……本質カラ云ヘバ行政裁判所ニ属スベキモノデアルニ拘ラズ、之ヲ司法裁判所ニ移サレツ、アルト云フ傾向デアリマス<sup>(25)</sup>」というように、司法裁判所が行政事件を積極的に審理する状況になってきたことを前提として、行政裁判所不要論も説かれていた。

1930年代以降の準戦時期・戦時期に入ると、警察法令や経済統制法令の増大により市民生活の中で行政法の果たす役割が大きくなったが、行政裁判所と司法裁判所による行政活動のチェックや権利救済の機能はこれと反

---

(23) 上記元長官らの自己評価および問題点の指摘は、高柳・前掲注(21)2206頁以下からの引用である。行政裁判所評定官の制度と実態および人事の推移等については、宮崎良夫「行政裁判所と評定官」（初出・1985年）同・前掲注(6)48頁がある。宮崎・同論文は、評定官のうち約5人に1人が司法裁判官（5分の4が行政官）で、司法裁判官出身の評定官は比較的長期にわたってそのポストを占めていたことなどを明らかにしている。

(24) 岡田・前掲注(13)「(5・完)」67頁以下。

(25) 高柳・前掲注(21)2200頁（第46回帝国議会衆議院陪審法案委員会議録（速記）第12回（大正12年3月8日）3-4頁）。

比例の関係で縮小し、むしろ秩序維持機関としての面が強くなったといえる。行政裁判所評定官の中で内務省出身者の比率が高まったのも、このことを反映しているように思われる<sup>(26)</sup>。戦前の行政裁判所評定官の組織と活動については、全体として停滞に至った旨の分析があり、「その官吏としての格付けの高さにもかかわらず、いわば官界の傍流と見られて、意欲ある人材をリクルートすることが困難であった」点に停滞の一因が求められて<sup>(27)</sup>いる。他方、司法裁判官も、官界の傍流という点では同様の状況にあった。彼らは、結局、一貫して行政権の統制の下に置かれており、そしてその官僚制も行政権に包摂されたものであった。この点については、「裁判官も、政府により任命され、昇進昇給させられる官僚組織を成しており、身分保障というのも現状保持の消極的なものであるから、人事が政府によって動かされることは免れなかった。特に判検事と司法省官吏との交流により、優秀な判検事が抜きされて司法省に入り、その方が昇進出世の早道となった。これがおのずから、司法省と裁判所との関係を、中央官庁と現場出先機関のそれと同視する傾向を生み、ひいて一般に裁判官の待遇や社会的地位を行政官に比して低くともよいと考えさせる一つの原因を成した<sup>(28)</sup>といえる」という解説が要を得たものといえるであろう。

#### 4 戦後改革の中での司法改革と行政訴訟法制

第二次世界大戦後、連合国軍総司令部の下での民主化政策によって、日本の国家機構は抜本的に改革された。司法分野については、天皇の裁判所

---

(26) 行政裁判所の長官・評定官の氏名・前職等の一覧として、宮崎・前掲注(23) 65-67頁がある。これによれば、行政裁判所の発足時には司法省・法制局の出身者が評定官の過半数であったが(内務省出身者は2名)、その比率は次第に減少し、これに代って増加した内務省出身者は、1947年の廃止時点ではその過半数を占めていた(内務省8名、司法裁判官4名、大蔵省2名)。

(27) 宮崎・前掲注(23) 70頁。

(28) 兼子一・竹下守夫『裁判法[新版・補訂]』(有斐閣・1988年) 58頁。

（帝国憲法57条）から国民主権に基づく国民のための裁判所（日本国憲法第6章）への変革、行政権（司法省）の支配からの司法権の独立、そして最高裁判所を頂点とする裁判所の権限の著しい強化、がその内容であった。一方、行政裁判所は日本国憲法の施行とともに廃止された（憲法76条2項）。このため、行政事件は民事訴訟法に基づいて司法裁判所で審理されることとなり、行政訴訟手続の特殊性は出訴期間の特則だけに限定された（民事訴訟法応急措置法8条）。

総司令部は、行政事件の特殊性を強調することには警戒的であり、原則として行政事件も民事訴訟によって処理すべきであるという態度をとっていたところ、1948（昭和23）年初頭に平野事件（前農林大臣・平野力三に対する公職追放指定をめぐる仮処分事件）<sup>(29)</sup>が起った。この事件において問題となったのは、①占領政策に基づく公職追放という行政処分について日本の裁判所は裁判権を持ちうるか、②違法な行政処分の執行を仮処分で停止することが許されるか、③公職追放に対する救済手段として訴願が認められている場合に訴願を経ることなく直接裁判所に訴出できるか、という諸点<sup>(30)</sup>であった。担当の東京地裁はこれらすべてを肯定して仮処分の決定を行ったが、総司令部は即座にこれを覆すべく同決定に対する——超憲法的な——取消指令を出し、最高裁および東京地裁はこの指令に服することになった。総司令部は、この平野事件を契機として、日本政府に対して、行政権の優越性を確保するための提案を示しつつ、行政事件訴訟特例法の早期

(29) 平野事件の概要とその後の行政訴訟制度への影響については、高柳信一「行政訴訟法制の改革」東京大学社会科学研究所編『戦後改革4・司法改革』（東京大学出版会・1975年）336頁以下のほか、岡田正則「平野事件」法学教室349号（2009年）10頁掲記の文献を参照。また、これ以前の行政裁判所の存廃論議に関しては、高柳信一「戦後初期の行政訴訟法制改革論」社会科学研究31巻1号（1979年）1頁、最近の研究として、中村義幸「行政訴訟制度の改革—その軌跡と成果—」高地茂世ほか『戦後の司法制度改革』（成文堂・2007年）119頁。

(30) 新村義廣「平野追放停止仮処分事件の概要」法曹時報1巻1号（1949年）43-44頁。

の制定を促した。この結果、同法には、訴願前置主義の存続、仮処分を除除と厳格な執行停止要件、内閣総理大臣の異議などに関する規定が盛り込まれることになったのである

平野事件をめぐる上記のような経緯は、現在に至るまで、行政訴訟制度と司法官僚制に大きな影響を及ぼしていると考えられる。

第一は、この事件を契機として、日本政府側の当初の予想を超える行政権優位の規定が行政事件訴訟特例法中に盛り込まれたことに関連する。戦後行政法学を主導した田中二郎は、一方で、これらの規定を「種々問題の多い規定」と位置づけていたにもかかわらず、他方で、「特例法の不備欠陥を除去」したはずの行政事件訴訟法においても、これらをほぼ存続させる立場を採った（除去されたのは訴願前置主義だけであった）。そこには、民事訴訟制度と比べた場合の行政訴訟制度の特殊性をもっぱら国家統治という「公益」とこれを担う行政権の自立性——そしてその陰画としての「司法権の限界」——<sup>(31)</sup>とに求める思考が存在していると思われる。つまり、行政事件訴訟法の立法者や実務的解釈は、暗黙裡に、「ポツダム法系と日本国憲法法系との全く別の二つの法体系が存在する」<sup>(32)</sup>という前提の下で、行政訴訟制度を前者に連なるものと位置づけ、「裁判を受ける権利」をはじめとする日本国憲法の人権規定に連なる行政訴訟制度の特殊性の面（実効的救済の面）を等閑視してきたのではないか、という疑念をもたざるをえないのである。近年の最高裁判所判決においても、超実定法的な国の統治権に行政処分の「公権力」性の根拠を求めつつ、これを司法権が覆す制度である点に行政訴訟制度の特殊性がある、という理解を見出すことができる。<sup>(33)</sup>

(31) 田中二郎『新版行政法・上巻 [全訂第二版]』（弘文堂・1974年）279頁以下、296頁以下、同『司法権の限界』（弘文堂・1976年）40頁以下など参照。

(32) 柳瀬良幹「平野訴訟の示唆」（初出・1948年）同『人権の歴史』（明治書院・1949年）151頁。

(33) この点については、岡田・前掲注（17）19頁で簡単に述べた。

第二は、この事件と司法権の独立との関係である。戦前の司法官僚制は戦後においてもそのまま維持され、旧司法官僚の一部は、最高裁判所の設立に際してそのまま事務総局を構成した<sup>(34)</sup>。そして、司法裁判所は民主化を担うべき機関として権限を拡張してきたが、本件で初めて、総司令部を後ろ盾とする政府ときわだった対立をすることになった。すなわち、「政府は、行政権の独立を主張し、その立場から、司法審査には当然一定の限界が認められるべきものとの考え方をするのに対し、裁判所は、司法国家体制をとる日本国憲法の下においては、法律に別段の手續規定を設けていない限り、行政処分<sup>(35)</sup>の効力を争う行政事件も原則として民事訴訟法の定める手續によるべきものとする考え方をすることになった<sup>(35)</sup>」のである。この対立は、結局、裁判所側が総司令部・行政権側に屈服する形で決着をみた。そしてこの結果として、行政事件訴訟特例法について「司法権の優位を強調しすぎる日本側の折衝原案」が大幅に修正されることになるとともに、<sup>(36)</sup>「法理論的には、いわゆる『統治行為論』の形成のため一つの契機が与えられた<sup>(37)</sup>」のである。占領体制終了後も、「統治」に関わる事件について日本の裁判所は過度に謙抑的となり、“憲法裁判所”・“行政裁判所”としての役割をほとんど果たすことなく、もっぱら民刑事裁判所としての役割に徹するようになっていった。抗告訴訟の訴訟要件を過剰に重視して「門前払い」判決を追求しようとする司法裁判官の心性も、ここに端を発しているように思われる。かくして、司法権の独立は、行政権との軋轢を極力回避しながら、行政権に対抗できる体制づくりを通じて達成すべきだ、という行動方針が採られたのである。このことは、「司法権内部の行政官僚」

(34) たとえば、潮見俊隆「日本の司法制度改革」東京大学社会科学研究所編・前掲注(29)33頁以下など参照。

(35) 田中二郎「平野事件——公職追放と司法審査——」（初出・1980年）同『日本の司法と行政』（有斐閣・1982年）180-181頁。

(36) 佐藤竺「行政事件訴訟特例法の立法過程」鶴飼信成編『行政手續の研究』（有信堂・1961年）265頁。

(37) 宮崎良夫「平野事件」ジュリスト900号（1988年）35頁。

が支配権を握るとともに、中でも人事局と行政局が司法官僚機構の中核部分<sup>(38)</sup>を占めていること——つまり組織統制と行政権対応の重要性——に現れていると思われる。

## 5 20世紀後半の司法権と行政権

前述のとおり、日本は日本国憲法の下で大陸型の特別裁判所制度を廃止し、アメリカ型の一元的な司法裁判所制度を採用した。しかし、ここで採用されたのは、コモンローを前提とする制度ではなかった。法源論については、大陸型の実定法準拠主義（成文法主義）が維持されたのである。この結果、行政訴訟法制の立法作業および行政訴訟実務において、看過しがたい混乱が生じることになった。

まず、行政訴訟法制の立法作業について、政府は、暫定的立法であった行政事件訴訟特例法の制定後、これに代えて新たに行政事件訴訟法を制定することとした。そして、政府の方針を受けて同法の法案作成にあたった法制審議会委員らは、民事訴訟法とは別個の——つまり行政訴訟特有の——自己完結的な訴訟法制を構築することを目標とした。行政事件を担当するのが司法裁判所であるとしても、そこでの裁判所は行政権が担う「公益」に関する審理・判断を行うのであるから、司法裁判所を特別の国家機関として機能させる一般法が必要だ、と考えたのである。このため、同法の立法作業は、民事訴訟規定の緩和ではなく、むしろその適用をいかに制限するかという方向で進められることになった。いわば大陸法型の思考方法に基づいて権利救済を抑制する実定法規定が設けられることになり、さらには、行政事件訴訟特例法に比べても後退した規定が定められることになったのである。<sup>(39)</sup>一方、そこにはアメリカ型の——あるいは伝統的な「司

(38) 新藤宗幸『司法官僚』（岩波書店・2009年）93頁、110頁。

(39) 行政事件訴訟特例法に比べて後退した点として、行特法が訴訟類型を包括的に定めていたのに対して、行訴法がこれを細分化したために、当事者訴訟が包括的訴

法裁判所＝民刑事裁判所」という型の——思考方法も伏在していた。すなわち、民事訴訟の処理形式に収まらない訴訟類型と訴訟手続を規定の対象から排除しようという思考方法である。このため、たとえば、行政処分の義務づけ・差止めに関する訴訟類型や事実行為に対する救済の訴訟類型の定めは見送られることとなり、また裁判所の責任を重くする職権審理主義的な手続規定はほとんど設けられないこととされたのである。<sup>(40)</sup> これら二つの思考方法の合力が、「英米型の通常裁判所で行政事件を扱うことになっているにもかかわらず、大陸型の法制の影響を受けて、審理手続を異にするが、裁判所は同じ通常裁判所であるため、権限裁判の制度が置かれていないという、中途半端で、徹底しない状態」を生じさせたといえるであろう。

次に、行政訴訟の実務においても、上記二つの思考方法に対応する二種類の考え方が混在することになった。一つは、「行政については全く素人の裁判官が行政処分の違法性について審理判断するのであるから、その判断が行政ないし行政によって代表される公益一般に及ぼす影響の多大であることに思い至れば、行政事件の処理については特別な配慮ないし心構えを必要とする」という考え方であり、もう一つは、「行政事件といえどもすでに民事事件の一種に過ぎないものとなったのであるから、他の民事事

---

訟方法としての意義を失って存在意義すら疑われるようになった点および新たな訴訟形式の生成を阻止する役割を果たすようになってしまった点、あるいは、行特法では原告適格（訴えの利益）に関する規定がなかったので判例法による展開が可能であったのに対して、行訴法がこれを「法律上の利益を有する者」と限定的に定めたために、実定法規を絶対視する判例の傾向をもたらすようになった点、行訴法が無効等確認訴訟についても原告適格に関する規定を設けたために、文言解釈をめぐって多大な疑義を生じさせた点、などが指摘されている。南博方「行政事件訴訟法の軌跡と展望」ジュリスト925号（1989年）100頁参照。

(40) 事実行為に対する救済をめぐる審議について、岡田・前掲注（22）230頁以下参照。

(41) 園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」（初出・1983年）同『現代行政と行政訴訟』（弘文堂・1987年）11頁。

件と全く同様に何ら特別に気負うことなく淡淡と処理すべきである」という考え方である。<sup>(42)</sup>これらは相対立するものではなく、司法裁判所の責任を回避する方便として両方が適宜用いられてきたといえる。すなわち、司法裁判所は、一面では、前者の考え方に立ち、大陸型の実定法準拠主義を掲げることによってコモンロー裁判所的な救済方法の創造を拒否しながら、訴訟要件規定については「特別の配慮」を施した解釈を用いて非民事事件の本案審理を回避しようとし、他面では、後者の考え方に立って、両当事者の本質的な不平等性に目を瞑り、行政事件の特質に応じた審理手続や判断方法の適用に消極的態度をとってきたと考えられる。総じていえば、訴訟要件解釈における事大主義と本案審理における事勿れ主義の組み合わせが司法裁判所の責任回避の手段として用いられてきたのである。<sup>(43)</sup>

もちろん、司法裁判所の動向を全体としてみれば、上記のような責任回避の対応一色ではなかった。とくに、1960年代から70年代初頭にかけて、東京地裁の白石健三裁判長や杉本良吉裁判長らの法廷あるいは最高裁の田中二郎裁判官の意見が示した行政法解釈および行政事件訴訟法の運用は、今日なお有益な指針となるものである。しかし、“司法反動の時代”と呼ばれる1970年代半ば以降になると、行政事件訴訟法および裁判実務における上述のような問題点が一気に表面化し、1980年代末には「行政訴訟の機能不全」<sup>(44)</sup>が学界の共通認識になった。1998年の法改正で司法試験科目から行政法が消滅したことも、裁判実務における行政事件の位置づけを象徴的に示しているといえるであろう。

(42) 園部・前掲注(41) 5頁。

(43) 以上については、行政訴訟の土地管轄をめぐる司法裁判所の責任回避という側面から論じたことがある。岡田正則「行政訴訟の管轄と裁判を受ける権利——行政事件訴訟法12条3項の立法史的・比較法的検討——」早稲田法学71巻3号(1996年) 39頁(73頁以下)。

(44) たとえば、ジュリスト総特集『行政事件訴訟法判例展望』ジュリスト925号(1989年)所載の諸論文および公法研究52号(1990年)所載の1989年公法学会の諸報告を参照。

## おわりに

行政権の独立性の確保と司法権からの干渉の排除という思想をなぜ司法権の担当者も受け入れてきたのか、という本稿冒頭の問いについて、以上のような歴史的経緯の概観から得られるのはどのような答えだろうか。さしあたりの答えは、行政官僚制の圧力から司法官僚制を保全するため、ということになるであろう。

前述のように、2000年代に進められた司法制度改革の中で行政事件訴訟法が改正され、行政活動に対する司法のチェック機能は向上しつつある。そしてこのことは、訴訟の入口（訴訟要件）に関する判断にとどまらず、一定程度は本案の実体判断についてもあてはまると考えられる<sup>(45)</sup>。しかし、上記のような行政訴訟制度と司法官僚制との歴史的関係に鑑みると、この間の行政訴訟の活性化は、信用失墜した行政官僚の代りに司法官僚が国家統合の役割を一部になうようになってきたことの現れではないか、という疑念を拭うことができない。あるいは、この間の司法制度改革に関する「行政優位の管理型法的運用システム」から「自立型法を基軸とする司法中心の法運用システム」への転換という方向性や、英米型の「法の支配」の市民社会的側面を強調することによる「行政と私人との紛争についても、私人相互間の紛争と同じ法的な規準・手続で扱うことを要請する」と

---

(45) 最近の例を挙げれば、計画の処分性（浜松市土地区画整理事業計画決定事件、最大判2008・9・10民集62巻8号2029頁）、条例の処分性（横浜市保育所民営化条例事件、最判2009・11・26判例集未登載）、原告適格（小田急高架化訴訟、最大判2005・12・7民集59巻10号2645頁）などの訴訟要件や訴訟類型（当事者訴訟の活用について在外日本人選挙権訴訟、最大判2005・9・14民集59巻7号2087頁）に関する最高裁判例のほか、実体判断に関するものとして、行政裁量（林試の森事業認可処分事件、最判2006・9・4判時1948号26頁）、平等原則（国籍確認訴訟、最大判2008・6・4民集62巻6号1367頁）、国家賠償責任（前掲の在外日本人選挙権訴訟）などである。

この議論<sup>(46)</sup>については、司法官僚制の批判的検討を同時に行うことが不可欠ではないか、と考えざるをえない。つまり、行政事件の場合、前述のような司法官僚制の下では、「司法過程への国民の主体的参加」は必ずしも「権力拘束的な契機」<sup>(47)</sup>に結びつかず、むしろ「近代法治主義の特色」である「“法による裁判”の理念」<sup>(48)</sup>に反する帰結をもたらすのではないか、ということが懸念されるのである。

いずれにしても、本稿のテーマについては、日本における英米型の「法の支配」と行政訴訟制度との関係という論点を含めて、今後さらに考察を進めることにしたい。<sup>(49)</sup>

[付記] 佐藤英善先生には、1978年度に早大法学部の講義「行政法」を受講して以来、大学院での研究指導を含め、今日に至るまで、きわめて大きな学恩を賜わった。拙稿を献呈することで、先生に心からの感謝の気持ちを捧げたい。また、奥島孝康先生・戒能通厚先生には、これまでたくさんのご指導とご教示をいただいた。この場で心からの御礼と古稀のご祝詞を申し上げたい。

---

(46) 田中成明「『法の支配』論議からみた司法制度改革」佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配』（成文堂・2008年）451頁・459頁・473頁。

(47) 田中・前掲注（46）466頁。

(48) 藤田宙靖「現代裁判本質論雑考——いわゆる“紛争の公権的解決”なる視点を中心として——」（初出・1972年）同『行政法学の思考形式 [増補版]』（木鐸社・2002年）275頁。

(49) 本稿は、2009年度科学研究費補助金（基盤研究C・課題番号：20530029）による研究成果の一部である。