

行政事件の裁判における「裁判」と「司法」の分離に関する小論

横 山 信 二

*本稿は、2010年6月にフランシュ・コンテ大学（フランス、ブザンソン）に研究拠点を置いて始動した国際シンポジウム「裁判へのアクセス／*Accès au juge*」（研究代表ヴィルジニー・ドニエ／*Virginie DONIER*；フランシュ・コンテ大学教授、公法）に、筆者が提出する予定の報告原稿の一部を、本紀要に発表するために構成し直し、それを詳述したものである。国際シンポジウム「裁判へのアクセス」は、フランシュ・コンテ大学とブルゴーニュ大学（フランス、ディジョン）の共同研究として、フランス、ドイツ、イギリスなどヨーロッパ各国およびアメリカの各大学に所属する公法、私法の研究者がそれぞれの研究領域を担当し、2012年末までに開催準備する国際研究である。この国際シンポジウムの経緯と本稿で論じたこととの関係については、「あとがき」で紹介している。

はじめに

私に与えられた課題は、『裁判へのアクセス』の研究の一連の比較法研究として、憲法上裁判一元論を採用している日本において、行政事件の裁判を司法裁判所に求めることは容易か、困難かを、(1)訴訟手続 (2)裁判費用 (3)出訴期間と関連させて、(もし必要であれば)その現状と改革について報告することである。

日本国憲法 32 条は「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われ

ない」とし、独立公平な裁判機関による「裁判を受ける権利」を保障している。裁判は、争訟解決に適正な法を発見し宣言することによって、事件の当事者間の争いを解決することを目的とする。古くから、紛争当事者から独立し、公平な裁判機関が、当該紛争を解決する基準となる法を発見し宣言する（法的判断を表示する）ことによって、裁判の目的が達成されてきた。つまり、法とは裁判機関による法的判断の表示である判例法（今日的な意味のコモン・ロー）を意味していた⁽¹⁾。したがって、政治的介入や紛争当事者の一方に偏した裁判は公平な裁判による事件の解決といえず、裁判官を含む万人を拘束する法による紛争解決がなされないから、裁判の目的は達成されない。すべての個人が権利自由の救済を独立かつ公平な裁判機関に求め、かつ、独立公平な裁判機関以外から裁判されることのないことを基本的人権として保障することが、「裁判を受ける権利」の保障である。したがって、「裁判を受ける権利」とは、当該事件に対して独立公平な裁判管轄権をもつ裁判機関によって裁判を受ける権利という意味である⁽²⁾。

「裁判を受ける権利」が、行政事件との関係で問われるのは、行政事件の性質にある。すなわち、行政事件とは、行政主体と私人の行政上の権利義務に関する争いであり、行政事件の裁判の目的は、違法な行政権の行使によって私人が被った損害の賠償、または、私人の権利利益を侵害している違法な行政の是正を求めること（行政救済）にある⁽³⁾。行政事件の裁判は、原告

-
- (1) 末弘厳太郎（戒能通孝改訂）『民法講話上巻』1～20頁（岩波書店、1971年）は、法には「行為規範としての法」と「裁判規範としての法」があることを前提に、裁判規範としての法が、各々の種類の裁判所の裁判官が、（人為的ではなく）法律上の裁判管轄制度に従って事件を裁断する権限の準則であることによって、裁判官の専恣による裁判を防ぎ、「裁判の公平」を保持することが可能であったと指摘する。
- (2) 芦部信善（高橋和之補訂）『憲法 第三版』235頁（岩波書店、2005年）。
- (3) 宝塚市パチンコ店建設中止命令事件（最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）のように、行政主体が、私人の行政上の義務の履行を行政裁判で求める場合もある。

(私人) が違法と訴える当該行政を審理し、違法か否かを判断することである。したがって、司法裁判所のみが唯一の裁判機関である裁判一元制においては、行政事件の裁判管轄は、民事事件及び刑事事件の裁判を含めて司法裁判所に属し⁽⁴⁾、行政事件の裁判を通じて、司法権が行政権に介入することを意味する。そこで、司法裁判所が積極的に当該行政の違法性を審理すれば、原告の「裁判を受ける権利」は保障されるが、司法権が行政権の第一次的な判断に介入し、司法の判断を行政の判断に置き換え、行政の判断による公益の保護が阻害される。反対に、司法裁判所が行政の第一次的判断権を尊重し、当該行政の違法性の審理を控えるならば、結果的に、行政救済を求める原告の「裁判へのアクセス」が阻まれ、「裁判を受ける権利」が保障されないことになる。司法裁判所における行政事件の「裁判を受ける権利」が問われるのは、主として後者の場合である。つまり、司法権と行政権に関わる権力分立論を背景に、行政事件の裁判によって権利自由の救済を受けようとする者が、行政事件の訴訟手続、裁判費用、出訴期間の制限などによって「裁判へのアクセス」が阻害され、「裁判を受ける権利」が保障されない状態が生じるのではないか、ということである。

1. 行政事件の裁判管轄権は、司法裁判所に属する

1-1 裁判一元論 日本国憲法 76 条 1 項は、「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 2 項で「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」と定める。つまり、わが国における「裁判所」とは、司法権が属する裁判所である司法裁判所であり、憲法は司法裁判所の系列にない特別裁判所を設置することを禁止している。したがっ

(4) 憲法 32 条の「裁判を受ける権利」との関係で、芦部、前掲注 (2)、235 頁を参照。

て、行政事件の裁判管轄権を有する行政裁判所を設置することはできず、行政事件の当事者が行政機関に裁判を求めても、行政機関による裁判を最終の紛争解決とすることはできないから、その判断に不服の他方当事者が司法裁判所の裁判を求め、司法裁判所の判断（確定判決）による紛争解決を保障することが、わが国における行政事件の「裁判を受ける権利」の保障である。つまり、行政事件の裁判を受ける権利とは、司法裁判所による裁判を受ける権利を意味している。このように、日本国憲法上、裁判は司法裁判所によってのみ行われる裁判制度（裁判一元論）である。しかし、この裁判一元論は、「司法」と「裁判」を同一の概念に置くことになり、その結果、行政事件の裁判も「すべて司法権」に含められ、行政事件訴訟手続に基づいて行われる司法裁判所による行政事件の裁判を受ける権利の限界、換言すれば、行政機関が裁判を行うことによって保障される行政事件の裁判を受ける権利の意味が隠されてしまう。

1-2 「裁判と立法」および「裁判と司法」 美濃部達吉博士によると、「司法と云う言葉は、其本来の意味に於いて裁判というのと同じ」であるという⁽⁵⁾。それでは、これを逆にして、《裁判（jurisdiction）とは、「其本来の意味に於いて」、司法（judiciaire）のことである》と言い換えることができるのだろうか。司法「本来の意味に於いて」、司法とは裁判というのと同じであるというのは、司法裁判所が唯一の裁判機関である場合（すなわち、裁判一元論）に限られるのではないか。そのように仮定すると、司法と裁判は、それぞれ異なる意味と機能があって、司法権の対象となるすべての作用が「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」、すなわち司法裁判所に属し⁽⁶⁾、司法権の対象とならない作用である立法権および行政権に属する争訟の裁判を別個に設けることができそうである。ただし、憲法 76

(5) 美濃部達吉『憲法講話』386頁（有斐閣書房、大正7年）。

条 2 項は司法裁判所の系列にない特別裁判所の設置を禁じ、同 81 条は附随的違憲審査権を司法裁判所に認めるから、立法裁判所⁽⁶⁾や行政裁判所を設置することはできないし、司法権の対象とならない立法権および行政権に属する争訟であっても、司法権の対象となる事件に附随して司法裁判所の裁判の対象となる。その限りで、立法権が裁判し、行政権が裁判することもあり得るから、行政事件の裁判が、必ずしも司法裁判所の裁判管轄のみに属することになるとは言えず、ここで設定した仮説の妥当性を検証し、司法裁判所が行政事件を裁判することの意義を明らかにし、わが国における行政事件の「裁判を受ける権利」を論じるためには、まず司法と裁判の意味を探らなければならぬ。

高柳信一教授によれば、裁判とは、法を発見し宣言する作用であり、立法と同じ意味であった⁽⁷⁾。つまり、裁判とは、その本来の意味において、「法を発見し宣言する裁判官の立法作用」であった。「社会あるところに法あり／*Ubi societas, ibi ius*」という法諺が示しているとおおり、紛争を解決する作用は裁判であり、裁判を行う者が、社会の諸規範 (rules) から紛争当事者が従わなければならない法 (law) を発見し、宣言するのが裁判であった⁽⁸⁾。裁判は、ローマ時代、元老院や護民官の公的裁判権として、私人間の紛争に関する訴訟／*judicia privata* と犯罪に関する訴訟／*judicia publica* とに区別されて行われた⁽⁹⁾。中世から近世にかけて、恩貸地に対する忠誠服従という封建的支配関係に基づいて、形式上、領主／*Baron* を支配する君主 (国王) に

(6) 抽象的違憲審査制を採用する憲法裁判所 (ドイツ)、憲法院 (フランス) などがある。

(7) 高柳信一「近代国家における基本的人権」東大社研編『基本的人権 1 総論』16 頁 (東京大学出版会、1968 年)。

(8) Marc BLOCH, *La Société féodale*, Tome II (Paris, 1940), p.509. 参照、マルク・ブロック／堀米庸三監訳『封建社会』457 頁 (岩波書店、2008 年)。

(9) Raymond CHARLES, *La Justice en France*, 《Que sais-je?》n° 612, PUF, Paris, 1954, pp. 6-7.

属する裁判権が認められ、しかし、事実上は君主が領主の領地に介入することを拒否する領主による裁判（領主裁判／*justice seigneuriale*）⁽¹⁰⁾が、民事と刑事の区別なく、大事件／*causae majores*と小事件／*causae minores*に区別されて行われた⁽¹¹⁾。国王の裁判権は、刑事に関する大事件の上級裁判権として介入し、民事と刑事に関する小事件の訴訟手続を介して領主裁判権に介入した⁽¹²⁾。その意味で、国王裁判／*juridictions royales ordinaires*は通常裁判と位置づけられ、これとは別の体系である特別裁判所として、聖職者および婚姻、出産、相続など世俗の宗教上の事項に関する教会裁判が行われた⁽¹³⁾。

以上の歴史的事実の展開が示すように、裁判は、争い事を、《法を発見し、宣言する》ことによって解決することを意味した。ローマ時代、裁判は公的な統治作用の性格をもち、市民間の争訟を対象とする裁判／*judicia privata*と、公共の安全と秩序を乱す行為者を処罰する裁判／*judicia publica*が行われた。しかし、中世から近世の封建社会において、支配者である君主と被支配者である領主との封建的契約関係に基づく私的な統治の性格を帯びようになり⁽¹⁴⁾、君主の主観的権利(*droit subjectif*)として観念された領主の主権的裁判権のもとに、細分化された裁判制度が縦横に重ねられた。争訟を解決するために《法を発見し、宣言する》裁判は立法と同じ意味であったが、*judicia privata*と*judicia publica*を司法／*judiciaire*と観念し、司法の概念に属しない行政事件

(10) 国王が裁判権の特許状を与えたのは教会の裁判権だけであり、領主の裁判権は事実上のものであった。もともと領主／*baron*は当該領地の支配者であり、君主の支配地域が「国家」へと拡大し封建的支配関係が確立するにしたがい、領主が領地の支配権を主張し（このとき主張された支配権が「主権」であった。Cf., Léon DUGUIT, *Les Transformations du droit public*, 1921, Paris, p.9.）、君主もこれに配慮し、慣習法上の《不輸入の権利／*immunité*》を認めた。BLOCH, *op.cit.*, p.499.

(11) *Ibid.*, p.502.

(12) *Ibid.*, p.505.

(13) *Ibid.*, p.497.

(14) DUGUIT, *op.cit.*, pp. 8-10.

の裁判／*jurisdiction* が、フランスで確立するのは 19 世紀後半であった。

1-3 行政事件の裁判と権力分立論 司法裁判所における裁判について、「司法と云う言葉は、其本来の意味に於いて裁判というのと同じ」（美濃部）であるとされながら、清宮四郎教授は、「司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」（傍点は筆者）と定義されるが⁽¹⁵⁾、裁判の概念にとって重要な要素である《法を発見し、宣言する》のうち《法を発見する》こと、すなわち、コモン・ローを発見することが、清宮による司法の概念には明示的に含まれていない⁽¹⁶⁾。司法の概念は、《法を発見し、宣言する》という要素よりも「正しい法の適用を保障する」こと、つまり、《法規を適用し、争いを解決する》ことに重要な要素があるとしている⁽¹⁷⁾。このような裁判と司法の混用が、裁判が民事事件と刑事事件について行われていたという歴史的事実を前提に、権力分立論に基づく統治システムの基礎理論が確立する過程の中で、行政事件の裁判管轄について特別な裁判所を必要としなかったアングロ・サクソン系の裁判一元論を引き継いだ司法国家に見られる⁽¹⁸⁾。そこで、《法を発見し、宣言す

(15) 清宮四郎『憲法 I』330 頁（有斐閣、昭和 48 年）。

(16) 芦部、前掲注（2）、307～308 頁は、清宮の司法の概念を「より厳密に定義すれば、『当事者間に、具体的事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用』と言うことができる」（傍点は筆者）と述べ、とくに「何が法であるかの判断をなし」という裁判の概念を司法の概念に含めているが、「この司法の概念を構成する重要な要素」からこの裁判作用が除外されている（ただし、同書 308 頁の注*）。

(17) これまでの司法の概念（司法権の観念）をめぐる諸議論を検討し、「司法」と「裁判」を区別する佐藤幸治『現代国家と司法権』10～45 頁（有斐閣、昭和 63 年）を参照。

(18) 佐藤、同上書 31～32 頁によると、「司法」と「裁判」の区別を論じながら、ドイツは「司法国家」ではなく、「いわば『裁判国家』である」と紹介される。

る》という裁判の立法作用から、裁判と立法が区別された結果、立法によって発見され宣言された《法規を適用し、争いを解決する》という司法概念が導かれた過程——裁判から司法が分離する過程——を検討しよう。

近代以降、統治の基本原理となった国民主権の原理は、国民代表議会のみ
に法規を定める立法権を委ね（法律の法規創造力）、国民代表議会が発見した
法を法条の形式で（つまり、法典の中に）宣言する大陸法／civil law system —
法を判決で宣言するコモン・ロー・システムではなく、法律で法が宣言され
るシビル・ロー・システム—をもたらした⁽¹⁹⁾。すなわち、立法作用を国民
代表議会だけに帰属させる社会契約論に基づく論理的帰結から、シビル・ロ
ー・システムは、立法作用を裁判の概念から議会に委譲させ、立法とは、国
民代表議会が法律によって法規を発見し宣言することを意味するようになる。
その結果、統治権力は立法権力、執行権力、裁判権力に分けられ、立法
権力は議会に、執行権力は政府に、裁判権力／la puissance de juger は裁判所
に、それぞれ帰属するという権力分立論による統治システムが確立した⁽²⁰⁾。
とくにフランスでは、16世紀から18世紀の市民革命まで、アンシャン・レ
ジームの政治体制の一翼を担った高等法院（Les parlements. 国王の諮問機関とし
て、パリのほか12の高等法院と4地域の最高評定院として設置されたものの総称⁽²¹⁾）
が立法権（王令に対する建白権／remontranceと登録権／enregistrement）と、領主

(19) シビル・ロー・システムは、1804年のフランス民法典の制定に始まる。参照、Bernard SCHWARTZ, *French Administrative Law and The Common Law World* (New York University Press, 1954), pp.1-2, G.S. VIATOR, *Histoire de France et notion d'histoire générale* (Lyon, 1887), p.719, V. LAFFONTT-BOMPIANT, *Dictionnaire des oeuvres I* (Bouquins, Grande-Bretagne, 1954), p.815. それまで立法は、judge-made law といわれる判例法体系である common law system で、英米法体系を意味している。これに対し、法律による法の宣言は、ナポレオンが侵攻したヨーロッパ大陸に普及し、成文法体系の civil law system（大陸法）となった。横山信二「行政法の法源に関する考察」愛媛大学法文学部論集総合政策学科編 15号 66～67頁（2003年）を参照。

裁判所の上級裁判所として発達した裁判権を行使していたが⁽²²⁾、市民革命は社会契約論を理論的根拠として立法権を国民代表議会に帰属させ、また、高等法院が、行政主体である国家と市民の法関係を裁断する行政事件⁽²³⁾を裁判し、行政に関する法を発見し宣言することによって執行権力を拘束するこ

-
- (20) モンテスキュー／野田良之・稲本洋之助・上原行雄・田中治男・三辺博之・横田地弘訳『法の精神 上』291 頁 (岩波文庫、1988 年) 以下。同書の邦訳を、原文 (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, p.294) に照らすと、統治権力を la puissance legislative (立法権力), la puissance exécutive (執行権力)、la puissance de juger (裁判権力) としている。これらの統治権力の意味について、第一の権力である立法権力は「一時的もしくは永続的に法律を定め、また、すでに作られている法律を修正もしくは廃止」し、第二の権力である「万民法に属する事項の執行権力……によって……安全を確立し、侵略を予防し」、第三の権力である「公民法に属する事項の執行権力」によって、「彼は犯罪を罰し、あるいは、諸個人間の紛争を裁く」(同書 291 頁) と説明する。そして、この第三の権力を「人は裁判権力 (la puissance de juger) と呼び、他の執行権力を単に国家の執行権力 (la puissance exécutive) と呼ぶであろう」と述べている。イギリスの国制を対象としたモンテスキューは、ジョン・ロックに従って、国家の権力を立法権力と執行権力に分けたうえで、執行権力を裁判権力(「犯罪を罰し」=刑事事件、あるいは、「諸個人間の紛争」=民事事件を裁く)と、裁判権力を除いた他の執行権力、つまり、結論として立法作用と刑事事件と民事事件の裁判=司法作用を除いた残余の作用である「行政」を執行権力としている。つまり、モンテスキューは「行政」の定義について控除説を述べていることになる。けっきょく、モンテスキューは、ロックの執行権力を裁判権力と行政権力とに区別し、裁判権力が司法権力を意味していることから、司法権力と行政権力の分立を説くという獨創性を示している (同書 445 頁)。執行権力が司法権力と行政権力とに分けられ、しかも裁判権力が司法権力と同一化されたことにより、「立法」「司法」「行政」の三権が、後世に統治権力のモデルとして観念される。
- (21) 宮崎揚弘『フランスの法服貴族—18 世紀トゥルーズの社会史—』5 頁 (同文館、平成 6 年)。山口俊夫編『フランス法辞典』巻末付録 (9)「1789 年以前のパルルマン parlements と最高評定院 conseils souverains」も参照。
- (22) 宮崎、同上書 47～49 頁。
- (23) 民主主義の普及とともに国家と国民を規律する法を発見し宣言するコモン・ロイヤーに言及した SCHWARTZ, *op.cit.*, pp.1-2.

とは、権力分立論に反して、裁判権力が執行権力に介入すると評された。そこで、高等法院は、行政事件を除く民事事件と刑事事件について裁判権を行使する司法裁判所／*jurisdiction judiciaire*である破棄院／*Cour de Cassation*となった⁽²⁴⁾。このことから、シビル・ロー・システムを誕生させたフランスは、市民革命の理論的帰結として、民事事件と刑事事件の裁判（権）を司法（権）⁽²⁵⁾の対象とし、それらの裁判管轄権を破棄院に属せしめたのである。そして、《法を発見し、宣言する》という裁判の概念を構成する重要な要素は、執行権力と裁判権力の分立という原則に基づいて、行政事件の裁判に維持された。すなわち、行政事件の裁判管轄権は行政権の一部として、行政争訟の当事者となり、執行権力を具現する活動行政(*administration active*)から独立した行政裁判所／*jurisdiction administrative*の裁判管轄権に属した。行政法が、《コモン・ローとしての行政法／*Le droit administratif de common law*》と称されるのは、行政法が行政裁判所の判例法であることを表している⁽²⁶⁾。

したがって、司法とは民事事件と刑事事件を裁判することである。行政事件を民事事件と刑事事件とは異なる争訟であるとしなかったコモン・ロー・システムにおいては、裁判とは民事事件と刑事事件の具体的な争訟を解決す

(24) Georges PICCA et Laine COBERT, *La Cour de Cassation* (Paris, 1986), 《Que sais-je?》 n° 2282, p.16.

(25) 「司法権／*pouvoir judiciaire*」は、ローマ時代の市民間の争訟や社会の犯罪に対する刑罰に関する裁判である *judicia* に由来し、コモン・ロー裁判を意味していたと推測される。なお、佐藤、前掲注 (17)、39 頁に拠ると、モンテスキューの裁判権力に相当するものを「司法権(*judicial power*)」と命名したのは1780年のマサチューセッツ憲法であったと記されている。

(26) Pierre FOUCHER, *Droit Administratif* (La common law en poche v.8, Québec, 1997), p.1. なお、SCHWARTZ, *op.cit.*, “If such a system were to be developed at all in the absence of legislative intervention, it had to be developed by the judge by practices thoroughly familiar to the Anglo-American lawyer. In this field the judicial role was not limited to filling in the gaps in the Code. The judge was confronted, much as were the creators of the common law, with a *tabula rasa*” (pp.1-2).

るために、正しい法を発見し、宣言する立法作用であり、殊更に、司法という概念を必要としない。伝統的に「法の支配」を統治の原理とするイギリスは、裁判所を議会（貴族院）に設置し、行政事件の裁判を行う特別の裁判所は存在しないから、権力分立論を統治システムの基礎にしているわけではない⁽²⁷⁾。A. V. ダイシーによると、19 世紀イギリスでは、国王が当事者となる事件であっても、国王（その代理人である官吏）は、法の前の平等という原則において、他方の当事者である私人と同一の裁判所が適用する同じ法に服するから、国王の執行権力は裁判所の判決によって規律される⁽²⁸⁾。このように、法の前の平等という原則から、国王も国民と同じ裁判所が適用する法に服するという「法の支配」原理が確立し、議会に置かれた裁判所の系列に属さない特別裁判所は認められなかったのである⁽²⁹⁾。

2. 「すべて司法権」が属する裁判所が、行政事件の裁判を行う

2-1 司法裁判所における行政事件の裁判（行政事件訴訟法） 日本国憲法 76 条 1 項は、「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」と定め、その第 2 項は「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」としている。換言すれば、すべての民事事件と刑事事件の裁判権である司法権は裁判所に属し、司法裁判所の系列に属しない特別裁判所を設置することはできず、行政機関が終審として裁判を行うこともできない。憲法 76 条の組織法である裁判所法 3 条 1 項も「裁判所は……一切の法律上の争訟を裁判」する「権限を有する」とし、同条 2 項は「前項の規定は、行政

(27) René DUSSAULT et Louis BORGEAT, TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF, Tome I, 2ème éd.(Laval, 1984), pp.10-11.

(28) A. V. DICEY, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed. (London, 1973), p.193.

機関が前審として審判することを妨げない」としている。したがって、アメリカ憲法の影響を受けた日本国憲法は、アングロ・サクソン系の裁判一元論に基づいて、行政事件を主として民事事件として扱い⁽³⁰⁾、「すべて司法権は……裁判所に属す」とした。その上で、19世紀末から20世紀初頭にかけてアングロ・サクソン法系に発達してきた行政委員会における行政事件の審判（裁判）による行政事件の裁判の発達⁽³¹⁾を日本国憲法76条1項と2項に踏襲させたと解釈できよう。ただし、決定的に異なるのは、大日本帝国憲法

(29) 13世紀末のイングランドでは、紛争を解決するためのコモン・ローを発見することができない事件が提起されるようになり、国王裁判所は、教会法やコモン・ローの類推からコモン・ロー以外の法を発見し、事件に適用して解決するようになったといわれる。このコモン・ロー以外の法がエクイティであり、エクイティは国王裁判を行う大法官によって行われ、大法官は、差止命令（injunction）や信託（trust）などのエクイティを、コモン・ロー裁判を開始する根拠として示す令状（writ）を発給し、裁判不能を避け、時代に応じた法の発見と救済に尽くした。このようなエクイティ裁判は、イギリスでは1875年の裁判所法で廃止され、それまでのエクイティは、その判例集とともにコモン・ロー裁判に統合された。絶対主義後に議会主権／Sovereignty of Parliamentが成立し、コモン・ローが議会議定法に優越する地位を有するとはいえなくなったが、「イギリスにおいて、古来、制定法は、既存のコモン・ローを単に成文の形式で宣明するものにすぎずないという観念があつたこと……國會は法を作るものではなくて、法を発見する機能をもつと考えられ……そのような機能は、まさに裁判所と同質的なものであり……國會と裁判所とは常に密接な協調を保つて、『法の支配』を育成してきた」、（伊藤正己「英米法における『法の支配』」38～39頁、日本評論社版〔法律學体系第二部〕、法學理論編44、昭和25年）、横山信二「法の発見／創造と宣言－裁判と立法、行政法と司法－」松山法學創刊号（2000年）24頁、メイトランド／トラスト60・エクイティ研究会訳『エクイティ』2～11頁（有斐閣、1991年）、FOUCHER, *op.cit.*のJaque VANDERLINDEによる序文XVII頁を参照。

(30) 争訟当事者の法関係を発見し宣言するという意味で民事事件である。日本国憲法制定直後に、行政事件に対する裁判管轄権を有していた行政裁判所が廃止され、行政事件は、昭和22年の「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」により、原則として民事訴訟の手續によって司法裁判所の管轄に置かれる民事事件となった。参照、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法 第3版補正版』4～5頁（弘文堂、平成21年）。

(旧憲法) を定めた明治期に、わが国はドイツ行政法を継受し、旧憲法 61 条は司法裁判と行政裁判とを分離して行政裁判所を設置し、限定的であったとはいえず、行政事件の裁判は行政裁判所の管轄であったこと、そして、イギリスのような「法の支配」と「法の前の平等」という伝統的な法原則の土壌がなかったことの二点である。司法裁判所が行政裁判を行う意味は、これらの法原則のもとに、「司法」という概念を必要としなかったイギリスや、建国に当って忠実な権力分立論に基づいて立法、行政、司法のチェック・アンド・バランスを定めるアメリカ合衆国憲法とも異なる。日本国憲法 76 条 1 項は「すべて司法権」が裁判所に属すると定め、裁判所法 3 条 1 項が裁判所の権限を「一切の法律上の争訟」を裁判することとした結果、民事および刑事の裁判を行う司法裁判所が、「法律上の争訟」である行政事件についても裁判する「司法権以外の特別の権限」が裁判所に付与されたのである⁽³²⁾。し

(31) 行政委員会による準司法的権限の行使は、コモン・ロー裁判所による行政に関する法の発見と宣言ではないから、英米行政法の誕生とはいえない。イギリスにおいては、行政事件は通常裁判所と行政審判所に提起され、事件を一般的に管轄する通常裁判所では、行政事件も実質的に民事事件として、私法上の救済 (private law remedies. 「通常の救済(ordinary remedies)」という場合もある) と私人間の紛争には適用されない「特別の救済(extraordinary remedies)」である大権命令による救済(prerogative remedies) となり、大権命令による救済を適用する基準、つまり民事事件と行政事件とを区別する基準をめぐってイギリス行政法の展開が促された。参照、田中館照橋『行政裁判の理論』113～116 頁、127～132 頁、224 頁 (信山社、1987 年)、山田幸男「イギリス行政訴訟制」公法研究 15 号 101 頁 (1956 年)。この「特別の救済」である大権命令が、CERTIORARI (事件移送命令)、PROHIBITION (禁止命令)、MANDAMUS (職務執行命令)、INJUNCTIONS (差止命令)、HABEAS CORPUS (人身保護令状)、QUO WARRANTO (権限開示令状) である。したがって、イギリス、アメリカなどアングロ・サクソン系諸国における行政法の萌芽は、民事事件と刑事事件に対し裁判管轄権を有する司法裁判所 (コモン・ロー裁判所) が大権命令を適用するための行政事件の司法審査基準として形成されたのである。参照、David J. MULLAN, *ADMINISTRATIVE LAW*, 2nd ed. (Ontario, 1979), p.3-85 (Title 3 from vol.1 of *The CANADIAN ENCYCLOPEDIA DIGEST*, Third Edition, pp.3-85 — 3-284).

たがって、司法裁判所が、どのような事件を行政事件訴訟とし、その訴訟手続の内容をどうするかは、法律をもって定められるもので、司法の概念から当然に導かれ、定まるものではない。すなわち、行政裁判は、行政に関する争訟を解決するために、行政に関する法を発見し宣言するもので、「性質上本来行政権の作用に屬し、之を裁判所の権限に屬せしむるには特別の規定を必要とする」⁽³³⁾。したがって、この「特別の規定」を定めた行政事件訴訟法（昭和 37 年法律 139 号、「行政事件訴訟法の一部を改正する法律」平成 16 年法律 84 号）は、司法裁判所が行政事件を裁判する裁判制度にとっては、単に行政裁判の訴訟法であるという以上に、行政権と司法権の統治権限の境界に関する法であり、また、国民が行政事件の「裁判を受ける権利」を実現する—換言すれば、行政事件訴訟の類型、原告適格や出訴期間など、行政争訟の解決を求めて「裁判へのアクセス」が可能か否かに関係する—重要な意味をもっている。前述したように、フランスの行政裁判のしくみは、アングロ・サクソン系とは異なり、司法裁判と行政裁判を分離するもの（裁判二元論）であるけれど、さらに活動行政と裁判行政を分離（*séparation entre la fonction active et la fonction juridictionnelle*）するもので、行政裁判法／Code de justice administrative に基づき、行政事件の裁判は「フランス国民の名で行われ」（第 2 条）、10 カ条の各規定はコンセイユ・デタ創設以来の判例法を反映している。それは、司法裁判所が、行政事件訴訟法に基づいて行政裁判を行うわが国の行政裁判に類似している。これに対し、日本国憲法は裁判一元論を採用しているが、行政裁判を裁判の射程に認識しなかった英米行政法は、司法権が（民事事件や刑事事件の）裁判を通じて、行政権の作用に介入する際の司法審査基準を内容としており（注（31）を参照）、同じ裁判一元論に基づきながら、行政裁判による行政の司法的コントロールを内容とするわが国の行政法

(32) 美濃部達吉『日本國憲法原論』457 頁（有斐閣、昭和 23 年）。

(33) 同上書。

とは制度の意味が異なる。

2-2 行政事件訴訟法における「裁判へのアクセス」の実効性 — 抗告訴訟の場合 — 行政事件訴訟法、つまり、その第 1 条に抛れば、司法裁判所が行政裁判を行う範囲と裁判権行使の根拠を定める一般法である本法は、まず、行政事件訴訟を抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟の 4 種としている (第 2 条)。そして、第 3 条 1 項に抗告訴訟、第 4 条に当事者訴訟、第 5 条に民衆訴訟、第 6 条に機関訴訟について、それぞれ定義している。したがって、個々具体的に提起される事件の内容が、これら 4 種の行政事件訴訟に該当することによって、司法裁判所は当該行政事件訴訟を受理することになる。なお、第 7 条は「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」とし、行政事件訴訟に民事訴訟法が適用されるとしている。これは、行政事件訴訟法は「行政事件訴訟にとって必要な特殊固有の規定を設けるに止め、その他は、訴訟法分野で、学問的にも最も成熟し、法制的にも整備された民事訴訟法の例よることした」という理由であって⁽³⁴⁾、行政事件訴訟に該当しなければ民事訴訟法を適用する余地はないのであるから、本条が行政裁判を司法権に含めたことにはならない⁽³⁵⁾。

抗告訴訟は「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴え」(第 3 条 1 項)である。第 3 条 2 項から第 7 項に取消訴訟、無効等確認訴訟、不作為の違法確認訴訟、義務付け訴訟、差止訴訟が法定されているが、これら法定抗告訴訟

(34) 南他編、前掲注 (30)、192 頁。

(35) 行政事件訴訟法の前身である行政事件訴訟特例法 (昭和 23 年法律 81 号) は、昭和 22 年 5 月の平野事件をきっかけに制定されたが、行政事件を民事事件として裁判する日本国憲法制定直後の対応を払拭できず、その第 1 条は「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる」とし、行政事件訴訟法は民事訴訟法の補充法と位置づけていた。参考、同上書。

以外でも「行政庁の公権力の行使に関する不服」であれば、すべて抗告訴訟として受理される。したがって、裁判所は、抗告訴訟の対象となっている行政庁の行為が「公権力の行使」（処分）であるか否かを判断し、提起された取消訴訟など抗告訴訟の受理の可否を決めることになる。いくつかの裁判例を挙げると、①行政庁が、一方的にごみ焼却場や横断歩道などいわゆる迷惑施設と称される公共施設の設置を決定した行為、②業者Aが、計量法に反する単位を併記した函数尺「B」を製造していたところ、行政庁が下級庁に「Aが製造している函数尺『B』は計量法に反する」とした通達、③補助金交付の対象や金額を定めた条例に基づいてC会社が補助金交付申請し、行政庁はこれを受理したが、受理後に当該条例が改正されたことを理由に申請を却下した行為、④原子力発電所の設置認可に対する行政庁の認可などについて、裁判所は、当該行政の違法性を裁判する前に、「処分性」について判断する。

①に関連する最大判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁は、「行政庁の処分とは……その行為によって、直接国民の権利義務を形成したまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう……本件ごみ焼却場は、被上告人がさきに私人から買収した都所有の土地の上に、私人との間に対等の立場に立って締結した私法上の契約により設置されたものであるというのであり、原判決が被上告人において本件ごみ焼却場の設置を計画し、その計画案を都議会に提出した行為は被上告人自身の内部的な手続行為に止まる」から処分性を有しないとするが、東京地決昭和45年10月14日行集21巻10号1187頁は「横断歩道の設置は……その起工決定と私法行為との複合した一体的行為として……権利救済の面においても、『公権力の行使に当たる行為』としてこれに抗告訴訟の途を開くのが法治主義の要請である」とする。したがって、公共施設の設置について、最大判のように、ごみ焼却場設置に至る行政の一連の行為を個々に分解すると施設設置の処分性が否定され、迷惑施設の設置を決めた行政の違法性について裁判を行う前の段階で審理は終わり、原告の「裁判へのアクセス」が否定される。東京地決も

横断歩道橋設置の処分性について「横断歩道橋の設置自体は……住民を名宛人としてなされる行為ではなく、……行政庁の内部的な手続上の行為および行政庁が私人との間に対等の立場にたつて締結する私法上の……にほかならない」として処分性を否定するが、最大判と異なり「権利救済の面」から処分性を認め、抗告訴訟の途を開いて、横断歩道橋設置の違法性について裁判している。

②に関する東京地判昭和 46 年 11 月 8 日行裁例集 22 卷 11 = 12 号 1785 頁は、「通達は、上級行政機関がその所掌事務について関係下級行政機関およびその職員に対しその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであつて……、行政組織の内部的規律にすぎない……から、これを具体的な法律上の紛争があるものとして司法審査の対象とすることはできない」として処分性を否定するが、「通達であつてもその内容が国民の具体的な権利、義務ないしは法律上の利益に重大なかわりを持ち、かつ、その影響が単に行政組織の内部関係にとどまらず外部にも及び、国民の具体的な権利、義務ないしは法律上の利益に変動をきたし、通達そのものを争わせなければその権利救済を全からしめることができないような特殊例外的な場合には、行政訴訟の制度が国民の権利救済のための制度であることに鑑みれば、通達を単に行政組織の内部的規律としてのみ扱い、行政訴訟の対象となしえないものとすることは妥当でなく、むしろ通達によつて具体的な不利益を受ける国民から通達そのものを訴訟の対象としてその取消を求めることも許されると解するのが相当である」とし、通達の処分性を認め、通達の違法性について裁判する。

③に関する札幌高判昭和 44 年 4 月 17 日行裁例集 20 卷 4 号 59 頁は、「本件奨励金の制度はいわゆる補助金の性質を有する。……行政主体が行政客体に対して補助金を交付する関係は、行政権がその優越的な地位に基づき公権力を発動して行政客体の権利、自由に干渉し、これを侵害する作用ではなく、資金の交付という便益を与える非権力的な作用にほかならず、本来その法律

関係は私法上の贈与契約として構成されうる。……しかし、国民ないし住民の意思に沿って行政を担保する必要に加えて、法律関係を明確ならしめ、行政客体の平等取扱いを図り、法律関係を全体として統一を保って処理してゆく合目的な技術として、行政の法的行為形式（行政行為）を用いることも立法政策としてとりうる。……本件条例、施行規則の各規定、市の行政実務を総合して考えると、奨励金交付の関係は、形式的、法技術的な意味での公法的行為形式を用いていると解される。……公権力の行使の実体を伴わない形式的行政処分であっても、条例による規制に服し、条例によって法的統制の実効性が保障されているものである以上、行政事件訴訟法第3条の『処分』に包含されると解すべきである」とする。

すなわち、これら①②③において、行政処分は「行政が法律関係を一方的に変更する権限を発動する行為」である⁽³⁶⁾とすることに違いはみられない。しかし、これらの行政を司法裁判所が裁判することによって、司法権が行政の判断に介入するには、処分性が認められても「争いの成熟性」を考慮し司法審査が控えられ、反対に、処分性が認められなくても、具体的な権利義務の救済の必要性があれば、一連の行政の一体性や形式的行政処分論から処分性を導き、司法審査を行っている⁽³⁷⁾。行政裁量に関する④の場合も、司法審査は裁量権の踰越・濫用の法理（行訴法30条）に基づいて、判断される。

2-3 行政事件の裁判管轄権の所在 《法を発見し宣言する作用》を構成要素とする「裁判」のうち、「司法」は民事事件と刑事事件の裁判を行うことである。すなわち日本国憲法において、行政事件の裁判—行政に関する

(36) Jean RIVRO, *Droit administratif* (Paris, 2000), p.97.

(37) 司法裁判所における行政裁判（司法審査基準）について、MULLAN, *op.cit.*, see *infra* p.365, E・ゲルホーン／R.M.レヴィン（大浜啓吾・常岡孝好訳）『現代アメリカ行政法』第10章（261～294頁）（木鐸社、1996年）、越智敏裕『アメリカ行政訴訟の対象』28～30頁、417～442頁（弘文堂、平成20年）。

法の発見と宣言—は、当然に「すべて司法権」に含まれるのではなく、行政事件の裁判について司法裁判所が裁判管轄権を有するのは、憲法 76 条 2 項が特別裁判所の設置を禁じ、同条 1 項に基づく裁判所法 3 条 1 項が「一切の法律上の争訟」について裁判所の裁判権を定めている結果である。したがって、司法裁判所による行政裁判は、「司法権以外の特別の権限」が裁判所に与えられたものであり、裁判所による行政裁判は行政事件訴訟法に基づいて行われる。しかし、司法権と行政権の権力分立原則から生じる限界と、権利救済という司法審査の役割から、司法裁判所による行政事件訴訟法の解釈(判例法)には、司法審査が積極的か消極的かによって、変動があり得ることを「行政事件の裁判へのアクセス」という視点から、論じてきた。

日本国憲法 76 条 2 項は、行政機関が終審として裁判を行うことを禁じるが、裁判所法 3 条 2 項は、行政機関が前審として審判を行うことを妨げない。つまり、行政機関は行政事件の裁判を行うことができるが、行政機関による裁判を終審とすることが禁じられている。行政機関による裁判の例として、公正取引委員会(独禁 52 条、とくに第 62 条 2 項、第 70 条の 2)、公害等調整委員会(公害紛争 42 条の 13)、労働委員会(労組 27 条の 7 以下)、電波監理審議会(電波 7 章 83 条以下)、特許審判(特許 145 条以下)と海難審判(海審 5 章・6 章)などによる行政審判がある。これら行政審判の審決や裁定は終審ではなく、これに不服であれば、裁判所(司法裁判所)に訴訟を提起することになる(例、独禁 9 章 77 条以下)。行政審判は、フランス行政法上の活動行政から独立した行政委員会による裁判である。行政不服申立てのうち、審査請求は処分庁以外の行政庁が審理するから、審理の第三者的性格がみられるが、それでも活動行政と裁判行政が分離されていないから裁判とはいえない。この点、行政不服審査法改正案は、処分庁に対する異議申立てを廃止し、活動行政から独立した審理員による審査請求を行うことから、行政不服申立ての裁判化が進むようにおもわれる。フランスの行政裁判制度が、大臣裁判制度という行政の階層的不服申立て(recours hiérarchique)から「活動行政と裁判行政の分離」

という権力分立論をもとにして発達してきたことから⁽³⁸⁾、わが国における行政不服申立ての裁判化は制度の自然な流れであるようにおもわれる。

なお、アングロ・サクソン系に属しながら、フランス法の文化を継受してきたカナダのケベック州が、1998年に民事訴訟法を改正して行政裁判法を制定し、司法裁判所の系統に行政裁判所を設置しながら、司法権が属する裁判所の行政事件への関与を制限し、行政事件は行政裁判所の裁判管轄権に属せしめたことが注目される⁽³⁹⁾。

あとがき

本稿は、わが国公法学界において、かねてから議論されてきた司法権の概念に関する諸理論をまとめるものでも、議論の方向について新たな解釈や提案を行うことを意図するものでもない⁽⁴⁰⁾。筆者は、フランス行政訴訟論に関心をもち、その行政裁判制度について研究をしてきた⁽⁴¹⁾。国外研修としてマッギル大学（カナダ、モントリオール）に赴き、英米行政法に基づく「カナダ行政法」と、フランス行政法の影響を受けた「ケベック行政法」とが混在している法文化から、本稿「1」で論述したように、立法としての「裁判」から「裁判」と「司法」が分離する歴史的な過程を学び、その成果を発表して

(38) 横山信二「フランスにおける行政争訟『裁判』管轄権分配の法理」松山大学論集 17 卷 1 号 156～157 頁（2005 年）。

(39) 横山信二「カナダ行政法の形成－英米行政法と大陸行政法の混在－」愛媛法学会雑誌 35 卷 1～4 合併号 84～87 頁（2009 年）。

(40) 司法権の概念を再検討し、議論の方向や新たな解釈を提示する論考は多いが、近年のものとして、亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力他編『行政法の新構想Ⅲ』1 頁以下（有斐閣、2008 年）、長谷部恭男「司法権の概念」ジュリスト 1400 号 4～10 頁（2010 年）、笹田栄司「司法権の構造的な理解と新たな『裁判』解釈」北大法学論集 61 卷 2 号 545 頁以下（2010 年）などがある。

(41) 横山信二「フランス行政裁判制度形成史」松山大学論集 4 卷 6 号 47 頁以下（1993 年）。

きた⁽⁴²⁾。フランシュ・コンテ大学とブルゴーニュ大学の共同研究「裁判へのアクセス」に関する比較法研究として「日本における司法裁判所による行政事件の裁判へのアクセス」に関する研究分担を依頼され、その準備として本稿をまとめたものである。裁判二元論を採用するフランスにおいては、「裁判を受ける権利／le droit au juge」は、司法裁判所におけるものと、行政裁判所におけるものとが論じられてきた。研究代表者のヴィルジニー・ドニエ／Virginie DONIER 女史（フランシュ・コンテ大学教授）からの案内では、司法裁判所であれ、行政裁判所であれ、「裁判を受ける権利」に関し、これまでの議論で欠けていたのは「裁判へのアクセス／accès au juge et accès au la justice」の研究であり、筆者の課題は、司法裁判所が行政事件の裁判管轄権を有することによって、裁判へのアクセスが容易なのか、困難なのかについてあきらかにし、必要ならば課題を提示することであると指示されている。具体的な権利義務の救済について裁判を行う司法裁判と、行政権行使の法適合性について裁判を行う行政裁判とでは、どのような事件を行政事件とし、どのような手続や訴訟要件で裁判を行うかが異なってくるのが当然である。筆者の課題は、司法裁判所による行政事件の裁判へのアクセスについて、その障壁の有無を検討することであるが、本稿で論じたところから、日本国憲法 76 条 1 項に基づく裁判所法 3 条 1 項が、「一切の法律上の争訟」を裁判所（憲法 76 条 2 項は司法裁判所以外の裁判所の設置を禁じる）の裁判権と定めたのは、行政事件の裁判管轄権を司法権以外の裁判権として付与したものであるから、裁判所は行政事件訴訟法が定めるところにより、行政裁判を行うことになるということである。

(42) 拙稿、前掲注 (39) 論文。