

行政裁判所／ Tribunal administratif と 行政委員会／ Administrative Tribunal —行政活動の裁判統制と司法審査—

横 山 信 二

はじめに

1. 行政裁判所／ Tribunal administratif と行政法
 2. 行政委員会／ Administrative Tribunal と行政法
- おわりに

はじめに

わが国行政法は、大陸行政法を範とする「行政に関する法」の体系（総論）として存在しており、司法審査基準として発展してきた英米行政法は、わが国の行政法となっていない。ところが、日本国憲法 76 条 1 項および 2 項は、英米型の裁判一元制を採用し、大陸行政法の制度的帰結として存在すべき行政裁判所の設置を禁じている。したがって、英米法の基本原理であるイギリスの自然的正義の原則またはアメリカの適正手続に由来する日本国憲法 13 条または第 31 条を根拠として、行政権による司法的行為に対する司法権の監視的管轄権である司法審査基準としての英米行政法を導入することも可能であり、これを否定する理由はない⁽¹⁾。行政手続法に象徴されるように、いわば大陸行政法と英米行政法が混在している（もしくは混在できる）状況は、ドイツから大陸行政法を継受して発展させてきたわが国行政法の素地に、英米法原理に基づいて制定された日本国憲法の影響が加えられ、わが国行政法が成立しているといえる。「憲法が変われば、行政法も変わる」というが、裁判二元制を採用した大日本帝国憲法から、司法裁判所以外の裁判所の設置を禁じた日本国憲法上の裁判一元制への移行により、わが国行政法は、どのよ

うに変わったのか、あるいは、根本的には変わっていないのか。

本稿は、行政法の形成に関わる Tribunal administratif / Administrative Tribunal（前者は、フランスに創設されドイツに継受された「行政裁判所」であり、後者は、イギリスとアメリカで発展し、Commission、Authority または Board と呼ばれてきた「行政委員会」である）という行政機関の位置づけと機能に着目し、大陸行政法

-
- (1) 成田頼明「行政法の意義と範囲」法教2期1号82頁（1973年）は、「英米行政法には、大陸行政法やわが国の行政法にみられるような行政法総論ないし行政一般法の体系はなく、……行政活動に対する司法審査、行政組織の法原理などを加えたものが行政法（Administrative law）の体系を構成しているのであるが、日本国憲法によって行政に関する憲法価値観が転換したことに伴って、立憲君主制的行政感の下で構成された行政法の体系をむしろ英米流に構成するほうが行政権の行使に対する国民の権利の保護によりかなうことになる」とする一方、他方で小高剛「行政手続の現代的意義」法教2期4号80頁（1974年）は、「アメリカの行政手続の準司法的性格は、経済規制の領域における行政委員会の司法作用を主として論じてきた同国行政法発展の背後事情に由来する。行政委員会による経済規制は個人の財産的規制にほかならず、本来は司法手続によってのみ可能な領域であった。そこで……行政手続を司法化することで個人の権利保護を求めたのである。……この点において、アメリカ行政法のような背景をもたず、一般に不利益処分、あるいは利害競合する許認可処分の行政手続として聴聞手続を実定法上定着させつつあるわが国の展開は、行政手続に、一般的な個人の権利保護機能を求めることができ……わが国の事前の行政手続の大部分が略式のものにとどまっている。……およそ公正手続の観念からはほど遠いものといわなければならない」（傍点も原文のまま）と指摘する。小高の指摘は、1994年にわが国の行政手続法が制定された20年前のものであるとはいえ、成田が、個人の権利保護の視点から、英米流の行政法への転換を主張したにもかかわらず、いまなお、わが国行政法は、英米流の司法審査基準としての行政法ではなく、実体法に基づく大陸行政法が優位していることの論拠を述べた達見である。この点、すでに鶴飼信成『行政法の歴史的展開』（有斐閣、1952年）は、その冒頭「はしがき」で、「わが国における新しい行政法の基本原理を、近時英米において生成展開しつつある行政法の機械的な移植に求めることも、また古いドイツ的行政法が法による行政の羈束の原理を内在させているというだけの理由で、その自然の発展に求めることも、何れも間違いであると筆者は考える。……いたずらに、制度のドイツ的から英米的への転換の跡だけを追うことだけを企てるのは、空しい」（2頁）と述べている。

と英米行政法の形成を概観しながら、英米法原理に基づく日本国憲法において、大陸行政法に属するわが国の行政法がどのように位置づけられ、また、方向づけられるかを検討する。

1. 行政裁判所 / Tribunal administratif と行政法

§1 行政法が、「通常の司法裁判所とは別に Conseil d'Etat と呼ばれる行政裁判所を設け、その判例の蓄積の中から、通常の司法裁判所の適用する法とは異なった公法」として出現したことはよく知られているところである⁽²⁾。行政判例法の体系化をはかった行政法学が創設されたこの経緯から、フランスは「行政法の母国」と称され、行政裁判所 / Tribunal administratif の判決を蓄積した判例法が、司法裁判所 / Juridictions judiciaires が適用する私法とは異なる行政を規律する法の領域 (行政法) として認識された⁽³⁾。ここに言う司法裁判所とは、アンシャン・レジームにおいて、民事事件と刑事事件の裁判を行い、法服貴族と呼ばれた裁判官で構成された各地の高等法院 / les parlements と、国王自身の利害に関する訴訟の裁判を担当した国王顧問会議 / Conseil du Roi の訴訟部 (Conseil des parties)⁽⁴⁾ のことである。フランス革命によって高等法院の裁判機能⁽⁵⁾ は消滅し、民事裁判と刑事裁判を担った訴訟部が、1790 年 11 月 27 日のデクレ (le décret des 27 novembre et 1er décembre 1790) によって、破毀裁判所 (Tribunal de Cassation) となったのを経て、破毀院の判決権に関する 1837 年 4 月 1 日の法律 (Loi n° 1837-04-01 du 1 avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois) 3 条によって、訴訟部は破

(2) 成田・同上 81 頁。本文引用に続けて、「ドイツ民法学において発展してきた法律概念や法律制度」を法律学的方法によって体系化し、行政法学を創設したのがオットー・マイヤーであると紹介している。行政法学の創設についての詳細は、言うまでもなく、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣、1962 年) 序説および第一章 (とくにフランス行政法との関係は、第二節) に譲るのが適切であろう。

(3) Jean WALINE, *Droit administratif* (Paris, 23^e éd., 2010), p.11(§ 13), p.535 et p.601.

毀院／ Cour de Cassation という最高裁判所となった。こうした歴史的経緯を継ぎながら、破毀院を頂点に据えた民事事件と刑事事件の裁判を行う司法裁判所組織／ la hiérarchie judiciaire が整えられた。

フランスにおける司法裁判所組織の形成には、1790年8月16－24日の法律（Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire）13条がつぎのように定めてい

-
- (4) または、Conseil privé と呼ばれ、パリ高等法院に設置されていた。革命後の1790年11月27日－12月1日のデクレは、「訴訟部／ Conseil des parties は、破毀裁判所／ le Tribunal de Cassation が設置されたとき廃止され、その活動を停止する」とし、訴訟部—それが属していた国王顧問会議／ Conseil du Roi は、ルイ16世の処刑による王制廃止（1793年1月）とともに廃止され、1799年11月に総裁政府を倒して統領政府の第一統領となったナポレオン・ボナパルトによって、1799年12月13日憲法52条に基づいてコンセイユ・デタ／ Conseil d'Etat が、新たに創設された—は、破毀裁判所から破毀院／ Cour de Cassation となって、コンセイユ・デタの行政裁判権と裁判管轄権を分ける司法権（民事事件と刑事事件の裁判管轄権）を担うことになる。Georges PICCA et Liane COBERT, *La Cour de Cassation* (Paris, 1^{re} éd., 1986)、*Que sais-je?* n° 2282, pp.13-20、横山信二「フランス行政裁判制度形成史」松山大学論集4巻6号54～60頁（1993年）。
- (5) 高等法院／ Les parlements は、民事裁判と刑事裁判の裁判機能のほか、治安維持などの行政権、国王が発布する法令に対する登録（王の法令は、登録するまで法的な効力を有しない）と建白（法令の運用に関する助言で、国王は建白を検討する義務があり、高等法院は、王の応答があるまで登録が拒否できる）をなすことによって法令の効力を左右する立法権などの政治機能を担い、しばしば国王と対立した貴族勢力の牙城であった。都市市民の代表者を加えた全国三部会が高等法院に代わる身分制議会として存在していたが、三部会に王権を抑制する機能はほとんどなく、高位聖職者と上級貴族によって構成されていた高等法院は、遅くとも14世紀にはパリ高等法院が裁判所に転化しており、三部会に残されていた法令の《登録権》と《建白権》を貴族の利益のために留保していた。1614年の三部会の招集中止にともない、パリ高等法院は再び人民代表の権利を主張するが、1789年に招集された全国三部会において身分間の利害対立が露呈し、フランス革命が勃発した。参照、宮崎揚弘『フランスの法服貴族：18世紀トルーズの社会史』46～49頁（同文館、1994年）、A. R. マイヤーズ／宮島直機訳『中世ヨーロッパの身分制議会』71～79頁（刀水書房、1996年）、O・ヒンツェ／成瀬治訳『身分制議会の起源と発展』19～21頁（創文社、1975年）。

たことに由来する。

《*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*》 「司法作用 (Les fonctions judiciaires) は行政作用と区別され、つねにそれと分立される。裁判官は、濫職の罪を犯すことなく、いかなる方法によるにせよ、行政活動を妨げることはできず、また、行政官をその職務を理由として召喚することもできない」。

すなわち、この第 13 条は、アンシャン・レジームにおいて高等法院が、国王によって進められた政治改革や行政改革を、高等法院の「助言」または「同意」を意味する《登録権 / enregistrement》によって阻止し (たとえば、貴族に対する税率引き上げの法令を登録しない)、あるいは高等法院が国王の執行権力 (行政領域) を侵してきたという歴史的事実が、革命後高等法院の裁判機能を引き継いだ破毀裁判所 / le Tribunal de Cassation — 後の破毀院 / La Cour de Cassation — を頂点とした司法裁判所による行政権行使の阻止という脅威になっていたことを表現するものである。そのため、司法権力が執行権力に政治的な介入を行わないように、司法作用 / les fonctions judiciaires が行政作用に関わることを禁じた。こうして、司法裁判所の裁判権は、民事事件と刑事事件の裁判に限定され、《行政事項に関する訴訟 / les recours administratifs》 (つまり、行政事件) は、行政機関に対する無権限の訴えに関する 1790 年 10 月 7 - 14 日の法律 (les lois des 7 et 14 octobre 1790 relatives aux réclamations d'incompétence dirigées contre les corps administratifs) 3 条により、行政権自身に属するとされた。

《*Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, ne sont, en aucun cas du ressort des tribunaux⁽⁶⁾ ; elles seront portées au Roi, chef de l'administration générale*》 「行政機関に対する無権限の訴え / réclamations

は、いかなる場合にも司法裁判所の管轄に属さない。それは一般行政の長たる国王に提起すべきものである」。

§ 2 行政活動に対する訴えは、その行為を行った行政官の上位にある行政官（つまり、国王または大臣）に対する訴訟である。フランスにおいて、行政事件の裁判は行政階層的な訴訟であり⁽⁷⁾、大臣裁判制度（ministre-juge）として整備されはじめ、1987年の改革で8つの控訴行政裁判所／ Cours administratives d'Appel を設置し、2009年までに42の地方行政裁判所／ Tribunaux administratifs（海外を含む）が設けられ、漸次的にコンセイユ・デタが行政裁判制度／ juridictions administratives の最上級の裁判所（la juridiction suprême de l'ordre administratif）として確立する。大臣裁判制度は、フランス行政裁判制度の萌芽となった⁽⁸⁾。しかし、大臣の裁判管轄権を現実に執行したのは、コンセイユ・デタであり、コンセイユ・デタの行政事件に対する裁判管轄権が、1799年12月13日憲法（Constitution de l'An VIII-Consulat-22 frimaire An VIII, 13 décembre 1799）

(6) Tribunal や Court は、通常裁判所であった国王裁判所以外の例外裁判所を指す裁判所に冠されることが多かったが、裁判管轄の混在が解消し、例外裁判所が司法裁判所として一般化すると、司法権に属する裁判所を意味するようになり、ここでは des tribunaux は「司法裁判所」を意味する。ただし、こんにちでは、Tribunal は一般的に行政権に属している裁判機関を意味している。

(7) 「委任された裁判」によってコンセイユ・デタの裁判権限が確立されるまでは、行政階層的な「訴訟」（裁判機関への訴え）を《les recours administratifs》と表していた。行政階層的な訴訟を recours といい、大臣裁判における「訴訟」は les recours administratifs であった。したがって、こんにちのわが国の「行政不服申立て」は、裁判機関に対する訴えである「訴訟／ contentieux」を意味していた。フランス行政訴訟の類型のひとつである越権訴訟／ recours pour excès de pouvoir は、処分庁の処分を、上級庁であり裁判機関でもある大臣（コンセイユ・デタ）が取り消すという名残であろう。参照、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巻1号156～157頁（2005年）。なお、ディジョン地方行政裁判所を訪問した際に、recours と contentieux の由来について質問したところ、所長のジャン＝ジャック・シュバリエ／ Jean-Jacques Chevalier 氏から、上記の熱意の籠った説明を受けた。

52 条によって明確にされた。

《*Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.*》「統領の指導の下に、コンセイユ・デタは、法律案と行政立法の起草について責任を負い、行政事項に関して提起された紛争 (les difficultés) を解決する責めに任じる」。

しかし、行政事件に対する大臣の裁判管轄権とコンセイユ・デタの裁判管轄権が競合していたことから、「行政裁判にはある種の後続症状 / *certaines 《séquelles》*」⁽⁹⁾が存続し、行政訴訟は大臣に提起される状況があった。1872 年 5 月 24 日のコンセイユ・デタの再編成に関する法律 (Loi sur réorganisation du Conseil d'Etat du 24 mai 1872) 9 条は、「コンセイユ・デタは、行政事件訴訟、種々の行政官庁の行為に対して提起される越権を理由とする取消しの請求について主権的に (*souverainement*) 判決する」と定め、コンセイユ・デタが行政事件の裁判管轄権を有することについて実定法上の根拠を与えたが⁽¹⁰⁾、コンセイユ・デタの行政事件に対する主権的な裁判管轄権が判例上も確立したのは、1889 年 12 月 3 日のカドー判決⁽¹¹⁾であった。このように、民事事件と刑事事件の裁判権である司法裁判 / *juridictions judiciaires* と行政事件の裁判権である行政裁判 / *juridictions administratives* が明確に区別された後、行政裁判制度が革命後の新しい社会に定着するまでには長い変遷があった⁽¹²⁾。司法権 (破毀院を最高裁判所とする司法裁判所組織) と執行権の分立は、フ

(8) フランスにおける行政裁判制度の起源をどこに求めるかは困難であるが、本論文では、司法裁判制度との分離から裁判二元論が明確になる経緯を重視し、大臣裁判制度をその起源として位置づけておく。つまり、アンシャン・レジーム時代の国王裁判制度が大臣の裁判を最終とする行政官裁判制度 (*le système de l'administrateur-juge*) として復活したと考えられる (Jean RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 18^e éd., 2000, p.140.)。

(9) Marceau LONG, Prosper WEIL et Guy BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Paris, Sirey, 8^e éd., 1984), p.28.

ランス固有の歴史的な、政治的社会的事情によるものであるが⁽¹³⁾、フランス行政裁判制度は、権力分立原理によって、以下のように形成されていった。

大臣裁判制度に帰結した行政階層的な裁判制度は、行政活動（actes d'administration）に関する裁判権が行政権に属していることを意味する。国民主権の統治原理に基づいて、「行政権は国民の意思の表現としての法律に由来」し、行政官は「法律の範囲内で、すなわち、国家の代表者が国家の利益において委ねた範囲内でのみ、法的に活動することができる」とされ、行政官が法律の範囲内で活動したか否かを裁判するのは行政権自身であるとされたので

-
- (10) 同法 9 条は、《Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives.》と規定し、コンセイユ・デタが行政訴訟を「主権的に裁判する／ souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative」とした。これによって、国王（大臣）に委ねられていた行政事件の裁判管轄権（留保された裁判／ justice retenue）は、コンセイユ・デタの裁判管轄となった（委任された裁判／ une justice déléguée）。
- (11) C.E., 13 déc. 1889, CADOT, Rec., p.1148. カドー事件は、マルセイユ市が市の土木技師職（l'emploi d'ingénieur-directeur de la ville）を廃止したので、この職にあったカドー氏が市に対し罷免による損害の賠償を求め、司法裁判所に訴訟を提起した。司法裁判所が裁判管轄の無権限を宣したので、カドー氏は、県参事会（conseil de préfecture. 共和 8 年に行政官裁判制度のひとつとして地方に設置された行政裁判所で、1953 年に地方行政裁判所＝ Tribunal となった）を経て内務大臣に提訴した。内務大臣がカドー氏の訴えを棄却したので（拒否処分）、コンセイユ・デタに内務大臣の拒否処分の取消しを求めた。コンセイユ・デタでは、ジャゲルシュミット（Jagerschmidt）政府委員が論告し、大臣は裁判管轄権を有せず、本件の裁判権はコンセイユ・デタにあることを判示した。
- (12) 横山・前掲注（4）で詳細に紹介した。
- (13) モンテスキューの権力分立論は立法権力、執行権力、裁判権力／ la puissance de juger の分立である。したがって、司法権／ le pouvoir judiciaire と行政権の分立は、権力分立論に基づくというより、執行権力（王権）と高等法院（貴族）の抗争というフランス固有の歴史的事情の反映であり、1789 年のフランス人権宣言 16 条による権力分立論が理論的な根拠を与えたというべきである。

ある⁽¹⁴⁾。行政事件の裁判管轄権を留保された大臣は (留保された裁判 / justice retenue)、 「コモン・ロー上の裁判官 / *juge de droit commun*」 の地位を占めるとされ、大臣は法律の範囲内で権限を行使する活動行政 (*la fonction de l'administration active*) の責任者である地位と、行政訴訟に関して裁判を行う (*la fonction juridictionnelle*) 地位を併有していた。それは、行政訴訟 (*contentieux administratifs*) において、同一の行政機関が裁判官と当事者の役割を担うことを意味した。裁判作用の独立性と専門性という特殊性から⁽¹⁵⁾、行政裁判官は活動行政から分離すべきであるという傾向が生じ、会計に関する共和 3 年 2 月 28 日のデクレ / *Décret du 28 pluviôse an III (16 février 1795) sur la comptabilité* (1795 年 2 月 16 日の法律) の報告者ピエール＝ルイ・ロデレール / Pierre-Louis ROEDERER が、「行政は唯一の人の行為でなければならず、判決することは多数の人の行為でなければならない」と主張している。執行権力と裁判権力の分立を説く権力分立論が、このような傾向を理論づけた。その結果、前述した《共和 8 年憲法 / *La Constitution de l'an VIII, 1799*》 52 条は「コンセイユ・デタは……行政事項に関して提起された紛争 (*les difficultés*) を解決する責めに任じる」と定め、行政権の中の活動行政と裁判行政が区別された。大臣裁判制度のもとで、コンセイユ・デタの行政裁判権⁽¹⁶⁾が承認された。その後、前述の《1872 年 5 月 24 日の法律》 9 条により実定法上の根拠が付与され、1889 年 12 月 3 日のカドー判決により判例上の根拠も得て、行

(14) 神谷昭「フランス行政法成立史 (一) — 行政裁判権の形成・確立をめぐる —」北大論集 12 卷 2 号 230 ~ 231 頁 (1961 年)。

(15) Jean RIVERO, *op.cit.*(7), p.183.

(16) 行政事件であっても、地方における公物に関する訴訟や選挙訴訟など、一定の訴訟は県参事会 (*conseil de préfecture*) の裁判管轄権に属し、コンセイユ・デタは、その控訴審となっていた。参照、神谷、前掲注 (14) 論文、246 頁、同「フランス行政法成立史 (二) — 行政裁判権の形成・確立をめぐる —」北大論集 12 卷 3 号 401 頁 (1962 年)。なお、県参事会が、現在の地方行政裁判所となった。ディジョン行政裁判所も、近くの県参事会から移ったものである。

政事件の裁判管轄権が、大臣からコンセイユ・デタに委譲された（委任された裁判／ justice déléguée）。行政裁判所としての地位を確立したコンセイユ・デタに対する訴えは、もはや行政不服申立てではなく、行政訴訟（les recours contentieux, または contentieux administratifs）である⁽¹⁷⁾。行政裁判所の裁判管轄に属する事件を「行政事件」として民事事件と区別し、行政裁判所であるコンセイユ・デタの裁判官が、行政事件に適用される法を発見し宣言し（すなわち、「行政に関する法」は、判例法という意味でコモン・ローである）、その判決を積み重ねた行政判例法が行政主体を規律する行政法——大陸行政法——を誕生させた。

§ 3 フランスからドイツを経てわが国に導入された行政裁判所は⁽¹⁸⁾、大日本帝国憲法 61 条に基づき、行政裁判を行政権の作用と据えて、東京に一カ所だけ設置されたものである。すなわち、大日本帝国憲法 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イテ受理スルノ限ニ在ラス」と定める。同条の「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」との規定を受けて、明治 23（1890）年、行政裁判法と同時に「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」が定められ、「一 海関税ヲ除ク外租税及ヒ手数料ノ賦課ニ関スル事件 二 租税滞納処分ニ関スル事件 三 営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件 四 水利及ヒ土木ニ関スル事件 五 土地ノ官民区分ノ査定ニ関スル事件」を行政事件として列記し、これらの行政作用に限って行政裁判所の裁判管轄に服し、その判決が、天皇の行政を補弼する行政庁の行政作用を規律した。つまり、いわゆる大陸行政法においては、司法権と行政権の分立を理論的な前提として、行政作用は行

(17) 横山・前掲注（7）,157 頁。

(18) 南博方『行政裁判制度——ドイツにおける成立と発展』1～8 頁（有斐閣、1960 年）、とくにフランスの影響については 61～70 頁。

行政権自身に属する裁判によって規律されなければならないとされ、行政権力と裁判権力の分立という権力分立論の結果として成立したものである。

こんにち、「行政に関する法の総体」として理解されている行政法は、行政裁判所の裁判官が「行政に関する法を発見し宣言」する判例法として形成され、司法裁判所によって形成される私法とは別の法領域である公法として発展した⁽¹⁹⁾。この公法を、オットー・マイヤーは、コンセイユ・デタ（行政裁判所）の判例法に民法の法律概念や法制度によって体系化し行政法学を創設したといわれる。明治期にオットー・マイヤーの行政法学を継受した日本行政法は、「法律による行政」の原理を基本とし、権利義務の帰属主体である権利主体という民法の法律概念を、国家法人説に拠りながら、行政主体と権限を行使する地位である行政機関（行政官庁概念）を基礎とする行政組織法、法律行為から準える行政行為概念とその法効果の特殊性から、民事上の強制執行に対応した行政上の強制執行など、行政作用という実体的な法律関係を規律する民法から独立した行政作用法を構成した。そして、「行政庁の公権力の行使」を中心に裁判管轄とする行政裁判制度から行政救済法の領域が示された⁽²⁰⁾。給付行政の登場による行政の行為形式の多様化と行政事件訴訟法

(19) Bernard SCHWARTZ, *French Administrative Law and The Common Law World* (New York University Press, 1954)、 pp.1-2、によると「民主主義が普及すると、古代社会から判例法 (the common law) として積み重ねられてきた私法が、19 世紀初頭に議会によって法典化されたとき (1804 年のフランス民法典。1807 年にナポレオン法典と改称)、国家と国民の法関係を規律する公法がようやく芽生え始めていた。今日的意味の公法に関する判例法はもちろんのこと、公法は法典化もされていなかったから、私法が形成されてきた歴史と同様に、公法は裁判官による法の発見と宣言によって見出されなければならない」(1-3 頁) という。なお、田中二郎「行政法の法典化」法教 1 期 8 号 106 頁以下は、大陸行政法と英米行政法の形成の視点からも、参考になる。

(20) 塩野・前掲注 (2)、70～74 頁、鵜飼・前掲注 (1)、168～172 頁を参照。なお、日本行政法の形成を担った行政裁判所の役割については、座談会「行政裁判所の回顧— 沢田竹治郎・田中真次両氏に聞く—」ジュリスト No.527 (1973 年) 96 頁以下に紹介されている。

の制定と改正による訴訟類型の拡大という変化はあるが、日本行政法が、英米法の原理に基づく憲法となっても、大陸行政法の体系を維持していることに変化はない。したがって、大陸行政法は、行政活動を裁判によって規律するところの、実体法上の裁判統制である「行政に関する法」ということができる。もちろん、これもドイツから輸入された行政過程論は、具体的な行政活動が行われる事前事後の一連の過程とし、事後の行政活動を規律する行政訴訟法に加えて、行政法の体系に事前の行政を規律する行政手続法を付加したが、それも行政過程の裁判統制として機能しているから日本行政法の基本的な枠組みには変更がないことは、英米行政法を形成した自然的正義の原則（イギリス）や適正手続の法理（アメリカ）と比較すればあきらかになる。

2. 行政委員会／ Administrative Tribunal と行政法

§4 行政主体（具体的には、行政庁の権限行使）を裁判で規律するには、「法の下での平等」原理に基づくアングロ＝サクソン法系の裁判一元論の帰結である司法裁判所の裁判によって行政の司法的行為を規律する場合（英米行政法）と、「司法と行政」および「行政と裁判」の厳格な権力分立論に基づくフランコ＝ゲルマン法系の裁判二元論の帰結として、司法裁判所とは別個に設置された行政裁判所の裁判によって行政権限の行使を規律する場合（大陸行政法）とがある。アメリカ憲法、つまり英米法系の影響を受けた日本国憲法76条1項は、「すべて司法権は……裁判所に属する」とし、その第2項は、行政裁判所等の「特別裁判所は、これを設置することができない」と定め、裁判一元論に基づいて、司法裁判所のみを裁判機関としている。したがって、日本国憲法制定当初においては、大日本帝国憲法時代の行政裁判所の裁判管轄に属した行政事件は民事事件に吸収され、わが国の司法裁判所は、民事事件と刑事事件の裁判を行う本来の司法権を行使する裁判所であった。しかし、平野事件は、民事事件と刑事事件のほかに行政事件⁽²¹⁾を裁判する手続法（行政事件訴訟法）が必要であることを認識させ、行政事件を司法裁判所の裁判管

轄とし、民事裁判（事件に適用される法の宣言、および判例法の形成）と刑事裁判（犯罪事実の有無の認定と刑罰）を行う「狭義の」司法権——換言すれば、本来の司法権——に、行政事件に対する裁判管轄を与えた。わが国の司法裁判所（司法権）は、行政事件の裁判を通じて、当該事件における行政上の法律関係を規律する法を宣言する行政裁判所の役割をも担い、行政判例法を形成し、この行政判例法によって司法権が行政主体（行政機関の権限行使）を規律してきた⁽²²⁾。その際、司法権が行政事件に適用した行政法は、伝統的な大陸行政法を内容とする実体的な行政上の法律関係に関する法であって、司法権による行政の司法的行為を規律する手続的な英米行政法ではなかった。

§5 A.V.ダイシーは、その著『憲法研究序説』の第2部12章「法の支配とフランス行政法との比較」において、英米法に行政法／*Droit administratif* という法領域（a scheme of administrative law）が存在しないことを指摘した（以下の筆

(21) 日本国憲法において行政事件が復活した契機となったのは、昭和22年の平野事件である。昭和22年、日本国憲法制定直後に「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」を定め、行政裁判所の裁判管轄に属していた「行政事件」は、民事訴訟法の定める手続きで司法裁判所の裁判管轄になり、原則として「民事事件」として取り扱われるようになった。たまたま農林大臣を更迭された平野力三氏が、地位保全の仮処分を東京地裁に求める事件を起こし、東京地裁は、民事訴訟法に基づいて、仮処分を認めた（東京地決昭和23年2月2日行政裁判月報2号83頁）。この平野事件について、連合国司令部（GHQ）は、裁判所の決定は司法裁判所による行政権の篡奪であると抗議し、GHQの指示で昭和23年に行政事件訴訟特例法が制定され、「行政事件」を民事事件と区別し（行特法1条は、行政事件は「この法律による外、民事訴訟法の定めるところによる」とした）、その後、昭和37年に現行の行政事件訴訟法が制定された（行訴法7条は、行政事件については「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」とした）。GHQによる占領下であったとはいえ、行政主体の法的規律を司法裁判所の裁判で行うか、行政裁判所の裁判管轄に服させるかという「公法の基本問題」（本文「はしがき」を参照）を「行政事件」の裁判管轄という問題を通じて考察させる興味ある事件の経緯である（村上武則編『基本行政法（第三版）』284頁（横山執筆担当）、宮崎良夫「平野事件」ジュリスト900号記念特集『法律事件百選』（有斐閣）34～35頁を参照）。

者訳文は、原文の理解のために、原文にはない語句を括弧 () で補い、また原文の語句を適宜『 』で括っている。また、できるだけ大陸行政法の法概念で表せるものは、英語の邦訳を使用せずに訳している)。

「多くの大陸諸国、とりわけフランスには、行政法という領域——フランス語で *droit administratif* として知られている——が存在し、それは、イギリスのコモン・ロー、とくに『法の支配／ rule of law』と呼ぶものとは相容れない考えに支えられている。このコモン・ローまたは『法の支配』に対立するところの行政法が、フランスをはじめとする大陸諸国においては、行政機関の地位を占める公務員 (servants of the State)、つまり、イギリスにおける国王の命令を誠実に遂行し、不法または違法な行為について責任を負うべき『国王の官吏』に保護を与える法領域であることは明らかである。

-
- (22) 美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、昭和 23 年) 454～455 頁。同書 457 頁は「憲法の所謂司法権は民事及び刑事の外行政裁判をも含む意味に解すべきではないかといふ疑を生ずるのであるが、行政裁判は行政行為の適法性を争の目的とするもので、性質上本来行政権の作用に属し、之を裁判所の権限に属せしむるには特別の規定を必要とする。然るに憲法には此の點に付き何等の規定も無く單に司法権は裁判所に属すと曰ふに止まつて居るのであるから、其の所謂司法権を此の如き本来行政作用たる性質の行為を迄包含するものと解すべき根拠は全く存在しない。行政行為の適法性に付き如何なる限度に迄訴訟を以て之を争うことが出来るか、其の訴訟は何れに之を提起すべきかは、一に法律を以て定めらるべきもので、法律に依りそれ等の訴訟をも裁判所の管轄に属せしめたとしても、それは司法権以外に特別の権限を裁判所に付與したのであつて、それ等の作用をも本来の司法権の範圍に属するものと解すべきではない」と説明している。行政事件訴訟法 2 条は、「この法律において『行政事件訴訟』とは、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟をいう」とし、第 3 条から第 6 条に各訴訟の定義を定めて、司法裁判所が裁判する行政事件を明示し、同 7 条は、これら行政事件訴訟には行政事件訴訟法が適用され、補充法として民事訴訟法が適用されると定める。また、議会による成文法(法律や条例)は、行政権に対しては行為規範として機能しながら、司法権に対しては裁判規範として機能し、裁判官が、恣意的に行政権限を規律するのを抑制する(参照、末弘嚴太郎『民法講話上巻』14 頁、岩波書店、1971 年)。

この保護の範囲は、フランスその他関係する地域の時代によって異なっていた。官吏に与えられた法的保護は、かつて、ほとんどすべての官吏の行為に及んでいた。しかし、36 年前に比べると、こんにち（官吏の法的責任を問わない）行政法の及ぶ範囲は、はるかに縮小されている。諸君の注目を喚起したいのは、官吏の法的責任に関する法はフランス行政法の一部であり、それは同時に、その行政法はフランス法の一部だということである。……フランス行政法は、ヨーロッパ大陸のほとんどの国に導入された。したがって、フランス行政法をイギリスのコモン・ローまたは『法の支配』と比較すると、イギリスでは顕著な特徴である通常の『国土の法』の絶対的優位——外国では、頑なリーガリズムと評されている——という（フランス行政法とは）対照的な意味を説明している。また、比較というよりもアナロジーであるが、フランス行政法は、イギリス憲法史におけるある局面を説明するものでもある。というのは、近年のフランス行政法は、現代のかつ民主的社会的な要求に応えるように発展し、少なくともイギリス憲法の成長の一局面を投射しているようである。

以上のことから、ここでの主題は、つぎの 2 つの課題に要約される。その一つは、とりわけイギリスからみて関心があるフランス行政法の性質と歴史的な展開を受け入れ、次いで、イギリスの『法の支配』とフランスの行政法との比較を行うことである⁽²³⁾。

ダイシーは、フランス行政法に関する彼独自の「概念／a conception」に依りながら、フランス行政法に相当するとおもわれるイギリスの「国王の官吏 (the servants of the Crown or of the Civil Service)」に付与された権限（議会制定法に基づき、国王または官吏が、法律上の所掌事務である権限を行使することによって形成される権利義務の帰属主体が前提になっていることから、この「権限」は「権利」の意味に近

(23) A.V. DIECY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London, 10th, 1959), pp.328-330.

い) 行使による法関係（「職務執行法／ official law」に基づく国王の官吏と私人との権利義務関係）とを比較している。その結果、イギリスの職務執行法は、フランスでは行政法の一部を成しているが、フランス行政法は、職務執行法に基づく法関係とは異なる範囲を対象とし、英米法（ダイシーは、本章でイギリス法だけでなく、しばしばアメリカ法にも言及している）における「法の支配」または司法裁判所によって示される「国土の法」というコモン・ロー思想と異なり、フランス行政法が、権力分立論に基づいて示される行政裁判所による判例法であることを指摘し、両者が異なる思想によって成立していることをあきらかにしている⁽²⁴⁾。なによりもダイシーは、イギリスにおける行政法／ administrative law という英語の存在とその形成を否定する。そして、「法の支配」原理と対立する行政法という法領域は受け入れがたいとしながら、フランスにおける行政法の形成の歴史的な背景と意義を認め、フランス法の一部である行政法は——イギリス法は行政法という法領域を認めないが——英米法におけるエクイティを含めたコモン・ローにも認められ、フランス行政法をその基本原理である「法の支配」原理と比較することの重要性を訴えている⁽²⁵⁾。フランス行政法が形成され発展する歴史を、本稿 § 2 で概観したように、ダイシーは、トクヴィルやフランス行政法学者（ラフェリエール、オーリュ、オーコックなど）に拠りながら、アンシャン・レジームにおける裁判制度から破棄院

(24) *Ibid.*, pp.337-343. なお、遅くとも 2005 年の憲法改革法による司法制度改革が行われるまで、イギリス憲法には、「権力分立」という概念が存在しなかったということを前提にすれば、フランスの権力分立論に基づく裁判二元論に対し、イギリスの裁判一元論は、権力分立論とは無関係である。イギリス憲法における権力分立に関して、René DUSSAULT et Louis BORGÉAT, *TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF* (Canada, 2^{ème} éd., T. 1, 1984)が “At the present time, therefore, the separation of powers, as understood by Montesquieu, does not obtain in this country” (p.11) と、J.F. GARNER, *Administrative Law* (London, 5^e éd., 1979) の 15 頁を引用している (this country とは、イギリスのことである)。

(25) DIECY, *op.cit.*, pp.329-330.

(司法裁判所 / judicial tribunals) とコンセイユ・デタ (行政裁判所 / administrative courts) が設立されるまでを遡り、司法裁判所と行政裁判所における裁判機能を分析するのである⁽²⁶⁾。その結果、コモン・ローまたは「法の支配」とフランス行政法の相違点をつぎのように指摘した。すなわち、

「フランス行政法は、行政機関 / the administration に特別の権限を付与し、特定の義務を課す法律 / the laws⁽²⁷⁾、換言すれば、行政主体 / the Government の職務を規律する法律の総体である。……イギリスにおいても、行政主体に特定の職務を課す法律が常に存在し、その数は近年非常に増加している。一例を挙げれば、19 世紀後半に成長してきた工場法は、製造所や仕事場の検査および規制に関し行政主体とその官吏に広範な権利を与え、かつ義務を負わせている。……フランス行政法は、個人としての国民と (行政機関によって具現する行政主体としての) 国家との関係を支配する諸原則の総体である。ここに、イギリスの考え方とフランスの考え方の基本的な違いがある。イギリスでは…… (行政主体である) 国とその官吏の権利が、市民相互の関係を支配するコモン・ローに従って行使されなければならない。たとえば、工場検査官は、議会が定めた法律 / Act of Parliament によって付与された固有の権利を有するが、上司の命令で彼が法律によって与えられた権利を踰越すれば、ただちに『不法行為』による責任を問われ、職務上の命令に厳格に従ったと抗弁することはできないのであり、当該『不法行為』を理由に、彼は、司法裁判所 / the ordinary courts による裁きを受けることになる。他方、フランスにおいては、行政機関の手にある権限によって、個人 (行政客体または私人) と国家の関係は、私人相互の関係を支配する原理とは異なる原理によって支配されている。つまり、フランス

(26) *Ibid.*, pp.332-341.

(27) ダイシーは、別のところで、イギリス法と同様にフランス行政法は判例法 (“case-law,” or “judge-made law”) で、法典化できないことを指摘している (*Ibid.*, p.373-374)。したがって、この the laws は「法」と訳するのが適切であろう。

行政法は、イギリス法にはまったく存在しない思想に基づいている。フランス行政法は、国家と個人の間を……私人間を規律する私法原理と本質的に異なる原理で規律し、その適用に関する問題は、司法裁判所の裁判管轄ではないということである」⁽²⁸⁾。

「法の支配」原理を継承する英米法におけるコモン・ローには、行政法という領域（用語）がない。しかし、英米法に「行政に関する法」が存在しないというのは誤りである。ダイシー『憲法研究序説』第2部12章における該当箇所に示されたように、ダイシーは、イギリスの伝統的な「法の支配」原理に基づくコモン・ローによる権利利益の救済のしくみを、彼のフランス行政法に関する「不当な概念／ a conception of the French *droit administratif* which appears to be quite unwarranted」と比較して理解したのであって、行政を規律する法の存在を否定するものではない。この点を指摘したのは、グッドノーであった⁽²⁹⁾。

「けれどもダイシーは、ここで本来の大陸的意味における行政法の存在を否定しようとしたのではなく、フランス行政法についての彼のあまりにも不当とおもわれる概念の存在を否認することを意味したにすぎない……イギリスにおいても、アメリカにおいても、本来の大陸における行政法は、常に存在していたのみでなく、この法は、アングロ＝サクソンの政治的發展の上に、おそらく英米法の他の部分によって及ぼされた影響よりも、より大きな影響を興えた」⁽³⁰⁾。

§6 それでは、英米法では、どのような経緯を辿って行政を規律する法の領域——大陸的意味における行政法——が形成されたのであろうか。論者の多

(28) *Ibid.*, p.386-388.

(29) 高橋貞三「アメリカ行政法の成立—殊にその行政裁判について」同志社法学3巻1号29頁(1949年)。

(30) Frank J. GOODNOW, *Comparative Administrative Law* (New Yor, 1903), pp.6-7. 高橋・同上論文29～30頁の邦訳も参照した。

くは、イギリスにおいても、アメリカにおいても、行政委員会の出現と発展を挙げ、英米行政法の存在を論じている⁽³¹⁾。いずれの行政委員会も、当初は行政裁判所／Administrative tribunal と呼ばれた行政機関であった⁽³²⁾。ダイシーが説くように、「法の支配」またはコモン・ローによる統治を基本原理とする英米法においては、国民の権利自由に対する規制は立法権と司法権の発動によることを原則とし、統治主体による統治の具体的作用である行政を規律するのは終局的にはコモン・ローであるから、行政活動を規律する行政法への関心に欠けていた⁽³³⁾。ところが、公企業規制行政、独占企業規制行政、労働行政、社会保障行政の発展は、これら行政活動に携わる行政機関による司法的行為／judicial act — 紛争当事者による主張と立証に基づく事実の確定、その評価（法の適用）による判断（処分または裁決／adjudication）、その判断による私人の権利制限または義務の賦課⁽³⁴⁾ — を促さざるを得なかったというのである。以下に、イギリスにおける土地裁判所と、アメリカにおける州際通商委員会の機能を、それぞれ概観する。

§ 6 - 1 第 2 回日本公法学会第 3 部会における山本正太郎「英国における行政事件と裁判」（公法研究 10 号 159 ~ 163 頁、1954 年）報告は、「どのような問

(31) 杉村敏正「行政手続法の課題—アメリカにおける展開とわが国における展望—」法教 1 期 1 号 85 頁（1961 年）、成田・前掲注（1）、82 頁、橋本公宣「準司法手続」法教 1 期 6 号 148 頁（1963 年）、小高・前掲注（1）、80 頁（1974 年）など。

(32) Harold M. BOWMAN, *American Administrative Tribunals*, *Political Science Quarterly* vol. 21 No. 4 (Dec., 1906), p. 612.

(33) 橋本・前掲注（31）、148 頁。

(34) 杉村・前掲注（31）、85 頁、八木保夫「イギリス行政訴訟における司法審査手続の欠陥と改革諸論—英国司法審査制度論（1）—」早稲田法学会誌 29 卷（1978 年）360 頁、363 頁および「司法的行為」について同上論文 360 頁注（20）（ただし、H. W. R. WADE, *Administrative Law* (4th ed. 1977), p. 534 を引用しているが、筆者が確認できたのは第 7 版で、同書（7th ed. 1994）は “No man a judge in his own cause” の格言に基づいて、第 4 版の司法的行為／judicial act を司法作用 judicial function として行政裁判所の司法審査について説明している（pp. 471 — 474）。

題が、どの行政機関によつて司法的に決定されなければならぬとされているか」ということに関して、その主なものを紹介している。第一に、厚生大臣による異議申立に対する審査と決定が「司法的に (judicially) 行われ、自然的正義の原則に拘束される」(160 頁下段) とする。すなわち、地方行政庁（法令上の用語ではない——山本 159 頁下段本文括弧書き）が住民の健康にとって有害な地域を指定し、その地域にある建造物の所有者に対してその建造物を撤去すべき義務を課す整理命令を行ったとき、利害関係者は、厚生大臣に対して当該命令に対する異議申立⁽³⁵⁾をなし得る。その場合、厚生大臣は、実地調査を行った審査官の審査報告と異議申立人の申立を審査し、命令を維持すべきか、取り消すかを決定しなければならない。この厚生大臣の司法的行為に不服があれば、制定法上の訴訟要件を満たすことを条件に——つまり、法律問題に限り——、高等裁判所 (High Court) に出訴し、その取消しを求めることができる。第二に、1943 年年金控訴裁判所法に基づいて、年金大臣の決定に不服がある者は、年金控訴裁判所 (Pensions Appeal Tribunal) に控訴することができる。年金控訴裁判所は、Tribunal と称され、司法裁判所の裁判所を意味する Court とは異なり、行政機関であることに注意したい。なお、Tribunal については後述する（脚注 6 のほか、§ 6-2）。年金控訴裁判所は、大法官（2005 年憲法改革以前のもの。すなわち、内閣の構成員であり、貴族院議長であるほか、司法裁判所である最高法院の首席裁判官であった⁽³⁵⁾）によって任命された法律家、戦争による障害者、医師の三者から構成され、年金控訴裁判所の決定に不服があれば、法律問題についてのみ高等裁判所に出訴できた。第三に、1947 年都市計画法により、都市計画大臣が慈善団体に属する土地の収用を決定する場合、その決定の法律問題に関しては高等裁判所に付託するか、都市計画大臣が自ら決定することもできる。もし都市計画大臣が自ら決定した場合は、その決定に対す

(35) 高野敏樹「イギリスにおける『憲法改革』と最高裁判所の創設—イギリスの憲法伝統とヨーロッパ法体系の相克—」上智短期大学紀要 30 号 85～86 頁（2010 年）。

る不服は高等裁判所に控訴することができる。しかし、それ以外の場合においては、事実問題であろうと法律問題であろうと都市計画大臣の決定が終局的かつ確定的である。司法裁判所以外のこれら行政機関が司法的行為を行使する例が現れたのは少なくとも 19 世紀後半からである⁽³⁶⁾。問題は、「何がこのような制度の成立を促したか」(161 頁上段)である。そこで、この山本論文は、土地裁判所 (Lands Tribunal) の成立の沿革からこの問題を検討する。

第四に挙げられる土地裁判所は、1949 年土地裁判所法に基づく土地収用から生じる問題を審理決定する行政機関である。同法制定以前に土地収用上の事件を処理する権限を与えられていた治安判事や鑑定人等の権限は、損失補償額の決定という事実問題に限定され、法律問題については司法裁判所の決定をまたなければならなかった。そこで、1919 年都市計画法が、損失補償問題の裁決機関として大法官が任命する経歴 7 年以上の弁護士 1 名、主務大臣が任命する土地評価および土木工学の専門知識と経験を有する者 2 名と公益事業に関する専門的知識と経験を有する者 1 名から成る裁判所 / Tribunal の設置を定めた。この裁判所は、土地評価だけを裁決するのではなく、大法官によって任命される法律家である弁護士を構成員とすることから「損失補償に関する事件審理の過程において生じる法律問題についてはいちいち特別事件として高等裁判所の決定を求めることを必要としない」(162 頁上段)という理由で、行政機関 / Tribunal が行う裁決に基本的修正を施したと評価される。そこで、さきの 1949 年土地裁判所法は、大法官によって任命されるかつて裁判官であった者または 7 年以上弁護士であった者および土地評価の経験を

(36) 鵜飼・前掲注(1)、「第六章二」の 198 頁以下では、「これらの新しい立法が提示した構想の中心は、権力分立の原理を厳格に固守しないこと、すなわち、行政機関が……立法をする権限をもつと共に……本来司法機関の行うべき裁判をもするというところにある」(199 頁)とし、イギリスにおける Administrative Tribunal すなわち行政委員会の成立と発展に影響を与えた代表的な 2 つの事件と判決を詳細に検討している(201 ~ 204 頁)。

有するその他の職員を構成員とする（法律家とその他の職員の割合は大法官によって決定される）土地裁判所を設置し、「補償額の決定という技術的問題の外に法律上の問題の決定をなし得るもの」とした（162頁下段）。このようにして、土地裁判所の裁決機関としての権限は、事実問題のみならず法律問題をも含み、その決定は終局的であるが、違法な決定によって権利を侵害されたとする者は、法律問題に限り、一定の期間内に、事件を司法裁判所に移送する請求をすることができる。

すなわち、イギリスにおける行政の法的規律は、行政機関の司法的行為（*judicial act*）⁽³⁷⁾を媒介として、司法的行為を行える唯一の司法裁判所が、一方では、司法的行為を行う行政機関の上訴裁判所／*Court*として、他方では、行政機関の司法的行為を監視する権能として発展し、これがイギリス行政法として認識されているものである⁽³⁸⁾。司法的行為を行う行政機関が行政裁判所／*Administrative Tribunal*であり、イギリス行政法は、この行政裁判所の司法的行為を法的に規律する法領域であった。つまり、こんにちのイギリス行政法は、伝統的な自然的正義の原則と「法の支配」の原理から導き出されてきた大権令状（*prerogative writ*）による救済であるサーシオレイライ／*Certiorari*（移送令状）、プロヒビション／*Prohibition*（禁止令状）、マンデマス／*Mandamus*（職務執行令状）、ヘイビアス・コーパス／*Habeas Corpus*（人身保護令状）、クウォ・ワラント／*Quo Warranto*（権限開示令状）をはじめとして、エクイティ上の救済である宣言的判決／*Declaratory Judgment*、インジャンクション／*injunction*（差止命令）、そして本来の司法手続による救済である損害賠償によって「行政」という統治作用を法的に規律する法領域（行政法）を表現したものにほかならない。違法な行政を不法行為と構成し、その損害賠償責任を問うことによって行政の実体的な行為を規律する場合を除けば、大権的救

(37) 八木・前掲注(34)、359頁

(38) 同上358頁。

済もエクイティ上の救済も行政機関／Administrative Tribunal の決定（裁決）を司法裁判所が手続的に規律する。その意味で、イギリスにおいても、国王が行う行政作用を法的に規律する法領域を「行政法」と呼ぶのであれば、自然的正義の原則によって司法権が行政を手続的に規律する行政法が存在していたのであり、20 世紀における行政権の拡大とともに、これを行政法として捉えられるようになったというべきであろう。

§6-2 つぎに、アメリカにおける行政法の発達を概観する。アメリカ行政法の発達には、資本主義経済の発展とともに、資本家など社会において経済的にも政治的にも優位にたつ者による社会的弱者の権利利益の侵害が、事後的な司法的救済では十分でなくなり、行政が、法律に基づいて、資本家等の経済活動を社会的弱者の権利利益が侵害される事前に規制しなければならなくなったという背景がある⁽³⁹⁾。アメリカ行政法の形成を説明する好適例として挙げられるのが、州際通商委員会による鉄道事業者に対する規制である。

19 世紀末、アメリカ大陸を横断する鉄道は「西部の農産物を多量に東部の工業地帯に送ると共に、東部の工業製品を奥地の新開地域に流れ込ませ」⁽⁴⁰⁾て、飛躍的な発展を示していた。鉄道が敷かれた当時は、アメリカ経済の発展、西部開拓の必要から州も連邦も鉄道事業を積極的に援助しており、せいぜい差別的な料金で西部から輸送される農産物に高い運賃を課していた鉄道企業の料金設定を州法で設置された鉄道委員会が規制する程度であった。後に、これはグランジャー運動として各州が鉄道を規制するグランジャー立法制定のきっかけとなり、イリノイ州では「鉄道および倉庫委員会」に最高運賃率を定める権限が与えられ、ミネソタ州では鉄道委員会に最高運賃を定めると同時に統計の収集と鉄道法の実施に関する権限が与えられた。これに対

(39) 小高・前掲注 (1)、80 頁、杉村・前掲注 (31)、83～84 頁、橋本・前掲注 (31)、148 頁など。

(40) 鵜飼・前掲注 (1)、208 頁。

して、東部の鉄道企業家からグランジャー立法は「私有財産の神聖を犯すものであつて、許し難い専制だ」という批判が起こり、グランジャー立法の多くが、修正または事実上廃止された⁽⁴¹⁾。しかし、グランジャー立法は、鉄道委員会に最高運賃を定める権限と差別的運賃を禁止する権限を付与し、自由競争を排除する独占的な企業を規制する出発点となった。1877年のマン対イリノイ事件で、連邦最高裁は、こうしたグランジャー立法の一つであるイリノイ州の鉄道法を合憲と判断したのである。しかし、鉄道網が全国的に発達すると、「特定の地域、特定の商品が利益を得るような運賃率、……無統制な投機的鉄道建設、……企業の集中として再び現れるようになった高運賃の統制」⁽⁴²⁾など全国的な問題が存在するようになった。そこで、「通商の出発点もしくは目的地が、ある州の境界外にある」州際通商を規律するために、1887年に、いわゆる州際通商法 (Interstate Commerce Act) が制定され、これに基づいて、連邦による州際通商委員会 (Interstate Commerce Commission) が設置された⁽⁴³⁾。

州際通商法によって設立された州際通商委員会は、鉄道の発達によって生じるさまざまな問題、とりわけ一般公衆の利益を損なう料金、安全施設、差別的なサービスの提供など、事故や紛争が生じる事前に鉄道会社を規制する権限を行使した。この事前規制がもつ意味は、「かりに、鉄道の装置が不完全であつたために事故を起こして、何人かに損害を興えたとする。この場合、従来から認められていた司法的救済方法というのは、このような事故によつて権利を侵害された者が、故意または過失によつてこの侵害を惹起した者を相手どつて、司法裁判所に、損害賠償その他を請求する訴訟を起こすことである。……鉄道の発達は、交通量の増大と、交通機関の高速化をもたらし……その結果、……これによつて権利を侵害される危険を著しく増大 (させてお

(41) 同上 207 頁。

(42) 同上 208 ~ 209 頁。

(43) 同上 209 頁。

り) ……司法的手続で争うことだけが救済の方法であるとするならば、それは決して十分な救済とはなり得ない……事後に救済を受けることよりも、事前に一般的に予防的措置がとられることの方が、はるかに公衆一般にとつて利益である」⁽⁴⁴⁾ということにある。州際通商委員会による鉄道会社に対する規制権限の行使は、さらに 1903 年のエルキンス法によって強化された。エルキンス法は「公表され、委員会に登録された料金率に適合する料金だけが適法であり、それ以外の料金をとることは拂戻しなどの方法によるものをも含んで—すべて軽犯罪として処罰せられる」とし、「同時に、料金率からの逸脱その他『法の禁止するいかなる差別』に對しても、裁判所はインジャンクションその他の手続でこれを禁止することができる」とした⁽⁴⁵⁾。さらに、1906 年のヘバーン改正法は、州際通商委員会の構成について委員数の増加、任期の延長、報酬の増額をはかり、鉄道以外の州際通商にも委員会の権限を拡大した。そして、このヘバーン改正法が注目されるのは「委員会は、不服の申立があると、聴聞の結果、現行の料金率を不公正不合理なものと判定することができるばかりでなく、將來に向かつて、公正で合理的な最高料金率を定めて、これを命ずる」権限を付与した点である。州際通商委員会は、鉄道法の執行のみならず、立法作用をも行うことが認められた。さらに、1910 年には、マン＝エルキンス法により、委員会による措置に対して不服申立てがあれば、委員会は、その措置を停止し、措置が合理的であるかどうかを調査し、不服申立て人である輸送業者に不服の挙証をさせるなどして審査する手続が設けられた。このように、州際通商委員会による規制権限は、強者による弱者の権利侵害を事後的に救済する司法手続ではなく、損害が生じる事前の予防的措置によって一般公衆の利益を保護する行政的な方法（すなわち、行政手続）によって行使され、社会の現実を背景にその新たな要求に応えるも

(44) 同上 210 ~ 211 頁。

(45) 同上 214 頁。

のとして発展してきたのである。「行政的手続の内容をなしている多くの権限——職権探知の権限や、許可認可ないし禁止命令の権限のようなもの——は、社會關係におけるこの強者に對する統制と弱者に對する保護の目的を離れては、理解することができない」のであり⁽⁴⁶⁾、州際通商委員会の行政手続による企業經營に對する規制が、独占禁止法上の問題を扱う連邦取引委員会、労働關係法を処理する全国労働關係委員会、証券および取引委員会、連邦通信委員会などのいわゆる行政委員会を發達させた⁽⁴⁷⁾。アメリカにおける行政法の發展は、これら行政委員会による行政手続を適正手続の法理（due process of law）によって司法裁判所によって規律する法領域として理解される⁽⁴⁸⁾。

(46) 同上 212 頁。

(47) 同上 217 ～ 222 頁。鶴飼・同上書は、220 頁から連邦取引委員会、222 頁から全国労働關係委員会の行政手続——（委員会では若干の差異はあるが）企業の不公正な取引慣行や使用者による不公正行為の定義を具体的に規則で定め（準立法権の行使）、当該規則に該当するかどうかを審理し、不正取引または不公正行為と判断すれば企業家または使用者に對する処分を行う。当該処分に不服であれば委員会に對し申立てを行い、委員会から派遣された審査官が調査を行い、申立人への聴聞を経て、審査官は委員会に對し事實の認定と事件の処理に關する報告を行い、委員会による事實認定と終局裁決が下される（準司法権の行使）——を紹介している。なお、「司法は、これを拘束する一般的な法規範の下にあつて、具體的な事實を、これにあてはめ、法規を大前提とし、事實を小前提とする定言的三段論法によつて、具體の場合に行われる法を確定する作用である」（213 頁）と説明されており、アメリカで發展した行政委員会の行政手続は、イギリスの司法的行為である。

(48) 同上 214 頁。なお、小高・前掲注（1）、80 頁は、アメリカの行政委員会の行政手続の準司法的性格が、「經濟規制の領域における行政委員会の司法作用を主として論じてきた同国行政法發展の背後事情に由来する」ことを指摘し「行政手続を司法化する」ことがアメリカ行政法の背後にあるとしている。しかし、行政委員会の裁決や決定は行政手続によるもので、鶴飼は、行政手続と司法手続を區別している。「行政手続の司法化」とは、行政手続によって規制行政を行う行政委員会の裁決・決定を司法的行為とし、これを司法裁判所の監視的管轄権のもとに置くことをいい、アメリカ行政法は行政手続を司法裁判所が法的に規律する領域として形成されたというべきである。

以上のアメリカ行政法形成過程を詳述した鶴飼信成『行政法の歴史的発展』は、最後に（第六章「英米的行政法理論の限界」四）、行政委員会の発達に関するアメリカ法曹協会の報告を紹介している。この報告書は、適切にもモンテスキューの『法の精神』の「裁判権が、行政権力と結合すれば、裁判官は圧政者の権力を保持し得ることになる。⁽⁴⁹⁾ / Si elle (=la puissance de juger —筆者注) était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.」(鶴飼、225 頁。ただし、仏語の原文は筆者が付加した) という箇所を引用し、裁判権 / la puissance de juger (=de la juridiction) であり、(司法権 / la puissance judiciaire ではないことに注意) と執行権が結合することによる圧政を指摘する。その上で、鶴飼は、委員会報告では、アメリカにおいて「司法権は三つの主要な範疇の法廷の間に分散されている。その第一はいうまでもなく憲法上の裁判所であるが、その他に、第二に法律上の裁判所（請求裁判所 the Court of Claims、關稅および特許上訴裁判所 the Court of Customs and Patent Appeals、關稅裁判所 the Customs Court、領土裁判所 the Territorial Courts および部分的にコロンビア特別區裁判所 the Courts of the District of Columbia) と、第三に、執行裁判所 (Executive Courts) すなわち行政機關 (Administrative Agencies) がある」(同 225 頁) というが、少なくとも、司法権が、第三として挙げられている行政機關に分散されているということはありません。民事事件と刑事事件の裁判権を司法権と称するようになったのは 1780 年のマサチューセッツ州憲法であり⁽⁵⁰⁾、アメリカ法の基礎であるイギリスでは、行政事件も民事事件として司法裁判所の裁判管轄におかれる裁判一元制を採っている。したがって、アメリカにおいて「三つの主要な範疇

(49) 鶴飼・本文の同書（前掲注（1））225 頁は、宮澤俊義訳「裁判権を、既に執行権を有つ者の手に置くより悪きはなかつた」（岩波文庫版上巻 244 頁）を載せる。しかし、ここでは、裁判権と司法権を区別することが重要なので、モンテスキュー『法の精神』の仏語原文（MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, Paris, 1979, p.294）と筆者の訳で説明する。

(50) 佐藤幸司『現代国家と司法権』39 頁（有斐閣、1988 年）。

の法廷に分散されている」のは、司法権ではなく裁判権である。法曹協会報告書が、「行政機関の権限の中で……明白に司法的なものであると認めるものは……第一は、民事刑事のどちらの性質に近いものをも含めて金銭債務に関する決定、第二はマンデマスおよびインジャンクションに類比される決定、第三は、許可その他の取消」（同上）であるというのも、この「明白に司法的なもの」は「明白に裁判的なもの」と読み替え、行政委員会が行使する権限が裁判権であり、アメリカ行政法は、裁判機関としての行政機関を裁判一元制の下で唯一法的に規律することができる司法裁判所の権能として形成された。この点、ボウマンがつぎのように指摘するところが、示唆的である。（なお、文中〔 〕内は、筆者が原語の意味を説明するために付したものであり、邦語のつぎにスラッシュの後に示した原語は、原文で使われている語である）。

「アメリカでは、〔審査手続を経て下される〕裁決権または〔紛争当事者の主張と立証に基づく事実認定を前提に、法律要件の判断と処分に第一次的判断権を行使する〕裁量権を有する行政機関は、〔司法権を行使する〕裁判所／ courts というよりも、〔裁判権を行使する〕裁判所／ tribunals と呼ばれるのが通常である。この語は、大統領、控訴〔司法〕裁判所、司法省の職員および国内外の行政法を専攻する学者が使用する。しかし、アメリカ行政裁判所／ the American administrative tribunal の輪郭は、〔行政に関する〕法の発達が十分でないために、不明瞭である。大雑把に、正直に言えば、tribunal という言葉は漠然としており、行政裁量権を行使するすべての行政機関が tribunal であったことを認めなければならない。もしこの意味で tribunal という言葉を使うなら、行政裁判所／ the administrative tribunals は州にも連邦にも多くの形で数知れず存在する。しかし、tribunal という言葉には、狭義で使用されている明確なものがある。それは、権限を行使する手続においても、その構成においても、あるいは権限においても、そうしたもののひとつでもそれ以上においても、司法裁判所にきわめて類似した（closely resemble courts of general jurisdiction）行政機関に対してのみ使用される

ということである。……裁量権を行使し、その権限行使の手続も構成も司法裁判所に似ている州の行政機関には board、bureau または offices と称されている多くのものがある。酪農委員会 / dairy commission、健康管理委員会や教育委員会 / boards of health and superintendents and boards of education などさまざまである。近年は、連邦の至る所で見られる。…… 1903 年だけでも、約 140 の新たな常設の委員会 / boards and offices が創設され、約 75 の臨時の行政委員会 / commissions と 39 の調査委員会が設置されている。もちろん、これらの政府機関が、ここで使われている狭い意味での tribunal というわけではなく、多くは単なる行政機関といえるだろう⁽⁵¹⁾。

ボウマンは、こう述べた後で州際通商委員会等の連邦の行政委員会に言及し、鵜飼による前述の司法権——ここでは、裁判権——を行使する「三つの主要な範疇の法廷」について検討を加えている。その結果、これら行政機関である裁判所は、その構成 (organization) や手続において司法裁判所に類似しており、それらは行政の階層的組織として説明される。つまり、「行政の実施機関が行政委員会の下級裁判所 / minor and inferior tribunals である」とすれば、行政委員会は、その上訴裁判所 / a appellate jurisdiction である⁽⁵²⁾。したがって、州際通商委員会をはじめ、少なくとも連邦の行政委員会は、行政裁判所 / Administrative Tribunal として位置づけられることを意味する。そこで、行政委員会の裁決手続や処分手続など行政手続——告知と聴聞を経て認定された事実を前提に、法律要件の判断に基づく処分である準司法的作用——に適正手続の法理の適用を要求するならば、行政委員会が実質的な証拠に基づいて認定した事実は司法裁判所を拘束する (実質的証拠原則) が、個人の財産権に対する規制など法律問題に関しては司法裁判所の裁判管轄に属するから、行政手続は司法裁判所の審査に留保される⁽⁵³⁾。ここに、アメリカ行政法

(51) Harold M. BOWMAN, *op. cit.*, pp. 612-613.

(52) *Ibid.*, p.p.613-614.

の形成と発展が存在する。

§ 6 — 3 英米行政法は、事実認定と法律要件の判断に基づく裁決または処分を行う行政機関を行政裁判所／ Administrative Tribunal として位置づける。そして、裁判権の行使を司法裁判所に留保する裁判一元制のもとにおいて、行政裁判所が行う行政手続を司法的行為（イギリス）として、またはそれを司法化（アメリカ）することによって、いずれも個人の権利保護のために司法裁判所の審査のもとにおいた。司法的行為または司法類似の作用である行政手続を司法審査にもとにおく原理が、イギリスにおける自然的正義の原理であり、アメリカにおける適正手続条項（合衆国憲法修正 5 条および修正 14 条）である。行政手続に対する司法審査としての英米行政法の形成と発展を明確に示しているのがカナダ行政法である。司法裁判所による行政裁判所または行政委員会の行政——行政手続——の法的規律について、「議会は、行政に規則制定（réglementation）や裁決（adjudication）⁽⁵⁴⁾を行う権限を行政裁判所／ tribunaux administratifs に委ねる。行政裁判所は、議会からも行政組織からも独立している」⁽⁵⁵⁾とし、準立法権と準司法権を行使する行政機関である行政委員会を前提に、カナダにおける行政法という法領域は、「司法裁判所（the courts）が行政過程（administrative process）に介入する一般的な原則、および制定法が行政に付与した権限を誤用したことによって生じた私人の権利利益の侵害について、司法裁判所がその被害者に救済を与える際の一般原則」⁽⁵⁶⁾である。カナ

(53) 杉村・前掲注（31）、84 頁、小高・前掲注（1）、80 頁。

(54) 杉村・同上 85 頁は、行政裁判所／行政委員会による裁決・処分を行政行為として位置づける（注（56）を参照）。

(55) Patrick KENIFF et autre, *Le contrôle politique Des Tribunaux administratifs, Canada(Laval)*, 1978, Avant-propos.

(56) D. J. MULLAN, *ADMINISTRATIVE LAW*, 2nd ed., 1979, p.3-85 (Title 3 from Vol.1 of The CANADIAN ENCYCLOPEDIA DIGEST (Ontario) Third Edition, pp.3-85-3-284. 本書は、筆者がモンリオールのマギル大学法学部に留学中に使用されていた行政法の教科書である。

ダ行政法は、第一に、司法裁判所による行政過程への介入原則を述べるものであること（すなわち、司法審査：Judicial Review of the Decision-Maker）、第二に、行政が制定法上の行政権限を濫用したために、当該行政の相手方（私人）が被った不利益について裁判所が適用する救済原則を述べるものであること（Remedies for Unlawful Administrative Action）という英米行政法の性格を確認することができる。行政裁判所／行政委員会（以下、「行政裁判所」という）の行政手続に対する司法審査であるカナダ行政法⁽⁵⁷⁾は、「歴史的に、イギリスの裁判所が大権令状、および差止命令や宣言判決そして損害賠償による救済によって違法な行政活動を是正してきたものを、ケベックを含めたカナダの各州が司法審査として発達させたものである」⁽⁵⁸⁾。このうち宣言判決と差止命令は、エクイティ上の救済であるから、カナダ行政法における司法審査とは、英米行

(57) 英米行政法は、一般的に、行政機関の行なう立法（いわゆる準立法的権限）と行政機関による決定（行政行為）に対する適正手続を制定法化した行政手続法（Administrative Procedure Act）で知られている。とくに行政機関による決定は、「相当程度の司法的または準司法的権限の付与」と観念され、行政行為とは「行政機関の行う裁決（adjudication）」を意味し、それは法律問題に対する行政機関による司法的決定（いわゆる準司法的権限の行使で、イギリス行政法における司法審査の要件である「司法的行為／judicial act」である。参照、八木・前掲注（34）、359～360頁）であって、行政行為は司法審査の手続による司法裁判所の審査に留保される限りにおいて、議会による行政機関への司法的決定の授権は合憲とされた。その意味で、法律問題を決定する行政機関は、行政委員会（“Commission”, “Authority”, “Board”などと称された）として行政裁判所／administrative tribunalと位置づけられた。参照、杉村・前掲注（31）、83～84頁、鶴飼・前掲注（1）、191～224頁。それぞれの行政領域に分散されていた行政機関が統合され（行政機関による決定／agency-makingと、適正手続を経てなされる行政委員会による決定／decision-makingとが区別される）、行政機関と裁判機関とが混在した（hybrid）行政裁判所／administrative tribunalが確立した（カナダの行政裁判所について、Sara BLAKE, *Administrative Law in Canada*, 5th ed., Canada 2011, pp.3-4）。

(58) D. J. MULLAN, *Administrative Law*, 3rd ed, 1996, p.455 (§ 527). 以下、MULLAN 《1996》と略し、前掲注（56）をMULLAN 《1979》と略して区別する。

政法における司法審査であり、大権令状／ prerogative writ（大権命令／ prerogative order）による救済とエクイティ上の救済、および損害賠償による救済の3つに分類される。

1. 大権的救済

(1) サーシオレイライ（移送令状）／ *Certiorari* 移送令状とは、司法裁判所が行政裁判所にその制定法上の権限を行使した記録の移送を命令する大権令状である。権限を行使した行政裁判所は、司法裁判所に裁決または処分に至った記録を提示し、司法裁判所は、当該制定法上の権限が適法に行使されたか否かを審査する。すなわち、司法的行為を行った行政裁判所は、司法審査においては司法裁判所の下級審と位置づけられ、その制定法上の権限に基づく判断（行政裁判所の裁決や処分は第一審判決とみなされる）記録をその上級審である司法裁判所に提示し（to show）、行政裁判所の権限が制定法上の範囲内で行使されたか、当該権限の行使に踰越濫用がなかったかどうかなどの行政手続が司法審査されるのである（to be proved or ascertained）⁽⁵⁹⁾。その例として、*R. v. Nat Bell Liquors, Ltd.* (Supreme Court of Canada, *R. v. Nat Bell Liquors, Ltd.*, (1921), 62 S.C.R. 118, Date: 1921-05-10) が挙げられる⁽⁶⁰⁾。アルバータ州酒類法／ *Alberta Liquor Act* に違反してアルコールを所持し販売していた被告人は、行政当局により所持していた酒の没収と2,000ドル余の罰金の処分を受けた。被告人は、サーシオレイライに基づいて、アルバータ州最高裁に抗告

(59) 大権的救済において、行政機関は、司法裁判所の下級審（administrative tribunal／行政裁判所）と位置づけられるが、司法裁判所の系統に属さない行政機関であるから、サーシオレイライによって司法裁判所が行政権限の行使に介入するのは、「単に、事実を審査、確認し、（行政権限の行使に対し）勧告または報告するのみ」であって、行政権限の行使を法的にコントロールするのではなく、最終的な判断をするのは制定法上の権限を有する行政機関である（MULLAN《1979》, 3-197, § 153）。後に、行政委員会の法律事項の判断に対して司法審査が留保され、司法審査基準として英米行政法が発展する。

(60) MULLAN《1996》, p.455 (§ 527).

し、同最高裁は本件処分のいずれも取消したため、多数意見に反対した州最高裁長官が、カナダ最高裁に対し移送令状の発給を求めて上告した。カナダ最高裁は「本件は、罰金額を含む『刑事責任から生じる』(“arising out of a criminal charge”) サーシオレイライのひとつである」から、刑事責任から生じる罰金額を争うためには民事訴訟手続によるという先例を理由に、本件州最高裁判決のうち罰金刑の処分—行政刑罰の処分—だけを棄却し、酒の没収処分を認容した。つまり、サーシオレイライを通じて司法裁判所は、先例に照らして違法な行政処分であると判断される罰金刑を取消したのである。

(2) プロヒビション (禁止令状) / *Prohibition* サーシオレイライが、すでに行使された行政裁判所の権限 (decisions or orders) を対象にしているのに対して、プロヒビションは、行政機関がその権限を行使する手続に着手する前の段階で、司法裁判所が、当該行政機関にその権限を行使しないように差止めを命じる大権令状である。したがって、プロヒビションは、司法裁判所が、行政裁判所による権限行使の前の段階を規制する。原告は、行政裁判所がその権限を行使する前にプロヒビションを請求しなければならない⁽⁶¹⁾。まだ仮の救済が利用できる、または要求できるという段階でプロヒビションを求めることはできない。ケベック民事訴訟法 (Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25./Code de Procédure civil du Québec, c.C-25) は、1965 年の改正で、プロヒビションを求める際のタイミングの困難性をサーシオレイライとプロヒビションを組

(61) *Ibid.*, p.460 (§ 538). MULLAN 教授は、“… and prohibition is that of timing.” と説明される。公立学校の職員組合を代表する執行委員長 A が、組合員の教員に地方公務員法 / The Public Services Employees Disputes Act (R.S.Q. 1941, c. 169) に反するストライキを指示したことを理由に、教育委員会が、労働関係法 / The Labour Relations Act (R.S.Q. 1941, c. 162A) 41 条に基づいて A の組合代表の資格を取消したので、A が裁判所にプロヒビションの発給を求めたところ、最高裁判所は、「すでに取消した本件で、民事訴訟法に照らし / there is nothing in the articles of the Code of Civil Procedure、プロヒビションを求めることはできない」と判示した (Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board, [1953] 2 S.C.R. 140).

み合わせることによって克服した (TITLE V, CHAPTER IV, art.846)。すなわち、「上級審 [である司法裁判所] は、当事者の申請により、権限行使を禁止し (evoke/évoquer) 又は修正する (revise/réviser) ことができる」と定める。上級審とは、行政裁判所による法律問題の判断を司法権の行使 (準司法権) とし、それを上級審として審査する司法裁判所のことである (通常の審級では第一審の Provincial Superior Court、控訴審の Provincial Court of Appeal、上告審である連邦最高裁 / Supreme Court of Canada となる)。行政裁判所の判断を裁判判決類似の裁決 (adjudication) とし、行政裁判所は、法律問題の決定 (司法的行為 / judicial act) において第一審の裁判所 (Administrative Tribunal) に相当する⁽⁶²⁾。行政裁判所が違法な権限の行使に着手する前の段階で、法律問題に関する監視的管轄権を有する上級審であるところの司法裁判所が、行政裁判所が権限を行使することを禁じる場合、これを evoke/évoquer (行政庁が第一次判断権を行使していない段階での司法審査を許さない) といい、すでに違法な行政決定が行われた場合にその差止めを求めるのが、revise/réviser である。したがって、evoke/évoquer は大権令状のプロヒビションに、revise/réviser は大権令状のサーシオレイライに相当するといわれる⁽⁶³⁾。そして、行政裁判所の権限の行使に関する不服は、各州の Provincial Superior Court に提訴され、州最高裁である控訴裁判所 / Provincial Courts of Appeal に控訴され、さらに上級審である連邦最高裁判所 / Supreme Court of Canada に上告される⁽⁶⁴⁾。これらが、ケベック民事訴訟法 846 条が定める上級審 / The Superior Court (Superior Courts) である⁽⁶⁵⁾。した

(62) 法律問題の決定 (司法的行為) について、前掲注 (56) の杉村論文、八木論文、鶴飼・前掲注 (1)、198 ~ 224 頁を参照せよ。

(63) Sous la direction de Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de Procédure civile du Québec*, vol.2, 3 éd. (Québec, 1997), p.589. 同頁の脚注 269 によると、「学説も判例も、第 846 条の《évocation》と《révision》を明確に区別してこなかったが、こんにち、《évocation》という語は、決定過程にむけられた訴えについてだけ、《révision》は、すでに行われた決定にむけた訴えにだけに、それぞれ使われる」と指摘している。

(64) Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (Toronto, 1997), p.166.

がって、プロヒビションは、行政裁判所の裁決または処分の差止めを求める訴訟であり、行政裁判所の裁決・処分がなされてからは、たとえ当該裁決等に着手していなくても、また当該裁決等の前であっても仮の差止めが可能であれば、プロヒビションを求めることはできない。これは、プロヒビションが、法律問題については司法裁判所が独立の判断権をもつという側面（裁判一元制）の反射として、行政権に対する司法権の介入という側面があることに由来する。行政裁判所が裁決または処分をなせば、法律問題の有権的解釈権を留保された司法裁判所は、サーシオレイライによって当該行政決定の違法性の有無を審査することができるが、議会の法律によって付与された権限が行使されていない段階で、司法権が当該行政決定を審査することはできない。

-
- (65) 参考までに、ケベック民事訴訟法 846 条を、原語のニュアンスからの理解が重要とおもわれるので、英語版と仏語版を併記する。“846. The Superior Court may, at the demand of one of the parties, evoke before judgment a case pending before a court subject to its superintending and reforming power, or revise a judgment already rendered by such court, in the following cases:(1) when there is want or excess of jurisdiction;(2) when the enactment upon which the proceedings have been based or the judgment rendered is null or of no effect;(3) when the proceedings are affected by some gross irregularity, and there is reason to believe that justice has not been, or will not be done;(4) when there has been a violation of the law or an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.However, in the cases provided in paragraphs 2, 3 and 4 above, the remedy lies only if, in the particular case, the judgments of the court seized with the proceeding are not susceptible of appeal./846. La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou reviser le jugement déjà rendu par tel tribunal:1. dans le cas de défaut ou d'excès de compétence;2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante. Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.”

1965年改正のケベック民事訴訟法 846 条は、違法な行政決定によって不利益を被るおそれがある原告が、司法裁判所に発給を求めるのはプロヒビションなのか、サーシオレイライなのかという訴えを提起するときの選択の困難さを解決する意味があった。

Bell v. Ontario 事件は、この権限行使の差止めを求めるタイミングを要求するプロヒビションの性質を知ることができる。ジャマイカ出身の黒人であるマッケイは、トロント・デーリー・スター紙に掲載された「当方 3 階建て住宅。2 階と 3 階の風呂付きの部屋 4 D K を貸します」の広告を見て、当該広告主（貸主）のベルに電話で問い合わせ、「まだ空いている」との返事だったので、翌日ベルの家を訪ねたところ「もう部屋は借り手がついた」と断られた。同日、マッケイは友人にベル宅に行って様子を探ってもらったところ、「まだ部屋は空いている」ということだったので、マッケイは、人種差別による貸部屋提供の拒否であるとしてオンタリオ州人権委員会（Ontario Human Rights Commission）に救済を求めた。人権委員会は、同州の人権憲章（The Ontario Human Rights Code）に基づいて貸主のベルに公開のヒアリングを行った。ベルは「貸部屋として広告に出した 2 階と 3 階の住居は、1 階に住む私の住居部分と玄関を共有するもので独立した住居（self-contained dwelling unit）といえないので、人権憲章による住居に関する差別禁止条項⁽⁶⁶⁾が適用される住居でない」と主張した。ベルは、州控訴裁判所に対し、人権委員会が本件について調査することを禁止する令状——プロヒビションの発給を求めた。控訴審から訴えを回送された連邦最高裁は、「訴えは認められ、禁止令状の発給により救済される」とし、原告ベルの住宅は“self-contained dwelling unit”とは言えな

(66) オンタリオ州人権憲章 1 章「差別からの自由」 2 条から 4 条は、住居の提供に関して人種、祖先、出生、信条、性別、ジェンダー、年齢（ただし、未成年者については 4 条に別の規定がある）、婚姻、家族、障害者等による差別的扱いを禁止している。その第 3 条は、「何人も、差別を受けることなく、等しく住居の賃貸借契約を締結することができる」と定めている。

いから、人権委員会は、オンタリオ州人権憲章 3 条に基づく判断を行う必要はない」と判示した (Supreme Court of Canada, *Bell v. Ontario Human Rights Com'n.*, [1971] S.C.R. 756 Date: 1971-02-01)。裁判所の判決は、ベルが主張する法律事実に依拠したものである。つまり、人権憲章の定める差別禁止条項は、“self-contained dwelling unit” すなわち「独立した住居」に関するものであるから、違法な差別か否かは当該住居が独立しているか否かという法律事実を判断すれば足りることである。したがって、司法裁判所は、人権委員会によるヒアリングに基づく判断を待たずに「独立した住居ではない」と判断しても、司法権が行政委員会の第一次判断権を侵害したとはいえないから、最高裁 (司法裁判所) は、人権委員会 (行政権) の調査 (ヒアリングとその後続く原告の賃貸借契約締結拒否の適法違法の判断) を禁止する判決を下したのである。プロヒビションは、行政権が判断過程に着手し (ヒアリング等による事実認定など)、当該判断過程に基づく判断がなされた後では、求めることできない。つまり、行政権の行使に司法権は介入できないという理由に拠るのであるが、司法権が行政権の行使を審査できるのがどの段階であるかは原告には困難であろう。*Bell v. Ontario* 事件のように、法律事実の有無を判断する段階であれば、プロヒビションを求めることは容易であるが、そうでない場合、ケベック民事訴訟法のようにプロヒビションか、サーシオレイかの選択を原告に認めなければ、発給を求める大権令状の段階で裁判所による救済が得られなくなることもある⁽⁶⁷⁾。

(3) マンデマス (職務執行令状) / *Mandamus* マンデマスは、公権力の行使を義務づける——行政裁判所の権限行使義務 (a public authority to perform

(67) *Bell v. Ontario* 事件については、David Philip JONES and Anne S. de VILLARS, *Principle of Administrative Law*, 2nd ed. (Tronto, 1994), 76 and 137. 連邦最判については <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/2701/index.do>、事実の概要については、http://www.archives.gov.on.ca/en/explore/online/dan_hill/papers/big_049_bell-case.aspx (オンタリオ州の Ministry of Government Service) を参考にした。

its legal duties) の強制履行を命じる——大権令状である⁽⁶⁸⁾。しかし、マンデマスは、公権力の行使そのものを対象とするサーシオレイライやプロヒビションと異なり、公共事業を営む公企業 (the corporation) の電気、水道、ガスを供給する法律上の義務 (statutory duty) を職務執行令状の対象としている。このことを明確にした Holmberg 事件は、民間の土地開発業者が販売した分譲地に住宅を建てた住民らが、水道事業者 (Public Utilities Commission) に対し、主要な水道管から個々の住宅へ水道管 (secondary line) の設置を求めたところ、水道事業者が設置義務の不存在を理由にこれを拒否したので、オンタリオ州最高裁 (第一審) に水道事業者 (被告) に対する職務執行令状の発給を求めた事件である。被告は、水道とガスの供給に関して定めたオンタリオ州の公共事業法 (Public Utilities Act) 55 条 1 項は、“Where there is a sufficient supply of the public utility, the corporation shall supply all buildings within the municipality situate upon land lying along the line of any supply pipe, wire or rod, upon the request in writing of the owner, occupant or other person in charge of any such building.” と定め、被告は「十分な供給施設 (a sufficient supply of the public utility) がある場所に」、公共団体として (within the municipality situate) すべての建物とそこに住む人に水道とガスを供給しなければならない」とするから、「水道管の設置は、個々の住宅への水道管の設置も含め、土地開発業者の義務である」と主張していた。オンタリオ州控訴審は、住民は水道がなければその財産を保持できないのだから、個々の住宅に水道管を設置する開発業者の義務は公共事業法 55 条 1 項から導き出される義務ではなく、水道事業者は公共事業法上の水道供給義務を負う (the corporation shall supply) として、被告に職務執行命令の判決を下した⁽⁶⁹⁾。このオンタリオ州控訴審判決によると、マンデマスは、①コモン・ロ

(68) MULLAN 《1996》, p.462 (§ 542).

(69) *Holmberg v. Sault Ste. Marie Public Utilities Commission*, [1966] 2 O.R. 675 (C.A.)。本件の概要については、Michael H. RYAN, *Telecommunications Carriers and the “Duty to Serve”*, McGill Law Journal vol.57 No.3 (2012), p.535.

一上の義務ではなく、法律上の義務を対象にしていること、②公企業／Commission による決定は、準司法的性格そのものでなくても、令状発給の対象になることをあきらかにした。

なお、マンデマスは、行政庁による法律上の義務不履行（すなわち、権限不行使）によって生じる利益侵害を回避するための当該義務の強制履行を命じる判決（当該権限行使の義務づけ判決）であるから、マンデマスを求める原告は、権限行使によって保護される「個人的で十分な利益／individually or sufficient interest」を有する必要がある⁽⁷⁰⁾。

(4) ヘイビラス・コーパス（人身保護令状）／*Habeas Corpus* ヘイビラス・コーパスは、違法な拘束を受けている者、またはその疑いのある者の身柄を裁判所に提出させる令状（本来の語義は「身柄提出令状」）のことであるので、刑事手続に関連した大権令状である。しかし、行政の規制領域が拡大するとともに、ヘイビラス・コーパスも社会福祉行政における子どもの収容（custody）、精神病患者の収容、入国管理行政における不法入国者の勾留（detain）など行政手続におけるヘイビラス・コーパスの適用が広まった⁽⁷¹⁾。すなわち、行政庁による収容決定または勾留決定は、行政委員会（administrative tribunal）の行う裁決（adjudication）の性質を帯び、法律問題の上級審としての司法裁判所が、下級審として位置づけられる行政庁（Administrative Law Judge⁽⁷²⁾）による身柄の収容または勾留決定の手続を審査し、違法と判断すれば直ちに拘束を解く令状を当該行政庁に発するのである。ムーラン教授は、行政手続へのヘイビラス・コーパスの適用の意義として、つぎの4点を指摘している。第一に、権利章典が、ヘイビラス・コーパスによる身柄拘束の有効性を求める保障となること、第二に、「刑務所の中の囚人（a prison within a prison）」という概念に

(70) MULLAN 《1996》, p.463(§ 543).

(71) *Ibid.*, pp.465-466(§ 548).

(72) 宇賀克也『アメリカ行政法』101～104頁（弘文堂、1988年）。

よって、身柄を拘束される者が、その拘束決定に厳格な手続を要求することができるようになること、第三に、連邦法に基づいた権限に基づく拘束については、連邦司法裁判所（the Federal Court）にサーシオレイライによる排他的な審査権限が認められているが、サーシオレイライと併合したヘイビラス・コーパスは、州控訴審から利用可能であることに鑑みれば、連邦行政における拘束に対してもヘイビラス・コーパスを求めることができること、第四に、ヘイビラス・コーパスだけを求めようと、サーシオレイライと併合してヘイビラス・コーパスを求めようと、いずれにしても裁判所は、宣誓供述書も含めた拘束の根拠となる手続のすべての記録に関連する証拠を審査する権限を有することなどからヘイビラス・コーパスの司法審査をとおして、行政法—行政を規律する法の領域が拡大することになる⁽⁷³⁾。

（５） クウオ・ワラント（権限開示令状）／ *Quo Warranto*　クウオ・ワラントは、職務（a public office）を行う権限の開示を求める大権的救済である。その目的は、制定法上の資格を欠く者によって行われた職務—無権限の職務行為—を取り除くことである。クウオ・ワラントは、制定法によって与えられた司法的行為以外の職務、職務そのものの適法性や憲法適合性の審査などには利用できないが、法務総裁（Attorney-General）は、直接に、またはリレイターとして間接的に、クウオ・ワラントを求めることができる⁽⁷⁴⁾。しかし、無権限で決定された事項に従い、クウオ・ワラントの請求が遅延すると救済を求めることができなくなることもあり、クウオ・ワラント以外の他の適切な救済を利用したほうがよい場合がある。クウオ・ワラントは、ほとんどの裁判で利用されなくなり、ブリティッシュ・コロンビア州は1979年に、

(73) *Ibid.*, p.466(§ 549).

(74) *Ibid.*, pp.471-472(§ § 562-564).なお、リレイターとは、公的利益の保護を求めて法務総裁に通報する者（relator）である。リレイターは、法務総裁の名で公益訴訟を提起し、追行するが、訴訟当事者はリレイターではなく法務総裁である（岡村周一「イギリス行政訴訟における原告適格の法理（3）」法学論争 103 巻2号、1978年、44頁）。

プリンス・エドワード・アイランド州は 1988 年に、それぞれ司法審査手続法でクウォ・ワラントを廃止し、インジャンクションや宣言判決というエクイティ上の救済がクウォ・ワラントよりも適切な救済であるとされている⁽⁷⁵⁾。反対に、サスカチュワンとケベックの両州は、クウォ・ワラントを維持しており、とくにケベック州は、公的職務のみならず、フランチャイズや公共団体や民間団体にもクウォ・ワラントを拡大している⁽⁷⁶⁾。

2. エクイティ上の救済

エクイティ (Equity) は、何らかの理由でコモン・ロー上の救済を得られない者が、教会法等の訴訟手続を利用してコモン・ロー裁判所による審理を受ける訴訟手続による救済である。したがって、エクイティの対象となる権利利益はコモン・ロー上の権利利益である。エクイティは、19 世紀終わりに「コモン・ローとエクイティの融合」によって、エクイティによる救済を判決してきたエクイティ裁判所 (裁判官は大法官 / Lord Chancellor) が廃止され、コモン・ロー裁判所に統合された。したがって、現在ではエクイティはコモン・ローの一部として扱われている⁽⁷⁷⁾。

(1) 宣言的判決 / *Declaratory Judgment* 行政裁判所による法律行為の判断 (司法的行為) に対する上級審である司法裁判所は、当該判断または行

(75) MULLAN 《1996》, p.472-473(§ 566). なお、MULLAN 《1979》, 3-219 (§ 194) は、1976 年に、ブリティッシュ・コロンビア州がクウォ・ワラントをインジャンクションに置き換えたと紹介している (同 § 194 の脚注 34)。

(76) MULLAN 《1996》, p.472(§ 566). 参考: Quebec Code of Civil Procedure, art. 838 "When a person occupies or exercises illegally, either a public office or an office in a legal person established in the public interest or for a private interest, a public body or an association within the meaning of the Civil Code, any person interested may apply to the court for an order that he be ousted therefrom; he may even ask that a third party be declared to be entitled to such office, if he alleges the facts necessary to show that he is entitled to it."

(77) エクイティについては、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』(有斐閣、1991 年)を参照。なお、本文は同書第 1 章「エクイティの起源 (I)」と第 2 章「エクイティの起源 (II)」(1 ~ 23 頁)に拠る。

為によって権利利益の侵害を被る私人が救済を求めても、その救済が当然に認められるかどうか（または、当該救済を求められるかどうか）にかかわらず、係争事件における原告の権利義務または法的地位に関する宣言をするための裁判権を有する。宣言的判決は、民事訴訟または刑事訴訟をとおして司法審査を求める救済手続なので、私法上の権利義務を対象としている。しかし、宣言的判決は、行政が法律問題を違法に決定したことによって生じる私人の権利義務または法的地位の侵害に対する公法上の救済の性格を帯び、上級審による宣言的判決がなされれば、司法裁判所による救済（original remedy）を開始できるのである⁽⁷⁸⁾。したがって、宣言的判決は、当事者の権利義務関係の存否について判断するのみで、それ以上の、つまり、原告の権利を承認し、被告に決定の取消し、損害賠償を求めるものではない⁽⁷⁹⁾。在監者の弁護人が、依頼人と交換する書簡を開封せずに送付する宣言的判決を求めた事件で、連邦控訴審（Federal Court of Appeal）は、弁護人と依頼者間の信書の秘密は、監獄法が刑務所内の秩序維持の範囲で認めた法律上の特権であるから、制定法を越えた権利について宣言することはできないとして却下し、連邦最高裁も、弁護人と依頼者間に存在する特権（solicitor-client privileged）は、必ずしも制定法上の権利として限定されないかを検討しながら、この特権は「裁判所の裁量に属する権利」であるとして控訴審判決を支持した⁽⁸⁰⁾。

（２） インジャンクション（差止命令）／ *injunction* インジャンクションは、もともと私法上の権利に関するエクイティ上の救済である。その伝統的な目的は、不法または無権限で行われる行政決定が私法上の権利に及ぶのを防ぐことであり、制定法に基づく公権力が私法上の権利に干渉しないよう規制することであった。それは「何もなしてはならない／ *ne pas faire*

(78) MULLAN 《1996》, pp.473-474(§ § 568-570).

(79) S. BLAKE, *op.cit.*, p.237.

(80) Solosky v. Canada, [1980] 1 R.C.S., 821 and 833.

quelque chose」、またはごくまれに、違法状態の排除のために「(ある) 行為をなせ / d'accomplir un acte」という司法裁判所の命令である (前者を禁止的差止命令 / prohibitory injunction、後者を作為命令的差止命令 / mandatory injunction⁽⁸¹⁾として区別している)。差止命令に違反すれば、法廷侮辱罪によって罰せられる。インジャンクションは、行政主体 (the Crown or its servants) を相手に求めることができないので、いわゆる公法上の法律関係における権利または法的地位の確認を前提に差止命令を要求することができないから、行政主体の権利行使の差止めを求める場合は、宣言的判決を求めることになる⁽⁸²⁾。すなわち、インジャンクションは、行政決定 / the decision-making がなされるのを避けるために、または、その決定が適法になるまで法律を適用することを避けるために利用される。裁判所が差止命令を与えるには、3つの要件が必要である。第一に、原告が権利を有すること、第二に、損害の回復が困難であること、第三に、公共の利益と著しく均衡を欠くこと、である。

第一の要件を問題にしたアメリカン・シアナミド会社事件に関するイギリス控訴院判決⁽⁸³⁾は、殊更に厳格な権利を求めることを緩和した。換言すれば、「権利を有すること」を求めるのは、取るに足らないということでも、苛酷なことでもない。これは、原告が勝訴する合理的で明確な可能性があることを証明しなければならないということを要求するものではない。第二の要件である「損害の回復が困難であること」は、処分がなされた場合、損害賠償その他の有効な方法で救済があれば、裁判所はインジャンクションを認めないという事実によってあきらかである。けっきょく、裁判所は、決定をしない

(81) 行政決定により違法な差別を受けている者 (集団を含む) に対し、当該差別の除去を求める訴訟 (アファーマティブ・アクション) で作為命令的差止命令が求められる。MULLAN 《1996》, p.487(§ 597).

(82) *Ibid.*, pp.479-483(§§ 580-587), Pierre FOUCHER, *Droit administratif* (Québec, 1997), p.111-112.

(83) *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R.504.

ことの行政側の不都合ではなく、決定し執行することによる私人の不都合を勘案するのである。第三の要件については、法律の適用によって具体化する「公共の利益」が考慮されなければならない。この場合、差止命令を求める原告は、当該法律の合憲性を争うことがあり、そのような場合、裁判所は先行的な差止命令を与えることに非常に躊躇する。なお、「公共の利益」を守るために、差止命令の手続を求めるのは法務総裁の役割である（リレイター訴訟。公害による人格権侵害に対する差止命令を求めた *British Columbia (Attorney General) v. Haney Speedways Ltd.* [1963], 39 D.L.R. (2d) 48 (B.C.S.C.))。

3. 損害賠償

公務における不法行為（*misfeasance in public office*）に対し、被害者は、その職権濫用を理由として損害賠償請求訴訟を提起することができる。司法審査手続における損害賠償の裁判管轄は、連邦裁判所に配分されておらず、それは州裁判所に属する。損害賠償請求訴訟の被告は国（*the Crown*）または市町村（*municipality*）であって、法務総裁ではない。被告適格としては、行政委員会またはその委員 / *Administrative Tribunal or its members* が、国または市町村の代理人（*servants or agents*）として認められる。損害賠償請求は、純粹の不法行為ではなく、関連法から提起され、州の裁判所で審理されることを要する⁽⁸⁴⁾。

おわりに

行政法の形成は、司法裁判所（高等法院）が行政権の行使に介入するのを禁じる歴史的な事情を背景に、行政権自身に行政活動の法的規律を委ねながらも、執行権と裁判権の分離を説く権力分立論に基づいて、活動行政と裁判行政を分離する沿革的帰結として設立されたフランスの *Conseil d'Etat*（行政裁判

(84) S. BLAKE, *op.cit.*, pp.237-238, MULLAN 《1996》, p.545(§ 722). BLAKE は、国と市町村の損害賠償責任について、MULLAN は、損害賠償請求訴訟は連邦（国）レベルの問題として、連邦行政委員会と連邦法に限り説明をしている。

所) に起点をおく。行政裁判所は、行政事件を受理し裁判することによって、行政活動をその判決(判例法)をとおして行政法上の実体法的法律関係——行政行為の公定力に関する法理論、裁量権の濫用に関する法理論、行政行為の撤回の事由に関する法理論⁽⁸⁵⁾、行政行為の瑕疵に関する法理論、行政上の契約を行政法に取り込む公役務論など——を規律する大陸行政法を形成してきた。この大陸行政法が、ドイツからわが国に輸入され、こんにちのわが国行政法の基礎となっている。

ところが日本国憲法は、アメリカ合衆国憲法の影響を受け、適正手続条項を憲法 31 条に定める。第 31 条は、その位置から刑事手続の総則規定といわれながら、最高裁は「憲法 31 条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」(最大判平成 4 年 7 月 1 日民集 46 卷 5 号 437 頁)と判示し、行政手続の適正化が憲法上の要請であることを否定するものではない。適正手続の憲法原則は、憲法 13 条の個人の尊厳からも導かれており、英米法の伝統的な自然的正義の原則または適正手続の法理に基づいて、行政機関が適正な行政手続を経て処分すべきことが、日本国憲法に組み込まれていることに異論はない。確かに個人タクシー事件は、適正手続が行政手続を規律することを示したが⁽⁸⁶⁾(最判昭和 46 年 10 月 28 日民集 25 卷 7 号 1037 頁)、行政の手続的規律が明確になったのは 1994 年の行政手続法およびその後の行政手続条例の整備であった。しかし当初のそれは、限定された行政手続を定めるのが精一杯であり、適正手続が一般化されたとはいえない。憲法は英米法系になっても、大陸法としての行政法は存続した⁽⁸⁶⁾。わが国の行政法は、大陸法の成文法主義や「法律による行政」の原理に馴染み、英米法の判例法による「法の支配」を行政権行使の適正手続として浸透させるには時を要したのである。

(85) 杉村・前掲注(31)、83頁。

しかし、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で定めるところにより設置する下級裁判所に属する」、その 2 項前半は「特別裁判所は、これを設置することができない」として、司法裁判所以外の裁判機関である行政裁判所の設置を禁じ、英米法における裁判一元制を採用している。ところが、同 2 項の後半には「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」とし、裁判所法 3 条 2 項は「行政機関が前審として審判をすることを妨げない」とするから、わが国においても、イギリスやアメリカで発達した行政裁判所（Administrative Tribunal）の機能をもった行政機関による行政権の行使——当事者の主張と立証の適正手続を経た調査に基づく事実認定、法律問題の判断・処分——を、司法裁判所が行政権に適正手続（処分前の告知・聴聞、証拠提出の機会の保障、理由付記など）を求めて規律する司法審査／judicial review としての行政法の存在を認めている⁽⁸⁷⁾。

(86) 畑博行「行政訴訟の諸問題—行政訴訟の本質と機能を中心に—」日本弁護士連合会『特別研修叢書』352 頁（1978 年）は、「憲法は英米法的な原理に立っているが、実定法のレベルでの制度や運用では大陸法的な発想が根強く、そのためよく衝突が起こると指摘される。

(87) イギリスの司法改革（八木保夫「イギリス行政訴訟における『司法審査の申立』手続の制定—英国司法審査制度論（2）—」早稲田法学会誌（1979 年））、カナダ・ケベック州における民事訴訟法の改正（Pierre LEMIEUX, *Commentaires sur la Loi sur la justice administrative, Développements récents en droit administrative* (1998), pp.73-75（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 巻 1～4 合併号 87 頁（2009 年）参照）は、行政裁判所を司法裁判所の管轄に置く。