

大陸法系より英米法系え

——主として行政訴訟の管轄をめぐって——

藤 谷 豊 松

目 次

- 一 序説
- 二 成文法と不文法
- 三 行政国家と司法国家

まえがき

この論文は大学において、はじめて法律学を専門に学ぶ学生諸君の疑問に答えるために講義にかえて執筆した。それ故、専門用語は別として、できるだけ平易な言葉を用いた積りである。

「大陸法から英（米）法への移行」によって生じた法制度上の変化は種々あらうが、この論文では筆者の専門分野

に属する法源及び行政権の統制という二点にしばって問題を採りあげて見た。

参考文献は末尾に一括しておいた。

一 序 説

近代法律学の対象は、原則として、国家の法である。法律学の対象としての法は既に認識論的批判の結果としてその対象性を獲得している。^(一)

(一) 拙稿「諸科学集成のうち法律学はいかにして可能であるか」を参照。

すなわち、学問の対象となり得るものとして二つの範疇をあげることができる。その第一は、存在するものであり、第二には、価値である。法が存在であるか、価値であるかについては、未だ、学問上解決を見ていない。しかし、法が当為の法則である以上、法はその本質内容として価値判断をその基礎とせねばならぬことは説明をする必要がないであろう。従って、法は複合社会である特定国家の価値判断である。それ故、他の価値判断と同様に社会現象の一つである。総ての文化(価値)現象がそうであるように、社会現象としての法もまた、その類型と系譜をもってゐる。このように、法の属する類系と系譜を名づけて法系と呼ぶことができる。

法学の対象は、前に述べたように、例外を除き特定国家の法体系、すなわち、国法であるから法系は特殊の場合を除き研究対象とはしない。^(二)

(二) 法系を研究する学問は法史学と名づけられている。

いま、「大陸法系から英(米)法系への移行」についての研究をなすに当たっても、本問題論述に必要な限りにおいて、法系に言及するにとどめたい。従って、本論文においては法史学的研究のように、法系の生成発展に言及することをさけ、現在、法史学、または、法系に関する研究において展開される典型的な法系の種類をあげるに止めよう。

法の系譜、及び、類系として、特定国家の法を超越する法系として、いま、穂積博士、その他、二、三、の法史学者の示す法系について見るならば、大要次のときのものであろう。

先づ法系を大別して、東洋法系と西洋法系とにする。東洋法系には、シナ法系、印度法系、及び、日本法系^(三)の三法系がある。次に西洋法系には、エジプト法系、楔形文字法系、ヘブライ法系、ギリシャ法系、ローマ法系、マホメット法系、ケルト法系、ゲルマン法系、海法系、教会法系、近代ローマ法系、及び、イギリス法系がある。

(三) 日本法系を独立の法系としてではなく、東西いずれかの法系に属せしめるとするならば、明治以降は主として、近代ローマ法系に属するといひ得るが、それ以前は、シナ法系に含ませることができる。

本論文においては、前にも述べたように、これらの法系の各々について、論述する余裕も必要もないが、われわれの研究に必要な法系は、一方では英(米)法系であり、他方では大陸法系であるが、大陸法系は、特に法系として、前に示した通説的な法系の中には分類例示されていない。従って論旨をすすめるに当って先づ最初に、大陸法系(大陸法)とはいかなるものを指すかを明らかにしておきたい。

戦後わが国が大陸法系から英（米）法系へ移行したといわれる場合における大陸法系とは、欧州大陸（特にフランス、ドイツ）諸国の法が類系としてもつ法系である。法史学において採りあげられる近代ローマ法系の一分枝ということができよう。近代ローマ法がいかなる特徴をもつかについては、ここでは言及をしない。

大陸法系、殊にフランス及びドイツではその初期において慣習を主体とするゲルマン法系が展開してきたにもかかわらず、その後ローマ法の継受が行われ、ゲルマン法系とローマ法系の融合によって前に示した近代ローマ法系が発生を見るに至ったのである。従って近代ローマ法系の一分枝としての大陸法系は、ローマ法の継受ということから推定されるように、成文法主義をとることであり、この点において、ゲルマン法系の流れを汲みながらローマ法の浸透をあくまでも拒否してきた英（米）法とは、明白な対立を示している。

次に両法系の相違点は、大陸法は英（米）法と異って、私法の領域に対して独自の原理に立つ公法の領域をもっていることである。

日本が戦後大陸法系から英（米）法系への移行を見た現在において、日本がその法体系について、いかなる変化を成したであろうか。この問題については、前に述べた通り両法系の二つの大きな相違点より観察することが便宜であろう。

二 成文法と不文法

序説で述べた相違のうち第一の点について見るならば、日本が英（米）法系への移行を見た現在において、日本は英（米）法系の第一の特徴である不文法に関して、いかなる立場を採っているであろうか。

いかなる国家においても、成文法及び不文法を表現形式として、二つの法源をもつのが通例である。従ってある特定国家の法源が、成文法または不文法のいずれか一方のみを法源とする国は近代においては存在し得ない。

この論文においては、両法源の各々について詳述する余裕はないが、われわれの研究に必要な限りにおいての論及は許るされなければならない。

法源としての不文法のうちには、慣習法、判例（法）及び条理の三つが認められている。不文法とは、成文法がそうであるに反して、立法権を有する国家機関及び地方公共団体によって、正規の手続きに従って制定され、且つ正規の手続きを経て公布されて成立する法ではない。不文法は一、なんら法的権威に裏づけされることなく、人民の任意な反復慣行によって、強制力をもつに至った慣習、二、司法権を有する者によって、個別的、具体的法律問題に関してなされた「何が法であるか」の宣言―判決―、三、法の執行に当って、行政権を有する者によって行われた先決例―行政先例―等をその内容とする。^(一)

（一）慣習法の成立に関しては、ホルストホフの説くように、慣行に対する人民の法意識、或は法確信をもって足れりとなす確

信説、美濃部博士の説明するがごとく、慣行の存在の事実が慣習法の法たる効力の根拠をなすとする事実説、及びラーバン
ト、その他多くのドイツ公法学者の主張するように、かかる慣行に国家が明示的に、或は黙示的に法たる効力を認める場合
に、その慣行が法としての効力をもつとする国家承認説―許容説―等がある。

判例及び行政先例、すなはち立法権を有せざる機関及び団体による法定立を認めるか、どうかの問題については、三権分
立の立場から、これを否定するものと、反対に実際の立場に立って、行政先例及び判例という公権解釈が人民に与える法
意識の点から、これを法源として肯定する二説がある。

英(米)法系をもつイギリスが、他の国と区別されて、不文法国であるといわれる由因は、イギリスが私法(特に
契約法及び不法行為法に関する法領域において、普通法裁判所、後には衡平法裁判所もこれに加わる。)による判例、^(三)近代にお
いては、ハイコートを頂点として一元的な構成をなす裁判所による判例をもって主要なる法源とする法体系を採用し
ていることにある。

(二) コンモン・ローは通常裁判所(コンモン・ロー裁判所)が扱う一般国内法であって、地方慣習法、教会法、商慣習法衡平
法に対立する。

イギリス国王ウィリアムは、従来の地方的裁判所に対抗する強力な中央裁判所(国王裁判所)を設立して法的統一を試み
たが、一一九九年竣工のロンドンのウェストミンスター・ホールが中央裁判所として使用されるに至り、コンモン・ロー裁判
所(これは、王座裁判所、民訴裁判所、財務裁判所などの三種類がある。裁判官はイギリス国民の一般慣行により裁判した
から、コンモン・ローの内容は一般慣行であるということができる。)巡回裁判制度、専門的裁判官の出現等、次第に法
統一の強化が見られた。この時代に、すでに判決録が作成されていた。一二八五年から一五三五年までに刊行された年書
(Year Books)がそれである。

コンモン・ローの特色は、陪審制、法至上主義、先例羈束主義である。

このように、コンモン・ローは判例法体系として生成、発達したものの、時とともに内部的に缺陷を生じ時代の法需要を
満たすことができないようになった。これを救済する役割を引き受けたのが、エクイティ(衡平法)である。

コンモン・ローは弾力性を缺き(法の硬化)また手続きに不当な点が生じたために、それが契機となり大法官(Chance
llor)が介入する裁判手続きが発生して、衡平裁判所が成立し衡平法が生れてきた。国王はコンモン・ローの缺陷(厳格
性)を王が裁判所に授権した以外に保有するところの固有の裁判権の行使によって補充、匡正したのであり、これにより衡
平裁判所が生れた。その裁判により樹立せられた法、及びそれにもとづいて発展した法の体系が衡平法(Equity)である。

衡平法は、その語が示すように、衡平、正義の法の意であって、道德的色彩が濃厚であり、先例に拘泥せず具体的妥当性
を尊重し、裁判官の裁量の余地が広く良心的な裁判がなされ、法の道德化の傾向を示したのが衡平法の特色である。

一七世紀になると、コンモン・ローに優先するに至り、コンモン・ロー裁判所、衡平裁判所との間に抗争が生じた。それ
故、一八七五年には、ついに裁判所の一元化の改革を行い、その結果両者の区別はなくなった。

前に述べたように、近代においては、法源として成文法、不文法の二つをもつのが一般であるが、この中において
も不文法国、または成文法国といわれるその特徴はなにであらうか、不文法国においては、不文法をもって成文法に
優越せる効力を認める。すなはち不文法が成文法の上位規範たることを認め、不文法をもって終局的には成文法を改
廢できるということである。

わが国が大陸法系から英(米)法系に移行したといわれるが、このことは、前に述べた事柄について、いかなる変
化をきたしているであらうか。

わが国が西欧の法形態を導入した明治以来慣習法を国の法源として認めている。すなはち法例第二条は「公ノ秩序
又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律
ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定している。この法例第二条は現在でもなほ効力を有する。同法例は成文法の欠けたる場

合にのみ成文法の補充として慣習法の成立を認めている。換言すればわが国においては、英（米）法系に移行したといわれる戦後においても、依然として成文法優位主義を堅持している。この限りにおいては、わが国が大陸法系から英（米）法系に移行したといわれる現在においても、この点については法制度上の変化は見られない^(三)。

(三) 条理については明治八年の大政官布告第一〇三号、裁判事務心得第三条によれば、「民事裁判ニオイテハ成文アルモノハ成文ニヨリ成文ナキトキハ慣習ニヨリ、成文慣習共ニ存セサルトキハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」という規定から見て条理（法）は制定法および慣習法の領域以外において、特定人の条理の認識にもとづいて表現される法をいい、条理（法）の引用される領域は先づ第一に裁判において成文法および慣習法の缺けたる場合にその規準となることであり、第二には法律行為および契約の内容を決定するに際してその標準となることである。このことは民法第九十条に「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス」と規定することから考えて当然のことであろう。

近事、慣習法および条理（法）が公法、主として刑法および行政法の分野において多く引用されることは注目すべきことである。

三 行政国家と司法国家

大陸法系が私法の原理に対して特殊な、且つ自主的な公法原理をもつという点から考察するならば（特に行政法について）大陸法系から英（米）法系に移行した現在、わが国はいかなる法大系をとっているであろうか。

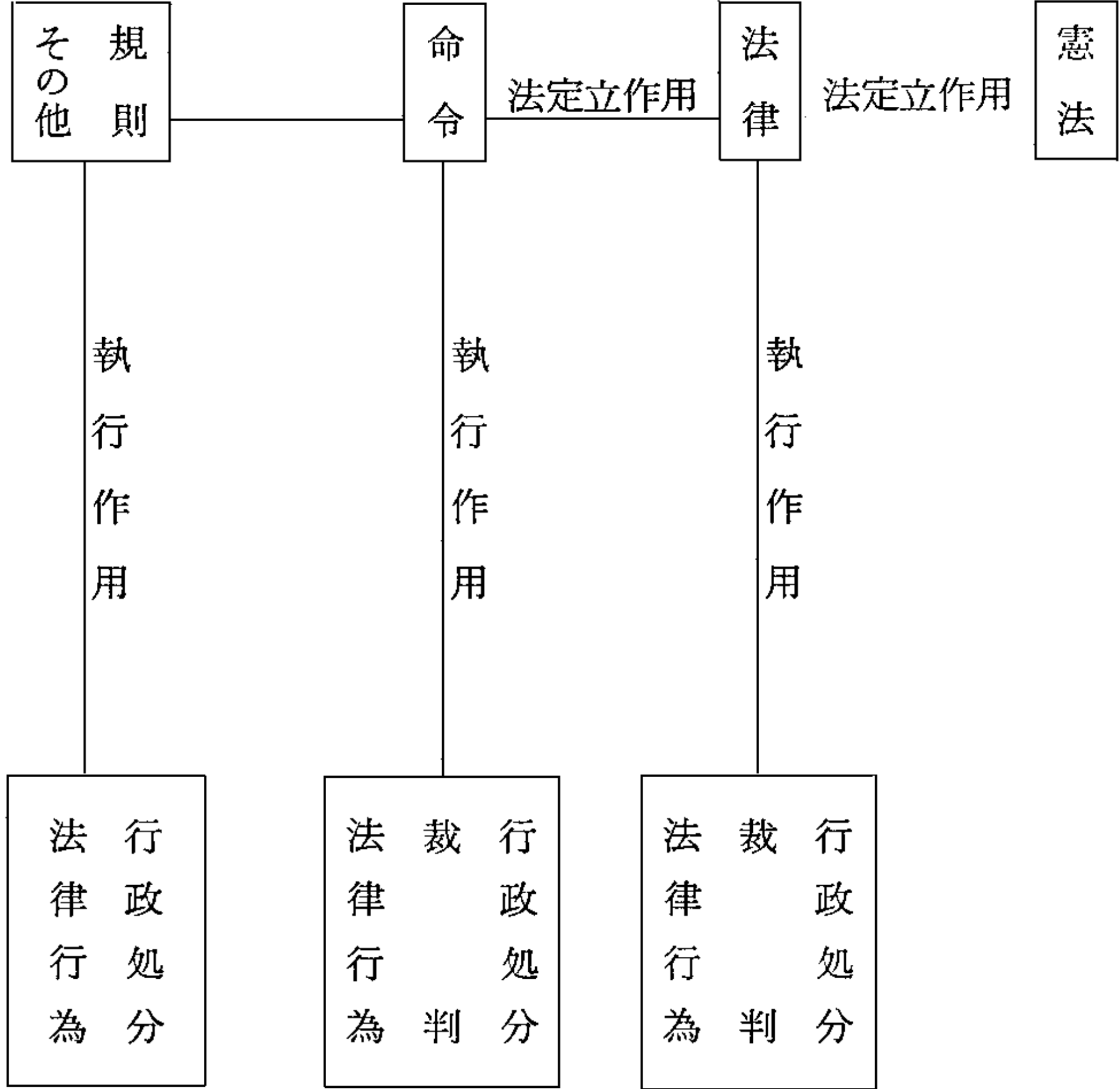
公法として上げられ得るものは主として、憲法、行政関係諸法、刑法、民事訴訟法および刑事訴訟法等であろう。

刑法と行政法とは同じく公法の分野に属するとはいえ、両者は全くその規制する対象を異にする。

行政とは法の下にあって、法規に定められた権利、義務関係（法律関係）を実現していくという方法による法の運用であるに反して、刑法は、刑法の中に規定された犯罪構成要件に該当する行為の生起した場合に、その構成要件に適応する行為をなしたる人、または団体に害悪をくわえ、または害悪をくわえることを予想せしめて、人または団体を威嚇し、もって国家、公共の秩序を確保し、正当な法律関係を維持することを目的とする司法という形式で運用される法である。すなはち、刑法は権利、義務を創造することを目的とする法ではなく、国家、社会の秩序を維持するために国家、社会にとって有害な行為を除去するための人、または団体の行為の基準をなす法である。行政法のごとく公権力による法律関係の創造に関する法ではない。

また憲法は、国の基本的組織、および統治の基本的な要件を規定するが、憲法のもつ作用は法定立作用のみで、それ自身執行作用をもたない^(二)。それ故に、憲法の規定に違反する一般的、抽象的法律の存在は、理論的には可能であり、最高裁判所の審査の対象となり得るが、憲法に違反する現実的、具体的な人、または団体の行為はそれ自身、憲法の規定に違反するものとして司法の審査を受けるものではない。

(一) ケルゼン^(一)は国家機関の構成、権限、行為、国家作用の全般を動態的に解明し、立法と執行との絶対的区別を排し、従来の形成的意義の法律命令にとどまらず、行政処分、判決のごときも個別的法規範として国家、法秩序の中に位置づけ、法段階説によって憲法—法律—命令—個別的法作用（行政処分、裁判、法律行為）というごとく、順次上下の段階をなして抽象的、一般的上級規範が順次具体的個別化されることを明らかにしている。各段階の法律の關係は委任關係であり、靜態的に觀察すれば法の妥当力の關係であり、動態的に見れば法の創設の關係にはかならない。法律は結局、憲法から妥当力を引き出し



ているが、これを動態的に見れば憲法によって規定された抽象的規範の内容の具体化した法規範であり、法の創設関係である。――佐藤立夫博士著、行政法総論（昭和四十年発行）より引用。

すなわち、ケルゼンの説によると、一国の法体系は憲法を頂点とする段階構造をなし、その各々の間には前表のごとき作用と関係をもつものとされる。

下位規範の妥当性は、上位規範の委任行為によって生ずるものとされている。

行政法は、憲法とは異なって、執行行為を主として規律する法である。すなわち、公権力による法の執行に関して、かかる執行行為の主体、その作用および、その統制に関する法が行政法である。

従って行政法は、刑法、および憲法が人民の権利、義務に直接、積極的、具体的、個別的に影響を及ぼすことのないのを通例とするに反し、行政法は執行の相手方たる人民、並びに団体の権利、および義務に重大な影響を及ぼす。この点に、行政統制の作用をもつ行政訴訟の必要な理由がある。

憲法、および刑法が、それぞれ公法の領域に属するといいたが、人民の権利、義務に直接的、具体的な影響をもたないに反して、行政法にもとづく行政の作用は具体的に人民の権利、義務に重大な影響をもつ。従って、私人間の法律関係を規定する私法の原理に対して独自な自立的公法の原理が存在するということは公法、特に公権力の行使に関する行政法の原理が私法の原理と対立する法領域であるといっても過言ではないであろう。

このように、私法に対立する法領域としての自律的な行政法が大陸、殊にフランス（のちにドイツ）において発達したことは、フランスのもつ政治的、歴史的な要因に起因するものである。そこでは行政法―私法とは異った公法の原理に立つところの―が最も早くから成立し、また最も広範に発展している。

フランス行政法の体系の基礎にあるものは行政制度の概念である。行政制度について、オーリューは「フランスのような行政制度を有する国家においては、一方ですべての行政役務は強固に集権化されて、単一の権力に委託され、他方でこの権力は司法権ではなく、行政権である」といい、その結果、次のように述べてゐる。すなわち「行政官吏は通常裁判所の統制と通常法律に服さず、行政権に属する上司の監督権の下におかれ、特別の法令によって規律される。行政官庁は人民に対して司法権の事前の承認を要しない行政的決定の手続によって、自己の権限に属する役務を執行する。人民は、司法権に訴えることによって官吏に対し、その役務の執行を停止させるために差止命令を発することはできない。行政官吏は、その役務執行について行政的保障をうけている。単一の法律体系があるのではなく通常法律（私法）と行政法（公法）とが区別されている。単一の裁判管轄があるのではなく、通常裁判権の外に行政裁判権が認められ、この両者は憲法上分離、規定されている。この両者の管轄権上の争いを解決するため、権限裁判所が設置される必要がある。人民は、通常法律と裁判官の統制の外に、行政権と、その法律解釈の統制の下における」等。オーリューは以上のようにフランス行政制度の特色を述べ、行政制度をもって、行政権の法的權威の下での集中化の理念、すなわち、法運用に関する行政権と司法権の分離の背景をなすものであると説明している。それは、統一的、自律的な行政権の存在を前提とし、その行政権の地位を司法権に対して保障する制度であって、その觀念の中心は、ローバデールのいうように、特殊の法原理に立つ行政法と行政裁判権の存在である。

以上のような行政制度を基礎として生成発展したフランスの行政法の主要な特色は、それが自律的な法体系をとることである。オーリューは「伝統的なフランスの統治機構の観点から、中央集権と行政制度は、行政権の司法権に対する絶対的な独立を必然的なものとする。行政権は、行政権に固有の手続をもって、また司法裁判所の統制を受けずに、秩序を確保し公益をはかることを要求する」。また「行政は、自己のために自律的な法を有することを要求し、そのために、行政法は普通法の統制から解放されなければならない。このことは、公法の私法に対する独立を確保することである。」といっているが、このような行政法の自律性とは単に行政法が普通法（私法）と異った特殊の法の体系を構成することを意味するだけではない。オーリューはいう「或る法の体系が一般私法に対する特別の規律によって構成されていても、この特別法が普通法の裁判官によって適用されて行くのであれば、それは普通法に対立するものではなく、普通法に対して独立的であるのではない」。すなわち商法や刑法がこれに当る。「これに対し或る法の体系が普通法の裁判官と全く別箇の裁判官によって適用されれば、それが完全に特別の規律によってのみ構成されているのではない場合でも、普通法より切離され全く自律的な或る領域の中にあることになる。またロバデールが「フランス的概念の基礎をなす行政法の自律性とは、行政法の特別規律が普通法に対する適用の除外となるのではなく、行政裁判官がある事実に応用されるべき規律を発見しようとするときは法令のない場合であっても、私法に対しては自由な立場、行政生活の固有の必要に応じた行政法の規律を発見するのであって、行政法の自律性は法源の自律性であり、私法に対する関係における行政法の独立である」と述べているように、それは第一に特殊固有の行政に関する法体系の存在と、それが私法の統制を排除して、行政法として自足的な完結した体系を構成することを意味し、第二にその行政法は、司法権によってではなく、行政権自身の手によって運用されることを意味するのである。

このように、私法とその原理を異にするフランス行政法は、司法裁判所に対立するコンセユー・デター（Council

of Etat 国務院、或は元老院と訳す）の判例を通して生成発達してきたのである。

フランスにおいては、行政権が役務をなすに当って、違法または不当な行為によって私人の権利、または利益を侵害した場合には、私人の不法行為が司法裁判所の管轄に属するに反して、行政権独自の自律的監督機関である行政裁判所によってこれを審査し、これによって適正な行政の運営を期待するのである。このことは、三権分立の厳格な実現を維持すると同時に公権力による作用は公共の福祉（公益）を目的とする作用であって、専ら私益を目的とする私人の行為とはおのずからその性質を異にするが故に、別箇の法理に服すべきであるとする考えによるものである。すなわち私人間の法律行為が専ら私益の追求を目的とするに反して行政は、広く公共の福祉の観点から行われるものであって、私人間の法律関係を規律する私法をもってこれを規律するときは、適正な行政の運用は期待し得ないという考えによる。

以上のような考えにもとづいて、フランスにおいては、司法裁判所に対立して行政権の自律的な監督機関である行政裁判所を認め、これに違法、または不当な行政処分にもとづく私人の権利、または利益の侵害を理由とする訴訟を（行政訴訟）管轄せしめているのである。

フランス行政法を範として発展してきたドイツ行政法においても、行政裁判所の設置を認め、行政裁判所をして行政にもとづく争訟を管轄せしめ通常裁判所の管轄を排除してきた。

このように司法権を行使する通常裁判所と、行政事件を管轄する特別裁判所である行政裁判所との二元的な裁判構成を認める国家を講学上、行政国家という。したがって大陸法系を採用する国家（特にフランス、ドイツ）は行政国家で

あるといふことができる。^(二)

(一) ドイツ連邦共和国（西ドイツと呼ぶ）においては、行政裁判所の構成は、戦後ただちに、占領地域（ソヴェット、イギリス、アメリカ、フランス等の各占領地域）において占領軍によって指導された各ラント行政裁判所法——たとえば、アメリカ占領地区における南ドイツ行政裁判所法、イギリス占領地区においては、行政裁判権に関する命令第百六十五号——によって設立されたラント行政裁判所に、行政権の行使に関する争の管轄権が与えられていた。その後、西ドイツが完全に独立するに至り統一行政裁判所法の制定が望まれ、一九六〇年一月二十一日連邦統一行政裁判所法が制定を見るに至った。

同法第二条によって、行政裁判権を行使する裁判所として各ラントにラント行政裁判所、ラント高等行政裁判所およびベルリンに連邦行政裁判所が設立され、同法第四十条によって、憲法上の争を除くすべての公法上の争についての訴訟管轄権が与えられている。すなわち、西ドイツにおいては、ボン基本法第十九条四項前段に「何人といえども、公権力によって自己の権利が傷つけられたときは、彼に争訟手続が許されている」という規定と相俟って、あらゆる違法、または不当な行政処分によって自己の権利、および利益が侵害された場合には、行政裁判所によって、その救済を求めることができる。この点において、西ドイツは二元的な裁判構成をとる行政国家といふことができるであろう。

しかしながら西ドイツの行政裁判所が、フランスのように行政の適正を期するための監督機関としての行政権の自律的な作用でないことは、次に述べることからあきらかであろう。

ボン基本法第九十二条は「司法権は裁判官に委託する。司法権は連邦憲法裁判所、連邦最高裁判所、本基本法に予定する連邦裁判所および、ラント裁判所によって行使される」と規定して通常裁判所の外に司法権を行使する各種裁判所の設置を予定している。この規定に応じて制定された連邦行政裁判所法は、その第一条に「行政裁判権は行政官庁から分離された独立な裁判所によって行使される」と規定して、ラント行政裁判所、ラント高等行政裁判所および連邦行政裁判所が、行政官庁でないことを定めている。しかも前に述べたように、ボン基本法第十九条四項前段によれば、公権力の作用によって自己の権益が傷つけられた場合には彼に対して訴訟手続の途が開かれているから、これらの諸規定から見て西ドイツにおける行政裁判所は司法権の一分肢であると考えすることは早計に過ぎるであろうか。クリンガー、およびエヤーマン、フロイラー

によると、西ドイツの行政裁判所の権限は司法権であって、それは、司法裁判所の一分肢であると説明している。この説明が承認されるとするならば、西ドイツの裁判所構成は多元的なものであるとしても、その実体をなす裁判構成は一元的な裁判構成をとるものということができようから、行政国家といえるか、どうかはなほ考慮の余地があろう。

しかるに、前に述べたように、フランス、および西ドイツの制度に反してイギリスにおいては、ダーシーが「イギリスには（フランスにおけるような）行政法は存在しない」と述べているごとく、私法の法原理に対して別箇の原理をもつ公法（行政法）の分野は存在しない。これは、イギリスの伝統的な行政組織によるものと考えられる。すなわちイギリスにおいては、十九世紀の前半は地方政治が優位を示した時代であった。許可のごとき行政的な性質をもつ作用は、中世においては荘園裁判所、州裁判所によって、近世においては治安判事（Justice of Peace）によって、その司法の一環として処理されていた。メイトランドが治安判事の行方許可について「そこに裁量権が許されていたが、それは司法的裁量によって行使されるべきであった」と述べていることは、イギリスにおける行政権の司法審査を意味している。

十九世紀後半に至り許可や救貧法の施行は、治安判事の手より地方団体^(三)の手に移され、地方行政の執行がはじめて裁判所以外の者によることとなった。ここに、中央の高等法院が、かつてその下級裁判所（治安判事）を統制したように地方団体の行政を統制しようとしたことは当然なことであつたであらう。すなわち、議会制定法（Act）にもとづき行政庁が私人の権利および利益の侵害をはじめめるや否や、直に、コンモン・ロー裁判所は大権令状を用いて行政庁がその権限内にとどまり、一定の行為の基準を遵守するように強制しはじめ^(四)。

(三) 行政権を付託された地方団体として、次のものが上げられる。

- 一 カウンティ・カウンスル―県会―六二。
カウンティ・バラ―特別市会または州会―八三。
 - 二 ノン・カウンティ・バラ・カウンスル―市会―三〇九。
アーバン・ディストリクト・カウンスル―町会―五七二。
ルーラル・ディストリクト・カウンスル―村会―四七六。
- 他に、ロンドン・カウンティ・カウンスルの下に二八のメトロポリタン・バラ・カウンスル―ロンドン区会、シティ・オブ・ロンドン―ロンドン市がある。

(四) アダム・スミス、ジョン・スチアート・ミル、等によって提唱された十九世紀の自由主義的法治国思想においては、国家の作用は治安の維持のみに限られ、人民の私的活動（特に経済活動）に介入することなく、それらは、国家作用の範囲外であるとされてきた。このような自由主義的法治国思想のもとでは、私法に対立する法原理としての公法は、生成する余地はなかった。しかしながら、かかる自由主義的な国家思想は、人民に自由な経済活動を許す結果として資本主義経済社会が生れてきた。資本主義経済社会は、先づ第一に経済的な「ひずみ」を生じ、そのため、身分的階級が生じてきた。それ故、十九世紀後半には民主主義的政治思想が生れ、国家の一つの任務は、かかる経済的な「ひずみ」および身分的階級を解消するために積極的に人民の社会的、経済的活動を指導監督することであるとされるようになってきた。この結果として一連の経済的な施策がとられ、国家の行政作用は飛躍的に拡大するに至った。

行政作用は公権力を行使することにより人民の権利および利益に重大な影響をおよぼす行為であるから、そのためには、行政権の所在を明示する必要がある、また他面その画一公正な実施を確保し、人民の権利および自由を保障し、且つ将来の予側を可能にすることにより法律生活の安定をはかるために、制定法にしたがって行なわれることが必要である。この必要にもとづいてイギリスにおいて一連の行政に関する法律―救貧法、都市農村計画法、年金法、保険法、生活扶助法、新都市計画法、その他の法律―が制定されてきた。

裁判所は、これらの純然たる行政作用をめぐって大陸、ことにフランス行政法に類似する、本質的には行政法である実体法を急速に形成しはじめたのである。

公権力（主として行政権）の行使は、議會制定法によって授權された範囲内で行われるものであって、コンモン・ローは直接行政権力の授權をなすものではない。高等法院を頂点とする通常裁判所は、行政処分が法律に違反し、またはその授權範囲を逸脱し、或は踰越^{ユウエツ}して行われるときに、これを統制するにとどまる。このような通常裁判所による司法統制が公権力の行使について、いかなる限度まで及び得るかは、イギリス行政法の主要な問題である。

通常裁判所による統制は、監督的管轄権と上訴審的管轄権とに大別される。両者は共に行政処分そのものを争う場合の裁判管轄権であるが、前者はコンモン・ロー上のものであり、後者は議會制定法の授權にかかわるものである。

コンモン・ロー上、行政に対する通常裁判所の統制は、行政庁の無権限、手続の違背、裁量権の濫用、およびゆ越等の違法がある場合に行われる。このことは他面より見れば、事実および法律問題についての上訴（行政裁判所—^(五) Tribunal—の決定に対する通常裁判所への上訴）はコンモン・ロー上、当然に認められた管轄権ではない。

（五）行政裁判所—行政特別裁判所と呼ぶ人もある—は適正な行政を行なうための、行政権の自律的監督機関である。その権限は議會制定法の授權にかかわるものであり、統一的な上下関係をなす行政組織内の上級庁の下級庁に対する監督権とは、別箇な性質をもつ特殊な監督権である。

国家が人民の社会的、経済的諸活動に干渉する面が多くなればなるほど、人民の權益を侵害することが多くなる傾向にある現今においては、このような行政の自律的監督作用をもつ行政裁判所の任務は、ますます重要なものとなり、その数も増大せざるを得ないであろう。現在、イギリスにおいて設置されている行政裁判所には、次のごときものがある。

一 鉄道審判所、二 運輸審判所、三 国民保健審判所、四 通商貿易行政審判所、五 国民保険審判所、六 労災審判所、七 国家補助審判所、八 年金審判所、九 軍役審判所、一〇 復職審判所、一一 地方財産評価審判所、一二 土地審判所、一三 農地審判所、十四 戦争補償審判所、十五 戦災審判所、十六 ロンドン建築物審判所、十七 独立学校審判所。

各審判所の審決は、常に議會制定法によって授權された通常裁判所の上訴審管轄権のもとにある。

この点についてジェニングは次のように述べている。

「高等法院は、行政審判所を若干の程度は統制するものであるけれども、それが多くの過誤や、不正義を是正し得るのは、制定法が上訴権を与える場合にのみ限られるということは明瞭に理解されなければならない。すなわち議會制定法が上訴手続を規定することなしに、新しい権利、義務の執行を行政審判所に委ねる場合には、行政審判所がその権限をゆ越し、或は濫用しない限りは高等法院は干渉すべきではないのである。従って、行政審判所が事実に関し誤まれる結論を出し、或はその結論を出すべき証拠が全く存しないときであっても、高等法院は干渉できないのである。さらに、法律問題に関し誤まれる結論を出すときでも、それに干渉することができないのである。すなわち行政審判所が、議會制定法上の権限内にとどまり、そして明らかに不正な手続を行わない限りは、その決定は、事実および法律問題に関し最終的なものである」。

しかしながら、監督的管轄権が直接に、事実および法律問題を審査するものでないとしても、それが、無権限、手続違背、裁量権の逸脱およびゆ越等のある場合に行使され得るということは、実際には、通常裁判所が関係の制定法規の解釈を行うものであることを示している。制定法規の解釈を行わずして、無権限、手続の違背、裁量権の逸脱お

よびゆ越を問題視することは殆ど不可能なためである。グリッفس、ストリートも述べているように、通常裁判所の管轄権による統制の実際の範囲は、上訴権の認められる場合のそれに極めて近いのである。

以上の通常裁判所による司法統制のほかに、直接行政処分を争うものとして、衡平法上の救済手段である Injunction (差止命令) および Declaratory order (宣言的命令) がある。さらに直接、処分を争うものではないが、コンモン・ロー上に認められる損害賠償訴訟をも考慮に入れねばならぬ。イギリスにおいては二十世紀の半ばに至るまで「The King can do no wrong」という考えにもとづいて、国王の代理人としての行政官庁および行政官吏は、自己の不法行為について、その責任を追及されることはなかった。しかし一九四七年、国王訴追法 (Crown Proceedings Act) の制定を見るに至って、はじめて行政官理の公権力の行使にあたって行われた不法行為に対し、人民は国家、または政府機関を相手方として通常裁判所に提訴することによって、その責任を追及できることとなった。ここに至って、イギリス流の法の支配 (Rule of Law) が完成されたのである。

イギリスにおいては、以上述べたごとく、公務員による不法行為については勿論、違法、または不当な行政行為についても、通常裁判所の司法統制を受けねばならぬものであって、公権力による作用を審査するための行政は終審裁判所として、司法権を行使し得るものではない。

このように裁判の一元化を見る国家を講学上、司法国家という。イギリスは司法国家の天型的なものである。

さて、我が国が大陸法系から、英米法系に移行したことによって生じた変化は、一言をもってすれば、行政国家から司法国家への転換ということである。すなわち、わが国においては、明治政府はドイツ法を模範として法制度を整

備してきたので大戦前には、いわゆる行政国家に属していた。しかも現在のフランスおよびドイツにおける行政裁判が、出訴事項に関して採用しているような概括主義とは異り、法律上出訴事項として規定されている行政処分に対してのみ、行政訴訟を認める列記主義を採用していた。すなわち「行政裁判法」(明治二三、法四八条)、行政訴訟事項を定めた「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」(明治二三、法二〇六号)等の規定によれば出訴事項は次の五項目の行政処分を対象とする訴えに限られていた。

- 一 海関税を除く外租税及び手数料の賦課
- 二 租税滞納処分。
- 三 営業免許の拒否又は取消。
- 四 水利及び土木。
- 五 土地の官民有区分の査定。

旧行政裁判所は、裁判所と呼称されていたが、それは、司法権を行使する司法裁判所と異り、行政の自律的な監督機関であって、その裁判は行政権にもとづく作用であった。その上決定に当る裁判官は、身分を保証せられた司法官ではなく、行政官であった。それ故、公権力による人民の権利および利益の違法または不当な侵害に対する救済の徹底を欠き、行政の適正を期待することは不可能であった。

第二次大戦後、帝国憲法は改正され、連合軍によってわが国の徹底的民主化が進められ、新たに成立した日本国憲法において国民主権が採用され、わが国の主権者は国民であることが明らかにされた。その結果として、主権者たる

日本国民の基本的人権は、憲法事項として法律をもってしても、みだりに侵害することが許されなくなった。

憲法はまた第十七条に「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる」と規定し、公務員の故意、過失による人民の権利および利益の侵害に対して、国家の第一義的な責任を認めていると同時に、行政事件訴訟法^(六)第二条第三条および第三十条によって、違法または不当な行政行為に対して、司法裁判所への出訴を認めている。(裁判所法第三条参照)

(六) 憲法第十七条にもとづいて、国家賠償法が制定されている。

(七) 行政事件訴訟法は、従来の行政事件訴訟特例法にかわる法律である。

行政事件訴訟法は、その第三条において、「公権力の行使」「行政庁の処分、その他公権力の行使に当る行為」「審査請求、異議申立てその他の不服申立てに対する行政庁の裁決、決定その他の行為」「処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無」「法令に基づく申請に対し相当の期間内になんらかの処分又は裁決をすべきにかかわらず、これをしないことについての違法性の有無」と規定して、行政庁のすべての違法、または不法な行政行為、および同法三十条に「裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り裁判所は、その処分を取り消すことができる」と規定して裁量権の逸脱およびゆ越にかかわるすべての不当な行政行為に対し、行政訴訟を認めるいわゆる概括主義を採用するに至った。

一方訴訟の管轄については、憲法は、特別裁判所の設置を認めず(憲法第七十六条二項前段)司法の一元化をはかっている。すなわち憲法第七十六条一項に「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」と規定して、司法の一元化を明記し、同法第七十六条二項後段において行政機関の終審裁判を禁止している。

これらの規定によると、戦前に設置されていた行政の適正を期すための作用をもつ自律的な行政裁判所のように、公権力による行政作用にかかわる争を直接間接に訴訟目的とする特別裁判所は、その名称の如何にかかわらず、終審裁判所としては設置することを許されない。行政行為にかかわる争訟は、終審として司法裁判所に帰属せしめられ、行政権による管轄は排除されている。

この点において、わが国は戦後、司法国家に移行したといえることができる。換言すれば、イギリスにおけるごとく、法の支配が行われているといっても、いいすぎではないであらう。

以上述べたごとく、わが国は、行政訴訟に関して戦後大陸法系の行政国家から、英(米)法系の司法国家に移行したといわれるが、しかしながら、この点に関して、より詳細に検討するならば、イギリスにおいて行われているような徹底した法の支配がなされているということができ得るであらうか。

先づ第一に、イギリスにおいては、行政庁の違法、または不当な不作為に対する普通法上の救済手段として、当該行政の執行を要求して、マンデマス(職務執行令状)の発給を求める訴訟を提起し得るに反して、わが国においては、かかる職務執行命令は実質的には、司法権による行政権の侵害であるという考えのもとに、三権分立主義を堅持しようとする立場から、このような訴訟は認められてはいない。現行行政事件訴訟法、第二、第三、第四、第五、第六の各条および第三十条において「行政処分の取消しを求める申立」「審査請求に対する行政庁の裁決、決定その他の行

為の取消を求める申立」「処分若しくは裁決の存否又はその効力の有無の確認を求める申立」「適法な申請に対し行政庁が相当期間内になんらかの処分又は裁決をすべきにかかわらず、これをしないことについての違法の確認を求める申立」(第三)、「当事者間の法律関係の確認及び形成処分又は裁決を求める申立」(第四)、「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める申立」(第五)、「国又は公共団体の機関相互間の権限の存否又はその行使に関する紛争についての申立」(第六)および「裁量権のゆ越又はその濫用にもとづく行政処分の取消しを求める申立」(第三)等が「抗告訴訟」「当事者訴訟」「民衆訴訟」及び「機関訴訟」として認められているにすぎず、イギリスにおける職務執行命令に類する行政行為の執行の判決を求める給付訴訟は、現行行政事件訴訟法においては許されていない。このことは、行政庁の不作为によって、私人の権利および利益が侵害された場合に、かかる行政庁の不作为を、違法または不当として訴えの利益を有する者から、行政行為の執行を求める訴えが提起された場合に裁判所が、この申立を認めて、その執行を命ずる判決をなしたる場合には、司法権による行政という事態を招来する結果となり、三権分立主義の原則に反するという考えにもとづく。ここではいわゆる「無名抗告訴訟」にはふれない。

また、行政行為は重大且つ明白な瑕疵にもとづき絶対的に無効である場合を除いては、適法の推定を受け、権限ある機関が職権をもって、これを取消すか、または一定の争訟手続をもって争われた結果取消されるまでは、当該行政行為の相手方は勿論、第三者および国家機関も、有効な行為として、これを尊重しなければならないといふ公定力の理論にもとづいて、わが国においては、取消しの訴えの提起があつた場合においても当然にその行政行為は執行されるべく、その執行の停止を求める仮り処分の申立ては原則として認められてはいない(同法第二十、二十五条一項)。ただ、執行停止を求

める充分な理由があり、且つ執行の停止が公共の福祉に重大な不利益を与えない限り、行政行為の執行によって、相手方が回復の困難な損害をかうむる恐れのある場合に、その損害を避けるため緊急の必要があるときは、執行停止の申立てが許されている(同法第二、三項)。この申立てにもとづいて裁判所のなす執行停止の決定は衡平法上の救済手段であるインジャンクション―執行停止命令―に類示する救済手段であるが、執行停止が、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあると行政庁が判断した場合には、公共の福祉は主として行政機関の責任に属するという理由で内閣総理大臣は、執行停止の決定に対する異議を述べることを認められている。万一、裁判所に対し、かかる異議がなされる場合には、裁判所による執行停止の決定は、その効力を失なう(同法第二十七、三十四項)。

このことは、行政権による司法権の侵犯のおそれがあるのみならず―執行停止の申立てに対する内閣総理大臣の意義に対しては、最終的に損害の賠償を求める救済手段はあるけれども―給付訴訟が禁止されていることと相俟って、公権力の作用による人民の損害に対する司法救済を弱める結果をきたすであらう。

次に日本国憲法は、最高裁判所に、一切の法律、命令、規則およびその他の処分が、憲法に違反していないか、どうかを審査するいわゆる違憲立法審査権を与えている(第八十、八十一條)。しかし憲法は、条約の違憲審査については、なんらの規定も設けていない。最高裁判所が、条約が合憲であるか、どうかを審査し得るや否に關しては議論の岐かれるところである。日本国憲法第七十三條三号に、条約の締結権が内閣にあることを明記している。しかしながら、条約の規定すべき内容については、なんらの制限を設けていない。それ故、内閣は国民の基本的人權の保障の規定に抵触する内容をもつ条約を締結することが理論上可能である。勿論、条約は、事前または事後に国会の承認を必要とする(第七十三條第三項)。

（^{但書}条三号）から、その時点において、条約を修正することは可能であらう。しかしながら、今日の日本のごとく議院内閣制を採用する国においては、与党は国会において多数を制するのが常である。それ故、国会の場において国民の基本的人権の保障の規定に抵触する内容をもつ条約といえども、これを修正することの不可能な事態が生じることもあるであらう。条約は公布によって、国内法としての拘束力を生ずるものであるから、条約は実質的に行政権による立法といっても過言ではない。この意味では、条約は憲法の下位規範たる性質をもつものであるといえないであらうか。

実質的行政立法たる性格をもつ条約の違憲性が、審査され得ないということは、イギリスにおけるがごとき法の支配を完全に伝承するものではない。

アメリカ合衆国憲法は、その第六条二項に「この憲法は、およびこの憲法に従って制定される合衆国の法律は、また合衆国の権限の下にすでに締結され、また将来締結されるすべての条約は………」と規定して、憲法の条約に対する優位性を明記し、憲法に違反する条約を認めていない。この規定にもとづいてアメリカ合衆国大審院は、違憲な条約の効力を否定する判決を下している。

これに反して、わが国においては、憲法にかかる明文を欠く一方、条約は二国間、または多数国間の契約であるから、これを一方的に破棄することは、国際信義に反するとの理由で憲法第九十八条二項に「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守^{ジュン}することとを必要とする」と規定して条約の尊重、遵守^{ジュン}を強調している。わが国の最高裁判所は、この規定にもとづき、条約締結は高度に政治的な統治行為であって、その取扱いは、国民の判断に任かされるべきものであり、裁判になじまない行為であるとして、これまで条約の違憲性の審査を拒否してきた。

以上述べたように、給付訴訟の禁止、執行停止の決定に対する内閣総理大臣の異議、および条約の違憲立法審査等の取扱いに関して、イギリスおよびアメリカにおけるそれと比較して、著るしい遜色が見られるのである。

あとがきと参考文献

この論文は、未発表の拙稿「行政救済制度」のうち「行政訴訟の管轄権」の要約である。なお、次に学生諸君のため参考文献を掲げておく。

〔参考文献〕

中村宗雄	法学通論	ホルストホフ	ドイツ行政法教科書
田中周友	法学概論	クリンガー	行政訴訟法（解説）
戸倉 廣	法制史序説	チュレック	行政法教科書
我妻 栄	民法（総則編）	クロイス	
木村亀二	刊法総論	ウレ	行政訴訟法
渡辺宗太郎	行政法要論 上、下	エヤーマン	行政訴訟法
佐藤立夫	行政法総論	フロイラー	
田中二郎	行政法（要説）	ウェード	行政法（イギリス）
有斐閣	行政法講座	グリッفس	行政法綱要
オットマイヤー	ドイツ行政法	ストリート	
大陸法系より英米法系へ（藤谷）			

あとがきと参考文献

オーリュウ
ローバデル
行政法（フランス）
行政法（フランス）

南博方

ドイツにおける行政裁判制度