

主観訴訟として構成された旧行政裁判制度

山
岸
敬
子

目次

- 一、はじめに—本稿の目的
- 二、警察国家的裁判制度
- 三、出訴資格「権利ヲ毀損セラレタリトスル者」の存在理由
- 四、むすび

一、はじめに—本稿の目的

明治三二年（一八八九年）に公布された大日本帝国憲法（明治憲法）六一条^①は、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と定めていたが、この規定を受けて、明治三三年六月三〇日法律四八号をもって行政裁判法が制定公布され、同年一〇月一日から施行され、いわゆる行政裁判所が設置されるとともに、行政訴訟手続が整えられた。

説 論

明治憲法六一条は、同憲法下の行政裁判制度（旧行政裁判制度）の基礎法をなしたが、同条項は、行政訴訟を「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」と定義していた。すなわち、明治憲法においては、行政訴訟を以て、「其の救済は権利の毀損に対して行はるるもので、即ち行政訴訟は違法の行政処分に対し人民の権利を保護する手段であると解して居（た）」^③のである。つまり、行政訴訟を主観訴訟として性格づけていたのである。

ところで、行政訴訟は、必ずしも、常に、私人の権利救済のための制度として構成されるわけではない。行政訴訟をして、主観訴訟とするか、あるいは客観訴訟とするかは、ひとえに立法政策の問題である。行政訴訟をして、客観的な法秩序の維持または公益保護のための制度として位置づけ、そのように構成することも可能である。

美濃部達吉博士は、その著『行政裁判法』（昭和四年）のなかで、明治憲法において、行政訴訟が人民の権利を保護する手段とされたことに対して、その不当性をつぎのように説いていた^④。

「行政訴訟を以て人民の権利を保護する手段であるとする思想は、行政訴訟を民事訴訟と比較対照することから起った思想で、……それは民法上の関係と公法上の関係との差別を無視するもので、民法上の法律関係は私人相互の間

の権利関係であり、随つて其の関係が適法に維持せらるゝことを担保するのは、唯私人の権利を保護するが為にのみ其の必要を見るのであるが、公法上に於ける国家又は公共団体の作用は、直接には社会公益の為に行はるゝことが多く、随つて其の作用が適法に行はるゝことを担保することは、直接に個人の権利を保護するが為に必要なのみならず、同時に社会公益の為に必要であることが多い。随つて又行政裁判は個人の権利を保護するが為に行はるゝ場合の外に、社会公益の為に行はるゝ場合あることを思考せねばならぬ」。

旧行政裁判制度は、民法上の関係と行政法上の関係との差異を前提に造られた⁵⁾。また、後述するように、旧行政裁判制度は、行政監督としての性質を強調されている。しかし、そうであるとすれば、何故、それは客観訴訟として構成されなかったのか。民法上の関係と行政法上の関係との差異を前提とし、行政監督としての性質を強調するのであれば、何故に、それは主観訴訟として構成されたのか。客観訴訟として、客観的な法秩序の維持または公益保護のための制度として位置づけ、そのように構成するほうが、より整合的な選択であったのではないか。

本稿の目的は、旧行政裁判制度を根拠づけていたものが、「本来の意味の理論ではなく、明治憲法体制によって支えられ、またこれを支えてきたところの、特定の実践政治的なイデオロギーでしかない⁶⁾」⁶⁾、その為に、行政訴訟は主観訴訟として構成された⁷⁾、という事実を再確認することである。明確な、その認識こそが、わが国の行政事件訴訟制度の特質を明らかにし、現行訴訟法制の再構成を考察するために、必須の出発点である、と考えるからである。

(1) 明治三年(一八八九年)に制定公布された大日本帝国憲法(明治憲法)の下に、行政裁判法(明治三年法律四八号)、法律第一〇六号(明治三年)、訴訟法(明治三年法律一〇五号)が制定され、明治憲法時代における行政争訟法制が確

立した。

(2) 明治憲法六一条には、「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」とあり、行政裁判所に関する規定は法律で定めることを要し、勅令を以て定め得べき事項の範囲に属しないことを明示しているが、これは、行政裁判所が、司法裁判所と同じく政府から独立した地位を有する機関であることを示す必要があったからである。すなわち、「是は憲法第十条に依り、行政各部の官制を定むることを天皇の大権に属せしめて居ることの原則に対して、一の例外を為すもので、行政裁判所は固より司法部に属するものではなく、行政各部の一分子たるもので、随つて憲法第十条の原則から言へば、其の組織及び一般権限を定むることは、当然天皇の大権に属し、勅令を以て之を定むることを当然と為すべきものであるが、憲法は特に其の例外として、法律を以て之を定むるを要することを明言して居るのである。行政裁判所に関する規定が法律を以てのみ之を定め得べきものとせられて居るのは、行政裁判所が恰も司法裁判所と同様に、政府から独立の地位を有する機関たるを要することを示すものである。……言ひ換ふれば、憲法の趣旨とするところは、行政裁判の為には、行政組織内に恰も司法裁判所と同様の地位を有する特別の機関を設くることを要求することに在る」(美濃部達吉『行政裁判法』二八一—二九頁(千倉書房、一九二九))。

(3) 美濃部・右注一二頁。

(4) 美濃部・右注一四頁。

(5) 「それ(行政裁判)が民事裁判と区別せられて居るのは、行政法規と民事法規との区別を前提とするもので、言ひ換ふれば公法と私法との区別が制度上に認識せられて居る結果として、始めて行政裁判の制度が存在し得るのである」(美濃部・右注七頁)。

(6) 高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」田中二郎先生古稀記念『公法の理論 下Ⅱ』二一九八頁(有斐閣、一九七七)。

(7) 但し、旧行政裁判制度の下においても、個別法で、例えば、機関争議あるいは選挙に関する訴訟のような客観訴訟が定められていた。

二、警察国家的裁判制度

(1) 伊藤博文『憲法義解』(明治三二年)は、旧行政裁判制度の正当性を、つぎのように説明していた。⁽⁸⁾

「司法権ノ独立ヲ要スルカ如ク行政権モ亦司法権ニ対シ均ク其ノ独立ヲ要スレハナリ若行政権ノ処置ニシテ司法権ノ監督ヲ受ケ裁判所ヲシテ行政ノ当否ヲ判定取舍スルノ任ニ居ラシメハ即チ行政官ハ正ニ司法官ニ隷属スル者タルコトヲ免レス而シテ社会ノ便益ト人民ノ幸福ヲ便益ニ經理スルノ餘地ヲ失フヘキナリ行政官ノ措置ハ其ノ職務ニ依リ憲法上ノ責任ヲ有シ従テ其ノ措置ニ抗拒スル障害ヲ除去シ及其ノ措置ニ由リ起ル所ノ訴訟ヲ裁定スルノ権ヲ有スヘキハ固ヨリ当然ニシテ若此ノ裁定ノ権ヲ有セサルトキハ行政ノ効力ハ麻痺消滅シテ憲法上ノ責任ヲ尽スニ由ナルヘキナリ」⁽⁹⁾。

明治憲法が採用した「明治行政国家体制」は、何よりも強固な官僚主義を基軸とする行政権優越主義の保持と、それを前提としての行政裁判の司法裁判からの分離によって特色づけられる。旧行政裁判制度は、「その発想と設置の当初からして、外見的立憲主義にふさわしい官僚制権力の自己貫徹の方向を、制度形式の面においても、法イデオロギーの点でも、伴っていた」⁽¹⁰⁾。それは、牢固として抜くべからざる行政権優越主義に終始貫かれていた。

旧行政裁判制度は、行政権を司法権からの干渉牽制の外に置き、行政の自由な活動を保障しようとすることを趣旨としていた。さらに、「明治行政国家制は、単に行政権行使の法適合性に関し、司法権の審査・監視を排除しようとしたに止まるものではなく、沿革的には、そもそも国民がそのような行政の裁判的審査を——司法権の系列に属する裁判機関に対してであろうと、行政権の系統に属するそれに対してであろうと——請求しうる機会そのものを可能な限り狭く限定しようとする狙いをもったものであることが見逃されてはならないであろう」⁽¹¹⁾。一方、行政に対しては、

活動の自由を保障し、他方、国民に対しては、裁判的保護を拒否する。旧行政裁判制度には、行政による専断、切捨御免的行政の余地が多分に残されていた。

(2) 国民が権利の裁判的保護を求めうる機会そのものを狭く限定することを意図的に追求した、旧行政裁判制度は、行政裁判を行政監督作用の一態様とする見方に接続した。

美濃部達吉博士は、行政裁判の性質について、「行政裁判もまたその実質においては行政権の行為が法規に適合するや否やを争いの内容とするもので、これを裁判するのは性質上行政に対する監督作用であり、それ自身行政作用たる性質を有する¹²⁾」との見解を採り、それを前提として、「民事裁判は私法上の関係に付いて生ずる一切の問題に付いて審理し得べく又審理せねばならぬものであることを当然の性質とするに反して、行政裁判は公法上の一切の關係に付いて審理すべきものではなく、其の審理に属すべき事件は性質上必然に一定の限界を有すべきものである¹³⁾」と説く。すなわち、曰く、「行政の作用に付いては一般政府の組織が備はつて居つて、行政庁が法規に準拠して之を処理するの權威を與へられて居り、而して行政庁は国家（又は公共団体）の權力を代表するものであるから、其の行為は一応適法なることの推測を受くるのが当然である。それに対しては又行政組織の内部に監督の手段が備はつて居つて、若し違法の処置が有れば之を矯正すべきものとせられて居る¹⁴⁾」、「行政に関しては、行政裁判制度を待つまでもなく、一般の行政組織に於いて、其の作用が適法に行はるべきことを担保する手段が一応は備はつて居るのである。随つて行政作用に関しては、其の一切の事項に付いて行政訴訟の問題として之を審理することは、其の必要を見ない¹⁵⁾」と。

(3) 行政裁判所は一種の行政系統の監督機関として、それによる救済は、行政内部の自作用とされた。行政裁判は、行政権の自制としての恩恵的な裁判的保護とされた。

明治憲法によって日本の権力体制は確立するが、同憲法の人権保障制度は、よく知られているように、極めて脆弱

であった。憲法制定当時の状況が、資本主義を急速に成長させるために、原始的蓄積を、国家権力によって、国民の権利を無視し、犠牲にしても強行しようとするものであったからである。明治政府は、近代的な、個人を前提にした、公法上の権利というものをあまり認めなかった。人権意識に目覚めた国民の力の前に、その国民の要求を完全に黙殺することの不可能を悟った権力側の譲歩による恩恵的産物として、ごく稀に、国民の公法上の権利の実定法化がみられたのみである。¹⁶ 明治憲法下においては、強大な行政権力の活動をできるだけ自由にし、議会制定法によって規制することを最小限に止めようとした。行政の法治主義化を可能な限り回避しようとした。その為に、法的規制をうけない行政活動の領域が極めて広がった。このような事情からして、「多くの法的規制をうけない行政活動については、ことがらの性質上、行政の全くの自律的な統制に任せねばならず、残りの僅かな法的規制をうける行政活動についても、それを行政の便宜という面からのみ統制しようとする傾向が強く、したがって行政の自律的統制がそこでの中心な役割を果たし、行政の外部からする統制は極めて弱く、内部からする統制もまた国民の権利救済の制度としての性格は極めて稀薄であった」¹⁷。

旧行政裁判所は、国民の権利意識も薄く、法的保障もないところに、恩恵としての救済を与える機関に止まったのであった。

(4) 明治憲法に基づいて、近代的な法秩序が要求され、それが少なくとも外形的には整えられ、日本は近代的法治国家となったはずだった。しかし、実際には、明治憲法下の法体系はおよそ近代法的ではなく、法の形はとっていても、法的ではなく、実質的には、むき出しの権力であることが多かった。¹⁸ 明治憲法制定後において、なお、「国家統治ノ主権ハ絶対無限ニシテ人民ノ之ニ服従スルハ其ノ程度及分量ニ限定アルコトナシ」¹⁹と説かれていた。明治国家は、形式的法治国であり、その実質は警察国家であった。²⁰

明治政府は、その統治構造の強化と再編を、何よりも行政権力の強力な展開によって遂行しようと努めていた。先進資本主義諸国に対抗して、上から資本制生産の発展を強行しようとする意図の下に諸制度を改革していった明治政府にとって、行政権の強化は絶対的に必要な条件であったからである。明治官僚政府は、その目的のために、裁判機関すら利用することを辞さなかった。明治憲法に基づく行政裁判所は、明治政府の官僚的行政の自己貫徹ないし自己弁護のための一つの道具として設置された。明治政府は、行政裁判所をもって、自己の行為の適法性を、人民に向かつて説示し、弁護し、正当化するための国家機関として利用した。それは、明治官僚政府が、その欲するところ、なすところの一切を、法の名において弁護⁽²¹⁾し、擁護する機能を期待された。

(5) 明治行政国家を支えたものは、天皇の官僚制だった。官僚制は、官僚の人的な身分組織であり、上下階層におけるピラミッドの頂点は天皇である。天皇は、官僚組織の最高首長であり、官僚は天皇の官吏である。官吏は、国家や国民に対してではなく、天皇に対して忠誠を誓い、天皇の下に整然たる命令服従の指揮系統に系列化され、秘密主義で貫かれた⁽²²⁾。この天皇の官吏による官僚主義こそが、伝統的な封建的思想と共に、強力に、行政権を裁判的統制に服せしめることに反対し、絶えず、明治憲法の下における行政裁判制度の発達を妨げたのである⁽²³⁾。

旧行政裁判制度の人的組織である、評定官も、また、天皇の官吏だった。彼らによってつくりだされた行政裁判所の法意識・雰囲気は、「官権偏重の思想」⁽²⁴⁾に支配され、「官権偏重の愚民観」⁽²⁵⁾に満ちていた。彼らの民権擁護の自負⁽²⁶⁾も、せいぜいのところ、そのような愚民観と背中合わせの「家父長主義的な護民観意識」⁽²⁷⁾に基づいていた。実際、旧行政裁判所が下した判決は、しばしば、人民の権利救済に対する暖かな配慮よりも、どちらかといえば、行政権力者の行為の正当化に指向されていた。それは、人民の権利保障のためよりも、むしろ、権力者の権力的行為の貫徹ないし弁護のために機能することが多かった。行政裁判所自体が、政府の政策に従属し、官僚的行政権力を行使する一分肢で

あった。

(6) 旧行政裁判制度が基づいた実定法の解釈を支えた、明治憲法下の日本の行政法学の性格について、「この行政法学は、その本質において、官僚的権力の一切の行為を弁護し、釈明するための技術であるという性格を免れえないものであった」と指摘されている。²⁸⁾それは、官僚主義的行政法学であった。すなわち、「日本における行政法学が、その生誕の時から、ドイツ的官僚法学の刻印を帯びていたことは、日本とドイツとの社会的政治的情勢の類似の点からも、また実定法の類似の点からも自然であったということが出来る。この行政法学は、一方では、法律による行政、即ち法治主義の原理を、ドイツ的に解釈することによつて、議会的立法による拘束を最小限度に止め、その隙間に、政治的権力的な要求の入り込む餘地を作り出すと共に、他方では、この立法過程そのものが、官僚的な勢力によつて左右され得るような機構（例えば枢密院、貴族院、法制局などの立法過程における重要な地位をみよ）をもつことによつて、法律による行政が、決して民主的な意味をもち得ていないことに、眼をふさいでいた」²⁹⁾³⁰⁾

官僚法学は、法とくに公法の特質を権力服従におく³¹⁾。人民を国家権力に依頼させ、国家権力を尊敬させて絶対に服従させる。法律は、そのための、人民支配の道具であった³²⁾。

明治憲法において、主権は、天皇にあった。法とは、天皇の意思であり、法の支配とは天皇の支配であり、法治主義とは、天皇の意思によつて治めることにほかならなかった。³⁴⁾「天皇制法治主義」³⁵⁾の下で、国家と国民とは、法的権利義務の関係による対等当事者ではなかった。両者は、対等な法主体ではなかった。結局のところ、明治憲法における法治主義とは、権力者の自制の論理に過ぎなかった。

(7) 明治憲法に基づく国家は、官僚的警察国家であった。明治憲法の下で、国家は、官僚的行政権力を核心とする、法に対して、特別な超越的存在でなければならなかった。旧行政裁判制度は、明治憲法の求めた、そのような外見的

法治主義の一環だった。それは、行政主体と国民の法的当事者としての対等性の否認を、すなわち行政主体の優越性を権利の裁判的保護の次元においても保障しようとしたものであった。それは、常に、行政主体の権力的行為に適法性を与えるような法的構造が採られていた。行政主体を、法的紛争の当事者としても特別に保護し、これに優越性を認めようとする裁判制度であった。国家権力の在り方如何が、裁判制度の在り方を決定する。旧行政裁判制度は、天皇主権の絶対性に貫かれた、まがう方なき警察国家的裁判制度であった。

- (8) 伊藤博文『憲法義解』九六―九七頁(国家学会蔵版、丸善株式会社発行、増補第一五版、一九三五)。なお、同書は、続けて、旧行政裁判制度のもう一つの正当性として、「行政ノ処分ハ以テ公益ヲ保持セムトス故ニ時アリテ公益ノ為ニ私益ヲ枉ルコトアルハ亦事宜ノ必要ニ出ル者アリ而シテ行政ノ事宜ハ司法官ノ通常慣熟セサル所ニシテ之ヲ其ノ判決ニ任スルハ危道タルコトヲ免レス故ニ行政ノ訴訟ハ必行政ノ事務ニ密切練達ナルノ人ヲ得テ以テ之ヲ聽理セサルコトヲ得ス」(九七頁)と説いている。

- (9) ここで、権力分立の本旨が逆用されていることは、周知のとおりである。
- (10) 和田英夫「行政裁判」鵜飼信成ほか編『講座 日本近代法発達史3』九八頁(勁草書房、一九五八)。
- (11) 高柳・前掲注(6)二二二―二七頁。
- (12) 美濃部達吉著・宮沢俊義増補『憲法概論(新版)』一八三頁(有斐閣、一九六五)。
- (13) 美濃部・前掲注(2)二〇頁。
- (14)(15) 美濃部・右注二一頁。
- (16) 明治維新前史に始まる日本人の「権利のための闘争」を知る文献として、長谷川正安ほか編『講座・革命と法 第3巻 市民革命と日本法』(日本評論社、一九九四)が有益である。
- (17) 市原昌三郎「行政の内部的統制」雄川一郎・高柳信一編『岩波講座 現代法4 現代の行政』二五五―二五六頁(岩波書店、

一九六六)。

- (18) 「法的規律の性格が、個人と個人との間の平等の権利義務の関係ではなくして、優越者と従属者との間の、不平等な、権力的服従関係を示しているということになれば、それは、法の外形をもつてはいるが、その本質において、上位者の支配的権力の自由な発動を許すような関係を認めるものであり、そこに自ら、官僚的権力の存在を許すことになる」(鵜飼信成『行政法の歴史的展開』一三三頁(有斐閣、一九五二))。
- (19) 穂積八束「法治行政」『穂積八束博士論文集』三四五頁(有斐閣、一九四三)。
- (20) 明治憲法に基づく「立憲政体の立憲政体たるの所以」は、決して近代諸国におけるように、国民の自由を守るための政治機構を意味するのではなく、むしろ国体の原理によつて基礎づけられた、『変装的専制政治』を意味していたのである」(鵜飼・前掲注(18)一七五頁)。
- (21) 「政治は、一般に経済の集中的表現であるにもかかわらず、日本では、政治が経済をひきずって進む地位に立ち、政策・法は、その手段として用いられたのである。それゆえ、法の経済に対する作用が、とくに強力であったといえよう」(山中永之佑「明治維新の変革と法」長谷川ほか編・前掲注(16)四六頁)。
- (22) 平野義太郎「官僚法学」鵜飼信成ほか編『講座 日本近代法発達史3』二二三頁(勁草書房、一九五八)。
- (23) 行政裁判法および同関係法律に対して、あるいは訴訟事項の拡大を求めて、あるいは覆審・再審査制の導入等を求めて、改正法律案が、たびたび、帝国議会に提出されたが、行政裁判法は、ついに、実質的改正を経ることなく、明治三年に制定されたまま、第二次世界大戦の敗戦を迎えた。旧行政裁判制度改正の消極的経緯について、『行政裁判所五十年史』(一九四一)三五九頁以下(文生書院、復刻版、一九九二)、高柳・前掲注(6)二一九五頁以下、および田中館照橋『行政裁判の理論』二八八頁以下(有斐閣、一九八七)等を参照。
- (24) 美濃部達吉『類集評釈行政法判例』(有斐閣、一九二五)は、その序において、行政法判例全体に通ずる問題点として、「官権偏重の思想が恐くは無意識の間に裁判官を支配して居ることが、往々にして認めらるる遺憾が有る」と指摘している。
- (25) 高柳・前掲注(6)二二七三頁。
- (26) 旧行政裁判所の民権擁護の自負を語るものとして、座談会「行政裁判所の回想——遠藤源六元長官にきく——」鵜飼信成ほか編『講座 日本近代法発達史4』三三三頁以下(勁草書房、一九五八)、および座談会「行政裁判所の回顧」ジュリス

ト五二七号九六頁以下（一九七三）などを参照。

(27) 高柳・前掲注(6) 二二〇四頁以下および二二六五頁以下を参照。

(28)(29) 鵜飼・前掲注(18) 一七三頁。

(30) ヨーロッパでは、民法の近代法体系が発展し、それが行政の分野に影響して近代行政法が確立していくことになる。日本の場合は、行政法が民法に先行したところにその特色がある。「西欧では民法の支配する近代法秩序が発展して、それが行政の世界をも、法秩序の中にとり入れることを要求したことが、近代行政法展開の出発点となったのに、日本では行政法が先にあつて、それが新しく生れた民法の原理を、古風な標札をにかけて排斥し、一生懸命、自己の特殊性を主張していたのである」(鵜飼信成「学説一〇〇年史 行政法」ジュリスト四〇〇号三五頁(一九六八))。

(31) 官僚法学の特質について、平野・前掲注(22) 二二三頁以下等を参照。

(32) 「法以前の社会的関係としてすでに優劣強弱の關係があり得ると主張するところに、……官僚学派の学説がもっている社会的意味があるといわなければならない」(鵜飼・前掲注(18) 一一三頁)。

(33) 「法律は民に知らしむべからず。民をば、これに由らしむべし」というのが明治専制主義のたてまえであった(平野・前掲注(22) 二三五頁)。

(34) 松本三之介「天皇制法思想(上)」鵜飼信成ほか編『講座 日本近代法発達史10』(勁草書房、一九六一)によれば、「天皇統治の理念は、被治者を巧みに政治から疎外し、……そこでは法を定立し法を改革する政治は一般民衆の生活からは全く切りはなされた閉された社会の営みとされた。民衆にとって、法は自己の主體的な意志によって支えられることがないという意味では、全く外的他律的な行為規範にほかならないけれども、それにもかゝらず、法はそれが法であることによって、就中天皇の法であることによって、権威化され絶対化され、その『自発的』遵守が国民的モラルとして期待され要請されるに至るのである」(一二二頁)、「庶民にとって政治は全く上からの受取り仕事であり、規範は官府的秩序を経て庶民に配給される。……現実政治の世界からは全く切断された非政治的服従の世界が、彼らのために用意された世界なのであった」(二〇頁)。

(35) 天皇制法治主義の問題点について、渡辺洋三『法とは何か』一一四頁以下(岩波新書、一九七九)等を参照。

三、出訴資格「権利ヲ毀損セラレタリトスル者」の存在理由

(1) 明治憲法が採用した明治行政国家体制は、行政主体の行為の適法性を審査する行政裁判は、その性質上、行政作用である、と説いていた。行政を裁判することは、それ自身、なお行政である、と説明していた。そして、それを論拠に、行政事件の裁判を司法裁判所に管轄せしめることは、司法権による行政権の侵害を許すことになる、と主張していた。

明治憲法六一条は、行政裁判と司法裁判とを分離し、行政事件についての訴訟は、総べて、行政裁判所の審理に属すべく、司法裁判所において、これを受理すべきものにあらず、と規定した。この憲法上の定めに基づいて、行政事件は、民事事件・刑事事件とは別に、行政裁判所の審理に委ねられた。明治憲法において、「司法」とは、民事事件・刑事事件を裁判することを意味し、行政事件の裁判を含み概念であるとされていたのである。

明治憲法六一条に基づく行政裁判所は、行政権に属する行政組織の中にある行政機関とされた。美濃部達吉博士によれば、曰く、「それは全然憲法に所謂裁判所ではなく、行政機関であつて、行政組織の中に在り而も略裁判所と同様の組織を為して居るものである」³⁶⁾と。それは、「裁判」よりも「行政」にアクセントを置いた機関であった。

(2) 旧行政裁判制度は、行政権の自制つまり行政権の自戒反省の機会として構成された。

明治憲法が採用した明治行政国家体制は、「成ルヘク政府ノ自由ヲ多クシ其手足ヲ蹙縮スルコトナカルヘ」³⁷⁾ことを本音としていた。明治行政国家体制が意図した外見的法治主義によれば、法治主義とは、ただ、法規により、行政の自由を、外側から限界づけるものに過ぎなかった。すなわち、法律が存在すれば、行政権の活動は、それに制約されることになるけれども、法律が存在しなければ、それは、行政主体の自由な意思に任されている、というので

ある。⁽⁹⁸⁾ 明治行政国家体制は、行政の法治主義化を可能な限り回避したので、その為に、同体制においては、広範な「法から自由な行政」が存在した。

しかし、行政主体の自由な意思とはいっても、行政活動に際して、その恣意が許される訳では無論ない。行政主体は、自らに属する公権力を、目的に違背して、ましてや無目的に行使することは許されず、公益目的のために、かつ、その目的に適う程度・方法において行使しなければならぬ。行政主体は、恣意的な公権力行使とならぬように、常に、自制が必要である。

ところで、自制・自戒反省とは、無論、当該行為をした者自身がすべきものである。すなわち、誤った行為をなした行政組織自らがそれを矯正すべきであろう。その為に、本来、行政組織の編成の中には、権限行使に対する階層統制的な監督の態勢が、固有内在的に、一般的に組み込まれている。一般行政の組織において、その作用が適法に行われるべきことを担保する手段が、一応は、備わっている。その上で、さらに、明治憲法は、行政裁判という行政主体の自製の機会を用意した。旧行政裁判は、訴訟の形式による、特別の行政監督の制度として設けられた。

(3) 旧行政裁判制度の内容をして、訴訟の形式による、特別の行政監督作用とするならば、その目的は、どのように理解されるであろうか。およそ、行政裁判の趣旨は、二様に大別しうる。すなわち、客観的な法秩序の維持を一義的な目的とするのか、それとも国民の権利救済を主たるそれとするのかの二様である。前者とする訴訟を客観訴訟と、後者とするものを主観訴訟と称している。

旧行政裁判所は、行政監督のための行政機関である。それは、行政主体自身が自戒反省するために設けられた組織である。法治主義の理念の下における、行政主体の自制とは、何であろうか。それは、自らの行為が法に適切か、さらには行政目的に適合しているか、を自ら省みることであろう。行政主体の、そのような自製の装置が適切に

作動すれば、法治主義が目指す客観的な法秩序の維持は保たれる。そうであるならば、端的に考えて、旧行政裁判は、客観訴訟として構成されてしかるべきであったのではないか。行政主体の自制のための裁判は、客観訴訟になじむからである。

(4) 明治憲法六一条によれば、旧行政裁判所に出訴するためには、原則的に、行政官庁の違法処分によつて、「権利ヲ傷害セラレタリトスル」ことが必要である。明治憲法六一条に定められる、この訴訟要件を素直に理解すれば、旧行政裁判制度における行政訴訟は、「人民の権利を保護する手段」である。すなわち、主観訴訟として性格づけられていることになる。しかし、右に述べてきたところによれば、旧行政裁判は、自制のための行政監督作用として、客観訴訟になじむものであった。そうであるにもかかわらず、旧行政裁判制度は、何故に、主観訴訟を採つたのだろうか。

旧行政裁判制度の内容が、自制のための行政監督であるならば、行政訴訟の提起要件として、原告に、「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」ことを求める必然性はない。行政機関たる行政裁判所が、自制のための行政監督権を行使するに際して、個人の権利侵害を必ず俟たなければならぬ要はない。行政主体の自戒自省を促すために、何人といえども、行政訴訟を請求しうるとすることも可能である。旧行政裁判制度は、何故、原告を「権利ヲ傷害セラレタリトスル」者に限つたのだろうか。

(5) 一に述べたように、明治行政国家体制は、国民が権利の裁判的保護を求めうる機会そのものを狭く限定することを意図的に追求した。したがって、旧行政裁判制度は、国民の行政訴訟提起権の各種の制限と密接に結びついた法的構造が採られていた。

例えば、その最たるものは、行政訴訟事項についての列記主義の採用だった。すなわち、行政裁判法一五条は、

「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス」と規定し、法律第一〇六号に、一般的行政訴訟事項がつぎのように列記されていた。

「法律勅令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

- 一 海関税ヲ除ク外租税及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 水利及土木ニ関スル事件
- 五 土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件」

それは、僅か五項目に過ぎなかつた。³⁹そして、右の五項目に該当しなければ、他の法律勅令に別段の規程が無い限り、行政訴訟の対象として認められなかつた。それ以外の行政事件は、行政裁判所で受理されず、司法裁判所においても受理されなかつた。⁴⁰つまり、それは、裁判の外に放置された。殊に、驚くべきことに、国民の權利を侵害する高い危険性にもかかわらず、右記法律第一〇六号の三に規定される営業免許の拒否または取消の場合を除いて、警察処分に対して、一般的に行政訴訟が許されていなかった。出版法一九条に依り内務大臣の爲した出版物発売頒布禁止処分の取消を求むる訴（昭和二・六・六裁決）、⁴¹行政官庁の加へた検束処分に対する不服の訴（昭和二・七・二〇裁決）、⁴²市の営造物たる火葬場建設経営許可に対する訴（昭和一一・四・一裁決）⁴³など、総べて、行政訴訟事項ではないとして、却下された。⁴⁴行政訴訟は、容易には認められなかつた。それは、真に、「今現行ノ行政裁判法ヲ顧レハ所謂列記法ヲ用キタルヲ以テ違法ノ行政処分アルモ居多ノ場合被害ノ臣民ハ空ク枉屈ニ泣クノ外ナシ」⁴⁵「行政ノ威權ヲ張ラン

カ為メ臣民ノ権利ヲ顧ミサルハ立憲制度ノ下ニ行フヘキモノニ非ス⁴⁶と批判されるほどの限定だった。

このような指摘に依りて、政府は、もろもろの機会に、訴訟事項の拡大の必要を認める趣旨の見解を表明していたが、しかし、旧行政裁判所時代を通じて、ついに訴訟事項について概括主義の採用に賛意を表したことはなく、その訴訟事項に関する改革構想は、あくまでも列記主義を維持し、その列記事項を拡大することに止まっていた、と批判されている⁴⁷。政府は、概括主義を拒否する口実として、「概括主義を採るときは行政の敏活を害すること、事件の性質上（例へば自由裁量問題）除外すべき事項を一々掲げることの煩雑なること、濫訴の弊を生ずる惧あること、列記主義に依り訴へ得べき場合を人民に知らしめるの寧ろ適当なること」⁴⁸等を挙げていた。

(6) 明治行政国家体制は、行政訴訟を避けるため、その一般的訴訟事項を五項目に限ることだけでは、満足できなかった。かつて、「明治五年司法省第四十六号達ハ凡ソ地方官ヲ訟フル者皆裁判所ニ於テセシメタリシニ地方官吏ヲ訟フルノ文書法廷ニ蝟集シ⁴⁹」たような事態を懸念したのだろうか。さらに、行政訴訟を提起しうる原告を、「権利ヲ毀損セラレタリトスル者」に限定した。

一に述べたように、明治行政国家体制は、国民の法的権利を認めることに極めて消極的だった。明治政府は、「法律ガアツテモ直チニ権利ノ生ズルモノデハナイカラ違法ガアツテモ権利毀損ノ生ゼヌ場合ガアル」との見解を否定しなかつた⁵⁰。旧行政裁判所は、政府の態度に追随し、国民が出訴するためには、別に、積極的に、法が、個人的権利と認め、それを保護する意思がある、と定めていることを証しうる権利の毀損を申立てなければならぬと要求していた⁵¹。旧行政裁判制度の下において、行政訴訟を提起するために必要とされる「権利ヲ毀損セラレタリトスル者」の要件は、かなりの程度、厳格に解されていた。その為に、当該要件によって、国民の出訴の機会は、大いに限定されることになった⁵²。

(7) ところで、客観訴訟においても、原告適格を絞ることは可能である。客観訴訟における原告は、あくまでも行政活動の客観的な適法性を回復する目的でのみ出訴を認められているのであって、個人として自己固有の法的権利の保護を求めるために訴訟を提起する者とは考えられていない。その意味で、客観訴訟においては、行政庁が法令に違反した事実を知らせるために、誰でも提訴することができ、本来、出訴資格を特定の者に限る必要はないが、しかし、客観訴訟でもそれを絞ることは可能である。すなわち、行政庁の当該行為の非違を改める機会に、私人を介入せしめるについて、誰を関与させることが最も適当か、という訴訟手続上の見地から、出訴資格に一定の絞りをかけることが許されよう。そして、この場合の適格者として、当該行為によって、「不利益」を受けた者が着目されることになる。

そうであるとすれば、旧行政裁判制度が要求する「権利ヲ毀損セラレタリトスル者」との出訴要件も、そのようなものとして理解することができるのではないだろうか。繰り返し述べてきたように、旧行政裁判は、客観訴訟として構成されることが、制度の趣旨に照らして整合的であった。しかし、先にみた、旧行政裁判制度下の「権利」の解釈は、客観訴訟における出訴資格者の絞りとして理解するには、あまりにも狭い。行政処分には違法があっても、権利の毀損とはならないことが、あまりに多く存在した。その場合、被処分者は、総べて、当該出訴要件を充たさず、行政訴訟の原告とされなかった。旧行政裁判制度にあっては、多数の「違法な行政庁の処分」が、当該出訴要件によって、裁判外に放置された。

明治憲法下において、行政主体が、その活動に際して、基づくべきとされた法律は、私法とは異なるものである公法とされ、そして、「公法ノ一大部分ハ権利ノ規定ニ非シテ純然タル公益規定ナルモノアリ」と説かれた。⁸³このような法状況の下では、違法ではあるが、権利の毀損とはならない、行政庁の処分の方が通常であった、といえる。そ

うであるとすれば、権利の毀損とはならない違法な行政庁の処分を正すことができなければ、客観的な法秩序の維持を目的とする、客観訴訟の役割を果たすことはできない。さらに、また、客観訴訟は、公益保護を目的とする。「権利ノ規定」と「公益ノ規定」を別のものと説くならば、その下での、客観訴訟は、「公益ノ規定」をも保護しうるものとして、構成されなければならない。それ故に、このような法状況において、出訴資格に、「権利ヲ毀損セラレタリトスル者」であることを要求する訴訟は、客観訴訟ではありえない。したがって、旧行政裁判制度における行政訴訟は、「権利ヲ毀損セラレタリトスル者」を救済することを目的とした主観訴訟と理解せざるを得ない。

(8) 明治国家は、行政裁判所を行政系統の監督機関として設置した。行政監督は、行政活動の客観的な適法性の維持を監視する作用である。それ故に、行政監督作用としての行政裁判は、客観訴訟を採ることに親しむ。しかし、明治憲法は、行政訴訟を主観訴訟として構成した。もちろん、行政活動によって違法に侵害された個人の主観的権利を救済することを通して、客観的な法秩序の回復を果たすことは可能である。しかし、明治憲法下の法状況あるいは権利状況において、それは不可能であった。

明治憲法六一条に定められた訴訟要件「権利ヲ傷害セラレタリトスル」者は、国民の出訴の機会を限定する趣旨で、意識的に採用された。⁵⁴⁾それは、裁判の目的から導き出される理論的帰結としての出訴要件ではなく、何人にも邪魔をさせぬ「自由な行政」を本音とする、明治行政国家の政策的選択としての結果であった。裸の行政権力を温存しうる装置、それが、警察国家的裁判制度の要請⁵⁵⁾であった。

- (36) 美濃部・前掲注(2)四一頁。
- (37) 「グナリスト氏答議」六五二頁(『行政裁判所五十年史』前掲注(23)三七頁注(6)より引用)。「グナリスト氏答議」については、後述する。
- (38) 明治政府は、法治行政の原理を、ドイツ・プロイセン的に、すなわち、警察国家的法治主義の要請に基づいて、解釈したのである(鶴飼・前掲注(18)一一九頁以下参照)。明治官僚政府の見解を支持して、官僚主義的行政法学の絶対主義派を代表する、穂積八束博士は、「仏蘭西系ノ憲法ノ下ニ在リテハ凡ソ自由ト權利トヲ制限スルハ必法律ニ依ルヘシトス故ニ原則トシテ行政処分ハ独立シテ之ヲ制限スルヲ得サルハ明カナリ我憲法ハ此ノ絶対ノ原則ヲ執ラス法律ニ別段ノ定ナキ限りハ此ノ事行政権ノ自由ニ属ス」と説いていた(穂積八束「行政処分ノ取消変更」前掲注(19)八一―九頁)。
- (39) 「明治憲法下の行政裁判制度は、オーストリアの制度に学んだ点が多いが、行政訴訟事項については、広く行政庁の違法処分による権利侵害のすべての場合に行政訴訟を起こし得るものとする概括主義をとるオーストリアの制度を採用せず、むしろ、プロイセンの制度にならって列記主義をとり、プロイセンよりも一層狭くその事件の種類を限定していた」(田中館・前掲注(23)二八六頁)。
- (40) 「行政裁判所ハ其権限トシテ列記シタル事件ノ外裁判権ヲ有セサルヤ論ヲ俟タス而シテ司法裁判所モ亦法律ニ依リ定メラルタル権限ヲ有スルモノニシテ其権限ヲ定メタル裁判所構成法第二條ニ依レハ通常裁判所ハ民事刑事ヲ裁判スルモノトストアリテ行政事件ヲ裁判スル権限ヲ有セサルヤ明瞭ナリ故ニ行政事件ニシテ列記ニ漏レタルモノハ行政司法執レノ裁判所ニ向テモ出訴スルコトヲ得サルハ勿論(ナリ)」(明治三五年第一六回帝国議会における、政府提出改正案に対する行政裁判所側の意見書『行政裁判所五十年史』前掲注(23)三八七頁)。
- (41) 行録三八輯六八二頁。
- (42) 行録三八輯九二八頁。
- (43) 行録四七輯一三五頁。
- (44) 『行政裁判所五十年史』前掲注(23)一二五―一二六頁。
- (45) 第四回帝国議会(明治二六年)における、松岡康毅貴族院議員による行政裁判法中改正法律案等の提案理由(『行政裁判

- 所五十年史』前掲注(23)三四七頁。
- (46) 同右三四八頁。
- (47) 高柳・前掲注(6)二二五七頁。
- (48) 『行政裁判所五十年史』前掲注(23)三七三頁。
- (49) 伊藤博文『憲法義解』前掲注(8)九八頁。
- (50) 高柳・前掲注(6)二二六二頁参照。
- (51) 旧行政裁判所においては、係争の行政処分によって、直接に自己の権利が毀損されたわけではなく、単に利益を害されたにすぎないとされれば、当該訴えは却下された。但し、訴願に際しては、「必ズシモ権利ノ毀損ヲ主張スルヲ要セ(ズ)、処分ニ由リ直接ニ自己ノ利益ヲ害セラレタリトスルコトヲ通常ノ要件」としていた(美濃部達吉『行政法撮要 上巻』五九七頁(有斐閣、一九三五))。
- (52) 周知のように、旧行政裁判所は、全国に唯一つ、東京にしかなく、一審制で、始審にして終審であり、再審が排除されていた。このような条件も、また、国民の出訴の機会を制限するものであった。但し、旧行政裁判時代においても、出訴の機会が、評定官によって、積極的に判断された事例が存する。この点について、南博方「前審的司法権と終審的司法権」『紛争の行政解決手法』二二頁以下(有斐閣、一九九三)を参照。
- (53) 美濃部・前掲注(51)五六二頁。
- (54) 「明治憲法六一一条の形成過程を辿ると、当初案には存在しなかった権利毀損条項が、ある時期に、明確な意図の下に導入されたものであることを認めることができる」事実が指摘されている(高柳・前掲注(6)二二三〇頁注(7)参照)。
- (55) このような明治政府の政策的要請を、学説も支持していた。官僚主義的行政法学ながら、その絶対主義派に対して、自由主義派であり、戦前のわが国行政法学界の通説的地位にあった美濃部達吉博士ですら、つぎのように説く。すなわち、曰く、「行政行為は其の公定力に基づいて常に適法の行為たることの推測を受くるもので、これに依り自分の権利又は利益を侵害せられたとする者でも、当然にはこれを争ひ得る権利あるものではなく、特別の法令の定めある場合の外は、これに服従するの外は無い」(美濃部達吉『日本行政法 上巻』八〇四―八〇五頁(有斐閣、一九三六、復刻版、一九八六))と。

四、むすび

旧行政裁判制度が、裁判制度として甚だ不十分なものであることは、明治政府自身が認めていた。例えば、明治三五年、第一六回帝国議会貴族院行政裁決及行政裁判権限法案外二件特別委員会で、政府委員一木喜徳郎が、現行法における行政訴訟事項の制限の状況は、「憲法ノ六十一条ニ掲ゲテアリマス所ト余ホド遠ザカッテ居ルモノモアリマス」と言明している。旧行政裁判制度のありようは、明治憲法が求める外見的立憲主義の水準にも達していなかったのである。

明治憲法の下、天皇主権の絶対性が説かれる雰囲気に向けて、行政訴訟を提起すること、すなわち、一私人が天皇の官吏たる強大な行政権力者と真っ向から争うことは、それ自体、多大の勇気を要することであった。違法な権利侵害が明らかでない行政事件でさえも、その多くが、裁判外で、事実上の力関係に基づいて、解決されていたであろうことは、容易に推測される。

明治行政国家体制をどのように評するか、それは、難しい問題であり、単純にはなしえない。あの当時、あの状況において、必要な国家体制であったとの評価もありえよう。近代日本の国家制度構築について、グナイスト⁵⁷が、つぎのように助言したことが知られている。すなわち、曰く、「余ハ呉々モ日本ノ為メニ行政裁判ヲ設ク可カラサル事ヲ陳言セン……開化ノ未タ十分進歩セサル日ニ於テ之ヲ設クルトキハ政府重荷ヲ負ヒ大ニ改進ノ妨害ト為ルヘシ……行政実行ヲ妨ケ毎ニ進歩ヲ却退セシメン……今日日本国ニ於テハ日ニ開化ニ進歩スル際ニアレハ成ルヘク政府ノ自由ヲ多クシ其手足ヲ蹙縮スルコトナカルヘシ」と。

旧行政裁判法は、裸の行政権力の飾りであった。それは、何人にも邪魔をさせぬ「自由な行政」を本音とし、そ

れを温存せしめうる法的構造を採っていた。出訴資格として、「権利ヲ毀損セラレタリトスル者」であることを要求したのも、行政訴訟の提起を制限するためであった。

旧行政裁判制度は、国民の権利の救済を目的として、主観訴訟を選択したのではない。それを拒否するために、行政訴訟を主観訴訟として構成したのであった。

(56) 『行政裁判所五十年史』前掲注(23)三七九頁。

(57) グナイストは、自国ドイツにおいては、行政裁判所制度の熱烈な支持者として知られている。同氏は、「法治国と自治の理念を現実化せしめる最大の契機として行政裁判制度を重視し、その整備確立のために強力な理論活動を展開した」(高柳前掲注(6)二二七六頁注(22))。伊藤博文が、立憲制度調査のため渡欧したとき、さらに、その後にも、グナイストの意見を徴したことは有名な事実である。

(58) 「グナイスト氏答議」前掲注(37)六五一頁。