

行政訴訟における裁判を受ける権利の保障 —ドイツ法と日本法との比較をふまえて—

東 條 武 治*

Die Gewährleistung und die Effektivität des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes —Die Deutung des Gesetzes über in Deutschland und in Japan—

Dr.jur.(Kyoto U.) TOJO TAKEJI

- I Einleitung—Tragweite des Themas
- II Die geschichtliche Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit
 - (1) Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland
 - (2) Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Japan
- III Die Effektivität des Rechtsschutzes
 - (1) Effektivität in Deutschland
 - (2) Fragepunkt für die Effektivität des Rechtsschutzes in Japan
- IV Sinn und Zweck des Art. 32 der Verfassung Japans v. 1947
- V Ergebnis

- I 問題の所在
- II 近代国家化と行政訴訟
 - (1) ドイツにおける歴史的発展
 - (2) 日本における歴史的発展
- III 現代国家化と行政訴訟
 - (1) ドイツの基本法(1949年)下の行政訴訟
 - (2) 日本の日本国憲法(1947年)下の行政訴訟
- IV 日本国憲法32条の裁判を受ける権利と行政訴訟
 - (1) 日本国憲法制定時からの解釈
 - (2) 裁判を受ける権利の解釈論
- V 行政事件訴訟法再改正への提言

I 問題の所在

日本国憲法が昭和21年11月3日制定・公布, 同22年5月3日(1947年)施行により, わが国は, プロイセン・ドイツ法的行政国家型から, どちらかといえば, 英米法的司法国家型へ転換したといえるように思われる。それにもかかわらず, 筆者が学究生活に入った初期のころ, わが国の公法学を代表する著名な行

* 広島文化学園大学大学院社会情報研究科
(Graduate School of Social Information Science, Hiroshima Bunka Gakuen University)

政法学者が説いている、「行政的公権力優位の観念」や「行政権に対する司法権の限界の理論」に強い疑念をいだき、こうした考え方は、日本国憲法の下では是認され得る解釈論であるのか、是認され得ない解釈論であるのか、こうした契機で歴史的沿革をふまえて明らかにすべく頑張ろうと着手し、この研究を続けて半世紀余が経過した。

日本国憲法の施行と同時に民事訴訟法の応急措置に関する法律で出訴期間を設けてのち、昭和23年7月1日に行政事件訴訟特例法が制定・公布され、同23年7月15日から施行された。その後この法律に代わり、現行の行政事件訴訟法（以下「行訴法」という。）が昭和37年10月1日から施行されて、平成16年に行訴法の基本的条項が42年ぶりに待望の改正が行われ、同17年4月から施行された。その改正において、本案訴訟の面で、「義務付けの訴え」（3条6項）・「差し止めの訴え」（3条7項）、保全訴訟の面で、「仮の義務付け及び仮の差し止め」（37条の5）が新設されるなど画期的な面もあるといえるけれども、必ずしも行訴訟の制度本質論に遡った本格的な議論がなされたわけではないともいわれる。その改正のさいに附された5年後の見直し（附則50条）、でも、見直しのないままさらに5年余を超える年月の現在、特に、執行停止原則の採用・内閣総理大臣の異議制度の廃止に関連して、筆者は、日本国憲法32条の裁判を受ける権利に関する筆者の提唱する解釈論の理解の下での再改正論議を期待したいと考えている次第である。

なお、行訴法改正への直前の主な動きとして、たとえば、平成10年9月5日に、日本弁護士連合会（司法改革推進センター）主催の「行政事件訴訟法改正問題を考えるシンポジウム」が開催された。その際の日本弁護士連合会の改正要綱第一次案¹⁾を拝見して、筆者の眼が輝き、同時にタイム・スリップした。²⁾もっとも、半世紀余も前の駆け出しのころ、ともかく一生懸命に研究した論文に、たとえば、①拙稿「行政事件における執行不停止原則の再検討—西ドイツの執行停止制度との対比において—」(1～6・完)、³⁾②拙稿「処分の執行停止と内閣総理大臣の異議」、⁴⁾③拙稿「不許可ないし拒否処分等の仮の権利保護」、⁵⁾④拙稿「行政上の保全訴訟の研究序説—ドイツにおける執行停止原則の沿革—」、⁶⁾⑤拙稿「行政事件における仮処分—西ドイツの仮命令の制度の生成と発展—」、⁷⁾⑥拙稿「行政事件における仮処分—西ドイツの仮命令の制度の現状—」(1～5・完)、⁸⁾⑦拙稿「『裁判を受ける権利』試論」、⁹⁾⑧拙稿「権利保護の有効性論—裁判を受ける権利を中心として—」、¹⁰⁾等々の研究に邁進してきたからである。

II 近代国家化と行政訴訟

(1) ドイツにおける歴史的発展

中世のゲルマン法では、公法と私法の区別というようなこととは無縁であった。¹¹⁾ということは、機能的にも、訴訟的にも、公法と私法の区別はなされていなかった。¹²⁾古代帝国（旧ドイツ帝国）すなわち神聖ローマ帝国（Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation）は、思想的にはローマ帝国にまで遡ったわけであるが、¹³⁾それも個々の私人間の関係の秩序について受け継いだにとどまり、国家と臣民の間関係の秩序（die Ordnung des Verhältnisses zwischen dem Staat und den Untertanen）については、受け継がなかったのである。¹⁴⁾そして、中世の終わりごろには、ドイツ国民の国家的発展の重点は、個々のいわゆる諸ランクトに移っていったように思われる。¹⁵⁾だから、当時、臣民に対立するものは、国家ではなく、領主（Landesherr）であったということになると思われる。¹⁶⁾

その後、1495年に設立された Reichskammergericht と1501年に設立された Reichshofrat によって構成された帝国裁判所（Reichsgericht）が設置された。¹⁷⁾当時、この裁判所は、高権（Hoheitsrecht）の全体が Landeshoheit の上に立つものであったが、¹⁸⁾この帝国裁判所のほかに諸侯の領土裁判所（die landesfürstlichen Territorialgerichte）が存在した。

旧ドイツ帝国たる神聖ローマ帝国は、1806年に崩壊するにいたるが、少なくともその最後の10年間は理

論的にほとんど完全な司法国家であったといわれる。¹⁹⁾ 神聖ローマ帝国の崩壊にともない、すべての帝国裁判所の機能は、停止されるという結果になったのであるが、²⁰⁾ ドイツの諸国家（各ラント）は、その主権（Souveränität）を維持し、²¹⁾ さしあたり個々のラントにおいていわゆる行政事件の裁判などの取り扱いが形成発展して行くことになるのである。²²⁾

その後、ドイツのラントの多くは、司法国家的観念からはなれて行くことになるのである。すなわち、いわゆる行政司法（Verwaltungsjustiz）の問題をめぐる、18世紀から19世紀初頭にかけて活発に論議されるようになったのである。たとえば、公法上の争訟に関する訴訟は裁判所による国庫説の取り扱いによって独立の手續で行われる、という建前をとりながらも、実際には裁判所によって裁判されるのではなく、いわゆる行政司法の範囲で行政庁によって裁判されるようになったからである。²³⁾ ゲオルク・マイヤーによれば、²⁴⁾ 行政司法の制度を支持するものとして、フィツァー、フンケ等をあげ、それに反対するものとして、ミッテルマイヤー、ファイアー、ツァハリエ等をあげている。²⁵⁾ しかしながら、この論争において、全く明白な結論に達するにいたらなかった。

こうした論争の影響の下で、1849年の帝国憲法（Reichsverfassung vom 28. März 1849）（草案）ができあがった。²⁶⁾ この憲法草案は、フランクフルトのパウロ教会で出来上がった関係で、一般に、フランクフルト憲法草案、パウロ教会憲法草案などと呼ばれている。そこで、この憲法草案を一瞥すると、たとえば、182条で、「行政裁判（Verwaltungsrechtspflege）は、廃止する。すべての権利侵害に関しては、裁判所が裁判する」と規定されている。この規定において、二文にいう裁判所が通常裁判所を意味し、一文にいう行政裁判が行政庁に管轄権のある裁判権を意味するとすれば、フランクフルト憲法草案は、司法国家の形態における法治国家の実現を目指していたことになる。²⁷⁾ この思想のすぐれた理論的代表者は、オットー・ベールであるが、この1849年のフランクフルト憲法草案並びにオットー・ベールの主張は実現されなかった。1850年を境に、ドイツのほとんどのラントにおける法治国家の実現は、どちらかといえば、ルードルフ・フォン・グナイストの影響を受けて、むしろ行政国家を目指すことになるのである。²⁸⁾

1871年、ドイツの国家的統一の下にビスマルク憲法ともいわれる、ドイツ帝国憲法（Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871）が制定され、それと前後して、行政機関的な行政裁判所が1863年のバーデンでの設立を皮切りに、プロイセン、ヘッセン等々と続いて設立されるにいたった。²⁹⁾ 要するに、1871年に成立したドイツ帝国は、司法国家ではなく、行政国家を目指したのである。たとえば、プロイセンにおいては、1872年・1875年に行政裁判所が設立され、かかる行政裁判所制度は、裁判類似の手續で行われる行政内部の機構による行政の統制であった。つまり、プロイセンの行政裁判所は、第一義的に積極的な行政に対する統制手段として国家に機能するものであって、第二義的ないし副次的に国民の権利保護に機能するものであったのである。³⁰⁾ ドイツ行政法学の父といわれるオットー・マイヤーがその著「ドイツ行政法、第一巻（Deutsches Verwaltungsrecht I, 1895）」を公にしたのは、ドイツ統一後すでに20年を経過し、ライヒ（ドイツ連邦国家）の法制についても一応の整備がなされた時代であり、また特にプロイセンの行政改革に一応の終止符が打たれ、行政裁判所に関する整備が各ラントですすめられた時代でもある。³¹⁾

その後、ヴァイマル時代となり、1919年に、一般に、いわゆるヴァイマル憲法（Die Verfassung des Deutschen Reichs, vom 11. August 1919）が制定された。その107条で、「ライヒおよび諸ラントにおいては、行政庁の命令及び処分に対して個人を保護するために、法律の定めるところにより、行政裁判所を設置しなければならない」と規定され、この規定により、未だ行政裁判所を設置していない諸ラントにおいて、行政裁判所が設置されるにいたった。しかし、ライヒにおいては、その後1945年まで一般的な行政裁判所は存在せず、ヴァイマル憲法31条・166条で規定されたライヒ行政裁判所は、さまざまな始動にもかかわらず創設されなかった。³²⁾

ところで、ヴァイマル憲法は、その107条において「行政裁判所」という表現を用いているにとどまり、

そこにいう行政裁判所は、通常のいわゆる司法裁判所ではなく、むしろビスマルク時代における行政裁判所であると解され、この意味における行政裁判所はしたがって裁判所類似の機構で形成される行政庁であると解されていたようである。この点、たとえば、フリードリヒ・ギーゼは、行政裁判所は裁判所類似の機構としての行政庁であり、行政裁判官は一般的な裁判官の独立を保障された行政官である、として支配的な見解を支持したが、³³⁾ フリッツ・フライナーによれば、行政裁判所の機構からするとオットー・ベールの司法国家の意味における通常裁判所によって行政争訟事件が取り扱われることも考えられ、ヴァイマル憲法107条はこうした可能性を排除するものではない旨解された。³⁴⁾ ともかくも、概していえることは、ヴァイマル憲法の終わりにいたるまで、おおむねオットー・マイヤー的な考え方が支配的であったように思われる。

ところで、すでに自明なことではあるが、1933年1月30日に、アドルフ・ヒトラーが宰相に任命され、ヴァイマル憲法が結局は骨抜きにされるにいたるわけで、たとえヴァイマル憲法が廃止されていないにしろ、とにかく、同憲法のほとんどの規定は、1934年8月2日のライヒ大統領パウル・フォン・ヒンデンブルクの死後むしろ現行法ではなかった、といわれる。³⁵⁾

(2) 日本における歴史的発展

日本の近代国家化は、明治22年2月11日(1889年)制定・公布、同23年11月29日(1890年)大日本帝国憲法(以下本稿では「明治憲法」という。)が施行された時といえるであろう。すなわち、日本の近代国家としてのスタートは、1889年乃至1890年ということになり、1789年のフランス人権宣言から100年後ということになる。

自明のことではあるが、日本では、明治維新後、明治4年(1871年)に廃藩置県が断行され(連邦国家としてのドイツ帝国が成立したのも1871年)、その後、憲法の制定へと着手することになる。周知のところであるが、憲法の制定に先立ち、伊藤博文が明治15年(1882年)から同16年(1883)にかけて「憲法取調」を命ぜられて渡欧し、主としてベルリンで、ベルリン大学(当時の一時期、現フンボルト大学)教授のルードルフ・フォン・グナイストの直々の指導ではなく、その弟子のアルバート・モッセから指導を受けたようである(この点、今なお、伊藤博文がR.v.グナイストの指導を受けてきたという、有名国立大学の教授がいるようである=2019年夏ごろのNHK・BS 3の「英雄たちの選択」という番組での寸話。)

伊藤博文の帰国後、憲法の制定作業が活発に展開されるにいたった。そして、グナイストの弟子のアルバート・モッセを政府の法律顧問に迎える(明治18年から同23年)などして、明治憲法の制定作業をはじめ、旧行政裁判所法、地方自治制度等が相次いで整備されるにいたった。もっとも、いうまでもなく、モッセの立場は、プロイセン的君権主義に立っていたのである。³⁶⁾

ところで、ここで看過してはならないのは、明治憲法がどのような三権分立を原則としているかである。この点、前述紹介したように、ドイツの歴史上、旧ドイツ帝国は1806年に崩壊したが、少なくともその最後の10年間は理論的に完全な司法国家であったといわれる、³⁷⁾ が、このいわゆる連邦国家が崩壊してのち、ドイツは、1871年のドイツ帝国の成立にいたるまでの間はラントごとの国づくりとなり、特にオットー・ベールが期待した三権分立上いわゆる司法国家を目指す1849年のフランクフルト憲法草案は施行されなかった。むしろ、その後各ラントとも行政権の司法権からの独立を目指す方向に進み、そのリーダー格がプロイセンであった。1850年のプロイセン憲法は、行政権が司法権から完全に独立した行政権優位の国家形態たる行政国家を目指すものであり、こうした国造りが1871年のドイツ帝国憲法へと発展したのである。

ここで、確認してきたいことは、三権分立主義は、歴史的に見ても、決して、古来からの『a priori』的な原則ではないのであり、それぞれの憲法が基本とする組織規範なのである、ということである。この認識が、日本では極めて重要である。

上述の主として、プロイセン憲法の基本を継受したのが天皇主権主義を原則とした明治憲法なのである。そして、明治憲法の制定・施行とあいまって、日本でも司法権から独立した行政権系列の行政機関的な行政裁判所が設立されることになるのである。この点で、たとえば、明治22年の穂積八束の説くところによれば、国家に全能の大権が存するというのを承認し、行政裁判の目的を私権の保護にあるという考え方を否定して、「行政裁判ハ裁判ニ非ズトハ独逸法理家ノ往々主張スルトコロナリ寧ロ行政監督ノ一便法タリ然ルニ之ヲ以テ臣民ハ官ト権利義務ノ争訟ヲナシ主権ハ裁判所ノ判決ノ下ニ検束セラレ臣民ノ私権保護ノタメニ設ケタリトスルトキハ学理ヲ誤ルモノナリ」と述べられ、³⁸⁾ 美濃部達吉もまた、明治憲法下はもとより、日本国憲法の制定直後においても、「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」と説かれている³⁹⁾ のもその証左であり、このような考え方の影響の下で構成されていたわが国の旧行政裁判の制度は、したがって、行政権の自己統制的性質ないし上級行政庁的な地位をもつものであったのである。

もっとも、わが国の旧プロイセン・ドイツ法的な公法原理の導入にさいしては、いわば、ドイツの法制度の歴史的発展過程における、ある時期の時代区分—すなわち、19世紀末期—をとらえて、その時代区分における法制度ないし学説—グナイストの行政改革の成果を整理したとさえ思料されるオットー・マイヤーの行政裁判観—を多かれ少なかれドイツ固有の制度と理解したにすぎないのではないと思われるとともに、それ以前の過去の時代まで遡っての歴史的発展過程に対する理解を必ずしも前提としたものであったとはいえないように思料される。

要するに、わが国の明治憲法下において、天皇主権主義の下での立法権・行政権・司法権を前提に、行政裁判所は行政権の自己統制としての性質をもち、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もつものであったことがうかがわれる。そして、組織上行政機関たる行政裁判所への訴えは、権利侵害を前提に法上列挙されたもののほか、特に個別法令上認められたものに限られるなど、取消訴訟中心の本案訴訟そのものが極めて限定されていたのである。また、保全措置たる執行停止の制度は、執行不停止の原則を建前に、例外として「行政庁による執行停止」と「裁判所による執行停止」とを、職権または申立てにより必要と認められるときに限り許容されることになっていたもので、その下で許容される執行停止は、実質的には行政庁の裁量によって執行停止を認めるか否かの判断をしていたと思われる。それ故に、明治憲法下における行政裁判は、本案訴訟もその保全訴訟たる執行停止も、ともに行政作用たる性質をもつものという位置づけであったといえるのである。

Ⅲ 現代国家化と行政訴訟

(1) ドイツの基本法（1949年）下の行政訴訟

第二次世界大戦後のドイツは、1989年まで東西ドイツに分かれていたが、その後、結論的には、1990年10月3日西ドイツの基本法23条に基づき、東ドイツの諸ラントが西ドイツに加入する形でドイツが復活し、西ドイツのいわゆる憲法たる基本法等の法制の下に新ドイツがスタートしたのである。本稿では、西ドイツの1949年のいわゆるボン基本法（Das Bonner Grundgesetz）と称されて論ぜられてきたところを、ドイツの1949年の基本法として諸法制と合わせて論ずることとする。

1949年の基本法によれば、その第二章の「連邦と諸ラント」（Der Bund und Länder）の20条1項・2項で、「ドイツ連邦共和国は、民主的且つ社会的な連邦国家である」、「すべての国家権力は、国民から発する。国家権力は、国民により、選挙・投票及び立法、執行権、裁判の特別な機関によって行使される」（(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist demokratischer und sozialer Bundesstaat. (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke

aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besonder Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung ausgeübt.) と規定され、すべての国家権力が国民主権の下でいわゆる立法権・行政権・司法権という三権分立主義が採られているのである。そして、92条で、「裁判権は、裁判官に委託される。その裁判権は、連邦憲法裁判所、連邦最高裁判所、この基本法に規定された連邦裁判所及びラント裁判所によって行使される」(Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt) と規定されている。

ということは、基本法下での行政事件の裁判権は、司法権の系列の裁判所の管轄となったわけである。もはや、行政事件の裁判は、行政組織の一部の行政機関たるところで行われるのではなく、司法権の系列に属する裁判所の権限と規定されたのである。すなわち、基本法の下における行政裁判権は、司法権の下にあるので、行政上の権利保護はいわゆる司法裁判所による権利保護である。換言すれば、行政裁判権は、もはや行政権の内部の自己統制的な性質のものではなく、行政権から完全に独立した包括的司法権の一分岐であるとの観念を前提として、その制度の面においても、実際の運用の面においても、極めて徹底した司法国家思想による、独立の地位を有する裁判権の一環としての行政裁判所による権利保護制度となったのである。

すなわち、基本法の第一章の基本権 (Die Grundrechte) の19条4項1文・2文において、「何人も公権力によって権利を侵害されたときは、訴訟をなすことができる。他の管轄権が基礎づけられない限り、通常の裁判が認められる」(Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.) と規定されている。この19条4項の規定については、当時からたいへん高く評価されてきている。たとえば、この規定の意義ないし解釈に先立ち、ヘアーマン・フォン・マンゴールド=フリードリヒ・クライン「ボン基本法」(Das Bonner Grundgesetz, 1966) コンメンタール第一巻(第二版) 568～569頁によれば、①「第一級の規定」(eine Vorschrift erster Ordnung),⁴⁰⁾ ②「マグナ・カルタ」(die Magna Charta),⁴¹⁾ ③「法治国家の円天井に要石を接合するという思い切った規定」(ein kühner Absatz der dem Gewölbe des Rechtsstaats den Schlußstein einfügt),⁴²⁾ ④「ボン基本法は、ヴァイマル憲法に対比して、すぐれた極めて著しい進歩」(ein der bedeutendster Fortschritte, der das Bonner Grundgesetz gegenüber der Weimarer Verfassung auszeichnet)⁴³⁾ および⑤「19条の極めて重要な保護規定」(die wichtigste die Schutzvorschrift des Art.19), さらに、⁴⁴⁾ ⑥「基本法の諸条項の下での女王」(die Königen unter der Vorschriften des GG)⁴⁵⁾ 等々と称され、ドイツ法治国家の完成を促し、しかもそれらの罍疊において、公権力形式による (durch die öffentliche Gewalt Gestalt) 個人の権利侵害に対して、包括的かつ完全な、しかも予防的な裁判所の権利保護の概括条項 (die General Klausel des umfassenden und lückenlosen, auch vorbeugenden gerichtlichen Rechtsschutzes) の獲得とみなされるにいたった。⁴⁶⁾ そして、19条の4項の包括的な概括条項は、法治国家思想の帰結としての必然的な発展であり、力強い進歩 (ein gewaltiger Fortschritt) を示すものであると受け取られ、⁴⁷⁾ その上、法治国家思想の表現としての理解では、その意を尽くすものではないとして、「法治国家というものは、多数の訴訟を認めることによって実現されるのではなく、権利保護の有効性を必要とする」と解され、換言すれば、19条4項は、単なる訴訟提起の理論的な可能性 (die theoretische Möglichkeit) ばかりでなく、権利保護の有効性を保障していると解されているのである。⁴⁸⁾

要するに、基本法の下における行政裁判権は、歴史的発展過程における緒論との関連においてみる限り、たとえば、カール・アウグスト・ベターマンのいう、「われわれの新ドイツの行政裁判所の精神的な祖先は、ハンス・ケルゼンでもルードルフ・フォン・グナイストでもなく、むしろオットー・ベールである。われわれは、法治国家を „Rechtswegstaat“ によって実現したことにより、司法国家的な解決 (die justizstaatliche

Lösung) を選択したのである」⁴⁹⁾ という指摘はまさに当を得たものと考えられる。

1946年以後の(西)ドイツにおける行政裁判制度は、各ラントの行政裁判法および連邦行政裁判所法を経て、1960年1月21日によく統一法としての現行法である行政裁判所法(Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960)が制定された。本稿の課題としている点は、行政事件における仮の権利保護(=仮の救済)制度のドイツ法と日本法との比較検討であるので、ここで簡単に用語について簡潔に紹介しておこう。

まず、現行の日本の行政事件訴訟法25条では、「処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない」(1項)とし、それらが妨げられる場合、つまり、本案訴訟(たとえば、取消訴訟)の提起を前提又は同時による申立てにより、裁判所が決定により「処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部」が妨げられる場合を『執行停止』と総称している(2項)。これに対し、ドイツの行政裁判所法80条では、争訟(たとえば、取消訴訟)の提起に伴って自動的に行政行為の執行が差し止められることになっており(1項)、この原則を『aufschiebende Wirkung』(停止的効力)と称し、かかる停止的効力が排除される時(2項)でも、なお行政行為の執行が差し止められる可能性のある場合を、異議審査請求決定庁による『Aussetzung der Vollziehung』(執行の停止)(4項)および裁判所の『Aussetzungsverfahren』(停止裁判)に基づく停止的効力の『Anordnung』(命令)もしくは『Wiederherstellung』(回復)(5項)と称している。

そこで、現行のドイツ法制の基本的で通説的な解釈論を確認しておくこととする。考え方のスタートは、ドイツの最高法規たる1949年の基本法である。その基本法上、20条2項で『すべての国家権力は国民から』発するという原則の下で、このすべての国家権力を立法権・行政権・司法権の三権に分立し、92条で『司法権は、裁判官に委ねられる。司法権は、連邦憲法裁判所、この基本法に定める連邦裁判所及びラントの裁判所によって行使される』(Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut ; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehene Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt)と規定して、いわゆる司法裁判所として、93条・94条で連邦憲法裁判所、95条1項で『連邦は、…最高裁判所として、連邦通常裁判所、連邦行政裁判所、連邦財務裁判所、連邦労働裁判所及び連邦社会裁判所を設置する』(…errichtet der Bund als oberste Gerichtshöfe den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht)と規定され、同3項1文で『司法の統一を維持するために、一項に掲げた裁判所の合同部が設置される』(Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist ein Gemeinsamer Senat der in Absatz 1 genannten Gerichte zu bilden)と規定されている。つまり、基本法の下での連邦及びラントの司法裁判所に属する裁判所として、①憲法裁判所、②通常裁判所、③行政裁判所、④財務裁判所、⑤労働裁判所、⑥社会裁判所という冠の付いた裁判所が設置されている。だから、いうまでもなく、行政裁判所は、裁判所に行政という冠がついているけれども、もはや戦前の行政権の系列に属した行政裁判所とは異なり、1949年の基本法の下では司法権の系列に属する司法裁判所たる行政裁判所であるのである。

上述の基本法の下で、特に19条4項の創造的法解釈が注目される。その点に関する筆者の研究成果によると、基本法19条4項に関する支配的な見解は、前述紹介したように、この規定の趣旨を《有効かつ包括的な権利保護制度》と、その上《完全で予防的な裁判所の権利保護の概括条項》と、創造的に広汎な法解釈を発展させたということが出来る。このことは、裁判所の本案裁判・保全裁判をはじめとする一切の権利保護を意味するからして、1960年の行政裁判所法80条の停止的効力(Aufschiebende Wirkung)と123条の仮命令(Einstweilige Anordnung)の形式による仮の権利保護も、憲法規範を有効に保障するという法理を基礎において、19条4項による保障と包括している。⁵⁰⁾ところで、基本法の趣旨の具体化にかかる仮の権利保護の保障の中心は、上述の80条と123条であるので、ここで念のため80条と123条の規定を紹介して

おくこととする。

(行政裁判所法『Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960』)

80条 (Aufschiebende Wirkung; Aussetzung des sofortigen Vollzugs)

- ① 異議審査請求 (Widerspruch) 及び取消訴訟 (Anfechtungsklage) は、停止的効力 (aufschiebende Wirkung) を有する。これは、形成的行政行為 (rechtsgestaltenden Verwaltungsakten) の場合にも妥当する。
- ② 停止的効力は、次の場合には有しない。
 - 1 公租公課及び費用 (öffentlichen Abgaben und Kosten) の請求の場合。
 - 2 警察執行官の猶予し難い命令及び措置 (unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten) の場合。
 - 3 その他、連邦法 (Bundesgesetz) で定められている場合。
 - 4 即時執行 (sofortige Vollziehung) が、公益 (öffentlichen Interesse) のため又は関係人の優越した利益 (überwiegenden Interesse eines Beteiligten) のため、行政行為をなした行政庁又は異議審査請求について決定すべき行政庁により、特に命ぜられた場合。
- ③ 2項4号の場合において、行政行為の即時執行における特別の利益は、文書により理由づけられなければならない。特別な理由づけは、執行が遅延すれば危険がある場合、特に生命、健康もしくは財産に対する差し迫った損害 (drohenden Nachteilen) を生ずるときに、行政庁が、予めかかるものとして表示された緊急措置 (Notstandsmaßnahme) を公益のために発する場合は、必要としない。
- ④ 議審査請求の提起後、異議審査決定庁 (Widerspruchsbehörde) は、2項の場合において、連邦法に別段の定めがない限り、執行を停止する (aussetzen) ことができる。公租公課及び費用の請求において、異議審査決定庁は、執行を担保と引き換えに停止することができる。公租公課の請求において、争われる行政行為の適法性 (Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes) に関して重大な疑い (erstlicher Zweifel) が存し、又は、執行が公租公課の義務者にとって、不正で、優越した公益によって要求することができない苛酷な結果となる場合には、停止されなければならない。
- ⑤ 本案の裁判所は、申立に基づいて、停止的効力を、2項1号から3号までの場合において全部もしくは1部命じ、2項4号の場合において全部もしくは1部の回復を命ずることができる。申立ては、取消訴訟の提起前においても許容される。行政行為が裁判のときすでに執行されていたときは、裁判所は執行の取消しを命ずることができる。停止的効力の回復は、担保の供与もしくはその他の負担にかからしめることができる。回復には、期限を付することができる。
- ⑥ 5項による申立に関する決定は、いつでも変更し又は取り消すことができる。申立を認容する限り、決定は不可争的である。
- ⑦ 緊急の場合においては、裁判長が裁判することができる。その裁判に対しては、告知後2週間以内に、裁判所に不服を申し立てることができる。

123条 (Erlaß einstweiliger Anordnungen)⁵¹⁾

- ① 現状の変更によって、申立人の権利の実現が挫折させられもしくは著しく困難にさせられ得る危険が存するときは、裁判所は、申立に基づいて、訴えの提起前においても、係争物に関する仮命令を発することができる。仮命令は、また、争いのある法律関係につき仮の地位を定めるためにも。その定めが、ことに継続的法律関係において重大な不利益をさけるために、もしくは急迫な強暴を防ぐために又はその他の理由により必要と認められるときは、許容される。

- ② 仮命令の発布については、本案の裁判所が権限をもつ。それは第一審の裁判所であり、本案が控訴審に係属するときは、控訴裁判所である。80条7項が準用せられる。
- ③ 仮命令の発布については、民事訴訟法920条、923条、926条、928条から932条まで、938条、939条、941条及び945条が準用せられる。
- ④ 仮命令に対しては、口頭弁論の申立てを提起することができる。民事訴訟法924条及び925条が準用せられる。
- ⑤ 1項から4項までの規定は、取消しを求められる行政行為の執行もしくは争訟の停止的効力の除去については、適用されない。

本稿の目的からして、ここでは、いわゆる行政訴訟における執行停止原則等の仮の権利保護が憲法上の要請と解することができるか否かにある。すなわち、すでに、基本法19条4項は、有効で包括的な権利保護制度なかならず行政訴訟における停止的効力と仮命令の形式による仮の権利保護を包括している、という考え方が一般的であることを明らかにしたが、その結果として特に争訟の提起に伴い自働的に生ずるいわゆる執行停止原則が、基本法19条4項の要求する必然の結果と解することができるかである。この点については、立法政策によるという説⁵²⁾もないわけではないが、憲法上の要請と解する解釈が通説的であるようである。早くから肯定的な見解として、連邦行政裁判所の裁判例がある。たとえば、1953年9月8日の連邦行政裁判所の決定によれば、⁵³⁾「停止的効力は、基本法19条4項1文において保障された行政上の権利保護の本質的特徴である。というのは、訴えの停止的効力なしには、行政行為の即時執行の場合、経験上かなり長い期間にながびく行政裁判所の手続からみて、既成事実が創造されることになるので、行政上の権利保護は、しばしば無力なものとなるからである。それによって、独立の裁判所による行政行為の審査の目的が挫折させられることになり、行政行為を受けた当該者は、結果において、行政上の権利保護を奪われることになる。基本法に合致する行政上の権利保護の保障は、法治国家の基礎の一つとして、疑いなく公益により要求される。裁判所は、訴えの停止的効力が違法に廃止され、それによって、基本法に合致する行政上の権利保護の保障が危険にさらされている、ということを確認すれば、公益は、停止的効力を、執行停止によって回復することを要求する。裁判所は、義務を果たすために、独立に一すなわち、行政庁から独立して一行政庁側の執行命令によって訴えの停止的効力が適法に廃止されているか否かを審理しなければならない。停止的効力の決定的な意味において、連邦行政裁判所法29条1項2文にしたがって、執行命令は、執行が公益の重大な侵害なしに停止され得ない場合にのみ、許容される。かかる重大な公益の侵害が存在しない場合には、停止的効力の廃止は違法に行われたことになる。その場合、公益は、行政上の権利保護の侵害された本質的特徴を回復することを要求する」との判示であり、かかる判示がその後の裁判例や学説に大きな影響を与えたようである。ともかく、いわゆる争訟の提起に伴う執行停止原則が基本法19条4項を中心としたいわゆる憲法上の要請と解されているのか否かについては、ベターマンのように、原則として立法者の立法政策の問題であると解する少数説もないとはいえないようであるけれども、基本法19条4項に関する一般的な解釈を前提とする限りにおいては、権利保護の有効性、完全性の保障に直接結びつく執行停止の原則を、『基本法の要請』、すなわち『憲法上の要請』と解する見解が通説的であるように考えられる。⁵⁴⁾

(2) 日本の日本国憲法（1947年）下の行政訴訟

日本国憲法は、ドイツ同様、すべての国家権力が国民から発するという国民主権の原則の下で、立法権、行政権、司法権の三権分立主義を採っている。それで、日本国憲法の施行当初においては、特に、司法権の系列の裁判所ということで司法裁判所、同裁判所の裁判乃至審査を司法審査とよくいわれたものである。それにもかかわらず、国民主権主義を原則とした日本国憲法の三権分立の基本に対する認識の徹底不

足からか、比較的長期にわたり行政的公権力優位の観念が根強く残存してきたように思われる。そして、行政権優位の行政国家的観念ともいえるべき、行政権に対する司法権の限界の理論を底流にして、特に裁判上の仮の権利保護が説かれていたのである。なお余談かと思われるが、念のために確認しておく、三権分立の原則の下で、ドイツのように司法権の系列に属する裁判所に冠の名称（例、行政裁判所）を付しても、司法裁判所なのである。

日本国憲法の施行後、一応纏まった形で施行されたのが、昭和23年（1948）7月15日から施行された、行事件訴訟特例法である。同法によれば、全文僅か12箇条の短い法律で、限られた本案訴訟の下で、その第10条で、第2条の行政庁の違法な処分取消又は変更を求める「訴えの提起は、処分の執行を停止しない。第2条の訴の提起があった場合において、処分の執行に因り生ずべき償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があると認めるときは、裁判所は、申立に因り又は職権で、決定を以て、処分の執行を停止すべきことを命ずることができる。但し、執行の停止が公共の福祉に重大な影響を及ぼす虞のあるとき及び内閣総理大臣が異議を述べたときは、この限りでない。…行政庁の処分については、仮処分に関する民事訴訟法の規定は、これを適用しない」と規定されていた。

そして、ようやくにして本格的ともいえる「行政事件訴訟法」（以下『行訴法』という。）が制定され、昭和37年（1962年）10月1日から施行されたのである。この行訴法の施行のさい、当時、杉本良吉法務省法務局参事官は、「行政事件訴訟法の解説」（以下「杉本解説」という。）⁵⁵⁾（昭和38年8月5日発行、法曹界）の冒頭の制定の趣旨で、『…すべて行政訴訟は、司法裁判所が所管するところとなった。このことは単に裁判所が行政裁判所に代わって行政訴訟を取り扱うことになったということにとどまるものではなく、裁判所が司法権本来の作用として、かつ、その範囲において行政訴訟を審理することになったこと並びに「法律上の争訟」（裁判所法第3条）である限り、行政庁の処分がいかなる事項についてのものであるかを問わず、処分が違法であるか否かを判断して、もし違法であるときは、その処分を取り消すという、従来とは異なった制度を採用したことを意味する』と、この点は、正にそのとおりであるが、次の点は憲法の趣旨に適うとはいえないように考えられる。すなわち、本稿の第一の課題とするところであるが、行訴法25条の執行停止制度の意義のところで、「この執行停止は、本来行政作用に属し、法律によって特に裁判所に付与された権限にすぎないものである。この意味において、この執行停止の裁判は、本案訴訟における終局判決と異なる」と解説している（同書86頁）点である。さらに、「執行不停止の原則の採用は、行政処分に公定力あることに当然の結果というよりはむしろ立法政策の問題であり、現に西独の行政裁判所法ごとき、出訴があれば当然処分の執行は停止されることを原則とする建前をとるものも存する（同法第80条参照）。しかし、かかる執行停止原則の採用は、執行すべき緊急の必要がある場合には、行政庁が執行命令を発することを前提とするものであり、かような建前に改めることは、わが国の実情に則したものとはいいたいので、執行不停止の原則を維持するのを相当としたのである」と解説されているが、ドイツの行政裁判所法80条を比較の引き合いに出している点につき、ドイツ法のどの程度の研究成果に基づいているのかは定かではないが、筆者の研究成果とは相容れない考え方といわざるを得ない。

また、本稿の第二の課題は、内閣総理大臣の異議制度についても、杉本解説（94頁～95頁）によれば、「①既述のように執行停止は、本来、行政権の作用である。したがって、法がこれを裁判所に委任するにあたり、国民の権利の救済と公共の福祉とが調和せらるべきことを要求し、かつ、処分を早急に実現しなければ公共の福祉に重大なる影響を及ぼす事態においては、行政庁の首長たる内閣総理大臣において、その政治的行政的責任にかんがみ、これに異議を述べべきことを留保するも、司法権を侵すものではないこと。②処分の適否の最終的判定は、もとより司法権の権限に属し、行政権もこの裁判所の判決に拘束されることはいうまでもないが、それ以前の過程において、簡易な手続のよって処分の執行の当否を判断し、急速、かつ、暫定的措置としてなされる執行停止の裁判については、必ずしも終局判決と全く同様の尊重が要請

される要はないこと。③執行停止の裁判は、ひっきょう処分によって被る個人の損害と執行の停止による公共の福祉に及ぼす不利益の較量の下に決せられるわけであるが、それが簡易な手続によって処分の執行の可否を判断し、急速にかつ暫定的処置としてなされるために、その公共の福祉に及ぼす影響が著大かどうかに関して裁判所と行政府との見るところが一致しないことがあることが考えられる。のみならず、公共の福祉に重大な影響を及ぼすことが裁判後になって明らかになる事態も考えられないことではない。かかる場合に、その処置について政治責任を問う途のない裁判所の判断を常に終局的のものとするのは、責任行政の見地からも必ずしも妥当といえないこと、これらの諸点を考慮し、この制度によって国民の権利の救済がいやしくも不当に阻害されることがないよう…特段の配慮をすべきはもとよりではあるが、なお、この制度は、存続」されるべき旨説いている。いわばこのような趣旨で、執行不停止原則と内閣総理大臣の異議制度が、行特法から行訴法、そして、平成16年の改正に際しても維持され現在に至っているのである。

もっとも、平成16年の改正に際し提起されたいわゆる日弁連の改正案のうち、たとえば、義務付け訴え、差止めの訴え、仮の義務付け及び仮の差止め等の新规定が実現したことは大変大きな進歩である。しかし、筆者の研究課題としてきた、執行不停止原則の採用と内閣総理大臣の異議制度の廃止は、日弁連の改正案に盛り込まれた⁵⁶⁾、ので期待したが実現するに至らなかったのである。

IV 日本国憲法32条の裁判を受ける権利と行政訴訟

(1) 日本国憲法制定時からの解釈

いわゆる戦後の日本も、ドイツも、すべての国家権力が国民からは発するという国民主権主義の下で、このすべての国家権力を三権に分立し、三権を国の最高法規である憲法・基本法で原則が規定された。日本では、日本国憲法76条で、明治憲法の時の反省をふまえて、「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。②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。③すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定され、ドイツでは、基本法92条で、「司法権は、裁判官に委ねられる。司法権は、連邦憲法裁判所、この基本法に定める連邦裁判所及びラントの裁判所によって行使される」と規定され、95条1項で、「連邦は、…最高裁判所として、連邦通常裁判所、連邦行政裁判所、連邦財務裁判所、連邦労働裁判所及び連邦社会裁判所を設置する」と規定されている。このように、司法裁判所としての裁判所に個別的な冠の有無があるけれども、ドイツも日本も、行政権の系列に属する行政裁判所を廃止したのである。いわば行政国家型から司法国家型へと転換したのである。もっとも、司法国家型といっても、司法権が行政権を統制し支配するわけではない。たとえば、現在でも、橋本博之「解説・改正行政事件訴訟法」の行政権と司法権の関係冒頭で、「行政訴訟は、行政作用を司法裁判手続によってコントロールを行うシステムである。そこには、司法権と行政権の関係という、権力分立の基本構造に係わる問題がある」と解説している。⁵⁷⁾ 筆者も、かつては司法国家論を強調するあまり、行政権に対する司法的統制といういい方をよくしてきたが、このいい方は法律の世界ではともかく、一般的には理解され難いのではないかと思われる。そこで、もう一度確認しておく、日本国憲法の原則は、すべての国家権力が国民から発するという趣旨の国民主権の下に、国会を唯一つの立法機関とし、行政権は内閣を頂点とする行政機関に、そして、すべて司法権は裁判所に属するとしているのである。これが原則であり、裁判所に民事事件、刑事事件及び行政事件における法律上の争訟に関するすべての裁判権があり、『行政事件で訴えの提起がある時、行政処分の適法・違法が審査されるのであり、裁判所が行政作用を司法裁判手続によってコントロールを行うと説くべきではない』。また、裁判所での裁判を受ける権利が何人にも保障

されているのである。

さて、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はれない」と規定されている。この32条の趣旨については、憲法学の分野においては、かつてから明治憲法24条の「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハルルコトナシ」という規定の趣旨については、もっぱら民事訴訟を提起する訴権だけが考えられ、日本国憲法32条の解釈につき、明治憲法24条の解釈を踏襲し、その延長線上において疑問視されることなく理解され解釈されてきているように窺われる。

宮沢俊義「憲法Ⅱ」（法律学全集・昭和34年・有斐閣）によれば、⁵⁸⁾『この規定は、まず何人も自己の権利または利益が不法に侵害されたとみとめるときは、裁判所に対して、その主張の当否を判断し、その損害の救済に必要な措置をとることを求める権利—裁判請求権または訴権—を有することを意味する。近代法は、各人がその権利を不法に侵害されたときは、裁判所が訴訟手続によって、その点の合法性を判断し、必要な措置を裁定することが、各人の自由または権利の保護のいちばん有効な手段であることを、長年の経験から帰納し、そうした裁判を請求する権利を各人にみとめ、これを反面からいえば、裁判所に対しては「裁判の拒絶」を禁止するを例とする。諸国の人権宣言に、「法定の裁判官を奪われない」という趣旨の規定があるが、それは、かような訴権を保障した規定である』と説いている。また、注解日本国憲法によると、⁵⁹⁾「本条は法治国における法の下での平等を確保するために、その法の具体的な適用担当する独立の司法機関である裁判所のあることを前提として、すべての人に、裁判所の裁判を受ける権利を認めることによって、個人にその基本的人権のあることを前提として、すべての人に、裁判所の裁判を受ける権利を認めることによって、個人にその基本的人権の擁護について、平等且つ完全な手段を保障するものである。警察国家時代の君主や政府によって左右される、専断司法、内閣司法を排除し、司法権を独立の保障された裁判所に行わせることとし、人は平等に、法律によって予め組織権限の定められた裁判所の裁判を受ける権利を享有することとするのは、諸国の憲法の宣明するところに属する」と説示されており、かかる趣旨・目的を前提とするならば、究極のところ、国民の権利自由等の保護の確保につき、裁判所への訴権の保障だけでは足りず、裁判所によってどのように確保されなければならないかが重要な課題とならざるを得ないように考えられる。しかし、これまでのところでは、筆者の関心事からすると、結局は訴権の保障をめぐる従来からの解釈の域を超えない解釈論にとどまっているように思われる。

他方、行政法分野では、行政訴訟に関する研究が進み、いわゆるドイツ法の研究成果をふまえた解釈論が提唱されるに至っているように思われる。たとえば、広岡隆「行政事件における仮処分」の中で、『人権の最大限の尊重を趣旨とする日本国憲法の下において、国民の「裁判を受ける権利」が包括的にして有効なものでなければならないのは当然のことと思われる』と説かれている⁶⁰⁾ほか、阿部泰隆「自治事務と不服審査前置主義」の中でも、「憲法32条は国民に裁判を受ける権利を保障している。この規定はたんに形式的な訴権を認めれば事足りりというべきものではない。…憲法32条について…国民の権利の実効的保護という観点から有効に活用すべきものとする」と説かれており、⁶¹⁾筆者もまた、筆者が昭和53年10月の日本公法学会での発表以前に、「裁判を受ける権利」試論と題して一応の研究成果を公表してきたところでもある。

(2) 裁判を受ける権利の解釈論

日本国憲法32条の解釈を考えるとき、日本の憲法にはドイツの基本法19条4項のような規定は存しないけれども、その19条4項をめぐる解釈につきもはや通説的ともいえる学説・裁判例の鋭く説く解釈論に、筆者にはヒントがあるように窺われる。その核心は、前述したところでもあるけれども、19条4項の下における権利保護制度は、単なる出訴可能な制度とみるべきではなく、権利保護の有効性（ないし実効性）によって、争訟の停止的効力にも関係し、停止的効力の問題は、憲法上の関係を含むことになると思われ

ているのである。また、19条4項の意義は、まさしく国民に実効性のあるできる限りの保護（ein effektiver, ein höchstmöglicher Schutz）を裁判所の自らの判断に委ねることであり、権利保護の実効性は、むしろ、行政裁判所法42条とともに40条1項の概括条項が目的としている、公権力によって侵害されている基本権の保護・救済の即時実現を必要とするものであって、その目的は完全な権利保護をも創造することにある。公権力によってその権利の制限を迫られる場合に、したがってまた、19条4項によって予防的な権利保護をも保障するものであり、さもないければ基本法の規定が、その趣旨と目的によって有しているはずの制度的な保障を欠いているかまたはないことになるとさえ説かれている。

さて、日本国憲法32条の解釈であるが、これまでのすぐれた解釈を前提に、付加的に解釈論を試みることにする。まず、裁判所への訴権の保障といったとき、直感的には民事事件、刑事事件及び行政事件につき裁判所へ訴えを提起する権利と解されがちであるが、ここで、「裁判所の裁判を受ける権利」につき行政事件のケースで少々考えてみることにする。第一に、裁判所の担う司法作用たる裁判は、本案訴訟であれ、保全訴訟であれ、日本国憲法の三権分立の下では、憲法の次元からすべて司法作用であり、裁判所が担う任務とされているのである。明治憲法の三権分立の原則とは、憲法の次元から根本的に異なり、明治憲法では行政裁判そのものが、前述繰り返し説いてきたように「行政作用」であったのである。そこで、第二に、たとえば、訴えの提起のさい、「本案訴訟の保障」と「保全訴訟の保障」と、さらに第三に、たとえば、裁判を受ける権利という裁判についてである。裁判所へ訴えを提起した段階というのは、裁判所の受付に訴状を提出し、訴状が受理されたということであり、その後裁判の段取りが準備されることになる。そして、裁判へとすすみ、特に行政事件にあっては、「本案前の裁判」（=訴訟要件が具備しているか否か）、これをクリアーして、つぎに「本案の裁判」（=訴えに理由があるか否か）という手順になるものと思われる。そして、終局判決の言渡し後（控訴・上告等の後）、勝訴判決を得た時に、当該判決が現実機能しなければならぬという趣旨で、権利保護の有効性や権利保護の実効性という文言で説かれているのである。

以上の三点のうち、昭和37年施行の行訴法が、平成16年の改正でかなりいい方向で改正議論が行われたといえるように思われる。特に、抗告訴訟の類型に義務付けの訴え・差止めの訴えとその保全訴訟たる仮の義務付け・仮の差止め等が付加されたほか、訴訟要件も緩和された点など評価することができると思われる。しかし、第一の点については、前述した杉本解説を吟味して再検討される必要があるように考えられる。

V 行政事件訴訟法再改正への提言

ところで、筆者がこれまで繰り返し指摘して主張してきているところであるけれども、日本は、日本国憲法の施行により、ドイツ・プロイセン法的行政国家型から、基本法下のドイツと共にいわゆる英米法的な司法国家型へ転換したと解することができる。そして、くしくも、ドイツの基本法も日本の日本国憲法も、共にすべての国家権力が国民から発するという国民主権主義の下で、国家権力を三権に分立し、行政権の司法権に対する優位性を廃し、すべて司法権は司法権の系列に設置された裁判所に属するとしたのである。ところが、こうした点を徹底して国民の権利保護論を強烈に展開してきたドイツの場合とは異なり、日本国憲法下での昭和37年の行訴法施行時の杉本解説や通説的学説においては、なおも司法権に対する行政権優位の観念が残念ながら残存してきているのである。つまり、日本では、日本国憲法の三権分立の基本に対する認識の不十分さからか?比較的長期にわたり行政的公権力優位の観念が根強く残存してきたように思われる。もちろん、こうした観念は、日本国憲法の原則の下では当然一切払拭されなければならない。

すなわち、行訴法につき昭和37年から平成16年の改正に至るまで、なおも司法権に対する行政権優位の観念が残存してきたといえるのである。もっとも、平成10年前後から義務付けの訴えや差し止めの訴えなどのほか、訴訟要件の緩和などを中心に見直しが進められてきたように思われる。でも、執行不停止の原則と内閣総理大臣の異議制度の見直しはすすめられるに至らず、この点が特に問題点で、なおも司法権に対する行政権優位の観念が払拭されずに残存しているところといわざるを得ない。

そこで、平成17年から5年が過ぎ、さらに9年が過ぎ、合計14年余が経過したことになるが、法改正に関連しての附則50条（「政府は、この法律の施行後5年を経過した場合において、新法の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」）の約束の行訴法の見直しの動きが何ら見られない現状であるように思われるので、見直しの契機となればと期待して行訴法の再改正への提言を試みる次第である。

なお、再改正への基本的なスタンスとして、日本国憲法の基本原則である三権分立と昭和37年施行の行訴法の立法趣旨について、筆者のドイツ法での歴史的研究をふまえた研究成果の下で考えると、行政権と司法権の関係は、最高法規たる憲法の三権分立の原則規範から決せられることになるので、古来からの『a priori』的なものではなく、いわば憲法原則における組織規範であると解されるべきである。この原則的理解を前提として、問題点の指摘とそれに伴う再改正への提言を試みることにしたいと考えている次第である。

まず、第一に、昭和37年施行の行訴法の杉本解説中の重大な問題点である（もっとも、当時における通説的な行政権に対する司法権の限界論というか、司法権に対する行政的公権力優位の観念に基づいているものと考えられる）点は、杉本解説の行訴法25条の解説中に、「執行停止は、本来行政作用に属し、法律によって特に裁判所に付与された権限にすぎないものである。この意味において、この執行停止の裁判は、本案訴訟における終局判決と異なる」と解説し、同27条の解説中に、25条の解説を前提にして「①…したがって、法がこれを裁判所に委任するにあたり、国民の権利の救済と公共の福祉とが調和せられるべきことを要求し、かつ、処分を早急に実現しなければ公共の福祉に重大なる影響を及ぼす事態においては、行政庁の首長たる内閣総理大臣において、その政治的行政的責任にかんがみ、これに異議を述べべきことを留保するも、司法権を侵すものではないこと、②処分の適否の最終的判定は、もとより司法権の権限に属し、行政権もこの裁判所の判決に拘束されることはいうまでもないが、それ以前の過程において、簡易な手続によって処分の執行の可否を判断し、急速、かつ、暫定的措置としてなされる執行停止の裁判については、必ずしも終局判決と全く同様の尊重が要請される要はないこと、③執行停止の裁判はひっきょう処分によって被る個人の損害と執行の停止による公共の福祉に及ぼす不利益の較量の下に決せられるわけであるが、それが簡易な手続によって処分の可否を判断し、急速にかつ暫定的措置としてなされるために、その公共の福祉に及ぼす影響が著大かどうかに関して裁判所と行政府との見るところが一致しないことがあることが考えられる。のみならず、公共の福祉に重大な影響を及ぼすことが執行停止の裁判後になって明らかになる事態も考えられないことではない。かかる場合に、その処置について政治的責任を問う途のない裁判所の判断を常に終局的のものとするのは、責任行政の見地からも必ずしも妥当といえないこと、これらの諸点を考慮し」てこの制度を存続すべき旨解説されているのである。⁶²⁾

いずれにせよ、以上に説いてきたように、根底から、日本国憲法の基本原則である三権分立の組織規範に適うように解釈されなければならない。こうした憲法原則にそぐわない解釈論は、当然に一切払拭されなければならないのである。

そこで、第二に、仮の権利保護乃至仮の救済に係わる執行停止の制度に関する点についてである。裁判を受ける権利の解釈については、すでに展開したように、司法権の下での裁判は、大きく分けて「本案の裁判と保全の裁判」とがあり、保全の裁判には「行政処分の執行停止と仮処分〔例・ドイツの仮命令〕

とが考えられる。いうまでもなく、保全の裁判も、日本国憲法が施行された次元から司法権の系列の裁判所の権限であるのである。すでに機会あるごとに論じてきているところではあるけれども、日本国憲法32条の裁判を受ける権利の保障は、訴えを提起する訴権をはじめ、たとえば争訟となっている行政処分に関し、当該処分が適法か違法かの裁判をし、その終局判決が裁判提起者の実効性（=有効性）に結びつくことを保障する、という憲法解釈が成り立ち得る。この憲法の趣旨に可能な限り適うように考えるとすれば、執行停止の原則の採用である。ということは、執行停止原則か執行不停止原則かを立法政策の問題であると考えるときではなく、権利保護の実効性に直截に結びつく執行停止原則は憲法上の要請と解することができる。

いうまでもなく、行訴法25条の執行不停止原則を改めて、執行停止原則を採用することは、適法適正な行政の運営に資することになると考えられるとともに、裁判所では、争訟の行政処分につき適法か違法かの法的判断が行われるのであって、行政が適法で適正な行政処分を行っている限りにおいては、何ら行政の円滑な運営が疎外されることはあり得ないと考えられる。

要するに、旧憲法下の行政的公権力優位の観念を一切払拭し、日本国憲法の基本原則たる三権分立の組織規範に適うように、また権利保護の実効性を実現するために、さらに適法で適正な行政運営を確保するという観点からも、行訴法25条の執行不停止原則を、執行停止原則に改正されるべきである。行訴法は、いわば行政庁の違法な処分に対する不服の訴訟であるとともに、適法で適正な行政の運営を確保する手段でもあるのである。かかる執行停止原則への改正に当たっては、平成15年3月に提案された日弁連の改正案54条の採用が適切であるように考えられる。

さらに、第三に、内閣総理大臣の異議制度の合憲性については、かねてから議論のあるところで、なおも現下の大きな課題である。すなわち、内閣総理大臣の異議申述の効果は、裁判所の執行停止の決定を取り消させ、あるいは執行停止の決定をさせないという、裁判所の執行停止の権限を奪うという、いわば、行政処分の執行停止を認めるか否かの最終的な判断権が内閣総理大臣に留保されているのと結果的に同じことになることと解されるからである。ということは、行政権が、司法権を侵犯していることになるのであり、日本国憲法の三権分立の原則に明白に違反した、憲法違反規定なのである。

行訴法施行当時の杉本解説によれば、前述（行訴法25条の解説中の①から③）の冒頭で、「執行停止は、本来、行政権の作用である」旨を根拠にして、内閣総理大臣の異議制度は司法権を侵すものではないと解している。⁶³⁾ そもそも、行政権と司法権の関係は、日本国の最高法規たる憲法の三権分立の基本原則から導き出されるべきもので、行政国家型の明治憲法における行政権と司法権の関係を基本に、基本原則の異なる司法国家型の日本国憲法の下における行政権と司法権の関係を論じていることになるという、誤った解釈に基づく解釈乃至解説といわざるを得ない。換言すれば、明治憲法下では、行政権の下に行政機関的な行政裁判所を置き、その裁判所で本案訴訟も保全訴訟（=執行停止）も取り扱われていたのであるが、日本国憲法下では、76条の規定からも明らかであるように、裁判所はすべて司法権の下に設置せられ、その裁判所で本案訴訟も保全訴訟も取り扱われることになるのである。したがって、行訴法27条の内閣総理大臣の異議制度は、行政権による司法権の侵害に当たると解し得ることになるから、日本国憲法違反に当たるといわざるを得なく、早急な削除が求められることになり、改正後14年余経過しているところでもあり、早急な見直しを求めたい次第である。

なお、筆者は、平成10年9月号の受験新報の巻頭言で、「日弁連の行訴法改正」考」と題して、『日弁連の第一次案によると、まず、直ちに改正を要すべき課題の中に、司法権の独立を侵害するという理由で、「内閣総理大臣の異議の制度は廃止する」とし、つぎに、より根本的な改正の課題の中に、原告勝訴の判決が原告にとって実効的な権利救済につながるよという理由で、「訴訟の提起により原則として執行停止の効力が生ずるものとし、公益にかかり、または関係者の重大な利益のために必要がある場合に、申

立てにより執行停止の効力解除するものとする。執行停止のほか、提訴者の権利保護のため、裁判所は申立てにより必要な処分を命ずることができるものとする」とされている。これは、侵益的な行政処分に対しては執行停止原則を採用し、授益的な行政処分に対しては民事保全法における仮の地位を定める仮処分のような仮の権利保護の処置を採る必要がある、というものである。もちろん、大賛成というはかはなく…』と記したところであるが、次回の改正で実現することを期待してやまないのである。

注

- 1) なお、日弁連の行訴法改正案は、拙著・行政保全訴訟の研究, 503頁(信山社)参照。
- 2) 平成17年4月の行訴法改正施行5年余経過後の、拙稿「行政事件訴訟法の再改正への提言」(特別記事)判例地方自治(ぎょうせい)333号, 107頁。
- 3) 民商法雑誌(有斐閣)61巻4号27頁, 同61巻6号25頁, 同62巻3号37頁, 同62巻4号3頁, 同62巻6号25頁, 同63巻1号3頁。
- 4) 法学論叢(京大・法学部)85巻5号94頁。
- 5) 法学論叢(京大・法学部)89巻2号95頁。
- 6) 法と政治(関学・法学部)21巻4号41頁。
- 7) 民商法雑誌(有斐閣)65巻1号31頁。
- 8) 自治研究(良書普及会)49巻1号113頁, 同49巻2号69頁, 同49巻3号137頁, 同49巻4号127頁, 同49巻5号117頁。
- 9) 判例評論(判例時報社)199号132頁。
- 10) 公法研究(日本公法学会)41号201頁(昭和53年の日本公法学会での発表要旨)。
- 11) F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 29.
- 12) なお、ローマ法においても「公法と私法は、機能的にも、訴訟的(Klagemöglichkeit zu bestimmen)にも区別されていなかった」(vgl. M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1963, SS.13~16<15>)。また、エーリヒ・カウフマンによれば、「公法と私法の対立をa prioriなものとして定着させようとするすべての試論は、こうした対立が今や決してa prioriなものではないという事実, しかもそれはわれわれの歴史的な過程及び特にわがラント法の大法典化, 裁判所法並びに19世紀初頭の改革立法でなお知られていないという事実, に衝突して挫折しなければならない」と説いている(„Verwaltung・Verwaltungsrecht“, Autorität und Freiheit (in: WBSStVerwR. 3 Bd., 1914), G.S. 1, Bd., S.75 (107))。
- 13) 南 博方・行政裁判制度—ドイツにおける成立と発展, 80頁, 有斐閣, 宮沢俊義「ドイツ行政法」新独逸国家体系8巻10頁等参照。
- 14) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl., 1923, S. 26.
- 15) O. Mayer, a. a. O. SS. 26~27.
- 16) O. Mayer, a. a. O. S. 27.
- 17) F. Fleiner, a. a. O., S.29; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., 1967, S. 354.
- 18) Vgl. O. Mayer, a. a. O. S. 28.
- 19) W. Rübner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842, 1962, S. 45.
- 20) H. J. Wolff, a. a. O. S. 355, W. Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S. 96.
- 21) W. Wieseler, a. a. O.96.
- 22) この点については、「行政司法」を中心に, 南 博方・前掲書87頁以下に詳しい。
- 23) Vgl. C.-H. Menger, Moderner Staat und Rechtsprechung, 1968, S.16.

- 24) G. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 6. Aufl., 1905, SS. 669~670.
- 25) K. v. Pfizer, Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz, Stuttgart 1828, Prüfung der neuesten Einwendungen gegen die Verwaltungsjustiz, Stuttgart 1835; Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, Zwickau 1838, G. Meyer, a. a. O. S. 670.
- 26) G. Meyer, a. a. O. S. 670. ワルター・イエリネックは、法的保護の発展に関連して、「この場合において、司法国家の採用もしくはそれへの接近は、躊躇なく後退と認めるべきである。というのは、司法国家の採用もしくはそれへの接近は前世紀（19世紀）中葉以来の発展に明らかに逆行するからである」と説いている（„Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte“, VVDStRL. H. 2, 1925, S. 8〈9〉）。
- 27) H. Schäfer, „Endlich eine bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung“, JZ. 1960, S. 73.
- 28) O. Koellreutter, Grundfragen des Verwaltungsrechts, 1955, S. 137; W. Jellinek, ibid., VVDStRL. H. 2, 1925, S. 9.
- 29) G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, 1910, SS. 41~42; F. Fleiner, a. a. O. S. 241ff.; H. Schäfer, ibid., JZ. 1960 S. 73 ; M. Baring, „Die Verwaltungsrechtspflege in Sachsen~Ereignisse und Gestalten~,“ , Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1964, S. 65(66).
- 30) C.-F. Menger, Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, DÖV. 1963, S. 726 (727).
- 31) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. BD., 3. Aufl., 1924, S. 138. なお、オットー・マイヤーについては、とりわけ、塩野宏, オットー・マイヤー行政法学の構造, 有斐閣, に詳しい。
- 32) H. Schäfer, ibid., JZ. 1960, S. 74; F. Fleiner, a. a. O. S. 246; G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar, 14. Aufl., 1933, S. 499; F. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar, 8. Aufl., 1931, S. 238.
- 33) F. Giese, a. a. O. S. 237.
- 34) F. Fleiner, a. a. O. SS. 249-250.
- 35) Vgl. Dürig-Rudolf, Zexte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 1967, S. 131. なお、余談ではあるが、ヴァイマル憲法151条（経済生活の秩序は、すべての人に人たるに値する生存〈生活〉を保障するという目的をもつ〈mit dem Ziel der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle〉正義の原則〈den Grundsätzen der Gerechtigkeit〉に適合していなければならない。）は、憲法による世界初の『社会権の保障規定』であるが、残念ながら実を上げることなく葬り去られた。
- 36) これらの詳細は、特に、清水伸・独燭における伊藤博文の憲法取調と日本憲法, 参照。なお、伊藤博文の調査研究は、ドイツの立憲君主主義をもって日本の憲法の基調とする企図の下に行われたことはいうまでもない。
- 37) W. Rübner, a. a. O. S. 45.
- 38) 穂積八束「行政訴訟」穂積八束博士論文集所収173頁以下（特に185頁）。
- 39) 美濃部達吉（宮沢俊義増補）憲法概論, 183頁。
- 40) Mangoldt-Klein, Das Boner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, Band 1, S. 568 (Walter Jellinek, VVDStRL. H. 8 〈1950〉 S.160 〈Diskussionsbeitrag〉)。
- 41) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568 (Lothar Schöne, Magna Charta, S. 556).
- 42) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568 (Richard Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Recht-Staat-Wirtschaft III 〈1951〉 SS. 9-30, S. 9).
- 43) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568 (Carl-Hermann Ule, Die neue Verwaltungengerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, DRZ. 1949, 10. Beiheft S. 19).
- 44) Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 568 (Kurt Georg Wernicke, BK. Erl. II 4 vor a zu Art.19).

- 45) Dennewitz-Wernicke (Redaktionelle Berbeitung), Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1954, S. 9 (Art. 19 Abs. 4).
- 46) Mangold-Klein, a. a. O. S. 568.
- 47) Dennewitz-Wernicke, a. a. O. S. 9.
- 48) Siegmund-Schultze, „Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten“, DVBl. 1963. S. 745 (749); Brüggmann, Die rechtsprechende Gewalt, 1962, S. 126.
- 49) K. A. Bettermann, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL. H. 17, 1959, S.118 (166). 50) BverwG, Urt. v. 2. 9. 1963, NJW. 1964, S. 314 (=BverwG, E. 16, S. 289) und Uet. v. 29. 10. 1963, BverwG, E. 17. S. 83 (85); Menger, Hochstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch., Bd. 55, 1964, S. 275 (283); Eermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., 1965, S. 435.
- 51) 序ながら, einstweilige Anordnung という用語は, 連邦議会への提案理由から窺えるように, いわゆる公法上の専門用語としてよりよく適合したものとして選ばれたものである, が, 民事訴訟法にも einstweilige Anordnung という用語がみられるので若干付言しておこう。筆者は, 行政裁判所法上の einstweilige Anordnung を《仮命令》と訳しているのであるが, この制度は, いわゆる公法上の仮処分制度である。ところが, 歴史のある民事訴訟の分野では, 従来から民事訴訟法上の einstweilige Anordnung を《仮ノ処分》(627条), 《仮ノ命令》(572条), 及び《一時ノ命令》(732条)などと訳されている(現代外国法典叢書)。このように, einstweilige Anordnung という用語が民事訴訟法572条, 627条~627条C, 732条などにおいてみられる。これらのうち, たとえば, 572条3項は, 「抗告裁判所は, 裁判の前に, einstweilige Anordnung を発することができる。すなわち, 抗告裁判所は, 特に, 不服を申し立てられた裁判の執行を停止する旨を命ずることができる」と規定され, 732条は「執行文付与に対する異議の訴え」に関するもので, 同条2項で「裁判所は, 裁判のまえに, einstweilige Anordnung を発することができる。すなわち, 裁判所は, 特に, 強制執行を担保と引き換えにまたは担保の供与なしに仮に停止すべき旨もしくは担保の供与と引き換えにのみ仮に執行すべき旨を命ずることができる」と規定されているのであって, 必ずしも行政裁判所法上の《仮命令》の用語上の歴史的系譜の解明の決め手となるものではないと思料されるし, この点に関する文献も見当たらない。したがって, einstweilige Anordnung の訳を, 民事訴訟の分野における仮処分との使い分けでの《仮の処分》という定着した訳と, さらに使い分ける必要があるように思われ, さしあたり行政訴訟法の分野においては《仮命令》と訳し, これを内容的にいわゆる公法上の仮処分として理解してよいように考えられる。
- 52) Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Die Grundrechte (Bettermann-Nipperdey-Scheuner) Bd. III 2 S. 810.
- 53) BverwG, Beschl. V. 8. 9. 1953, DVBl. 1954, S. 25 (26) =NJW. 1953, S. 1607 = BverwG. E 1, S. 11.
- 54) BverwG, Urt. v. 2. 9. 1963, NJW 1964, S. 314; Menger, Hochstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. Bd. 55, 1964, S. 275 (282~283).
- 55) 杉本良吉・行政事件訴訟法の解説, 特に84頁以下, 昭和38年8月, 法曹会。
- 56) 拙稿「日弁連の行訴法改正考」, 受験新報1998年12月号10頁, 法学書院。
- 57) 橋本博之・解説改正行政事件訴訟法, 16頁, 平成16年9月, 弘文堂。
- 58) 宮沢俊義・憲法II・419頁, 昭和34年, 有斐閣。
- 59) 法学協会・注解日本国憲法・上巻, 597頁, 昭和28年11月, 有斐閣。
- 60) 広岡隆・行政救済の諸問題, 200頁, 有斐閣。
- 61) 阿部泰隆・自治研究54巻3号36頁, 良書普及会。
- 62) 63) 杉本良吉・前掲書, 94頁以下。