

行政主体の法的規律

横山 信二

目次

はじめに

- §1 統治主体の法的規制
 - §2 基本的人権の保障と権力分立原理
 - §3 「法の支配」原理による統治主体の法的規律
 - §4 「法律による行政」原理による行政主体の法的規律
 - §5 裁判による行政主体の法的規律
 - §6 司法による行政主体の法的規律
- まとめ

はじめに

フランス公法学の大家レオン・デュギーが、1917年11月刊のハーヴァード・ロー・レビュー31巻1号に掲載した著名な論文「法と国家」の中で、次のような公法学の基本的問題を提起している。

Does there exist a jural principle (*une règle de droit*) superior to the State, which forbids it from doing certain things and commands it to do certain others? Such is the fundamental question of public law. —Léon Duguit, “The Law and the State,” *Harvard Law Review*, Vol. XXXI No. 1 (November 1917), p. 2.

すなわち、「国家に或ることを為すことを命じ或はこれを禁ずるところの、国家に優越した法的規制なるものが存在するか？ 是れ即ち公法上の基本的問題

である」¹⁾。国家に作為または不作為を命じ、国家を規律することができるのは何故か、あるいは、国家に作為や不作為を命じ、国家を規律するのは何か、つまり、国家を法的に規律する基本原理とは何か。これらの疑問が、国家統治を法的に規律することを目的とし、かつ、国家の規律を法の内容とする憲法学及び行政法学の基本問題である。

国家を法的に規律することは法治国家の実現であり、同時に国民の基本的人権の保障の実現である。民主主義原理とともに、18世紀後半から20世紀初頭にかけて、近代国家を法的に規律する必要から生成し発展してきた公法の目的と内容は、国家を法の下に置くことであった²⁾。しかし、「国家を法の下に置く」とはどういうことか。法の下に置かれた国家に作為や不作為を命じ、国家の統治作用を規律する具体的な装置は何か。観念的な国家を具現する国家機関のうち、国家を法の下に置くという意味は、国家の統治作用の中でも行政作用を行う行政機関を法的に規律することではないのか。行政機関（さらに具体的には、行政庁）が、権限を行使することによって形成される権利義務は行政主体に帰属するから、国家の法的規律とは、行政主体の法的規律ではないか³⁾。

本稿は、以上の公法学の基本問題について、21世紀初頭の今日的視点から、検討を試みたものである。

1) レオン・デュギー／堀真琴訳『法と国家』8頁（岩波文庫，1935年）。

2) Bernard Schwartz, *French Administrative Law and The Common-Law World* (New York, 1954), p. 1. (“When with the diffusion of the democratic ideal there came the need for a system of legal principles to govern the relations of the State with the citizen”).

3) *Ibid.*, p. 2. (“The normal reluctance of the judge in a civil-law system to make law, in the Anglo-American sense, had to give way in the face of the need for defined rules in the field of public law. The need for such rules has been at least as pressing in countries governed by the civil law as in the common-law world. “How to fit ancient liberties, which have gained a new preciousness, into solution of those exigent and intricate economic problems that have been too long avoided rather than faced, is the special task of Administrative Law,” wrote Mr. Justice Frankfurter in 1941. An adequate system of administrative law fulfills this task by ensuring that governmental functions shall be exercised “on proper legal principles...according to the rules of reason justice,” and not at the mere caprice of the magistrate. It affords a remedy to the citizen adversely affected by improper governmental action.”)

§ 1 統治主体の法的規制 国家とは、社会を統治するところの観念的な統治主体である。ジャン・ジャック・ルソーは、『社会契約論』で統治主体の形態を次のように説く（原語のニュアンスから理解するために、邦語訳の後に、同じ箇所を英語と仏語で示す）。

かくの如く總ての個人が分子となり、その結合に依って出来上がった此種の公共的人格は、嘗ては都市と稱せられたが、今では「レピュブリック」又は政治團體と云はれ、その構成員からは、その團體が受動的である場合には、國家と呼ばれ、能動的である場合には、主権者と呼ばれ、他の同種の團體に比較する場合には、權力と呼ばれている⁴⁾

This public person that is thus formed by the union of all the others was formerly designated the city, but now is styled a republic or body politic, which, however, is called by its members the State when it is passive, the sovereign when it is active, and the power when it is compared with similar bodies.⁵⁾

Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenaît autrefois le nom de *Cité*, et prend maintenant celui de *République* ou de *corps politique*, lequel est appelé par ses membres *État* quand il est passif, *Souveraine* quand il est actif, *Puissance* en le comparant à ses semblables.⁶⁾

4) 前掲注1。同じ箇所のルソー／桑原武夫・前川貞次訳『社会契約論』31頁（岩波文庫、29年。以下、ルソー『社会契約論』）の訳は次のとおりである。「すべての人々の結合によって形成されるこの公的な人格は、かつては都市国家という名前をもっていたが、今では共和国（*République*）または政治体（*corps politique*）という名前をもっている。それは、受動的には、構成員から国家（*État*）とよばれ、能動的には主権者（*Souveraine*）、同種のものと比べるときは国（*Puissance*）とよばれる」。

5) Léon Duguit, "The Law and the State," *Harvard Law Review*, Vol. XXXI No. 1 (November 1917), pp. 29-30.

6) J. J., Rousseau, *Du contrat social*, Bordas (1972), p. 77.

ここで、自然状態から社会状態へ移行した統治主体は、まず都市(city/cité)と呼ばれ、次いで共和国(republic/République)、やがて国家(the State/État)と称されるようになった。国家は、社会における他の団体に対して権力者(the sovereign/Puissance)とも呼ばれる。個人が、自然状態では完全には享受できない権利自由を社会に信託し、社会はすべての社会の成員が権利自由を平等に享受できるように個人の権利義務に関する法規(une règle de droit)を定め(立法)、社会で必然的に生起する個人間の権利義務に関する争いである事件(cases)に法を適用し解決する(司法/裁判)。これが社会契約論に基づく統治の基本原理であり、社会は、歴史的にもさまざまな形態で存在する統治主体を意味した。こんにち、地方公共団体は基礎的または広域的な地域を統治する社会であり、国家は国を統治する社会である。歴史的な政治的背景とともに発達してきた社会は、現在でも領域的かつ事項的要素によって呼称が異なるが、社会は、社会を構成するすべての個人が平等に権利自由を享受できるように信託された統治主体である。

社会契約によって社会の構成員となった個人を政治学では市民/citoyens と称する⁷⁾。市民は、統治の対象となる——正確を期するなら、市民の自由を「共同の力のすべてをあげて守り保護」⁸⁾してもらう——「私人」(または統治客体⁹⁾)を意味する。統治主体の存在理由または統治目的は、社会状態における私人の権利自由の平等な享受を保障することに在るから、統治主体は、市民の基本的人権を保障しなければならない。このことから、統治のしくみは、統治権力の

7) *Ibid.*, “A l’égard des associés ils prennent collectivement le nom de *peuple*, et s’appellent en particulier *citoyens* comme participants à l’autorité souveraine, et *sujets* comme soumis aux lois de l’État. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent l’un pour l’autre; il suffit de les savoir distinguer quand ils sont employés dans toute leur précision.” (前掲注1, ルソー『社会契約論』31頁「構成員についていえば、集会的には人民(*peuple*)という名をもつが、個々には、主権に参加するものとしては市民(*citoyens*)」とよばれる。)

8) 同上, ルソー『社会契約論』29頁。

9) いうまでもなく「私人」は、行政の相手(国庫補助の交付相手である地方公共団体も国の行政の相手である「私人」)を意味する行政法学上のテクニカルタームである(杉村敏正『全訂行政法講義総論(上巻)』54頁注(1)参照)。私人を行政客体ということが多いから、統治の対象(相手)という意味で統治客体という語をなぞらえた。

濫用から人権を守るための基本原理である権力分立論に拠るものでなければならぬ。1789年7月14日のフランス大革命の成果であるいわゆるフランス人権宣言16条は、「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものではない¹⁰⁾ /Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.」と定め、統治主体の統治は権力分立によって構成され、統治作用は基本的人権を保障すること、つまり、基本的人権を侵害する統治作用は認められず、私人の基本的人権の保障は統治作用の限界を意味している。したがって、英語／仏語で Constitutional Law/Droit constitutionnelle（つまり、統治のしくみと限界に関する法）を意味する憲法は、統治主体（の構成とその作用）を法的に規律する。

§ 2 基本的人権の保障と権力分立原理 近代的意味の憲法の基本原理である基本的人権の保障は、統治主体が行使する統治権力の限界を意味していた。すなわち、統治権力が、何らの法的根拠もなく私人の私的生活領域（「私的自治」の領域）に介入し、私人の人間らしく生きる基本的欲求を侵害するとき、当該私人は統治主体の介入の排除を請求する権利を行使すること、つまり、基本的人権は市民的自由権（単に、自由権という）と捉えられていた。1919年、現代憲法の創始であるドイツのワイマール憲法は生存権を保障し、統治主体が積極的に私人の生存を援助することによって基本的人権が保障されることを示した。私人が、統治主体に対して私人の生存への配慮を求める請求権（国家介入排除請求権を意味する自由権に対して、統治主体に対する介入請求権を社会権という）が登場した。したがって、現代憲法において統治主体は、憲法上、私人の自由な生活領域に介入してはならず、また、私人の生存を配慮しなければならないという不作為または作為の反対方向の法的規律を受けている。

社会の構成員は、自然状態では不完全にしか享有できない自己の生来の権利

10) 高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』133頁（岩波文庫、昭和32年）。

自由を統治主体に信託する。統治主体は、信託された私人の権利自由が社会状態において平等に享有されるよう、私人の権利自由の範囲（権利と義務）を画する。たとえば、Aという個人の自由がBの自由を侵害するとき、Aの自由はBの自由を害する範囲で権利として認められず、Aはその自由な行為を行ってはならないという義務を負う。基本的人権として承認された私人の自由は、社会状態において、他人の基本的人権を害する範囲においては権利でありえない。統治主体の統治作用は、私人の自由権や社会権が平等に享有されている状態を実現するよう規律されている。「この憲法が国民に保障する自由及び権利……を濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」（日本国憲法12条）、あるいは「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」（同13条）とされる。社会のすべての成員の権利自由が平等に享有されている状態である「公共の福祉」を維持することが統治主体の憲法上の責務である¹¹⁾

統治主体は、統治の対象であり社会の構成員である私人（市民）の基本的人権の保障を担う。いま、観念的な統治主体ではなく、実在的な統治のしくみから「私人の基本的人権の保障を担う」のは誰か（あるいは、何か）を問うならば、それに対する答えは、近代社会が歩んだ歴史的事実からあきらかである。社会の主権——ここでは、当該社会における最高独立の意思決定権という意味である——が社会を構成している私人¹²⁾に存し、私人またはその集団は、自ら

11) 私人は、他人の権利自由を害さない範囲で、その権利自由を行使できる。つまり、他人の権利自由を害する権利自由は制約されるから、このことを権利自由の内在的制約という。

12) 社会の主権を有するこの「私人」が個人であれば人民主権（*peuple*主権）といい、国家という社会における「私人」の集団であれば国民主権（*nation*主権）と称される。人民主権における議会が半代表/*semi-représentatif*の性格を有し、国民主権の議会は純代表/*représentatif pur*の性格を有する。杉原泰雄『国民主権の研究』260頁、296-311頁（岩波書店、1971年）、同「国民主権と人民主権」世界319号53-54頁（岩波書店）、樋口陽一「現代の『代表民主制』における直接民主的諸傾向」39頁（同『議会制の構造と動態』所収、木鐸社、1973年）、同『『半代表』の概念をめぐる覚書き』65頁以下（芦部信喜編『近代憲法原理の展開1』所収、東京大学出版会、1976年）などを参照。

を代表する議会にその権利自由を委ねる。つまり、私人の権利義務の範囲を画するのは、議会という統治機関である。市民革命は、私人の権利自由（法規）の範囲を画定するのは、市民を代表し市民の一般意思を法律という形式で定める議会のみがなし得るとして、立法権の行使を統治作用から区別した（「法律の法規創造力」という原則）。日本国憲法41条は「国会は…国の唯一の立法機関である」と定める。かつては、事件に適用すべき法（強制力のある規範）を発見し宣言するのは裁判官であり、立法と裁判が同義語として使われていたが、国民代表議会が出現した近代以降、立法と裁判が区別され、議会が行使する統治作用は立法であり、裁判（裁判所）は司法権を行使する作用と観念された¹³⁾モンテスキューの統治権力のモデルに拠れば、統治権力は立法権力、司法権力、行政権力に分かれ¹⁴⁾それら権力を異なる国家机关に分属させることによって権力の濫用を防ぐことができる。権力分立（モンテスキューのモデルでは「三権分立」）の原理が、統治構造の原理として統治主体を規律している。

13) 高柳信一「近代国家における基本的人権」東京大学社会科学研究所編『基本的人権』総論』16頁（東京大学出版会、1968年）。

14) モンテスキュー（野田良之・稲本洋之助・上原行雄・田中治男・三辺博之・横田地弘訳）『法の精神 上巻』211頁（岩波書店、1988年）。ただし、正確に言えば、同書は、原文（MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, p. 294）に従い、la puissance legislative（立法権力）、la puissance de juger（裁判権力）、la puissance exécutive（執行権力）と訳している。本文中で裁判権力を「司法権力」、執行権力を「行政権力」と表現したのは、権力分立論をモデルとして表示したためである。少し詳述しておくなら、モンテスキューは、イギリスの国制／la Constitutionを例とし、「各国には三種の権力、つまり、立法権力、国際法(droit des gens)に属する事項の執行権力および民法(droit civil)に属する事項の執行権力がある。…第二の権力によって、彼／le prince ou le magistrat（元首または行政官—筆者注）は講和または戦争をし、外交使節を派遣または接受し（つまり、外交—筆者注）、安全を確立し、侵略を予防する（つまり、内政と防衛—筆者注）。第三の権力によって、彼／le prince ou le magistrat（元首または裁判官—筆者注）は犯罪を罰し、あるいは、諸個人間の紛争を裁く。この最後の権力を人は裁判権力と呼び、他の執行権力を単に国家の執行権力と呼ぶ」と述べている。モンテスキューは、国家の権力を立法権力と執行権力に分けたうえで、執行権力を裁判権力と、裁判権力を除いた他の執行権力としている。つまり、「行政」の定義に関して立法作用と司法作用を除いた残余の作用を行政とするという控除説を述べている。しかし、裁判権力と司法権力は同じものではなく、裁判権力が行政主体を規律する意味と（§5）、司法権力が行政主体を規律する意味とは異なる（§6）。ここでの表示は、便宜的なものとし、詳細は§6に譲る。

憲法は、統治主体（社会）のうちの国家の統治作用を法的に規律する。国家を具現する国家機関は、政治団体でもある国家の性質を反映し、憲法が規律する国家の統治作用と政治的事実が齟齬することが度々起こり、政治の現実から、国家が法的に規律されない場合がある¹⁵⁾（憲法変遷論）。

§ 3 「^{Rule of Law}法の支配」原理による統治主体の法的規律 統治主体に対する法的規律の基本は、統治機構の構成と統治作用に関する法である憲法である¹⁶⁾。憲法が、基本的人権の保障を主要な法原理として統治作用を規律しているにもかかわらず、統治主体を具現する立法機関（議会）が、市民の基本的人権を侵害する内容の法律を制定し、その法律に基づいて行政が行われるならば、私人の当該人権は侵害される。具体的な事件に違憲の法律を適用し裁判が行われるならば、人権を侵害された私人は救済されず、憲法による統治主体の規律が画餅に帰することは明白である。したがって、法律は憲法上の規律に基づいて定められなければならない。つまり、議会在が制定する法律は法（「旧き善き法」として積み重ねられてきた common law）に適合しなければならず、裁判官は事件に適用する法律（a law）が法（law）に一致しているか否かを判断し、法に適合しない法律を事件に適用することはできない（違憲審査権。日本国憲法 81 条「…裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する…」）。恣意的な統治権力の行使を排除し、統治主体を法的に規律する基本原理は、「法の支配」原理（Rule of law）であって、「法律の支配」ではない¹⁷⁾。

15) 小林直樹「憲法における『政治的なるもの』」ジュリスト 152 号 2～13 頁以下（1958 年）、同「憲法における『規範的なるもの』」ジュリスト 153 号 31～42 頁以下（1958 年）。

16) 憲法は Constitution/la Constitution の邦訳である。したがって、社会の領域的事務的要素によって、どのような社会の構成を規律する法を意味するかで憲法が規律する社会も異なるが、わが国公法学の通説的見解に従えば、憲法が規律する社会は国家であり、その事務は国家的事務であるから、以下の本文における社会は国家に多く適合するが、必ずしも国家のみを意識したものではない。

17) 伊藤正己『英米法における「法の支配」』26～28 頁、37～38 頁、71 頁（日本評論社、法學理論編 44〔法律學体系第二部〕、昭和 25 年）。

統治主体は「法の支配」原理によって規律される。法は、英米法系 (Common law system) では、判例法として集積された common law であり、大陸法系 (Civil law system) では成文憲法として存在する。大陸法系に属するわが国の「法の支配」原理を担保する違憲審査権行使の判決例をみれば、憲法が、法律を通じて統治主体の統治作用を規律していることがわかる。

旧薬事法 6 条 2 項及び 4 項は、都道府県条例で定める配置の適正を欠く薬局の開設申請には「許可を与えないことができる」と定め、広島県条例 (薬局等の配置の基準を定める条例) 3 条は、その配置基準を既存の薬局から「おおむね百メートル」としていた。X が、薬局開設の許可申請を行ったが、広島県知事は、旧薬事法と県条例の定める配置基準に適合しないと判断し、不許可処分にした。X に対するこの不許可処分は、薬事法が国民に課している職業選択の自由の一般的禁止を X に対して個別的に解除せず、X に薬局を営業してはならないという不作為義務を課している。すなわち、X が「薬局を営む」という個別具体的な基本的人権である職業選択の自由は、不良医薬品の供給を防止するという国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的な警察目的から職業選択の自由内に内在する「公共の福祉」(憲法 12 条, 13 条) による制限である。それ以上に、適正配置規制による既設薬局経営の保護というような社会政策的ないし経済政策的目的である「公共の福祉」(憲法 22 条 1 項) によって制限 (禁止) することは、職業選択の自由を制約する合理性がなく、X が、他の法定の許可基準を満たしているにもかかわらず、旧薬事法 6 条 2 項及び 4 項が定める適正配置基準を理由に不許可にすることは、X の職業選択の自由を侵害していることになる。

旧薬事法 (法律) 及びその委任条例で定められた薬局開設の適正な配置基準に従い、開設申請に対する許否の判断をするのは知事である。知事は、配置基準を含めた法令上の許可基準に適合すれば許可し、許可基準を充足しなければ、「公共の福祉」の見地から不許可にする。つまり、統治主体は、行政機関—法律上の所掌事務である権限を行使する地位—の権限の行使によって形成される効果の帰属主体であるところの行政主体として具現される。旧薬事法 6

条2項及び4項が薬局開設に適正配置基準を定め、社会政策的ないし経済政策的目的から既設の薬局経営を保護するために薬局の新規開設を禁止するという職業選択の自由を制限する合理性が認められない。基本的人権の保障という法に適合しない法律は違憲であり、違憲の法律による条例に基づく、知事（行政庁。行政主体が判断すべきことを判断し、その判断を私人または行政客体に表示する権限を行使する地位にある行政機関）の判断も無効となる¹⁸⁾「法律による行政」の原理は、行政機関の権限行使を規律することによって行政主体を規律し、統治主体を規律する。「法の支配」原理である基本的人権の保障は、しばしば行政処分取消訴訟などの行政事件訴訟によって、具体的な統治主体の法的規律として実現する¹⁹⁾正に「法の支配」原理は、法に適合する法律の制定によって立法機関を規律し、その法律による行政の原理によって行政機関を規律し、当該法律を法に照らし解釈適用する裁判機関を規律している。

§ 4 「法律による行政」原理による行政主体の法的規律 「法の支配」原理は、統治主体を法的に規律する。統治主体が行う立法、司法、行政の各統治作用は、民事、刑事または行政などの事件に応じた訴訟を通じ法によって規律される。統治主体が立法機関として統治作用（＝立法作用）を行い、その具体である「法律」（法典の意味）を執行するのは司法作用と行政作用であるが、その

18) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁は、「(薬事法6条2項、4項の)適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり…薬局等の経営の保護というような社会政策的ないし経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく…したがって、その反面において既存の薬局等にある程度の独占的地位を与える必要も理由もなく、本件適正配置規制にはこのような趣旨、目的はなんら含まれていないと考えられるのである。…以上のとおり、薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法6条2項、4項…は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものということができないから、憲法22条1項に違反し、無効である」と述べる。

19) 奥平康弘は日本公法学会第43回総会報告(同「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究41号(1979年)97頁)における冒頭において、「憲法訴訟は、現行法体系についてのふつうの理解によれば、特別な手続きにもとづく特殊な訴訟形態をとるものではなくて、民事、刑事、または行政の、いずれかの事件に応じた訴訟形態をとってのみ現れる。したがって、憲法訴訟はきわめてしばしば、同時に行政訴訟でもありうる」と指摘している。

「法律」—たとえば、葉事法及び委任「条例」—の執行が、司法（法律の解釈と適用による「法律上の争訟」の解決）でなければ、当該「法律」の執行は行政作用であり、統治主体は行政主体として具現し、観念的な行政主体に代わって現実の行政を行うのが行政機関である。行政機関の権限行使は、「法律による行政」の原理によって規律されている²⁰⁾

統治主体が、どのような内容の統治を行うかは、近代社会以降、主権者となった国民の一般意思によるのであって、統治主体を現に担う最高の行政庁（統治主体が国、たとえば日本であれば、日本国憲法 65 条は「行政権は、内閣に属する」とし、同 66 条は「内閣は…その首長たる内閣総理大臣及びその他の国务大臣でこれを組織する」とするから、行政府の長たる内閣総理大臣）の意思によって行うものではなくなった。主権者である国民を代表する議会が、統治主体に統治内容を示すという型式は、議会が一定の範囲の統治上の事務を行政機関に与え、当該法律上の所掌事務（権限）を定められた範囲内で、当該法律が定めた場合に、当該法律が定める方法で行使するのである。この「法律上の所掌事務」を権限というから、法律が権限を付与した行政機関が、権限の範囲内で行政を行うのである。したがって、行政機関は権限を行使する地位によって行政庁、参与機関、諮問機関、補助機関、執行機関などと呼ばれる。このように、行政機関の統治作用（すなわち、行政作用）は、法律に示された議会意思に従うのであり、法律上の所掌事務（権限）でない統治作用／行政作用を勝手に行ってはならない。これを「法律による行政」の原理を構成する「法律の優位」原則という。

しかし、公共の安全や秩序の維持によって私人の権利自由を保障すること、つまり、私人の自由権を保障する夜警国家から、私人の生存配慮（社会権保障）を統治の目的とする福祉国家において（§2 を参照）、議会が、行政主体としての国家にそのすべての行政作用の根拠を法律に権限として付与しているとは限

20) ここでは、まったく無関係ではないが、いわゆる“行政主体論”を直接論じるものではない。“行政主体論”については、藤田宙靖『行政法の基礎理論下巻』83～87頁（有斐閣、2005年）を参照。なお、本論は、観念的な形而上学的国家観に基づく国家法人説よりも実在論的国家観に拠ったものになっている（レオン・デュギー、前掲注1、14～17頁を参照）。

らない。行政主体は、法律上の根拠がなくても、国家に対する社会の需要に応え統治目的を実現し、私人の権利自由の保障を現実のものとしなければならない責務を負う。一戸当りの面積が40㎡の住宅を7戸建てようとしたミニ開発の分譲住宅業者に対し、防災、衛生、安全対策等の理由から、一戸当りの敷地面積を85～90㎡にしてほしいとの協力を求めた行政指導の事例に関する東京地裁昭和54年10月8日判決（確定）は、行政主体の行政作用と法律との関係をつぎのように述べる。

東京地判昭和54年10月8日判例時報952号18頁「法律上、明文が存在しないとの一事をもつて直ちに、いかなる行政指導を行うことも許されないと考えるのは早計である。…けだし、夜警国家においてはともかく、現在の行政は、流動する社会現象の中で、絶えず生起する新しい事態に適切に対応し、憲法を頂点とする法秩序の中で、そこに示された福祉国家の理念の実現に努力しなければならない責務を負っており、行政に対するこのような国民の負託を考えるならば、非権力的行政活動であるかぎり、法律の欠如が行政指導の禁止を当然に意味しているものと解する余地はありえないからである。…

これらを通観すれば、建築基準法が定めた法秩序全体としては、狭小過密な住居地域を決して歓迎していないことは明らかである。…そうだとすれば、普通地方公共団体である被告が、ミニ開発という新たな社会問題に対し、住民の要望に応え、快適な住環境の保全、維持及び増進をはかるべく、本件申請のような極度に狭小過密な開発行為に対して、強制力を伴わない行政指導を行うこと自体は、なんら建築基準法に違反するものではなく、むしろ法秩序全体に照らし、適法かつ妥当なものと考えべきである。」

行政主体のすべての行政作用が法律に留保されているわけではない。少なくとも、行政指導等の非権力的行政活動は法律上の根拠がなくても行政主体（行政機関）のイニシアティブで行うことができ、法的規律から免れる行政主体の

行政の領域を認めることが、私人の権利自由を享受させることである。では、行政主体の行政を法的に規律するのはどのような行政作用か。行政指導の違法性を争った別の事件がある。

Xは、マンション建設を計画し、東京都Y(建築主事)に対して当該マンションの建築確認申請をしたところ、付近住民が、日照や電波障害を理由に当マンション建築確認処分に絶対反対する旨の陳情書をYに提出した。Xの建築確認申請を受理したYは、既に申請に対する審査を終了していたが、YとしてはXが付近住民との間に生じた建築紛争を話し合いによって円満に解決するよう行政指導し、その間、Xに対して建築確認処分をすることを留保した。Xは、行政指導の趣旨を理解し解決に努めたが、住民の協力が得られず、行政指導には従えないことを訴え、Yに対し建築確認をするよう求めた。Yが行政指導を理由に確認処分をしなかったので、Xは、当該建築確認申請をしてから5カ月経過した時点で、Yが建築確認を遅延させたことによってYには工事遅延に伴う請負代金の増加額及び建築資金の金利負担などの損害が生じたとして、国家賠償法に基づいてYに対して、損害賠償を請求した。

最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁「建築確認処分自体は基本的に裁量の余地のない確認的行為の性格を有する…処分要件を具備するに至った場合には、建築主事としては速やかに確認処分を行う義務がある…しかし…諸般の事情から直ちに確認処分をしないで応答を留保することが法の趣旨目的に照らし社会通念上合理的と認められるときは、その間確認申請に対する応答を留保することをもって、確認処分を違法に遅滞するものということとはできない…当該建築確認申請に係る建築物が建築計画どおりに建築されると付近住民に対し少なからぬ日照障害、風害等の被害を及ぼし、良好な居住環境あるいは市街環境を損なうことになるものと考えて…建築主に対し、当該建築物の建築計画につき一定の譲歩・協力を求める行政指導を行い、建築主が任意にこれに応じているものと認められる場合においては、社会通念上合理的と認められる期間建築主事が申請に係る建築計画に対する確

認処分を留保し、行政指導の結果に期待することがあったとしても…直ちに違法な措置であるとまではいえない…もつとも、右のような確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置…であるから、建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確に表明している場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない…当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法である…他に…特段の事情が存在するものと認められない限り…それ以後の右行政指導を理由とする確認処分の留保は、違法となるものといわなければならない」。

最高裁は、行政指導が任意性を失い、相手方に受忍を強いることは許されないと判示し、権力的行政は法律に留保され、法律の根拠がない権利自由の制約や義務の賦課は違法であると断じる。すなわち、さきの東京地裁判決における「法律の欠如が行政指導の禁止を当然に意味しているものと解する余地はありえない…強制力を伴わない行政指導を行うこと自体は、なんら建築基準法に違反するものではない」とし、最高裁が「建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない…行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法である」としているところから、判例は、権力的な行政作用は法律に留保されている（権力留保論）とし、行政主体の権力的な行政作用に法律の根拠を要求することによって規律している。

以上のように、「法律による行政」の原理は、行政主体の行う行政が法律上の所掌事務である権限の範囲で行使されること（法律の優位）、行政主体が法律から離れて私人の権利義務（法規）を制限する行政をしてはならないこと（法律の法規創造力）、権力的な手段による行政は法律の根拠を要すること（法律の

留保)などの三原則を通じて、行政主体が行う行政を法的に規律している。

§ 5 裁判による行政主体の法的規律 日本国憲法 76 条 1 項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定める。すなわち、「一切の法律上の争訟」(裁判所法 3 条)は、司法権を行使する裁判所(司法裁判所)の裁判管轄に属するから、民事事件と刑事事件のみならず、行政主体が当事者となる事件—これを行政事件と称するかどうかはともかくとして—も司法裁判所の裁判判決に服し、²¹⁾行政主体が行う行政は、司法裁判所の判決を集積させた行政判例法によって規律される。A. V. ダイシーによると、19 世紀イギリスでは、行政主体(形式的には君主)が当事者となる事件であっても、当該事件の当事者の一方である行政主体(君主の代理人である行政機関の地位を占める公務員)は、他方の当事者である私人と同様に、裁判所が適用する法に服するから(法の前の平等)、行政主体の行政作用は司法裁判所の判決によって規律され、行政作用を特別に規律する行政法は発達しなかったといわれる²²⁾

これに対し、ダイシーが批判したところの行政法を誕生させたフランスでは、アンシャン・レジームから続く司法裁判所(高等法院/Parlement)と国王の抗争、および市民革命を経て生まれた権力分立論を背景に(§1を参照)、19 世紀末に、司法権と行政権の厳格な権力分立論によって行政権の中に行政裁判所(Conseil d'État)を設置し、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、行政裁判所の裁判官が行政事件に適用される法を発見し宣言し、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を誕生させた²³⁾フランスからドイツを経て、明治期のわが国に導入された行政裁判所は、²⁴⁾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

21) 美濃部達吉『日本国憲法原論』454~455 頁(有斐閣, 昭和 23 年)。

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

23) 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(平成 5 年)を参照。

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 条が「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」とした。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 年に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 海關稅ヲ除ク外租稅及ヒ手数料ノ賦課ニ関スル事件 二 租稅滯納処分ニ関スル事件 三 營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、行政主体を規律するのは司法裁判所ではなく、行政主体は行政裁判所によって規律されるという権力分立論の結果であり、「行政に関する法の総体」として理解されているこんにちの行政法は、行政裁判所の判例法によって誕生し、発展してきた。行政裁判所の裁判官が「行政に関する法を発見」することによって行政法を宣言するから、行政法は、英米法の「法の発見と宣言」というコモン・ロー・システムに属する（コモン・ローとしての行政法）²⁴⁾このような行政裁判所の理論的基礎となったのは、行政権と司法権の厳格な分立論であり、また、活動行政と裁判行政の分立、つまり、行政作用と裁判作用の分立論であった。

以上のように、行政主体を裁判で規律する場合には、「法の前平等」を基本とするアングロ＝サクソン法系の司法裁判所の裁判による場合と、司法と行政の権力分立論に基づくフランコ＝ゲルマン法系の行政裁判所の裁判による場

24) 南博方『行政裁判制度—ドイツにおける成立と発展』1～8頁、とくにフランスの影響については61～70頁（有斐閣、昭和35年）。

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

合とがある。アメリカ憲法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、民事事件と刑事事件のほかに行政事件²⁶⁾を司法裁判所の裁判管轄とし、民事裁判(法の宣告)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²⁷⁾—に、行政事件(行政に関する法の宣言)の裁判管轄を与え、司法裁判所が行政主体を規律する。それでは、行政主体を規律するのは裁判作用なのか、それとも司法作用なのか。後者、すなわち行政主体を規律するのは司法裁判所が行使する司法権であるというのであれば、裁判作用は行政主体を規律するものではないということになる。

美濃部達吉博士によると「司法と云う言葉は、其本来の意味に於いて裁判というのと同じである²⁸⁾という。それでは、《裁判(jurisdiction)とは、司法(judiciaire)のことである》と言い換えることができるのだろうか。高柳信一教授によれば、裁判とは、法を発見し宣言する作用であり、立法と同じ意味であった²⁹⁾。清宮四

26) 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施に関する法律」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が起こり、東京地裁は、民事訴訟法に基づいて、仮処分を認めた(東京地裁昭和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)。

27) 美濃部達吉、前掲注21, 452頁。

28) 美濃部達吉『憲法講話』386頁(有斐閣書房、大正7年)。

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

郎教授は、「司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」³⁰⁾と定義される。つまり、本来裁判とは「法を発見し宣言する裁判官の作用」であり、司法は「具体的な争訟を裁判し解決する国家作用」である。社会 (§1 冒頭で概観した歴史的かつ政治的背景の中で発達し、領域的事項的要素によって異なる呼称の「都市」、「共和国」、「国家」あるところに法あり (Ubi societas, ibi ius) という法諺が示すとおり、紛争を解決する作用は、まず「裁判」であった。裁判を行う者は、社会の規範 (法源/sources of law) から紛争を解決する強制力 (sanction) のある規範を発見し、当該規範を法 (law) と宣言した。裁判を行う者とは、領地を支配していた当該領地の領主であるが、領主の裁判権は、領主を支配する国王に留保《justice retenue》された国王裁判 (juridictions royales ordinaires : その裁判官は、大法官/Bailliages, 代官/Sénéchaussées, Présidiaux, 司法裁判所裁判官/Parlements, ヌーベル・フランス最高評議会評定官/Conseil souverains などの国王の官僚であった³¹⁾) から導かれる裁判であった³²⁾。1215年のマグナ・カルタ 39条は、国王に留保された裁判権ではない、固有の裁判権を認める領主裁判/juridictions seigneuriales や教会裁判/jurisdiction ecclésiastiques (婚姻や戸籍に関する裁判) などの例外的国王裁判 (juridictions royales d'exception : 巡回裁判所/Prévôtés, Tribunaux consulaires, 海軍軍事裁判所/Tribunaux d'amirauté, 行政不服審判所/Conseil des parties) を認めている³³⁾したがって、裁判作用は、社会を規律する法を発見し宣言することであるから、行政主体は、司法作用ではなく、裁判作用によって法的に規律されるということができる。つまり、日本国憲法 76条 2項は「行政機関は、終審として裁判を行うことはできない」と定め、「法律上の争訟」であるすべての

30) 清宮四郎『憲法 I』330頁 (有斐閣, 昭和48年)。

31) 法服貴族と呼ばれたこれら裁判官たちについては、宮崎揚弘『フランスの法服貴族 : 18世紀トゥルーズの社会史』(同文館, 平成6年)

32) Geneviève DIUDCELLI-DELAGE, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, PUF. (Paris, 1987), p. 17.

33) *Ibid.*, p. 18. また、横山、前掲注 23, 55から56頁も参照。また、通常国王裁判と例外的国王裁判の裁判例を紹介したものとして、J. C. ホルト/森岡敬一郎訳『マグナ・カルタ』147~227頁 (慶応義塾大学出版会, 2000年)。

事件は、同条1項の司法権が属す裁判所である司法裁判所の裁判管轄に属するとして、行政主体は、行政事件を裁判する司法裁判所の裁判作用によって最終的に規律されることを規定している。それは、行政権が行政裁判所を設け、司法裁判所の前審として裁判作用を行使することを禁じるものではない。つまり、裁判作用は、司法権や行政権のみならず、たとえば、日本国憲法64条が定める裁判官の弾劾裁判のように立法権も行う作用であり、それぞれの統治権力が規律する目的に即して行使されるものであるから、《裁判 (jurisdiction) とは、司法 (judiciaire) のことである》と言い換えることは、必ずしも正しいとはいえない。

§ 6 司法による行政主体の法的規律 司法権は、統治主体が行使する統治権力のひとつである。権力分立論は、司法権を他の統治権力と区別し、かつ、区別されたそれぞれの統治権力を異なる統治機関に行使させることによって、統治権力の濫用を防止し、国民の権利自由を保障するという理論である (§2を参照)。ここでも、モンテスキューの統治権力のモデルに拠って、統治権力を立法、司法、行政に分け³⁴⁾立法権を議会に、司法権を裁判所に、行政権を内閣に帰属させると、司法裁判所は、議会が正義の法に反する法律を制定すれば、具体的な事件を通じて違憲と宣言し、当該事件に違憲とされた法律を適用しない。権力分立論は、立法者が司法権を行使することは、立法者の都合よく法律を解釈し、本来無効となるべき法律を事件に適用し、当該事件の当事者である私人の権利自由を侵害すると教える。また、「法律による行政」の原理に反する行政を行った者が司法権をもつなら、私人の権利を侵害している違法な行政を除去することができない。

Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance

34) 脚注14 (§2)を見よ。

législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législatif. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. — MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, p. 294.

ここで、モンテスキューは、司法権／la puissance judiciaireではなく、裁判権力／la puissance de jugerという語を用いている。前節（§ 5）でも述べたように、司法と裁判は必ずしも同じではない。本節（§ 6）の冒頭で確認したように、司法権は、統治主体が行使する統治権力のひとつであり、「裁判官が、法を発見し宣言する作用」である裁判作用と別個の概念として、つまり、「法律上の争訟を裁判する統治作用」としてとらえられてきた。

この司法の観念は、フランスにその源を求めることができる³⁵⁾フランスの統治作用に司法作用が区別されたのは13世紀といわれ、絶対王政期を通じて、今日的意味の司法、立法、行政の三つの統治作用が、大雑把にはあるが、君主の統治機関相互に複雑に入り込んでいた。統治機関の一つであった高等法院／Les parlementsは、民事と刑事の裁判権、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と建白をなすことによって法令の効力を左右する立法権など三権が入り込んだ重要な統治権力を担っていた³⁶⁾とくに、裁判権は、ローマ法の伝統から民事／civilと刑事／pénalの二つの事件で行われ、私人間の紛争に関する訴訟（*judicia privata*）と、社会全体に関係する犯罪に関する訴訟（*judicia publica*）とから成り立っていた³⁷⁾この高等法院が、18世紀から19世紀、フランス市民革命からフランス行政裁判制度が確立するまでに、司法裁判所としての性格を確立していくのである。すなわち、高等法院が担っていた民事事件と刑事事件の裁判権は、行政裁判所（Conseil d'État）の裁判管轄に服す

35) 美濃部，前掲注28，388頁。

36) 宮崎，前掲注31，47～49頁。

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

る行政事件の裁判権が行政権に属することから、厳格な権力分立論に基づいて、司法権/L'authorité judiciaire として区別された。このようにして、王会 (Curia regis) から生じた国王裁判から分離し、貴族の特権を擁護する統治機関として国王と対立してきた高等法院の裁判権は、同じ国王裁判から発達してきた行政裁判所に属す裁判権と区別され、高等法院は破棄院 (La Cour de Cassation) となり、司法裁判所として位置づけられた³⁸⁾

したがって、日本国憲法 76 条が、特別裁判所としての行政裁判所を廃止し (同 2 項)、「すべて司法権は…裁判所に属する」(同 1 項) と定めたからといっても、司法裁判所が、直ちに民事および刑事の裁判以外に行政裁判をも行うものとなったとはいえないのである³⁹⁾つまり、大日本帝国憲法における行政裁判制度を前提に、「すべて司法権」とは、民事及び刑事の事件に行政事件の裁判が新たに加わった「司法権」を意味するととらえることもでき、また、日本国憲法における行政事件を知らなかった英米法流の司法権を前提に、行政主体が関係する事件であっても民事または刑事事件として司法裁判所の裁判管轄に属し、行政主体は民事または刑事事件を通じて「司法権」によって規律されるところとなる。日本国憲法 76 条 1 項の「すべて司法権」における二つの「司法」の意味の可能性から、第一に、日本国憲法 76 条 1 項が、その制定の経緯から影響を受けているアメリカ合衆国憲法において、「すべての民事事件と刑事事件 (cases and controversies)」の裁判を意味する司法権が司法裁判所の管轄に属するというのであれば、英米法における行政事件と行政法の発達が、どのように行政主体の行政を規律しているかを見なければならぬ。しかし、第二に、アメリカ憲法に拠って司法権を定めた日本国憲法 76 条 1 項の司法権が、その施行後の平野事件を契機として定められた行政事件訴訟特例法 (昭和 23 年) と、その行政事件訴訟法への改正 (昭和 37 年) によって、行政事件の裁判が司法裁判所の裁判管轄に属すところとなった⁴⁰⁾ ことから、日本国憲法の「すべて

38) Georges PICCA et Liane COBERT, *La Cour de Cassation*, 《Que sais-je ?》 n  2282, PUF, Paris, 1986, p. 16.

39) 美濃部, 前掲注 21, 456~457 頁。

司法権」の意味は、英米法の民事及び刑事事件の裁判と行政事件の裁判が混在したものとして、司法権による行政主体の規律を論じる必要が出てくる。

§ 6-1 行政委員会の準司法的権能による行政主体の規律 19世紀後半、資本主義の発達とともに都市の発達とヨーロッパ市場の拡大により、自給自足で営まれていたアメリカ農業は農業機械の購入やより広大な耕作地の賃借などによって生産力を高める必要が生じ、次第に商業化されていった。商業的な農業は、南部の綿花やタバコ、ミネソタ・ダコタ・カンサス各州の小麦、イリノイ・カンサス・ネブラスカ・アイオワ各州のトウモロコシという具合に地域に主要農産物を集中させることになった。しかし、1870年以降、農産物の生産コストが高まった反面、生産物そのものの価格は下落する傾向を示し、小作農に転落し貧困化するものが多くなった。「短期にして強烈な」1873年の恐慌もあり、その不満は、市場を独占または寡占的に支配している鉄道会社が西部農民に一方的に課した高額の運送賃に向けられた。鉄道会社が東部の産業資本家によって支配されていたこともあり、東部の工業製品が西部に運ばれる場合には、鉄道会社は荷主に対しリベートを支払い、無料パスを発行するなどの特典を与えたが、西部農民に対しては、運送賃以外にも鉄道会社に農産物を貨車輸送するために設けた穀物積込み倉庫などの保管料、積込み料なども支払わせ、農産物を西部から東部へ送る農民にはなんらの特典もなかった。農民のこれらの不満がいろいろな運動となって表明され、とくに鉄道と倉庫業に対しては激しい反抗があった。1867年に、農民の社会活動を促進するために各農村に設置された農業保護者（パトロンズ・オブ・ハズバンドリー、通称グレンジ／Grang）による1873年7月4日の全国大会（グレンジの数は約2万、会員の数は80万）で、公正な運賃や鉄道会社の所有する穀物積込倉庫保管料、農業者へのリベートなどを求めて政治運動に乗り出すことになった。この運動が、いわゆるグレンジャー運動である⁴¹⁾1877年、マン対イリノイ州事件⁴²⁾は、このグレンジャ

40) 注26を参照。

一運動の最中に起った。事件は、シカゴにある起重機付穀物倉庫業者のマンとスコットの両者が、最高料金を規制しているイリノイ州の規定より高い料金を課したことに對し訴訟が提起されたものである。同州最高裁は両者を有罪とした第一審判決を支持したので、事件は連邦最高裁に持ち込まれた。マンとスコットの両者は、穀物倉庫の保管料を定めたイリノイ州法は、連邦議会の州際通商規制権を侵害し、アメリカ憲法修正 14 条の適正手続に違反して財産を奪うものであるとして、同法の無効を主張した⁴³⁾

最高裁判所は「私有財産が公共の利益に責務を負うものであるとき、それは、単に私権であることをやめることになることを我々は知る。このことは、約 200 年前に、イギリス高等法院の首席裁判官ヘール卿による彼の論文“De Portibus Maris／海港論”の中で、述べられていることである。…財産がある意味で公共的結果を生み、かつ地域社会全般に關与するように使用された時、それは公共的利益をともなってくる。それゆえ、人は自己の財産を公衆が利害關係を有する使用に供した時には、實質的に公衆に利害關係を賦与したのである。そして、人はこのような利害關係の範囲内で、公共の善のため、公共による統制に服さなければならない。したがって、起重機付穀物倉庫業は、公共の利益に責務を負うべきであり、法的にも州規制に従うべきである。それゆえ、州規定が不法にも財産権を侵すことを規制しているというマン・スコットの主張は無効である」⁴⁴⁾と判決した。

このグレンジャー運動とマン對イリノイ州事件連邦最高裁判決は、社会的經濟的弱者の人權保護のために統治主体（連邦ないし州政府）が、放任されていた大企業の經濟活動に關与せざるをえなくなり、独占の弊害を除去するために

41) ファランド／名原廣三郎・高木八尺訳『アメリカ發展史 下巻』70～87 頁（岩波新書（赤）No. 83, 昭和 24 年）、藤田正一「わが国の公益事業概念についての研究方法」弘前大学大学院地域社会研究科年報第 1 号（2004 年）8～9 頁、「ケベル先生のブログ」（http://shisly.cocolog-nifty.com/blog/2007/01/post_9864.html）の「グレンジャー運動」の解説を参照。

42) *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1877). 藤田, 同上論文 8 頁に拠る。

43) 畑博行「適正手続き条項と連邦最高裁判所」川又良也編『総合研究アメリカ④平等と正義』101 頁（研究社, 1977 年）。

44) 藤田, 同上論文 8 頁および畑, 同上。

社会立法が必要となってきたことを示唆するものであった。1887年に州際通商法が制定され、これに基づき州際通商委員会が設けられた。州際通商法は、差別を設けることを禁じ、もっとも適正な料金を決める権限を州際通商委員会に与え、同じ環境にあっても競争のない地域では運賃が高く、競争のある地域では非常に運賃が低く設定していた当時の巨大な経済的力をもっていた鉄道会社の経済活動を規制した。州際通商委員会が設定した料金その他の規制に反する鉄道会社の活動は、同委員会によって調査された事実認定に基づき、同委員会で審理され処理された。つまり、鉄道会社の経済活動を規制する州際通商委員会は、行政機関でありながら立法権（規制立法）と審理権を行使する行政委員会（行政委員会が裁判機関／tribunalとして事案の審理と当該事案に適用される法の宣言を行うという意味で、審理権は裁判権という意味に解する）へ発展する基礎となった。1903年のエルキンス法や1906年のヘッバーン改正法、1910年のマン＝エルキンス法などの州際通商委員会の権限強化⁴⁵⁾を伴いながら、行政機関に立法権と裁判権（審理権）を認めた権力統合的な行政委員会の設置は、連邦取引委員会法などの設置法に基づく証券および取引委員会、連邦通信委員会、全国労働関係委員会などに拡大し、大企業の経済活動を規制するだけでなく、規制をめぐる争われる行政機関と企業や消費者との争訟の解決に及ぶようになる。行政委員会は、行政主体を具現する行政組織の中において相対的な独立性と中立性を保ちながら、行政主体の行政活動を手続的に規制すると同時に、関係法に違反する企業または行政機関の行為に対する申立てがあれば、当該申立てに基づいて審理調査官（Trial Examiner）による聴聞と証拠調べが行われ、事実報告書が作成される。審理調査官が作成した報告書が委員会に提出されると、委員会による審理を経て裁決がなされる（行政委員会が認定した事実は終局の証拠として認められる実質的証拠法則が認められる）⁴⁶⁾。州際通商法に基づく州際通商委員会は1995年に廃止されたが、州際通商委員会から発達した行政委員会による裁判作用が、アメリカにおける行政法の成立と発展とされている。

45) 正木宏長「行政法と官僚制(3)」立命館法学 303号（2005年5号）33頁。

46) 鶴飼信成『行政法の歴史的展開』210～224頁（有斐閣，昭和46年）。

る⁴⁷⁾たとえば、「アメリカでは…従前の移民・国籍法および連邦規則では特別審査官 (special inquiry officer) と呼ばれていた移民審判官 (immigration judge) は、調査官、検察官、および裁判官の機能を併せ持っていた。だが、1982年には移民不服審査委員会 (Board of Immigration Appeals) および移民審判官が移民審判 (immigration review) のための独立の行政機関として再編され…移民審判官の独立性が高くなっている。このように現行のアメリカ移民法においては準司法的な制度が整備されて」いる⁴⁸⁾と紹介されているように、アメリカにおける行政委員会の機能のひとつに、行政に関する法の宣言という裁判作用を認めることができる。しかし、裁判を行う行政委員会の独立性が認められるからといっても、行政委員会の裁判作用を準司法的権能と呼ぶにしても、その裁判作用を司法作用そのものと同一視することはできない⁴⁹⁾。そのため、行政委員会の裁決による争訟の解決は終審ではなく、司法裁判所へ提訴され、司法裁判所が行政過程へ介入するインジャクションやマンデマスなどの司法審査基準に基づいて裁判し、行政主体を規律することになる。

§ 6-2 司法審査基準による行政主体の規律 以上に考察してきたところから、「すべて司法権は…裁判所に属する」(日本国憲法 76 条 1 項) から、司法裁判所が「行政主体の行政作用に関する事件」を司法権に含むものとして裁判することと、フランスの行政裁判所やアメリカの行政委員会のように、活動行政から独立した行政裁判機関が「行政主体の行政作用に関する事件」を裁判することとは同じではない。つまり、§5 で指摘したように、「司法」と「裁判」は異なる概念である。

この点に関して、まだ行政行為概念が行政法の中心を占めていた時代であることを留保し、美濃部達吉が、「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

47) 同上書 219 頁。

48) 新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法』319 頁 (有信堂, 2008 年)

49) 同上書 225 頁。

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な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、そ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據は全く存在しない。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ふことが出来るか、其の訴訟は何れに之を提起すべきかは、一つ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、それら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。]⁵⁰⁾と述べている。「行政行為の適法性に付き」、すなわち、今日的に換言すれば、行政主体の行政作用の適法性審査に関して行政事件訴訟法（昭和37年、法律139号）が、「行政事件訴訟」として抗告訴訟（行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟）、当事者訴訟（公法上の法律関係に関する訴訟）、民衆訴訟（行政主体の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟）、機関訴訟（行政機関相互間における権限の行使に関する訴訟）の4つの「行政主体が関係する事件」を行政事件訴訟として（行訴法2条）、その裁判権を司法裁判所に特別に付与したのであつて、行政事件の裁判権が司法権に含まれることになったわけではない。したがつて、司法裁判所が、特別に行政事件の裁判を行うことによって行政主体を規律するというのは、民事及び刑事事件と區別された「行政事件」を活動行政から独立した行政委員会の裁判作用によって行政主体の行政を規律するという大陸的な行政法であつて、司法権が属する裁判所（司法裁判所）が「行政主体が関係する事件」を裁判し、司法権によって行政主体を規律するという英米行政法の意味を示したことになる。

そこで、司法裁判所が行政主体の行政作用を裁判し、司法権の行使として行政主体を規律する法を宣言する意味を知るのに、司法裁判所の一つとして行政裁判所を設置するに至ったカナダ行政法の生成と発展を手掛かりとしたい。カナダは、1760年のパリ条約で、フランスが北アメリカ大陸における英仏戦争

50) 美濃部、前掲注21、457頁。

で敗北し、北アメリカから撤退しても、フランスの法文化は、1774年のケベック法によって継承されることになり、1867年の英領北アメリカ法（1867年カナダ憲法）は、新たに宗主国となったイギリスの法制度をカナダ連邦の基本にしたという特徴を有する⁵¹⁾したがって、19世紀後半のイギリス法を継受したカナダには行政法が存在せず（本稿の§5を参照）、「行政法」という領域がカナダに認知されたのは1973年以降とされる⁵²⁾つまり、1979年以降に「行政法」として扱われることになった事項は、1973年までは、“CERTIORARI”、“PROHIBITION AND MANDAMUS”、“JUDGMENTS AND ORDERS”、“CROWN”、“ASSOCIATIONS”、“INJUNCTIONS”、“HABEAS CORPUS”、“QUO WARRANTO”などの「国王大権上の救済（PREROGATIVE REMEDIES）」として扱われていた。これらは、Certiorari, Prohibition, Mandamus, Quo Warranto, Habeas Corpusなどに整理統合されて「行政法」としてまとめられた。したがって、カナダ行政法は、これまでの「国王大権上の救済」が「行政法」に改められたものであって、裁判所（the courts. したがって、司法裁判所）が行政過程（administrative process）に介入する一般的な原則、および、制定法が行政主体に付与した権限を、その行政機関が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、裁判所がその被害者に救済を与える際の一般原則を内容とするものである⁵³⁾つまり、カナダ行政法は、司法裁判所が行政過程に介入するための司法審査基準として生成したのである。

サーシオレイライ／Certiorari は、行政庁（行政当局）が行使した権限の記録を裁判所に移送するよう命じる令状で、行政庁の権限行使（行政決定）のなかでも、とくに違法な裁量権の行使を取り消す司法審査基準である。プロヒビション／Prohibition は、事後的な行政権限の司法審査である Certiorari に対し、行政庁が権限外の行為を行うことを禁止する命令で、行政権限の行使に事前に介

51) 横山信二「カナダ行政法の形成－英米行政法と大陸行政法の混在－」愛媛法学会雑誌 35 卷 1・2・3・4 合併号（平成 21 年）を参考。

52) David J. MULLAN, *ADMINISTRATIVE LAW*, 2nd ed., CARSWELL, 1979, pp. 3-85.

53) *Ibid.*

入する司法審査基準である。マンデマス／Mandamus は、行政庁に対してある行為の履行または行為の履行の差止めを命じる職務執行命令の司法審査基準である。クオ・ウォラント／Quo Warranto は、行政決定によって権利利益を侵害された者による訴えについて、行政庁に当該権限行使についての弁明を命じる司法審査基準である。そして、ヘービラス・コーパス／Habeas Corpus は、刑事事件の訴追手続に関する司法審査基準であるが、戦時や緊急時に拘禁された者、退去強制を命じられて収監された外国人、児童福祉施設などに保護された児童などについて、拘束を受けた者や保護されている児童を出廷させるよう命じる令状である⁵⁴⁾ これらコモン・ロー上の司法審査基準に加え、インジャクション／Injunction などエクイティ上の救済や行政手続法など制定法上の司法審査基準が加わったのが、こんにちのカナダ行政法の内容である⁵⁵⁾

ま と め

社会統治の目的は、その社会を構成する人々の福祉の実現にある。社会の規範は、直接または間接にその目的実現に関係する。さまざまなレベルの社会を統治する者は、当該社会の規範を意識し、または規範を意識することなく、この統治目的を実現する。社会契約論は、社会における統治と統治による福利を享受する社会を構成する人々との関係を理論的にとらえ、統治する者と統治される者との責務を導いている。社会のあり方を最高、最終的に決定する力が主

54) David J. MULLAN, *Administrative Law* (Title 3 from vol. 1 of *The Canadian Encyclopedic Digest*), 3rd ed., CARSWELL, 1996, pp. 455-473. なお、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縮論—英国司法審査制度論(1)—」早稲田法学会誌 29 卷 (1978 年) 360 頁に、これら国王大権上の救済は、もともと上級裁判所の下級裁判所に対する統制権限で「司法的行為」を対象としていたが、「司法的」とは「行政的」と同義語で行政決定も対象になったことが説明されている。

55) フランス法の伝統を受け継いだケベックにおいても、その基本的な認識においてカナダ行政法と異なるところがあるが、行政法の内容は同じである。カナダ行政法が生成する以前からケベックにおける行政法を論じた大著である René DUSSAULT et Louis BORGÉAT, *TRAITÉ DE DROIT ADMINISTRATIF*, 2ème éd., T. 3, Les Presses de l'Université Laval, 1989, pp. 534-578 を参照。

権 (sovereignty) であり、国家という巨大社会を構成する人々の総体である国民に主権がある。近代社会は、民主主義原理を社会の根本規範として成立し、国家は国民主権と国民代表によって統治される社会である。国民代表は、国民の福祉のために主権者である国民の一般意思を法律とし、国家が行うべきことを法律で示し、法律を執行する。法律は、社会の規範を意識し、または、ときには無意識に制定されることがあるが、ある法律が社会の強行規範に反するものであれば、民事事件 (judicia privata) や刑事事件 (judicia publica) の裁判 (司法) を通じて無効とされ、法律を無効とする当該規範 (rule) は、「法 (law) として宣言される」(裁判)。統治を担う者は、立法または裁判の段階で、法によって規律されている (「法の支配」原理)。

国家という統治主体が、法律を執行し、国民の福祉を実現する統治作用を行政といい、行政を行う統治主体を行政主体という。行政主体は、「法律による行政」原理 (法律の優位、法律の法規創造力、法律の留保) に規律され、個別具体的に国民の福祉を実現する。違法な行政主体の行政は、近代社会に登場した権力分立論によって、民事及び刑事事件の裁判を行う司法と区別され、行政裁判によって規律され、行政に関する法が宣言され、行政判例法は行政法という法領域を誕生させた。また、司法裁判所が国民の福祉実現のために行政過程に介入することによって行政主体を規律する場合があり、行政主体は、司法裁判所が介入する基準 (司法審査基準) によって規律され、英米法は、この司法審査基準を行政法として発展させた。