

2 行政法なんか知らない？

旧司法試験において行政法が選択科目から除かれたことは、関係者にとって少なからぬ衝撃を与えた事件であったが、筆者にとって「まさかそこまで」と思わざるをえなかった出来事は、何と公務員試験においても行政法を排除しようという動きがあったことである。公務員といえば行政権に携わる者、行政法は行政権を統制し、公務員の行為規範を論ずる科目であるから、本来、およそ公務員であれば行政法を習得すべきであるといってもおかしくないし、公務員試験の法律科目の中では最も重要な科目であるはずなのに、これが「知らない」というのであるから、驚きである。

「法治国家」と「法の支配」が同じか違うかという議論はあるが、いずれも「法」によって国家権力の統制を志向するという意味では似たような考え方であり、現在では、ここにいう「法」の中核は国会の制定する法律群であり、これらの法律群の大部分が行政法の領分に属するものであることは否定しようもない。行政法には、民法や刑法と違って統一法典が存在しないといわれるが、わが国の法律のうち、憲法、民法、刑法、商法および2つの訴訟法といういわゆる「基本六法」を除いた「残りのほとんど」が行政法だということをよく認識すべきである。そして、こうした膨大な法律群に多かれ少なかれ共通する原理原則、ものの考え方を探求するのが、学問としての行政法なのである。

というわけで、行政法はとても重要な科目であり、若干の経緯はあったが、結果として不死鳥のごとく復活するのは当然である。行政法が公務員試験において一応選択科目として生き残り、新司法試験の公法科目として必修化されたことには理由がある。よくあることだが、世間のトレンドと科目の重要性は関係がないのである（とはいうものの、かなり情けない状況ではある）。

ところで、なぜ、行政法なんか知らない、という動きが起きたのだろうか。この存在感の薄さは一体何なのだろうか。その原因については真剣に考えてみる必要がある。

3 行政訴訟の機能不全

法律は、裁判規範として機能してこそ、存在として完結する。国会が法律を作り、行政は法律を執行し、裁判所は法律違反をチェックする、というのが憲法の描く美しい姿である。いくら法律を作ってみたところで、行政が法律を遵守して行動したかどうか、考慮すべきことを考慮したかどうか、裁量権を適切に行使したかどうかといったことが事後的に裁判所において全く問題にならないとすれば、誰もチェックする者がいないわけであるから、法律の執行は適当になる。そして、執行が適当にしか行われないような法律は、やがて適当に作られるようになり、かくして法治国家は崩壊する。

もっとも、実際には、わが国において行政訴訟がろくに機能していなくても、粗製濫造の法律が大量発生するという事態にはいたっていない。このあたりが実際の政治過程の面白いところともいえるが、それは、法律案のうち9割以上を占める内閣提出法案（いわゆる「閣法」）の存在と、内閣法制局の存在のゆえである。内閣法制局は、官僚が法律を作成する場合、法律案の事前審査をする内閣直属の機関であり、明治時代にフランスのコンセイユ・デタ（Conseil d'Etat）をモデルに作られた。コンセイユ・デタは、行政権内部に存する機関として、事前には法律案の審査をするとともに、事後的には行政紛争を裁定する行政裁判所の機能をあわせもつ機関である。わが国においても、戦前までは内閣法制局と行政裁判所がセットで存在していたから、制度全体としては遺漏がなかった。しかし、戦後、「行政法」および「行政裁判所」概念を知らないアメリカ型司法制度が導入されるに及んで、行政裁判所は「非民主的な特別裁判所」として廃止され、憲法76条2項で、特別裁判所は設置することができないこと、行政機関が終審として裁判を行うことができないことが定められた。ところが、占領期の終了とともに、どういうわけか内閣法制局だけが復活することになり、今日まで、厳格な法令審査で他省庁を威圧する「憲法の番人」として、霞ヶ関に誇り高く君臨している（違憲判決の少なさからみて、最高裁判所が憲法の番人として機能しているというのは、ちょっと厳しい）。それなのに、片割れの行政裁判所が廃止されたままである結果、わが国では行政事件を事後的

に処理する専門機関が存在していないという状況が現出しているのである。もちろん、アメリカ型の「民主的」司法裁判所が存在しているのであるから、これが制度に見合った実質的な働きをすればそれはそれでいいわけだが、実際に裁判を支える司法官僚制度は戦前から大して変わっていないため、「制度はアメリカ、運用はヨーロッパ」という不整合が生じており、行政訴訟を機能不全に陥れている。裁判実務をアメリカ風に大胆に変えるか、あるいは、改めてヨーロッパ型の行政裁判所的なものを導入するか、いずれかに方向性を定めるべき時期がきている。

話をもとに戻すと、裁判所が機能しているということが法律が有意に存在するための前提条件なのであるが、わが国の行政訴訟は諸外国のそれに比べて低調を極めているといわれる。わが国の司法裁判所の最高位に位置する最高裁判所の判決の中から、大阪空港判決とマクリーン判決について述べてみよう。

4 冷酷な判決と無意味な判決

1 「ともかくとして」却下

行政訴訟は起こすのが大変である。大きいところからいうと、まず、民事訴訟でいけるのかいけないのかという問題がある。この点、有名なのは大阪空港訴訟であり、大型ジェット機の騒音に耐えかねた空港周辺住民が、空港の使用差止めと損害賠償を請求した事案である。空港を含む公共施設の設置管理は非権力的な作用であることから、民事訴訟による差止請求が許されるという前提で、住民らは民事訴訟によって空港の使用差止めを求め、1審、2審とも、この点について何ら問題とすることはなかったという経緯がある。ところが、昭和56年、最高裁は思いもよらぬ訴え却下、住民らを一転、門前払いした（最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）。

判決の論理は、要するに、国営空港の場合、私人もなしうる「空港管理権」と大臣しかなしえない「航空行政権」がまじっているので、民事訴訟で空港の使用を差し止めると、空港管理権と「不即不離」、「不可分一体」の関係にある航空行政権に必然的に影響を及ぼすことになるから、住民らが「行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかどうかはともかくとして」、民事

訴訟は許されない、というものである。ここで筆者が問題にしたいのは、不即不離、不可分一体という、ある種詩的な表現の巧拙ではなく、「行政訴訟はともかくとして」というくだりである。

原告がこの訴訟を提起したのが昭和44年、判決が出たのは昭和56年、すでに12年が経過している。空港管理について民事訴訟が許されないなどという話はなく、すべてを振り出しに戻しかねないこのような深刻な問題について、裁判所と住民らの間にこれほどまでにコミュニケーションがないとは恐ろしいことである。さらに、民事訴訟がだめでも行政訴訟はできるというならまだわかるが、行政訴訟ができるかどうかは「ともかくとして」なのであるから、なかなか冷酷な言い回しといえよう。冷酷ついでにいえば、行政訴訟では処分性、原告適格、訴えの利益といった訴訟要件が厳しく吟味されるため、行政が違法かどうかを審査する前に住民らに裁判を起す資格があるかどうか厳格に審査され、大方の住民にはその資格はないことになる。

ごく最近も、「法律上の争訟」にあたらな²いとして唐突に訴えを却下し、関係者を唾然とさせた最高裁判決がでた（宝塚市パチンコ条例判決。平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）。行政訴訟であろうと、民事訴訟であろうと、行政裁判の敷居は天よりも高い。恐るべし、最高裁。

2 「著しく妥当性を欠くことが明らか」判決

もうひとつ、外国人の人権が問題となったマククリーン判決（最判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）を検討してみよう。これは憲法判例として有名であるが、法務大臣の裁量について裁判所がどこまで踏みこんだ判断ができるかという審査密度について判示しており、行政判例としても重要である。最高裁は、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量権が広範であることを強調し、法務大臣の判断について裁判所が審理するのは、「その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照

² この判決の概要、問題点については、拙著『行政法のエッセンス』（学陽書房・平成19年）152頁以下参照。

らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうか」であるとする。

さて、この判示部分を見て、「そうか、法務大臣が間違った判断をしたときは、裁判所がちゃんと審査してくれるんだな」と思う人間は、この判決を書いた者を含めてこの世に一人もいないと断言する。法務大臣の判断が「全く事実の基礎を欠く」とか、その評価が「著しく妥当性を欠くことが明らか」などということは、文明国家においてまず考えられないからである。およそありえないような例外を想定する審査基準をつくり、それをもって裁量審査をしているなどというのは一種のまやかashiであり、法務大臣の裁量審査はしないというのが、この判決の実際上の意味であると理解せざるをえない。³

裁量に関する難しい話はさておき、ここではもう少し素朴に考えてみよう。立法者は、行政責任を負っている大臣こそ「適切」な判断ができると考えたから、大臣に裁量権を認めた。そうだとすれば、大臣は裁量権を「適切」に行使する責務がある。そして、仮に不適切な裁量権行使がなされた場合には、何らかの形でそのことが宣言され、必要に応じて事後的な是正措置が講じられなければならない。さもなければ裁量権を大臣に与えた目的が失われるからである。裁量領域においては、そういうチェックをしてくれる機関が、それを「裁判所」と呼ぶかどうかは別として、必要なものである。法務大臣に判断を丸投げするような裁判所は、存在する意味がない。

5 機能する紛争処理機関

最高裁に一度聞いてみたいとおもうのは、裁判所はあくまでも紛争処理機関としてこの世の中にその存在を許されているにすぎないのに、こんな判決を出し続けて「世の中通ると思ってる？」ということである。今や私法分野におい

³ 行訴法改正後、従来よりは踏み込んだ裁量審査基準を示す最高裁判決が相次いで出されている。例えば、小田急高架訴訟本案判決では、行政庁の広範な裁量を認めつつ、「基礎とされた重要な事実」に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に裁量権の逸脱・濫用になるとした（最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁）。

ては、裁判所バッシングの嵐である。ADRがもてはやされるのは、裁判所の杓子定規な対応に人々がうんざりしているからである。知的財産領域では、裁判官は「法律しか知らない」と無能呼ばわりされている。すでに、裁判官の専門的判断能力を補うため、医療訴訟や建築紛争を念頭に置きつつ、専門委員制度が導入されたところである。刑事裁判にずぶの素人をくじ引きで参加させるという裁判員構想が世間の賛同を得るのも、裁判官の感覚が信用できないからである。行政訴訟が安穩としていられるのは、単に、他の領域に比べて世の人々の関心が極端に低いからにすぎない。機能しない裁判所はいらない、それが世間というものである。

何も行政訴訟に限らないが、裁判所が紛争処理機関として存在する以上、そのようなものとして実際に機能するということが最低限必要である。利用者の側からみて、紛争処理機関として大事なことは、まず、自分の言い分が「きちんと審査してもらった」という実感が与えられることであり、いまひとつは、制度合理性を保つという意味で、一定の勝訴率が確保されるということである。行政訴訟において訴訟要件と裁量審査の扱いが克服されなければならない理由はそこにある。まともな受け付けてもらえず、分かった風な理屈で審査に入ってもらえないあげく勝てない訴訟など、誰もやらない。やりがいがあり、一定程度勝てるような紛争解決の仕組みを考案することが社会的にみて有用であり、そのような合理性のある制度設計が求められている。行政事件についても、敢然と実体審理に踏み込み、別の選択肢を示しうる専門的で影響力のある紛争処理機関が望まれる。

行政紛争の特徴は、それがたとえ私人間の紛争という形式をとったとしても、濃淡の違いはあるにせよ、公益ないし政策決定にかかわっており、こうした部分を救いあげられるような制度が必要である。行政法学者で最高裁判事となった園部逸夫および藤田宙靖両氏が、そろって行政裁判所もしくは統一的な行政審判所の設置を提唱されていることは示唆的である。中央省庁等改革基本法でも行政審判の充実強化が検討事項とされていた(50条3項)ことも想起しておこう。「裁判所」概念は多様であるから、ネーミングは裁判所でも、審判所でもどちらでもよい。行政紛争の特質にみあい、有効に機能する紛争処理機関を、わが国は必要としている。