

平成 26 年 5 月 30 日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2011～2013

課題番号：23530042

研究課題名(和文) 日本における行政救済制度史の総合的研究

研究課題名(英文) A Historical Study on Administrative Litigation System in Japan

研究代表者

岡田 正則 (Okada, Masanori)

早稲田大学・法学大学院・教授

研究者番号：40203997

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,400,000円、(間接経費) 720,000円

研究成果の概要(和文)：研究成果の第一が、著書『国の不法行為責任と公権力の概念史』(弘文堂、2013年)である。同書では、「行政処分」と「行政行為」概念の歴史的・比較法的分析などをつうじて、日本行政法の多面的な構成と現代におけるそれらの不整合から生じている諸問題について、「公権力の行使」概念に焦点を合わせて分析した。また、この成果をもとにして、Law and Society Association, 2013 International Meeting in Boston (on May 31. 2013)の学会報告を担当した。

研究成果の概要(英文)：I published a book "State's Tort Liability and Conceptual History of Public Power" (2013) and made a presentation, "Modern States, Citizenship, and the Nation: Historical Development of the State Redress System in Japan" at 2013 International Meeting of Law and Society Association in Boston (on May 31. 2013).

It seems to me that legal concepts especially in East Asian Law have various origins and therefore they are not always consistent. For example the concept of "administrative action (gyousei-shobun)" in Japan, which is the almost same concept of "exercise of public power", has two origins: "acte administratif" from France and "Verwaltungsakt" from Germany. Today two origins of this concept bring various contradictions to Japanese administrative law. We need to analyze carefully this kind of patchwork legal system.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：国家賠償法 行政裁判法 行政裁判所 裁判所構成法 国家無答責 国の不法行為責任 公権力の行使  
行政処分

## 1. 研究開始当初の背景

行政救済法制に関するまとまった歴史研究がなかったことから、現行の行政事件訴訟法や国家賠償法の解釈の中で、さまざまな理論的混乱が生じてきた。すなわち、「行政処分」概念と「行政行為」概念の混同、行政事件訴訟法の「公権力の行使」概念(狭義)と国家賠償法の「公権力の行使」概念(広義)の不整合、またこれに伴う両法における違法概念の齟齬、当事者訴訟の対象となる「公法上の法律関係」(行訴法4条)という概念の不明確さ、行政機関の事実行為に関する行政事件訴訟法の不明瞭な位置づけ、等の問題である。これらは、日本における行政救済制度の形成史をたどることなしには解明しえない。というのは、これらの概念は行政裁判制度の存在を所与の前提としていたからである。そして、戦後改革の中で行政裁判所が廃止され、行政事件は司法裁判所によって一元的に審理されることになったが、行政救済制度と司法裁判所制度との整合的な関係は十分に検討されないまままで今日に至っている。この結果、上記のような法解釈上の問題のほか、私見によれば、憲法体制の「転換」後においてもなお連続している救済法制上の構造的欠陥を見失うことになるといった問題が生じている。日本における行政救済制度の形成過程の分析は、理論的にも切実な課題なのである。

## 2. 研究の目的

本研究の目的は、この全体像を基に、現行の行政救済法制の中に散在している諸問題・諸矛盾の歴史的な根源を解明し、今後の抜本的な改革の方途を示すことにある。本研究では、まず、これまでに進めてきた明治期および戦後の行政救済法関係の立法史と戦前(1945年以前)の学説・大審院判例・行政裁判所判例について、欠落部分を補い、成果として公刊する。次に、これを基にして、本

研究では、(1)明治期日本の外国法継受の理論史的分析、(2)戦後におけるアメリカ法継受および行政救済制度改革の功罪に関する理論史的分析、(3)行政法学の方法論史の分析を加えた上で、日本における行政救済法制の歴史研究全体を完成させる。

## 3. 研究の方法

3年間の研究で、日本における行政救済(国家賠償訴訟・損失補償訴訟および行政争訟)制度の形成過程の通史を、比較法制史の視角からまとめる。研究方法としては、明治期および戦後改革期の立法関係史料およびその背後にあった比較法的な参照資料に関する文献批判的な検証、大正・昭和期の法改正や立法の試みとその挫折についての同様の検証、判例と学説の相互の影響およびこれらの展開過程に関する思想史的な分析、これらの総合的なまとめ、を行う。

## 4. 研究成果

第1年度・第2年度は、本研究のうち、国家賠償制度史に関する研究成果をまとめて書籍として公刊することを最優先の課題とした。2013年2月に公刊した『国の不法行為責任と公権力の概念史』(弘文堂)がその成果である。第一部「行政救済制度史研究の意義と課題」では、研究の全体像を示した後(第一章)、公法学における歴史研究の意義を示し(第二章)、行政事件と民事事件との関係(行政裁判所の司法裁判所の間で生じる管轄権の配分問題)および管轄事件配分の基準となる「行政処分」概念の歴史的・比較法的分析を行った(第三章)。以上のまとめとして、第一部第四章において、まず、日本における外国法の受容過程を分析するためには、(1)受容の基底にある「古層」・「日本社会の歴史的風土」・「日本固有法の地盤」、(2)近代国家形成に向けた制度整備の過程、(3)戦後改革による法制度の転換、(4)現代的法現象(グロ

ーバル化、社会関係の複雑化など)への法制度の対応状況、という視点が必要であるとした上で、第二部の考察が、前述の行政処分と行政行為の概念史をふまえつつ、主に上記(2)に焦点を合わせるものであることを示している。次に、政治学における「三つの権力観」を用いて、「公権力の行使」概念と行政救済制度との関連を考察する。すなわち、行政権とその相手方との間に紛争が生じた場合に、第三者的な紛争解決機関を介在させることによって、単なる実力行使が「公権力の行使」に転化するメカニズムを提示し、その上で、抗告訴訟が行政組織を誤って規律してしまったこと一行為が違法であったこと一の責任には対応するが、行為の相手方や第三者に対して被害を生じさせた責任には対応しない構造になっていること、これに対して、国家賠償訴訟が行為の規律力の解除を媒介としない救済の構造になっているという、両訴訟の構造的な違いを指摘し、国家賠償訴訟において「公権力の行使」が非権力的行為をも含む解釈に至った原因を析出している。

第二部には、日本における国家賠償制度の形成過程を考察した「明治憲法体制確立期における国の不法行為責任」を、旧稿を補訂した上で収録した。第二部第一章から第四章までの検討から得られた結論は、おおむね次のとおりである。「第一に、関係立法における立法者意思、大審院判例の推移、戦前の学説の認識のいずれの面から見ても、国家無答責の法理が1890年の立法措置—行政裁判法16条・裁判所構成法2条および26条・旧民法373条—によって実定法上で確立された法理だということは不可能であって、この法理が後年の大審院の判決により形成された判例法理であったことは明白である。したがって、実定法説が成り立つ余地はない。第二に、同じく戦前の立法・判例・学説のいずれの面からみても、1890年確立テーゼの前提にある認定、すなわち、行政裁判法16条が国に対す

る損害賠償請求訴訟についての司法裁判所の管轄権を否定したという認定および旧民法373条が「高権的活動に対しては民法に基づく国家責任を否定しようとする立法者意思のあらわれとみることができる」という認定は誤りである。このテーゼは、国家無答責の法理が判例法理として確立されるための制度的基礎を1890年の諸立法が与えた、という限りにおいて妥当性を有する。第三に、国家無答責の法理の適用について、大審院の判決は一貫してはいなかった。「大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して、常に国に賠償責任のないことを判示して来た」(最判1950(昭和25)・4・11集民3号225頁)という認定は誤りである。第四に、国家無答責の法理は、判例法理であるので、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」には該当しない。また、その実体的内容は今日の法体系の下ではもはや妥当性を持たないので、現代の裁判所においてこの法理を適用することは許されない。」

行政争訟制度史に関しては、日本における行政争訟法制の創設過程が世界史の中で有していた意味の分析を進めた。その概要については、上記書籍の第一部第四章「中間考察」で示した。

第3年度においては、上記書籍の出版をふまえて、当該研究において残された課題と行政争訟制度史の検討に進んだ。前者については、第二次世界大戦後の日本国憲法17条・29条3項・40条および国家賠償法の制定過程に関する研究をおこなった。その一部を加えて、アメリカ合衆国・ボストンで開催された“Law and Society Association”2013年国際学会で報告を行った(学会報告“Modern States, Citizenship, and the Nation: Historical Development of the State Redress System in Japan”)。後者については、日本の行政裁判制度史・行政事件訴訟法制定史、行政事件処理の視点からの法曹養成制度史、および、現在

におけるそれらの問題点の現れを分析した。その成果が、論文「基地騒音の差止請求と改正行政事件訴訟法」、台湾考試院主催の国際シンポジウムでの報告「日本における法曹養成制度・司法試験制度の改革 歴史的背景・成果・展望」、第9回日中公法学シンポジウムでの報告「日本における行政訴訟制度改革の歴史的背景」である。

一方、19世紀後半におけるオーストリアおよびフランスでの行政訴訟制度形成史との比較研究、行政裁判所判例の比較法的分析を予定していたが、十分に進めることはできなかった。また、戦後におけるアメリカ法継受および行政救済制度改革の功罪に関する理論的分析も不十分なままにとどまっている。これらをふまえて「行政救済法制の歴史研究全体を完成させる」という課題は、今後に残さざるをえなかった。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計14件)

岡田正則「巨大自然災害・原発災害と法—基礎法学の視点から—」法律時報85巻3号77-79頁、2013年3月、査読なし

OKADA, Masanori, Climate Protection and Sustainability in Japan:

Tasks Following March 11th 2011, in: Koch/König (eds.), Climate Change and Environmental Hazards Related to Shipping, Brill, 2013 pp.99-101、査読なし

岡田正則「基地騒音の差止請求と改正行政事件訴訟法」早稲田法学88巻3号1-65頁、2013年8月、査読あり

岡田正則「国による石綿建材の指定・認定行為と国家賠償責任」早稲田法学87巻2号75-101頁、2012年、査読あり

岡田正則「公法学と法実務・基礎法学」法律時報84巻3号63-67頁、2012年、査読なし

岡田正則「地方自治とナショナルミニマム——社会保障における国家・社会・個人——」日本社会保障法学会編『新・社会保障法講座(第3巻)』法律文化社、2012年、49-66頁、査読なし

岡田正則「現代における法・判例の形成と実定法学の課題——企画趣旨説明」法の科学43号8-15頁、2012年、査読なし

OKADA, Masanori, The Formation and Development of the Economic Administrative Law in Japan, in: Journal of Law and Economic Regulation, vol.5 (Center for Law & Public Utilities / Seoul National University), pp.169-200, 2012、査読なし

岡田正則「韓国憲法裁判所の沿革と現状——二つの「最高裁判所」の競合問題と相乗的発展——」法と民主主義470号6-12頁、2012年、査読なし

岡田正則「日本における行政訴訟制度の形成史と改革の課題」司法(JURIS/韓国大法院)22巻389-446頁、2012年12月、査読なし

岡田正則「権利論と裁量論」早稲田大学大学院法学研究科(編)『法学研究の基礎<法と権利>』(早稲田大学大学院法学研究科、2011年)93-111頁、2011年、査読なし

岡田正則「公法学における歴史研究の意義——近代的な「時間」の観念と立憲主義・法治国家——」公法研究73号21-41頁、2011年、査読なし

岡田正則・河明鎬「韓国における憲法裁判所および行政法院の機能と役割」比較法学45巻2号1-18頁、2011年、査読なし

岡田正則「地方分権改革後における条例制定権の範囲に関する一考察——神奈川県臨時特例企業税条例事件控訴審判決の検討を中心に——」早稲田法学87巻1号1-36頁、2011年、査読あり

〔学会発表〕(計9件)

岡田正則「日本における行政訴訟制度改革の歴史的背景」第9回日中公法学シンポジウム(華東政法大学) 2013年11月30日

岡田正則「日本における法曹養成制度・司法試験制度改革——歴史的背景・成果・展望——」台湾考試院主催「考選制度国際・兩岸學術研討会(2013 International and Cross-Strait Conference) 報告、2013年10月

OKADA, Masanori, Modern States, Citizenship, and the Nation: Historical Development of the State Redress System in Japan, in: 2013 International Meeting in Boston, Law and Society Association / May 31, 2013

岡田正則「巨大自然災害・原発災害と法——基礎法学の視点から——」第6回基礎法学総合シンポジウム / 2012年7月7日 / 於・日本学術会議講堂

OKADA, Masanori, The Formation and Development of the Economic Administrative Law in Japan, in: 2012年2月28日 / 經濟行政法理論研究セミナー(韓国・ソウル大学校)

岡田正則「現代における法・判例の形成と実定法学の課題——企画趣旨説明」 2011年11月27日 / 2011年度民主主義科学者協会法律部会學術總會・全体シンポジウム、於・立命館大学(京都)

岡田正則「行政裁量の司法審査——科学技術をめぐる行政判断とその制御を中心に——」2011年10月28日 / 第7回日中公法学シンポジウム / 於・東南大学(南京)

OKADA, Masanori, Climate Protection and Sustainability in Japan: Tasks Following March 11th 2011, in: Internationaler Umweltrechtstag Hamburg

2011 / 15. 9. 2011 (Bucerius Law School, Hamburg)

岡田正則「公法学と法実務・基礎法学」第5回基礎法学総合シンポジウム「日本における「法学」の現状と可能性 法実務・実定法学・基礎法学」 / 2011年7月9日(土) / 於・早稲田大学

〔図書〕(計1件)

岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史』弘文堂、2013年、322頁

6. 研究組織

(1)研究代表者

岡田 正則 (OKADA, Masanori)  
早稲田大学・法学学術院・教授  
研究者番号: 40203997