

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 30 年 6 月 14 日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2014～2017

課題番号：26380049

研究課題名(和文)近代国家における行政救済制度形成史の総合的研究

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

研究代表者

岡田 正則 (Okada, Masanori)

早稲田大学・法学大学院(法務研究科・法務教育研究センター)・教授

研究者番号：40203997

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,000,000円

研究成果の概要(和文)：第一に、civil概念について、それが近代国民国家の形成に理念的な基礎を提供する一方で、国家の構成員の法関係を非政治化・私化するという機能および隣国に対する国民国家形成を阻害する機能を果たしていたことを解明した。第二に、法継受について、translation studiesの視点を用いて、法関係のグローバル化という脈絡の中で法継受を分析する際の方法論的な課題を示した。第三に、日本の行政救済制度について、裁判所の機能不全の歴史的原因を行政権の出先機関というその出自および戦後改革の歪みにあることを示し、今後の改革の課題を考察した。

研究成果の概要(英文)：First, as to the concept of "civil", I clarified that while it provided a philosophical basis for the formation of modern nation states, it also played a role of privatizing the legal relationship of the members of the state and of hindering the formation of a national state for neighboring countries. Second, I showed a methodology for analyzing legal transformations in the historical context of globalization of legal relations, using the viewpoint of translation studies. Thirdly, I showed the historical cause of the disability of the courts in the administrative relief system in Japan, pointing out their origin as a branch of administrative power and the distortion of postwar reform, and then I examined the legal issues concerning the reform of administrative litigation system in the future.

研究分野：公法学

キーワード：公権力の行使 行政処分 行政行為 行政訴訟 行政裁判制度 外国法の継受 司法制度改革 ドイツ  
公法史

## 1. 研究開始当初の背景

(a)制度改革上の必要性 行政救済制度の見直しは、現在、各国共通の課題となっている。そこでこの問題意識は、政策形成型行政訴訟への制度的な対応および公共的法関係のグローバル化への対応にあるが、その根底には19世紀後半に形成された国民国家システムの見直しという課題がある。この課題に対応するためには、近代国家の形成過程における行政救済制度構築の必然性とその限界を解明しなければならない。本研究は、近現代国家の行政救済制度形成史の視角から公権力の法的制御メカニズムを明らかにすることにより、今後の抜本的な制度改革の方途を提示することとした。

(b)解釈論上の必要性 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。

(c)法理論上の必要性 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理論上の問題が生じている。本研究は、歴史研究の欠落を補うことによって、こうした構造的欠陥を正確に分析した上で、法理論の新たな発展方向を提示するものである。

## 2. 研究の目的

日本の行政救済法の制度史・理論史を通覧する研究はまだ存在していない。これは、日本の学術研究にとっても、また比較法的にみても、重大な欠落である。私は近年、この欠落を埋めるための研究を進め、その成果を公表してきた。本研究は、上記研究の総まとめとして、世界的にも十分に研究されていない国家相互間の制度移植の過程や公権力システム相互間の調整原理を分析することにより、行政救済制度史・理論史の全体像を提示することを目的としている。これをもとに、制度の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と解釈論・法理論の新たな発展方向を示すことにしたい。

## 3. 研究の方法

本研究は、行政救済制度の形成史と理論史を、比較法制史の視角からまとめる。研究方法としては、1875年前後の欧米における行政救済制度の改革・創設過程に関する文献研究、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、行政裁判所判例と学説の相互の影響および両者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、を行うこととした。

## 4. 研究成果

### 科研基盤C(2014-2017年)研究成果

## 4. 研究成果

(1)行政救済制度の歴史的な前提として、法・権利関係の「公と私」の分離があること

から、2016年から2018年にかけて、19世紀前半における国民国家と「権利」概念の形成過程を研究した。具体的には、18世紀末以降のフランス人権宣言と諸憲法・フランス民法典におけるcivilとcitoyen概念の変遷に関する分析および19世紀前半のドイツにおけるこれらの受容と拒絶の過程に関する分析という、憲法における「国民の権利」と民法における「私権」の形成過程の研究である。その成果が、岡田正則「私権・人権と市民的権利」水林彪・吉田克己編『市民社会と市民法—civilの思想と制度』（日本評論社、2018年5月）119-148頁および同「フランス民法典とドイツの国民国家形成」水林彪・青木人志・松園潤一郎編『法と国制の比較史—西欧・東アジア・日本』（日本評論社、2018年5月）175-197頁である。

前者では、civil概念が一方でcitoyenを国民化することによって国民国家形成の理念的な基礎を提供しながら、他方でその構成員を非政治化・私化するという機能を果たしていたことを示した。また後者では、フランス民法典のドイツ地域への適用に対抗するサヴィニー私法理論の形成過程をとおして、civilの普遍的な実現という目標と国民国家の個別的な形成という手段とが対立する側面を提示し、civilの概念が19世紀初頭のドイツ地域においてフランスの場合よりもいっそう限定的で非政治的な性質になるに至った国内および国際的な政治的・社会的要因を解明した。日本への法継受の前提とされる19世紀中葉から世紀末にかけてのドイツにおけるcivil概念（zivil, bürgerlichの概念）の分析は、今後の課題として残っている。

（2）ドイツ等をモデル国家とする行政救済制度の日本法への継受については、マックスプランク欧州法史研究所の研究プロジェクトに即して作業を進めた。その成果は、2014年9月・2016年2月・2018年3月の同研究所での研究報告および招待講演（“Translation

deutschen öffentlichen Rechts nach Japan im 19. Jahrhundert: Skizze eines Forschungsvorhabens mit einem besonderen Fokus auf dem Verwaltungsgerichtssystem”, “„Translation“ des Verwaltungsgerichtssystems in Japan des späten 19. Jahrhunderts: Globalisierung und Gestaltung des Nationalstaates”, “Legal Transformations of Japanese Public Law in late 19th and early 20th Century: From a Perspective of Administrative Litigation System”）である。

2014年の報告では、19世紀後半の東アジアにおける日本の法継受の位置づけおよびその特徴を提示し、2016年の講演では日本における行政裁判制度形成の過程をtranslation studiesの視点を用いて分析し、2018年の報告では法関係のグローバル化という脈絡の中で法継受を分析する際の方法論的な課題（時代状況の中で法が要請される役割、法秩序の相互関係、受け入れる側での法文化の特徴・軋轢、法継受を正当化するための「物語」）を述べた。これらの公表は2018年度以降の課題である。

（3）明治期以降の行政救済制度史の展開については、(a)救済法理論、(b)立法・裁判実務、(c)法曹養成制度について考察を進めた。(a)については「国家賠償訴訟における反射的利益論」<sub>1</sub>、「グローバル化と現代行政法」<sub>2</sub>、(b)については「グローバル新自由主義と最高裁判例の変容」<sub>3</sub>、「厚木基地訴訟・辺野古訴訟最高裁判決からみた司法制度の現状」<sub>4</sub>、「行政訴訟の審理と裁判官の責任—その歴史と現状—」<sub>5</sub>、(c)については「日本法曹育成制度・司法考試制度改革：歴史・成果・展望」<sub>6</sub>、「司法制度改革後の法学教育—その危機と再生」などの論文が成果である。

日本における行政救済制度の概括的な評価として、論文「行政訴訟の審理と裁判官の責任」は、「日本の司法制度は行政権（司法省）の出先機関という出自を持っており、また管轄対象が民刑事事件だけとされていた

ため、もともと行政権の活動をチェックする仕様にはなっていなかった。戦後改革と日本国憲法の施行によって司法権は行政権から分離・独立したが、行政権を優越させる訴訟法制がつくられてしまったこともあり、そのチェックを行う制度に転換するには至らず、行政事件を民事事件の枠にはめて処理することとしていた。そして何よりも、裁判官自身が民刑事の事件しか取り扱えないように養成されていたため、多くの裁判官は行政事件を忌避する態度をとった。司法制度改革と2004年の行政事件訴訟法改正は、このような状況を転換するはずであった。たしかに、最高裁による判例変更など、行政事件について積極的な審査を行う姿勢がみられるようになったことは高く評価すべきであろう。しかし、この改正は、行政事件を民事事件の枠にはめて処理するという従前の仕様を変更しなかったため、社会的に影響の大きい行政事件の審査になると、個々の裁判官は旧来の枠組みに退却してしまうようであると述べた後、裁判所制度・訴訟制度・法曹養成制度を今後改革して行くにあたっての具体案や理論的課題を示した。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計18件)

岡田正則「日本法曹培育制度・司法考試制度改革：歴史・成果・展望」国家菁英39号(中華民国考選部、2014年10月)169-181頁、査読なし

岡田正則「グローバル新自由主義と最高裁判例の変容」民主主義科学者協会法律部会編『改憲を問う—民主主義法学からの視座』(日本評論社、2014年11月)82-87頁、査読なし

岡田正則「教育公務員の再雇用における行政裁量の限界—東京都教職員再雇用拒否事件を例として—」南山法学38巻3・4号

409-451頁、2015年7月、査読なし

岡田正則「国家賠償訴訟における反射的利益論—建設アスベスト事件を素材として—」早稲田法学91巻4号1-32頁、2016年7月、査読あり

岡田正則「埋立承認の職権取消処分と取消権制限の法理」紙野健二・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義』(日本評論社、2016年8月)187-212頁、査読なし

岡田正則「司法制度改革後の法学教育—その危機と再生」法の科学47号8-16頁、2016年9月、査読なし

岡田正則「辺野古訴訟で問われる日本の法治主義と地方自治—高裁判決をどう是正するか」世界888号40-47頁、2016年10月、査読なし

岡田正則「裁判所による法治主義・地方自治の破壊—辺野古訴訟高裁判決の問題点と上告審の課題」法律時報88巻12号106-111頁、2016年10月、査読なし

岡田正則「グローバル化と現代行政法」岡田正則ほか編『現代行政法講座・第1巻/現代行政法の諸相』(日本評論社、2016年12月)351-373頁、査読なし

岡田正則「「政治的司法」と地方自治の危機—辺野古訴訟最高裁判決を読み解く」世界891号93-100頁、2017年1月、査読なし

岡田正則「厚木基地訴訟・辺野古訴訟最高裁判決からみた司法制度の現状」法と民主主義516号38-42頁、2017年3月、査読なし

岡田正則「辺野古新基地問題が映し出す地方自治の現在」市政研究(大阪市政調査会)195号16-27頁、2017年4月、査読なし

岡田正則「福島原発事故避難者賠償請求群馬訴訟第1審判決の検討—国の責任を中心に—」判例時報2339号239-243頁、2017年9月、査読なし

岡田正則「行政訴訟と司法はどうあるべきか」法と民主主義524号15-17頁、2017年12月、査読なし

岡田正則「行政訴訟の審理と裁判官の責任—その歴史と現状—」判例時報 2351 号 122-130 頁、2018 年 1 月、査読なし

岡田正則「辺野古埋立承認取消しに係る不作為の違法確認請求事件最高裁判決—最二小判 2016 (平成 28)・12・20 民集 70 巻 9 号 2281 頁、判例時報 2327 号 9 頁(上告棄却)」自治研究 90 巻 2 号 136-154 頁、2018 年 2 月、査読なし

岡田正則「フランス民法典とドイツの国民国家形成—civil 概念の対外的機能に関する考察」水林彪・青木人志・松園潤一郎編『法と国制の比較史—西欧・東アジア・日本』(日本評論社、2018 年 5 月) 175-197 頁、査読なし

岡田正則「私権・人権と市民的権利—フランス革命期の憲法・民法典における civil と citoyen」水林彪・吉田克己編『市民社会と市民法—civil の思想と制度』(日本評論社、2018 年 5 月) 119-148 頁、査読なし

[学会発表](計 10 件)

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」2014 年 4 月 27 日 / 山東大学

岡田正則「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—」2014 年 4 月 28 日 / 山東大学

OKADA, Masanori, Translation deutschen öffentlichen Rechts nach Japan im 19. Jahrhundert: Skizze eines Forschungsvorhabens mit einem besonderen Fokus auf dem Verwaltungsgerichtssystem, Workshop: Rezeption, Transfer, Translation -- Neue Ansätze zur Erforschung interkulturell vermittelter Rechtsbildungsprozesse am Beispiel Japans im 19. Jahrhundert, 19. September 2014, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte

OKADA, Masanori, 「日本における個人情報保護制度の現状と課題」2014 MRLC-Korea

Personal Data Protection Law Association Joint Seminar, "Comparison of Privacy Data Protections Laws in Northeast Asia", October 25, 2014, Korea University CJ Law Building, Seoul, Korea

OKADA, Masanori, Eine historisch-theoretische Analyse über soziale Netzwerke: Zum Verwaltungsrecht in der Zeit der Entstaatlichung, in: Verwaltung in Netzwerken / Deutsch-Japanisches Symposium vom 26. bis 27. Feb. 2015 / am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer

岡田正則「司法制度改革後の法学教育—その危機と再生(企画趣旨説明)」民主主義科学者協会法律部会学術総会 / 全体シンポジウム「司法制度改革後の法学教育—その危機と再生」(於・名古屋大学) 2015 年 11 月 29 日

OKADA, Masanori, „Translation“ des Verwaltungsgerichtssystems in Japan des späten 19. Jahrhunderts: Globalisierung und Gestaltung des Nationalstaates, in: Seminar des Forschungsschwerpunkts Translation: Gastvortrag Prof. Masanori Okada, 25. Feb. 2016 / am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt

岡田正則「原発災害避難住民の「二重の地位」の保障—「生活の本拠」選択権と帰還権を保障する法制度の提案—」日本学術会議公開シンポジウム「原発事故被災長期避難住民の暮らしをどう再建するか」(於・帝京大学) 2016 年 9 月 19 日

岡田正則「法学教育と民主主義法学の現在—緒方桂子・豊島明子・長谷河亜希子編『日本の法』(日本評論社、2017 年)を素材として(企画趣旨説明)」民主主義科学者協会法律部会学術総会 / ミニ・シンポジウム「法学教育と民主主義法学の現在」(於・関西大学) 2017 年 11 月 25 日

OKADA, Masanori, Legal Transformations of Japanese Public Law in late 19th and early 20th Century: From a Perspective of Administrative Litigation System, March 9, 2018 / Initial Comparative Workshop on Legal Transformations in 19th and early 20th Century Japan, China and Ottoman Empire / am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt/M

〔図書〕(計3件)

岡田正則・本多滝夫・榊原秀訓編『判例から考える行政救済法』日本評論社、2014年9月、288頁

岡田正則・榊原秀訓・大田直史・豊島明子『地方自治のしくみと法』自治体研究社、2014年10月、196頁

岡田正則・榊原秀訓・白藤博行・人見剛・本多滝夫・山下竜一・山田洋編『現代行政法講座・第1巻 / 現代行政法の基礎理論』(共編著)日本評論社、2016年、377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