

明治行政裁判制度成立史に関する一考察

—行政裁判法の成立課程と井上毅—

ニエ
轟

ミン
明

目 次

はじめに	224
1. 行政裁判法成立前史と井上毅	225
(1) 明治前期の行政争訟制度と井上毅	225
(2) 井上毅と明治憲法第61条の成立経過	231
2. 行政裁判法の制定と井上毅	236
(1) 井上毅の行政裁判法案起草	236
(2) 「井上案」と「行政裁判法」との比較	240
(3) 枢密院の行政裁判法案修正に関する井上毅の意見	243
むすびにかえて—本稿のまとめと今後の課題	248

明治行政裁判制度成立史に関する一考察

—行政裁判法の成立過程と井上毅—

轟

明

はじめに

明治期における近代行政裁判制度の成立史については、すでに幾多の先行研究⁽¹⁾が発表され、なかんずく、行政裁判法の成立過程に関する個別的な研究として、行政裁判法の制定に寄与したお雇い外国人法律家⁽²⁾の事績に関する詳細な史料分析および論述が行われてきた⁽³⁾。ところで、少し視点を変えて、こうした従来の研究成果をふまえながら、明治期の行政裁判制度成立過程に影響を与えた日本の法制官僚に焦点をあわせてみることは、明治維新後の行政争訟法制の近代化、とくに近代的行政裁判制度形成のための外国法継受における日本人の思想と行動を理解し、日本近代法発達史とりわけ外国行政裁判制度の継受に関する何か新しい視点を見出すことができるのではないかと思われる。

そこで本稿では、ひとまず、明治期の代表的な法制官僚である井上毅（1843～1895）をとりあげることとする。これは、次のような理由による。

まず、井上毅と言えば、行政裁判所設置の方針を定めた明治憲法の主たる起草者であることはすでに周知の通りである。そして彼は、明治期の法制近代化および西洋法継受の主要な担い手として、明治憲法のほかに数多くの法案を起草し、「明治政府の法律制度、一として殆んど彼が参画せざるものなく、其の詔勅、誥文、一として殆んど彼が草案に出でざるものな」⁽⁴⁾、もちろん行政裁判法および訴願法などの立案にも携わった。特に、井上毅関係の資料である「梧陰文庫」に収められてい

る行政裁判および訴願など行政争訟関係の史料は非常に豊富で、そのなかに、井上毅自ら起草した明治初期以来の行政争訟関係の法案、意見書および外国人法律家への問議なども数多く残されている⁽⁵⁾。したがって、日本近代憲政史に関する研究にとってはもちろんのこと、行政裁判制度の成立史とりわけ行政裁判法の制定過程を考察する際にも、彼のことを抜きにして語ることはできないといえよう。

なお、周知のように、明治憲法下の行政裁判制度は、大陸型のそれを範としたが、その原型となったのは、フランスの制度ではなくドイツとくにプロイセンの制度であった。これについて、和田英夫氏の研究⁽⁶⁾では、明治期の行政裁判制度成立過程において「一度は論議されたフランス型行政裁判（コンセイユ・デタ）の継受が沙汰済み」になった「積極的な制度技術的理由」として、明治11年（1878年）と推定される井上毅の伊藤博文へ宛てた書簡⁽⁷⁾の一節が取り上げられている⁽⁸⁾。これに関して興味深いのは、フランス留学の経験を持ち、且つ「フランスの司法制度に心酔していた」⁽⁹⁾井上毅がなぜフランス行政裁判制度の採用に反対したのか、そして、この伊藤博文に宛てた書簡の中で「欧洲大陸之行政才判法あるに拘はらず、我邦ハ断して現在未来とも此法を採用せざるべき也」と言い切った井上毅が、なぜ後の憲法草案を起草する際、大陸型とくにドイツ型行政裁判所制度の設置を是とするに至ったのかという問題である。

本稿は、さしあたって「行政裁判法の成立過程と井上毅」というテーマの下で、明治行政裁判の

成立史、とくにその成立過程における法継受の問題に関する井上毅のような日本の法制官僚の思想と行動を研究するための、一つの地均し作業として、まず、井上毅が与かった行政裁判法成立の前史的段階における行政争訟制度関係のいくつかの法案などの立案、および彼による明治憲法の起草と行政裁判所設置の方針を定めた明治憲法第61条の成立経過を概観する；次いで、行政裁判法の制定における井上毅とくに彼が起草した行政裁判法草案を中心に、その起草経緯を辿り、そして、明治23年に公布された行政裁判法と比較しながらその内容および特徴を明らかにする；それから、行政裁判法案の枢密院における審議経過および枢密院の行政裁判法案修正に対する井上毅の意見などを取り上げる；最後に、以上の関係史実を基に、行政裁判法の成立過程における若干の問題について本稿としての一応の考えをまとめ、今後の課題を見出しておくにとどめたい。

1. 行政裁判法成立前史と井上毅

(1) 明治前期の行政争訟制度と井上毅

1. 明治10年(1877年)の「行政処分願訴規則案」⁽¹⁰⁾

周知のように、日本では、人民が地方官等の違法な法規規定・行政処分などによって侵害を受けた時、裁判所へ出訴しうることは、明治5年(1872年)の司法省第46号達によって初めて認められた。その後、このような行政事件裁判制度の規定に関連するいくつかの司法省達が相次いで発布され、その結果、人民から出訴する者が多く、行政事件の訴訟が一時増加し、司法権が行政権を掣肘するいわゆる「行政牽制の弊」を生じた。

そのため、政府は、明治7年(1874年)司法省第24号達として、「人民ヨリ院省使府県ニ対スル訴訟仮規則」を発布し、「人民ヨリ院省使府県ニ対スル訴訟」を司法裁判事件として裁判所で受理されるものと、「行政裁判」事件として正院の指図を乞うべきものとの2種に区分した。これによって、政府、つまり太政官および司法省の、行政事件における裁判所への介入の途が開かれた。

しかし、それでも、行政事件に対する司法裁判

所の干渉、つまり「行政牽制の弊」を完全に排除しようとする当時の政府にとって、この司法省第24号達は満足しうるものではなかった。すなわち、同達は、行政事件に関する政府の裁判に対する介入を認める一方で、事件の審理については、暫定的な措置としてやはり訴訟手続によって司法裁判所で行われるというところに問題を残したのである。とくに、行政事件の審理が裁判所において訴訟手続によって行われたために、原告たる人民と被告である政府とが対等の権利主体として相互の権利義務関係を争うという構造は、当時の政府にとって好ましいことではなかった。政府の目指す方向は、このような訴訟ではなく、行政庁に対する「陳情、哀願ないし請願」⁽¹¹⁾であった。

明治8年(1875年)3月11日、司法省権中法官井上毅は、参議大久保利通に「司法省改革意見」⁽¹²⁾を呈した。その中で、井上は、「今ニ在テ、司法者ハ、必ス更張アルヲ要ス」と述べ、そして司法省を「更張」するには、第1に「人ヲ得ルニ在リ」、第2に「課ヲ分ケ任ヲ責メ、無用ノ官吏ヲ省ク」、第3に「議事規則ヲ設ク」、第4に「各種法律事務官ヲ設ク」、第5に「裁判権ヲ判テ司法省ト分立シ、行政官ト相干冒セザラシメ、以テ其ノ独立ヲ保ス」、第6に「全国ニ二十五六所ノ上等裁判所ヲ置キ、以テ覆審ヲ行ヒ、各地方ノ大区ニ、下等裁判所ヲ置ク」、第7に「東京ニ大審院ヲ置ク」ことが必要であると強調している⁽¹³⁾。そして、井上毅は、最後の第7点すなわち大審院を設置するための立案調査に大きく関わった⁽¹⁴⁾。

明治8年(1875年)5月24日、「立憲政体の詔書」⁽¹⁵⁾に基づき、太政官布告第91号で「大審院諸裁判所職制章程」発布され、司法に関する最高機関としての大審院が設置され、「大審院ハ民事刑事ノ上告ヲ受ケ、上等裁判所以下ノ審判ノ不法ナル者ヲ破毀シ、全国法権ノ統一ヲ主持スルノ所トス」(第1条)とされた。これによって、三権分立を徹底すべき方針が確立された。

ところで、この大審院の設置に伴って、新たな問題が生じてきた。つまり、明治7年の司法省第24号達を中心とする制度は、行政事件に関する太

政官及び司法省の、裁判に対する介入を認めた点で、司法と行政の分離に反するという点である。したがって、政府の立場としては、裁判所から「自由」になるには、裁判所での行政事件の審理そのものを廃さなければならない、という結論に達したのである⁽¹⁶⁾。

そこで、政府は、明治10年(1877年)に、伊藤博文が長官を務めている法制局において「行政処分願訴規則案」の作成を行った。この規則案の骨子は、行政事件に関しては、司法裁判所に出訴することを許さず、行政庁への「歎願」のみを認めようとするものであった⁽¹⁷⁾。

当時法制局専務に任命された井上毅もこの規則案の作成に携わった。彼は、この規則案の作成に関連して、法制局長伊藤博文に宛てた手紙⁽¹⁸⁾の中で次のような見解を述べている。

今先ツ佛国行政裁判之良否と、又其果して我邦に採用すべき哉を講究する事必要なるべし、佛国の法学者に行政裁判の非を論ずるもの少なからず、其説は行政権と裁判権と混淆闃雑なるを謂ふなり、蓋し社会上既ニ専門の裁判権あり、然るに裁判権の外、更に又行政裁判を設くるハ重複といはざるへからず、次に行政裁判をして果して良法ならしむるも、亦之ヲ我邦に適施すべき乎の問題に至而困難の件々如左、

第一 政府に参議院の設なし、府県に参事議院なし、故に行政裁判之器具未タ備へず、
第二 佛国ニおいて司法裁判に属すべき事件と、行政才判に属すべき事件と、其區別ハ甚タ曲折繁瑣にして法学者の尤も苦む所たり、例へハ、直税ハ行政才判に属し、間税ハ司法才判に属する之類、尤も説明に苦むなり〔普魯西にてハ間税も行政才判に属す〕是において、実際に臨ミ、行政権と司法官と権限の争、往々にし而起り、從而権限裁判之設けあらざることを得ざるに至候、我邦、未タ各法の完備せざるに当り、遽カに行政才判を設けて、其管属事件を定めんと欲するハ、實際甚タ難く、縦令法案にハ

之を定メ得るも、後日実施之時ハ以外に紛雜多事を生ずるに至るべし、

右の原由を以て、歐洲大陸之行政才判法あるに拘はらず、我邦ハ断して現在未来とも此法を採用せざるべき也、以上、行政裁判を転用すへからざることを論ず、然らハ旧法に依り、凡ソ行政官を訴るもの、皆ナ司法官の受理に帰せしむる歟、又ハ概断して人民ハ官府を訴ふる之権なきものとし、特リ歎願する事を得るも、争訟する事を得ざらしむる歟、此兩端即チ現に議者の争案たり、

従前、何事何物に拘らず、人民ハ行政官に対して之を才判所に訴ふる之権を許し、之カ限界を設けざるハ、明治4年百事草創之間、一時之武断に出て歐洲各邦にも超え、過度の自由を與へたるものにして、從而行政官吏ハ牽掣の不便を免れざる現況之弊害ハ、已ニ人々の普ク知る所にして、更に喋々するを用ひず、即チ訴訟を廃して嘆願とする之新法案ある所以なり、……

つまり、井上毅は、まずフランスの制度を含めてヨーロッパ大陸型の行政裁判制度を採用しえないことを主張した上、人民より院省使府県に対する訴訟に関するこれまでの「旧法」、すなわち明治5年司法省第46号達および明治7年司法省第24号達などは、何らの限界も設けておらず、「過度の自由」を与えるものであり、これによってもたらされた司法による「行政牽掣」の弊害は大きいと指摘し、人民より院省使府県に対する訴訟が司法裁判所において審理されることを批判した。そして、新たに採用しうる制度は、「訴訟」として裁判所に委ねるか、もしくは「歎願」として行政庁に委ねるか、のいずれかであるが、井上の立場からすれば、彼は、「訴訟」ではなく、行政庁に対する「歎願」という方法をとるべき、つまり、「人民ハ官府を訴ふる之権」無く、「新法案」は「訴訟を廃して歎願とする」べきとするのである。

井上毅のこのような考え方は、法制局で起草された「行政処分願訴規則案」にも反映されていた⁽¹⁹⁾。

井上毅ら法制局のメンバーが作成したこの「行政処分願訴規則案」の前文には、「従前行政処分ニ対シ不服ノ者ハ裁判所ニ訴へ出ルノ成規ニ候処自今左ノ規則ニ拠リ主務ノ官庁ニ願訴スルヲ得ヘシ」とあり、又、同規則案に附随する「聴理ノ規則」第1条には、同規則案の主意は「行政官ニ対シ従前ノ通裁判所ニ訴訟スルコトヲ聴サ」ないことに存する、と規定されている。したがって、この規則案が施行されると、従来司法省第24号達を中心とする制度によって認められていた裁判所への出訴が、許されないことになるのである。

なお、この規則案に定められた手続⁽²⁰⁾から見ると、例えば、願訴には、代言人を用いることはできない(第8条)、願訴費用は「訴訟入費ノ例」に従わず、すべて願訴人負担とする(第11条)、つまり代言人利用の禁止および願訴費用の願訴者負担などによって願訴自体の利用を困難にするものであったといえよう。

このように、「人民ヨリ院省使府県ニ対スル訴訟」を一切許そうとしないこの規則案には、まさに、行政庁が裁判所の判断に拘束されないようにすることを露骨な形で追求する態度が示されているといえよう⁽²¹⁾。同時に、この規則案の起草者の一員である井上の、「行政官吏ハ牽掣の不便を免れざる現況之弊害」を除去するには「訴訟を廃して嘆願とする之新法案」が必要であるという考え方も充分反映していた。

ところで、行政処分願訴規則案は、明治10年12月14日、元老院の検視に付され、さらに、翌明治11年2月、元老院の議定にかけられたが、元老院は、行政事件に関して、司法裁判所に出訴することを許さず、行政庁への「歎願」のみを認めるのでは、行政の専断を招く虞があるという理由で、同規則案の施行に強く反対し、その結果、この規則案は成立しなかった。

結局、行政処分願訴規則案が廃案とされることによって、明治7年司法省第24号達を中心とする制度は残され、明治21年(1888年)の市制町村制と明治23年(1890年)の行政裁判法による行政裁判制度の確立に至るまで、人民と国家との間の紛

争の基本法であり続けた。

2. 行政司法権限争議案⁽²²⁾

前述のように、明治10年(1877年)の行政処分願訴規則案が結局成立しなかったことによって、明治7年(1874年)司法省第24号達を中心とする従来の制度は残された。ところで、明治7年の司法省第24号達には、官庁間および行政官と司法官との間の権限の問題について一応規定されている(同達第4条)が、それは、必ずしも明確なものではなかった⁽²³⁾ため、行政と司法との裁判権限について、なお混淆を免れない状態となっていた。したがって、行政裁判事件に関する行政と司法との権限争議は一つの重要な問題となっていた。

この問題に関して、司法省は明治8年(1875年)10月29日、太政官に対し、人民より院省使府県に対する訴訟「ニ於テハ当分当省へ伺出候上、受理可為致ト存候ニ付別紙ノ通各上等裁判所へ相達申度候間、至急御指揮相成度」との伺いを上申した。そして、太政官の裁令を受け、翌明治9年(1876年)10月22日司法省第5号布達をもって、各上等裁判所に、「人民ヨリ院省使府県ニ対スル訴訟ニ付、明治七年第24号ヲ以テ相達置候処、右ハ行政司法ノ裁判権限ニ於テ猶混淆ヲ免カレサル儀モ有之候ニ付、追テ御規則相立候迄、右ニ関スル訴訟ハ総テ本省へ伺出指令済ノ上受理可致候、此旨相達候事」と通達した⁽²⁴⁾。

一方、当時太政官内でも「行政司法権限争議」に関する法案が考慮され⁽²⁵⁾、井上毅もその法案の起草に与かった。「梧陰文庫」に井上毅起稿の「行政司法権限争議」⁽²⁶⁾という法案があるが、この法案は6条からなっており、その内容は次の通りである。(1)司法裁判所が行政裁判事件を誤って受理した場合、省察府県は司法裁判所に通牒して引直しを求めることができる。但し、既決の裁判については、控訴上告の場合を除くほか引直しを求めることができない(第1条)。(2)司法裁判所から異議があるとき、省察府県は事由を書いた文書を正院に提出しその指揮を乞わねばならぬ、司法裁判所は異議の有無に拘わらず裁判を中止しなければならない(第2条)。(3)省察府県との関わりがある

人民相互間の訴訟事件も行政裁判に訴えるべきものとする(第3条)。(4)正院は行政と司法との権限争いを決裁し、また司法越権の裁判を破毀することができる(第4条)。(5)正院によって未決の裁判が引き直されまたは既決の裁判が破毀されたとき、これを司法卿に通達し、司法卿はこれを裁判所に通達しなければならない(第5条)。(6)行政司法両部とも権限以外として受理せざる事件については、正院がそれを決定する(第6条)。

この法案は、主として中央最高行政機関である正院による司法裁判所への関与を認め、とくに、正院は、行政と司法との争議を裁決することにとどまらず、「司法越権ノ裁判ヲ破毀スルコト」もできる(第4条)と定めている。したがって、該法案は前述の「行政処分願訴規則案」と同じく、「政府ノ自由」および行政権の強化を確保しようとする行政権優位の思想と立場が色濃く反映されていることはいうまでもない。

ところで、当時の割拠性統治構造の下における「行政部・司法部相互間のイデオロギー的な敵対性やセクショナリズム」⁽²⁷⁾などにより、行政事件に関する行政庁と司法裁判所との権限争議は、簡単に決着がつけられる問題ではなかった。そのため、この法案が結局成立しなかったのも、この辺に或いは原因があるのではないかと思われる。

3. 「仏国参議院(コンセイユ・デタ)」に倣った参事院の創設

梧陰文庫には、井上毅がフランスで法制調査に従事していた明治6年(1873年)頃書き留めた『仏蘭西国政覚書』が残されている⁽²⁸⁾。その中で、井上は「国(参)議院」(コンセイユ・デター)⁽²⁹⁾の「施政事務」(ホンクシオンアドミニストラチフ)と「聴断事務」(ホンクシオンコンタンシウス)に注目した。そして、明治11年(1878年)、井上毅は右大臣岩倉具視宛の封事⁽³⁰⁾において、法制局の改正を促し、従来の法制局が書記局と法律議事局との2つの異質な事務を混淆していたため、長官の政治力によって権限が左右され、「今日不規則ノ物議」をもたらしたと指摘した上で、「仏国ノ参議院ニ倣ヒ、専ラ法制ノ府トシ、政府顧問ノ地ト」し

て「衆賢才ノ人ヲ集メ」るべしと提案している。しかし当時点では、こうした提案が実現されるには「容易ナラザルノ情実」があり、そのため、井上毅は、岩倉宛の上の封事の中で、「暫ク旧式ニ依リ、而シテ總裁其人ヲ得テ事務上ニ於テ實際ニ局員ヲ鼓舞シ、空論延滞ノ地タラシメザルアルノミ」として、次の折衷案を提起した。

- 一、民法刑法ハ議事ス、行政裁判ハ議事セズ、
- 一、民法刑法ハ必ス法制局ニ下議シ、行政事務ハ顧問ノ後内閣ニ於テ取捨アルカ、又ハ法制局ニ於テ改案セシム、
- 一、内閣ニ於テ文書ノ起草ヲ命スルトキハ、何課ニ拘ラズ臨時特ニ掛ヲ命ズ、
- 一、其外分課シテ官名ヲ改ムル等、

この中の「行政裁判ハ議事セズ」という点から、井上の提案は行政裁判の機能を持つコンセイユ・デタと同一のものではないということが分かる。封事の最後に、井上毅は「右法制局ノ改正ニ拘ラズ、現今行政裁判ヲ設ケテ太政官ニ直管シ、又ハ法制局ノ一部トシ、官民訴訟ノ不当ヲ改良スルコト甚タ緊要トス、此議至急ニ取調シメラレ可然歟」と岩倉に提言した。因みに、梧陰文庫に架蔵されている「元老院意見、参議院及行政会議ヲ構成スルノ議」⁽³¹⁾の中で、井上毅は、現今の大臣参議からなる参議院を設けて法律の助言と行政裁判を担当させることも建言した。

その後、井上毅は、法制局改正並びに「参議院」創設を実現するために、岩倉ら政府の指導者に「仏国参議院之制」⁽³²⁾などの参考資料を供覧に奉じ、参議院に関する知識の浸透に努めていたようである⁽³³⁾。

明治14年(1881年)9月14日、参議伊藤博文は、井上毅に宛てた書簡の中で、内閣組織の改定と参事院のことに触れて、「直ニ参議之名称ヲ被廢、各省ノ卿ヲ以テ内閣ヲ組織スルコトニ取極置度、且内閣之下ニ所謂参事院ナル者ヲ設ケ、今ノ各部ヲ廢シ、其事務ハ悉皆参事院ニ引継、以前ノ左院ノ様ナル者ニ復スル見込ナリ……元老参事両院長ヲ今ノ参議ヨリ一人宛長ヲ引受ケサセ、至テ都合ヨキコトニ被考候」⁽³⁴⁾と述べている。そこで井上毅

は、伊藤博文の元老院改革と参事院創設の方針に従って、「主として調査の任に当り」⁽³⁵⁾、仏国参議院の制を参考にして、その具体的な調査立案に着手した。これに関して、伊藤博文が井上毅に送った同月24日付の書簡の中で、「御起草之組織案今朝落手仕候、至極都合能出来、完全之物と奉存候、参議院組織も相整次第御送附奉願候」⁽³⁶⁾と書いた内容からも推察されるように、井上毅は当時のこうした実質的な制度改革を主導していたといえよう。

明治14年(1881年)10月12日、いわゆる「明治14年政変」が起こり、筆頭参議大隈重信および大隈系官僚が罷免され、同日「国会開設の勅諭」が發布された。その後、政府は、官制改革を行い、同年10月21日太政官布告第89号達をもって「参事院職制章程」を定め、参事院を設けた。伊藤博文は参事院の初代議長に就任し、また、井上毅も「自ら創設の企画に与ったこの新設の役所に入り、伊藤の下で議官となり、極めて重要な地位を勝ち得た」⁽³⁷⁾。

「参事院職制章程」では、参事院の職務権限の一つ重要な内容として、「行政官ト司法官トノ際ノ権限ノ争若クハ地方議会ト地方官トノ間ニ起ル所ノ法律上又ハ権限ノ争ヲ審理ス」(第8条第1項)と定められ、権限裁判所としての機能を参事院に持たせた。

一方、前述したように、この参事院創設の際、主としてフランスのコンセイユ・デタの制度を参考にしたが、井上毅の企画で創設した参事院は「行政裁判ハ議事セズ」とされ、コンセイユ・デタの機能とは異なる立法・政策審議の中核機関となっていた。

4. 明治15年(1882年)の「請願規則」⁽³⁸⁾

周知のように、明治初年、政府は建白ないし請願の形式で国民の要求を受け入れる制度を設けたが、明治7年(1874年)1月のいわゆる「民選議院設立建白書」が提出されて以来、こうした建白・請願は一段と活発化した。これを契機に、旧士族を中心とする「民権運動」が展開し、そして、政府が遂行した「学制」・「徴兵令」・「地租改正」な

どの諸政策に反対する「農民一揆」が各地に起こった。さらに、明治10年(1877年)9月の西南戦争の終結により、反政府運動は、とくに国会開設・立憲政体の要求など国家形態の変革を掲げて高揚する自由民権運動を中核として展開され、明治14年(1881年)の政変後に至って、とくに明治15年(1882年)頃には、主権その他憲法諸原則の問題についての論争が最高潮に達したのである。

明治15年(1882年)5月20日、井上毅は、立憲制度調査のために渡欧中の伊藤博文へ送った書簡⁽³⁹⁾の中で、当時の時局および請願規則の必要性について、次のように述べている。

「御西航前ニ比較ヘハ、四五月間ハ世之風潮一層迅速を加ヘ、集会演説之紛擾、地方官の困却を増し候ニ付、内務卿より上申之末、集会条例中数項之増補を評決せられ近日公布之筈ニ有之候、一体世間ニ而政党と政社之區別を知らず、

各地ニ於而政党之名を以而結社同団し、小団結之數其幾何なる歟を知らず、就而全国之結社を禁する之説も有之候へとも、如是果決之政略ハ、一大機會ニ於而施行するに非されハ却而徒ニ激動を引起し、変して秘密之結社と成り、内攻之毒種を蒔候歟と被存候ヘハ、此般ハ一二之増補ニ止メ、猶、後日大有為の日を待つとの論ニ被決候、此事将来之一問題ニ有之候ヘハ、御賢慮奉冀候、別紙ロエスレル氏意見書奉供御覧候、

政社ヲ禁スル之發議ハ、今村和郎也、同人事憂国之念、極而懇篤ニして、世運之挽回せざるべからざる事を論し、佛国之覆轍に痛省し、深く苦心いたし候、実に前日之今村にあらず。

又古沢・植木等之煽動ニ而、関西之酒屋会議連より追々直願之書を宮廷に呈上スル之企有之、其他各府県杯ニも請願論を唱へ、追々種々名義を拵へ、多衆紛擾を企つる之様子ニ付、急に請願規則を公布せられ、一定之規則を以而截断いたし候筈ニ有之候、……」

ここで一つ留意すべき点は、井上毅はこの書簡

のなかで、「佛国之覆轍に痛省」する今村和郎のことを取り上げ、「憂国之念、極而懇篤」とたたえたことである。井上毅自身もかつてフランス憲法をプロイセン憲法と比較し、民約憲法のフランスが今日まで政治的混乱を続けているのに対し、プロイセンは欽定憲法の下で君民協調体制をとりつつ政治的混乱を回避していることを指摘していた⁽⁴⁰⁾。そこに、井上毅における政治秩序維持観⁽⁴¹⁾が窺えると思われる。

一方、井上毅は、参議兼内務卿の山田顕義にも請願規則の必要性を説いていた。これに対し山田顕義は、同年5月29日付の書簡⁽⁴²⁾で、「請願規則云云承知仕候。然処此事向後最も切要之件と存候間、酒屋会議之願ニ間ニ合と否ニ拘らず考究致置ものと存候、餘ハ在拜眉、御書翰ハ直々山県参議へ相廻可申候」と井上毅に返事した。その後、井上毅は請願規則に関する山県有朋参事院議長の閣議請議案⁽⁴³⁾を代草した。

井上毅は、この代草の請願規則請議案のなかで、まず、古今の請願制度を論述し、そして、民権派は請願を利用して民衆を煽動し、そのまま放任すると、「大政ヲ妨害スル」恐れがあることを指摘し、請願規則の必要性を強調した。すなわち、「従前人民ノ訴願、之ヲ受理セザルニ非ス、而シテ各々其管掌ノ官衙ニ止マリ、未タ上司ニ申請スルノ路アラス、従テ司法々廷ニ告訴スル者、続々踵ヲ継クニ至ル、夫レ朝廷ニ申文ヲ受ケ、聴断ヲ親ラシ玉フハ、上世相因ノ美德ナリ、而シテ近世政理ヲ談スル者、請願ヲ以テ民権ノ一大件トス、此レ宜シク、請願申訴ノ路ヲ開キ、平允公明ノ意ヲ示シ、以テ古ニ則リ今ヲ通スベキナリ、更ニ現今ノ情勢ヲ観ルニ世ノ変態ニ際シ、事ヲ好ム者多衆教唆シ、党類ヲ団結シ、一ニ疾苦ヲ摘発シ、名ヲ請願ニ假リ、以テ上下ヲ離間シ、怨望ヲ嫁センコトヲ謀ル者アリ、上ヲ侮リ下ヲ欺キ姦情百端窮詰スベカラズ而シテ法ノ以テ之ヲ制スルナシ、若シ其為ル所ニ任放セハ其大政ヲ妨害スル亦料ルベカラズ、而シテ愚民ノ誑惑シテ罪戾ニ陥ル者亦救フニ由ナカラントス、是レ亦宜ク請願ノ路ヲ慎ミ、其規律ヲ設ケ以テ邪慝ヲ斥ケ、浮言ヲ懲シ教唆煽動ノ路

ヲ絶ツベキナリ」ということである。また、請願規則を制定する目的について、「一ハ以テ上司ニ申請スルノ路ヲ広メ下郡区ヨリ上朝廷ニ至リ、一ハ以テ健訟多事徒ニ煩擾ヲ為シ、禍端ヲ啓ク者ヲ厳究セントス」としているが、その真正の狙いが、後者すなわち自由民権運動を弾圧するところにあることは明白である。

このように、民権派を極端に嫌う井上毅は、政治的混乱の回避と秩序・体制の維持に強い関心を持っており、自由民権運動を恐れ且つ弾圧しようとする当時の政府に、請願規則の制定を建言したのである。

同年6月9日、井上毅は、伊藤博文に宛てた手紙の中に、「山県殿苦心有之、近日請願規則制定発布之筈に有之候」⁽⁴⁴⁾と述べている。そして、同年7月18日、請願規則案は内閣より元老院議定に付せられ⁽⁴⁵⁾、さらに同月21日より、元老院会議第339号議案としての「請願規則布告案」の審議が始まり、立案者である井上毅も内閣委員として出席し、元老院議官からの質疑を受けてその説明にあたった。

そのなかで、請願と行政裁判との関係に関する渡邊洪基議官の質問⁽⁴⁶⁾に対し、井上毅は、請願と裁判との関係は極めて混雑なものであり、これを「約言セハ判然請願ト訴訟トノ二箇ニ分別スヘク且訴訟ハ以テ権利曲直ヲ争ヒ請願ハ以テ自己ノ利害ニ関スルノ願ヒナレハ其別甚タ分明ナリ……請願ニ属スヘキ者ヲ執テ法庭ニ訴フルハ固ヨリ得テ為スヘカラサレトモ訴訟ニ属スヘキ者ヲ執テ請願スルハ人民ノ随意ニシテ猶ホ私和ノコトシ故ニ請願中ニハ訴訟ニ属スヘキ性質ノ者ヲ混スルヤ必セリ既ニ此性質ノ者ナランニハ又以下ノ明文ナクンハ太政官ノ裁令ヲ経タル者ト雖モ亦執テ裁判所ニ訴フルヲ得ルヤ疑ヒナシ是レ則チ人民ノ権利ハ不文間ニ消滅スヘキ者ニ非サレハナリ但其権利ハ人民固有ノ者ナルモ此場合ニ於テハ之ヲ抑制スルニ非サレハ政体上支障アリ而シテ此ノ如クスルモ太政官ノ裁令ヲ経テ猶ホ止ムヲ欲セサル者ハ始ヨリ裁判所ニ訴フヘケレハ人民ニ在テモ亦異議アルヘカラス」と答えている⁽⁴⁷⁾。

かくして、元老院会議における請願規則案の審

議は、各議官からの質疑、修正意見の聴取などを経て、同月30日の会議において修正議決された。なお、本案の緊急施行を要するため、修正理由を具する暇もなく、「院議を附せずして即日之を上奏す」としたのである⁽⁴⁸⁾。そして、同年12月12日太政官布告第58号で、請願規則が公布されるに至った。

請願規則の公布によって、民権派の諸要求が主張しにくくなった。また、徳永高志氏の指摘するように、「この請願は、権力によって、行政訴訟よりも天下国家に近い問題を扱うものと規定されていたらしく、たとえば、合村・分村などの訴えに関しては、訴訟ではなく『請願せよ』との指示が散見される」⁽⁴⁹⁾。この点では、前述の明治10年（1877年）行政処分請願規則案を起草する際の井上毅の考え（すなわち、行政処分をめぐる事件については、訴訟ではなく、行政庁への「歎願」だけが許されるべきである）と変わることはなかった。

因みに、この請願規則は、明治23年（1890年）10月法律第105号として公布された「訴願法」によって廃止されたが、「行政裁判、訴願、異議申立を含む行政争訟制度の一環として制定された同規則の果たした役割は正当に評価すべきであろう」⁽⁵⁰⁾と和田英夫氏が指摘している。

(2) 井上毅と明治憲法第61条の成立経過

明治14年政変後、政府は、国会の開設にそなえて憲法の制定事業に着手せざるを得なくなった。

明治19年（1886年）11月頃、伊藤博文は、14年政変以来憲法の調査研究を続けている井上毅に、明治憲法の起草を委嘱した。そこで井上毅は、これまでの調査研究およびロエースラー、モッセ等お雇い外国人法律家への諮問に基づいて、明治20年（1887年）3月「憲法初稿」、同年4月「憲法試草乙案」、同5月「憲法試草甲案」等をはじめ、数多くの憲法草案を起草し、また、「憲法逐条意見」なども提出していた。

以下は、こうした井上毅の憲法草案等の中から、行政裁判に関する条章を取り出し、その起草時期の順を追って、行政裁判所の設置を定めた明治

憲法第61条の成立経過などを明らかにしたい。

1. 明治15年（1882年）の憲法私案⁽⁵¹⁾

前述のように、井上毅は、明治14年（1881年）10月の政変後から、憲法問題の調査研究をつづけた。彼は、明治15年（1882年）4、5月頃、脱稿した憲法私案を右大臣岩倉に差し出し、そしてドイツにいる伊藤博文へも送った⁽⁵²⁾。

井上毅起草のこの憲法私案は、7章101条からなっており、そのうち、国民の章の第11条では、「凡ソ国民ハ政府ニ向テ私事ヲ願訴シ公事ヲ建白シ及両議院ニ向テ公事ヲ建白スノ権ヲ有ス但シ許可ヲ得タル会社ヲ除ク外総代ヲ以テ多衆ノ為ニ一名又ハ数名ノ請願建白ヲ為スコト得ス」と規定し、また、裁判の章の第81条の中に「裁判所ト行政官属ノ権限ノ争ハ参事院ニ於テ之ヲ判決ス其章程ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシ」という行政と司法との権限争議に関する規定が設けられているが、行政裁判所の設立に関する条章は見られなかった。

それは恐らく、井上毅が憲法私案を提出した時、伊藤博文がヨーロッパに出発したばかりで、当時点では、司法裁判所と分離する行政裁判所を設置する方針は未だ決まっていなかった⁽⁵³⁾、従来の制度と考え方に基づいたものであろうと思われる。

2. 明治20年（1887年）4月の「憲法試草乙案」と5月の「憲法試草甲案」⁽⁵⁴⁾

明治19年（1886年）11月以降、ヨーロッパから帰国した伊藤博文に憲法の立案調査を委嘱された井上毅は、いろいろの内外の資料を参考にした外、とくに重要な問題については、ロエースラー、モッセ等外国人法律家に問議を発するなど、憲法起草の検討と準備をつづけてきた。明治20年（1887年）3月頃、未完成の「初稿」（第1試案）⁽⁵⁵⁾を作成して伊藤博文に提出した。この草案は、未完成であるゆえに国民の権利義務、司法などの諸条章が全く欠けている。

その後、井上毅は、同年4月に「憲法試草乙案」を起草し、ついで5月に「憲法試草甲案」を作成した。その2つの草案の中に、初めて行政裁判所の設置に関する条項が見えたのである。

甲乙両案の一部条項に異なるところもあるが、

行政裁判所の条項について、甲案と乙案は全く同じである。

「行政上ノ処分又ハ指令ニ対シ行政官吏ヲ訴フル者ハ司法上ノ訴ト分別シ行政裁判所ニ於テ之ヲ受理ス

行政裁判所ノ組織権限及訴訟手続ハ別段ノ法律ヲ以テ之ヲ定ム」(甲案第52条乙案第55条)

つまり、第1項では、司法裁判所とは別に行政裁判所を設置し、行政事件の訴訟を受理するということを定め、第2項は、行政裁判所の組織権限および訴訟手続を規定する行政裁判法の制定を明らかにした。これはオーストリア憲法に倣ったものと思われる⁽⁵⁶⁾。

なお、行政と司法との権限争いについて、甲案第53条、乙案第56条は、「司法部行政部ノ権限争議ノ裁決ハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシ」と定めていた。これはプロイセン憲法に倣ったものである⁽⁵⁷⁾。

3. 明治20年(1887年)8月の「夏島草案」⁽⁵⁸⁾と井上毅の「憲法逐条意見」⁽⁵⁹⁾

ところで、ドイツから来た法学者ロエースラーは、外国人法律顧問として、井上毅による憲法の諸問題に関する質問に対し、さまざまな答議、助言を与えた。また、上述の井上毅の草案作成とほぼ並行して、ロエースラーもみずからの憲法草案を起草していた。明治20年(1887年)4月30日、ドイツ文の「ロエースラー憲法草案」が脱稿され、井上毅に提出された。

ロエースラー草案の第6章「行政」の中には、行政裁判院の設置および官吏の民法上の賠償責任、さらに権限争議について、次のような条項がある⁽⁶⁰⁾。

「行政庁ノ違法ノ裁決及処分ニ対スル権利ノ防護ハ行政裁判院ニ出訴スルノ権ヲ与フルニ依テ之ヲ安全ニス 此裁判院ニ於ケル裁判手続ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」(第79条)

「職務上ノ義務ヲ破リタルヨリ生シタル財産上損害ニ関スル官吏ノ民法上責任ハ行政上ノ手続ヲ以テ其義務背反タルコトヲ確定シタル後裁判所ニ於テ之ヲ糾治スルコトヲ得」(第80

条)

「行政庁ト通常裁判所ト又通常裁判所ト行政裁判所トノ権限争議ハ最上裁判院及行政裁判院ノ裁判官各半数ヲ以テ組織シ行政裁判院長ヲ以テ裁判長トナス所ノ裁判院之ヲ裁決ス」(第81条)

一方、伊藤博文は、明治20年(1887年)6月始め頃から、井上毅、伊東已代治、金子堅太郎等の助けを得て、憲法草案の本格的検討に着手した。伊藤は、まず井上毅の「憲法試草甲案」正文に加筆して、修正を試みた。そして、この伊藤の加筆修正が展開されて、結局、明治20年(1887年)8月中旬頃、神奈川県金沢の夏島(現在の横須賀市夏島町)で、一つの修正案すなわち「夏島草案」が作られた。この夏島草案には、第5章司法のところで、行政裁判所の設置および行政庁と通常裁判所、または通常裁判所と行政裁判所との権限争議について次のような条項が設けられている。

「行政庁ノ処分又ハ命令ニ対スルノ訴訟ハ特ニ行政裁判所ノ裁判ニ属ス其構成権限及訴訟規則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」(第68条)

「行政庁ト通常裁判所ト又通常裁判所ト行政裁判所トノ権限争議ハ特別ノ裁判ヲ開キ之ヲ裁決ス其裁判所ノ組織権限ハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム」(第69条)

この二つの条文の内容および文言から見ると、井上毅の草案とロエースラーの草案とを結合させたようなものであった。第68条は、主に井上の甲案乙案によっているが、ロエースラー草案にもやや同じ規定がある。これに対し、第69条は、ロエースラー草案を改めてこれを採り入れたものと思われる。

ところで、井上毅は、出来上がった夏島草案に対し、各条項に対する注釈を付け加えた「逐条意見」を提出して修正を提案した。その中に、第68条「行政庁ノ処分又ハ命令ニ対スルノ訴訟ハ特ニ行政裁判所ノ裁判ニ属ス其構成権限及訴訟規則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」に関しては、次のような意見を述べている⁽⁶¹⁾。

「行政訴訟ハ其制限ニ於テ一定ノ分界ヲ為

サマルヘカラズ即チ行政処分ニ由テ其利益ヲ損害セラレタル者ハ其損害ヲ理由トシテ訴訟スルコトヲ得ズ特ニ行政官ノ違法ノ処分ニ由テ其権理ヲ傷害サレタル者ニ限り訴訟スルコトヲ得、之ヲ略言スレハ利益ノ訟ヲ受理セズシテ権理ノ訟ヲ受理スルナリ此レ民事裁判ト殊異アル所タリ若諸般ノ争件ニシテ普通ニ制限スル所ナク行政庁ヲ訴訟スルコトヲ得セシメハ行政ノ権力ハ地ニ墜チン

又行政官ノ命令ハ法律ト同シク又少クトモ法律ニ次キ人民ニ必行ノ義務ヲ負ハシムル者ナリ然ルニ又制限ナキノ訴訟ヲ許可スヘキ乎本条ノ正文ニ依拠スルトキハ凡ソ人民ノ行政庁ヲ訴フル者ハ何等ノ名義理由タルヲ問ハズ一般ニ之ヲ行政裁判所ノ裁判ニ属スト謂フニ似タリ此レ蓋起草ノ際、偶然ノ遺脱ニ係ルノミ（即チ小生ノ起案モ亦之ヲ遺脱シタリ）或ハ又本条ニハ汎ク之ヲ通言シ而シテ訴訟規則ニ由リ之ヲ制限スルノ方法ヲ取ル者ナリトノ辯解アラハ如何

此ノ如キハ本条ニ掲クル原則ト訴訟規則ノ細目ト相照顧セズシテ彼此矛盾シ此レニ予ヘテ彼レニ奪フ者ト謂フヘキノ結果ヲ免レザラン」

井上毅は、この意見の中で、行政訴訟の訴訟要件を限定すべきことを指摘し、権利毀損が行政訴訟の訴訟要件たるべきことを強調していた。つまり、行政官の違法な処分によって権利を侵害された者に限り、「権理の訟」としての行政訴訟の提起を認めるが、利益が侵害されたことを理由に行政庁を訴えるいわゆる「利益ノ訟」を認めないとされている。その理由は、「若諸般ノ争件ニシテ普通ニ制限スル所ナク行政庁ヲ訴訟スコトヲ得セシメハ行政ノ権力ハ地ニ墜チン」ということである。

そこで、井上毅は次のように修正案を提示している。

「故ニ謹テ修正ヲ呈シ斟酌ニ供ス

行政官ノ違法ノ処分ニ対スル訴訟ハ云々
又奥国裁判権憲法十五條ノ成文ヲ採用シテ
行政官ノ裁決又ハ処分ニ由リ権理ヲ侵サレ

タリトスル者ハ行政裁判所ノ裁判ヲ受ルコトヲ得

而シテ末段ニ左ノ句ヲ補入スヘシ（又奥国ニ依ル）

行政裁判所ニ於テ受理スヘキ場合及其構成并訴訟手續ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

此ノ受理ノ場合ヲ定ムルハ裁判所ノ権限ト全カラズ寧ロ人民訴訟ノ領域ナリ」

ただ、井上毅は、夏島草案第68条に関する意見の最後に、「但シ小生ハ未タ新定ノ行政才判法ヲ見ルノ榮ヲ得ザルヲ以テ前陳スル所ハ其果シテ我カ行政裁判ノ受理スヘキ事件ノ制限ト異全如何ヲ知ルコト能ハズ」と述べている。「新定ノ行政才判法」とは、恐らく後述の「ロエースラー案」であると思われるので、この時点では井上は未だこのロエースラー起草の行政裁判法案を見ていないことが分かる⁽⁶²⁾。

4. 「十月草案」⁽⁶³⁾および井上毅の修正意見

夏島草案に対する井上毅の「逐条意見」が提出された後、ロエースラーも「日本帝国憲法修正案ニ関スル意見書」を伊藤博文に提出した。その中で、ロエースラーは、夏島草案第5章司法の諸条項に対し、政府および天皇に対して起訴することについて、巴華里におけるが如く憲法中に規定するを便とする……、行政裁判および権限裁判の事項は、さきのロエースラー憲法草案の如く行政の草に規定するならば、行政裁判所または権限裁判所をもって行政官の官制に属する事項として勅令をもって定むべしというを得る便がある云々といつている⁽⁶⁴⁾。

そこで、井上毅の「憲法逐条意見」およびロエースラーの「憲法草案修正意見」を参考として、明治20年（1887年）10月中旬頃、伊藤博文をはじめ、井上毅、伊東已代治、金子堅太郎の4人が会議を開き、新たな修正案を作成した。この「十月草案」と呼ばれる修正案は、行政裁判所の条項を次のように改めている。

「第六十三條 行政庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ハ特ニ行政裁判所ノ裁判ニ属ス其構成権限及訴訟規則ハ

法律ヲ以テ之ヲ定ム」

これは、明らかに前述の井上毅の意見を採用したものである。

ところで、十月草案が作成された後、井上毅は、引続き憲法草案の検討をつづけ、とくに、ロエースラーとモッセに多くの問議を発していた。そして、この2人の答議を参考にした上で、明治21年（1888年）1月下旬頃、「十月草案」に対する井上毅の簡単な逐条修正意見が提出された⁽⁶⁵⁾。その中で、「十月草案」の第63条に対し、井上毅は、「特ニノ二字削 其構成云々行政裁判所ノ構成云々ニ作ル」と述べ、字句の修正に止まっている⁽⁶⁶⁾。つまり、「十月草案」第63条は、井上毅のこの添削意見によって次のように改められたのである。

「第六十三条 行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ハ行政裁判所ノ裁判ニ属ス行政裁判所ノ構成権限及訴訟規則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」

井上毅のこの意見は後の「二月草案」にだいたい採用されている。

5. 明治21年（1888年）「二月草案」⁽⁶⁷⁾および最終草案の脱稿

明治21年（1888年）2月、伊藤博文、井上毅、伊東巳代治、金子堅太郎等4人が、会議を開いて、井上毅から提出された前述の意見を検討した上、さらに相当の修正が行われた結果、いわゆる「二月草案」が作成された。そこで、前述のように、さきの「十月草案」第63条については、井上毅の字句の修正意見を採用して、つぎのように改められた。

「行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ハ行政裁判所ノ裁判ニ属ス其裁判所ノ構成権限及訴訟規則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」（第62条）

この「二月草案」が作成された後も、伊藤以下4人は、憲法に関する最終的検討をつづけ、新たな修正案がまとまった。そして、同年3月のはじめ頃、井上毅による校正によって、説明付の憲法草案が出来上がり、さらに、これを台本として浄写して、はじめて「大日本帝国憲法」と題された

説明付の憲法草案が作成されたのであった⁽⁶⁸⁾。この草案は、さきの「二月草案」の中の行政裁判所関係の条項をつぎのように改めている。

「第六十二条 行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキ者ハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」

また、「二月草案」第63条「行政官庁ト通常裁判所ト又ハ通常裁判所ト行政裁判所トノ権限争議ハ特別ノ裁判ヲ開キ之ヲ裁決ス其裁判所ノ構成権限ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」という権限争議の裁判の条項は削除された。因みに、井上毅は、同じ頃起草した「参議院章程」⁽⁶⁹⁾の中で、行政官庁間または行政と司法との権限の争いについて、「行政各省ノ間ニ起レル権限ノ争議又ハ行政部ト司法部トノ間ニ起レル権限ノ争議ハ参議院ニ下シテ之ヲ判決セシム」（第3条）と規定した。つまり、権限争議の裁決については、裁判所ではなく「参議院」において行われるのである。したがって、「権限争議ハ特別ノ裁判ヲ開キ之ヲ裁決ス其裁判所ノ構成権限ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」という「二月草案」第63条の規定を削除する理由がここにあるかもしれない。

その後、さらに草案の検討がつづけられ、いくつかの修正が加えられたが、行政裁判所関係の条項について、枢密院の審議に付されるまでは修正が全くなかった。このように、同年4月20日前後、説明付の大日本帝国憲法草案が全部脱稿され、同27日上奏に呈された。

6. 枢密院審議における修正および井上毅起草の憲法説明

枢密院における憲法草案の審議は、明治21年（1888年）6月18日より始められ、第1審会議から第3審会議に至るまでの間、審議に付された憲法の原案（諮詢案）に、さらに検討と修正が加えられた。

まず、第1審会議修正議決案では、諮詢案の61条「行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキ者ハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」について、つぎのように修正を加えた。

「行政官庁ノ違法ノ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者ハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」

つまり、「行政裁判所」の前に「別ニ法律ヲ以テ定メタル」という限定語を付け加えたのである。

なお、枢密院第1審會議に憲法審議の参考資料として、こんにやく版印刷の憲法諮詢案説明を各構成員に配布した。これは、井上毅が執筆したものであるが、後に公刊された伊藤博文の『憲法義解』（明治22年6月）も、同じ井上毅の手によって、この『説明』を台本とし、枢密院審議の段階での修正にあわせて内容を加除するとともに、文章に大幅な改削を加えて成立したものである⁽⁷⁰⁾。

さて、この憲法諮詢案説明中、第61条「行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキ者ハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」に関する説明⁽⁷¹⁾は、長文であるため原文の引用を避けるが、その説明の要旨を整理してみると、主に次のようになっている。

まず最初のところでは、「行政裁判ハ臣民ノ行政官庁ヲ訟フル者ヲ裁判スルノ謂ナリ云々」と行政裁判所とは何かなどを説明し、そして、司法裁判所とは別系統の行政裁判所を設置すべき理由として、(1)司法権に対する行政権の独立の確保、(2)行政責任の担保、(3)行政事件の処理における専門性の確保⁽⁷²⁾などのためであると述べられている。

次に、欧米諸国の行政裁判制度の採用について、まず、ヨーロッパにおいて司法と行政の間に明確な区別を実行したのは、フランスの1790年8月24日の法律⁽⁷³⁾であるとし、その後、ドイツ、ベルギー、オランダなどにおいても同じ原則を採用したが、イギリスとアメリカだけは行政裁判の制をとっていないと、グナイストの法治国論を参照して述べている。

さらに、明治初年以來の日本における行政裁判制度の沿革について述べ、明治5年司法省第46号達は所謂「行政索擧ノ弊端」を招いたことを指摘し、明治7年第24号達もただ一時的な弥縫策に過

ぎなかったので、行政裁判の構成は将来に期待されるといっている。

最後に、「行政官庁ノ違法ノ処分」についての解説を行っているが、とくに「憲法上統治権ニ依ル所ノ大政ノ処分」、例えば「外交上ヨリ起ル処分及戦事及特赦及爵位叙授ノ処分」など、いわゆる統治行為については訴えることはできないこと、また、権利の損害がなく単に利益を侵害された者には請願の自由を認めるが行政裁判に訴えることを許さないことを指摘している。

この説明を受けて、第1審會議の第2読会においては、委員会の修正案「行政官庁ノ違法ノ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者ハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ存ラス」が報告され、山田顕義司法大臣から「別ニ法律ヲ以テ定メタルノ字ヲ加ヘタルマテナリ贅言ヲ費サス」と説明があった後、全会一致でその通り可決され、次の枢密院再審會議と第3審會議においては新たな修正が行われなかった。

なお、公布された大日本帝国憲法の第60条「特別裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム」の法条は、さきの諮詢案になかったのであるが、その新設の理由については次のように説明されている⁽⁷⁴⁾。

「特別裁判所トハ行政裁判所ノ外権限、商法、職工、船舶ト云フカ如キ種々ノ裁判所アリ之ヲ謂フナリ各国ノ憲法ニハ一々之ヲ列記セルモノアリ我国ニ於テハ民法商法等ノ関係ヨリシテ将来尚種々ノ裁判所ヲ要スヘキニヨリ今豫メ一々之ヲ列挙スルヲ得ズ只特別裁判所ト書シ本条ヲ加ヘントス」

ここに、行政裁判と司法裁判との権限争議の問題については、将来、別の法律をもって特別裁判所としての権限裁判所を設置することが示唆されている。これに応じて、後に公布された行政裁判法では、その第20条2項で、「行政裁判所ト通常裁判所又ハ特別裁判所トノ間ニ起ル権限ノ争議ハ権限裁判所ニ於テ之ヲ裁判ス」と規定されたが、行政裁判所の廃止に至るまで、権限裁判所の設立は

結局なかった。また、行政裁判法の第45条に「権限裁判所ヲ設クル迄ノ間枢密院ニ於テ之ヲ裁定ス、裁定ノ手續ハ勅令ノ定ムル所ニ依ル」という規定もあったが、その「裁定ノ手續」の勅令も発布せられてないために、枢密院による権限争議の裁定も現実的にはありえず、権限争議における行政裁判法の規定は死文と化しているのである⁽⁷⁵⁾。

2. 行政裁判法の制定と井上毅

(1) 井上毅の行政裁判法案起草

1. 行政裁判法制定以前の行政裁判制度について

前述したことから分かるように、明治維新以後、明治憲法制定に至るまでは、日本の近代法体制の準備時期であった。裁判制度としては、裁判所の二元的構成をとるヨーロッパ大陸型の制度ではなく、つまり、独立の行政裁判機関は設けられず、行政事件は民事・刑事事件と同じく通常裁判所の裁判に属すべきものとされた。そのため、一見、これは英米型の制度と同一の性格を有しているように見えるが、当時、司法権の独立が保障されず、行政事件についてはさらに中央機関である太政官および司法省が強く関与していたので、まだ近代的行政裁判制度とはいえなかった⁽⁷⁶⁾。

また、行政事件についての訴訟手続は、前述のように、太政官布告及び司法省の達、指令などによって個々に定められていたが、体系化された法律はなく他の訴訟法規を準用する定めもないので、定めのない場合は慣習あるいは条理に基づいて裁判され、さらに、訴訟事項も極度に制限されているなど、甚だ不備不完全なものであった。したがって、日本の近代行政裁判制度発達史からいえば、明治憲法制定に至るまでは、まだ近代的行政裁判以前の段階に止まっており、ヨーロッパ大陸型の行政裁判制度がまだほとんど継受されていないといえよう⁽⁷⁷⁾。

ところで、こうした前史的な行政裁判制度の発展過程と並行しながら、フランス、ドイツなどの諸外国法制の研究ないし継受の形での統一的な行政裁判制度創設の立案準備が、明治10年(1877年)前後から始められ⁽⁷⁸⁾、とくに、伊藤博文の立憲制

度取調のための渡欧と帰朝によって、一段と活発化し、ロエースラー、モッセなどお雇い外国人法律家の協力を得ながら、井上毅をはじめとする法制官僚たちが大きな役割を果たし、ドイツの行政裁判制度を範とした行政裁判法が制定されるに至った。

2. 行政裁判法諸草案の立案経過

1) 制度取調局の設置と「ロエースラー案」の起案

前述のように、明治政府当局とりわけ司法省、法制局等を中心とする行政裁判制度の検討は、明治10年(1877年)前後という比較的早い時期から行われてきたが、外国の行政裁判法制とくにドイツなどヨーロッパ大陸諸国の行政裁判所制度の継受をめぐる本格的立案調査は、明治16年(1883年)8月伊藤博文の帰朝後、帝国憲法起草作業が始まってからである。

まず、明治17年(1884年)3月、宮中に制度取調局を設置し、伊藤博文が自らその長官となり(当時参事員議官の井上毅も制度取調局御用係兼任となった)、行政裁判法の立案調査も「法律規則ノ創立改廃大ニ制度ニ関係スヘキモノ」の一として、早速外国人法律顧問であるロエースラーとオットー・ルードルフ(Otto Rudorff, 1845~1922)に行政裁判制度に関する7項目の諮問を發した⁽⁷⁹⁾。これに対し、ロエースラーとルードルフは、それぞれ明治17年(1884年)5月付で答議を提出した⁽⁸⁰⁾。同年7月、制度取調局から『孛奥行政裁判法纂輯』と題する翻訳資料が刊行され、その内容は、「孛国行政裁判所編制法及ヒ行政裁判法」、「奥国行政裁判所編制法」および「仏国行政裁判法摘要」となっている⁽⁸¹⁾。

次いで同年11月4日、ロエースラーにより最初の「行政裁判法草案」が起案された⁽⁸²⁾。これは、ヨーロッパ大陸諸国の行政裁判制度を参照したもので、とくに、裁判組織はフランスのコンセイユ・デタの制度にならって、参事院内に議長・副議長および議官などで構成される行政裁判所を設置し(第1条,第2条)、権限裁判については、行政庁と行政裁判所との間に起る権限争議は行政裁判所

が、通常裁判所と行政裁判所との間に起る権限争議は行政および司法両裁判所のメンバーで構成する委員会が裁決する(第16条)。訴訟手続は、訴願前置主義を採用し(第12条)、訴訟事項については列記主義を採っている(第13条)。また、書面審理・職権進行主義などが定められており、その審判を予審と本審に分けている。この「ロエスラー案」は採用されるには至らなかったが、のちの「井上案」の基礎となっており、とりわけ、行政裁判所は独立の機関を設けず、参事院内の一部において「行政裁判所」の名義をもって行政訴訟を裁判するものとし、参事院議長、副議長、内閣によりとくに任ぜられる参事院議員官および議員補から組織されるとした点では、「井上案」を除き、後述の諸法案と比較してみると、きわめて特徴的なものであった。

2) 内閣法制局の設置と「法制局案」

さらに、明治18年(1885年)12月、内閣制度の改正に伴って、内閣法制局が設けられ、同時に制度取調局が廃止された。そこで、行政裁判制度に関する立案調査などの事業も法制局に引き継がれることとなった⁽⁸³⁾。法制局は、ヨーロッパ諸国の法制度と、日本の慣例情態および司法省の立案趣旨を参酌し、さらに請願制度との関連を考えて⁽⁸⁴⁾、明治19年ないし20年(1886年～1887年)頃、全5章38条からなる「法制局案」⁽⁸⁵⁾を起草した。これによると、裁判組織はドイツの制度に倣い、行政裁判官で構成される独立の機関としての「行政裁判院」を唯一つ東京に設け(第1条)、権限裁判所を内閣とした(第9条)。訴訟手続は、訴願を前審とし(第13条)、訴訟事項については概括主義を採用している(第2条)。とくに、独立の機関として一の行政裁判院を東京に設置する点では、先の「ロエスラー案」と根本的な相違がある。

この法制局案も採用されるに至らなかった。

3) 井上毅起草の「井上案」

その後、明治21年(1888年)、井上毅は、「ロエスラー案」を基礎として、「法制局案」も参照し、さらに、ロエスラーの憲法草案中の行政裁判条文に関する説明⁽⁸⁶⁾などを検討した上、全8章39条

からなる「井上案」⁽⁸⁷⁾を起草した。この「井上案」に関する起草経緯及び詳細な内容については、後述に譲るが、ここにその内容を簡単に整理してみると、次のような注目すべき点がある⁽⁸⁸⁾。すなわち、(1)行政裁判所はとくに任ぜられた枢密顧問官および法制局参事官を以て組織し、なお勅旨を以てとくに裁判官を任ずることあるべきこと、(2)行政庁と行政裁判所との間に起るべき権限争議については行政裁判所が、通常裁判所と行政裁判所との間に起る権限争議については枢密院の諮詢を経て内閣が、それぞれ裁決すること、(3)非公開主義を採ること、(4)行政庁に対する訴訟は法律に反対の明文あるものを除くほか、すべて行政裁判所が裁判すること、(5)原則として要償の訟を受理しないこと、(6)行政庁が行政裁判所の判決の主意と齟齬する処分を行う時は、その処分に対し内閣に訴願することができ、内閣は枢密院の諮詢を経て終局の裁判を為すことである。

一方、明治19年(1886年)2月22日には、山田顕義司法大臣から司法省の「行政裁判規則案」が内閣総理大臣伊藤博文に提出され⁽⁸⁹⁾、また、外務省などにおいても行政裁判法案の起草が行われていた⁽⁹⁰⁾。しかし、それらの法案も結局採用されなかった。のちに公布された行政裁判法の直接の母胎となったのは、内務省において地方制度に関する立案調査を助けていた外国人法律顧問モッセが、明治22年(1889年)後半期に起草した法案(「モッセ案」)であった。

4) 「モッセ案」およびその修正案

モッセは、明治19年(1886年)10月12日「日本ニ於テハ憲法制定ト同時ニ何等ノ法律ヲ要スルカ」という山県有朋内務大臣からの諮問に対し、同10月13日付で答議を提出した。その中で、モッセは、必要とする法律を第1類から第3類まで細かく列挙し、その第3類の中に、「行政裁判法ヲ設ケテ行政上公平ノ裁判ヲ為サシムル事」という1項があった。つまり、彼はその時すでに行政裁判法制定の必要性を指摘していたのである⁽⁹¹⁾。そして、翌明治20年(1887年)2月1日付の「地方制ニ関スルモッセ氏意見具陳」で、モッセは、まず

法案起案の指針としての「地方官政及共同行政組織ノ要領」を提出し、その中に、「行政裁判所ヲ設ケル事、但別法ヲ以テス」という項目があって、地方制度確立の必要上、行政裁判所の設置をまず考慮していることが分かる⁽⁹²⁾。

同年2月24日、「地方官政及共同行政組織ノ要領」をもとにまとめられた「地方制度編纂綱領」が内閣に承認され、その中に、行政裁判については、10項目にわたる詳細な規定が設けられており、これが、後の「モッセ案」の骨子となったのである⁽⁹³⁾。

その後、モッセ起草のいわゆる「自治部落制草案」⁽⁹⁴⁾が作成され、これに対する政府諸機関での審議・修正を経て、明治21年(1888年)4月法律第1号をもって「市制・町村制」が公布された。その中に「行政裁判所」の名称が初めて法規上に現れ、原則として訴願を前審として行政訴訟を提起し得ること、また、行政裁判所の創設までは、当分内閣において行政裁判を行うことなどについては、すでに前述のとおりであるが、同年後半期に、モッセ起草の行政裁判法草案——「モッセ案」が出来上がったのである⁽⁹⁵⁾。

「モッセ案」⁽⁹⁶⁾は、全4章47条からなり、行政裁判所の組織については、所長と評定官で構成される独立の機関とし、権限裁判所は暫定的に枢密院とした。また、訴訟手続については、訴願前置主義を採り、訴訟事項は列記主義を採用している。

その後、この「モッセ案」に若干の修正が加えられ、いわゆる「修正モッセ案」⁽⁹⁷⁾となり、さらにこの「修正モッセ案」もいくつかの修正を経て、枢密院に諮詢された。そして、明治23年(1890年)4月15日から開始された審査と修正の後、同6月30日法律第48号をもって、「行政裁判法」が公布されるに至った。

3. 井上毅の行政裁判法案の起草経緯

明治21年(1888年)2月4日、井上毅は、ロエースラーに行政裁判に関する説明を求めた。すなわち、ロエースラー起草の憲法草案⁽⁹⁸⁾中の行政裁判条項について、井上毅は「貴下起草ノ憲法中、行政裁判ニ於ケル条ノ簡略ナル説明ヲ予ヘラレンコ

トヲ望ム」と問議を發したのである。これに対し、ロエースラーは、オーストリアの制度によって説明し、「千八百八十八年二月九日」の日付で答議を提出した⁽⁹⁹⁾。その答議の要旨は、(1)各省の行政の統一を維持するために各省の行政処分に対してのみ行政訴訟を許し、下級庁のそれにはこれを許さないこと、したがって、中央にのみ一の行政裁判所を設けること(2)行政裁判は権利に関する事件に限り、且つ地方、行政官が権利を侵害した場合には権利の種類を問わず、すべてこれを許すこと、(3)行政裁判所は通常裁判所の一部とせず、行政部の一部に入れ、その組織については通常裁判所における如き法律を要しないこと、(4)行政裁判官は判決を下すに当たっては不羈独立なること、相当の能力を有すること、(5)判決は行政の標準となるが、行政裁判所には執行の権を認めないこと、(6)行政部内における行政官相互の間には行政裁判を認めず、すべての事項に関して訴願を許すこと、(7)これらの原則に基づき、行政裁判所は憲法中行政を規定する章に掲げるのを正当とすること、などとなっている⁽¹⁰⁰⁾。

「ロエースラー原稿」と呼ばれるこのロエースラーの答議は、同年4月頃行政裁判法および請願法の検討起草に着手した井上毅の最も有力な資料となった⁽¹⁰¹⁾。このことは、井上毅は明治21年(1888年)4月26日付で伊藤博文に送った書簡⁽¹⁰²⁾の中の「憲法御発布相成候ハ、請願法并行政才判ハ忽ち必要物と相成可申候、請願法ハピゴツト氏之起草、行政才判ハロスレル氏之原稿を種子として、病中ながら竊ニ研究仕居候」という内容から分かる。

ところで、このロエースラー原稿を主な資料とした関係法案の起草作業は、憲法実施の日に備え、憲法起草関係者、とくに井上毅によって進められたが、その起草に当たっては、就中行政裁判所設置の問題について次のような諸問題についてまず決定しなければならなかった⁽¹⁰³⁾。

第一 司法裁判ト同ジク各等ノ行政裁判所ヲ設クベキカ、又ハ中央ニ一ノ行政裁判所ヲ設クルニ止ムルベキヤ。

第二 行政裁判ノ権限ヲ民事裁判ト區別スルニハ獨逸各國ニ依リ公法私法ヲ以テ分別スベキヤ、又ハ佛國ニ依リ行政上ノ処分ニ對スル訴訟ト云フヲ以テ行政裁判ノ権限ト為スベキヤ。

第三 要償ノ訴ハ一般ニ民事裁判ニ讓ルベキカ、又ハ或ル部分ニ限り行政裁判ニ於テ処分スベキヤ。

第四 官府ノ人民ニ對スル売買、貸借其他ノ契約ハ民事トシテ取扱フベキヤ。又ハ行政処分トシテ行政裁判ノ管轄ニ屬スベキヤ。

第五 官吏ニ對スル賠償ノ訴ハ直ニ之ヲ司法裁判所ニ提出スルコトヲ得セシムベキ乎又ハ先ヅ行政裁判所ニ掲出シ、行政裁判所ハ其違法又ハ越權タルコトヲ判定シタル後ニ始メテ賠償ヲ司法裁判所ニ為サシムベキ乎。

第六 行政裁判所ハ司法裁判所ノ一部タル性質ニ屬セシムベキ乎。又ハ一ノ行政官局中ノ裁判的事務ヲ行フノ性質トスベキ乎。

第七 行政裁判所ノ権限ハ法律ニ特ニ明記シタル事件ノミヲ受理ストノ狹束ナル区域ニ止ムベキ乎（市制町村制ノ如シ）又ハ反対シテ法律ニ特ニ規定シタル者ヲ除クノ外、都テ權利毀損ノ訴ヲ受理ストノ広キ区域ヲ取ルベキ乎。（ロエスレル氏案）

第八 訴願ト行政訴訟トノ關係ハ各省大臣ニ訴願スル者ハ行政裁判ニ訴フル事ヲ得ズトノ兩岐法ヲ取ルベキ乎。（市制町村制及内務大臣意見）又ハ行政裁判所ハ最高等裁判ノ性質トシテ各省大臣ノ裁決処分ヲ取消ス者トスベキ乎。（ロエスレル氏案）

これらの問題について、以下の諸点が確認された⁽¹⁰⁴⁾。

- (1) 中央に一の委員会を設け、行政裁判所の名義で行政裁判事務を取扱わしめる。けだし特別の行政裁判所の設置は①経費を増し②その職員と行政官との対立を招き行政の運行を妨げる。地方行政庁に対する不服は、「歎願ノ体裁ヲ用ヒ行政庁ニ訴願シ順次ニ各省」まで提出、その指令に不服ある時は

じめて出訴することを許す（ロエスラーに従って、オーストリアおよびフランスの制度を斟酌し、プロイセンの制度は斥けられた）。

- (2) 行政裁判の権限を民事裁判と区別するには、ドイツ各国による公法私法をもって分別する方法をとらず（理論上、實際上困難かつ錯雑となる）、フランスの如く行政上の処分に対する訴訟ということで行政裁判の権限となすこと。

- (3) 要償の訴については、法律に明文あるものは出訴を許し、または行政裁判所が取消す行政処分により直接に生ずべき損害の賠償は、行政庁において処分する外、一般に行政訴訟を許さない。

このように、井上毅は行政裁判法の起草に着手し、これに際し彼は、ロエスラーおよびモッセ等に対し再三にわたる問議を発していた⁽¹⁰⁵⁾。そして、伊藤博文の指示によって内務、大蔵両省の意見書⁽¹⁰⁶⁾などを検討し、さらに前述の「ロエスラー案」、「法制局案」および「ロエスラー原稿」などを参考にして、井上毅は最初の行政裁判法案を起草した。

明治21（1888）年8月28日、井上毅は枢密院議長伊藤博文に宛てた書簡⁽¹⁰⁷⁾で、次のように述べている。

「貴命ニ従ひ、行政裁判法試草案并ニ内務大臣殿意見書一袋といたし、奉呈出候、右は先日御指示の趣も有之候へども、いまだ改正ニ至らずして原試稿のまゝにて先呈覽、更ニ台数を得候て再案可仕候、」

その中の「行政裁判法試草案」は、井上毅が起草した行政裁判法草案の「最初原案」である⁽¹⁰⁸⁾。

全8章39条からなるこの最初原案が出来た後、数箇所改刪を除くほか、大きな修正はなかった⁽¹⁰⁹⁾。井上毅は、明治22年（1889年）6月21日付伊藤博文宛ての書簡⁽¹¹⁰⁾の中で、「行政才判案、不日上申いたし、休暇前枢議ニ被付度心組いたし居候」と述べた。つまり、いわゆる「井上案」は彼の手元でほぼ完成に近づいていたのである⁽¹¹¹⁾。同6月

末頃、最終に纏まった「井上案」⁽¹¹²⁾は枢密院の審議に付されるばかりになっていたが⁽¹¹³⁾、結局採用されるには至らなかった。

(2) 「井上案」と「行政裁判法」との比較

前述のように、井上毅起草の行政裁判法草案も結果的には法律として成立しなかった。その原因ないし理由は明らかにされていないが、ここに、ひとまず「井上案」を明治23年(1890年)6月30日公布された「行政裁判法」と比較し、特に行政裁判所の組織、権限および訴訟手続など主要な規定において、「井上案」と「行政裁判法」とはどのような異同があったかを考察することによってその内容および特徴を明らかにするにとどめ、これを今後の研究における「井上案」の採用されなかった理由と原因の解明につながる一つの手掛かりにしたい。

1. 行政裁判所組織

(1) 行政裁判所の設置

井上案： 第一条 凡ソ行政上ニ於テ起リタル
権利ノ争訟ハ行政裁判所之ヲ
裁判ス

行裁法：⁽¹¹⁴⁾ 第一条 行政裁判所ハ之ヲ東京ニ置
ク

「ロエースラー案」を基礎とした「井上案」は、フランスの制度を参考にした上、行政裁判所そのものは1個の独立した官庁として設置することにしているものの、この次に述べる人事構成の面において枢密院と行政裁判所の連関を重視している⁽¹¹⁵⁾。これに対し「行政裁判法」第1条は、前述の「法制局案」第1条の趣旨をそのまま採用したものであり、独立の機関としての一の行政裁判所を東京に設置することを定めている。

(2) 行政裁判所の人事構成

井上案： 第二条 行政裁判所ハ左ノ人員ヲ以
テ組織ス
第一 特ニ任セラレタル枢密顧問
官
第二 特ニ任セラレタル法制局参
事官

第四条 枢密顧問官ノ外勅旨ヲ以テ
特ニ裁判官ヲ任スルコトアル
ヘシ

行裁法： 第二条 行政裁判所ニ長官一人及評
定官ヲ置ク
評定官ノ員数ハ勅令ヲ以テ之ヲ定
ム
行政裁判所ニ書記ヲ置ク其員数及
職務ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム
第三条 長官ハ親任トス評定官ハ勅
任又ハ奏任トス
長官及評定官ハ三十歳以上ニシテ
五年以上高等行政官ノ職ヲ奉
シタル者若クハ裁判官ノ職ヲ
奉シタル者ヨリ任命セラルハ
モノトス
書記ハ長官之ヲ判任ス

「井上案」では、行政裁判所は枢密顧問官と法制局参事官をもって構成するとしているが、結果的には行政裁判所の官職を行政官である官吏によって占めることが予定されていた⁽¹¹⁶⁾。また、第4条の規定を見ると、その趣旨が、枢密顧問官の外に、司法裁判官にも行政裁判官職への途を開いたということにあるとも思われるが⁽¹¹⁷⁾、後述の行政裁判法における枢密院の修正に対する井上毅の意見⁽¹¹⁸⁾を見ると、必ずしもそうではないことがわかる⁽¹¹⁹⁾。

これに対し、行政裁判法は、行政裁判所を長官および評定官によって組織し、行政裁判所の長官および評定官に任命されうる資格として、三十歳以上の高等行政官または司法裁判官であることにした。

(3) 審廷の構成

井上案： 第三条 法制局参事官ノ一人当該事
件ノ主査タル者ハ報告ノ職ヲ執ル
モノトシ其ノ主査ニ非サル者ハ裁
判官ノ数第五条ニ掲ケル定員ニ充
タサルトキニ限り参決ニ預ルヘシ
第五条 審廷ハ裁判長ヲ併セ五人ノ

出席ヲ要ス

行政法： 第八条 長官ハ自ラ裁判長トナリ若クハ評定官ニ裁判長ヲ命スルコトヲ得
 第九条 行政裁判所ノ裁判ハ裁判長及評定官ヲ併セ五人以上ノ列席合議ヲ要ス但列席ノ人員ハ奇数ニ限ル若シ缺席ノ為偶数トナリタルトキハ官等最モ低キ評定官ヲ議決ヨリ除ク官等同シキトキハ任官ノ順序ニ依リ其後ナル者ヲ除ク議決ハ過半数ニ依ル

この審廷の構成に関する条項を比較して見ると、行政裁判法第9条第1項の規定と「井上案」第5条の規定とはほぼ同じであるが、前者の方がより詳細な内容を規定している。

2. 行政裁判所権限

(1) 行政裁判所権限

井上案： 第六条 凡ソ行政庁ノ処分ニ対スル訴訟ハ法律ニ反対ノ明文アルヲ除クノ外行政裁判所之ヲ裁判ス
 第七条 行政裁判所ハ法律ニ依リ政府ニ賠償ノ義務ヲ負フ者又ハ行政処分ヲ改正シ若ハ取消スニヨリ生スル所ノ直接ノ補償ヲ除クノ外要償ノ訴ヲ受理セス

行政法： 第十五条 行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス
 第十六条 行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス

両者の規定はほぼ同様な趣旨であるが、「井上案」では、「要償ノ訴」について、一定の条件を前提にこれを「受理セス」とするのに対し、行政裁判法は一概に受理しないと定めた。

(2) 訴訟事項

井上案： 第九条 行政訴訟又左ノ事件ニ付之ヲ為スコトヲ得

第一 官有財産ト人民トノ間ノ争訟

第二 租税及手数料ノ減免ヲ得ヘキ特別ノ理由ヲ主張スルノ要求

第三 政府ト官有物買受人又ハ政府ト工業受負人其ノ他諸般ノ契約ニ付テ起ル争訟又ハ国債ニ於ケル政府ト人民トノ間ノ争訟但シ民事裁判ニ付スヘキ特約アルモノハ此ノ限ニ在ラス

明治23.10.法律第106号：⁽¹²⁰⁾ 法律勅令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

- 一 海關稅ヲ除ク外租稅及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 水利及土木ニ関スル事件
- 五 土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件

前項で掲げたように、行政裁判法には、行政裁判所が如何なる事件を裁判するか、つまり行政訴訟事項については、ただ「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス」(第15条)とあるのみで、これに関する規定を他の法律勅令に譲り、自らは全くこれを規定していない⁽¹²¹⁾。そこで、明治23年(1890年)10月10日法律第106号をもって行政訴訟事項に関する一般的な規定を定めたのである。これは、列記主義を取るプロイセンの制度に倣ったものであるが、プロイセンよりも一層狭くその事件の種類を限定している⁽¹²²⁾。

一方、「井上案」は概括主義であるオーストリアの制度を採用した「ロエスラー案」に基づいて、いわゆる概括的列記主義を採っており、行政裁判

法の規定とは異なる。

(3) 権限裁判

井上案： 第十三条 行政裁判所ハ職権ヲ以テ自ラ其ノ権限ノ有無ヲ裁決ス
行政庁ト行政裁判所トノ間ニ起ル権限争議ハ行政裁判所之ヲ裁決ス
通常裁判所ト行政裁判所トノ間ニ起ル権限争議ハ枢密院ノ諮詢ヲ經テ内閣之ヲ裁決ス

行裁法： 第二十条 行政裁判所ハ其権限ニ関シテハ自ラ之ヲ決定ス
行政裁判所ト通常裁判所又ハ特別裁判所トノ間ニ起ル権限ノ争議ハ権限裁判所ニ於テ之ヲ裁決ス
第四十五条 第二十条第二項ノ権限争議ハ権限裁判所ヲ設クル迄ノ間枢密院ニ於テ之ヲ裁定ス

行政裁判法第20条1項の規定は「井上案」第13条の規定と同じであるが、権限争議に関しては、「井上案」は、行政庁と行政裁判所との間に起るべき権限争議は行政裁判所が、通常裁判所と行政裁判所との間に起る権限争議は枢密院の諮詢を経て内閣がそれぞれ裁決することとするのに対し、行政裁判法は、行政裁判所と通常裁判所または特別裁判所との間に起る権限の争議について権限裁判所を設けることを定め、「井上案」の規定とは異なっている。また、行政裁判法は、経過措置として第45条の規定を設けている。

3. 行政訴訟手続

(1) 経由手続等

井上案： 第八条 何人タリトモ行政庁ノ違法又ハ越権ノ処分ニ依テ既得ノ権利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ高等行政庁ニ向テ訴願ノ手続ヲ経タル後行政訴訟ヲ為スコトヲ得
行政庁ニ訴願ヲ為スコトヲ怠ルトキハ行政訴訟ノ権ヲ失フ
既得権利ノ毀損ニ依ラスシテ行政庁ヲ訴フル者ハ行政裁判所之ヲ受

理セス

行裁法： 第十七条 行政訴訟ハ法律勅令ニ特別ノ規程アルモノヲ除ク外地方上級行政庁ニ訴願シ其裁決ヲ経タル後ニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得ス
各省大臣ノ処分又ハ内閣直轄官庁又ハ地方上級行政庁ノ処分ニ対シテハ直ニ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得
各省又ハ内閣ニ訴願ヲ為シタルトキハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス

「井上案」も「行政裁判法」も訴願前置主義をとっているが、具体的な経由手続などについては、それぞれ異なっている。

また、「井上案」では、出訴要件として、①行政庁の処分は違法または越権であること②「既得ノ権利」⁽¹²³⁾が毀損されたこと、つまり処分の違法性および原告の権利毀損を強調している。これは、先の「憲法逐条意見」の中で強調されたことに基づいたものと思われる。一方、「行政裁判法」ではこうした要件を直接に定めていないが、後に公布された「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」のなかで、「行政庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」ということが定められた。

(2) 出訴期間

井上案： 第十六条 訴願ニ対スル行政庁ノ指令ヲ受ケタル後三個月ヲ経過シタルトキハ其ノ事件ニ就キ行政訴訟ヲ為スコトヲ得ス

行裁法： 第二十二条 行政訴訟ハ行政庁ニ於テ処分書若クハ裁決書ヲ交付シ又ハ告知シタル日ヨリ六十日以内ニ提起スヘシ六十日ヲ経過シタルトキハ行政訴訟ヲ為スコトヲ得ス但法律勅令ニ特別ノ規程アルモノハ

此限ニ在ラス

訴訟提起ノ日限其他此法律ニ依リ
行政裁判所ノ指定スル日限ノ計算
竝ニ災害事変ノ為メ遷延シタル期
限ニ関シテハ民事訴訟ノ規程ヲ適
用ス

「井上案」は出訴期間を3箇月と定めている。
これに対し、行政裁判法は、原則として処分または
裁決のあつてから60日以内と規定し、但し他の
法律または勅令においてべつに出訴期間を定めて
いる場合は、その特別の規定に従ふべきものとし
ている。また、行政裁判法では、「災害事変ノ為メ
遷延シタル期限ニ関シテ」民事訴訟の規定を準用
することと定めている。

(3) 執行停止・不停止

井上案： 第二十二條 行政訴訟ヲ為ス者アル
モノ為ニ其ノ処分ノ執行ヲ停止セ
サルヘシ
但シ行政庁ハ其ノ職權ニ依リ又ハ
原告ノ願ニ依リ執行ヲ停止スルコ
トヲ得

行裁法： 第二十三條 行政訴訟ハ法律勅令ニ
特別ノ規程アルモノヲ除ク外行政
庁ノ処分又ハ裁決ノ執行ヲ停止セ
ス但行政庁及行政裁判所ハ其職權
ニ依リ又ハ原告ノ願ニ依リ必要ト
認ムルトキハ其処分又ハ裁決ノ執
行ヲ停止スルコトヲ得

両者とも執行不停止の原則を採っているが、職
権によりまたは原告の願によって執行を停止する
こともできるという但書を設けている。

(4) 審理公開・非公開

井上案： 第二十七條 審廷ハ傍聴ヲ許サス

行裁法： 第三十六條 行政裁判所ノ對審判決
ハ之ヲ公開ス
安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞ア
リ又ハ行政庁ノ要求アルトキハ行
政裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開

ヲ停ムルコトヲ得

「井上案」は審理の非公開を規定している。こ
れに対し、行政裁判法は公開の原則を定めている
が、但し、第2項では「安寧秩序又ハ風俗ヲ害ス
ルノ虞アリ又ハ行政庁ノ要求」がある場合、非公
開にすることもできると定められている。

(5) 上訴・再審

井上案： 第三十三條 行政裁判所ノ判決ニ對
シテハ更ニ上訴スルコトヲ許サス

行裁法： 第十九條 行政裁判所ノ判決ニ對シ
テハ再審ヲ求ムルコトヲ得ス

「井上案」は上訴を許さないと規定しているが、
行政裁判法は、再審を求めることを認めないと定
めている。

4. まとめ

以上のように、行政裁判所の組織、権限及び行
政訴訟手続など基本的な規定を取り上げて、「井上
案」を「行政裁判法」と比較してみた。「井上案」
も「行政裁判法」も、根本的には行政権優位主義
を強調するドイツ型の行政裁判制度を採用した、
という点において基本的に一致している。ただ、
同じドイツ型の行政裁判制度といっても、オース
トリアの制度とプロイセンの制度があり、また、
行政裁判の理論上も、いわゆる南ドイツ学派とプ
ロイセン学派の区別がある⁽¹²⁴⁾。したがって、前述
したように、「井上案」は、オーストリア人である
ロェースラーが南ドイツ学派の行政裁判理論を援
用して起草した「ロェースラー案」を基礎とし、
これに対し行政裁判法は、プロイセンの行政裁判
制度と理論によって作られた「モッセ案」および
その修正案を原案としたために、両者の間に大き
な隔たりがあったのである⁽¹²⁵⁾。

(3) 枢密院の行政裁判法修正に関する井上毅の意見

1. 枢密院における行政裁判法の審議経過

前述のように、明治22年(1889年)6月末頃、
最終的に纏まった「井上案」は枢密院の審議に付
されるばかりになっていたが、当時法制局と内務
省の双方は府県制・郡制法案に関する合同協議を

行っており、とくに、訴願前置主義により行政裁判所に出訴する手続について、法制局側起草の行政裁判法案（井上案）と内務省側起草の府県制・郡制法案との間に食い違いがあり、また、行政訴訟事項に関して、概括主義を採っている法制局側の「井上案」と、列記主義を主張する内務省側との協議は如何にも困難で、簡単に決着がつかないため、行政裁判法案の枢密院における審議は非常に遅れて、府県制・郡制法案が枢密院へ付されたのと相前後して明治23年（1890年）4月30日まで延期されたのである⁽¹²⁶⁾。

こうして、行政裁判法案は明治23（1890）年4月7日枢密院に付されたが⁽¹²⁷⁾、それが結局「井上案」ではなく、「修正モッセ案」によるものであったことはすでに前述した通りである。そして、同年4月15日から総委員会を開き、討論審議の結果一定の修正が加えられ、同30日午前から「第1読会」を開始したが、東久世顧問官の建議⁽¹²⁸⁾によって、先の総委員会で修正した法案を原案とし且つその総委員会を「第1読会」と看做して、直ちに「第2読会」に入ることにした。議長は大木喬任であり、副議長は寺島宗則であった。また、山県有朋総理大臣、山田顕義司法大臣等も出席し、馬屋原彰法制局参事官は内閣派出員として出席した。なお、伊東巳代治枢密院書記官長が法案の報告員を担当した。湘南の別荘で静養中の法制局長官井上毅は、この枢密院審議会に出席しなかったが、後述のように、枢密院審議における行政裁判法案修正に対し反対意見を提出していたのである。

初日午前中の審議のなかで、第4条「長官及評定官ハ在職中政党ノ黨員又ハ政社ノ社員トナリ又ハ衆議院議員府県郡市町村会ノ議員若クハ参事会員タルコトヲ得ス」について議論があつて、また、行政裁判官の他官兼任に関する問題も議論された。そして、午後から引き続き第6条「長官及評定官身体若クハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルコト能ハサルトキハ内閣総理大臣は行政裁判所ノ總會ノ決議ニ依リ其退職ヲ上奏スルコトヲ得」から審議を始め、とくに権限争議に関する規定をめぐって、かなり激しい議論がなされ、結局その日では議決

に至らなかった。

次いで、翌日（5月1日）午前、引き続き行政裁判法の第2読会を開き、枢密院の野村顧問官は冒頭で「昨日本案第二読会ニ於テ種々議論ノ未遂ニ未決ハシテ議長ニ於テ預リ置レタル第二十条ニ付左ノ修正ヲ提出ス」と述べ、修正案を提出した。この第20条に関する修正案について議論の結果、多数の賛成を得て可決され、第2読会もこれをもって終了となり、直ちに第3読会に入ったが、出席者から動議がないため、議長は「各位動議ナシ依テ全体可決ト認ム第三読会ヲ終ル」と閉会を宣した。

ところで、このように3読会を経て決議された行政裁判法案は翌日（5月2日）上奏されたが⁽¹²⁹⁾、「訴願法諮詢案ヲ御取戻相成リタル結果トシテ各顧問官ヨリ建議アリ依テ第三読会ノ続」として、同年6月10日午後会議を開き⁽¹³⁰⁾、原案第17条にある「訴願法ニ依リ地方上級行政庁ノ裁定ヲ経タル…」中の「訴願法ニ依リ」という字句を削除した。その理由について伊東報告員は「最初行政裁判法ハ訴願法ト同時ニ発布セラルヘキ計画ナリシヲ以テナリ然ルニ訴願法諮詢案ハ議事ノ半ニシテ御取戻ト相成行政裁判法ノ発布マテニハ発布セラレサルコト、ナリタルヲ以テ『訴願法ニ依リ』ノ文字ニ差支ヲ生セリ然レトモ行政訴訟ハ先ツ訴願ヲ経タルモノナラサルヘカラサルノ精神ハ先日ト少シモ異ナルコトナシ依テ本案ヲ前文ノ如ク修正センコトヲ顧問官中ヨリ建議セラレタルナリ」と説明している⁽¹³¹⁾。そして、これに対する出席者の発議がないため、修正案は可決された。

かくして、枢密院の諮詢を経た行政裁判法案は同年6月13日閣議に付され、同30日法律第48号として公布された⁽¹³²⁾。

2. 井上毅の意見

前述のように、法制局長官井上毅は枢密院における行政裁判法審議の会議に出席しなかったが、その審議の経過、内容に関する報告を受けていた。彼は、枢密院の行政裁判法修正案を読んだ後、「意外之不都合不少候」と思つて、明治23年（1890年）4月29日、山県有朋総理大臣と山田顕義司法大臣

宛に書簡を送った⁽¹³³⁾。その中で、井上毅は枢密院の行政裁判法修正には、次のような問題があると指摘している。すなわち

- 一、行政裁判ノ外ニ訴願ノ門ヲ狭局ニスルハ、
人民ノ利益ヲ制限シ、且即チ民事訴訟ニ行政
庁ヲ訟フルノ道ヲ広クシ、訴願法ノ原旨ニ非
サル事〔固ヨリモスセ氏ノ論旨ニ非ス〕
 - 一、現行請願規則ヲ存スルハ、憲法ト矛盾スル
事何トナレハ、請願規則ハ即チ今度ノ新法ニ
所謂訴願ニシテ、憲法ニ許ス所ノ天皇及議院
ニ請願スルノ道ヲ認メザレハナリ
 - 一、行政裁判官ヲ純然タル終身官トスル事、并
ニ終身官トスルニ拘ラズ、内閣総理大臣ニ其
ノ退職ヲ命スルノ権アラシムル事、
総理大臣ハ勅任官ニ退職ヲ命スルノ権アル
コトナシ、
 - 一、五人ノ評定官ノ合議ヲ以テ裁判法トスルニ
拘ラズ、其ノ缺席ヲ許スハ法律ノ矛盾ナル事、
 - 一、行政訴訟ニ代人ヲ禁スル事、
- ということである。

こうした問題に関して、井上毅は、「右等若修正案之通ニ而通過候ハ、極而不当之法律と相成可申候」と強調し、「生愚見別冊欄外ニ記入候而奉進呈候間、司法大臣殿御清閑を以而御一閱被給度奉冀候、且枢密院ニ而本会議ニ取掛候事ハ、更ニ閣議ヲ盡され候迄之間、暫く見合候様有之度候、高命ニ依候而は、小生早々帰京いたし候而枢会出頭シ、及ふ丈原案維持を試候歟」と原案の維持を強く望んでいる。

この書簡は、行政裁判法の審議に関する枢密院本会議の前日に書かれたものであるが、前述のように、行政裁判法案が枢密院に付されたのは4月7日であって、4月15日より既に総務委員会における審議が行われたことから、ここの修正案とは、恐らくこの総委員会で原案に修正を加えてなされた法案であると思われる⁽¹³⁴⁾。一方、井上毅はこの書簡の中で「小生早々帰京いたし候而枢会出頭シ、及ふ丈原案維持を試候歟」といっているが、結局、彼は枢密院の会議に出席しなかった。そして、4月30日から始まった枢密院本会議では、総委員会

の修正案に基づいてさらに若干の修正が行われ、5月1日の第3読会で決議されたが、原案を維持しようとする井上毅の意見は全く採用されなかった。

これに対し、逗子に滞在中の井上毅は、同年5月11日付で枢密院議長大木喬任および副議長寺島宗則宛に「行政裁判法ニ於ケル枢府ノ修正ニ対スル卑見敬呈」という書牘を送った⁽¹³⁵⁾。また、同月13日、井上はこの書牘を添附して伊藤博文へ手紙を送り、その中で彼は「枢府も近来アマリエラ過候而困却之至有之候」と不満を表していた⁽¹³⁶⁾。

井上毅が大木議長および寺島副議長に提出した枢密院の行政裁判法修正に関する長文の意見書のなかで、行政裁判法における枢密院の修正に強く反対し、枢密院の成議は①憲法に矛盾すること、②憲法義解に矛盾すること、③市制町村制に矛盾することと指摘している。

まず、「憲法ニ矛盾スル者」について、井上毅は西欧諸国の制度を援用しながら、次のように述べている。

……何ヲカ憲法ニ矛盾スト謂フ乎我カ憲法ハ勅令ヲ以テ法律ヲ変更スヘカラサルコトヲ明言シタリ蓋各国ノ憲法及学説ハ法律勅令ノ定義ニ於テ分チテ三種トスルコトヲ得ヘシ

其ノ一ハ勅令ヲ以テ法律ノ施行細則タルニ止メ其ノ効用ヲ輕弱狭局ノ範圍ニ限ル者トス佛、白、伊等ノ国法学ノ説ク所是ナリ

其ノ二ハ法律ト勅令トヲ以テ全ク異形同質ノ物トシ勅令モ亦時アリテ之ヲ法律ノ名クルコトヲ得ヘシト謂フ独乙博士ラバント氏ノ説此レニ近シ是レ蓋普国ノ憲法ニ既ニ裁判ハ法律ニ依ルコトヲ明言シツ、更ニ又裁判官ノ法律及勅令ニ遵據スヘキコトヲ複言シタルニ因リ文字的ニ兩者ノ間ニ彌縫セントシタルニ過キサルナリ

其ノ三ハ勅令ハ以テ法律ノ空曠ヲ補充スヘク法律ト勅令トノ間ニ一定ノ差等ヲ設クルハ能フヘカラサルノ事ナリト雖唯一ノ踰越スヘカラサル限界ハ勅令ヲ以テ法律

ヲ変改スルコトヲ得スト謂フニ在リト云是レ「グナイスト」博士ノ英国行政学ニ縷述スル所ニシテ独乙ノ多数ノ学者ハ実ニ之ヲ賛成シタリ

我カ憲法ハ実ニ第一第二ノ極端ノ両説ヲ捨テ第三ナル大中至正ノ論理ヲ採用セラレタリ〔是レグナイスト博士ノ最モ我カ憲法ニ賛成ヲ表スルノ所ナリ〕

然ルニ行政裁判法ニ於ケル枢府ノ修正案ハ法律勅令ヲ以テ一般ニ之ヲ平等同視シテ其ノ間ニ一モ斟酌ヲ置カサル者ノ如シ（此レ猶可ナリ此レ猶未タ憲法ニ矛盾シタリトノ駁説ヲ為スコトヲ容サマルベシ）但シ法律ノ正文ニ於テ已ニ行政訴訟ノ期限ヲ定メテ六十日トシ而シテ又勅令ヲ以テ此ノ規定ヲ変更スルコトヲ許スニ至リテハ〔行政裁判法第 条〕⁽¹³⁷⁾之ヲ指シテ法律ノ正文ハ憲法 条⁽¹³⁸⁾ノ規定アルヲ省顧セズシテ勅令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ認メタル者ナリト謂ハザルコトヲ得ズ

次いで、「憲法義解ニ矛盾スル者」についても、欧米諸国の制度を援用して、次のように述べている。

憲法義解ニ矛盾ストハ何ソヤ蓋行政裁判ハ行政ニ属スヘキカ司法ニ属スヘキカハ此レ亦各国国法学ノ一大疑問トシテ未タ帰一セザル所ナリ

第一 佛伊等ノ国ハ其ノ行政裁判ノ淵源ノ祖国タルニ拘ラズ仍純然タル行政部ノ物トシ専ラ行政官ヲ以テ之ヲ組織シタリ

第二 孛奥等ノ国ハ佛国ノ行政裁判ヲ模倣シツ、〔シユルチエ氏ノ説ニ依ル〕更ニ一歩ヲ進メテ之ヲ司法部トシ終身司法官ヲ以テ組織セントスルノ傾向ヲ取りタル但シ未タ米国ノ「コート、オフ、クレーム」ノ純然タル司法裁判タルカ如キニハ至ラサルノミ

此ノ區別ハ実ニ其組織元素ノ或ハ行政官タル或ハ司法官タルニ因由スル者ナリ

我カ憲法ハ実ニ行政裁判ヲ以テ司法裁判ノ局外トシ而シテ伊藤伯ノ憲法義解ハ司法裁判ノ

外ニ行政裁判ヲ設クルノ必要ノ理由ノ一トシテ行政事務ニ経験アル行政官其人ヲ用キテ行政裁判官トスルノ要件ヲ説明シタリ然ルニ今枢府ノ成議ヲ見ルニ行政裁判官ヲ以テ懲戒上ノ裁判ニ依ラザレハ退職セザルノ終身官トスルノミナラズ更ニ又行政裁判官ハ或ハ司法官ニ取り或ハ行政官ニ取ルコトヲ掲ケタリ此レ乃殆ト行政裁判ヲ以テ半化ノ司法裁判トスル壘国主義ヲ勇進採用スルノミナラス（此レ仍可ナリ但シ憲法ノ精神ハ如何ト顧慮スヘキコトヲ免レス）司法官ヲ以テ組織ノ元素ノ一分トスルハ即チ憲法義解ト頭ハニ相矛盾スル者ナリ

辯者ハ謂ハン憲法義解ハ一ノ私著ニシテ立法者ノ注意ヲ引クニ足ラサルナリト然ルニ義解ノ此ノ一段ハ実ニ憲法ノ草案ヲ枢議ニ下附セラルハノ時ニ理由トシテ正条ニ附随セシメラレ枢議ニ於テ別ニ此ノ点ニ向テ異議アルヲ聞カサリシ者ナリ之ヲ枢議ニ於ケル前後撞着ト謂フモ亦辯護ニ困ムヘシ〔況ヤ義解モ亦全ク之ヲ輕視スルノ端ヲ啓クヘカラズ〕

さらに、「市制町村制ニ矛盾スル者」について、井上毅は列記主義と概括主義の問題を取り上げて、次のように述べている。

何ヲカ市制町村制ト矛盾スト云ヤ蓋市制町村制ハ自治事務ト行政事務トヲ區別シ自治務ニ向テハ歴記法ヲ取り行政事務ニ向テハ概括法ヲ取りタルハ其ノ訴願ニ於ケル立法ノ精神ナリ（町村制百二十条市制百七条及説明）自治事務ハ譬ヘハ一家ノ事ノ如シ故ニ訴願ノ門ヲ狭クシテ歴記法ヲ取りタルコト行政裁判ノ例ニ同シ行政事務ハ国家ノ監督ヲ緩慢ニスヘカラズ而シテ言路ヲ洞開シテ以テ下級官吏ノ専横ヲ防制シ人民ノ苦痛ヲ疎通セサルヘカラス故ニ訴願ノ門ヲ廣クシテ概括法ヲ取り以テ行政裁判ノ例ニ異ナラシメタリ此レ実ニ立法者ノ精密ナル注意ニシテ其ノ孛国ノ地方行政法ノ上ニ出テタル結構全備ナル者ト評スルコトヲ得ヘシ（孛国ノ地方行政法ハ実ニ千八百十年ノ訴願法ト矛盾ス故ニ学者ヲシテ牽強ニ

モ有式訴願無式訴願ノ區別ヲ分ツノ勞ヲ取ラシメタリ）然ルニ今枢議ノ成案ハ却テ市制町村制ノ主義ニ依ラスシテ退歩却行シテ彼ノ孛國ノ滅裂ノ弊制ニ倣フコトヲカメントス此レ豈内ヲ賤ミ外ヲ尊ヒ目ヲ輕シ耳ヲ重スルノ諺ニ近キコトナキヲ得ン乎〔訴願法ハ行政官庁ニ対スルノ訴願ヲ一般ニ規定スル者ナリ故ニ概括法ニ依ラサルヘカラス〕

最後に、井上毅は、「右ニ述ヘタル三大矛盾ノ外ニ猶枢議ノ成案ハ一条中ニ自ラ矛盾ヲナスアリ五人以上ノ合議裁判タルコトヲ規定シツ、更ニ缺席ノ為ニ四人トナルトキハ云々ノ場合ヲ掲クルコト是ナリ説明者ハ是レ五人以上トアルニ因リ七人又ハ九人ノ時ニ適用スル除外例ナリト辯セリト聞ク抑々缺席トハ定員ニ対スルノ文字ナリ唯タ五人ノ定員ナク故ニ缺席ト謂フコトヲ得ヘシ若定員ノ外ナル七人或ハ九人ノ場合ナラハ缺席ト名クルコトヲ得ズ而シテ缺席ノ為ニノ五字ハ何等ノ意義ヲモナサ、ルヘシ好シ何等ノ強辯アリトモ普通ノ感触ニ訴ヘナハ欠席ノ為ニハ五人ノ定員ヲ破リテ四人ニテ裁判スルコトヲ得セシムルノ法文トシテ解釈スヘシ此レ乃法律自定メテ又自之ヲ破ル者ナリ」と指摘している。

この井上毅の意見書は、大木議長及び寺島副議長に提出された後すぐ各顧問に回付され、そして、同月14日伊東巳代治書記官長から同じ長文の反駁意見が提出された⁽¹³⁹⁾。

一方、井上毅は、枢密院における行政裁判法の修正に関する意見をロエースラーに求めていた。つまり、行政訴訟の出訴期限について法律で除外例を設けることを認めるとした内閣の原案が、枢密院の修正によって、更に勅令を以てもこの訴訟期限に除外例を設けることができると改められたことに対し、井上は「抑々憲法 条ハ勅令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ザルコトヲ規定シタリ。今勅令ヲ以テ法律ニ定メタル出訴期限ニ除外例ヲ設クルコトアルヲ認ムルハ、憲法ノ精神ニ矛盾スル者ニハ非サルヤ」とロエースラーに質問したのである⁽¹⁴⁰⁾。そこで、ロエースラーは、明治23年5月19日の日付で次のように答議している⁽¹⁴¹⁾。

「余ノ見ル所ニ依レハ、貴問ノ修正案ノ如ク或ル場合ニ於テハ、亦勅令ヲ以テ法律上確定シタル通常ノ出訴期限ヲ伸縮スルモ憲法第九条ニ矛盾セス。凡ソ法律ハ他ノ法律ヲ以テスルニ非サレハ変更スルヲ得ストハ因ヨリ一般ノ原則ナリ。然レトモ或ル場合ノ為、法律ヲ以下テ委任セラレタルトキハ、亦勅令ニ依テ其変更ヲ為スヲ得ヘシ。元来立法ノ区域内ニ属スル事件ニ関スル勅令タリトモ、法律ヲ以テ其発布ノ権ヲ与ヘラレタルトキハ完全ナル効力ヲ有シ、而シテ憲法ニ適スルモノナリ。」

また、その翌日(5月20日)、井上毅は、枢密院の訴願法案に列記主義を採用したことについてロエースラーの意見を求めた⁽¹⁴²⁾。つまり、内閣の原案では、行政裁判法においては列記主義を採って訴訟の門を制限し、訴願法においては概括主義を採用して行政監督の道を広くしようとしたが、枢密院の審議では両法ともに列記主義を採用したことについてロエースラーの意見を求めたのである。これに対し、ロエースラーは行政訴訟においても訴願においても列記主義の採用に反対すると答えた⁽¹⁴³⁾。ロエースラーは、一貫して列記主義をとるプロイセンの行政裁判制度を批判し、「あらゆる種類の違法の行政処置に対する行政裁判所の一般的権限を表明していた」⁽¹⁴⁴⁾。これは、井上毅にも大きな影響を与え、前述のように、「ロエースラー案」に基づいて起草された「井上案」は基本的には概括主義を採っており、また枢密院の行政裁判法案修正に対する井上毅の意見などでも概括主義を主張されていた。「だが発布された法律は、彼（ロエースラー——筆者注）の競争者アルベルト・モッセの勧告に基き、法律と行政命令に枚举されている場合に権限を限ってしまった」⁽¹⁴⁵⁾。

ところで、枢密院の行政裁判法修正に対する井上毅の意見も、結果的には採用されなかった。行政裁判法の枢密院における審議は同年6月10日に至ってすべて終了となり、同月13日閣議に付された後、同30日に法律第48号として公布されたことはすでに前述した通りである。

むすびにかえて——本稿のまとめと今後の課題

以上、明治前期における行政争訟制度の形成との係わりから行政裁判法の制定に至るまでの、井上毅の与かった関係法案の立案・制定およびこれに関連する彼の様々な意見などを見てきた。その中から、彼の次のような視点を見出すことができよう。

すなわち、井上毅は、政府の自由を確保し、司法権に対する行政権の独立を保障するという基本思想に立脚して、行政事件については裁判所に出訴することを許さず、「行政上の問題は、行政権で処置するのが妥当とするというのである」⁽¹⁴⁶⁾。その理由について、彼による憲法諮詢案説明の中の一節は次のように語っている⁽¹⁴⁷⁾。

蓋行政官庁其ノ職権ニ依リ処分スル者ハ公権ニシテ私権ニ非ザルナリ司法裁判所ハ民事上私法ノ争訟ヲ判定スルヲ以テ当然ノ職トシ而シテ憲法及法律ヲ以テ委任サレタル行政官ノ処分ヲ取消スノ権力ヲ有セザルナリ何トナレハ司法権ノ独立ヲ要スルカ如ク行政権モ亦均シク其ノ独立ヲ要スレハナリ若行政権ノ処置ニシテ司法権ノ監督ヲ受ケ裁判所ヲシテ行政ノ当否ヲ判定取舍スルノ任ニ居ラシメハ即チ行政官ハ正ニ司法官ニ隸属スル者ニシテ從テ社会ノ便益ト人民ノ幸福ヲ自由ニ經理スルノ余地ヲ失フヘキナリ行政官ノ措置ハ其ノ職務ニ依リ憲法上責任ヲ有シ從テ其ノ措置ニ抗拒スル障害ヲ除去シ及其ノ措置ニ由リ起ル所ノ訴願ヲ裁定スルノ権ヲ有セザルトキハ行政ノ効力ハ麻痺消燼シテ憲法上ノ責任ヲ盡スニ由ナカルヘキナリ

そのため、彼は、明治前期つまり明治憲法制定以前において、普通裁判所で行政訴訟事件を裁判する英米型の制度に似た明治初期以来の「旧法」を否定するのは勿論のこと、フランスの制度を含めてヨーロッパ大陸型行政裁判制度も採用しえないことを主張していたのである。つまり、井上毅は、明治10年(1877年)「行政処分願訴規則案」の起草から明治15年(1882年)「請願規則」の立案に

至るまで、一貫して行政裁判制度を採用ないし継受することに反対し、行政処分をめぐる事件については、訴訟ではなく行政庁への「歎願」または「請願」だけが許されるべきであると主張していた。また、彼が主導した参事院創設の際にも、基本的にはフランスのコンセイユ・デタを範としたにもかかわらず、コンセイユ・デタの重要な機能としての行政裁判を削ったことはすでに前述したとおりである。さらに、井上毅が後の明治憲法制定において行政裁判所設置の方針を是とするに至ったが、上に述べた彼の従来の基本的な視点ないし考え方は依然として変わっていないと思われる。つまり、井上毅にとって、行政裁判所も行政権の一部であるに過ぎず、「行政裁判」といっても本質的には裁判ではないと認識していたといえよう。すなわち、前述したように、彼は、行政裁判法案を起草するに際して、まず、「中央に一の委員会を設け、行政裁判所の名義で行政裁判事務を取扱わしめる」という基本点を確認し、独立の機関を設けず参事院内の一部において「行政裁判所」の名義を以て行政訴訟を裁判するものとしたロエースラーに従って、オーストリアおよびフランスの制度を斟酌し、プロイセンの制度を斥けた。そして、彼が起草した「井上案」では、行政裁判所の組織について「枢密院顧問官」と「法制局参事官」を以て構成するとされた。また、彼が、枢密院における行政裁判法案の修正に対する意見の中でも、行政裁判官に司法官を加えることに強く反対していたこともすでに前述した通りである。

ところで、本稿のはじめで言及したように、「欧洲大陸之行政才判あるに拘はらず、我邦ハ断して現在未来とも此法を採用せざるべき也」と断言した、かの井上毅は、なぜ明治憲法制定の段階から一変して、大陸型とくにドイツ型の行政裁判所設置の方針を自ら起草の憲法条文で定め、行政裁判所制度の採用を是とするに至ったのか、という問題は最も興味深いところである。ただ、本稿では、それに関する綿密な考証を試みる余裕はないが、仮に若干の仮説ないし推測が許されれば、さしあたり次のようないくつかの消極的な外的理由が考

えられるであろう。

まず、前にも少し触れたように、行政裁判所制度に関する調査研究は明治10年（1877）前後に始められたが、司法裁判所から分離した行政裁判所の設置の方針はドイツ型憲法の採用が決定された時から始まる⁽¹⁴⁸⁾。即ち、「明治14年政変」の翌年、立憲制度調査のため渡欧した伊藤博文は、行政裁判制度もその調査の一環として⁽¹⁴⁹⁾、ベルリンおよびウィーンで、シュタイン（Lorenz von Stein）、モッセ等ドイツおよびオーストリアの公法学者から行政裁判制度に関する意見を聞き、ドイツとくにプロイセン型憲法の採用を決定すると同時に、司法裁判所とは別の系統の行政裁判所の設置の方針も決めたのである。そこで、政策方針の決定権を持たず権力者たちのブレンであるに過ぎない井上毅の立場からすれば、政策方針に関する立案調査の段階において意見ないし助言を呈することはできるが、権力者たちの既に決定したことに反対し従わないことはできないであろう。このようなことから、明治政府の法制官僚としての制約⁽¹⁵⁰⁾があるという事実も考えられるであろう。

次いで、憲法の制定過程においては、司法裁判所のほかに特別の行政裁判所を設置する必要性があるかどうかの問題が論議された。当時の司法大臣山田顕義ら一部の論者は、イギリスのような司法一元制の採用が望ましいとし、大陸型の行政裁判所の設置に消極的な見解を示しているが、大勢は行政裁判所設置の方針を支持するものであった⁽¹⁵¹⁾。したがって、英米型の一元制も大陸型の二元制も採用しえないことを主張していた井上毅にとって、たとえその時点においてなお従来通りの考え方を持っていても、このような大勢がほぼ決まった状況の下では、もはや逆らいえなかったといえよう。

また、ロエスラーから与えられた影響も重要な要因と考えられる。例えば、明治19年（1886年）12月23日付で井上毅に提出した答議のなかで、ロエスラーは、「今ヤ立憲制度漸ク暢発シ、且法治国及行政裁判ノ思想漸ク普及シ、孛国ハ勿論独逸全国ニ於テモ、英国ニ於ケルカ如ク権利及国家

ノ秩序ニ関スル事件ノ一般ノ基準ハ、法律ヲ以テ之ヲ制定スヘシ」と説いている⁽¹⁵²⁾。

さらに、明治憲法の起草が本格的に始まった明治10年代後半以降、日本の近代的法・制度の整備はすでに一定の程度に達しており、「我邦、未タ各法の完備せざる」というような行政裁判制度の採用に反対する井上毅の当初の理由も、もはや成り立つことができなくなったのではないかと思われる。

もちろん、行政裁判制度の採用に関して反対から是とするに至った井上毅の態度改変には、当然多くの要因を考えることができる。それは、必ずしも上のような貧弱な仮説と推測で解明できるものではない。こうした消極的な外部的理由よりも、井上毅自身の、行政裁判制度に対する認識の改変ないし思考転換などのような積極的な内在的理由に関する考究のほうがさらに重要であろう。しかし、かような研究に必要な基礎的素養が欠如、また、現時点まで蒐集した史料の不足などの制限もあって、これらの点は今後の研究で補いたい。

一方、はじめのところで述べたように、本稿は、日本近代行政裁判制度の成立過程における法継受の問題に関する井上毅のような法制官僚の思想と行動を研究するための、一つの地ならし作業であるに過ぎないので、以上のように、明治期の近代的行政裁判制度の形成に重要な役割を果たした井上毅が係わった関係法案の立案・制定などの歴史的事実を辿ることと一応のまとめにとどまるが、上に述べた行政裁判制度の採用と継受における井上毅の態度改変などのような法継受の問題に関する彼の思想と行動については、今後さらに考究を進めていきたい。

具体的に言えば、「明治行政裁判制度成立史における法継受と法制官僚——井上毅を中心として——」を今後の研究テーマとして、次のような考察を試みたい。

まず、本稿で辿って見た関係史実をふまえて、行政裁判に関する井上毅の思想・観念すなわち彼の行政裁判観を考察し、そして、法継受の問題に関連して、フランス、ドイツなど諸外国の行政裁

判制度に対する彼の認識，とくにこうした外国行政裁判制度の日本への継受における彼の姿勢と思考形態に検討を加え，行政裁判制度の採用と継受において反対から是とするに至った彼の思考転換を規定した内在的要因の解明を試みたい。

注

- (1) 日本近代行政裁判制度の成立過程および行政裁判法制定の史実を内容として扱った研究文献としては，主に次のようなものが発表されている。なお，本稿は，これらの文献に負うところも多い。
 - ・行政裁判所編『行政裁判所五十年史』（1941）
 - ・和田英夫「行政裁判」『講座日本近代法発達史3』（勁草書房 1958）所収。
 - ・綿貫芳源「行政法の歴史（日本に於ける）」『行政法講座 第1巻』（有斐閣 1964）
 - ・緒方真澄『行政訴訟制度の歴史的研究』（ミネルヴァ書房 昭38）
 - ・宮本 忠「明治初期行政裁判制度の覚え書」『三重法経』33（1975. 10）
 - ・三阪佳弘「明治前期における行政事件取扱制度の一考察——明治一〇（一八七七）年起草行政処分願訴規則案を題材に——」『阪大法学』139（1986. 8）
 - ・木野主計「行政裁判法前史の研究」『大倉山論集』第10輯（昭47）
 - ・ 〃 「行政裁判法成立過程の研究—モッセ案を中心として」『大倉山論集』第11輯（昭49）
 - ・ 〃 「行政裁判法制定過程の研究—ロエースラー案を中心として」『大倉山論集』第27輯（1990）
 - ・田中館照橘「明治憲法下の行政裁判法制」『行政裁判の理論』（信山社 昭62）
 - ・宮崎良夫「明治憲法下の行政裁判制度」，「行政裁判所と評定官」『行政争訟と行政法学』（弘文堂 平3）
 - ・ 〃 「明治憲法下の行政裁判——行政裁判法（一八九〇）」『法学教室』No121（有斐閣 1990. 10）。
- (2) 周知のように，明治憲法第61条の行政裁判所を設

置するとした規定に基づいて制定された行政裁判法は，明治憲法と同じ，その法案の作成過程において，お雇い外国人法律家の助力が得られた。とくに，ロエースラー（Hermann Roesler, 1834~1894），モッセ（Albert Mosse, 1846~1925）というドイツから来た二人の法学者は，行政裁判法の立案に関して，井上毅ら明治政府の法制官僚に対し数多くの答議と助言を提出したほか，それぞれ「ロエースラー案」，「モッセ案」とよばれるいくつかの行政裁判法草案およびその修正案を起草しており，しかも後者のモッセの法案は，のちに公布された行政裁判法の母胎ともなった。

- (3) 前掲木野氏の諸論文参照。
- (4) 草野茂松編『蘇峰文選』486頁（民友社 大正4年）。
- (5) 井上毅関係の資料である「梧陰文庫」（国学院大学図書館所蔵）に収められている行政裁判および訴訟等行政争訟関係史料の文書題名および番号索引などについては，国学院大学図書館編『梧陰文庫目録』（昭和38年）を参照。
- (6) 和田・前掲論文。
- (7) 井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝史料篇第四』（国学院大学図書館 昭46）84頁以下所収。

なお，この書簡の日付は「二月十三日」となっているが，年代は欠けている。前掲の行政裁判所編『行政裁判所五十年史』では，この書簡の宛名が「局長公閣下」とあるから，伊藤博文の法制局長官時代である明治9年（1876年）～12年（1879年）の間のものと推定している（同書35頁以下参照）。一方，『井上毅伝史料篇第四』のなかでは，明治18年（1885年）と推定しており（同書84頁），その編纂に携わった木野主計氏（国学院大学梧陰文庫研究会）は，前掲論文「行政裁判法成立前史の研究」のなかで，この書簡は明治18年2月13日に書かれたもので，「ロエースラーの行政願訴法（『行政願訴法草案』明治17年11月4日——筆者注）を批判し」たものとしている（同論文 132頁）。これに関して，三阪佳弘氏（大阪大学）は，この書簡に書かれている「今度之行政願訴法案」は，行政裁判法草案とともに起草されたロエースラーの明治17年の「行政願訴法草案」であ

るとは考えられないと指摘し、この書簡にある「訴訟を廃して歎願とする之新法案」とは、明治10年(1877年)の「行政処分願訴規則案」であったと考えている。また、この書簡の日付が「二月十三日」であり、同規則案の元老院議定が明治11年(1878年)2月7日に行われたことから、この書簡は、元老院議定の後井上毅から伊藤博文に対して出された報告であったと推定している(三阪・前掲論文189～190頁参照)。

三阪氏の見解が妥当であろう。したがって、本稿でもこの書簡の年代を明治11年と推定する。

- (8) 和田・前掲論文29頁。
- (9) 木野主計「植木枝盛の法思想に与えた井上毅の影響」梧陰文庫研究会編『明治国家形成と井上毅』20頁(木鐸社 1992)。
- (10) この「行政処分願訴規則案」については、三阪・前掲論文参照。以下、この規則案に関する検討は、主としてこの三阪氏の論文による。
- (11) 和田・前掲論文4頁。
- (12) 井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝史料篇第一』54頁(国学院大学図書館 昭41)。
- (13) 木野・前掲論文「行政裁判法前史の研究」136頁。
- (14) 日本近代法制史研究会編『日本近代法120講』32頁(法律文化社 1992)。
- (15) この詔書には、「朕今誓文ノ意ヲ拡充シ、茲ニ元老院ヲ設ケ以テ立法ノ源ヲ広メ、大審院ヲ置キ以テ審判ノ權ヲ鞏クシ……」とある。立法機関としての元老院、裁判機関としての大審院の設立などが定められた。
- (16) 三阪・前掲論文180頁。
- (17) 宮崎・前掲書4頁。
- (18) 『井上毅伝史料篇第四』84頁(国学院大学図書館 昭46)。
- (19) 三阪・前掲論文180頁。
- (20) 三阪・前掲論文187頁以下。
- (21) 三阪・前掲論文188頁以下。
- (22) 前掲「梧陰文庫」B-2091号文庫。なお、この法案の作成された時期については、梧陰文庫研究会の木野主計氏が、前掲論文「行政裁判法成立前史の研究」の中で「明治六年初期と思われる頃」と推定

し、当時井上毅は「正院法制局二等法制官」に任命されていると述べている(同論文141頁参照)。しかし、明治6年初期には、井上毅がまだ滞仏中で帰国していないし、また、「二等法制官」に任命されたのは明治8年9月22日のことであるから〔『近代政治関係者年譜総覧』(ゆまに書房 1989)及び『百官履歴』(日本史籍協会編 昭和2年)参照〕、明治6年初期という推測には疑問がある。したがって、この法案の作成は、明治7年司法省第24号達より後のことではないかと推測される。

- (23) 木野・前掲論文138頁。
- (24) 木野・前掲論文140頁。
- (25) 木野・前掲論文141頁。
- (26) 注(22)参照。
- (27) 和田・前掲論文31頁。
- (28) 前掲「梧陰文庫」D-10号文書。
- (29) 括弧内は井上毅文書中の割注である(以下同)。
- (30) 前掲『井上毅伝史料篇第四』330頁以下。
- (31) 前掲「梧陰文庫」C-92号文書。
- (32) 前掲『井上毅伝史料篇第四』335頁。
- (33) 山室・前掲書『近代日本の知と政治』31頁。
- (34) 前掲『井上毅伝史料篇第六』317頁。
- (35) 池田 宏編『大森鐘一』(大森鐘一伝記編纂会 昭5年)102頁に、参事院の「官制を設くるに当り、井上毅氏主として調査の任に当り、予其立案を命ぜらる。……事頗る急を要する事情ありき。参事院の制は仏国参議院の制に倣ひたる所少なからず」という一節がある(山室・前掲書41頁参照)。
- (36) 前掲『井上毅伝史料篇第五』25頁。
- (37) 大久保利謙「明治十四年政変と井上毅」『明治文化史論集』647頁(乾元社 昭27)
- (38) 明治15年(1882年)太政官布告第58号。
- (39) 前掲『井上毅伝史料篇第四』63頁以下。
- (40) 前掲『井上毅伝史料篇第三』443頁参照。
- (41) 高橋康昌「明治憲法制定前後における制度改変の考察——井上毅を中心として——」『法学新報』(中央大学法学会 昭45)第77巻第1, 2, 3号210頁以下参照。
- (42) 前掲『井上毅伝史料篇第五』274頁。
- (43) 前掲『井上毅伝史料篇第六』141頁。井上毅代草の

この請議案は、後に「第三百三十九号議案制定理由」及び「参事院編 明治十五年第五十八号布告制定理由」にもなった（『元老院会議筆記』前期第十三巻788頁以下参照）。

- (44) 前掲『井上毅伝史料篇第四』65頁。
(45) 国立公文書館蔵『元老院日誌』（三一書房 1981）第三巻284頁には次のように記載されている。

「十八日
第七百十八号
諸請規則議定ニ付セラル 第三百
三拾九号」

- (46) 『元老院会議筆記』前期第十三巻763頁参照。
(47) 『元老院会議筆記』前期第十三巻763頁以下参照。
(48) 『元老院会議筆記』前期第十三巻788頁参照。
(49) 徳永高志「近代日本形成期の行政訴訟運動」『人民の歴史』第94号28頁（東京歴史科学研究会 1987. 12）。
(50) 和田・前掲論文18頁参照。
(51) 伊藤博文秘書類纂其三所収。
(52) 稲田・前掲書上巻544頁以下。
(53) 日本における行政裁判所制度の調査研究は明治10年（1877年）前後に始められたが、司法裁判所から分離した行政裁判所の設置の方針は、伊藤博文が立憲制度調査のため渡欧した際、ドイツ型憲法の採用を決定すると同時に決められた（綿貫・前掲論文90頁参照）。
(54) 伊藤博文秘書類纂憲法四、五所収。
(55) 伊藤博文秘書類纂憲法六所収。
(56) 伊藤博文秘書類纂憲法資料中所収「憲法参照」に、オーストリア「裁判権憲法第十五条」の内容を次のように掲げている。

「奥 裁判権憲法第十五条 行政官規定ノ法律又ハ制定セラルベキ法律ノ正文ニ依リ人民ノ訴ヲ裁決スルノ権ヲ有スル場合ニ当リ、此ノ裁決ニ由リ権理ヲ侵サレタル一方ノ者ハ司法上ノ普通手続ヲ以テ自由ニ相手方ノ者ニ対シ起訴スルコトヲ得、此ノ場合ノ外ハ行政官ノ裁決若クハ処分ニ由リ権理ヲ侵サレタルトスル者ハ行政官ノ一切ノ代表人ニ対シ行政裁判所ニ起訴シ口頭ヲ以テ公行ノ訟廷ニ於テ論辯スルコト

ヲ得。

行政裁判所ニ於テ審理スベキ場合及ビ其ノ組織並ニ訴訟手続ハ別段ノ法律ヲ以テ之ヲ定ムベシ。」

- (57) 井上毅訳『李国憲法』（博聞社印行 明治15年）では行政と司法との権限争いに関するプロイセン憲法96条を次のように訳している（『井上毅伝史料第三』519頁参照）。

「諸法衙ト、政部官（行政諸務及地方官）トノ権限ハ、法章ヲ以テ之ヲ定ム、
諸法衙ト、政部官トノ際ニ起ル所ノ権限ノ争ヲ決スル為ニ、一ノ法院ヲ設ク（権限裁判、是レナリ、参議院ノ議長、之レカ長官トシ、大法院法官数員、政部官数員ヲ以テ、之ニ充ツ、以テ両平ヲ持ス、）」

- (58) 稲田・前掲書下巻197頁以下。
(59) 前掲『井上毅伝史料篇第一』所収。
(60) 稲田・前掲書下巻114頁以下。
(61) 前掲『井上毅伝史料篇第一』593頁以下。
(62) 木野・前掲「行政裁判法成立過程の研究—モッセ案を中心として—」193頁参照。
(63) 稲田・前掲書下巻271頁以下。
(64) 稲田・前掲書下巻260頁。
(65) 稲田・前掲書下巻321頁以下。
(66) 稲田・前掲書下巻327頁。
(67) 稲田・前掲書下巻333頁以下。
(68) 稲田・前掲書下巻395頁。
(69) 稲田・前掲書下巻534頁以下。
(70) 小嶋和司『明治典憲体制の成立』407頁（木鐸社 1988）。
(71) 稲田・前掲書下巻719頁以下。
(72) 塩野宏『行政法 I』16頁以下参照（有斐閣 1991）。
(73) 村上順『近代行政裁判制度の研究』45頁参照（成文堂 昭60）。
(74) 稲田・前掲書下巻717頁。
(75) 和田・前掲論文31頁。
(76) 綿貫・前掲書85頁。
(77) 木野・前掲論文「行政裁判法成立前史の研究」169頁。

- (78) 和田・前掲論文24頁。
 なお、三阪佳弘氏は、前掲論文「明治前期における行政事件取扱制度の一考察」の中で、明治7年(1874年)司法省第24号達と明治15年以降本格化する行政裁判制度継受との関連を説明する出発点として、当時の政府とくに法制局を中心として外国法制の研究ないし継受の形における新しい行政裁判所法案の立案・検討は、「前史的行政裁判制度の事実上の経過と直接には無関係に、それと並行して」行われた(和田・前掲論文24頁)という従来の研究に対し、当時の政府が、行政事件に関する司法省の諸達を、「司法権による行政の抑制」を招くものと認識していた事実の存在は、「新しい行政裁判法案」と「事実上の経過」との関連を推測させる、と主張している(三阪・前掲論文170頁および171頁注(9)参照)。
- (79) 前掲『行政裁判所五十年史』10頁参照。
- (80) ロェスラーとルードルフの答議は、明治18年(1885年)1月制度取調局から刊行された『行政裁判法草案 上』に収録されている。
- (81) その中、前二者については原文通り全訳されているが、最後のフランス行政裁判法については、「摘要」という形で要約された。その理由について、編者は、「佛国行政裁判法ハ大革命以来漸クニ発達シ猶ホ未タ完全セス且其条規ハ百般ノ法律規則勅令等ニ散見シ秩然編ヲ成シタルニアラス殊ニ訴訟手續ニ至テハ慣例ニ成ルモノ多シ故ニ其解釈一定セス議論紛々タルモノ少ナカラス実ニ不明不備ノ法律ニシテ搜索ニ不便ナリトス本編ハ広ク諸書ニ考へ此行政裁判法ノ諸条規及ヒ学士法院ノ論説ニ就キ勉メテ其実際ニ行ハル、モノヲ抜抄シ以テ其不便ヲ補ハント欲シタルモノトス」(制度取調局『字塙 行政裁判法纂輯』73頁参照)と説明している。
- (82) ロェスラー起草のこの「行政裁判法草案」および「行政裁判法草案理由及説明」は明治18年(1885年)4月制度取調局から刊行された『行政裁判法草案 下』に収録されている。
- (83) 前掲『行政裁判所五十年史』18頁。
- (84) 前掲『行政裁判所五十年史』18頁。
- (85) 前掲『行政裁判所五十年史』20頁以下。
- (86) 明治21年(1888年)2月9日付で、ロェスラーは、彼自身の起草した憲法草案中の行政裁判条章に関する井上毅の諮問に対し、オーストリアの制度によって説明していた(梧陰文庫B-3920参照)。
- (87) 前掲『行政裁判所五十年史』30頁以下。
- (88) 前掲『行政裁判所五十年史』29頁参照。
- (89) 梧陰文庫B-2092参照。
- (90) 木野・前掲「行政裁判法成立過程の研究——モッセ案を中心として」118頁および190頁注(5)参照。
- (91) 木野・前掲論文182頁以下参照。
- (92) 木野・前掲論文184頁。
- (93) 法規分類大全第二編巻一所収「地方制度編纂綱領」の第七款「行政裁判」参照。
- (94) 「自治部落」とは、Gemeindeの訳語である(前掲『日本近代法120講』91頁参照)。
- (95) 木野氏は、前掲論文「行政裁判法成立過程の研究——モッセ案を中心として」の中で、「モッセ案」の脱稿時期を遅くとも明治22年(1889年)の11月中であると推定している。また、従来「井上案」から「モッセ案」に変わった経緯が並行的か或いは継起的になされていたのか不明とされているが(前掲『行政裁判所五十年史』39頁および和田・「行政裁判」28頁参照)、木野氏の分析によると、それは「継起的に」なされたということである(木野・同論文221頁以下参照)。
- (96) 前掲『行政裁判所五十年史』43頁以下。なお、梧陰文庫の中に、井上毅が鉛筆で「墨モッセ案」と欄外に記した小松原英太郎訳の行政裁判法草案(梧陰文庫B-2016)があり、『行政裁判所五十年史』に掲載された「モッセ案」と比較してみると、数ヶ条にわたる相違が見られる(木野・前掲論文221頁および23頁以下参照)。
- (97) 前掲『行政裁判所五十年史』53頁以下。
- (98) 明治20年(1887年)4月30日に脱稿されたロェスラー起草の「日本帝国憲法草案」(国学院大学日本文化研究所編『近代日本法制史料集 第六』所収)。
- (99) 国学院大学日本文化研究所編『近代日本法制史料集 第六』所収〔注(86)参照〕。
- (100) 前掲『行政裁判所五十年史』25頁以下。

- (101) 和田・前掲「行政裁判」26頁。
- (102) 前掲『井上毅伝史料篇第四』103頁。ところで、この『井上毅伝史料篇』の編者の推定によれば、この手紙の年代は「明治20年(1887年)」とされている。その理由は明らかにされていないが、手紙の中に言及した「ロエスラー原稿」は明治21年(1888年)2月9日に出されたものであるため、この手紙の年代は「明治20年」ではないことがわかる。また、従来の研究では、井上毅が行政裁判法および請願法の起草検討に着手したのは明治21年4月頃とされており(和田・前掲「行政裁判」26頁以下参照)、その根拠となったのも井上毅のこの「四月二十六日」付伊藤博文宛の手紙であるので、本稿ではこの手紙の年代を明治21年と推定する。
- (103) 伊藤博文秘書類纂官制関係資料所収「行政裁判所設置ノ問題」による。
- (104) 和田・前掲「行政裁判」27頁。
- (105) これらについては、前掲『近代日本法制史料集』及び木野・前掲論文「行政裁判法制定過程の研究——ロエスレル案を中心として」と「行政裁判法成立過程の研究——モッセ案を中心として」に詳しい。
- (106) 明治21(1888)年2月23日伊藤博文は井上毅に宛てた書簡の中で「内務大蔵両大臣ヨリ行政裁判創立之儀ニ付、意見書差出候ニ付御熟覽之上御改正相成度…」と述べている(前掲『井上毅伝史料篇第四』36頁)。
- (107) 前掲『井上毅伝史料篇第四』135頁。
- (108) 「梧陰文庫」B-3912文書「行政裁判法草案」。なお、その表紙に井上毅は「最初原案也」と自筆で書いている。
- (109) この「最初原案」を最終の「井上案」(『行政裁判所五十年史』30頁以下掲載)と比較してみると、次のようないくつかの改削があった。
- ① 第十三条第二項
「行政庁ト行政裁判所トノ間ニ起ル権限争議ハ行政裁判所之ヲ裁決シ通常裁判所ト行政裁判所トノ間ニ起ル権限争議…」 「ス」に改めた。
 - ② 第二十条第三項「関係者ハ審判中自己ノ任意ヲ以テ訴訟ニ加ハルコトヲ得」削除された。

- ③ 第二十一条「訴訟状並ニ其ノ他審判中一切ノ書類ニハ証憑文書の原本又ハ謄本ヲ添フヘシ
一切ノ書類ハ必要ノ副本ヲ呈出セシム」は、
「訴訟状並ニ其ノ他審判中一切ノ書類ハ必要ノ副本ヲ呈出セシム」と改められた。
 - ④ 第二十四条「命令ヲ無効トスルノ判決及行政裁判所ノ裁判例ニ違フ判決…」 「判決」に改めた。
- (110) 前掲『井上毅伝史料篇第四』152頁以下。
- (111) 和田・前掲「行政裁判」112頁。
- (112) 前掲『行政裁判所五十年史』30頁以下掲載。
- (113) 木野・前掲論文217頁。
- (114) 行裁法＝行政裁判法、以下同。
- (115) 宮崎・前掲書59頁。
- (116) 宮崎・前掲書59頁以下。
- (117) 宮崎・前掲書60頁。
- (118) 井上毅は、明治23年(1890年)5月11日付で大木喬任議長および寺島宗則副議長宛に「行政裁判法ニ於ケル枢府ノ意見ニ対スル卑見敬呈」を提出した(『井上毅伝史料篇第二』222頁以下および『枢密院會議議事録 第四卷 明治二十三年』(東京大学出版会 昭59)12頁以下所収)。
- (119) 「行政裁判法ニ於ケル枢府ノ意見ニ対スル卑見敬呈」の中で、枢密院における行政裁判法案の修正で行政裁判官に司法官が加えられようとしたのに対し、井上毅は、行政裁判官に司法官を加えることは「行政裁判ヲ以テ半化ノ司法裁判」とするものであり、「司法官ヲ以テ組織ノ元素ノ一分トスルハ即チ憲法義解ト頭ハニ相矛盾スル者ナリ」と反対意見を述べている(『井上毅伝史料篇第二』224頁以下)。
- (120) 明治23年(1889年)10月10日法律第106号「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」。
- (121) 美濃部達吉『行政裁判法』95頁以下。
- (122) 美濃部・前掲書100頁。
- (123) 井上毅は明治21年(1888年)の5月7日と推定されるロエスラーへの問議の中で、ロエスラー起草の「行政裁判法草案」中にある「官庁違法ノ処分ニ因リ既得ノ権ヲ害セラレタル者ニ限ル」という箇

- 所について、「既得権利トハ何度ノ積義ヲ以テ了解スヘキヤ」と質問をした。これに対し、ロエスラーは、詳細な答議を提出している（前掲『日本近代法政史料集 第六』85頁以下参照）。
- (124) 南博方『行政裁判制度』（有斐閣 昭35）参照。
- (125) これについて、例えば、当時内務省総務局書記官試補であった一木喜徳郎は次のように述べている（木野・前掲論文214頁以下参照）。
- 「……行政裁判法制定のことがあったが、是に付てはその根本主義に於て内閣と内務省との間に大なる意見の相違があり、就中我国が模範として参考としたる普魯西と奥地利との両国の制度の間には根本的の隔たりがあった、即ち奥地利は所謂概括主義を採り概括的に広く行政訴訟を許すのに反し、普魯西は各法律の定むる所に依ることを要すとした所謂列記主義をとってゐたのである、然して当時我政府に於て法律制度に関する顧問は内閣に於ては奥地利人ロイスレル氏であり、内務省では普魯西のモッセ氏であった、仍て前者は概括主義を主張し、後者は列記主義を唱へたのである、是と深い関係があったかどうか確かには解らないが、兎に角内閣側殊に井上氏は概括主義を採り、内務省は列記主義を主張して敢て下らなかつた。」
- (126) 木野・前掲論文219頁。
- (127) この日付は、国立公文書館所蔵の『枢密院文書整理票（自明治21年至同28年）』の記載による。
- (128) 東久世顧問官は「本案ハ本月十五日以来総委員会ヲ開キ討論審議ノ未既ニ一定ノ修正案アリ就テハ本会議ニ於テハ総委員会ノ修正案ヲ以テ原案トセラレ且ツ総委員会ヲ以テ第一読会ト看做シ直ニ第二読会ヲ開カン」と建議した（国立国会図書館憲政資料室所蔵伊東伯爵家文書「行政裁判法議事筆記」参照）。
- (129) 前掲『枢密院文書整理票』の記載による。
- (130) 前掲「行政裁判法議事筆記」による。
- (131) 前掲「行政裁判法議事筆記」による。
- (132) 『行政裁判所五十年史』61頁。
- (133) 前掲『井上毅伝史料篇第四』627頁以下。
- (134) 注(127)参照。
- (135) 前掲『井上毅伝史料篇第二』222頁以下および『枢密院会議議事録 第四卷 明治二十三年』（東京大学出版会 昭59）121頁以下所収。
- (136) 前掲『井上毅伝史料篇第四』171頁。
- (137) 井上毅は、この意見書に「旅中議案ヲ携帯セス六十日ハ或ハ三十日ナリシカ記憶確ナラズ」と注を付けており、条文番号もブランクのままになっている。
- (138) 同注(137)。
- (139) 伊東已代治「井上毅氏ノ書牘ニ対スル意見」（前掲『枢密院会議議事録 第四卷 明治二十三年』127頁以下所収）。
- (140) 前掲『近代日本法制史料集 第六』166頁。
- (141) 前掲『近代日本法制史料集 第六』167頁。
- (142) 前掲『近代日本法制史料集 第六』168頁参照。
- (143) 前掲『近代日本法制史料集 第六』169頁以下参照。
- (144) ヨハネス・ジームス著／本間英世訳『日本国家の近代化とロエスラー』（未来社 1970）172頁以下参照。
- (145) 同注(144)173頁。
- (146) 宮本・前掲論文96頁。
- (147) 稲田・前掲書下巻719頁。
- (148) 綿貫・前掲論文90頁参照。
- (149) 明治15年(1882年)、伊東博文が立憲制度調査のため渡欧する際に授けられた訓条の中には、「請願若クハ行政裁判ノ件」の1項があった。
- (150) 木野主計「明治期に於ける外国法の摂取と日本人の法意識」『大倉山論集』第十二輯12頁参照（大倉精神文化研究所 昭和50年12月）
- (151) 宮崎良夫「明治憲法下の行政裁判—行政裁判法（一八九〇）」『法学教室』No121 1頁。
- (152) 前掲『日本近代法制史料集 第五』46頁。