

# わが国行政法の発展と展開（1）-英米行政法と大陸行政法の比較法的研究-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2013-05-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 田中館, 照橘 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/15298">http://hdl.handle.net/10291/15298</a>

わが国行政法の発展と展開(1)

(英米行政法と大陸行政法の比較法的研究)

田中 錦 照 橋

Study of Administrative Law in Japan(1)

Shokitsu Tanakadate

1. 第二次大戦直後の行政法に対する見方

原龍之助教授が終戦後4年を経過した昭和24年の「公法研究」第1号(日本公法学会)に「行政法学界の回顧と展望」という論文を発表しているが、この論文は日本国憲法制定当初の学者の見解を表明しているものとして注目したい。その論文の最初に、O. マイヤーの「憲法は滅びても行政法は存続する」という命題が使用されている。そこでは、日本の行政法理論はポツダム宣言の受諾と憲法改正により、急激かつ深刻な変革の過程を辿っているが、従来の明治憲法下の行政法理論が存続するかが問題となるとし、行政法の新しい原理が生み出されたとしても、現在(昭和24年の段階)なお大陸式の行政制度と原理が広く存続していることを理由に、右のO. マイヤーの主張を是認せざるを得ないのではないかと述べていた。それから30年以上を経過した現在はどうであろうか。この点が本研究の重要な課題の一つである。

これに対し従来のドイツ行政法を中心とした行政法理論が消滅するのではないかという問題を提起したのは柳瀬良幹氏であった。同氏は、「行政法の将来」(自治研究14巻1号)という論文で、明治憲法下では、国家の行政作用については、法律上私人間の訴訟と異なった取扱がなされてきたこと、また民事事件と行政事件とは裁判管轄を異にしていたことの二つの点を前提とし、私法と異なる行政法という特別の法体系を存続せしめていたが、日本国憲法下においては、(i)行政事件も民事事件と同様、司法裁判所の管轄に属することになったこと、(ii)国家賠償法を制定し、公の行政作用に基く損害賠償において行政主体の賠償責任を認めたのは、民法の規定が適用されることを法律の明文をもって確定したもので、民法以外の別個の原理を立てたものでないとし、行政上の法律関係が個人の法律関係とは異なる法により規律されねばならないという在来の考え方は次第にすてられる傾向にあり、したがって、私法とは原理を異にする特別の法体系としての行政法は将来消滅する運命にあるであろうと結論している。そして、O. マイヤーの「憲法は滅びても行政法は存続する」という命題は、全面的に否定されることになると指摘した。これに対する反論が原教授

から直ちになされている。すなわち、①国家公共団体の不法行為責任についての考え方や制度の発展があっても、また行政裁判所を廃止して一切の法律上の争訟を司法裁判所の管轄に属せしめたからといって、このことから行政法の将来を卜するのは早計であること、②現在わが実定行政法は公法と私法との区別を認めていること、③国家公共団体の不法行為責任においても民法に対する特別法としての国家賠償法を定めていること、④公法上の争訟においてその特殊性から行政事件訴訟特例法を定めて民事訴訟法に対する特例を設けているのは、直ちに私人の不法行為責任なり、私人相互間の争訟の裁判と同様に取扱う趣旨でないことを示したものであり、国家又は公共団体には支配権者としての地位の特殊性があること、また行政そのものがもともと公共的性格をもつことに基き、法律上特殊の取扱いをなすことが必要であり、私人相互間の関係と同一視することは許されないことを意味する、と主張する。そして、わが国の行政法は、従来の大陸式から英米式へと移行し、新しい原理の出現が予期されているが、現在なお、大陸式行政制度と原理とが存続しており、したがって、行政制度の分野においては、「憲法は滅びても行政法は存続する」と主張した(原龍之助「行政法学界」の回顧と展望)。

現在、第二次大戦後37年を経過しようとしているが、戦後の行政法は、O. マイヤーの「憲法は滅びても行政法は存続する」という命題を前提として議論が重ねられてきたといえる。戦後のわが国の行政法の体系化に重要な役割を演じた田中二郎博士は、戦後、美濃部理論はそのままでは通用しなくなり、新しい状況の下で新しい通説を形成しなければならなかったのに、まだ形成されていないが、従来の通説的見解に代わる学説も、実定行政法全体の理論構成に融合していないという点に欠陥、弱点があるということを指摘している。そこで問題となるのは、①「新しい通説」とは何か、②「従来の通説的見解に代わる一般的学説」とはどれか、③未だ通説が確立されていないとするならば、美濃部理論は存続していることになるのであろうか、④「通説であるためには行政庁もこれに従い、裁判所においても大体通用するもの」でなければならないが、しかし、裁判官も検察官も弁護士も行政法の特徴を理解しないで独自の解釈を固執している場合があるとしているが、では、どうしたらよいであろうか、というような点である。

したがって、戦後の憲法理論の根本的な変化、又、経済復興と高度の技術革新、福祉国家の実現といった新しい社会的政治的要請に対応するための行政法理論が生成されなければならないと考える。

このためには、まず、英米独仏の行政裁判制度と対比

しながら、わが国の行政裁判制度がどのような変遷を辿ってきたかを考察し、行政裁判制度のあるべき姿を検討していかなければならない。

## 2. 明治憲法下の行政裁判所

### —行政裁判所自身の見解—

昭和15年当時、行政裁判所は、行政裁判所設置50年を記念してつぎのようにのべていた。「元来行政訴訟を裁判するのに、特に行政裁判所を設けず他の訴訟と同じく司法裁判所で行はせてある。これに反して仏独法系の国々では特に行政裁判所を設けるか、少くも行政部内に於ける別な官庁で行はせ、司法裁判所では行はせないと云うことになってあります。フランスでは、司法裁判所に行政訴訟を裁判させると、行政権が司法権によって圧迫され円満な行政の運用を阻害するといふ理由で特に行政裁判所を設けてあるのだといふことです。

わが国の行政裁判所の制度はこの点フランスの制度に倣ったものといへます。」

「かやうに出訴を許された事件の種類は相当あるにはありますが、行政処分は実に多種多様なので、出訴を許されてあるものは僅かにその一小部分に過ぎないのであります。そこで相当に出訴事項を増して、臣民の権利保護の範囲を拡張すべきが当然でありまして、このことは多年の懸案となってをり、政府でも、再三改正を図ったのでありますが、種々の都合で未だ実現の運びに至ってをりません。これはその局に当ってをります者としては特に遺憾とするところであります。国民の協力によって速かにその実現を見たいものです。」

上に掲げたのは、昭和15年10月に行政裁判法施行50年を記念して示された行政裁判所の見解である。その注目すべき点は、①明治憲法下の行政裁判制度がフランスの行政裁判制度に倣って出発したものであること、②行政権が司法権によって圧迫されないように行政裁判所を設置したこと、③出訴事項の増大を図ってきたが実現されていないこと、を指摘している点である。

さて、わが国の明治憲法下の行政裁判制度はフランスやドイツの行政裁判制度とどのような関係において生成し、発展してきたのかをまず検討し、それによって日本の行政法の特徴を考察したい。

## 3. 明治初期の新政府の課題

(1) わが国の行政裁判制度を憲法制度という観点から考察した場合、①明治維新から明治憲法が制定されるまでの行政裁判制度、②明治憲法と行政裁判制度、③日本国憲法と行政裁判制度の三つの観点から検討する必要があると思われる。

このうち、①は明治時代前期としてとらえることができる。この時期は、明治14年の政変を契機とする同年10月12日付の国会開設の勅諭の発布までの時期である。明治維新新政府の当面した課題は、一般にいわれているように、二つあったといえることができる。すなわち、一つは開国和親政策であり、二つは富国強兵政策の問題である。

新政府は、幕末以来10数年にわたり最大の国内政治問題であった開国和親と鎖国攘夷の相対立する対外関係処理の問題を開国和親政策を採用することによって收拾した。新政府としては、攘夷の風潮にどう対処するかというところは大きな問題であった。

つぎに、新政府は、富国強兵を目標として掲げた。すなわち、新政府は、夷狄と侮ってきた西洋諸国の軍事力が、想像をはるかにこえて強大であること、また、とくに西洋諸国が進歩した機械文明を保持していることを知り、日本の国力を列国の強大さにまで高めようと考え、「富国強兵」を国家の綱領としたのである。このような政策の実現のため、徳川時代の封建制度を少なくとも制度としては全面的に廃止し、中央集権制度を確立した。これが明治2年6月の版籍奉還と同4年7月の廃藩置県である。

しかし、この新しい体制への変革は、国内の旧来の支配層がその地位を失うことを意味した。明治6年の徴兵令、明治9年の廃刀令の発布は、従来士族のみがもっていた特権を剥奪し、士族層に大きな衝撃を与えた。また明治9年の金禄公債条例の発布による士族の従来の特権制の打ち切り、一時金の支給の結果、士族層は経済的に破綻するものも多かった。

(2) 士族層に対する新政府の措置に対し、政府に対する政治的な不満は、明治政権の成立後、約十年間、全国各地に、大小の規模で武力による反乱となって表われた。たとえば、①ある者は旧徳川氏による支配への復帰を願い、②ある者は公卿を盟主とする天皇の京都還幸を企て、③ある者は征韓論を実行に移そうとして、反乱を起し、④また、西南戦争のように政府との対立関係が強くなって発生したものもあった。

しかし、これらの反乱は、必ずしも士族層だけではなく、次第に庶民階級の一部を加えていった。すなわち、新政府の措置が、地租改正を主とし、貨幣制度その他の経済財政面にも及んだため、農民の一部に強い不満を買うことになった。この農民の不満は、士族階級の反抗としばしば連合した形となって現われた。しかし、明治10年、西南戦争が終るころには、新政府はその国内的な統治力を大体確立するに至ったが、一部の者の政治上の不満は収まらず、いわゆる自由民権運動となって展開され

た。この潮流は、政府の抑圧政策によっても圧殺されず、やがて「政党」の誕生へと進んだのである。

#### 4. 明治初期の新政府の組織

つぎに、明治初期の新政府の組織及び司法制度がどのようなものであったかについて簡単に検討を与えておこう。

明治2年6月に版籍奉還が実現したが、その翌月に職員令が發布され、新しい中央政府官制が制定された。

しかし、なお新政府の基礎は固まらず、薩長両藩の武力衝突がうわさされる状態であった。このため、明治4年2月、新政府は薩長土三藩から合計で1万人の藩兵を提供させてこれを親兵とした。この親兵は翌明治5年に近衛兵と改称されたが、これも政府の強化を目的となされたのであった。

明治4年7月には、全国の知藩事に対して廃藩置県の詔勅が発せられ、藩を廃して県を置くこととし、知藩事であった旧藩主を同年9月までに東京に引揚げさせ、知藩事のあとに県知事（後に県令と改称された）を任命し、ついで県の大規模な分割あるいは併合が行われた。

明治4年7月の廃藩置県と同じ月に、太政官職制が制定された。この官制改革の結果、太政官は正院、左院および右院から構成されることになり、正院は天皇臨御して政務を親裁するところとされ、太政大臣、納言（後にこれに代えて左大臣、右大臣を設置）は天皇を輔佐し、参議は大臣、納言を輔佐するものと定められた。そして、左、右両院はこの正院に従属するものとされ、左院は立法について審議し、その議決を正院に上申し、正院がその採否を決定することに定められた。藩を基礎とした集議院は廃藩置県とともに存在理由を失い、そこで、左院がこれに代ることになった。

新政府は、廃藩置県の翌月の8月に布告を発して、今後全国の城廓および武器は兵部省の管轄とすることにし、旧藩の藩兵を解散すべきことを告知し、新政府は兵権を自己の手に掌握することとなった。そして、明治5年には徴兵の詔勅が発せられ、翌6年には徴兵令が發布された。

新政府は、以上のような体制で発足したが他方、過去300年近い徳川封建体制の下で培われてきた藩相互間の烈しい対抗意識と不信感は、新政府が成立した後においても容易に消え失せなかった。そこで、新政府内において出身藩の同じ者は、自藩の出身者を政府内の職につかせようとし、自藩後進の者を庇護し、また、自藩出身者の勢力を拡大しようとした。藩閥もそのような事情の所産にはかならない。したがって、薩長両藩出身者は藩閥としての彼らの支配的地位を維持するためには協力した

が、他方藩閥勢力自体の内部において争いが続いた。

新政府はこのような藩閥政権を中心として展開されたが、版籍奉還、廃藩置県は藩閥勢力の全国支配樹立への段階として重要な歴史的意味をもった。

#### 5. 明治初期の司法制度

つぎに、明治時代初期の司法制度の特色をのべておく。

(1) 明治元年政体書が發布され、太政官の権力が立法、行政、司法の三権に分けられ、「司法之権」を執るものとして刑法官が設置された。これは近代的三権分立の端緒ともみられる。しかし、ここでは立法者と行政官との兼任は禁じられていたが、刑法官については何も規定されていなかった。

(2) 明治2年7月8日の官制改革によって刑法官が廃止されて刑部省が設置され、これと平行して弾正台が設置された。

(3) 地方では、藩においても府県においても地方行政官庁が裁判機関でもあった。

(4) 明治4年7月14日、廃藩置県が行われたが、その直前の7月9日に、弾正台と刑部省が廃止され、司法省が置かれた。司法省は刑事民事の裁判権をその掌中に収め、廃藩置県以後は地方の裁判権の吸収を開始した。裁判所の整備、統一は、明治5年4月27日江藤新平が司法卿に就任して以来、急速に進んだ。わが国の近代的意義の行政裁判所制度が確立しはじめたのも、この頃であった。

(5) 明治4年に設置された司法省の下に裁判所の体系が漸次形成され、中央では司法行政の長である最高裁判所としての機能を有し、地方では府県裁判所の他に、この裁判所が設置されていない府県においては地方行政機関が裁判所としての機能を果していた。これは、裁判権と行政権とが明確に分離していないことを示すものである。しかし、この機構上の不明確さは、明治8年の改正によって終止符が打たれる。しかし、この分離も、いわゆる三権分立という意味における司法権の独立から生じたものではなく、新政府内部の権力争いの妥協の結果生じたものであった。

(6) 明治8年4月、大審院が立法機関としての元老院、地方官会議と共に設置された。これは、司法権独立にとって重要な意味をもつものであった。5月には大審院諸裁判所職制章程が制定された。これは、大審院職制・大審院章程・上等裁判所職制・上等裁判所章程巡回裁判規則・府県裁判所職制・府県裁判所章程・判事職制通則よりなっていた。

これは、大審院の下に上等裁判所、府県裁判所が置かれて、裁判制度が一貫したものとなったことを示すもの

である。

なお、大審院諸裁判所職制章程は、一応司法と行政とを分離し、司法省が裁判に関与することを排除したものととして重要な意味をもつものと思われる。これは、フランスの破毀院の組織を参考にしたものである。ただ、フランスの破毀院は、破毀することを任務とし自判することはないが、大審院章程第2条は「審判ノ不法ナル者ヲ破毀スルノ後它ノ裁判所ニ移シテ之ヲ審判センメ又便宜ニ大審院自ラ之ヲ審判スルコトヲ得」と規定され、大審院は自判する権限を有していた。

以上のように、明治8年の大審院設置以後、明治17、18年頃までの司法制度は、機構上、また外見的には近代的な司法制度を指向していたようにみえるが、実際の司法制度の運営はほとんど従来と変わらず、司法権に対する行政権の関与は継続していた。たとえば、明治8年の司法省職制が存続し、裁判官の任免権は、司法卿にあった。これは、裁判が司法卿や内閣の意思によって左右されることを意味した。このような身分保障の認められていない裁判官の行う裁判に対する不信は、国会の開設を目的とする自由民権運動の過程においても明らかとなった。この時期に、開拓使官有物払下事件が発生したのである。

## 6. 明治初期の行政裁判制度

つぎに明治初期の行政裁判制度の推移をまず簡単に整理しておきたい。

明治憲法下の行政裁判制度は明治5年に始まるといわれるが、明治23年に行政裁判所が設置されるまで独立の行政裁判機関は設けられず、行政事件は通常裁判所の裁判に属すべきものとされた。

(1) 明治5年11月28日司法省第46号布達で地方官等が違法な法規設定行為をした場合、または処分をした場合に出訴できるとされた。すなわち、「(-)地方官及び戸長等が太政官布告及び諸省布達に悖り規則を立て或は処置を為すとき (一)地方官及び戸長等が人民の願伺届等を壟断するとき (二)地方官が人民の移住往来を抑制する等人民の権利を妨ぐるとき (三)地方官が太政官布告及び諸省布達を其の隣県に於ける掲示の日から十日を過ぎて尚ほ布達せざるとき (四)地方官が誤解等に依り太政官布告及び諸省布達の趣旨に悖る説得書等を頒布するとき」には国民はその地方裁判所又は司法省裁判所へ出訴できる旨規定していた。なお、国民が地方裁判所及び地方官の裁判に不服ある場合は、司法省裁判所へ出訴できる旨も規定されていた。

(2) 明治6年2月25日「(-)地方官及び戸長等が人民の願伺届等を壟断するとき (一)地方裁判所及び地方官の裁

判に不服あるとき 司法裁判所へ出訴希望を申立てる者あるときは、地方裁判所又は地方官から添翰を附し、又若し三日以内に之を交付せざるときは、直ちに司法省裁判所へ出訴することに改正された(司法省第23号布達)。

(3) さらに、明治6年12月15日、控訴の制度が設けられた。なお、「各裁判所並に各地方官の裁判に不服の者は司法省裁判所へ、司法省裁判所の裁判に不服の者は司法省臨時裁判所へ夫れ夫れ控訴するに止まる」旨、定められた。

(4) ところが、地方官に対する訴訟が一時に増加したため、明治7年9月2日、「人民ヨリ院省使府県ニ対スル訴訟仮規則」が公布された。これにより、国民から院省使府県に対する訴訟は、2種類に大別された。その1つは、人民個人に関する事件、2つは一般人民に関する訴訟で、行政裁判とされたが、なおその裁判を行う施設がないので、訴訟を提起する者がある場合は、まずこの訴訟を申請して、正院の指図を乞うべきものとされていた。

(5) 明治7年に終審始審の権限が定められた。すなわち、「(-)院省使府県より人民に対する訴訟 (一)裁判所の設ある各府県庁と人民との間に起る訴訟は地方裁判庁の裁判を始審とし若し不服あるときは司法省裁判所に控訴すべく司法省裁判所が終審の裁判を為す」ことになっていた。つぎに、「(-)人民より院省に対する訴訟 (一)院省使府県各地方裁判所の間に起る訴訟 (二)裁判所の設なき各府県管下の人民より其の各府県庁に対する訴訟 (三)人民より旧諸藩に対する藩債の訴訟 (四)各地方裁判所と人民との間に起る訴訟は何れも司法省裁判所の裁判を始審とし臨時裁判所に於て終審の裁判を為すべきもの」と定められた(明治7年9月22日司法省第26号布達)。

(6) 明治9年10月22日、各上等裁判所に対し、人民より院省使府県に対する訴訟については、行政司法の裁判権限になお混淆を免れないので、規定が設けられるまでは右に関する訴訟はすべて司法省へ伺出てその指令を受けた上で受理すべきものと定められた。

以上のような経過を経て行政裁判所が設置されていくことになるが、その経緯についてはつぎのような特色を指摘できると思われる。すなわち、①行政裁判所が設置されるまでは行政事件は通常裁判所の裁判に属すべきものとされていたこと、②明治5年の段階では違法な法規設定行為や処分について出訴できたこと、③地方官に対する訴訟が認められていたこと、④明治7年には人民個人に関する事件と一般人民に関する事件とに分類され、出訴事項について部分的に列記主義が採用されてきていたこと、⑤裁判所は司法省に伺を立ててその指令に基づ

いて事件の受理、不受理をきめていたこと、などの点が特色として指摘できるが、これは、通常裁判所において行政事件が裁判されたことが、通常裁判所の行政に対する介入と考えられたため、その両者の関係をどう処理していくかという点で、動揺していたことを示している。

### 7. 明治憲法制定と行政裁判所の設置の理由

明治23年（1890年）を期して国会を開設する旨の詔勅を発せしめたのは、明治14年の政変であったといわれる。すなわち、明治14年いわゆる開拓使官有物払下事件が起きた。この事件を契機として、政府は問題の払下処分を取止めることに決定し、同時に詔勅をもって明治23年を期して国会を開設する旨を告知した。この目的は、沸騰する世論の沈静にあったが、政府は、同時に、大隈重信を免官処分付して、権力の座にある薩長勢力の結束、一致を示した。大隈がこのように免官されると、これまで大隈から重用されていた人々も連袂して辞職した。これが明治14年の政変とよばれるものである。

政府はこの国会開設にそなえて憲法制定事業に着手せざるを得なくなった。これは、自由民権運動に対応するという側面も有するが、同時に条約改正を達成するためにも、また、わが国の近代化の上からも必要であったということである。

以上の考察から、明治元年から、15年頃までの法制度の特色としては、(1)行政権と司法権との明確な分離はなされず、行政権を主体とする行政権と司法権との交錯した状態にあったこと、(2)一方では、行政制度も司法制度もフランスの法制度を導入しようとしていたが、これも藩閥政治の道具として利用されたこと、(3)この時期においては結局、司法権の行政権に対する独立が自由民権運動の一つの柱となっていたといえること、などの点を指摘できると思われる。

このような司法権の行政権に対する独立の主張は、明治憲法制定に当って、同時に行政権の司法権からの独立を意味した。

明治憲法下の行政裁判所設置の理由は、伊藤博文の「憲法義解」に象徴されているといつてよい。すなわち、(1)司法裁判所は民法上の事件を処理し、行政官の処分を取り消す権力をもたず、これを認めれば「行政官ハ正ニ司法官ニ隸属スル」ことになること、(2)行政処分は公益の保持を目的としているので、公益の問題を熟知していない司法官の介入を排除すること、に、行政裁判所設置の理由があった。上の(1)の点については、行政権の独立を根拠に行政権の「独善的恣意」が危惧されることを意味し、また、(2)の点は、裁判官の行政知識の欠如が危惧されることを意味する。この双方の危惧は、現在に

においても行政裁判法をどのように体系化すべきかという基本問題を考える場合に最も注意しなければならない点といわなければならない。同時に、行政裁判法を(a)国民の基本権の制度として位置づけるか、(b)それとも国家目的を実現する制度として位置づけるかにより、自からその制度の性格、運用が異ってこよう。明治憲法下の行政裁判所設置の基本的目的が上の(b)にあったことはいうまでもない。伊藤博文の行政裁判所設置の理由に関する見解は、上の(b)を前提とした見解であったといつてよい。

### 8. 明治憲法下の行政裁判法の特徴

明治憲法第61条に基づいて定められた行政裁判法は、4章47条からなり、第1章行政裁判所の組織、第2章行政裁判所の権限、第3章訴訟手続、第4章附則となっていた。この行政裁判法の規定から、行政裁判法制度の特色として、一般につきのような点が指摘されている。

(1)行政裁判所は一審制で、始審にして終審であったこと、(2)訴訟事項に関し概括列記主義を採用していたこと、(3)訴願前置主義が採用されていたこと、(4)一定の出訴期間を定め、行政訴訟を制限していたこと、(5)訴訟手続については職権主義が強調されていたこと、(6)行政裁判所法を認める行政訴訟は原則としてすべて抗告(覆審)訴訟であり、また、違法な行政処分によって生じた損害賠償の請求については、行政裁判所の権限外とされ、公法上の損害補償あるいは損害賠償の訴訟は、司法裁判所の管轄に属するとされたこと、(7)権限裁判所制度が確立されなかったために、行政裁判所と司法裁判所との間の権限の抵触は解決されなかったこと、などである。

以下、さらに、これらの特色のいくつかをとり上げて検討を加える。

一審制——この行政裁判制度の特色は一審制であったということである。明治憲法下の行政裁判所は、全国で唯一つ東京に置かれているのみであり、階層制による区別は全くなかった。行政裁判所の審理に係属するまでには、まず一般の行政庁が事案を処理し行政庁の処分又は訴願の裁決に不服のある場合にはじめて、行政裁判所に出訴できるとされていたが、行政訴訟としては、行政裁判所の審理が始審であり、終審であった。

この一審制については、再審査の途がないため、関係者にとっては不安であり、これに対しては早くから非難されていた。

行政裁判所の位置——行政裁判所は、明治憲法上、行政各部に属し、司法機関ではなかった。明治憲法において「司法」といっているのは、もっぱら民事および刑事の裁判のみを意味し、行政裁判を含まず、単に「裁判所」

又は「裁判官」といっているのは、司法裁判所、司法裁判官のみを意味していた。明治憲法第24条で「法律ニ定ムル裁判官ノ裁判」というのは、司法裁判だけを指し、第60条で「特別裁判所」というのは、民事又は刑事の裁判中ある特殊の事件を掌る機関を指すものとされていた。したがって、行政裁判所は、憲法上の裁判所ではなく、行政機関であり、行政組織の中にありながら、裁判所同様の組織を有する特別の行政機関であり、天皇の名において法律により行政裁判を行うものであったのである。

長官・評定官の地位——行政裁判所の構成員は、行政裁判所長官及び評定官であり、その他に書記がいた。行政裁判所の長官及び評定官の地位については、裁判官と比較して、つぎのような特色があった。すなわち、長官及び評定官は、司法裁判官と同様に刑罰又は懲戒に基づく以外には、その意に反して職を奪われないという権利が保障されていた。しかし、裁判官とはその地位の保障について多少の相違があった。すなわち、(i)裁判官は直接に憲法によりその地位を保障されているのに対して、行政裁判所の長官及び評定官については憲法上の規定はなく、法律によりその権利が与えられていた。(ii)裁判官は、終身官であり、その職を退いた後も、なお、退職判事として終身その官だけは保有することができたが、行政裁判所の長官や評定官は終身官ではなく、その職を去ると共に、当然官をも失うことになっていた。(iii)裁判官には定年制が設けられていたが、長官及び評定官には定年制がなかった。このため長官及び評定官はいかに老衰しても自ら辞職するか又は行政裁判所の総会の決議による以外は、退官させることができなかったのである。

行政訴訟と訴願との関係——訴願前置主義についての考え方は、つぎのようであった。すなわち、訴願と行政訴訟とは、その審理事項からして、明確な区別をすることはできず、訴願の目的とする事項も、行政訴訟の目的となる事項も全く同じであり、行政訴訟と訴願との法律上の区別は、実質上の区別ではなく、形式上の区別であった。このため、行政訴訟と訴願との区別の主要点は、(1)手続上の相違と(2)審理機関の相違の二点であった。

① 手続上の相違—行政訴訟は口頭弁論主義を採用し、訴願は書面審理主義を採用していた。

② 審理機関の相違—行政訴訟と訴願とはその審理機関の性質が異なっていた。すなわち、行政訴訟とは、専ら行政裁判所の審理に属する訴訟をいい、行政裁判所は行政機関ではあるが一応司法裁判所と同様に政府に対して独立した機関であるとされた。これに対して、訴願機関は、このような独立機関ではない。訴願法第2号は「訴願セントスル者ハ処分ヲ為シタル行政庁ヲ經由シテ

直接上級行政庁ニ之ヲ提起スヘシ」と規定し、第3条は「各省大臣ノ処分ニ対シ訴願セントスル者ハ其省ニ之ヲ提起スヘシ」と規定していたのであり、訴願は行政組織の普通の系統における上級庁又は各省大臣の処分に対しては大臣自身に提起するものとされていたのである。すなわち、各省大臣または大臣の指揮の下にある普通の行政庁が審理し、場合によっては、市町村会、市参事会または府県参事会がその審理裁決機関となっていた。また、関税訴願審査委員会のように、特殊な事件に関する訴願を審理する機関もあったが、これらの機関も政府から独立した機関ではなく、各省大臣またはその下にある行政庁の監督を受ける機関であった。

③ 審理事項の相違—行政訴訟事件と訴願事件とは、その種類及び範囲を異にしていた。この両者の最も重要な相違は、行政訴訟の対象となる事件は、法規の適用に関する事件に限られ、何が政策上適当であるかという問題には及ばなかったが、これに対し、訴願の対象となる事件は、単に法律上適法であるか否かの問題だけではなく、何が政策上適当であるかという問題にも及んだという点である。すなわち訴願法第1条は、単に「訴願ハ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之ヲ提起スルコトヲ得」としていたのに対して、行政裁判に関する明治23年法律第106号は「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」と規定しており、訴願については違法処分たることを要件とせず、行政訴訟についてのみ違法処分たることを要件としていたのである。

行政訴訟と訴願との関係については、(1)訴願が行政訴訟の前審である場合、(2)訴願と行政訴訟とのいずれか一方のみが許されている場合、(3)訴願と行政訴訟との何れの手段をとるかが当事者の選択にまかされている場合、の三つの場合があったが、ここでは、(1)の場合についてのみ触れておく。

行政裁判所法第17条2項によると、各省大臣の処分または内閣直轄官庁もしくは地方上級行政庁の処分を違法とする場合には、訴願の手続を経ないで、直ちに行政裁判所に出訴することが出来たが、警察署長、税務署長、市町村長などの地方下級行政庁の処分に対しては、同条1項の「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」という規定があったため、たとえば、税務署長の租税賦課処分不服であればまず所管の税務監督局長に訴願し、警察署長の営業不許可処分不服であれば府県知事（東京の場合は警視総監）に訴願し、その裁決に不服である場合にはじめて行政訴訟

を提起することができたのである。

また、地方上級庁または内閣直轄官庁の処分に対しては、原則として直ちに行政訴訟を提起できるが、とくに、訴願を経た後でなければ提起できないとされている場合もあった。たとえば、府県税の賦課処分に対しては府県知事に異議の申立をし、知事はこれを府県参事会の決定に付し、その決定に不服のある場合に行政裁判所に出訴できるとされていた。

このような訴願前置主義が認められる理由としては、(1)簡単な手続で、当事者のためにも便宜であること、(2)行政裁判所の審理に移る前にできるだけ審査をつくし、その判断をできるだけ適正なものとする、(3)行政裁判所の負担をなるべく軽減すること、などの点があげられていた。

しかし、訴願手続は、きわめて不備・不統一であり、どうした場合にどういう手続が認められているかが明らかではなく、したがって、訴願手続を経なければ行政裁判所に訴を提起できないとしたことは、国民を苦しめる経過をもたらした。とくに、訴願手続には短期の訴願期間等の定めがあり、その期間を経過すれば、原則として救済の途が閉ざされていた。しかも、このような複雑な訴願手続を経て訴願を提起しても、訴願人の請求の多くは十分に公正な審査を加えられることはなく、結局、訴訟手段に訴えざるをえなかった。このため、審級の増加による争訟解決の遅延とそれに要する費用の増加は、訴願人を苦しめるにすぎなかったのである。

行政訴訟事項（列記主義）——明治憲法下の行政裁判法は、違法処分による権利の毀損について、すべての場合に行政裁判所に出訴することを認めていたのではなく、法律勅令により出訴を認められていた事項についてのみ、出訴することができるとしていた。このため、行政訴訟を提起できるのは列記事項のみに限定されていたので、行政訴訟の提起が適法であることを証明するためには、出訴権者は法律又は勅令による成文法上の根拠を提示しなければならなかった。もし法律勅令に規定のない事件であれば、不適法な行政訴訟として却下されたのである。

以上のような特色を有する明治憲法下の行政裁判制度は、形式的には、一応、近代的法治国家の法制度を採用していたということが出来るが、実質的には違法行政に対する救済の途を閉ざしていた警察国家的裁判制度であったといえるのである。