

論 説

日韓両国における行政訴訟法の 過去、現在そして未来

尹 龍 澤

- 1 はじめに
- 2 日本における行政訴訟制度の歴史
- 3 韓国における行政訴訟制度の歴史と運用実態
- 4 韓国における行政訴訟制度の全面改正の試み
- 5 結びにかえて—韓国から日本が学ぶべき幾つかのもの

1 はじめに

「行政事件訴訟とは、これを厳格に定義すると、行政作用によって国民に具体的な不利益状態（権利利益の侵害状態）が生じ、または生じるおそれがある場合に、国民の側から裁判所に訴えを提起し、行政権の行使にかかわる作為・不作為の適法性につき審理を求め、違法な行政作用によってもたらされた（あるいはもたらされるおそれのある）違法状態を排除して権利利益の回復ないし実現を求める訴訟手続であるといえることができる¹⁾」といわれる。

したがって、裁判所で行う訴訟手続という点では民事訴訟と共通するが、行政権の行使に関連する紛争の審理手続であるだけに、その帰趨は公共の利益にかかわるところが大きく、私人間の私的利益をめぐる紛争である民事訴

1) 原田尚彦『行政法要論（全訂第7版〔補訂2版〕）』（2012年）351頁。

訟とは多かれ少なかれ異なった扱いが必要とされる。もっとも行政訴訟の扱いにどの程度の特異性を認めるかは、各国の立法政策の問題である。

しかし、日韓両国の行政訴訟法は、アメリカの占領下あるいは朝鮮戦争下という社会的な混乱の中で制定されたために、十分な理論的検討の結果として制定されたものではなかった。したがって、その内容においては、国民の権利利益の救済という視点は軽視される一方で、行政の優位性・効率性の維持が強調されることになった。当然、両国の行政訴訟の運用も機能不全に陥ることになり、このような状況を改善するために、日韓両国は幾度かの法改正を行った。しかし、現時点において両国の行政訴訟の運用実態を比較するとき、日本の行政訴訟件数の極端な少なさと原告の勝訴率の低さが目立つとともに、比較的良好な運用成果を挙げていると思われる韓国においては、更なる改革を目指して今なお行政訴訟法の改正作業が継続中であることを知るのである。

本稿は、日韓両国の行政訴訟法の制定及び改正の経緯を振り返るとともに、類似の行政訴訟法を有する日韓両国における運用の実態が何故にかも²⁾対照的であるのかについて若干の考察を試みるものである。

2 日本における行政訴訟制度の歴史

(1) 戦後の行政訴訟制度の確立期

日本の旧憲法では、明文で大陸型の行政裁判制度を採用していたし（旧憲法61条）、これを受けた行政裁判法によって行政裁判所が設置されていた。いわゆるドイツ型の行政国家型の仕組みが採用されていたのである。

しかし、現行憲法は、基本的にアメリカ型の憲法であること、また、「すべて司法権は、最高裁判所及び……下級裁判所に属する」（76条1項）、「行政

2) このような観点から日韓両国の行政訴訟法と行政不服審査法について考察した中国語のものとしては、尹龍澤「日本、韓国行政争訟制度的比較研究」田禾主編『亜州法論壇』第1巻（2006年）所収があるので参照されたい。

機関は、終審として裁判を行ふことができない」(同条2項)と定めていることなどから、行政事件についても民事事件と同じく司法裁判所が審理にあたる、いわゆるアングロサクソン型の司法国家型をとったものと理解された。そこで、1947年に、「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」が制定された。この法律は、司法裁判所の管轄に属することになった行政訴訟(抗告訴訟)の出訴期間を制限する特別の規定をおいただけで、あとはすべて民事訴訟と同じ扱いをするという緊急の方策を定めたものであった。

しかし、1947年に、アメリカ軍の占領政策の一環として実施された公職追放処分を受けた平野力三衆議院議員が、内閣総理大臣を被告として追放処分指定の無効確認を求める訴えを提起し、あわせて地位保全を求める仮処分を申請すると、東京地裁は指定の効力発生を停止する旨の仮処分を出した。すぐさま、連合国総司令部(GHQ)は仮処分決定の取消しの指令を発し、また、最高裁判所も、平野氏の公職追放事件に関して日本国の裁判所は管轄権を有せず、東京地裁の決定は無効であるとの談話を発表した。そこで、東京地裁は、この仮処分を自ら取り消したのである。

この追放処分の背景には、GHQ内部及び日本政界のさまざまな勢力の思惑³⁾があったようであるが、この事件を契機に、GHQは、行政事件に特有の手続を設けることに極めて消極的であったそれまでの態度を改めて、行政事件の特殊性に配慮した訴訟手続の必要性を認める立場へと転換することになった。

ここに、1948年、急遽、「行政事件訴訟特例法」が制定され、民事訴訟の特例手続が定められることになった。この法律は、その条文数は12カ条であり、存続期間も14年間という短いものであったが、しかし、この法律の制定によって、日本は、司法裁判所に行政事件の裁判を委ねる司法国家型の枠の下で、民事訴訟とは異なる特別の行政訴訟制度を設けるという、いわば行政

3) これについては、横関至「平野力三の戦中・戦後(下)」『大原社会問題研究所雑誌』615号(2010年)50頁以下を参照。

国家型と司法国家型を折衷した独自の行政訴訟制度を創設することになるのである。もっとも、平野事件という占領下の特殊な事件を契機としたものであったために、この折衷のバランスは行政優位へと大きく傾いたものであった。

すなわち、特例法は、行政処分の取消訴訟を中心とするとともに、訴願前置主義を採用することで直ちに訴訟が提起できないようにしたこと、仮の救済として仮処分を排除し、かわりに「執行不停止原則」の下で執行停止制度を置いたこと、この執行停止を裁判所が命ずる場合においても、内閣総理大臣が異議を述べれば裁判所の命令の効力を失わせることのできる制度を設けたこと、事情判決の制度を置いたことなど、いずれも第二の平野事件を起こさないための制度的装置であった。

(2) 行政事件訴訟法の制定

その後、特例法の下での実務の発展と解釈上の疑義を解消するために、1962年に現行法である「行政事件訴訟法」が制定された。この法律は、その名のように、民事訴訟法の「特例法」ではなく、「行政事件訴訟については、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律に定めるところによる」(1条)として、同法が行政事件訴訟の一般法であることを宣言しているが、いまだ自己完結的な手続法とはなっておらず、「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による」(4条)としている。もっとも、「例による」としているのは、行政事件の本質に反しないかぎり、民事訴訟に準じた扱いをする趣旨だとされている。

同法は、行政事件訴訟の類型として抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟の四つを定めただけで、抗告訴訟として、特例法で定められていた取消訴訟のほかに無効等確認訴訟、不作為の違法確認訴訟という類型を明記して、典型的な行政事件訴訟である抗告訴訟、とくに取消訴訟を中心として、訴訟手続にかかわる技術的な規定を整備したものである。しかし、一般的に訴願前置主義の廃止(=自由選択主義の採用)を除けば、行政事件訴訟法の制定は、特例法によって意図された行政の優位性の確保という一步を、さらに整備された実定法によって踏み固めるものであったということもできる。

(3) 2004年の行政事件訴訟法の改正

この行政事件訴訟法のもとで、ある意味、予想どおりというべきか、日本の行政訴訟は、その運用においてますます硬直化して、機能不全に陥っていくことになった。

そのようななか、司法制度改革の一環として、司法制度改革審議会は2001年6月の意見書で「21世紀の我が国社会においては司法の果たすべき役割が一層重要となることを踏まえると、司法の行政に対するチェック機能を強化する方向で行政訴訟制度を見直すことは不可欠である」として、「政府においては、行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して本格的な検討を早急に開始すべきである」と提言した。これを踏まえて同年12月、内閣に、総理大臣を本部長とし、全閣僚を構成員とする司法制度改革推進本部が設置され、そこにおいて法案作成作業がなされ、2004年、何と42年ぶりに、行政訴訟の運用が国民の救済に資する実効的なものにすべく、行政事件訴訟法が一部改正されることになったのである。

その主な改正点は、①抗告訴訟類型の多様化（義務付け訴訟・差止訴訟の法定）と確認訴訟の明文化、②取消訴訟の原告適格の拡大、③仮の救済制度の充実、④出訴期間の延長と教示制度の新設、⑤管轄裁判所の拡張、⑥裁判所の釈明処分の特則などである。一部改正という形式ではあるが、訴訟類型の多様化や原告適格の拡大は、いずれも硬直していた訴訟要件を広げるための改革といえることができる。

3 韓国における行政訴訟制度の歴史と運用実態

(1) 解放後の行政訴訟制度の確立期

日本植民地時代の韓国では、関税と年金事件に対する訴願を除いては、当時の日本の行政争訟制度は適用されなかったのであるから、韓国の行政訴訟の歴史は、解放後から始まるといえる。

韓国の独立後の最初の憲法（制憲憲法又は第一共和国憲法と称されている）は、

その81条1項で「大法院は、法律の定めるところにより、命令、規則及び処分が憲法と法律に違反するか否かを最終的に審査する権限を有する」と規定することで、行政訴訟の裁判管轄権を法官で構成される法院、すなわち司法府に付与する司法国家型を宣言した。そして、この規定を具体化すべく、⁴⁾1951年に「行政訴訟法」が制定された。⁵⁾

この行政訴訟法は、朝鮮戦争の砲煙の中、避難先の臨時首都であった釜山で制定された、わずか14カ条の短い法律である。その主要内容は、①訴訟事項の概括主義、②訴願前置主義、③提訴期間の制限、④裁判管轄及び被告適格に対する特例、⑤関連請求の併合、⑥執行不停止の原則、⑦事情判決など、その名称とは異なり、民事訴訟法に対する若干の特則を置いただけのものであった。要するに、「この行政訴訟法は、わが国の立場で深く研究した行政訴訟法ではなく、戦後に日本で急いで制定された行政事件訴訟特例法をほとんどそのまま模倣したもの」である。⁶⁾確かに、平野事件によって急遽制定された、行政優位の日本の特例法を模倣したことは、余りにも無思慮な選択であったとも思えるが、1950年代前半の韓国行政法学界では行政訴訟に関する論説がわずか1本しかなかったこと、また、1950年に始まった朝鮮戦争による混乱を想起すれば、やむを得ない選択であったようにも思われるし、むしろ、日本の内閣総理大臣の異議の制度を導入しなかったことを讃えるべきかもしれない。

この行政訴訟法の下、韓国の1950年代の第1審行政訴訟の提起件数は、年平均273件であり、その事件の内容も、ほとんどが帰属財産処理に関するものであった。⁸⁾これに対し、日本の1950年代の地方裁判所の第1審行政訴訟の

4) 行政訴訟の管轄権を一般法院が有するという原則は、今日まで変わることなく続いている。

5) 行政不服申立制度の基本法である「訴願法」も、同じ年に制定されたが、これについては尹龍澤『東アジアの行政不服審査制度—韓国・中国・台湾そして日本』(2004年)を参照。

6) 李尚奎「行政救済法の回顧と展望」丘秉湖他『韓国法學の回顧と展望』(1991年)150頁。

7) 李尚奎教授によれば、1953年7月号の『考試界』に掲載された、韓泰淵教授の「地方議會の行政訴訟能力」が唯一のものであり、1950年代の後半にいたっても、5, 6篇の論文があっただけであるという。李尚奎, 前掲論文, 150頁。

8) 李尚奎, 前掲論文, 161～162頁, 参照。なお、帰属財産とは、旧日本政府(朝鮮總督府)

提起件数は、年平均840件であり、農地買収をめぐる事件が最も多かった。⁹⁾

続く1960年代と1970年代は、韓国では「漢江の奇跡」と言われた高度経済成長の時期であり、行政訴訟の件数も急増した。第1審の行政訴訟の提起件数も、1961年から70年までの年平均は547件、1976年からは年平均1,000件を超えるようになり、事件の内容においても、租税事件及び土地収用等の公用負担に関するものが主流をなし、そのほかにも都市計画及び公務員の身分関係に関する事案など、非常に多様になった。¹⁰⁾

このような判例の急増を受けて判例研究が活発になったのはもちろんであるが、日本における行政事件訴訟法の制定(1962年)にも影響を受けた比較法研究を通じて、韓国の行政訴訟法の問題点の抽出及び立法論的検討が積極的になされるようになった。

なお、日本の1961年から70年までの行政訴訟件数は年平均940件である。この時期からは、農地をめぐる事件が減り、多様な事件が争われるようになるが、日本においては、1968年の2,300件、72年の3,200件、76年の1,800件という例外を除くと依然として1,000件を下回る状況が続いた。

(2) 1984年の行政訴訟法の全面改正

続く1980年代の前半は、長期独裁政権を維持してきた朴正熙大統領が腹心の部下によって暗殺されることで、一時、民主化の到来も期待されたが、結局は、その「ソウルの春」は、後に大統領となる全斗煥陸軍少将を中心とするグループによる、いわゆる「粛軍クーデター」によって踏みにじられ、背広に着替えた者たちによる新たな軍事独裁の「第5共和国」の時代を迎えることになった。

しかし、この第5共和国憲法が、その108条3項で、「裁判の前審手続として行政審判(行政不服審査)をすることができる。行政審判の手続は、法律で

及び下部機関、各種の社会団体、法人、民間人が所有あるいは支配していたあらゆる種類の財産を意味し、その払下げ処分をめぐる多くの訴訟が提起されたのである。

9) 本稿において表1以外の日本の数値は、「28-14民事・行政事件の新受、既済及び未済件数(昭和23年～平成16年)」[<http://www.stat.go.jp/data/chouki/28.htm>]によった。

10) 李尚奎, 前掲論文, 同頁, 参照。

定めるものの、司法手続が準用されなければならない」と定めたために、極度の書面審理主義、職権主義及び非公開主義で支配されていた、当時の訴願法は、その抜本的な改正が不可避となった。それに併せて、行政訴訟法についても、現代産業社会における行政機能の拡大、とくに福祉行政の積極化に伴う行政作用の領域拡大と行為形式の多様化に対応した改正が必要であると
の共通認識が形成され、ついに1984年12月15日に、訴願法に取って代わる「行政審判法」の制定と行政訴訟法の全面改正がなされるに至ったのである。

この法律の全面改正作業において中心的な役割を果たした金道昶教授は、その当時を振り返って、「最も多く議論されたのは、抗告訴訟の一種として不作為違法確認訴訟を採用した点である。英米では言うまでもなく、ドイツでもおよそ30年前に既に制度化された、いわゆる義務づけ訴訟を制度化し得ないということは韓国民としての自尊心の問題だという主張が、主に学界と在野法曹の側から強力に出されたが、結局、法院側の反対で挫折し、日本のような不作為違法確認訴訟を認めるのにとどまることになった。しかし、その代わりに、判決の拘束力としての処分義務と間接強制の効果を立法で認めることにした¹¹⁾」と述べるように、当時の日本法よりも改善された点があったことも事実であるが、やはり、総じて言えば、その内容は、1962年に制定された日本の行政事件訴訟法と類似したものであることは否定できない。それゆえに、その制定当時からこの改正法に対して厳しい批判を繰り返していた金南辰教授が、「その日本の行政事件訴訟法をほとんどそのまま模倣した我々の行政訴訟法（改正行政訴訟法）が、制定・施行されたのが、1985年のことである。日本が1962年に制定・施行した法（行政事件訴訟法）を20余年が過ぎた後に踏襲したことを見れば、他人のものを模倣するのにも、我々の力量

11) 金道昶（尹龍澤訳）「韓国における新行政争訟制度10年と憲法裁判所制度7年の回顧」『創価法学』27巻1号（1997年）151頁。

12) 先に指摘した以外にも、韓国の行政訴訟法が、「処分」概念を「行政庁が行う具体的事実に関する法執行としての公権力の行使又はその拒否及びその他これに準ずる行政作用」（2条1項1号）と定義していることも、その特徴の一つである。

は十分ではなかったようである¹³⁾と嘆くのも無理からぬことであった。

しかしながら、ほんのひと時であれ、「ソウルの春」の光を浴びた市民にとって、独裁政権による恣意的な行政権の横行は目に余るものであったのか、あるいは、新しく全面改正された行政訴訟法の故か、この時期、行政訴訟の提起数は大きく伸びた。すなわち、第5共和国の初年度である1981年こそ前年よりも行政訴訟の提起件数は減少したものの、その後は急増し、1986年からは2,000件を超えるようになったのである¹⁴⁾。

日本においては、1980年代は年平均770件であり、1,000件を恒常的に上回るようになったのは、1993年以降のことである。この時期以降、日韓の行政訴訟件数は逆転しただけでなく、その差は大きく広がることになる。

(3) 1994年の行政訴訟法の一部改正

その後、1994年に司法府（大法院）がイニシアチブをとった司法改革の産物の一つとして、韓国の行政訴訟制度は、1994年に一部改正が行われた。その内容は、第一に、行政訴訟（抗告訴訟）の前審制度としての行政不服審査（行政審判）を必須的な手続としていた前置主義を廃止して、当事者が望む場合にのみ行政不服審査を経る自由選択主義に変更したこと、第二に、行政訴訟法を改正して、これまで高等法院が第1審として管轄していた行政訴訟（主観的訴訟）を2審制から3審制に変更するとともに、法院組織法を改正して第1審法院としての行政法院を設置することで、行政訴訟の審級を、行政

13) 金南辰「韓国行政訴訟制度의 回顧와 向方」韓国法学教授会編『韓国法学50年一過去・現在・未来』（1998年）237頁。同時に制定された行政審判法が、日本の行政不服審査法とは全く異なる独創的な内容のものであっただけに、行政訴訟法の改正内容の劣後性がより浮き上がったことは確かである。なお、行政審判法については、尹龍澤「東アジア諸国との比較から見た日本の行政不服審査法」『ジュリスト』1324号（2006年）、同「比較法的視点から見た行政不服審査法改正の評価」『ジュリスト』1360号（2008年）を参照されたい。特に後者の拙稿は、尹龍澤「東亜法比較視野下の日本行政復議法之修改」『時代法学』7巻5期（2009年）として中国語に翻訳されている。

14) 日本においては、1980年代までで、2,000件を超えたのは、1968年、72年、76年、82年、84年の5カ年のみである。この時期以降、日韓の行政訴訟件数の差は大きく広がることになる。

15) 行政訴訟法の一部改正法の施行日は、行政法院の設置に要する準備期間などを考慮して、1998年3月1日とされた。

16) このときの法院組織法の改正で、高等法院級のものとして特許法院も新設された。

17)

表 1. 日本における第 1 審行政事件訴訟の新受件数

| 年 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|----|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 件数 | 1,856 | 1,844 | 1,863 | 2,081 | 2,211 | 2,170 | 2,029 | 2,195 | 2,268 | 2,417 |

18)

表 2. 韓国における第 1 審行政事件訴訟の新受件数

| 年 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|----|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| 件数 | 11,411 | 12,357 | 13,600 | 14,397 | 14,713 | 15,388 | 16,661 | 17,434 | 16,924 | 16,942 |

法院，高等法院，大法院としたことである。もっとも，国家の財政事情などを考慮して，行政法院は，さしあたってはソウルにのみ設置して，他の地域には当分の間，地方法院の合議部が管掌することにした。

この時期は，民主化への最後の試練を乗り越えて，与野党の合意による初めての憲法改正である現行の第 6 共和国憲法の下，かつての独裁政権時代に民主化の闘士であった人物が大統領に当選することで，韓国の民主化が国の隅々にまで定着した時期でもある。

韓国の 1994 年の行政訴訟受理件数は，11,902 件，処理件数 5,362 件，そのうち，国家勝訴 1,849 件（34.5%），国家敗訴 1,968 件（36.7%）であり，1995 年は受理件数 13,106 件，処理件数 5,147 件，そのうち，国家勝訴 2,304 件（39.5%），国家敗訴 1,742 件（33.8%）であった。これに対して，日本の 1990 年代の行政事件訴訟の 1 審の受理件数は年平均 1,100 件であった。

類似した行政訴訟法を有している日本と韓国ではあるが，この時点において，受理件数において 10 倍近くもの差が付くようになった。日本においても，訴訟要件の緩和や国民の利用しやすい仕組みを目指した 2004 年の行政事件訴訟法の改正などを受けて，表 1 のように，行政事件訴訟件数は確かに増加してはいるが，それでも表 2 と見比べると，日韓の差は一向に縮まらない

17) この数字は行政事件のうち第 1 審が地方裁判所のものだけを示している。最高裁判所ホームページの司法統計 [<http://www.courts.go.jp/search/jtsp0010?>] をもとに作成した。

18) この数字は行政事件のうち第 1 審が行政法院及び地方法院のものだけを示している。韓国の大法院ホームページの「사법연감 (통계)」の「2012년 사건개황」556 頁 [<http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10&searchWord=&searchOption=¤tPage= 0 &pageSize=10>] をもとに作成した。

どころか、むしろ拡大しているのである。

4 韓国における行政訴訟法の全面改正の試み

日本と比較するかぎりには、国民の権利救済の制度としての実効性を十分に果たしていると思われる韓国の行政訴訟制度であるが、近年、大法院と法務部¹⁹⁾によって更なる全面改正の試みが積極的になされている。

(1) 大法院の改正建議と法務部の第1次改正案

大法院は、2006年9月8日に法院組織法9条に従い、行政訴訟法改正意見²⁰⁾を国会に提出した。その改正建議案の核心は、次のように整理することができる。

第一に、狭義の処分だけでなく、権力的事実行為及び法規命令等も含めて「処分等」と定義すること²¹⁾で、抗告訴訟の対象を拡大したこと、第二に、当事者訴訟の活性化のために、行政上の損失訴訟、処分等の違法による損害賠償・不当利得返還などの具体的な訴訟形態を例示したこと、第三に、これまで学界で主張されてきた義務付け訴訟と差止訴訟を抗告訴訟の種類として明示したこと、第四に、行政訴訟の原告適格を拡大するために、現行法の「法律上の利益のある者」から「法的に正当な利益のある者」に変更したこと、第五に、取消判決の対象となった処分等がすでに執行されていても、行政庁はその執行による違法な結果を除去すべき義務を負い、法院は、原告の申請により、結果除去義務を取消判決等と併せて宣告することができるという条

19) 大法院と法務部における行政訴訟法改正の経緯と内容について詳しくは、趙元済「韓国の行政訴訟法改正案をめぐる論議とその方向性に関する一考察」『駒澤法曹』9号(2013年)を参照されたい。

20) 大法院の改正意見の全文は、洪井善『행정법원론(상)(第2版)』1166頁以下に収録されている。

21) 大法院の改正意見では、「『処分』とは、行政庁が行う具体的事実に関する公権力の行使その他これに準ずる行政作用をいう」(意見2条1項1号)、『『命令等』とは、国家機関の命令・規則及び地方自治団体の条例・規則をいう」(意見同条同項2号)と定めたうえで、『『処分等』とは、処分及び命令等又はその拒否及び行政審判に対する裁決をいう」(意見同条同項3号)と定めている。

項を新設したこと、などである。

これらの提案は、いずれも国民の権利利益のより実効的な救済を図るための行政訴訟制度の改善を目指したものではあったが、行政訴訟制度の主観的権利救済機能を弱化させるとか、憲法訴訟という形で抽象的規範統制を担当する憲法裁判所との間で新たな摩擦をもたらすおそれがあるとの批判もなされた。²²⁾

一方、法務部は、2006年4月26日に行政訴訟法改正特別分科委員会を設置して、同委員会は2007年4月に行政訴訟法改正案を提出した。この案は、行政訴訟法全部改正案として、国務会議の議決を経て同年11月19日、国会に提出された（以下、この改正案を第1次改正案²³⁾と称する）。

法務部の第1次改正案の主要内容も、概ね大法院の提案と同じようなものであったが、抗告訴訟の対象の拡大と原告適格においては、大きく異な²⁴⁾った。

すなわち、法務部の改正委員会において、当初から法規命令は抗告訴訟の対象にはなりえないこと、しかし、それは法規命令が裁判統制から除外されることを意味するものではないという点においては、委員の間で異論はなか

22) 金性洙『一般行政法〔行政法理論の 憲法的原理〕(第7版)』(2014年)830頁～831頁。とくに、命令等を抗告訴訟の対象とすることは、具体的規範統制を原則として、抽象的規範統制については憲法裁判所が憲法訴訟という形式でのみ行うものとしている韓国憲法に違反するとの主張までなされた。確かに、現在でさえ「大法院が命令、規則、処分に対する違憲審査権を持っているが、憲法裁判所も命令、規則の規定自体による基本権侵害、すなわち執行行為の媒介なしで直接、命令、規則の規定によって生じた基本権侵害に対する憲法訴訟を認定しているから、両機関がそれぞれ権限を行使することによって、結論が異なる場合、衝突の恐れがある」(許祥洙「韓国の裁判制度—裁判所の組織と権限を中心として」『比較法学』30巻1号(1996年)148頁)と指摘されているのであるから、両機関の軋轢・葛藤のおそれはますます高まるであろう。

23) 法務部の第1次改正案の全文は、洪井善、前掲書、1149頁以下に収録されている。

24) このほかにも、大法院の提案には、抗告訴訟における職権による和解勧告決定制度を導入するとともに、和解によって直接権利又は利益の侵害を受ける第三者又は和解の対象である処分に関して同意・承認・協議等の法令上の権限を有する行政庁がある場合には、その第三者又は行政庁が再審の請求をすることができるようにしていたが、法務部の第1次改正案では、導入が留保された。なお、この和解勧告制度は、その後の法務部の第2次改正案でも導入が見送られた。

った。しかし、法規命令を統制するための適切な訴訟形式については意見の一致を見ることができなかったために、結局、判例の発展に合わせて後日検討すべきものとした。

また、原告適格についても、委員たちの間で現行法よりも拡大しなければならないということについては一致していたが、その具体的範囲やその内容をどのように表現すべきかについては意見を異にしていた。「正当な利益」「保護に値する利益」「法的に正当な利益」「法的利益」等の用語が提示され、それらのうち「法的利益」という用語が、事実上の利益の侵害を排除しながらも関係法令によって保護される利益を広く含めることができるとして多数の支持を得ていた。しかし、原告適格の範囲を余りに拡大する場合には、行政の円滑かつ効率的な遂行に支障をきたすこと、また、現行の「法律上の利益」という用語も不確定概念であって、拡大解釈する余地が十分にあり、判例もこれを広く解釈する趨勢にあることを考慮して、結局、原告適格を拡大する方向での積極的な改正は留保された。²⁵⁾

「法務部案は、大法院案に比べて革新的な側面においては多少遅れをとった面がなくはないが、この改正案はまさにそのような性格のために、より現実的なものであったと評価されうる」²⁶⁾ものであったが、この法務部の第1次改正案は、当時の政治的状況によって、国会で1度も審議されないまま、2008年5月29日の国会の任期満了で自動的に廃棄されてしまった。

(2) 法務部の第2次改正案の内容

法務部は、2011年に入って再び行政訴訟法の改正に着手し、2011年11月15日に行政訴訟法改正委員会を構成して、同委員会は2012年5月11日に改正試案を作成し、2013年3月20日に立法予告した²⁷⁾（立法予告された改正案を第2次改

25) 金東熙『행정법 I (第20版)』(2014年) 718～9頁。

26) 金東熙, 前掲書, 719頁。

27) 立法予告とは、委員会に回付された法律案を審査する前に、委員長がその法律案の立法趣旨と主要内容などを国会広報又は国会インターネットサイトに掲載する方式で国民に知らせ意見を聴取する制度である。

28)
正案と称する)。

この第2次改正案は、その提案理由によれば、「迅速かつ実質的な権利救済を図るとともに、誰もが容易かつ便利に利用することができる行政訴訟制度を用意する」という目的の下、(a) 国民の権利利益の救済拡大のための訴訟制度の改善、(b) 事前の権利救済手続の整備、(c) 利用し易い行政訴訟制度の工夫、(d) 行政訴訟の専門性の強化を骨子としている。

その主な内容は、以下のとおりである。

(a) 国民の権利利益の救済拡大のための訴訟制度の改善

①義務付け訴訟の導入

義務付け訴訟の導入に伴い、不作為の違法確認訴訟を廃止することが検討されていたが、結局は、日本と同様、併存させることにした。義務付け訴訟の類型としては、「当事者の申請による処分をすべき義務のあることが法令上明白で、その義務を履行させることが相当であると認める場合には、行政庁にその義務を履行するように宣告する」ものと、「行政庁がその処分をしないことが裁量権の限界を超え又は裁量権の濫用があると認める場合には、行政庁に判決の趣旨を尊重して処分を履行するように宣告する」ものの二つを用意した。なお、現行法の間接強制制度は、義務付け訴訟の導入に際しても維持している。

②原告適格の改正

現行法の「法律上の利益」の語は、当該処分の根拠法律等によって保護される直接的、具体的利益と解されてきたために、原告適格の範囲は制限される傾向にあった。そこで、これを拡大するために、「法的利益」という語に変更した。

(b) 事前の権利救済手続の整備

①執行停止要件の緩和及び担保付執行停止制度の新設

28) 第2次改正案についての詳細な考察は、정남철「行政訴訟法改正案의 内容 및 問題点—특히 行政訴訟의 改革과 發展을 위한 批判的考察을 中心으로—」『法制研究』44号(2013年) 283頁以下を参照。

現行法の「回復の困難な損害を予防するために緊急の必要があると認めるとき」との文言を「重大な損害を予防するために緊急の必要があると認めるとき」に改正して執行停止の要件を緩和するとともに、第三者に対する授益的処分の取消しを求める訴訟において、その処分の相手方に財産上の損害が生ずるおそれがあるときは、第三者を保護するために、執行停止を申請した者に担保を提供させることができるとの規定を新設した。

②仮処分制度の導入

授益的処分に対する事前の権利救済手続の欠陥を補完するために導入した制度である。韓国の現行の行政訴訟法には、日本の行政事件訴訟法44条のような、行政庁の処分等について、民事保全法上の仮処分を排除するとの規定がないために、判例は仮処分の適用について明確に否定的態度をとってはいたものの、学説では肯定説も有力に主張されていたこともあり、義務付け訴訟の導入に対応する制度として、日本のような仮の義務付け制度ではなく、仮処分制度の導入に踏み切ることにした。もっとも、仮処分の濫用を防止するために、その要件を「違法であるという著しい疑いがある場合」で緊急の必要性があるときに限るとともに、処分等に対する本案訴訟が継属していることと、執行停止によって目的を達成できるときには仮処分は許されないこと（補充性）を明示した。

（c）利用し易い行政訴訟制度の工夫

①訴えの変更・移送の許容範囲の拡大

国民にとって民事訴訟と行政訴訟の区分が困難であり、間違って提訴した場合には、提訴期間の徒過、訴え却下等の不利益が発生するおそれがあるにもかかわらず、現行法は、行政訴訟内における訴えの変更についてだけしか規定していない。そこで、民事訴訟を行政訴訟に、行政訴訟を民事訴訟に変更する手続に関しても新たに規定した。

②管轄指定制度

事件が行政法院と地方法院のいずれの管轄に属するか明白でないときには、高等法院が管轄法院を指定することができる制度を導入した。

③結果除去義務規定の新設

現行法では、違法な行政処分の執行によって一定の違法状態が発生した場合に、これに対する行政庁の除去義務は、取消判決の拘束力として規定されているが、行政庁が自発的に違法な結果を除去しない場合には、別訴を提起しなければならない。そこで、判決によって取り消された行政処分の執行による結果を除去するための必要な措置をとる義務を行政庁に課すことで、迅速に適法状態を実現できるようにした。

④利害関係者への訴え提起事実の通知制度の新設

訴えが提起された事実を、法院が被告以外の他の行政庁及び利害関係のある第三者に通知できるようにすることで、行政処分によって影響を受ける利害関係者の訴訟への参与の機会を拡大するとともに、紛争の一回的な解決にも資することを企図した。

(d) 行政訴訟の専門性の強化

①当事者訴訟の活性化

性質上は行政訴訟であるが、便宜上、民事訴訟として扱われてきた、行政上の損害賠償・不当利得返還などの公法上の原因で発生する法律関係に関する訴訟を、行政訴訟の対象として明示することで、行政処分の違法性の争いと直接に関連する訴訟の場合には、行政訴訟の公益性を考慮することのできる専門法院で担当させることにした。

(3) 法務部の第2次改正案に対する評価

この法務部の第2次改正案は、大法院の改正建議と第1次改正案とがもつとも対立していた抗告訴訟の対象と原告適格の二つの点については、抗告訴訟の対象はほぼ現行法（すなわち、第1次改正案）のとおりとし、原告適格は大法院の改正建議に近い「法的利益」とした。

しかし、不可解なことに、大法院の改正建議と第1次改正案とに共通に存在し、立法予告される前の改正試案にも存在していた「差止訴訟」（予防的禁止訴訟）が突然削除され、かわって不作為の違法確認訴訟が現行法のままに残存することになった。このことは、「行政法関係において私人の権利が

『既に侵害された場合』と『侵害が差し迫っている場合』は、『侵害』という概念を基準に見れば、両者は連続線上にある。今回の行政訴訟法の改正を通じて、積極的に侵害された権利を回復する（義務付け訴訟など）だけでなく、権利侵害が予見された場合に、これを予防的に保護する制度（差止訴訟）までを抗告訴訟の枠に備える必要がある²⁹⁾ことは、日本の例を持ち出すまでもなく、今や先進国の行政訴訟法における標準装備であるといえるだけでなく、韓国においては明文の規定がない限り無名抗告訴訟としても認められないと解するのが通説判例となっているだけに、不可解と言わざるを得ない。

立法予告された韓国の第2次改正案は、結果除去義務規定の新設、当事者訴訟の具体例の明示などの斬新な規定もあり、また、原告適格についても、文言を直接変更したことは、日本のように考慮事項を法定するよりも、判例の発展に与える影響はより大きいことが予想されるが、しかし、総じて言えば、全面改正というその形式にもかかわらず、「国民の権利利益救済を図る」という機能面を重視して必要最低限の手続的な手当てを施したものと評される2004年の日本の行政事件訴訟法の改正内容とあまり大差がないようにも思える。それは、和解制度や団体訴訟の導入などのいわば現代的課題の先送りとともに、差止訴訟の不採用や執行不停止原則の維持³⁰⁾などの行政権優位の発想を安易に引きずっているように思えるからである。そうだとすると、日本の2004年の改正と同様、今回の行政訴訟法の改正が実現したとしても、それは国民の権利利益の包括的・実効的救済のための第1段階の改革に過ぎず、更なる行政訴訟の改革が求められることになるといえよう。

29) 김현준「行政訴訟法改正과 予防적禁止訴訟」『法律新聞』2013年5月30日 (<https://www.lawtimes.co.kr/LawPnnn/Pnnyn/PnnynContent.aspx?serial=2141&m=pnnyn>) なお、정남철教授は、「行政庁の第一次判断権の尊重、権力分立などを理由に予防的禁止訴訟の導入に反対することは、時代錯誤的発想である」(정남철, 前掲論文, 308～309頁)と断ずる。

30) 정남철教授は、「仮救済制度は国民の権利利益救済のために執行停止原則に根本的な発想の転換が必要であり、日本の立法例をそのまま踏襲することは陳腐である」(정남철, 前掲論文, 308頁)と痛烈に批判している。

5 結びにかえて—韓国から日本が学ぶべき幾つかのもの

以上、日本と韓国の行政訴訟法の改正経緯と内容、そして運用の実態を簡単にみてきた。

前述したように、韓国は日本の行政事件訴訟特例法に遅れること3年にしてそれとほぼ同じ内容の行政訴訟法を制定し、日本の行政事件訴訟法に遅れること20余年にしてやはりほぼ日本のそれを踏襲した全面改正を行った。そして、日本の2004年の行政事件訴訟法改正から10年後の現在、韓国は日本の現行の行政事件訴訟法の影響を受けながらも、相当程度の独自性を盛った新しい行政訴訟法の制定を試みている。今回の改正案は、第19代国会の任期(2012年～2016年)を考慮すると、国会を通過する可能性は相当に高いと思われる。

この改正が実現したとき、韓国における行政訴訟の運用実績は更に向上し、先に見た日韓の行政訴訟の運用の実態の格差はますます拡大することが予想される。

ここで、最新の2012年の統計数字にもとづいて、改めて日韓の行政事件訴訟の第1審の新受件数を比較してみると、日本は2,417件であるが、韓国では、16,942件であり、単純に比較すると、日本よりも韓国の方が、7倍も多いことになり、これに人口比を加味すると18倍を超える格差ということになる。³¹⁾

また、日本では2012年には、2,949件の行政訴訟の第一審の終結が出され、このうち訴えの却下が404件、棄却が1,606件、原告が自ら訴えを取り下げた事件は、405件ある。また、原告が“一部でも”勝訴したものは288件であ

31) そもそも、日本において、行政処分に対する不満が少ないわけではない。2011年度の国に対する行政不服申立件数は、62,663件(行政不服審査法に基づかない不服申立てを含む)であり、地方公共団体に対する行政不服申立件数は19,608件(行政不服審査法に基づかない不服申立てを含む)もある。総務省「平成23年度における行政不服審査法等の施行状況に関する調査結果等」[http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01gyokan04_02000016.html]

り、その勝訴率は、わずか9.7%にすぎない。³²⁾これに対して、同じ年の韓国では、第1審で16,184件が処理され、却下876件（却下命令129件を含む）、棄却6,604件、原告勝訴（一部勝訴を含む）3,089件で勝訴率は19.1%にもなるのである。³³⁾

日韓両国の行政訴訟法の改正の経緯及び内容と、その実際の運用実態の考察を通じて、我々は、相当に似通った行政訴訟法を有していながらも、日本では行政訴訟が機能不全に陥っているのに対して、韓国では違法な行政に対する救済手段として相当に機能しているという興味深い事実と直面することになる。

このような事実をもたらす要因としては、種々のものが考えられるであろうが、筆者は、その主たる要因として、ここでは、憲法裁判所と行政法院の創設をあげようと思う。すなわち、第一に、国家機関の公権力の行使又は不行使によって基本権を侵害されたとする者が、その侵害の有無の判断を求める、「憲法訴願」（権利救済型憲法訴願）³⁴⁾を通じて、従来の法院の判例では却下されていた類いの行政事件についても権利救済をすることで、憲法裁判所と大法院との間で、国民の権利救済をめぐる競争状態が生じていること、第二に、行政法院の設置により、行政事件を専門的に取り扱う判事が集中的に配置されることで、かつてのような、馴染みのない行政訴訟を無難に処理するためだけに、訴訟の入口で古典的な行政法ドグマを振りかざして国民の訴えを退けるのではなく、個々の行政事件の本質を十分に理解した上で判断する質の高い判決が下されるようになったことである。³⁵⁾

32) ここで引用した数字は、山下清兵衛弁護士、司法アクセス学会プロGRESSレポート研究会「日本の行政訴訟」からの引用である。

33) もっとも、世界と比較するとき、韓国の行政事件の件数も決して多くはない。たとえば、山下清兵衛弁護士によれば、ドイツは約50万件、フランスは約12万件、アメリカは連邦のみで約3.7万件、韓国は約1.7万件程度の行政訴訟が毎年提起されているとのことである（司法アクセス学会プロGRESSレポート研究会「日本の行政訴訟」から引用）。

34) 韓国の憲法は、この権利救済型憲法訴願（韓国憲法68条1項）のほかに、法律の違憲審判提案の申請が法院によって棄却された場合に、その申請をした当事者が憲法裁判所に対して法律の違憲性の審査を請求する、いわゆる「規範統制型憲法訴願」（68条2項）がある。

35) もっとも、「行政法院が設置されたことは、行政訴訟の事件数が日本に比べれば相当多くな

ところで、第一の点であるが、日本においては、国民の権利救済をめぐる競争状態を憲法裁判所と最高裁判所との間で創りだすことは現在の憲法下では不可能である。しかし、競争による同様の効果は、行政法学界と裁判所の間で行うことが可能ではないと思われる。すなわち、行政法学界が憲法を含めた意味での法の支配に基づいた行政法理論を積極果敢に構築することで、裁判所との間での国民の権利救済をめぐる競争が成り立つのではなかろうか。

第二の点については、戦後日本の憲法学を築いた宮沢俊義教授が、すでに戦前に、もし、全くの白紙の状態で考えることが許されるならば、行政国家型よりも司法国家型の方がより合目的的であるとしながらも、しかし、司法国家型においても、行政事件の審理にあたってはその事項の本質に適合するような、通常の民事訴訟とは違った手続によるべきであるし、その審理にあたる裁判官も一般の法律知識と経験に加えて行政上の知識と経験を具えた者でなければならないとして、「この意味において、実際の制度としては、司法裁判所の内部に民事部および刑事部とならんで行政部（あるいは公法部）³⁶⁾を設け、そこで行政事項の訴訟を審理せしむる」ことが比較的合目的的であろうとの提言を行っている。国を被告とする裁判における普通裁判籍は「訴訟について国を代表する官庁の所在地」（民事訴訟法4条6項）であり、国を代表する官庁とは法務省であるから、東京地方裁判所の管轄となる。もちろん、この原則的な管轄裁判所に加えて、2004年の改正で、原告の普通裁判籍の所在地を管轄する高等裁判所の所在地を管轄する地方裁判所（特定管轄裁判所）にも提起できることが定められた（行訴法12条4項）。したがって、「東

った原因である。しかし、それは原因の一つに過ぎず、国民の行政や司法機関に対する信頼の程度、行政機関と司法機関の関係、法治行政の水準等を考慮し、把握すべきであると考え」（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（2012年）12頁）との指摘は当然であり、また、韓国における行政不服審査制度の活性化との関係についての考察も不可欠と思われるが、本稿では、紙幅の都合もあり、これらの考察は別の機会を行うことにする。

36) 宮澤俊義『行政争訟法』（1940年）103頁。

京地方裁判所に取消訴訟を提起できることは、地方在住の原告にとって場所的に遠くなくても、東京地方裁判所には行政事件の集中部が置かれ、行政事件に高い専門性を持つ裁判官が配されているため、これを有効に利用するという選択肢が生まれる³⁷⁾」ことになり、ここでの判例が行政事件の本質を十分に理解した質の高いものであるとき、韓国の行政法院と同じ機能を果たすことも可能になろう。

韓国の行政訴訟法の改正の経緯と運用実態は、日本の行政訴訟の機能の活性化を考える一つの手がかりを我々に与えてくれているように思うのである。

〔付記〕

本稿は、2014年9月10日に、桐蔭学園メモリアルアカデミウムにおいて開催された東アジア法律文化研究センター主催の第2回国際シンポジウム「東アジアの法改正の動向—民事訴訟法、競争法を中心として」で、「行政事件訴訟法の改正動向—日本と韓国の比較を中心として—」と題して報告した内容に加筆修正を加えたものである。この東アジア法律文化研究センターは、2013年に桐蔭横浜大学と中国・華僑大学が共同で設立したものであり、今回のシンポジウムは、横浜市文化観光局における「東アジア文化都市2014横浜パートナー事業」としても認定された。

この場をお借りして、このような意義深い国際シンポジウムで報告する機会を与えていただいた桐蔭横浜大学学長の小島武司先生をはじめ、関係者の方々に心からの御礼を申し上げます。

37) 橋本博之『要説行政訴訟』（2006年）62頁。