慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	淺賀榮著『行政訴訟の諸問題』：判例を中心とした
Sub Title	S. Asaka : Problems of administrative litigation
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.8 (1954. 8) ,p.81- 85
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540815-0081

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

淺賀　榮著

『行政訴訟の諸問題』

――判例を中心とした――

日本國憲法の制定により、わが國の法制度は各方面にわたり改正せられた。而して、これら改革のうち、行政訴訟制度の改正はとくに注目にあたいする。舊憲法下にあつては、行政裁判所がみとめられ、行政訴訟は主としてこの機關で處理されていた。この裁判所は、他の機關にたいしある程度の獨立性をゆうしていたが、行政部内の機關であつたこと、周知の事實である。このことを換言すると、行政訴訟は行政權の一作用としてなされていた。しかし、現行憲法のもと、行政訴訟は一般の司法裁判所で處理される。すなわち、行政訴訟は、民事・刑事の訴訟と同樣、司法權の一作用とみら

れている。この點、すなわち、行政權より司法權への移行、これは、まさに、行政訴訟の根本問題にかんする大改正である。このため、行政訴訟にかんする研究は、日本公法學會でもくりかえしとりあげられ、諸家のこれにかんする論文もまたかなりの數にのぼる。一方、裁判例も改正當初は若干の混亂をみせたが、漸次整備され特色ある判決も二三にとどまらない。このようなときにあたり、豐富な資料を縱橫に驅使し、從來の學說判例を整理した本書の出版は、まさに、時宜をえたものというべきであろう。

本書の著者、淺賀榮（あさか・さかえ）氏は現職の判事であり、本書は、同氏がさきに發表せられた「實務上から見た行政訴訟の爭點」（司法研究報告書第四輯第五號）を修正加筆し、刊行されたものである。つぎに、本書の特色は、副題にも示されているごとく、判例を中心とした研究である。しかし、單に判例を整理し羅列したものでなく、各章各節において、まず學說をのべ（從來の主要論文のほとんどすべてを引用している）、判例を掲げこれを檢討し、自說をのべる、というきわめて愼重な方法をとっている。一體、行政訴訟は行政法と訴訟法との中間領域ともいうべき點に、その地位をしめるため、これが研究にあたり、他の分野にみられぬ困難をかんずる。したがって、本書にとりあつかわれている問題のすべてにつき、著者一人より完全な解答を要求することは、不可能なことに屬するが、著者の卓見は隨所に示されており、また、資料的な方面においても、高く評價されるべきであろう。

つぎに、本書の章節にしたがい、內容その他を簡單にのべてゆく。

行政訴訟は司法裁判所において處理される。これは明白な事實である。しかし、行政訴訟は固有の司法權に屬する事項であるか否かにつき、若干の疑問がのこる。本書は、司法權をもつて、「法律上の爭訟について法律的價値判斷をなし法を宣言する作用」と理解し、行政訴訟もこの概念中に包括されるゆえ、固有の司法權に屬するという通說の立場をとる。この結論は正しいものと信ずるが、その理論構成にあたり、司法と行政の區別を兩作用の差異にもとめられる點、いささか理解しがたい部分がある。この司法と行政の區別につき、かつて美濃部博士は、まず國家の作用を、法を定立する作用と、法を適用する作用に二分され、前者が立法、後者が司法、行政であり、司法と行政はその目的によつてのみ區別しうると說かれた。このように、司法と行政を目的によつて區分せんとする理論は、きわめて明快であるが、この理論にしたがえば行政訴訟は本來行政權に屬する。ただ、現行實定法がこれを司法權に屬せしめる旨規定することにより、はじめて行政訴訟は司法權に屬するという結論に到達する。しかし、右の說を斥け司法と行政の區別を作用の差異にもとめるとどうなるであろうか。この點本書は、「司法の觀念は法の存在を前提とすると共に、その適用實現が行政とは別個に獨立の目的として取上げるところに成立する。」「司法は法の忠實な適用を目的とし、これに盡きる。」「行政が法に拘束され、法を執行する場合に行政機關は自らその適法性や法の要求するところを判斷した上でこれを實現するのである。しかし、この場合の判斷は國家目的の達成の過程において附隨的に行われるだけで、それ自體を獨立の目的とするものではない。」（二・一二頁）とのべる。もちろん、この說明に

より司法と行政は區別しうるが、そこでとられた區別の標準は作用によつたものでなく、目的にもとずいたものではなかろうか。すなわち、行政が國家目的に附隨しておこなわれる判斷作用であり、司法が獨立の法目的によりなされる判斷作用たるかぎり、目的による區別で、著者の期待せられる作用による區別ではないと考える。しかし、このような議論はしばらくおき、本書は既述の司法權の本質を中心とし、法律上の爭訟としての抗告訴訟當事者訴訟等をのべ、さらに、法律的價値判斷という點より、裁判所のなす判斷作用の意義・限界等を研究し、最後に、民事訴訟と行政訴訟の關係を明かにすることにより、第一章司法權の限界をおわる。

第二章は、行政訴訟で最もおおくの疑問を提供している自由裁量の問題をとりあつかう。この章において、著者は從來の學說を檢討し、判例をたずね、さらに、私見をこれにくわえられているが、この章は本書中著者の最も力をそそがれた部分の一であろう。

從來、自由裁量について不明な點がおおかつたが、自由裁量なる言葉のあらわす意味自體、すでに、人により同一に用いられなかつた。たとえば、羈束行爲にたいする裁量行爲全體を自由裁量とよぶこともあれば、いわゆる、便宜裁量のみを自由裁量とよぶ場合もある。本書にいう自由裁量はこの狹義の場合である。なお、行政法上法規裁量と羈束處分とは一應區別される。しかし、本書のごとく行政訴訟が對象とされるかぎり、法規裁量も羈束處分もその適用を誤れば、裁判所の審理事項となるゆえ、同一にとりあつかつても結果に異同をきたさぬであろう。もちろん、自由裁量といえども、行政廳が自由なる判斷（恣意なる判斷）にもとずいて處分をなしてよいという意味ではない。行政廳はつねに最も合目的的な行爲をなさねばならぬ。ただ、合目的なりや否やにつき裁判所が判斷しえぬにすぎぬ。羈束處分についても、たんに行政廳が法に拘束されるという意味でなく、行政廳が國民にたいする關係において法に羈束される、換言すると、法の命ずるところを誤れば、訴訟事項となるということである。これらの點は自明のことに屬しながら、とかく無視されやすいが、本書はこの點を明快に論じている。

つぎに、自由裁量の限界が問題にされている。おもうに、法が一定の範圍內において自由裁量をみとめている、といわれることは、換言すれば一定の範圍を守り行爲せねばならぬということであり、この一定の範圍をこえて處分してはならぬということは羈束處分である。したがつて、限界をこえた自由裁量行爲は、本質上羈束をやぶつた行爲であるゆえ、當然裁判所であらそいうる。

本書はさらに、自由裁量に屬する處分について訴訟を提起した場合、裁判所はいかなる判決を下すべきかを論じている。この點、學界においてもおおいに爭われた。而して、この爭いは單に却下と棄却のいずれを妥當とするかにとどまらず、棄却と判斷する場合、司法權が行政權を侵害する結果とならぬやという點まで遡つて論ぜられていた。

このほか、自由裁量處分と羈束處分の區別にかんする學說の整理、これにたいする著者の見解（具體的場合にわけて示されている）、判決の傾向等の記述がある。要するに、本章は自由裁量をあつかつた多くの論文に較べ、きわめて詳細、かつ、具體的で存在價値のたか

いものと考えられる。

第三・第四章は行政處分をとりあつかつている。從來の行政法は行爲規範を中心として研究していた。そこで、行政行爲論は行政法研究の中心課題であつた。しかし、本書は裁判規範としての面より行政法を檢討しようとする。もちろん、裁判規範においても、行政行爲は重要な役割をはたす。しかし、行爲規範に中心をおくか、裁判規範に中心をおくかにより、その研究の對象は若干の差異を生ずる。そこで、本書は行政行爲の語を用いず、とくに、行政處分という表現を使用する。この行政處分という言葉は、從來、必ずしも行政行爲という言葉と區別して用いられなかつた。しかし本書では、「行政廳のなす公法上の法律行爲であつて、特定の事件について法規に基いて權利を設定し、義務を命じ、その他法律上の効果を生ずる單獨行爲をいう。」（二〇五頁）という意味の場合に行政處分なる用語をあてている。このように用語の意義を限定しておくのは、一般に使用されている行政行爲の概念の範圍につき、若干の爭いがあるので、この疑問をさけるためにも、また、行政行爲中とくに行政訴訟の對象となる事項のみをとりあげるためにも必要である。この點、著者の態度は賢明である。なお、行政處分が問題になる以上、處分をなす主體たる行政廳の意義が問題となる。行政廳の概念はすでに一定しているが、行政訴訟に中心をおくと、一般にいう、國又は公共團體のために意思を決定し之を外部に表示する、というえに、さらに本書のごとく、直接國民に對し行政權を行使する權能をゆうする行政機關、とつけくわえる必要があろう。このように行政廳の概念を明かにしたのち、果して行政廳に屬するや否や疑問のある各行政機關につき、判例をあげながら解明している。

つぎに本書は、行政處分の瑕疵（不存在・無効・取消）について徹底的に研究している。これらの點は處分の本質からばかりでなく、裁判との關係において把握すると一層明かになる場合がおおく、本書はこの點重要な役割をはたしている。このほか、簡單ではあるが目下問題とされだした統治行爲についてもふれている。

最後の第五章では、當事者適格、訴願前置主義、立證責任の問題等をあつかう。とくに、立證責任の節は、行政處分の適法性の推定の立證責任におよぼす影響をとりあつかつており、興味のある問題であるが、ここでは省略する。

以上で內容概觀をおわるが、本書は各頁重要學說判例および著者の見解の壓縮である。そのため、あるいは通讀に困難をかんずるかもしれぬ。しかし、本書の各章各節を研究することにより、從來の學說判例の傾向をしり、各問題解決の重要なてがかりをうることができる。要するに本書は著者のたゆまざる努力の結果あらわされた勞作であり、行政訴訟という面より行政法を再檢討せんとする著者の熱意のあらわれであるとともに、資料的にも高く評價すべきものである。最後に一言筆者よりのおねがい、引用文獻中洋書は出版の年を附記ねがいたい。出版の年が異ると、揭示された頁數が無意味となることがある。それから、外國人の名は、姓だけでなく、名の頭文字をもおかきねがえれば幸である（たとえば、Jellinek だけのときは Georg か Walter か一寸判斷がつきにくい。もつとも、

本書の場合は、引用文献名より W. Jellinek であろうと想像しうるが)。

本書の紹介をおわるにあたり、あたえられた紙面の都合もあり、本書の意のあるところをつたええなかつた點、著者に深くおわびする。(三八〇頁・酒井書店刊)

(金子芳雄)