

Title	田上穰治著『行政法總論』
Sub Title	J. Tagami : Introduction to administrative law
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.7 (1955. 7) ,p.54- 59
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550715-0054">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550715-0054</a>

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.

田上穰治著

『行政法總論』

田上穰治教授が憲法・行政法の兩分野にわたり公にせられた著書・論文等は既に少なくないが、行政法にかんする教科書と目される著書のみをとりあげてみても、戦前の「行政法概論」に引續き、戦後、「行政法總論」(昭和廿五年・春秋社發行)、「行政法原論」(昭和廿七年・春秋社發行)および慶應義塾大學通信教育教材「行政法」(昭和廿五年―同廿七年)等があり、またここに「行政法總論」を公刊せられたわけである。

元來、行政法なる法分野はその對象の流動性に特色をゆうする。ことに、戦後のわが國のごとく行政制度の流轉きわまりなき時代にあつて、たとえ行政法學の基本原理が不動であつたとしても、各分野の理論構成乃至説明方法は、制度の變遷にしたがい、變更せざるをえない。このような事情の下において、つねに變遷する制度をおい、かつ、隨時あらわれきたる裁判例をも充分批判し乍らとりいられ、しかも、かわらざる教授獨自の基本理念にしたがいつつ執筆せられたものが、前述した一連の著書であり、また數多くの論文となつてあらわれているのである。

さて、教授の近著「行政法總論」において、現行制度の下、教授の學說が如何に展開されるかをのべよう。

著者の行政法學は「法律の優勝性」および「法律の留保」の二點より出發する。前者は、「行政權が發する法規命令は法律を破りえない」ことを意味し、後者は、「基本的人權その他憲法上法律の規定を要する事項は法律の委任がなければ命令を以て定めえない」ことを意味する。而して、この兩者が「法治行政」の特質を形成する。一方、著者はこの二原則をもとし、行政法學の各分野にわたり獨自の學說を展開されるのである。

本書の構成は序論・第一編基礎理論・第二編行政組織法の三よりなる。

序論においては、行政作用法・爭訟法・組織法の關係を論ずる。なお、この部分において、本書の舊版にも相當する「行政法原論」では、佛獨の行政法の發達、および、英米の行政法概觀の二項がそんじていた。しかし、本書では頁數の關係が省略せられた。この點惜しまれる。

第一編基礎理論の部は、さらに、七章にわけられ、この部分で、いわゆる、行政法總論が論述される。この總論的部分の章別よりすれば、前述「行政法原論」の第八章公物の公法的特色、第九章個人的公權の特色の二章が第一編より除かれた。しかし、その他については、ほぼ舊著の章別が踏襲されている。ただし、各章内の事項については、記述順序の變更・説明方法の改正・内容の加筆増加等あり、舊著にくらべ實質的内容は増大したとかがえられる。

つぎに、本編の章別にしたいが内容を概観しながら、著者がいかなる行政法體系を樹立されているかをのべる。もちろん、総合的古典なき行政法といえども、實定法秩序の一環を形成する。このため行政法の各分野は當然に憲法の支配下にぞくする。そこで、本書は第一章において「權力分立」の問題をとりあつかう。而して、この問題をあつかうにあたり、憲法に規定された法制度としての權力分立はいかなるものかがまずしめされ、ついで、この形式的意義の權力分立における、「三權はそれぞれ國會・内閣又は裁判所の組織法的特色によつてその本質が決定されるのみならず、憲法は三權相互の關係を規律するから、三權の性質上の差異が生ずる」とし、實質的意義の權力分立の問題を、立法・行政・司法の三項目にわけ論述する。まず、立法についてのべよう。著者は法規を一般的内容の規範と、具體的事件にかぎつて適用され、かつ、行政措置にかわる性質をもつ法規（國立學校設置法のごとき）に二分される。そして、この前者につき、さらに憲法一四條との關聯においてこれを分析し、「具體的な行政による人權の制限が一般的基準によることを必要ならしめ、又權力分立の原則も統治權の發動が國會と政府の協力によつてのみ行われることを要求するから、このような場合には一般的基準たる法規を定める立法が必要であつて、法律によりもつぱら具體的な法律關係を決定することはできない」と論ぜられ、憲法四一條の國會によつて制定される法律の形式をとる實質的立法の特質を右のごとく明示される。つぎに、實質的意義の行政にかんしては、まず、行政を人民にたいする關係において、權力關係・非權力關係にわけられ、これらと法律の留保ならびに法律の優勝性の關係

をのべ、行政の特質におよばれる。最後に、實質的意義の司法については、民事・刑事の訴訟がこれに該當するとされる。而して、行政事件訴訟も訴訟である以上、獨立の裁判所で處理されるを要するが、新憲法は特別裁判所の設置を禁止するゆえ、行政事件訴訟は通常の裁判所の權限となり、この意味で司法權にふくまれるとされ、行政事件訴訟についてもその本質をのべられる。

第二章行政廳の裁量　自由裁量と羈束裁量の區別等については學說のわかれるところであるが、裁量にかんし、著者はとくに明快なる理論を展開される。すなわち、この裁量の問題についても、本書は「法律の留保」と「法律の優勝性」の二原則を展開する。まず、法律の留保にぞくさぬ行政作用は原則として自由裁量である。ただし、例外として、法律の留保にぞくさぬ行政であつても、法律が特別にその要件をさだめるときは、法律の優勝性により行政權が拘束され、この法律要件に違反するときは違法となる。ゆえに、この場合の行政作用は羈束裁量となる。さらに、自由裁量の處分が裁量の限界をこえる場合は違法であるが、これは處分の基準が法規によつてあたえられるものでないから、羈束裁量でない。つぎに、法律の留保にぞくする行政は、法律の規定の態様いかんにかかわらず羈束裁量にぞくする。もつとも、行政權が人民の權利を侵す處分であつても、特殊の場合には、裁判所がその裁量の過誤を審査できず、このような場合には、自由裁量の處分と區別する實益がとぼしくなる。しかし、このような場合以外には、法律の留保にぞくする行政である以上、法文の規定が自由裁量處分をみとめるごときであつても、行政權は憲法の公共の福祉による拘束をうけるとし、これらの

關係をさらに警察權の限界にかんする理論に發展せしめて論ぜられる。なお、上述の例外とし、行政作用が法律の留保にぞくすると否とを問わず、直接の根據となる法律の規定により、當然に羈束裁量となる場合を、「法論理的意味の羈束裁量」となすけ、確認作用・公證・事實の認定における事實の錯誤の場合、および、法律要件にふくまれる不確定概念の解釋にさいし違法となる場合をあげられる。以上のごとく、本章の論述はきわめて特色のあるものであり、かつ隨所にきわめてすぐれた著者の分析力がしめされている。

第三章公法關係の特色 本章においては、行政上の法律關係のうちより、とくに、公法關係を區別する理由、および、公法關係の特色をのべ、さらに、行政事件を民事事件と比較することにより、公法關係の特質の所在を一層明瞭にされる。而して、この行政事件と民事事件の比較にさいし、まず、行政事件が行政事件訴訟特例法により、抗告訴訟と當事者訴訟にわけられ、さらにこれらの各々につき分析をなす。すなわち、抗告訴訟にあつては、その範圍の基準がしめされたのち、行政處分のおこなわれるにさきだち、その處分を命ずる給付判決または、處分にかわる形成判決は權力分立の原則に反するゆえみとめられない。さらに、行政廳に一定の處分をなす義務があり、または、拒否する權限のないことについて宣言的判決をもとめることは、權力分立の原則に反しないが、一定の場合のほか、原告に權利保護の利益なく、請求が棄却される結果になるとされ、メーデのため皇居外苑使用不許可處分の取消をもとめる訴のときは、「……特定の期日または期間を経過した後においても、取消判決によつて處分の違法性を確認する必要が考えられるほか、上

述の宣言的判決を求める法律上の利益があるものと解する」とされ、宣言的判決をみとめうべき場合を例示される。つぎに、當事者訴訟につき、これは抗告訴訟の處分の適法性を争うことを主眼とするのにたいし、權利の存否に重點をおくため、原告の權利保護を目的とするかぎり、事件の種類を問わず給付・確認・形成の訴訟にわたり、提起しうる。ただし、いわゆる、機關訴訟・民衆訴訟はその本質よりして、特別な法律の規定をまつて、はじめて適法に訴を提起しうるとされ、さらに、行政事件訴訟特例法はこの當事者訴訟につきほとんど規定をもうけていないため、問題の餘地が多いとされ、各問題點につき示唆にとむ解答をあたえられる。

第四章行政行為の公定力 本章では、まず、行政行為の意義・種類が説明され、ついで、行政行為の公定力と行政事件訴訟特例法の關係がとりあつかわれる。とくに、後者にかんし、「行政行為にあらわれる行政權の優越的意思は、行政廳の職權または裁判所の判決によらなければ、これを覆すことができない」という原則、および、この原則が出訴期間の制限と關聯して生ずる行政事件訴訟の特色をのべる。また、既判力發生後において、民事判決の既判力にたいし、行政事件の既判力の特色を權力分立等に關聯して論及される。さらに、本書は行政行為の瑕疵の問題を「行政行為の公定力の限界」となすけ、行政行為の不存在、無効、取消のおおの場合を行政訴訟に關聯づけて分析される。而して、このような無効原因と取消原因の探究後、行政處分の取消請求と無効確認請求の項をおき、兩者の區別の實益、各場合の立證責任の問題、および、訴提起のさいの兩者の豫備的併合乃至訴の變更についてのべられる。

## 第五章行政上の強制

行政上の強制は、さらに、行政上の強制執行と行政上の即時強制に大別される。この強制執行は、さらに、代執行・執行罰・直接強制・強制徴収に四分され、そのおのの意義・特色・手續・適用範圍・權利救済がのべられる。而して、これらのうち、とくに直接強制は人權尊重との關係を重視し、また、強制徴収では國稅徵收法が説明せられている。即時強制については、保安警察上の即時強制として警察官職務執行法を解説され、行政警察その他にかんする即時強制として傳染病豫防法等の各規定を例示される。而して、この項においても人權との關係が重視されているほか、即時強制にたいする司法官憲の令狀の必要の有無にかんしても意がくばられている。

## 第六章行政犯と行政罰

本章では、行政犯の意義、行政犯と刑事犯の區別の法理、行政犯の刑事犯への轉化が序としてのべられ、これらを前提とし、行政罰の手續法的特色・行政犯の實體法的特色がのべられているが、とくに、後者は行政犯の成立を刑事犯の成立と比較して綿密なる分析がなされている。

## 第七章行政上の損失補償と損害賠償

損失補償の問題は憲法二十九條に由來する。而して、同條三項は「私有財産に對する侵害が、特定の人又は特定範圍の人に對する個別的な負擔であり、かつ重大にして強度の侵害である場合に、公益と私益を調節する公平の原則によつて損失を補償する」ことを意味する。このため、現實に損失の補償がなされるためには特別の法律の根據を要し、もし、「正當の補償を與えないときは、違憲であるが、この場合にも被害者は法律の認めない損失補償を請求することができず、ただこのような行

政作用の取消を訴求し、損害賠償を求めるほかはない」とされ、現行法下の損失補償の特質をあきらかにされる。

損害賠償についても、憲法一七條は公權力の發動について民事責任をみとめるものでなく、特別の法律により賠償責任を規定した。すなわち、國家賠償法の制定により、はじめて、公法上の國家責任がみとめられるにいたつたとされ、公法上の賠償責任の成立につき、國家賠償法第一條を判例等をあげながら説明される。

つぎに、同法第四條にいう「……賠償責任について、前三條によるのほか、民法の規定による」の文言を、「公法上の損害賠償には民法を適用できないから、國家賠償法による國家責任のほかに直接民法にもとづく國家責任のあることを示すものと解さなければならぬ」とし、國家賠償法と民法の關係をあきらかにし、かつ、國家は公共團體にも私法上の賠償責任のあることを主張される。而して、この私法上の賠償責任は行政の非權力的な管理作用の場合成立するとし、これを非權力的行政における公務員の不法行為の場合、および公の營造物の設置、または管理に瑕疵のあつた場合にわけてのべられる。さらに、本章では賠償責任者決定のための特例、および、公法上の賠償責任と公務員の個人責任についても論及する。

以上が第一編の概要であり、また、本書の特色を形成するところかんがえられる部分である。

第二編では行政組織法をとりあつかう。この部分は一般に輕視されがちであつたが、本書はこの部分についても、なみなみならぬ苦心がはらわれており、また、量的にみても、第一編基礎理論とほぼ

同じ頁數が割當てられている。

第二編は第二章に大別され、第一章で國家行政組織が、第二章で地方公共團體の組織がとりあつかわれ、各章それぞれ、さらに、節にわけ記述せられている。

第一章國家行政組織 本章は、第一節を行政廳の意義及び權限とする。行政廳の意義につき、國家行政組織法がこれを規定するが、同法の適用をうけない行政廳、すなわち、他の組織法により行政廳とみるべき機關もあり、さらに、作用法上行政廳とみなければならぬ機關もある。このため、「行政法學では、國家行政組織法にいわゆる行政機關の語よりも、行政事件訴訟特別法における行政廳の語によつて説明するのが適當である」とし、さらに、行政事件訴訟特別法により行政廳の範圍を擴張される。つぎに、行政廳の構成にかんし、獨任制と合議制との長短を比較し、行政廳としては獨任制を原則とすべきであると論斷し、準司法權をゆうする機關乃至政治的中立性を要請される機關のみを例外とされる。つぎに、このような行政廳以外の機關におよぶが、ここにおいて、國家公安委員會と警察廳の關係にたいする疑問を解決される。

本節においては、この外、行政廳の代理・行政廳の權限の意義等にふれる。なお、後者で各種の行政廳にかんする設置法は行政機關の所掌事務の範圍、および、所掌事務遂行の手段としての權限が法律に従つて行使されるべきことを規定するとし、さらに、設置法と各種の作用法との法的關聯性を論ぜられる。

第二節行政廳相互の關係 この節では同一系統の上級廳が下級廳にたいしてくわえる機關監督を中心として記述されている。

最後に、第三節では現行の國家行政組織につき、中央行政廳および地方行政廳の二にわかれ、種類・權限等をのべ本章をおわる。

第二章地方公共團體 本章はさらに五節に分説される。

第一節を總説とし、地方自治の意義を論ずるが、意義につき、政治的・法律的の二つの意義をあげ、さらに、地方自治の根據は憲法にもとめうるが、憲法に具體的に規定されたもの以外の、包括的な課稅權・科罰權等がはたして地方自治の本質にぞくし法律によりても奪いえないや否やにつき疑問を示される。

つぎに、地方公共團體の事務の種類、團體の種類をのべ、次節にうつる。

第二節は「地方公共團體の區域及び住民」とする。本節では、住民の權利、とくに、直接請求權、および、地方選舉に重點がおかれている。

第三節地方議會 この節は、地方議會の議決權、および、その他の權限、議員の地位等よりなる。とくに、議員の地位については、議員にたいする懲罰に、戒告・陳謝・出席停止および除名の四種があり、除名議決は直接議員の資格剝奪の效果を生ずるゆえ、行政事件訴訟特別法にいう處分に該當する。したがつて、この限度で地方議會もまた行政廳にあたることせられる。

第四節普通地方公共團體の長 本節では、主として、地方公共團體の長の權限、および、長と地方公共團體の關係を中心として述べられ、最終の第五節で「その他の執行機關」につき選舉管理委員會、監査委員の二をとくにとりあげ論ぜられる。

以上で本書の概要記述をおわる。本書の特色は、本稿のはじめにものべたごとく、總論における法治行政の理論の展開、および、組織法分野の重視、さらに、全體をつうじ、行政事件訴訟との關聯性の強調にある。また、この比較的小冊子にもられた内容は、深い理論および莫大な現象の壓縮であり、實質の内容は、いわゆる大著にまさるとも劣らぬものである。

非常に簡單であり、かつ、紙面の關係もあり、本書の第二編にあまりふれることができなかった。また、淺學のため著者のすぐれた學說を充分に理解しえなかつた點も多々あるとおもう。この點、著者にふかくおわびせねばならぬ。おわりに、各論および爭訟法にかんする續刊が一日も早く公にせられることを、おねがいして、紹介の筆をおく。(有信堂發行・二二〇頁) (金子芳雄)

Wolfgang Mittermaier :

## Gefängniskunde

Ein Lehrbuch für Studium und Praxis,  
(1954) 221 S. Franz Vahlen Verlag.

ヴォルフガング・ミッテルマイエル著

## 『行 刑 學』

一

第一次世界大戰以前に、「行刑學入門」(一九二二年)を出したへ

紹介と批評

ルマン・クリークスマンが、呪わしい戦争の犠牲となつてからは、この方面の分野には、餘り目立つた著作は現われなかつた。もつとも完全に沈黙を守つていたわけではなく、大審院長官E・ブムケの手になる「ドイツ行刑制度教科書」が一九二八年に出ている。その後は、單行論文の形で各方面にすぐれた勞作が生まれていたけれども、ともかくも體系書という形ではめぼしいものは見當らなかつた。此の意味に於て、ここに新たにミッテルマイエルの新著を手にすることの出来たことは幸であつた。

著者は現にハイデルベルク大學に於て刑法、刑事訴訟法、刑事學を講じておられ、その作品は「全刑法雜誌」等の中にしばしば現われていることによつて、その存在が我々に知られている老大家である。

行刑學というものをとり立てて論じることが、彼と共に言うならば「今日若い法律家が、單に法典や刑法學の講義から得る貧弱な知識だけですまない爲には行刑制度というものの大要を是非とも學ばなければならぬ」からである(序文)。

刑罰の内容についての幾分か詳細な知識なくしては如何なる法律家も有效に刑法上の活動をなし得ない。「行刑制度に關する必要な知識を敢て傳へ、以つて實り多い刑事司法に奉仕する」ことが本書を公刊した著者の心意である。「司法官試験が行刑制度に一瞥を興えるという喜ばしい努力を助け、同時にすべての文化國の行刑制度に於て今日考察されているすべての根本的な諸變更を指示すること」にも著者は心掛けてゐる。本書は「まず第一に學生に捧げられるが、法律實務家、行刑官にもすべて同様に價值あるものを提供す