

Title	田上穰治著『全訂行政法總論』
Sub Title	J. Tagami "An introduction to the administrative law"
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1959
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.32, No.2/3 (1959. 3) ,p.137- 139
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=AN00224504-19590315-0137

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

『全訂 行政法總論』

著者、田上教授については、ここであえて紹介する必要はないとおもう。同教授は、憲法・行政法の分野において非常に数多くの勞作を世に問われている。本稿において紹介する全訂・行政法總論は、行政法の教科書として執筆されたものであるが、いわゆる新書版二四三頁という小冊子にもかかわらず、その内容は行政法總論でとりあつかうほどんどすべての重要問題をふくむ。さらに、問題の説明にあたって、多くの判例・學說の検討はもち論、隨所に独自の見解をしめされる。

なお、本書は舊著、行政法總論を訂正したもので、各篇各章の配列等は舊著と同様である。そして、行政組織法（第二編）は加筆訂正によつてゐるが、第一編・基礎理論はほとんど全面的にあらたに書下すという訂正方法を採用している。一方、訂正の内容は、文章の平易化・説明方法の變更、さらには、自説の修正等におよぶ。したがつて、舊著名により乍ら、實質的には、あらたに本書を著述せられたといえよう。

本稿は、右の事情を考慮し、とくに本書の第一編に重點をおいて、記述をすすめる。

★

第一章 權力の分立 一體、行政なる概念が立法・司法との關聯においてのみ決定しうる、ということとは多くの人のみとめるところである。したがつて、行政の概念・本質等は權力分立の説明より導かねばならない。本書もこの點、他書とおなじく權力分立よりはじまる。そして、通説のごとく形式的意義と實質的意義の權力分立を區別しながらその關聯性をも探究する。この點、本書はいう。「けれどもこのような權力分立（形式的意義の權力分立……筆者註）は、國の作用が性質又は目的によつて三種に區別されることと表裏の關係にある。國會・内閣及び裁判所にそなる組織法的特色は、それぞれの機關に本來歸屬すべき作用の本質を決定するのであつて、このような國の作用の性質による區別を、實質的意義の權力分立という。……さらに内閣の統轄の下にその權限の行使につき内閣が國會に對し連帶責任をおう行政機關は、民主政治を實施するのに適するから、行政機關に固有な作用としての實質的意義の行政は、法を手段として公益を實現することを目的とする作用と解される。」（一四頁・傍點筆者）權力分立に形式的・實質的區別のあることは誰もがいう。しかし、この兩者の關聯性を明確に論ずる書は少ない。この點、組織法的特色がその特色に合致した作用を形成すると説明する點、まさに卓見といわねばならない。なお、著者は行政の概念構成にあたり、いわゆる消極的（控除的）概念構成をさげ、行政に

積極的意味をもたせられること、右のごとくである。さらに、本書は、實質的意義の行政を説明するが、その説明は目的と性質の両面よりこれを見る。この點、舊著にはみられない説明方法である。權力分立について著者は、「行政法講座」(第一卷)および「憲法原論」に詳述されている。

第二章 行政廳の裁量

自由裁量と法規裁量の區別、これは行政法學の存するかぎりくりかえし論ぜられる問題であらう。わが國では、法文の字句に重きをおき兩者を區別しようとする見解と、法文の性質から兩者をわけようとする意見とが對立する。著者は後者の側にたたれる。舊著においては、オットオ・マイヤーのいう法治行政の原則たる、法律の留保・法律の優勝性の二原則に著目し、法律の留保を基準とし兩裁量を區別された。本書の場合は説明方法が舊著とことなる。まず、法規裁量につき、これが躡束處分とことなる點を、法律要件にふくまれる不確定概念の解釋・法律事實の認定の難易にもとめる。そして、法規裁量の場合不確定概念については、經驗的事實・状態にかんするものは經驗律を、價值概念にぞくするものは當該法律・憲法により客觀化された世界觀を解釋の基準にえらぶ。このように、一見、自由裁量たる感をいだかせる法規裁量の場合の基準を明示するとともに、「權力的行政における要件の補充と効果」とし、權力的行政は法律の留保と自由權の規定による制限をうけると論じ、公共の福祉と權力的行政の關係におよぶところは、本書のうちでも著者の面目をもつともよくあらわす部分であらう。

なお、裁量問題を論じ乍ら、裁量と訴訟との關係をもとりあつた

う。法規裁量と自由裁量の區別は訴訟を度外視してはあまり意味がない。この部分で、自由裁量の權限逾越と濫用は違法をみちびき、單純に自由裁量行爲の取消をもとめる訴は却下、裁量行爲の越權・濫用を主張する訴は違法でなければ棄却とされる。右の訴却下を主張される點、舊著以來ゆずれぬ見解であり、精密なる理論構成をうちに藏しているが、場合によつては、これにたいする異見もせんするところである。

このような記述の後、警察作用が典型的な法規裁量行政であることに著目し、警察權の一般の基準にかんする原則をのべ乍ら、裁量問題を具體的面より説明される。なお、警察權關係につき、著者は、名著「警察法(法律學全集)」を最近公にされた。初學者が本章を檢討するさい、この書をも併讀されれば益するところ大であらう。

第三章 公法關係の意義

本章において、公法關係と私法關係を區別する基礎を、まず、アリストテレスの正義の三分類にもとめる。このような理論的背景によりつつ、さらに、現實の制度としての兩者の區別を、憲法により客觀化された世界觀によるとし、「超個人主義的保守の世界觀の下では公法關係の優位となり、自由主義的世界觀の下では私法關係が廣く認められる。」(四八―九頁)と一般原則をのべる。しかる後、各種公法關係をのべ乍ら、とくに公法關係における司法審査の限界を強調される點、裁判規範的(民商法的)行政法の傾向をとりがちな今日、おおいに注目すべき態度である。

本章は、このほか、「行政事件と民事事件の區別」をのべる。最近の多くの行政法教科書は、行政争訟の章をその總論のうちにおき、

しかも、この部分を重視している。しかし、本書は總論中に行政訴訟の章をとくに設けず、これについては本書第二巻にゆずられている——本書・はしがき参照——。本書はこのように、行政訴訟にかんする系統的記述をかいているが、行政訴訟にかんする重要問題・根本問題は隨所に論ぜられている。たとえば、本章のこの部分においても、抗告訴訟として、取消・無効確認訴訟・拒否處分にかんする訴訟が、さらに、當事者訴訟・機關訴訟・民衆訴訟が相當詳しくのべられている。そして、行政事件にかんする判例にたいし鋭い批判をあたえられることの多い著者の見解は注意をひく。

第四章 行政行爲の公定力 本章は一般に行政行爲の意義・種類、行政行爲の附款・行政行爲の瑕疵（無効原因と取消原因）等として論ぜられている部分である。これ等がとくに私法上の法律行爲とことなる點は、行政行爲に公定力のあるために外ならない。このため、これ等を「行政行爲の公定力」として本章にあつめられたのであろう。

なお、本章にも、前述のごとき、行政訴訟關係の項目がのべられている。すなわち、「行政行爲の公定力と行特法」「行政處分の取消請求と無効確認請求」。

このほか、本書は、第五章・行政上の強制、第六章・行政犯と行政罰、第七章・行政上の損失補償と損害賠償、の章を設け、第一編・基礎理論をおわる。これ等の章においても、著者のすぐれた見解が隨所にあらわれているが、これ等のうちから一つ、國家賠償關係で、公務員の被害者にたいする直接の責任を否認する判例（最高

裁・昭和三〇・四・一九判決）に反對し、公務員の個人責任をみとめられる點を指摘し、その他については省略する。

★

本書は右にのべたごとく、著者のすぐれた見解を多くふくみ、きわめて特色ある著述である。また、この小冊子に最大限の内容をもちこみ、しかも、程度の高い教科書としての本書は、行政法に關心をよせられる諸氏の必讀の書と考える。これが、著者、田上先生に教えを乞うている身をかえりみず非禮な紹介の筆をとつた理由である。最後に、本書にひきつづき、行政作用法と行政訴訟法の書をおわれわれに示される日の一日も早きことをお願いして筆をおく。

（有信堂發行、昭和三三年）

（金子芳雄）

中村菊男著

『伊藤博文』

一

ここに紹介する本書は時事通信社で刊行中の「三代宰相列傳」（全十七卷）の一冊として書かれたものである。「三代宰相列傳」は明治・大正・昭和の三代にわたるわが國の總理大臣のうち十八人