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

Title	綿貫芳源著『行政法概論』
Sub Title	Y. Watanuki : Principles of administrative law
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.9 (1961. 9) ,p.77- 83
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=AN00224504-19610915-0077

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.

綿貫芳源著

『行政法概論』

ここに紹介する「行政法概論」の著者、綿貫芳源氏は、東京教育大學教授にして、英米法的見地より行政法を研究せられる篤學の士である。教授は、昭和一八年大學を卒業されてのち、昭和二四年に「英國地方制度論」を公にされている。英米法的制度の續々と移入せられた當時、この書は、地方制度をとおして、英國行政法を理解するうえに、非常な參考となつたものとおもう。その後、教授は、英米法を大陸法と比較するなど、多方面より英米公法の研究に精進されてきた。このような學問的經歴をもたれる著者の執筆になる本書は、從來の大陸、とくに、獨逸法的思想を背景とする教科書にたいし、著しい特色をもつであろうことは、想像にかたくない。このため、本書の發行された當時、筆者は一讀、非常な興味をおぼえ、いつの日か再讀を期してきた。幸に、機會をえ、この書を本誌上に紹介しうることは、時期やや遲れたりとの感あるも、筆者の大いによろこびとするところである。

さて、この書の構成は、四篇一八章よりなり、計三六八頁の間に、總論・各論のすべてを網羅する。そして、各章の配列はおおむね通説的順序をとる。このように、構成を從來の型にしたがいながら、その内容を英米法的なものとせんとする點、著者の苦心のそんするところであろう。

本書は、右のごとくぼう大なる内容をもつ。このため、本來、各章ごとに紹介の筆をすすめるべきところ、かかる企ては、かぎられた紙面において不可能となざるをえない。したがつて、以下、筆者において興味をおぼえた部分をえらび、私見をのべつつ、本書の概要を記述する。

第一章は、行政の意義と題し、多くの他書にみられるごとく、權力分立との關連において行政の意義を把握せんとする。この點につき、著者は、英米法的見地より、如何なる見解をしめされるか。

著者は、「我が國では通常近代憲法に共通する基本原理の如く說かれている三權分立制も必ずしも普遍妥當性をもつているわけではない。」（五頁）と斷じ、大陸法系の獨・佛兩國にこれをみとめながら、英國においてはダイシーの說を引用し、行政權は國會主權の中に埋沒しその獨立性はみとめられず、また、米國においては、各權力は抑制と均衡の狀態にあつて三權分立制とすることは必ずしも正確といえぬとされる。そして、英米法系の國においては、行政の意義を權力分立論より明かにすることはできない。行政の意義は、今日のごとく行政を必要ならしめた、社會的・歷史的理由を明かにしてのみ、これを確定しうるといい、英國に例をとり、近代行政の特色をのべる。そして、行政は、「公衆の權利利益を守り、人民の生活の維持向上という積極的内容をもつ」（七頁）が、憲法・法律・司法裁判所の審査に拘束されるという。

本書はこのような英米法の檢討をへてのち、わが現行法制にたいする、著者の解釋をのべる。この解釋は、英米法的見地にたつものであり、現在の通說にたいし、かなりの特異性をもつ。たとえば、「（通說の實質的意義の行政が内閣にぞくするとの說にたいし……筆者註）併しかかる解釋は英米法系憲法に屬する現行憲法に對して大陸法系憲法の理論を適用したもので、正しい解釋とは思われない。私の解釋によれば、我が國で通常行政とされる内容には單に法の執行に過ぎないものと積極的に公衆の權利利益の增進を目的とするものとが含まれている。……本來内閣が擔當することが豫定されている行政とは國會が制定した法律で内閣にその執行を委任した範圍における法の執行を指すに過ぎないと解すべきで、通說の如くあらゆる行政全體について憲法上當然内閣が責任を負うと解すべきでない。」（一二頁）といわれる。もち論、かく解さんとする著者の眞意は、理解できないわけでないが、著者の例示される行政委員會は

法的にみて誰にたいし責任をおうのか。また、内閣を英國における内閣發生史的に、國會の一常任委員會にすぎぬとみることは、各種行政委員會も國會における常任委員會的性格をもつことになりはしないか。ここらに、國會と内閣の關係を英國と同一に解するとしても、現行憲法下における司法制度は、英國のそれと同一とみることができない。もし、司法を米國的に解するならば、果して、相互に矛盾が生じないであろうか。世は英米法系というも、憲法につき兩者差異のそんする以上、英米法系のゆえに、英國的に、あるいは、米國的に解してよいのであろうか。現行日本國憲法の解釋は、舊憲法にくらべ英米的考え方が參考になるといいえても、英米の考え方をそのまま移入しうるか、この點、若干の疑問をさしはさむ。

つぎに、行政法の法源（第一篇第三章）における不文法源につき、筆者は、綿貫教授と若干異つた見解をとる。本書は判例法につき「最高裁判所が類似の事件について幾度も同樣な内容の判決を繰返えすことにより判例として確立するに至れば、それによつて制定法を變更することも不可能でない。……勿論最高裁判所の判例も變更不可能ではない。併し最高裁判所は從來の判例を改めるに當り愼重な態度を採りその變更について要件を嚴格にしていること（裁判所法一〇條三號）は判例の法源性を或程度保障しているといえよう。」（二七頁）とのべる。法とは一般的拘束力をもつ。これにたいし、判例は個別的拘束力のみをゆうするといわれている。そして、判例が判例法となる、換言すれば、同一種類の事件につき同一性質の判決が繰返し下されるとき、かかる判決は將來發生する同種事件をも拘束するにいたり、法となるといわれている。もち論、正當なる判例は（必ずしも最高裁判例にかぎらず下級裁判例についても）、以後の同種事件につき同樣の判例をみちびく結果となろう。しかし、これは判例の正當性にもとづく事實上の拘束力であつて、判例法としての法的拘束力でないのではなかろうか。したがつて、判例と判例法とは區別すべきもの、そして、後者のみ法源となりうるものと考えたい。

つぎに、慣習法にかんし、「一定の事實たる慣習とこれを支える法的確信がある場合にこれ（慣習法…筆者註）を認めんとする見解が有力である。私も制定法上何ら定めのない場合、このような要件の具つた慣習については法的効力を認むべきものと思う。併しこのような慣習法はあくまで司法裁判所によつて認められることによつて法律上の効力を取得するものであるから、慣習法も廣い意味で判例法に加うべきかもしれない。」（二七頁）とのべる。もち論、本引用における前段については異論がない。ただ、右の引用において、法的効力と法律上の効力とは、その意味に若干の差異をもたせて表現されているとおもわれる。しかし、かかる差異を右の文より判斷しがたきため、以下の記述は、著者の意とするところを曲解した結

果となるかもしれないが、はたして、慣習法は司法裁判所によりみとめられたときにかぎり、法律上の効力（著者のいう）を取得するのであろうか。もち論、慣習法にかんする爭あれば、司法裁判所がこれを審査する。しかし、たとえば行政廳が慣習法にしたがい行動し、しかも爭なき場合、慣習法に法律上の効力生ぜぬとすれば、かかる行爲の効力は發生しないのであろうか。また効力生ずるとせば、如何なる根據により効力が發生するのであろうか。慣習にたいし一定の法的確信の生ずるとき、慣習は法となり（前掲引用文前段參照）、あえて司法裁判所の判斷をようしない。そして、慣習法は廣い意味の判例法ではなく、判例法こそ廣い意味の慣習法（美濃部達吉・法の本質・二〇〇頁以下、田中耕太郎・法律學概論・二九〇頁以下）といいえないであろうか。

本書第二篇行政法通則は、行政作用法通則を中心とする。したがつて、本書における最重要部分であるとともに、大陸法系と英米法系の考え方の差異を最も顯著にあらわす部分である。このため、英米法的考え方を展開される著者が、如何なる解明をされるか、大變興味深い部分である。

さて、本篇において、筆者の注意をひいた第一點は、特別權力關係にたいする著者の見解である。すなわち、「私は用語の當否は別問題として一般權力關係と異なる特別權力關係の存在そのものを認める點において多數說を正當と考える。併しその根據、範圍及び特別權力關係によつて利益を侵害された者の救濟手續等については贅成することはできない」（四六頁）という。そして、通說の特別權力關係における懲戒權の發動は一定限界内にあるかぎり、原則として司法救濟をもとめられないとする點に反對される。すなわち、懲戒權の發動については、自由裁量の範圍を廣く解すべきも、懲戒處分の内容が輕微なものであつても、懲戒手續が行政手續としての要件を具備せず、あるいは、恣意的權力の行使がふくまれている場合、司法救濟をみとめるべしといわれる。本書は概說書であるから、これ等の具體的場合は、通說にいう自由裁量の限界と如何にことなるか、詳しくのべられていない。しかし、右說は注目すべきものとおもう。

行政行爲についても、著者は、注目すべき意見をのべる。

まず、著者は、舊憲法と現行憲法との間に基本的構造に大きな變化があるにかかわらず、行政行爲關係の學說・判例はほとんど變化をみせていない。かかる狀態のそんする根本的理由は、行政事件訴訟特例法の存在による。また、最近における行政行爲の概念にかんする通說判例は、「行政廳が、具體的事實について、公權力の行使として、何が法であるかを宣言する行爲」と狹く解する。そして、かく狹く解することは、舊憲法下において、司法裁判所の審理權の

範圍を擴大し、人民の權利利益の救濟を計ることとなるゆえ、大いに意義のあることであつた。しかし、現行法制下において、行政廳の行爲により、個人の權利・利益が侵害された場合、司法手續によりその救濟をもとめうるから、從來の學說のごとく行政行爲の概念を狹く解さねばならない重要な理由の一はそんしなくなつた。したがつて、行政行爲の概念を再檢討する必要がある、とされる。行政行爲の概念が次第に狹く解されてきたのは、理論的にみて、行政行爲と他の行爲とを明確に區別せんとする企圖、換言すれば、他の行爲にみられない特色をもつたもののみを、行政行爲となづけ、他の行爲と區別せんとする點にある。したがつて、理論的にみるかぎり、現行憲法下において行政廳における公權力行使のそんする以上、これを行政行爲とよぶことは正當である。しかし、このことは、現在行政行爲とよばれ、公權力行使とされるものが、他と訴訟等の取扱いにおいてことなるをようし、若し、かかる差異がみとめられなくなれば、現在の行政行爲の概念は、他と區別する實益なき概念となる。著者は、行政行爲の概念をかかる根本にさかのぼり、再檢討されんとする。したがつて、行政行爲にかんする著者の見解は、とくに注意すべきものとおもう。

さて、著者は、現行憲法下において行政行爲は立法機關及び司法機關の行爲と對立する行政機關の行爲と解すべきでなく、立法手續及び司法手續に準ずる新しい手續としての行政手續と理解すべきである、といわれる。このような見解の根底には、前述の、權力分立制にたいする批判がそんする。そして、かかる行政手續は、行政機關の一切の行爲を意味するごとく推察される。なお、かく行政行爲を解すると、行政行爲のうちに、國家の私法行爲もふくまれ、かかる行爲が、行政事件訴訟特例法に規定された諸種の制限にふくする反面、著者の指摘されるごとき、契約自由の原則の下で行政廳の自由に委ねられていた事項が訴訟の對象となる。

さて、行政行爲を右のごとく解する場合、準司法手續とは、行政機關の前審手續という意味で準司法手續なりや、あるいは、行政處分等が爭訟解決形式、換言すれば、處分等が裁判類似の手續でおこなわれるゆえ準司法手續なりや、また、この兩者を兼備しているものなりや、必ずしも明らかでないが、著者は多分第二の場合の意に用いられているとおもう。もち論、國民の權利保護という觀點にたてば、行政行爲のすべてを、かかる方式でおこなうことは理想である。しかし、現實論として、若干の疑問がないわけではない。

つぎに、行政行爲中多くの人々により論爭される覇束と裁量につき、著者は如何なる見解をしめすか。この點、行政行爲の主體及び手續について法定手續要件を具備した行政手續が整備されているか否かに、區別の基準をもとめられる。本書は、その性質上、如何な

る場合が法定手續要件を具備した行政手續であるか、詳細にのべられていない。ただし、「普通の行政機關の行政行爲」（七一頁以下）と稱する項目において、公正取引委員會の審査手續のごとく、その手續等がきわめて整備されている場合はもち論、營業免許の取消、停止の場合にみられる公開の聽聞制度がそんし、かかる聽聞が公正に行われ、實質的にみて相手方の權利を侵害するものでないかぎり、法定手續要件を充足したもので、裁量行爲にぞくす、といわれる。かく、裁量と羈束を區別することは、一つの見解とし、尊重すべきものとおもう。しかし、著者のいわれる裁量なり、羈束なりの概念は、從來いわれてきたところのそれと根本的にことなるようである。詳言すれば、從來の考え方は、法が行政廳に處分選擇の自由をあたえているゆえ、裁判所は、行政廳のなした處分の是非を論じえないにたいし、著者は、法定手續要件の具備のさい、裁判所の審査の必要はない、すなわち、裁判所で審査しない（あるいは、できない）ものが裁量であると。要するに、從來の結果が、著者の前提に該當する。また、かく裁量を解すると、從來の裁量がみとめられる場合にくらべ、裁量の範圍が擴大されるごとく感ぜられる。この點は、現在の大陸諸國が裁量の範圍を限定せんとするにたいし、英米兩國の場合、裁量の範圍を擴大せんとする傾向のあることに由來するであろうか。

その他、本書は、從來の、行政上の强制、行政罰、訴願手續を行政手續という章の下で論じ、行政上の損害賠償および損失補償、行政事件訴訟を司法的救濟手續の章で取扱う。そして、この章において、特別の司法的救濟手續とし、人身保護命令、職務執行命令、確認訴訟（宣言的判決）、差止命令を取上げられる點、たとえ論ずる紙面が少いにせよ、大變興味深い。

本書は、この外、行政組織法、行政作用法各論につきのべているが、これ等についての著者の見解を紹介することは省略し、本書全般にかんする筆者の讀後感をのべる。

著者、綿貫教授は、多年の研究の成果たる英米法的思考を基礎とし、行政法の新體系樹立を意圖されている。そして、かかる意圖は、現實に、本書各篇各章に、通說とはことなる著者の見解としてあらわれている。

しかし、本書には、行政法の新體系樹立という企圖にたいし、教科書としての制約がくわわる。したがつて、從來の體系なり思考方法にある程度その妥協を餘儀なくされ、あるいは、紙面の關係で著者の見解を十分展開しえない場合も多くそんした。このことは、著者についてはもち論、讀者にとつても不幸である。必ず、近き將來において、論文等により、論じたりないと思われる部分の見解を詳細にわたり、公にされんことを著者にお願いする。

さて、著者が本書においてしめされる見解の特色は如何なるものか。まず、行政の概念が從來のそれとことなる。一般に、行政は權力分立との關係で、これを理解する、換言すれば、立法・司法・行政の各々の對立關係において、これを理解すべしといわれている。これにたいし、著者は、從來のごとき權力分立を否定されるようである。

このような行政概念の差異にともない、行政行爲についても、從來のそれとことなる見解をしめされる。行政行爲とは、著者によると、統治行爲、準立法行爲、準司法行爲、執行行爲であり、その内、準立法、準司法の兩行爲がとくに行政法研究の中心となるようである。そして、準司法行爲において、法定手續要件なる概念を重視する。これは、英國でいうナチュラル・ジャスティス、あるいは、米國のフェア・プレイの原則に該當する。

要するに、著者の見解は、わが國法制のごとく、大陸的と英米的法制の混合する狀態において、そのすべてがただちに妥當するとはいいえない。しかし、著者の見解は、行政法研究のため、諸種の新しい問題を提供するとともに、從來の考え方を反省するうえにも非常な參考となる。異色的な興味ある書とし、多くの人々の御一讀をおすすめするとともに、日頃親しき御教授に甘え、暴言をあえて書きつらねたことを、著者におわびして筆をおく。（有信堂發行　六二〇圓）

（金子芳雄）

勞働運動史研究會編『新紀元』

一　明治期の社會運動・思想に關する研究は戰後急速なたかまりをみせてきたが、社會主義團體の發行した機關紙の原典はほとんど一般には手に入らないという狀態であつた。こうしたときに服部之總・小西四郎監修による『週刊平民新聞』（全四册）の復刻をみたのは（昭和二八年一二月から昭和三三年三月）研究者にとつては一條の光明であつた。その後ひきつづき社會主義史料の復刻刊行が期待されていたが、この計畫は『週刊平民新聞』の刊行だけでおわつてしまつた。昨年、勞働運動史研究會が「明治社會主義史料」として明治後期におけるわが國社會主義運動の機關紙のうち、もつとも重要なもの一〇點をえらんで逐次復刻刊行するという計畫を發表した。昨年一〇月その第一集として週刊新聞『直言』をだし、一二月には第二集『光』を刊行し、本年に入りここに紹介する『新紀元』を第三集として三月末に世に送るにいたつた。服部・小西監修による『週刊平民新聞』と勞働運動史研究會編による社會主義史料のち