

柳瀬良幹著

『行政法の基礎理論』(一)(二)

田 上 穰 治

本書は東北帝國大學の長友柳瀬教授が昭和八年以來發表された行政法の論文を蒐録されたもので、第一卷に四編、第二卷に八編を収めてある。何れも行政法學の研究にとつて貴重な勞作であり、これを簡単に紹介することは不可能であるけれども以下に掲載された順を逐つてその要旨を摘記する。

「行政法の編別に就て」(三頁上) 教授は法律學の知識が實定法規を整頓し彙類觀察して始めて生ずるものであり、行政法の編別すなはち實定行政法規の排列の問題は行政法學の任務と對象の反省によつて決定さるべきものとして、これを單に行政法敘述の形式の問題に過ぎずとする態度に反對される。かくの如

く行政法學の知識が實定行政法規の内容に關するもので、その前提する行政作用そのものを直接の對象とせざる結果、行政作用の實質又は目的による行政學的體系が斥けられ、作用の法律的性質を標準とするマイヤーの法律學的方法が一應是認される。けれども行政組織及び行政争訟の法系はその性質上これに包含されず、又行政作用一般殊に行政行爲論は敘述と研究の經濟上から獨立の法系たらしむるを便宜とし、結局先づ行政組織論・行政作用論・行政争訟論に大別し、所謂各論は作用論の各論の地位におくのが適當とされる。

「平等の原則に就て」(四三頁上) この原則は元來神の前に於ける平等を世俗化せるもので、それが米國諸州の憲法及びその後の諸國の憲法に於いて實定法化されてその意味を變じ、當初は人類一般に適用されたのが自國民に限られ、又國家權力の一切の發現に對する保障から専ら執行權に對する保障に限られるに至つた。然るにワイマール憲法の解釋につき政情の動搖と混亂から再び新自然法論乃至法理想主義が現はれて、從來の法實證主義の立場に對立し、立法權に對しても身分による差別或は

正當の理由なき差別の立法を禁止する超實定的法原理が主張される。次に平等の意義につき、教授は絶対的平等説を斥けて相對的平等説を採られる。前者は一切の人を一切の點に於いて均等に扱ふもので、人が天性均等に非ざる以上法の使命を没却するものであり、後者は法律上の所遇と事實上の事情の關係が正法又は正義の標準に適合すべきものとするもので、上述の如き超實定的な自然法を前提とする。けれども自然法的な正義はすべての國の作用の究極の目標であり、そして具體の場合に於ける正義の内容の認定權が法秩序の段階に於ける上位の立法者にあると考へられるから、平等の原則が立法に對してもつ意味は立法が憲法に従ふべきことに過ぎず、カール・シュミットが主張する個別的立法の禁止は平等の原則よりも寧ろ權力分立より理由づけられる。更に平等の原則が行政に對してもつ意味は、第一に命令が處分に先行すべく命令の内容が一般抽象的たるべしとするにあるが、個別的處分が必ずしも當然に不平等ではないから、その限度では法治主義を以ても説明される。第二に行政機關が法規執行の義務を負ひ、その結果一般的義務を特定人に對して免除し或は特定人に特別の權利を設定し義務を課するを得ずとすることも亦、法律の優位及び法律の留保の法理によつて説明されるところに過ぎない。ただ第三に自由裁量の範圍内

で、法の拘束なきに拘はず事實上並に法律上の事情同じき者に對して均等の取扱すなはち正義に適合すべきことが要求され、この單純な便宜の原則たる公益原則を法律上の原則としこれに違反する處分を違法ならしむることに、實定法上の平等の原則が獨立の原理たる唯一の意義を認められる。要するに法實證主義に立つ教授に従へば、從來の獨逸の學説がワイマール憲法第一〇九條を無用の規定とせるのと同様の結論に到達するのである。

「自由裁量に關する疑問」(二七三頁—二八四頁) 自由裁量處分と羈束處分の區別につき、法が處分の要件として掲げる目的の性質による學説と専ら處分自身の性質による學説があるが、教授の立場は後の學説に多くの疑問を抱かしめ、殊にこの區別が行政裁判所の權限につき實益ある結果、その權限に屬せざる處分と自由裁量の處分を混同する處あることを指摘される。教授によれば處分を拘束する法には成文法及び慣習法の他に條理法が含まれる。これは法實證主義と矛盾するやうであるが、この條理法は制定法の文言の背後に密着してゐる立法者の默示の意思(一八)に他ならない。次にかかる法の拘束につき、法の規定が處分の要件及び内容を一義的に限定する場合は明かに羈束處分であり又法律の授權なき限り法律の留保の範圍外に於いても處分は不

可能であるから問題を生ぜざるものと解され、結局處分の要件・内容及び處分を行ふべきや否の三點の中で第一點及び第二點に全然規定をおかず或は規定が不確定概念を以て指定される場合を検討される。先づ實定法を重視される織田博士その他が法の規定なき場合を自由裁量とし、又法の掲ぐる要件の存在する場合に必ず法の定むる處分を爲すを要する主張に賛成され、ただ不確定概念による指定の中で所謂終局目的を掲ぐるに止まる場合を自由裁量とするのに反対し、終局目的と中間目的の差異は程度の問題に止まり共に羈束處分たるものと解される。次に處分が人民の權利を侵し義務を命ずるや否により自由裁量なりや否を區別する學說に對しては、行政訴訟の提起に關して權利毀損と處分の違法が別個の要件たることを看過せる疑ありとし、又權利を侵し義務を命ずる處分が公益上必要なる場合に限り且つ公益上必要なる限度に止まるを要する旨の條理法はその存在につき疑あるのみならず、假にこれを肯定するも公益上必要ある場合に必ず處分をなすべく且つその處分が必ず公益上必要なる限度に及ぶべきことを意味せざる限り、それは裁量權の限界に止まり自由裁量たることを否定するものに非ずとして反對される。

「公法上に於ける契約の可能及不自由」(二七九頁) 先づ契

書 評

約の兩當事者が法律上對等の決定權を有すべきことは現在の私法が契約に拘束力を認める所以が當事者の自由意思の決定により當該效果の招來を欲するにある爲であり、従つてそれは私法が契約自由を認めた偶然の結果であるから、契約の不自由を原則とする公法では格別顧慮する必要なしとされる。次に公法上に於ける契約の可能を理論上認むべきものとされ、ブルクハルトが公法の強行性を以て契約を不可能とするに對しては、強行法は自由裁量の限界を定めるが必ずしもその限界内にて當事者の選擇の自由を否定するものに非ずとする。又マイヤーが公法上の契約を解して法律の留保の範圍で缺けたる法律の授權を當事者の同意を以て補充するものに他ならず、その同意は契約の申込又は承諾の如き直接法律效果を發生せしむる爲のものでなく、行政權に對する憲法上の制限を除去し行政行爲を適法ならしむるものに過ぎずとするに對しては、立法者としての國家意思の一般的優越性から直に行政者としての國の行政行爲の優越性を即斷せるもので、行政行爲により人民を一方的に拘束する力は特に法律の認めたる範圍に限るべく、その以外では行政者たる國家が人民と對等の地位にあるとされる。更に公法上では契約は自由ならずと論じ、その理由として第一に法律の留保の範圍でも相手方たる人民の同意を以て法律の授權に代ふるを得

るものとするマイヤーの説に反対し、この同意と立法に對する協賛が性質を異にするのみならず、人民の同意が有效なる爲には豫め法律上その効果の發生が許容されることを要すとされ、第二に法律の留保以外の場合にも行政權が人民との間に法律關係を形成し得るのは法律の明示の授權ある場合に限りとする。なほこの最後の點は反對説に於いても人民に對し權利を設定し或は權利・自由の制限を撤去する行爲が必ずしも行政權の自由に屬するものとせざるに徴しても明かだ、教授はこれを法治主義の當然の歸結とされる。

「先決問題の觀念」(四〇頁) ここでは先決問題の審理權の有無が本案に關する司法裁判所の權限の問題と異ることを指摘される。前者は請求が理由ありや否の問題に屬し、後者は訴訟が適法なりや否に關する。訴訟の迂回すなはち假裝的民事事件に於いてそれが先決問題たる行政處分の適法性又は行政法關係の存否を争ふものとして却下せる判決は誤であつて、訴訟が適法すなはち民事裁判所の權限に屬するや否は専ら本案の性質によつて定まる。次に先決問題の取扱につき、第一に先決問題が起るときは本案についても無權限となり訴訟を却下すべしとする制度は右の如く不合理である。第二に、佛法の官吏の憲法的保障に於ける如く、行政權の許可が訴を適法ならしむるに止まり、許

可あるときは先決問題についても本案の裁判所が自由に判斷出来る制度もある。第三に我が河川法(六一條)の如く行政裁判が本案の訴訟の適法要件たると同時に先決問題の判斷につき本案裁判所を拘束するものがあり、第四に佛法に於ける如く、民事裁判所は本案を適法に受理するが、先決問題の審理については無權限であつて行政裁判に拘束されるものとする制度がある。第五に獨法及び我が行政裁判法(三九條)の前提する如く、本案を管轄する民事裁判所が先決問題の審理權をも有する制度がある。最後の場合に於いても先決問題につき行政權の決定が既に存在するときは民事裁判所は當然に制約されるが、その先決問題の審理は本案判決の理由として爲されるのに過ぎず判決の既判力はこれに及ばないから、權力分立の理論に反するものではない。

「司法裁判所の先決問題審理權」(七八頁) ここでは先決問題につき行政廳の決定が存在する場合、すなはち先決問題が行政行爲たるか或は先決問題たる事項につき行政裁判が下された場合を論ずる。蓋し先決問題の對象が行政機關の事實作用たるとき又は行政機關の作用以外の事實たるときと異り、行政廳の判斷が司法裁判所を拘束するか否の問題があるからである。但し先決問題の内容がただ行政行爲の存否にある場合は、それ

が存在する以上内容に立入つて審理するを得ず又審理の要なきはいふまでもないから、問題は主として先決問題の内容が行政行爲の内容にある場合に限られる。第一にこの場合に司法裁判所に審理権なきこと、すなはち行政行爲の確定効果を認める根拠は、確定力の法理ではなく機關の権限の分立より生ずる機關の相互拘束の原則とする。第二に無効なる行政行爲に確定効果なしとするに反對され、司法裁判所が自己の判断を以てこれを無効とすることは、有效要件の存否に關する行政廳の認定を覆すものであり、且つこれによつて從來有效として通用せる行政行爲の通用力を失はしむるもので單なる確認ではないから、司法と行政の間の權力分立に牴觸するとされる。

「道路隣地者の求償權」(七九頁) 道路に隣接せる土地の所有者が道路の廢止又は變更に當り道路主體に對して損害の填補を要求し得ることは獨逸の判例の認める所であるが、その根據に關して或は私法の相隣權の規定を適用し、或は默示の地役權設定契約若くは特別の保障契約ありとし、或は法定地役權ありとするのは何れも誤であつて、道路主體の行爲は不法行爲でなく、隣地者の道路利用の權能は自由使用に屬して特別の權利ではなく、又單純なる私法關係でもない。マイヤーは公法上の損失補償の理論を以てこれを説明し、國家權力が個人に特別の損

失を加へたる場合にこれを補償することが特別負擔を一般負擔に轉化して不公平を除くものといふ。けれどもこの點に關し獨逸には各邦の特別なる法律の他には一般的な實定法なく又正義及び公平の要求は當然には實定法たる效力がないから、一般には隣地者の求償權を否定する他なしとされる。なほ我が實定法ではこれを認むる規定なく、又行政裁判法(條一六)により判例も期待出来ないから、立法論の他には問題たり得ないとする。

「既得權の理論」(二七一頁) 個人の既得權が國權を以て侵すを得ず、特別の事情によりこれを侵したるとき常に違法として國家の責任を生ずるものとするのは、夙にローマ法の解釋に於いて中世グロサトルが主張し、近世自然法を通じて前世紀に至りしもので、その間の學說を紹介される。次に教授は第一に既得權とその他の權利の區別を否定する。この區別は既得權の基礎たる特別の取得原因に求められるが、すべて權利は法及び一定の要件に基づくもので、國家との契約に基づく權利、個人の意思行爲に基づく權利或は法との間に何等かの要件の介在する權利のみを既得權とし、殊に直接法の與ふる權利を既得權に非ずとするのは、何れも格別の理由がないと斷ずる。第二に既得權不可侵の原則の根據は、權利の保護を國家の最高の任務とし、或は人の人たる生存を全くする爲に不可缺の權利なる

爲とし、或は國家と無關係なる國家以外の權利なる爲とする等、何れも自然法的色彩をもつもので、教授はこれに反對し、國家を離れては法もなく權利もなしとされる。第三に既得權の理論は公益と私權との避くべからざる衝突を國家の自存權又は緊急權に求めるが、これに對しても反對され、國權萬能の時代では法律又は法律に基づく行政に對してその獨立の存在を主張し得べき權利なきことを指摘する。

「警察の觀念」(二七三頁) 警察の觀念は近世に至つて制限を加へられた。この中で司法・外政・軍政・財政がこれから分離せることは警察の内容の減縮に過ぎないが、この觀念を保安目的の作用に限定せることは同時に國家の作用自體の減縮を意味し A.L.R. の警察の職務に關する規定も福利警察の存在を否認するものであつた。けれどもかかる警察觀念は啓蒙的自然法思想に基づく國家目的限定の歴史的所産に他ならず、現代の實定法萬能の下ではその本來の意義を失つてただ特別の授權なき限り警察が保安目的に限定されることに止まり、特別の授權による強制作用を警察の觀念より除外する理由がない。我が行政警察規則の規定もかかる特別の授權を禁止する力なく、警察の觀念は我が法制でも保安目的に限定されないと解される。

「警察權の限界」(二〇三頁) 警察權の根據が明文の法規に

あり、又警察の觀念が實定法により定められるのに反して、警察權の限界は條理又は理法によるといはれるから、別個の議論なることを指摘し、自然法的警察論が保安目的の範圍内で國家は當然に命令強制を行ひ得るものとしてこれ等の問題を混同することに反對される。次にマイヤーが警察權の限界を自然法的思想に基づく各人の先天的義務の觀念に求めたことに反對され、國民の警察義務或は自由はすべて國の實定法の所産であり、所謂先天的義務と雖も實定法の授權に伴はざれば法的力なきことを明かにされる。更にこの義務を A.L.R. の警察目的に必要な限度或は我が憲法第九條に所謂必要の字句の如き實定法の規定に求むることを誤とされ、かかる實定法は特別の授權の場合に及ばざるのみならず、警察目的上必要な處分が必ずしも警察權の限界内の處分ならずといはれる。又憲法の保障する國民の自由の本質から先天的義務を實定法上の義務と論ずる説に對しては、憲法の規定が我が憲法第二八條の如く立法權を制約する場合は格別、單純なる法律の留保の規定ではただ法律によることすなはち自由の侵害形式に關する保障に止まり、侵害内容が處分の目的上必要な限度に止まるべしとする保障を含まざるものとして斥けられる。要するに教授は警察權の限界たる條理法を疑問とされるのであつて、佐々木博士が法實證主

義に立たれるに拘はらず警察権の限界を認められることを矛盾なりとし、渡邊博士がこの限界を越ゆる處分も當然には違法ならざるとされるのに賛成(?)されるやうに見える。

「警察と補償」(二五七頁) 先づ警察権の誤用が立法者の豫見し且つ容認せるものと推測される範圍では、不法行為上の損害賠償を適法行為に基づく損失補償と解することも出来るが、教授はこれを法の明文が認めざる行為乃至損失なる故に不法行為に入れるのを正當とされ、又法律の範圍外の作用でしかも適法と認められる國家緊急權の發動の場合には自然法上の既得權を認めず國權の萬能が確立された現代では成立しないから、何れも問題の外に除かれる。次に本論に於いて、通説が警察以外の作用による損失が特定人に特別のものなるとき國家の補償を認むるに拘はらず、警察につきこれを否定することに反對される。蓋し警察上の限界のみが私權に内在する先天的限界とする根據なく、一切の行政作用はそれが適法なる限り權利に對する法的制限の實現と解すべく、結局通説は治安の維持のみを國家本来の目的とする啓蒙的自然法の國家觀によると解する他はないからである。

「公物の所有權」(二八七頁) 公物管理の權能が公物主體の公物について有する私權とは別の一般統治權の作用であつて、

書 評

この私權は公用開始により制限されるのに過ぎざるか、或は公物管理の權能も公所有權の効果に他ならず公物につき私法の適用を全然排斥すべきかを、諸家の學說について検討して後者に贊成される。教授によれば、所有權の本體たる物の完全な排他的支配權は本來公私の區別なく、ただこれを規律する法の公私によつて所有權にも公私の別を生ずるもので、全然公法の規律を受ける物の支配權が公所有權たるは當然である。國庫說が公物の所有者たる國庫とこの所有權に對する公法上の制限者としての本來の國家を對立せしめたのに對して、通説は後の本來の國家の代りに公物の目的なる觀念をおくのであるが、この公法的制限が物の公物としての目的を全うする爲公物所有權に内在するものとすれば公所有權說を認めるものに他ならず、然らざる限り通説は國庫說に還元されるべきものであると解される。

* * *

本書を一讀して感を深くすることは、教授が法實證主義(Rechtspositivismus)の立場を堅持されることである。行政法の理論は多くの點で自然法的色彩を帯び、實定法の規定——少くともその字句——のみを以ては理解に困難なるものが少なくない。教授はかかる理論の基礎を確かめ、その妥當の範圍を明かにせんと試みられるが(序文)、その結果は自然法理論の一掃を

企圖されたのである。

教授の法實證主義は就中、實定法秩序に於いて上位の法規に従ふことが正義に一致することとし、法律の留保の範圍外にても實定法の授權なき限り處分も公法上の契約も不可能とし、法の掲ぐる要件の存在する場合に必ず法の定むる處分をなすを要し、先天的な警察義務を否定し、更に人民の權利を制限し義務を課する處分が特に法律の根據を要し且つ羈束處分なることを否認される場合に著しい。その結果として、平等の原則及び既得權の理論を行政法學から驅逐し、公法上の損失補償・裁量の羈束・公法上の契約は實定法の規定する限度で認められるに過ぎず、警察權の限界も立法權の制約を含む自由權の憲法規定の中に辛うじて實定法上の妥當性をもつに止まる。

これ等の點につき私の所感を述ぶることを許されるならば、法實證主義は國家或は憲法の正當なる所以を説明し得ざるのみならず——それは超實定的な課題として法律學の範圍外におかれるとしても——憲法の規定する法治主義そのものが立法權萬能の下に形式化される。すなはち公法學の關心は主として實定法規の定立とその適用の區別に集中せられ、正義各種の世界觀の如き實質的な概念は一般にその規範主義(Normativismus)によつて拒否される。それはその故に相對主義(Relativismus)

又は不可知論(Agnosticism)ともいへよう。けれども國家並

びに實定法は直接價值と關聯せしめなければ、これを歴史的所與として正當に理解し得ないのではなからうか。固よりこの價值にはナチスに於ける如き民族協同體の理念もあり、又啓蒙的自然法の法治國思想もあり、その他各種の世界觀が考へられるが、それが法律學にとつて意味をもつのは特定社會の實定法秩序の發生する地盤であり、實定法の體系が前提する法理念たる場合である。教授は屢、啓蒙的自然法思想の時代は終末を告げ現代は國權萬能の時代なりといはれるが、法實證主義の立場ではかく斷定すること自體が不可能なではなからうか。しかも平等の原則に就いて教授自身も指摘されたやうに、獨逸では既にワイマール末期に於いてかかる法實證主義に對し強き反對が生じ、更にナチスに至つては根本的に批判されてゐる事實を如何に見られるのであらうか。これ等の點は別の機會に述べたところに譲る(私の、協同體理念による法治主義の修正、本誌二卷四號、公法關係の意義、本誌六卷五號)。従つて我が憲法の解釋に當つては、人民に義務を課し權利を制限する行政作用について特に法律の根據を要する旨の法治主義が實定法の範圍に於いて認められるのである(私の、憲法に於ける法律の感疏、國、又公物の所有權についても我が法制の獨法的性格から私法的所有權を認むべきものと考へる、私の、行政事件に關する佛法と獨、法の對立、國權五一卷一號七五頁)。

しかしながら本書が行政法學の根本問題につき、頗る明快に批判されてゐることは、教へられるところ多きこといふ迄もない。就中自由裁量の問題と行政裁判所の權限とを一應別個の問題とし、裁量の限界と裁量權の否定も亦區別さるべきものとし、訴が適法なりや否は専ら本案の性質によつて定まるものとし、警察權の限界論を警察の觀念論及び根據論と異るものとされるが如きはこれである。終に紙數の制限の爲に本書の全貌を傳へることが出來ず、又粗雜なる所感によつて禮を失したることは、教授の御寛恕を請はなければならない。