九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

美濃部教授『行政法撮要』

宇賀田，順三

https://doi.org/10.15017/14510

出版情報：法政研究. 3 (2), pp.139-152, 1933-03-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

美濃部教授『行政法撮要』

宇賀田順三

一

美濃部教授が行政法撮要を最初に發表せられたのは、大正十三年六月であり、その改訂增補は、上卷が昭和二年四月に再版、昭和六年四月に三版に於いて、なされ、下卷が昭和三年三月に再版、昭和七年九月に三版に於いてなされた、從つて行政法の教科書としての行政法撮要は最も最新の內容を持つ事に於いて日本公法學界に於いては獨自の立場を有するものとなすことが出來る、と云ふことは、行政法に於いて特に强くいはなければならぬことである、何となれば、行政法に關する教科書乃至著作として、現行法の改正若くは新法の制定といふことに就いて、全然これを無視するものが少くないからである、例へば野村信孝氏の行政法大綱は昭和五年四月の出版に拘らず昭和四年の改正市制町村制を忘れてゐる、又ある他の著作に於いては舊態依然として行政法規の改廢或は新定とは全然別個に教科書として存在するものがある、が、しかし乍ら、行政法に關する教科書乃至著作が、

新な內容をもつてくる所の行政法規を全然とり入れなかつたとしてこれを非難するのは多少無理な場合がないではない、そこに行政法規がその廣汎なる內容と範圍とを有するものであることを知る場合には、かゝる非難の若干を默許しうる理由も存するからである、が、そのような事情があればある程、美濃部教授の行政法撮要のみは、少くとも大正十三年の初版以來は、現行行政法規に、最も忠實に且最も新鮮に觸れてゐるといふことが出來る、このことは、この行政法撮要が有する所の最も優れた部分の一つであり、從つて、行政法學界は勿論實際行政に携はる市井の人々がこれを尊重する理由ともなつてゐる、たしかに、美濃部教授の行政法撮要が持つ所の强味は、現在實際行政に携はる人々から特にその理論の正確と解釋の妥當とが實際行政に卽してゐるとせられてゐる點である、筆書は、九州の一圓殊に福岡縣の都市及び更に小町村を見學するとき、その役場、公會堂の書架に手垢のついた行政法撮要乃至憲法撮要憲法精義を見出すことが屢々である、この點に於いて、美濃部教授の公法理論は、今、日本公法學界の基本的なものであり且指導的なものであると云つて差支へないと共に、日本公法學界の標尺ともなつてゐると云ふことが出來る、だから、この意味に於いて公法特に行政法教科書の歐譯をなすならば、古い內容の行政法教科書を措いて、この種の著作がなされねばならない、と云ふのは、近來海外の公法殊に行政法學界に於いて優れた行政法教科書として擧げらるべきものが極めて少く、その點から云へば、美濃部教授

の行政法撮要の如きは海外に於いても優越した地位をみいだし得るからである、少くとも教科書としてみれば、行政法範圍に於いてはこの行政法撮要程に優れたものは一つも存在してゐないと云へる、唯行政法に關する特殊著作といふ側からみれば、海外に於いては、殊に一九三〇年三一年に於いて優れたものが出てゐる、日本公法學界がこれに反してこの優れた行政法教科書を得たことは最も幸福なことである、しかるに、この行政法撮要に於いては從來行政判例の研究に於いて頗る缺けてゐた、だから、その盛る所の行政法理論が最も正確でありその解釋が最も妥當であるに拘らず、現在の行政判例との關係は極めて不充分にしか示されてゐなかつた、所が、今度、公法判例大系上卷が發表された（昭和八年一月三十日）、著者に依れば、これに依つて『現に行はるる活きたる法を知る』便宜ともなることされる、確かにこの公法判例大系上卷は從來行政法學界に於いて最も缺けてゐた處のものを埋めつくしたと云へる、從來の欠點を埋めつくしたのみならず、更に新なる飛躍の素地を充分に與へてくれたものと云ふことが出來る、それは現に活きてゐる法の實體、更に公權力の實相を知るに最も適切なものと云へるからである、從つて、美濃部教授の行政法撮要は、この公法判例大系と相俟つて、公法學界と及び一般市井の實務家に眞實なる意味に於いての行政法を教示してくれる、蓋し美濃部教授公法判例大系の發表は近來日本公法學界の最大の收穫である、が更に一歩進めて云へば、行政法撮要のうちに公法判例大系が巧みに織込まれ得

たならば、更に理想的な行政法教科書があらはれるであらう、茲に筆者は改めて斯くの如き著作が新に企劃されんことを美濃部教授に切望せざるを得ない。

二

次ぎに行政法撮要の内容を一瞥しよう、美濃部教授の行政法體系は從來主として獨逸の學者に就いてみられるような體系がそのまゝに取入れられてある、だから行政法撮要が上卷と下卷にわかれ、上卷は行政法總論、下卷は行政法各論とせられてゐても、上卷に於いて行政權の基礎的理論が行はれ、下卷に於いてその應用的各論が展開されてゐるものとなすことは出來ない、これは、行政法全體系からみれば一つの不統一さを示すものと云へる、即ち行政法總論に當る部分に官吏法、自治法或は行政爭訟法が含まれると共に、各論に於いても亦警察法、企業法、公用徴收法等を含む、そこに總論及び各論の間に何等統一性をみいだし難い、從つて一聯の行政現象をそのまゝに把握し、これを全體的に觀察するの必要ある場合に於いては、そのこれが目的を達成することが困難である、が、かくの如き體系を持つ所の行政法教科書が日本に於いては勿論海外に於いても同樣に通常これをみいだし得るのは、こゝに行政法教科書としての一つの大なる缺點があるものと考へられる、假りにこれが單純なる教科書に止まる場合に於いては、行政法總論と各論との間に不統一性が存在することは許されるにしても、教

科書として且同時に行政法の特殊著作たる性質を有するものとしては、尙若干の缺點たることを認めざるを得ない、蓋し、この點に於いて筆者の見解を要述すれば、行政法は先づ最初に行政組織が論ぜられ（これを行政法第一部とする）、次ぎに行政活動を究明し（これを行政法第二部とする）、終りに、この行政組織を通じて行政活動の行はれるに際しての行政救濟が攻究せられ（これを行政法第三部とする）ることに依り、こゝに一聯の行政現象を完全に有機的に把握し得るものと思ふ、さり乍ら、從來の行政法體系殊にその最も優れたるものを盛りあげた所の美濃部教授の行政法撮要は充分の影響と支配力とを學界及び實際家に與へて居ることは明瞭である、このことからのみ云へば、行政法撮要は、今、行政法學界の有する所の最高の水準に於いて存するものと云へる。

行政法撮要上卷第三版は昭和六年四月の發行であつて、舊來の第二版（昭和二年四月）に比して約二十頁增補せられたに過ぎないが、その內容は殊に地方自治制度に關する昭和四年の改正を考慮して著しく改訂せられた、蓋し、從來に於いても、行政法撮要上卷はその下卷に比して一層內容の整頓し解釋の簡潔なことがあらはれてゐたが、第三版改訂增補に至つて益々その感を深からしめた、但しこれを仔細にみるならば、行政法撮要上卷の最初の部分即ち第一章基礎觀念及び基礎規律（三——一五六）は最も再吟味せられるべき部分ではあるまいかと思ふ、例へば、Hauriou の Principes de droit public, 1910, や Jéze G. の Les principes généraux du

droit administratif, 1926, や Nézard H. の Éléments de droit public, 1931, が特に考慮せらるべきではないかと思ふ、この行政法基礎觀念のうち行政行爲論に至つては海外に於いて近來適切な著作が續出し、從つて日本行政法學界に於いても亦この研究をなす者が見うけられるに至つた、特に行政行爲に經濟的色彩の加はつた場合に於いてそのこれを論ずるの必要があると共に、純粹に行政行爲を取つたものをも考慮すべきであらう。(Sievers, Verwaltungsakt u, Prüfungsrecht. FischersZ. 62. 273 ff.; Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. 1931; Ipsen H., Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932)、第二章行政組織（一五七—四三六）は行政法撮要上卷中の最も重要であり且最も優れた部分である、從つて、この部分に於いては、行政組織論に於いて、官吏法に於いて、又地方自治法に於いて近來最も注目せられるべき文献をもつに至つてゐる、その二、三を例示すれば、行政組織に於いては、Willoughby W. F., Principles of public administration, 1927; 官吏法に於いては、Sievers, Das Beamtenrecht der Reichsverfassung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1932. が特に利用されなければならぬ、自治法に就いては近來見るべき著作が甚だ多く、發表されてゐる、一例をあげれば、Peters H. の Greuzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preussen. 1926; Dendias M. の Le gouvrenement local. 1930; Robson の The development of local government, 1931 がそれである、殊に、

Peters は地方自治に關する理論的方面に於いて、Dendias は特に中央集權制と地方分權制との關聯に於いて、Robson は自治團體の歴史的方面に於いて各々その特色を示してゐる、若し自治團體それ自身の著作で云へば、Forsthoff E. の Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931; が攻究せらるべきであらう、だが、地方自治に關したものは殆ど枚擧し難い程多數である、この意味に於いて、行政法撮要上卷の公共團體論は充分に展開せらるべき可能性がある、唯々この部分に於いて最も缺けたものとして指摘することの出來るのは、近來最も論ぜられる所の自治政上の諸問題に殆ど觸れてゐない點である、例へば、市町村の併合、市町村機關の改正、市町村選擧の意義、等に就いて少しも論題を持ち合はせてゐない、これは、現在の行政法の具體的研究に際しての大きい問題であると云へる、即ち、現行日本行政法規にみるを得ない制度乃至條文が外國法に存する場合に於いては若干の比較乃至參照をなすことは、日本行政系統の現實性を知ることに於いて最も必要なことである、でないと、稍々もすればその論旨が主觀に傾き易い場合が多い、例へば、市町村會は市町村住民の代議會である（行政法撮要、上卷三四二頁）と云はれてゐるが、現在の市町村住民と公民との數字を比較して、後者は前者の平均一割八分乃至二割の程度であるに過ぎないことを知るならば、市町村會が住民の代議會であるとするには、こゝに法的擬制を加えなければ到底諒解し難いことになつてゐる、同樣なることは尙他の若干の點に於いてこれをみる

ことを得るが、上述したように、この地方自治法は行政法撮要上卷に於いては最も優れた部分の一つである、第三章に行政上の爭訟（四三七—五三八頁）が論ぜられてあるが、これは他の部分とは分離せられるべき内容を持つた部分である、筆者の見解に依れば、むしろ行政法第三部行政救濟として別個に取扱はれるべきものである、さり乍ら、この部分は美濃部教授の別著『行政裁判法』（昭和四年五月）と相俟つて最も研究に値するものである、所謂公法上の裁判權は憲法及び行政法を通じて最も研究せらるべきテーマの一つである、この場合に於いて美濃部教授の行政裁判法は、日本に於ける唯一の而して最高の指導書として最も熟讀せらるべきものである、海外に於いては、近來、公法上の裁判權に關する文献が多くみられるに至つた、行政爭訟特に行政訴訟に關するものだけを拾ひ上げてみても、Elbe, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der deutschen Länder, 1925; Dickmann, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preussen, 1926; Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, 1929; Rottmann, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1931; 等が注目せらるべきであらう。

行政法撮要下卷第三版は昭和七年九月の發行であつて、舊來の第二版（昭和三年三月）に比して約百五十八頁增補せられ、美濃部教授の、舊著『行政法各論中卷』（大正九年十一月）の七六二頁に接近するに至つた、從つ

て、行政法撮要下卷は上卷に比較して極めて大部のものたるに至ると共に、この下卷を基準にして考へれば、上卷は更に增補せらるべき餘地あるが如くにみえる、若し又上卷を基礎としてみれば、下卷は若干削除せらるべき餘地あるが如くにみえる、筆者が九州帝大に於ける行政法講義の經驗から云へば、上卷こそ行政法教科書として最も適切なものと考へられる、即ち下卷に於いては、美濃部教授の舊著行政法各論に內容も頁數も著しく接近し、その多面多種の引例及批判は隨所に多くして極めて示敎に富むものがある。が、ある場合に於いては、餘りに複雜にして寧ろ他の部分に移さるべき性質を有するものが少くない、或は却つて、これを詳述するの必要あるものがないではない、しかしそれらの事柄もこれを行政法教科書としてみない時に於いては寧ろ問題にせらるべきでないが、日本行政法學界の有する最高の行政法教科書として考へる場合に於いては上記の點を更に考慮せらるべきであらう、例へば、警察法、企業法、教育法がそれらである、警察法（三―一七二）は行政法撮要下卷に於いて最も優れた部分であることは、正しく、上卷地方自治法に對する如くである、特に警察下命、許可、强制は、警察法中最も教示に富む部分である、が更に一歩を進めて云ふならば、行政法撮要を行政法教科書として取扱ふ限り警察法は寧ろ別個の著作として分離せられるべきではないかと考へられる、この點に於いて美濃部教授が『警察研究』第二卷第六號（昭和六年六月）から公にせられてゐる警察法概論は最も興味ある論作でなけれ

ばならぬ、思ふに、この警察法概論が完結せられるときに、日本行政法學界は美濃部教授に依つて警察研究に關する最良の文献が與へられるであらう、唯々行政法撮要下卷の警察法に於いて、警察觀念中、警察觀念の史的發展を取扱ふことに於いて極めて少い頁のみを與られてゐるのは頗る遺憾である、何となれば、警察なる觀念とその實相とは史的發展を通じてのみ知り得るからである、又この點に於いての著作は Delamare, Moser の古い所から Wolzendorff のものに於いてこれをみることが出來る、又警察法に於いて、近來研究せらるべきことは警察權行使の科學的研究と、及び公共團體の警察權參加との問題であるが、行政法撮要下卷警察法に於いてはこれを取扱ふことが輕んぜられてゐる、しかし近來の重要な問題として海外に於いてこの方面の文献は少くない、その極めて一例をあげれば、Elster B., Polizei-Taktik, 1928; Stephan, Das Waffengebrauchsrecht der Preussischen Polizei und Landjagrei in der Zeit nach dem Weltkriege. 1932; Obermayer W., Die Beteiligung der badischen Gemeinden der Polizeiverwaltung, 1930; Arnaud, La police municipale et rurale et les gardes champêtres, 1928; の如きものがある、行政法政要下卷に於いて最も再吟味を必要とするものは公企業法である、公企業法（一八五—二〇六）の部分はこの第三版に於いて增補せられてゐるが、特に營造物と公企業、公企業と營利事業の關係に至つては頗る意を注がれてゐるにも拘らず、その結果は他の場合に於ける如く明瞭にあらはれてゐない

ようである、筆者は、既に、行政法上、公企業なる觀念を捉へ來ることが果して適切なりや否やの點に疑問を抱く者である、が、この點に於いては更に他の機會にこれを問題にしたいと思ふ、唯々この場合に於いては近來この方面に於いての適當なる文獻が極めて多くなつたことを擧げるに止めよう、例へば、Gitermann, Konzessionierter oder kommunaler Betrieb, 1927; Sigloch, Die Unternehmungen der öffentlichen Wirtschaft, 1931; Landmann, Moderne Organisationsformen der öffentlichen Unternehmung, 1932; 等がある、行政法撮要下卷に於いて缺けたる部分は經濟行政にある、蓋し經濟行政は近來最も重要なる行政部門とせられる結果として、これを他の行政部門と同樣に取扱ふことは必要である、(Huber F. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932. Boxer-Bloch, Wirtschaftspolizei, 1928) 唯々美濃部教授の行政法撮要下卷に於ける保育行政(一七九——五一〇)なるものは經濟行政と若干相通ずるものがある結果として、保育行政を展開した場合に於いては、所謂經濟行政の內容を充たすことが不可能でない。この場合と雖も行政法撮要下卷の保育行政の保育なる用語が妥當であるか否かは尙吟味の餘地が殘される。より詳細に論ぜらるべきは教育行政(四九二——五一〇)と軍事行政(六八五——七一四頁)とである。この二つの行政は警察行政と連絡して特殊な役割を演じてゐる結果としてその究明は最も必要とされる。

三

行政法撮要の補充としてしかもそれ自身獨立して最も價値ある著作は前述した評釋公法判例大系上卷（昭和八年一月）である。本書は、行政法撮要上卷に相當する部分に關する判例が集錄されてゐるが、下卷に相當する部分に關する判例は集錄されて評釋公法判例大系下卷として昭和九年十月頃刊行の豫定の由である。美濃部教授が本書に於いて企圖せられた點は、第一に、判例を學問的に分類彙集すること、第二に、判例の內容を分析して其の當否を檢討することであつた。第一の企圖は、判決の內容に應じ其の法理上の性質を基礎としてこれを分類したここに於いて、極めて效果的なものであるが、その分類せられた跡をみると、一聯の行政現象が個々に裁斷せられてその相互の有機的關係が滅却せられたかの感がある。その原因はこれを更に行政法撮要上卷の行政法體系にまで溯らしめることが出來る。何となれば公法判例體系上卷は行政法撮要上卷に相當する部分に關する判例を集錄されたからである。即ち、行政法撮要上卷に示された行政法體系は既に確定不動のものなりや否やの點が攻究せられねばならぬ。この攻究がなされてのち、この體系に從つて分類せられた判例が最も確定的分類とみられるか否かが決せられるのである。しかし乍ら、その如何なる分類に從つて判例が分類せられたかは公法判例體系の學問的價値に強く影響しないといふことが出來る。判例討究の要點は蓋し美濃部教授の企圖せられた第二の點に

ある。この企圖の結果として美濃部教授の得られた處の結論は、「不幸にして、行政裁判所及び大審院の何れに於いても、其の判例中には論旨當を失するものと思はるるものが意外に多い。其の全體に通じて最も大なる缺點と思はるるは、第一には、所謂「條文法學」の弊に陷つてゐること、第二には、行政法學の基礎原則とも云ふべきものが充分理解せられて居らぬ憾があること、第三には、官權偏重の思想が恐くは無意義の間に裁判官を支配して居ることが往々にして認めらるる遺憾があること云々」（公法判例大系上卷序四頁）である。これは誠に重大なる結論である。實に日本公法學界の第一人者たる美濃部教授が、法治國家としての日本の、主として公權力に對する爭鬪の結果をかくの如く感得せられたことに就いては、筆者の如く美濃部教授から直接の敎へをうくる者は、より一層、强い感銘をうけるものである。だが、更に進んで、公權力そのものの現實性（（Aktualität）を把握し、これに依つて行政權の實相を知ることは最も必要であると信ずる。恐らく今後の公法判例の研究にはかくの如き展開を必要とすることであらう。公法判例大系上卷のうちに集錄された判例は、主として大正元年から昭和七年に至るまでの行政裁判所及び大審院の判例であつて、總判例數千六百四十四、これを八百七十五の項目に分類されてゐる。これらの判例に對し美濃部教授の檢討された結果をみると、判決を以て直ちに正當であるとしたものが甚だ多いが、判決の趣旨を正當としないが結論に於いて贊成されたものが少くない。これに反し判

決を否ごせられたものは全體に於いて必ずしも多數に上つてゐないが、これを否ごする場合、甚だ不當ごしたもの、單に不當ごしたもの乃至正當であるや否や疑はしいとなされたものが交互に存してゐる。これを綜合すれば、美濃部教授の檢討された所は極めて穩當適切なるもの多く、その意味に於いては、判例それ自身を誘導的立場に於いて取扱はれてゐることが著しく感ぜられる。殊に、公法判例大系が美濃部教授一人の著作であつて、他の何人をも加えなかつた所に、本書の持つ獨自性が存在する如くみえる。いはゞ、美濃部教授の公法判例大系は日本公法學界は勿論市井の實務家及び公法上の判決を直接指導する處の金字塔であることを承認しなければならぬ。勿論個々の判例批判に於いて若干の異議を挾み、若くは反對をなさざるを得ないものは少くないし、更に進んで、そのかゝる判定のなされる處の立場に就いても亦或は論議せられるべきものがあり得ると思はれる。しかしかくの如きことは今この場合に於いてこれを云ふを必要としない。唯々近來特に行政判例に就いては海外に於いても亦これを論議するの著作少くなく、その一つ二つを擧げれば次の如きものがあることを記しなければならぬ。(Schmidt G., Entscheidungen der Gemeindekammer des Freistaats Sachsen aus den Jahren 1924 bis 1928, 2Bd. 1927—29; BallK., Das materielle Wahlprüfungsrecht, 1931; Pierre de Font-Réaulx, Les pourvois devant le conseil d'état contre les décisions des autres tribunaux administratifs, 1930)

四

これを要するに、行政法撮要、行政裁判法及び評釋公法判例大系は美濃部教授に依つて與へられた日本公法學界の一大收穫であり、今後の行政法原理及應用の展開はこれを基礎としてのみなされるであらうことは筆者が深くこれを信じて疑はぬ處である。