

現代の行政と行政法の理論

今村成和著

有斐閣 B5判 461頁

3,200円

1

本書は、昭和32年から昭和46年までの間に著者が法律雑誌に掲載した29の論文を編集しなおし、一冊にまとめたものである。

内容は通説批判にみちており、読む者に法律の議論のおもしろさを感じさせる。

通説批判を展開する著者自身の体系書は、簡単なものであるが、「行政法入門」〈有斐閣、昭和41年、以下「入門」として引用〉がある。従って本書を読まれる前に「入門」によって著者の行政法の体系を把握した上で、本書に入ると、著者の意図するところを、更に明確に理解できるのではないかと思う。

2

では著者の基本的視点は何か。「…現行憲法下に大きく生長した人権思想を支える行政法の理論はいかにあるべきか、…その意味で、現代の行政を支配すべき行政法理の展開を自らの課題としている」〈本書はしがき〉更に『行政法とは何のためにあるのか』ということ、われわれ自身の市民としての主体的立場から、はっきりと認識するように努める必要がある」〈「入門」はしがき〉とされているように、著者の意図は、現行憲法下において通用し得る行政法の体系を構築しようとする点にある。この点について、戦後すでに、田中二郎博士による行政法の体系が完結し、通説的位置を占めているわけであるが、この通説を否定

し、新たな体系を築きあげる理論的根拠を示したのが本書といえよう。

最近の行政法学は、ドイツ型行政国家制の理論を受継いだ美濃部一田中理論に対し、英米型司法国家制の下での理論を導入しようとする動きがあり、それはまた、行政法を官僚法学から民主主義的法学への180°の転換を意味するのである。著者は、このような新しい動きの旗手として、旧理論を否定し、新理論を創造しようとしているのである。

3

田中博士に代表される伝統的理論は、行政主体の優越性と公益優先性を行政法関係の特質としてあげる。そして公法と私法の二元論の立場を前提としつつ、行政法とは行政に関する公法であるという命題を導いた。その結果、行政法に固有の対象は権力関係を視律する法であり、その内容は必然的に行政行為=規制行政が中心にならざるを得ない。それはまた、きわめて今日的課題である給付行政・サービス行政を行政法の視野の外におくことになる。これに対して、今村理論は、二元論を排し、私法一元論に立ち、公法は私法の特別法にすぎないと解する〈本書21頁以降、入門23-27頁〉。その結果、行政法の対象は、行政権の帰属者たる行政庁の活動を広く含めることになり、給付行政についても、行政法の体系の中に含めることができる。このような理論を生み出すことになった理由として著者は二つのものをあげる。一つは、現代における行政機能の拡大に伴う、行政に関する法現象の複雑多様化という事実認識。これは規制行政については、その質的变化、すなわち従来の警察作用の観念の枠に入らない面の出現と、給付行政の発達という新たな現象の出現を意味する。二つは、憲法原理の転換によって、行政優位の官僚国家的思想から国民主権主義に基づく

市民的立場への原理的転換をあげる〈本書15—33頁〉。

以上の結果として、今村理論は通説の二元的構成が現行憲法に通用しないことを指摘し、私法一元論に立って行政法を再構成しようとされる。その場合の体系は、「憲法に定める国民の権利保障の体系であり、伝統的行政法のように、単なる行政機関の権限の体系ではない」とされる。

本書においては、第1編「行政法理の再検討」の中の序章、第1章において著者の理論の根本を示し、これに続く論文は、その理論の検証という形をとっている。第2、3章においては、私法一元論の立場から私法規定の適用の問題を論じ、従来のように「公法だから民法177条は適用にならない」というような議論がいかにも暴論であるかを具体的に示される。

第2編「行政と司法」においては、司法国家制の下において、司法と行政とのかかわり合いを、主に司法権の機能という側面から取りあげる。通説的見解が司法権の限界として論ずる給付判決や義務確認判決、行政庁に対する義務不存在確認訴訟について、条件つきではあるが肯定的に解している。

第3、4編においては、判例を中心に、きわめて今日的課題について著者の見解を示される。集録されている判例は、砂川基地収用事件、国会周辺デモ禁止と内閣総理大臣の異議権をめぐる判例、教科書裁判事件、奈良県のため池保全条例事件、工場誘致条例の改廃事件、恵庭事件、猿払事件等である。

4

著者は、随所に機能的な方法論をとられることを明示しているわけで、その意味で、きわめて実践的学問体系といえようが、そこでいう“機能”の意味が、必ずしも明確ではない。例えば、行政の民

主的統制の機能という場合、民主的統制という概念自体は、規範概念ではないわけで、この意味で規範の体系としての行政法の中にどのように方法論として定着させるかが一つの課題であろう。

更に、給付行政を行政法の体系の枠組の中に取り入れたことは学問的功績の一つであるが、それをどのように理論構成するのかについても明らかではない。例えば、「法律による行政」の原則との関係についても、規制行政とは当然異なってくるわけで、その差異をどのような形で持込むのか。この点について、すでに雄川教授が手続的法律の留保〈「現代法」4巻 岩波書店〉という形で構成しておられるが、著者の考えはどうであろうか。ともあれ著者の本格的体系書が出ていない段階なので、その出現を願ってやまない。

5

我々が日々の実務の中で直面している問題は多種多様にわたるわけで、決して従来の行政法の教科書に書かれているような権力処分的性格のものだけが行政ではないことは事実である。かえってそれ以外の行政が大部分であることは、毎日の仕事の経験からいっても理解し得ることである。旧来の学説が、このような行政の実態を看過し、その対象を行政処分のみ重点をおいている以上、理論的破綻をきたしてもやむを得ない。

ともあれ、“新しい行政法”の出現に期待しよう。

〈財政局資金課 古川邦雄〉

あとがき

「市民参加」「情報の公開」「住民の知る権利」——いずれかひとつを抜きにして考えることはできない、三位一体の問題である。特集についてご感想をお寄せ下さい。〈松本〉

6-442
調査季報

35

1972年9月30日

編集・発行——横浜市企画調整室都市科学研究室

横浜市中区港町1—1

印刷——西岡印刷株式会社

横浜市南区吉野町5—22