

書評

高橋貞三博士「行政法論」

山本浩三

日本帝國主義の中國大陸における侵略が擴大され、國內的に國家總動員法の制定をみ、次第に軍事ファツシヨ體制が確立されていつた一九三八年、學問の自由を、先年いわゆる瀧川事件において、身をもつて戦われた佐々木惣一博士の還曆を祝賀する「憲法及行政法の諸問題」と題する論文集が出版された。

この中で高橋貞三教授は「行政法における信義誠實の問題——カール・ヘルマン・シュミットの所論を中心として——」という一文をのせていられる。これは當時ヨーロッパにおいて同じように侵略戦争を企圖し、國內體制をナチス的に整備していたドイツの公法理論を無批判に繼承することを警告された貴重な文獻である。すなわち、これまでドイツにおいて、行政法の不備缺陷を補足するものとして是認せられてきた信義誠實の原則をナチスのイデオログ、シュミットは一補足的な役割を果すはもちろん、更に進んで、法の規定の存する場合においても、特別な事情ある限りは、その法の適用を排除して、信義誠實の原

則が当該場合に適用され、適用されるべき法の結果とは異なる判決を導き出す作用をさへ爲すもの」と論じ（憲法及行政法の）、（諸問題 p. 366）、（前掲書、p. 255）この「行政法における信義誠實の原則序説」の中で、原龍之助教授は「要するに信義誠實の原則は單に實定法規の欠缺を補充するのみでなく、法規を形式的に適用することから生ずる缺陷を修正すべき機能を有するもので従つて具體的法規の存在は、この原則の適用を妨ぐべき絶対の原則をなすものではないといはねばならない」と述べていられる（前掲書、p. 255）この石義雄「國法原論」。

これに對し、高橋教授は「それが法の缺陷の場合に爲されるとする従来の立場においては格別、法の規定ある場合においても、これを排除して信義誠實の原則が適用されるとする場合には、法の安定性は可成りの危険に曝され、また一面立法に依る法の變動性についての作用を輕視もしくは無視するものといはなければならぬ」とし「ドイツの現在においては、かくの如き信義誠實の原則は、ナチスの政治、従つて法律制度の機能をナチスの立場において一層合理的に發揮せしむるものであるかも知れないが、わが國今日の行政法域においては、これが理論をそのまま採り入れ得ないことは論ずるまでもないことである。それは實在としてはもちろんのことながら、當爲としても

なほその理論の追隨を否定しなければならぬ。法の下に立つ行政が、なほ健在するからである。」と斷じられた(前掲書 p. 376)。

國民の代表者によつて構成される立法機關によつて制定された法律による行政という原理は近代的自由確立のための根本的要請であつた。これが制度的には立法機關の行政機關・司法機關に對する優越となつた。それ故、國民の自由のじゆうりんを不可避とするナチス體制においては、法律による行政と立法機關の優越の原則が政治上の桎梏となることは當然である。シュミットの信義誠實論はこの障壁を理論的に排除しようとしたものである。わが國の自由主義的公法學者によるこれの反駁は當然豫想せられたが、しかしその人々の置かれていた環境は深刻であつた。一九三五年自由主義者美濃部達吉博士の著書を發禁に處したわが國の支配階級は自由主義を反國家的イデオロギーと斷定し、自由を愛する人々に對する露骨な壓迫が年をおつて強められていたからである。

一九三六年美濃部達吉博士の遭難、一九三八年河合榮治郎教授の著書發禁・起訴等暗黒の現象は繼起した。だから、支配階級がナチス理論を制度的に導入し、その迎合者を歓迎していたこの時期に、その理論を批判し、自由主義イデオロギーである法律による行政を辯護することは、決して容易なことではなかつた。それには自由主義・民主主義に對する理論的確信と實踐的勇氣が要求された。この困難な仕事を中島重博士の國家論と

佐々木博士の行政法學の學統をつぐ高橋貞三教授が果されたのである。多くの自由主義學者が政治的權力の壓力の下に變節していつた不幸な歴史をもつ日本行政法學にこれは抵抗の輝かしい記録である。鵜飼教授は「議會を中心とする市民的要求の強化と、その表現としての法律によつて行政を規律し、違法な行政に對しては、できるだけ廣く裁判による救済を與へるようしようとする學派」を市民學派・民權學派・異端學派とよんでいられるが、(行政法の歴史的展開 p. 112) 高橋教授はもちろんこの學派に屬する。

「行政法論」はこの學問的立場による、日本國憲法施行後、一應整備された行政法の體系的著述である。その對象は行政法の全域にわたつていゝが、總論と各論の編別はやめて、これを綜合し、一つの行政法としての體系にまとめあげ、一般的なものから、個別的なものへ、抽象的なものから、具體的なものへ論述し配列することに努め、最後に行政上の救済制度について説明していられる。先ず、前論と本論に大別され、前論は第一章行政法の原理と發展、第二章法、第三章行政にわかれ、本論は第一章公法關係、第二章行政行爲、第三章行政組織、第四章警察、第五章經濟統制行政、第六章保育行政、第七章財務行政、第八章行政争訟よりなつていゝ。

教授はこれを著す態度として、あまりに主觀を強く出さないようにつとめたが、それでも、さけようとした主觀に陥つたお

それのある部分の存在をことわつていられる。その部分は行政法上の新しい制度としての公共企業體やその行政法上の性格や機能、經濟統制行政の方向づけ、行政處分の内容の分類に對してであるとしていられる。にも拘らず、著者の自由主義的色彩が所々に滲出している。たとえば、國家（又は公共團體）と私人との間の公法上の契約について、「國家（又は公共團體）と私人との間にあつては、常に對等の地位に在ることなく、不平等な權力關係にあるために對等な意思に基く契約はなく、いわゆる契約は相手方の同意を要件とする、單獨行爲であるとする説に對し、これが權力關係であるとしても、國家は私人に對して無制限な權力をもつて支配拘束するのではなく、一定の限度に

おいては、私人も國家の一方的意思によつて、侵されない權利を有つのであつて、その範圍においては、國家と私人との關係は對等な地位にあるものといふことができる。したがつて、ここに對等な意思の合致によつて成立する國家と私人間の契約は認めらるべきものである」と説き、公務員の任命および歸化の實例をあげて單獨行爲説を反駁していられる。（行政法論）
（p. 135） 公務

員の任官行爲の性質についてみると、教授は「任官行爲を國家の單獨行爲とする説も相手たる個人の意思を否定したり、または無視したりするものではないであろうが、契約説に比して、これを軽く視ているというべきであろう。單獨行爲説は個人の意味に對して國家の意思を優位に視るに反して、契約説はこれ

を對等に見る點に違いがある。ここでは契約説をとる。本來任官行爲は個人の意味と國家の意思とが合致して定まるものであつて、何れか一方の意思のみでは成立しないものであるから、契約と見なければならぬ。（p. 135）と論じていられる。教授の自由主義的國家觀の鮮かに現れている部分である。

次に、行政争訟にあらわれた教授の市民的民權的主觀をみよう。教授は訴願法の改正について「形式的に訴願法は改正されておらないで、實質的には、今日改正せられていると同じように、訴願以外によつて、訴願が廣く認められつつある状態である。それだから訴願法の改正は不必要であるという議論にはならないが、わたくしとしてはできるだけ多くの機會に、行政機關による前審としての異議の申立・訴願などが簡單に行われて國民の權利利益が、行政權から保護され、妥當な行政が常に行われるようになることが望ましい。訴願法が改正されるとしてもその方向において爲されるべきであろうと思われ。そしていわゆる行政委員會において認められている異議の申立や訴願についての審判は、できるかぎりこれを廣く認めることが行政民主化の線に沿っているあり方と考えられる。それによつて國民は、行政機關に再考を促し、行政權から容易に保護せられる機會を多く持ち得るからである」「訴願法の改正の要をこの方向の助長において考えることは望ましいが、この傾向を抑制して、訴願の機會を少くしようとするための改正は行政民

主化の方向に反するように思われる。訴訟によるよりも訴訟による方が適當であると考える人々は、訴訟の制限もしくは實質的な訴願事項の列擧主義を嚴守することを妥當とせられるかもしれないが、要は簡単に審判が行い得られるか否かである」と述べていられる。傾聴すべき意見である。

しかし主觀の不足がこの書の性格を弱めている部分もある。

周知のように、わが國のM S A・再軍備體制の樹立は民主的立法の改悪をもたらしているが、その一つの警察法の改悪について教授の積極的な批判がみうけられなかつたことは淋しく思われる。また、自治行政組織において、特別區の區長の選任方法を定める地方自治法第二百八十一條の二と憲法第九十三條との關係について教授の説が伺いたかつた。それは最近、知事官選の根據として第二百八十一條の二を援用する官僚の動きによつてその必要性が生じているからである。經濟統制行政においては、法と經濟の關係について、唯物史觀に多少誤解があるのではないかと考えられる。教授は「統制にあつては法が經濟を支配し、經濟を一定の方向に向けしめんとする行爲であるから、唯物史觀の原則は逆な現象を示すものである。唯物史觀によれば、法は經濟の上部構造であるといわれてきたが、經濟統制は法によつて經濟を支配し、自然な状態に放置しないで、法はこれに干渉し、これを自分の支配下に置かんとするものである。けれども法が經濟を自由に支配し得ると、解釋することは

できない。すなわち、法が經濟を支配するとしても、それには一定の限度がある」(p. 224)と説明していられるが、教授の説それ自體が唯物史觀的なのではなからうか。エンゲルスは、コンラット・シュミットへの手紙の中で「物質的存在様式が原動力であるとしても、そのことは觀念的な領域がさらにまた物質的存在様式にたいし、一つの反作用を、ただし第二義的な作用を、およぼすのをさまたげはしない」と述べている。最後に、保育行政において、教授は「社會主義國家になれば益々産業の國營・生産手段の公有という傾向が著しく、産業のすべてが公企業と化し、文化施設のすべてが國營となる状態であつて、ここでも公企業の經營が著るしくなるものである。したがつて公企業の經營の傾向は資本主義の高度化においてもまた社會主義國家の成立した場合においても益々増大するものであつて、その經營的意義が大であると共に行政法上の現象としても重大性を持つている」(p. 263)と説明していられるが、資本主義的國家獨占資本による公企業と社會主義的國家獨占資本による公企業の質的相違についてふれられず、それを次の著書に期待しなければならなくなつたことは残念であつた。おわりに、主觀の表明を極力抑制された著書に對して私の批評があまりにも主觀的になつたことを認めねばならない。

— 行政法論・有斐閣刊・三三一頁 —