

新版
行政法

上卷 全訂第二版

法律学講座双書

新 版
行 政 法

上 卷
全訂第二版
田 中 二 郎 著



弘 文 堂

新版 行政法 上巻 全訂第2版

昭和29年4月30日 初版1刷発行
昭和49年4月30日 全訂第2版1刷発行
昭和57年5月10日 同 30刷発行

◎著者 田中二郎

発行者 鯉淵年祐

株式会社 弘文堂

101 東京都千代田区神田駿河台1の7-13

TEL (294) 4801

振替 東京 2-53909

ISBN4-335-30003-4

港北出版印刷 井上製本

Printed in Japan

はしがき

法律学講座叢書の一巻として、はじめて本書の旧版を公刊してから、ちょうど二十年になる。全訂第一版を公刊してからでも、はや十年も経過した。本書は、もともと、大学における行政法の教科書として役立つと同時に、広く一般の読者が行政法の全体を平易に理解するための入門書として役立つことを期したものであった。このような書物の性質上、当然、アップ・ツー・デートのものでなければならず、常時、その改訂が必要なのであるが、全訂第一版を出した昭和三九年以来、著者は、最高裁判所判事の激務に追われて、遂にその改訂を試みる余暇をもつことができなかった。

爾来十年の間に、行政関係法令の改廃も少なくなく、判例のなかにも注目すべきものが多く、殊に、この間における行政法学の進歩発展には見るべきものがあつた。昨年三月、最高裁判所判事を辞して以来、これらの変遷発展のあとをフォローし、殊に、優れた研究成果を吸収して、本書の全面的な改訂を試みたいと念願していた。しかし、本書では、それを果たしたとはいえない。というのは、そうすることによって、頁数の著しい増大をきたし、初めに掲げた目的に反することになることをおそれたからである。そこで、本書では、判例・学説の発展をフォローすることは、必要最少限度にとどめ、その間における法令の制定・改廃に伴う必要な訂正を行い、若干の新しい判例を加えたほか、旧著における不適切な表現その他不十分な説明を適宜補正し、これを全訂第二版として公刊することとした。それでも、いくらかの増頁を避けることができなかった。

本書に続いて、行政組織法及び行政作用法についても必要な改訂を加え、それぞれ、「行政法」(中巻)及び「行政法」(下巻)の全訂第二版として、今秋までには、公刊したいと考えている。

本書についても、これまでと同様、読者の忌憚のないご批判とご教示を賜わることができれば幸いである。

昭和四十九年二月八日

鶴沼にて

田中二郎

法律学講座双書

法 学 入 門	三ヶ月 章
法 哲 学 概 論	碧 海 純 一
憲 法	鶯 銅 信 成
憲 法	伊 藤 正 己
行政法 (上・中・下)	田 中 二 郎
租 税 法	金 子 宏
民 法 総 則	四 宮 和 夫
物権法・担保物権法	吾 妻 光 俊
*物権法・担保物権法	米 倉 明
債 権 法	吾 妻 光 俊
*債 権 法	平 井 宜 雄
親 族 法・相 続 法	有 泉 亨
商 法 総 則	石 井 照 久
商 法 総 則	鴻 常 夫
会 社 法	鈴 木 竹 雄
手 形 法・小切手法	石 井 照 久
*手 形 法・小切手法	竹 内 昭 夫
商行為法・保険法・ 海商法	鈴 木 竹 雄
民 事 訴 訟 法	兼 子 一
民事訴訟法 (上・下)	菊 井 維 大
民 事 訴 訟 法	三ヶ月 章
強制執行法・破産法	兼 子 一
民 事 執 行 法	三ヶ月 章
刑 法	藤 木 英 雄
刑事訴訟法 (上・下)	松 尾 浩 也
勞 働 法	石 井 照 久
国際法概論 (上・下)	高 野 雄 一
国 際 私 法	江 川 英 文
*工 業 所 有 権 法	中 山 信 弘

*印未刊

目次

第一編 行政法序論	一
第一章 行政の意義	一
第一節 国家作用の一部門としての行政	一
第二節 行政の意義及び特色——特に立法及び司法との差異	四
第三節 現行憲法のもとにおける権力分立と行政の地位	九
第四節 行政の内容及び機能——その変遷	一四
第二章 行政法の意義及び特質	一六
第一節 独立の法の体系としての行政法の成立	一八
第二節 行政法の意義	二五
第三節 行政法の特質	二〇
第一款 概説	二〇
第二款 行政法関係の特質	二二
第三款 行政法規の特質	二六
第四節 わが国行政法の基本原理	二〇
第一款 概説	二〇
第二款 地方分権の原理	二一
目次	二二

目次

四

第三款 民主主義の原理……………四

第四款 法治国家・福祉国家の原理……………四

第五款 司法国家の原理……………五

第三章 行政法の法源及び効力……………五

第一節 行政法の法源……………五

第一款 概説……………五

第二款 成文法源……………五

第三款 不文法源……………五

第二節 行政法の効力……………五

第二編 行政法通則……………五

第一章 行政上の法律関係……………五

第一節 行政上の法律関係の意義及び性質……………五

第二節 公法と私法……………五

第三節 公法関係の意義及び特殊性……………六

第四節 公法関係の内容……………六

第五節 特別権力関係……………六

第二章 行政法上の法律要件及び法律事実……………六

第一節 行政法上の法律要件及び法律事実の意義及び種類……………六

第二節	公法行為……………	一六
第三節	公法上の事務管理及び不当利得……………	一〇二
第三章	行政行為……………	一〇三
第一節	行政行為の意義及び特色……………	一〇三
第二節	行政法上の管理行為……………	一〇九
第三節	行政行為の種別及び内容……………	一一六
第一款	行政行為の種別……………	一一六
第二款	行政行為の内容……………	一二〇
第四節	行政行為の附款……………	一二七
第五節	行政行為の成立要件及び効力……………	一三一
第六節	行政行為の瑕疵……………	一三三
第七節	行政行為の取消……………	一三六
第八節	行政行為の撤回……………	一四〇
第四章	行政立法……………	一五八
第一節	概 説……………	一五八
第二節	法規命令……………	一六〇
第三節	行政規則……………	一六六
第五章	行政強制……………	一六八

第一節 概 説	一六
第二節 行政上の強制執行	一七
第三節 行政上の即時強制	一八
第六章 行政罰	一五
第一節 概 説	一五
第二節 行政刑罰とその特殊性	一六
第三節 行政上の秩序罰とその特殊性	一七
第七章 国家補償	一九
第一節 概 説	一九
第二節 行政上の不法行為に基づく損害賠償	二〇
第三節 行政上の適法行為に基づく損失補償	二一
第八章 行政争訟	二〇
第一節 概 説	二〇
第一款 行政争訟の意義	二〇
第二款 行政争訟制度の沿革	二五
第二節 行政不服審査法による不服申立て制度	二二
第一款 概 説	二二
第二款 不服申立ての種類	二五

第三款	不服申立事項	三六
第四款	不服申立庁	三六
第五款	不服申立期間	三六
第六款	救済手段についての教示	三六
第七款	不服申立手続の通則	三六
第八款	処分についての審査請求	三五
第九款	処分についての異議申立て	三五
第一〇款	不作為についての不服申立て	三五
第一款	再審査請求	三六
第三節	その他の行政争訟	三六
第一款	行政審判	三六
第二款	特別の行政争訟	三七
第三款	当事者争訟	三七
第九章	行政事件訴訟	三九
第一節	概 説	三九
第一款	行政事件訴訟制度の沿革	三九
第二款	行政事件訴訟の法源	四〇
第三款	行政争訟と行政事件訴訟との区別及び関係	四七
第二節	行政事件訴訟の意義及び本質	四九
目 次		七

第三節 行政事件訴訟の類型	三〇三
第四節 抗告訴訟	三三三
第一款 概説	三三三
第二款 取消訴訟	三三五
第一項 処分の取消しの訴えと審査請求との関係	三三五
第二項 処分の取消しの訴えと裁決の取消しの訴えの関係	三八八
第三項 取消訴訟の原告適格・被告適格及び訴訟参加	三九三
第四項 取消訴訟の管轄	三九三
第五項 取消訴訟の提起	三九五
第六項 取消訴訟と関連請求に係る訴訟との併合及び訴えの変更	三九三
第七項 執行停止及び内閣総理大臣の異議	三九六
第八項 取消訴訟の審理	三九三
第九項 取消訴訟の判決	四〇七
第一〇項 取消訴訟の訴訟費用	四〇四
第三款 その他の抗告訴訟	四〇五
第一項 無効等確認の訴え	四〇五
第二項 不作為の違法確認の訴え	四〇七
第五節 当事者訴訟	四一六
第六節 民衆訴訟及び機関訴訟	四一九
第七節 争点訴訟	四二二
参考文献——索引	四二五

第一編 行政法序論

第一章 行政の意義

第一節 国家作用の一部門としての行政

一 三権分立 行政は、国家作用の一部門で、一面においては立法に対し、他面においては司法に対する。近代国家においては、普通、これらの三種の作用が性質上それぞれの特色をもっていることに注目して、これらの作用を、その特色に応じた別個の機関に分掌させることを根本の建前としている。これを、普通、権力分立主義 (*Gewaltenteilung, separation of powers*) 又は三権分立主義という。これは、ジョン・ロックの思想やモンテスキューの主張に基づき、近代国家における自由主義的政治原理の一つの制度的表現として認められるに至ったもので、古代や中世においては、かような国家作用の種別が認められていたわけではなく、また、国家機関の分立が認められていたわけでもない。いわば、行政の観念は、国家作用の一部門として、立法及び司法の観念とともに、歴史的に発展してきたものといつてよい。

二 立法・司法・行政の区別 もともと、立法・司法・行政の各作用の分化が認められるようになったのは、

それぞれの作用が、その性質上、多かれ少なかれ、差異をもっていることに基づくものであるが、それでは、立法・司法・行政の各作用が根本的にその性質を異にするかという点、必ずしもそうではない。

各作用の分化の過程を發生的にみると、一般抽象的な法を定立する作用——この種の作用は、人と人との間の意思の限界を定め、国民の権利義務に新たな規制を加えるものであることの性質上、国民全体にとって特に利害関係の深いものであるから、これについては、国民の同意を要するものとし、比較的早くから国民代表議会の権限に属させることとした——を立法(Gesetzgebung, legislation)と呼び、国民の間に法律上の争訟のある場合に何が法であるかを判断し、正しい法の適用を保障する作用——この種の作用は、その性質上、独立・公正な判断が要求されたために、一般統治権の作用から分化して、独立の裁判所の権限に属させることとした——を司法(Justiz, Rechtsprechung, justice)と呼び、そして、これらの作用が、それぞれ分化し、独立の機関の権限に属することとなったあとに残った作用が広く行政(Verwaltung, administration)と呼ばれるようになった、といつてよい。この意味での行政は、広範かつ雑多な国家作用を含んでいるが、法のもとに、司法以外の国家目的を実現することを目的とする作用として観念されてきたといふことができる。⁽¹⁾

立法・司法・行政の分化は、右に述べたように、歴史的に發展してきたものであるが、国によって、その政治的・経済的・社会的地盤を異にするために、何を立法として立法院(国民代表議会)の権限とし、何を司法として司法院(裁判所)の権限とし、何を行政として行政府(政府)の権限とするかについては、必ずしも軌を一にしない。⁽²⁾ただ、何らかの程度において、この三種の国家作用を分ち、それぞれ別個の機関に属させるといふ三種分立主義をとっている点に、近代国家にはば共通の特色を見出すことができる。⁽³⁾

(1) 行政と統治行為 国家作用は、右に述べたように、立法・司法・行政の三種に分たれるのであるが、広義の行政の

うちに、一般の行政と区別されるべき特殊の性質をもつものとして、統治行為又は政治行為(Regierungsakt, act of state, acte de gouvernement)の觀念が認められる。一般の行政が、法律のもとに、法律に従って行なわれる作用であり、原則として、司法審査に服するものであるのに対して、統治行為は、これらの制約の外に立つ特殊の国家作用であるとされる。統治行為の觀念は、もともと、英(acts of state)、米(political questions)、仏(acte de gouvernement)等の諸国において、高度の政治性をもった行為については、司法審査(裁判的統制)の対象外とすべきであるとの見地に立った判例法の発達によって認められた觀念であり、その意味において、一般の行政と区別されるべきものとされた。ドイツにおいても、Regierungsaktとして行政から区別されるべき觀念が認められ、わが国においても、明治憲法のもとに、天皇の大権事項のごとき、一般の行政とは区別されるべきものとされたが、ドイツやわが国では、もともと、行政に対する裁判的統制が一般的に認められていたわけではなかったから、裁判的統制との関係からこの觀念が認められたわけではなかった。戦後、広く行政について司法審査が認められることになったわが国で、統治行為の觀念が認められるべきかどうかについては、種々異論のあるところであるが、現行憲法のもとにおける天皇の国事に關する行為や高度の政治性をもった行為——例えば衆議院の解散、政治性の強い条約の締結等——は、この種の作用と考えてよい。この種の作用については、一般の行政におけると異なる原理・原則が認められるから、その限度において、行政の觀念から区別して考える必要がある。雄川一郎「統治行為論」(国家六八卷三・四号、九・一〇号、七〇卷一・二号)、金子宏「統治行為の研究」(国家七一巻八号、一一号、七二巻二号)、山田準次郎「統治行為論」、磯崎辰五郎「統治行為説批判」等参照。なお、この問題については、行政事件訴訟について述べる際に触れる。

(2) 立法・司法・行政の觀念の相対性 立法府の権限は国によって異なっているのみならず、立法の形式による作用の範囲も国によって異なっており、また、司法についてみても、ヨーロッパ大陸諸国では、民事・刑事の裁判を指すものと考えられたのに対し、英米系の諸国においては、民事・刑事の裁判に限らず、行政事件に關する裁判を含めて、広く法律上の争訟を前提として法の適用を保障する作用を司法と呼んできた。わが国においては、明治憲法のもとでは、ヨーロッパ

バ大陸諸国の考え方に従って、司法は、民事・刑事の裁判を意味するものとされたが、現行憲法のもとでは、司法は、民事・刑事の裁判のみならず、行政事件に関する争訟について法の適用を保障する作用をそのうちに含めて理解すべきものとするのが通例である。さらに、これを行政の觀念についていえば、行政の意義及び範圍は、国によって差異があり、かつ、行政府の権限に属する事項の範圍も、国により時代によりかなり著しい差異がある。わが国においても、明治憲法のもとでは、行政府の権限が著しく広範にわたり、立法及び司法の分野にまで及んでいたが、現行憲法のもとでは、行政府による立法は狭く限定され、行政府による司法も著しく限定されることとなった。こういったところに、これらの觀念の歴史的発展性とその相対性とが現われている。

学説上には、立法・司法・行政の性質上の差別を否定する見解もあるが、正当な見解とはいえない。その差異は相対的ではあるが、本文に述べたような意味で認めることができるのであって、全くこれを否定するのは行きすぎである。そして、現実にも、この差異に応じて機関の分立が認められているわけである。

(3) 権力分立の態様　ひとしく三権分立主義を採用するといっても、国によってその内容を異にしていることは、ここにくどくどと説くまでもない。かなり厳格にこの主義を貫いているアメリカ合衆国憲法のような例もあれば、そうでないその他の国の憲法もある。いずれもその国の政治的・経済的・社会的地盤がそこに反映している。この点について、清宮四郎「権力分立制の研究」参照。

第二節 行政の意義及び特色——特に立法及び司法との差異

一 近代国家における行政の意義　右に述べたように、立法・司法・行政の分化は、歴史的に発展してきたものであるが、こうして発展してきた行政の觀念は、その発展の経過に即して、単に立法・司法以外の国家作用として消極的に定義されるだけに止まるべきものではなく、行政の觀念そのものが積極的な概念徴表をもったもの

のであることを認めなければならぬ。この意味において、私は、近代的行政は、法のもとに法の規制を受けながら、現実具体的に国家目的の積極的実現をめざして行なわれる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動として理解すべきものと考ええる^(田中「行政法総論」二二頁以下)。少しくこれを敷衍して説明すると、

(1) 行政は、近代国家においては、法のもとに法の規制を受けて行なわれる活動である。この意味において、行政は、しばしば、法の実現であり、法の執行であるといわれる。しかし、このことは、すべての行政が、法律その他の法規の中に規定されている事項をそのまま実施するものであることを意味するものではなく、行政が法にその基礎又は根拠をもたなくてはならぬという意味である。行政には、通常、法により、その目的実現のために、かなり広い裁量の余地が認められていることが、その特色であるといえることができる。

(2) 行政は、現実には国家目的の積極的実現をめざして行なわれる具体的な国家活動である。何がここでの国家目的であるかは、国により時代によって異なる。自由放任を建前とする秩序国家(Ordnungsstaat)と社会福祉の実現をめざす福祉国家(Wohlfahrtsstaat)とによってその内容は著しく異なる。現代国家は、一般に、福祉国家といわれるが、そこでは、国家は、究極的に、社会を全体として向上発展させ、人民の福祉の実現を図ることを目的としているといつてよい。行政は、かような国家目的を積極的にかつ現実具体的に実現しようとする国家活動である。

(3) 行政は、全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動である。行政は、個々具体的な国家行為から成り立っているが、全体としてみると、横に相互の関連をもちながら、縦に一貫して継続性をもち、全体として統一性をもった形成的国家活動であるということができる。

二 行政の実質的意義と立法及び司法との区別 行政は、右に述べたように、法のもとに法の規制を受けな