

宮崎良夫著「行政訴訟の法理論」

綿 貫 芳 源

1 本書は、長く西ドイツに留学した東大社会科学研究所宮崎良夫助教授が、1980年から1983年に至るまで発表した論文を体系的にまとめ、これを同研究所研究叢書として公刊した好著である。我が国では、明治憲法以来美濃部達吉博士、田中二郎博士をはじめとしてドイツ公法に造詣の深い学者が公法学説および判例に大きな影響を与えてきた。そして、現行憲法の下において、行政裁判所の廃止にも拘らず、行政事件訴訟法が「行政庁の公権力の行使に関する不服」を内容とする抗告訴訟を中心としていることから、今日でも、西ドイツの行政法学説の研究は極めて活発であり、その解釈論は我が国の学説および判例に影響を与えている。見落としもあるかもしれないが、私の見るところでは、このような研究も比較的学説の紹介研究が多く、判例の体系的研究が少ないように思われる。制定法主義を採るドイツ法の研究には、このような学説の研究も貴重であることはいうまでもないが、外国法の研究としては、何故そのような学説が発展してきたか、その基礎となっている実定法、更に、どのような事実関係について判例がその判断を下しているかを解明することが、我が国の実定法の解釈にも必要なのではないかと思われる。その理由は、近代諸国の法律には一定の共通の原則があることは当然であるが、夫々の置かれた歴史的、社会的条件により、夫々の国では異った法制が発展していることにある。しかし、この点は我が国における外国法研究の課題として、後で若干ふれたいと思っている。上述の如く、我が国での西ドイツの行政法研究は学説を中心として、その内容も比較的抽象的一般的なものが多いのに対して、本書の特色は、学説と共に判例を検討紹介していることにある。宮崎助教授は、我が国の行政法学者として、このような西ドイツの学説判例を参考にしながら、我が国の行政訴訟

について解釈論を展開している。この解釈論について、私は必ずしも全面的に賛成しているわけでもないし、同じ解釈を採用しているわけでもない。しかし、このような解釈論の相違を越えて、私が本書によってはじめて西ドイツの行政訴訟について知り得た点も少なくなく、その意味で本書は高く評価されるべきものと思う。ただ、私が本書を紹介し、若干の批評を加えるのが適切かどうかには疑問がある。私はアメリカ法については若干の知識をもっているが、ドイツ法についての知識は極めて貧弱であり、30年近く以前に、19世紀のドイツにおける行政法の成立について論文（「近代ドイツに於ける公法上の諸制度の発展(1)」社会科学論集3号1956年）を書いたことはあるが、最近の西ドイツ法についての知識は皆無である。そのことによるのかどうかは明らかではないが、アメリカ法を参考にしながら、従来の我が国のドイツ法に拠っていると思われる学説判例をみると、何故、その解釈を採るかについて疑問が生ずることがある。このような疑問のいくつかについて、本書は適切な解答を与えてくれる。また、西ドイツ、でも我が国やアメリカと同様、多様化し、拡大する行政活動に対して、個人の権利自由を保障することを任務とする司法裁判所の権限をどのように解すべきかは、極めて重要な課題となっていることもわかる。これらの点からみて、私は本書を紹介する意味があると思う。

2 本書の内容は、第1章『司法権の限界』論についての一考察、第2章「行政訴訟における団体の原告適格——西ドイツの判例、学説および立法の整備」、第3章「取消訴訟における訴の利益——『法律上保護された利益』説の検討——」、第4章「文化財保護と訴訟」、第5章「行政訴訟と立証責任——その理論史的考察——」、第6章「行政訴訟における主張・立証責任——解釈論としての一考察——」、第7章「西ドイツの行政法学」に分れる。これらのうち、第7章は、現在に至るまでの西ドイツの行政法学の基本理論として、法治国の理念、公法と私法との区別、および、行政行為論の3点について、19世紀中葉以降のドイツ行政法学の発展を、主として学説を中心として、検討したものであり、比較的一般的または概説的なものである（本書297頁以下）。このような学説を中心とした行政法の基本問題についての研究も価値があるといえるかも

しれないが、私からみれば、本書の価値はこの章ではなく、行政訴訟の可成り技術的な点を検討しているその他の章にあるように思う。まず、これらを簡単に紹介しよう。

第1章『司法権の限界』論についての一考察」は、我が国の旧行政事件訴訟特例法および現行行政事件訴訟法（以下行訴法と略す。）の立案作業にあたって重要な役割を果たした兼子一、田中二郎両博士、特に田中博士の昭和24年に著された論文「行政事件に関する司法裁判所の権限——司法権の限界について——」（田中二郎著「行政争訟の法理」129頁以下）を採りあげ、西ドイツの実定法および学説を基礎として、これに批判的見解を明らかにしている。ここで問題点として採り上げられているのは、統治行為、裁量の統制、訴の利益、事前規制と訴訟形式、仮の救済、および、内閣総理大臣の異議の制度の6点である。しかし、これらの問題点のうち、特に西ドイツの実定法や判例を参考に検討しているのは、「事前規制と訴訟形式」（本書45頁以下）のみのようである。その他の問題点についての見解は、簡単にいえば、司法審査の範囲を広く、そのためには審査の方法を行政手続面に及ぼそうとする点において、今村成和、室井力、兼子仁、原田尚彦等の諸教授の学説の動向と一致している。そして、「事前規制と訴訟形式」の項では、西ドイツの義務づけ訴訟の具体例を挙げ、この訴訟を認めることに消極的な田中博士によって代表される司法権の限界論を次の如く批判する。「司法審査にとって決定的に重要な事柄は、原告の権利・利益の救済の必要があるかどうか、行政庁にとってその裁量の余地がないほどに事態が確立し、そのなすべき行為が法律の解釈によって確定しうるかどうか、ということだけである。この点に関しては、司法権の限界論を説く論者は、抗告訴訟制度の一側面を絶対視しすぎているのであって、この制度のもつ法技術的側面を正当に評価していないと思われる。」（本書48頁）。そして、義務づけ訴訟の実際上の必要性について、我が国でも下級審判決は行政権の権限不行使によって生じた国家賠償を認めた例がある（造成宅地のがけ崩れ事件、大阪地判昭和49・4・19判例時報740号3頁）ことから明らかであり、西ドイツでも、行政庁の積極的介入を求める訴えが増加し、判例もこれを認めている。このような点からみて、「司法権の限界論は、行政の事前規制の問題につ

いても、現実の必要性に適應すべく再検討されなければならない状況に置かれているといつてよいであらう。」とする（本書50頁）。

「司法権の限界」について展開している宮崎助教授の見解は、憲法上の司法権概念についての解釈論とみることができる。全く同意見かどうかは疑問の余地があるかもしれないが、私も同じような解釈を採用している。ただ、この義務づけ訴訟を認めるべきであるとするのは、行訴法を改正して、これを新たに加えよとする趣旨か、または、無名抗告訴訟としてこれを広く認めるべきであるとする趣旨かは必ずしも明らかではない。この点が明らかでないのは、この論文の中心が田中二郎教授の「司法権の限界」論に対する批判にあることによるものと思われる。

第2章「行政訴訟における団体の原告適格」は、最近世界各国で問題になりつつある快適な生活環境の形成・保持、自然景観や文化財の保護など多数の国民に共通する集团的利益の保護を採り上げている。ここで、1923年のプロイセン上級裁判所判決が自然保護区域の一部について植林のための荒地開墾許可の取消しを求めた自然保護団体の請求を不適法として却下した例をはじめとして、その後のいくつかの同様な行政訴訟で自然保護団体もしくは市民団体の原告適格を否定した例を紹介する（本書70頁以下）。そして、自然環境の保護について特に規定しているバイエルン州憲法の下において、環境権を認めた例はあるが、このことは団体の訴権を認めたものではないとして、高速道路の建設計画の決定に対して自然保護団体の代表者が原告としてその取消しを求めた事案について、ヘッセン高等行政裁判所は原告の主張する環境権を斥けているとする（本書79頁）。そして、行政訴訟の領域で団体訴訟制度を法制化しようとする試みにふれ、それがブレーメン州自然保護法によって立法化されるまでことごとく挫折したが、その間に発表された法律案（私案）があるとして、これを紹介している（本書100頁以下）。そして、西ドイツの行政裁判所は団体の原告適格についてきわめて厳格な法解釈を維持しており、近い将来にそのような解釈が変更される可能性は極めて少いこと、他方、西ドイツでは、行政裁判法の改正や特別法の制定に抵抗が少いこと等を挙げたうえで、我が国について次の如く述べている。「わが国で団体訴訟制度を立法化するとすれば、多くの困難

の生ずることが予測されよう。むしろわが国では立法化の道を選択するより、現行の行政訴訟制度を合目的的に運用するほうが妥当であり且つ現実的であるように思われる」として、「行訴法9条の解釈論の再構成がなによりも急務である」と考える。」とする（本書111頁）。しかし、この点に関するドイツの判例や立法例も少ないことから、直ちに我が国の場合は行訴法9条の解釈によるべきであるとするのには可成り疑問がある。勿論、このような解釈も1つの選択かもしれないが、必ずしも唯一のものでないからである。

第3章「取消訴訟における訴えの利益」では、行訴法9条について我が国の最高裁が採る「法律上保護された利益」説の妥当性が検討されている。この「法律上保護された利益」説の特徴は、「第一に権利と反射的利益を概念的に区別し、しかも第二に、前者は実定法規の存在によってはじめて基礎づけられるとする点にある。」（本書131頁）としたうえで、権利と反射的利益の概念的区別についてのイエーリンク著「ローマ法の精神」以来のドイツの学説を検討する。そして、このようなドイツにおける権利と反射的利益との区別による行政権に対する国民の公法上の権利の脆弱性に対する自由主義的要求の成果の1つが1860年代の行政裁判所の創設であり、他の1つがドイツにおける公権論の形成であったとして、ドイツにおける行政裁判制度とのかかわりにおける公権論の意味を略述し、その歴史的制度からみて、今日の行政訴訟制の下で「法律上保護された利益」説の妥当性に疑問を提起する（本書131頁以下）。そして、宮崎助教授は、取消訴訟の原告適格について若干の新しい判断基準を挙げ、「その具体的適用にあたっては各行政分野の公法的規律の特質、利害対立の状況、法的紛争としての成熟性、他の救済手段の有無等が斟酌されることになろう。」とする（本書151頁）。この結論そのものは最近のアメリカ法における「訴の利益」についての解釈に近く、私の見解もこれに近いが、行政訴訟の件数の点を除いて、この章では現在の西ドイツの判例についてふれていない。

第4章「文化財保護と訴訟」は第2章「行政訴訟における団体の原告適格」の一部をなすものであり、その各論の1つといえるかもしれない。ここでは、「団体訴訟をめぐる西ドイツの論争と立法の展開」として、西ドイツにおける最近の自然保護に関する立法が紹介され、そこでいくつかの州が自然保護団体

に行政手続への参加権と裁判所への出訴権を認める方途を選択しようとしている（本書169頁以下）。しかし、我が国での問題解決の方途としては、第1にわが国では西ドイツのような団体訴訟制度を立法化することが困難であること、第2に、わが国の行訴法9条の規定が西ドイツの行政裁判所法42条の規定より弾力的に解釈運用する余地があることを挙げ、わが国では訴の利益について現代行政に適合した理論の再構成が当面の課題でありかつ合目的的であるというべきであろうとしている（本書175頁）。しかし、このような結論には疑問をもつ人も少なくないであろう。

第5章「行政訴訟と立証責任」では、訴訟法上の極めて技術的問題を採りあげながら、それは論者の訴訟観、公権力観が強く反映しているとして、ドイツの学説、判例が詳しく検討されている。この分野について私が全く知識を欠いていることから断定はできないが、ドイツにおけるこの点の研究として、本章は最も詳しく、かつ、客観的で秀れたものではないかと思う。

まず、「19世紀初頭から中葉にかけての代表的見解は、行政訴訟における行政権のある種の特権、たとえば、処分の即時的執行権を認めるものの、行政権の権力行使と私人の権利主張に一定の共通性を認め、行政争訟（取消訴訟あるいは損害賠償請求訴訟の訴訟形式をとる）における立証責任については、行政権の特権を認めず、むしろ民事訴訟の基本原則の適用を主張したといえることができる。しかし、19世紀中葉以降、すなわち、1860年代以降にドイツの各邦で近代的な行政裁判所が形成されるに及んで、1つの転機がもたらされた。」（本書190頁）。そして、行政裁判所創設以後の学説として、F・F・マイヤーの立証責任論、ついで、1878年から1914年までのプロイセン上級裁判所のいくつかの判決について、事実関係を含めて詳しく紹介している。そして、これら一連の判決によって確立した法理は、第1に、行政訴訟手続には民事訴訟手続の法理が適用されないこと、第2に、警察処分には要件事実の存在していたことの推定が許されること等であったとする（本書205頁）。そして、この2点は、行政訴訟では民事訴訟上の立証責任の原則の適用がないこと、および、国家権力の権限行使には適法性が推定されるべきことを意味するとする。ここで、私にとって極めて興味のある事実は、学説上このような法理の基礎が行政訴訟にお

ける職権探知主義の採用に求められていることである。そして、この職権探知主義重視とその基礎となっている行政処分の適法性の推定は、租税債権を除いて、その後ヴァイマル期の学説判例でも、原則として、維持されていた（本書230頁以下）。ついで、全体主義、指導者原理および民族共同体論の支配したナチス期にあっては、一層強く職権探知主義と職権訴訟指揮の支配が要請されたが、そこでは判例のうえでも行政権の違法な行使に対する私人の権利保護から、職権探知主義が強調されることになり、立証責任に言及されないことになる（本書242頁以下）。

第2次大戦後の西ドイツでは、行政裁判所制度は従来通り存続しているが、ボン基本法の下での行政裁判権は、立法権と行政権と対比される意味で、裁判権の一分肢とされ（92条、95条1項）、出訴事項に一般概括主義が採用され、訴訟形式も取消訴訟に限定されず義務づけ訴訟等が法定され、また、仮の権利保護制度に著しい改善が加えられた（本書249頁）。この点は既に我が国でも広く紹介されているが、このような改革によって、行政における内部的統制型とされる行政裁判制度から権利救済型のそれと大きな変革を遂げたと言われる現在の行政訴訟において、立証責任と行政処分の適法性の推定はどのように変わったか。宮崎助教授はこの点に関する判例と学説を検討する。そして、「行政訴訟における立証責任の分配は実体法の定めるところによるとし、すなわち、実体法規から生ずる当事者の法的地位によって定まるとする見解」が、今日の通説ともいふべき見解であり、多くの学説の支持するところであるとする（本書257頁）。そして、このことから、行政行為の適法性の推定を所与の前提とする見解は完全に克服され、基本的には民訴法で確立した原則を基礎としているとしている（本書258頁）。そして、その例として、1979年の連邦行政裁判所の判決を引用する。この判決は、各々の当事者は自己に有利な法規範のあらゆる要件事実の存在について立証責任を負うとの原則が妥当するとし、侵害的行政行為の要件事実の存在については行政庁、授益的行政行為のそれについては原告である市民が立証しなければ、その不利益を負担しなければならないとしているが、本書で引用されている部分の冒頭で「通常の民事訴訟における意味での主張責任および拳証責任は、職権探知主義をとる（§ 86 Abs 1 VwGO）行政訴

訟とは無関係である。」としている。このことは、現行法の下においても、行政訴訟における立証責任は民事訴訟におけるそれとは可成り異なると解され、その相違点を知ることが職権探知主義を採用しない我が国の行訴法の下での立証責任の解釈に役立つのではないと思われるが、この点について助教授は何もふれていない。確かに、この点に、「行政裁判制度を戦後も存続させながら、……通常の民事訴訟と隔離して特別の争訟制度とするのではなく、逆に、可能なかぎり、その共通性を拡大することによって行政裁判制度に司法国家的原理を注入しようとしてきた西ドイツの学説、判例の1つの傾向を見出すことができる」かもしれない。また、このことから、「私人に対する行政権のア・プリオリな優越性を前提とした立証責任論が我が国の現行憲法原理の下では妥当しえないことは当然である」(本書262頁)とすることができるかもしれない。しかし、それでは我が国でこの立証責任を具体的にどう解すべきかの問題が残ることになる。

この点について答えているのが、第6章「行政訴訟における主張・立証責任」である。ここでは、従来の我が国の学説判例を検討したうえで、「法治主義の原則の妥当するもとでは、本来、行政処分をした行政庁は原告の権利や利益を侵害するものでないことを客観的に証明し、その処分の適法性を根拠づける事実について立証責任を負うべきことが要請されている」として、次の如く述べる。第1に、国民の権利や自由を制限し国民に義務を課するような侵害的行政処分にあつては、原則として、被告たる行政庁が手続的要件、実体法的要件を含めて処分の適法性を根拠づける事実について立証責任を負うと解すべきである。第2に、立法者の政策選択に委ねられているような法律に基づいて、国民が自己の権利利益の拡張を求める場合は、原則として、それを主張する者が根拠となる事実を立証しなければならない。第3に、行政庁の裁量処分については、少くとも裁量処分を行った行政庁が裁量処分の根拠となった要件事実の存在すること、公正な手続を遵守したこと、および要考慮事項を考慮したことについて、立証責任を負わなければならないとする(本書290頁以下)。我が国では行政訴訟における当事者の立証責任について、少くとも学者の研究が少い現状では、ここで述べられている解釈も貴重なものといえる。若干の疑問を述べ



れば、それは最後の裁量処分についてである。例えば、裁量処分について被告行政庁が全面的に責任を負うべきものとするのは、原告は単に当該処分が違法であることを主張すれば足り、何の立証も必要はないことなのか、また、政策的裁量を含む行為についても、被告行政庁に同様な立証責任を課するのか等の点である。しかし、恐らく宮崎助教授も本書で述べている解釈は一般論として述べているのであって、裁量処分を違法として取消しを求める原告も違法事由について立証責任を負うし、政策的裁量処分については何らかの特例を認めるのではなからうか。私が最も疑問に思うのは、このような細かい技術的な点ではなく、西ドイツの学説判例についての詳しい研究の成果が、ここでは余り生かされていないのではないかと感ずる点である。ここでの研究の成果は、主として、行政処分の公定力またはその適法性の推定の原則についての従来の学説に対する批判として参考にされているに止まるように思われる。このような批判も意義があることはいうまでもないが、更に進んで、職権探知主義を採る西ドイツの行政訴訟と職権証拠調べ主義を採る我が国の行訴法24条とでは、当事者の主張、立証にどのような相違があるのか、または、全く相違がないのか等の点についても、西ドイツの行政訴訟に知識を欠く筆者としては是非知り度い点である。これらの点については、助教授の今後の研究に期待したい。

3 本書の内容について、我が国の行政法規の解釈論ではなく、ドイツの判例学説を中心として紹介した。このような紹介方法は著者である宮崎助教授には失礼になるかもしれないが、本書がこの点に特色をもっていることから、このことは許して頂けると思う。最後に、アメリカ法を参考にして我が国の法律を解釈しようとする立場から、本書に若干のコメントを加えることにしよう。

第1に、行政庁の行政処分概念についてである。行政活動が多様化し、拡大するに伴って、従来見られなかった分野を含めて多方面で行政庁と私人との間で生ずる紛争が増加しているのは、現代国家に共通の現象であって、アメリカ、西ドイツおよび我が国も例外ではない。問題はこのような紛争について、どのような司法的解決が図られているかにある。アメリカの場合は、行政裁判所をもたないこともあって、西ドイツ法におけるような行政行為概念というも

のではなく、裁判所は広く行政機関の行為についても担当機関または担当者を被告とする訴訟を認め、これに判断を下している。その場合、訴訟形式については制定法によって認められるに至った宣言的判決手続もあるが、その他は移送命令等従来の訴訟手続によることとし、行政訴訟に特別の手続は存在しない。そこで、宣言的判決を含めて、行政事件についての出訴の要件としては、専ら連邦憲法上の司法裁判所の権限行使の要件である「事件または紛争 (cases or controversies)」(3章2条)の解釈をめぐって展開されることになる。しかし、このことはアメリカでの行政庁の行為についての司法審査が無制限であることを意味するわけではない。行政庁の行為は議会の立法による委任に基づくことから、その行為には広い裁量が認められ、審査請求前置が厳格に要求される等の特例が認められ、司法審査は一定の制限をうけている。ただ、出訴の要件等については、裁判所の自主的判断によることが大きいから、議員定数に関する判例の変遷(久保田きぬ子「政治的問題・選挙区制」英米法判例百選(昭和39・1)からも明らかなように、その限界は可成り流動的である。このようなアメリカ法の原則は判例法主義に由来するところが大きいことはいうまでもあるまい。これに対して、行政権の一部とされ、行政内部統制型の行政裁判所をもつことから出発したドイツでは、ボン基本法の下で、それが大きな改革をうけて司法権の一部とされるに至った今日でも、行政庁の行為の司法審査は、職権深知主義の採用や行政行為の適法性の推定等いくつかの特例が認められているようである。この点について、宮崎助教授は可成り批判的のようであり、ここでも広く民事訴訟の原則が採用されるべきであるとしているようにみえる。少くとも、我が国の行政訴訟についてはこのように解すべきとしている。しかし、このように解すべきかどうかが最初の私の疑問である。この点はドイツおよびその理論を継受した我が国の行政法学における行政行為概念とは何か、それは何故アメリカ法では全然存在しないのか等の行政法の基本問題の1つと関連する。従って、これに答えるには詳細な検討を必要とするが、それは別の機会にゆずり、ここでは単に問題点を指摘するに止める。

ドイツの行政法は立法権および司法権から独立の地位をもつ行政権に対して、法治国家の理論によって、法的規制を加えるにあたって、行政庁の行為に

民法上の法律行為概念を借用し、それを行政行為理論として発展させてきたように思われる。従って、この行政行為については私法上の法律行為と異った適法性の推定その他の特例が認められることになり、現在その特例の当否が争われているといえる。アメリカでも、行政庁の行為は法令の委任に基づく点において、西ドイツのそれと本質的相違はないが、その理論構成となると全く異なる。ここでは、司法審査の対象となるかどうかは、事件性をめぐって、原告の「訴の利益」の有無が争われることになり、公権力の行使とか行政庁の優越的地位に基づく行為かどうかは出訴の要件とはなっていない。この2つの法制のうち、どちらが我が国の行政訴訟について参考になるかは、極めて興味のあるテーマであるが、我が国の行訴法が「抗告訴訟とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう。」（3条1項）としていることから、我が国では宮崎助教授を含めて、西ドイツの行政法の研究者が多いことも理由のないことではない。そして、行政裁判所を廃止した現行憲法の下で、これらの学者は、行政行為概念から公権力性を除き、抗告訴訟の対象を拡張することによって、行政庁の行為に対する司法審査の範囲を拡大しようとしている。このような解釈は、結局行政事件についての司法審査をアメリカ法のそれに近づけようとするものとして、私も十分理解できる解釈である。ただ、このような解釈は、結局従来の行政行為論の全面的批判ないし否定を前提しているように思われるが、この点についての研究は未だ見当らない。私はドイツ法について知識がないので、この点の十分な検討をする能力を欠いているが、現在の実定法の下でも、行訴法に基づく抗告訴訟と並んで、国家賠償法に基づく国賠請求訴訟も行政庁の行為の是正を求める訴訟の1つと解すれば、広い行政行為概念に立脚した行政訴訟の再構成に進むことができるかもしれない。このような点からみると、行政訴訟の出訴の要件としての団体または訴の利益を中心とする本書は行政訴訟の中心問題からはずれていないかという疑問が残る。

ついで、第2に、行政訴訟に民事訴訟の原則を採用すべきかどうかについてである。この点については、実定法上の職権探知主義の採用もあって、西ドイツの判例学説は必ずしも一致していないようである。その理由について本書は多くの検討を加えていないが、西ドイツでも、行政庁の行為が公共の利益の増

進を目的とする立法に基礎を置く行為として、私人間の行為とは異質の性質をもつものとして種々の特例を認めざるを得ないことを示しているのではないかと思う。これをアメリカ法についてみれば、私人間の法律がそのまま適用される不法行為請求法（我が国の国家賠償法にあたる）においても広く裁量行為については、政府の免責が認められ（拙稿「河川の設置・管理の瑕疵についての賠償責任」法曹時報36巻4号4頁以下）、公共施設についての差止命令等による私法上の救済には特例が認められている（拙稿「アメリカにおける騒音被害を中心とする環境汚染に対する私法上の救済」(七)、(八)法律のひろば35巻5号、6号）。このような特例が認められていることが、行政庁の行為について広く司法審査を認めることの重要な1つの根拠となっていると私は解している。従って、審査の段階で広く通常の民事訴訟の原則を採用しようとすれば、出訴の段階で行政訴訟を制限せざるを得なくなり、行政行為や訴の利益を厳格に解釈することになる。従来、我が国の学説判例の多数が採った解釈は正にその典型的な一例を示しているといえる。従って、無条件に行政訴訟に民事訴訟の原則を適用すべきであると宮崎助教授が主張しても、その主張には一定の限界があり、また、それは説得力を欠くのではなかろうか。

最後に、第3に、西ドイツでの最近の学説について参考にするべき点である。前述のように、アメリカ法は判例法であるから、裁判所の自主的判断の余地が広い。これに対して、西ドイツは制定法主義であることから、法の改正が比較的容易であり、また、活撓のようである。この点は、同じように制定法主義を採る我が国でも、今後参考にされるべきではなかろうか。義務づけ訴訟や仮の権利保護制度について、宮崎教授の今後の提案を期待したい。

以上、私の立場から本書に若干のコメントを加えたが、その立脚する考え方に若干の相違があるために、私のコメントは適切ではないかもしれない。しかし、このような異った立場からの批判が学問の発展に必要であると私は考えたので、自由に意見を述べることにした。このような私の意見は本書のもつ学問的価値を減ずるものではない。私が最も高く評価する点は、宮崎助教授がその主観的見解には不利と思われる判例等についても、事実関係を含めて詳しく紹介していることである。このことは、引用に耐えうる学問的研究書としては、当

然のことではあるが、我が国では必ずしもこのことが守られているわけではない。その意味で、我が国の行政訴訟に関する著者の見解に賛成するかどうかは別として、本書は広く行政訴訟の出訴の要件に関する秀れた研究書として、行政法学者をはじめとして、この点に興味をもつ多くの人に一読をおすすめしたい。なお、最後になって恐縮であるが、長年本学で学生や後輩の研究者の御指導に努力された田中和夫先生には、御退官後も御健康に留意され、御研究に御活躍されることを心からお祈り申しあげたい。