

研 究

行政法学における行政過程論の提唱および その課題

——日中比較的視点から——

The Advocate and Problems of the Administrative Process Theory
in the Administrative Law:
From Viewpoint of the Compare between Japanese and Chinese

江 利 紅*

目 次

はじめに

- I 日本行政法学における行政過程論の提唱
- II 中国行政法学における行政過程論の導入と展開
- III 日本と中国の行政過程論の共通点——行政過程の「全面的」・「動的」考察
- IV 行政過程論の今後の課題——日中の共通課題

おわりに

はじめに

日本と中国とは政治体制や行政制度が異なっているため、行政法律制度にも大きな違いがある。しかし、行政法学理論の面では、両国ともドイツ型の行政法学理論を導入したといえる。ドイツ型の伝統的行政法学理論は、「公法」・「公権力の行使」・「行政行為」・「行政主体」などの基礎概念

* 中国華東政法大学法律学院教授・嘱託研究所員

本論文は、中国法学会2012年度部級法学研究プロジェクト「行政過程論研究」（項目番号：CLS（2012）D125）による研究助成の一部である。

をめぐって、公私法二元論という基本的な出発点から、「法律による行政」の原理に基づき、行政行為論を中心として、構成された体系的な行政法学理論システムである。しかし、国家に複雑・多様な役割が求められる現代では、国民の多様な要求や社会の複雑化は、行政機能の拡大と専門化をもたらし、伝統的行政法学理論の公私法二元論、法治主義論、行政法学方法論、行政法学体系論、行政行為論、行政法律関係論などには、さまざまな問題が提出されてきた。これらの問題点に着目して、日本では、1970年代から、アメリカ行政学理論、ドイツ二段階論および法動態的考察論などの理論から示唆を受けて、従来の行政法学が現実の行政における行為形式を局所的に考察してきたことを反省し、行為の法効果の発生プロセスおよび各行為形式間相互の関連をも視野に入れ、行政法現象を全面的・動態的に考察すべきであると主張する「行政過程論」が登場してきた。今日では、この理論は「行政法学の発展の里程標」や「日本の主流的行政法学」と評価されている。

中国では、1978年12月18日に開かれた中国共産党第11期中央委員会第3回全体会議で「改革開放」の政策は基本国策として採用された。1978年の11期3中全会で確立した改革開放の政策は経済体制の改革のみならず、政治体制の改革をも含んでいる。すなわち、改革開放は、経済体制面で計画経済体制から市場経済体制への転換を要求する以外に、政治体制面での近代的法治国家に相応しい民主主義をも求めた。その一環として、行政制度の改革も行われた。行政制度の改革、行政法律制度の再構築および公共行政の発展が伝統的行政法学理論の変容を迫ることとなる。これに対して、各行政法学者はそれぞれの視点からいわゆる「行政法学新理論」を提唱した¹⁾。そのうち、一部の行政法学者は日本行政過程論を中国行政法学に導入したうえで、行政法の各領域で行政過程論を展開し、行政過程の視点から具体的な行政法問題を分析した。

1) 例えば、「管理論」、「権力統制論」、「平衡論」、「公共利益論」、「公共権力論」、「政府法治論」、「サービス論」など。羅豪才編『現代行政法的平衡理論』北京大学出版社1997年参照。

本論文では、日本行政法学における行政過程論提出の背景・経緯（Ⅰ）および中国行政法学における行政過程論の導入と展開（Ⅱ）を考察したうえで、日本と中国の行政過程論の特色およびその共通的な観点を分析し（Ⅲ）、さらに、日中の共通課題として行政過程論の今後の課題を検討し（Ⅳ）、将来の展望を行うことにする（おわりに）。

Ⅰ 日本行政法学における行政過程論の提唱

憲法原理の転換と現代行政の発展という背景において、1960年代の末以降、ドイツ理論²⁾に示唆された日本の行政法学の傾向として、伝統的行政法学理論³⁾、特に伝統的な行政行為論を批判し、「行政過程」(Verwaltung als Prozeß)を視点として行政法全般の問題発見に努めていくべきであるという考え方が急速に強まっている⁴⁾。このような背景の下に、「行政過程論」は次のようなプロセスを経て、提唱されてきた。

1. 園部逸夫・今村成和の「行政過程」概念の提唱

「行政過程」という用語は、もともと行政学上使われていた術語である⁵⁾。行政法学上では、最初に行政学上の「行政過程」という概念を借用

2) W.Brohm. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. VVDStRL 30. 1972. p. 245.

3) ここで、伝統的行政法学理論というのは、主として美濃部達吉に源流を發し、田中二郎が完成させた、戦後相当長期にわたって通説の地位を占めていた行政法学理論をいう。これに対して、現代行政の発展にともない、伝統的行政法学理論の再構成として発展されてきたいわゆる新しい行政法学は、「現代行政法学」と称することになった。田中二郎「行政法理論における『通説』の反省—抗告訴訟の本質を中心として」『公法研究』1968年30号198-203頁、藤田宙靖『行政法の基礎理論（上巻）』有斐閣2005年56-57頁など参照。

4) 兼子仁『行政法総論』筑摩書房1983年、87頁。

5) 行政学では、行政過程を「政府行政過程」・「公共政策過程」・「公共行政の一般過程」・「行政運行」ということもある。

して、行政活動の一般的過程を表現することがあったけれども、必ずしも特別の理論的意味合いを持たされずに、ただ、「行政活動が行われて行く過程一般」を意味するにとどまることが多い⁶⁾。園部逸夫は、1966年に「行政手続」という論文を發表し、「行政過程」を、「行政権が、行政上の目的を達成するために、憲法のもとで法令上、慣例上駆使することができるあらゆる手段を講ずる、一連の手続の連鎖」と定義している⁷⁾。また、今村成和は、1966年に『行政法入門』の教科書で「行政過程における個人の地位」⁸⁾という章を設け⁹⁾、行政学上の「行政過程」という概念を借用して¹⁰⁾、行政行為以外の各行為形式をも行政法学の視野に入れて考察した。この2つの行政過程の概念からみると、前者は「行政手続」を説明するために、後者は「行政作用」という用語の代替物として行政における各行為形式を概括するために、「行政過程」という概念を用いているにとどまるように思われる。しかし、この二論者が行政法学への「行政過程」概念の導入の先駆者であるといつてよい。それ以降、行政行為以外の行為をも含んで行政の活動のあり方をより全面的に考察し、「行政と私人の法的相関関係をより動的に把握しようとする意図から、従来の行政作用（総論）という用語にかえて」、行政過程という用語を使用する傾向が現れるようになった¹¹⁾。

2. 遠藤博也の行政過程論の提唱

遠藤博也は、まず、著書『行政行為の無効と取消』において、「行為の客観的属性としての瑕疵を捉える」従来の行政行為瑕疵論を批判し、「い

6) 藤田宙靖『行政法 I 総論（第三版再訂版）』青林書院2000年、131頁参照。

7) 園部逸夫「行政手続」雄川一郎、高柳信一編『岩波講座現代法4 現代行政』岩波書店1966年、99頁。

8) 今村成和『行政法入門』有斐閣1966年参照。

9) その他、原田尚彦は1976年に「行政過程—いろいろな行為形式」を『行政法要論』の第四章として設けた。原田尚彦『行政法要論』学陽書房1976年参照。

10) 藤田宙靖『行政法 I 総論（第三版再訂版）』青林書院2000年、131頁参照。

11) 室井力、塩野宏『行政法を学ぶ1』有斐閣1978年、57頁。

かなる形で行政行為の効力が問題となってできているか、という紛争の場面を整理し、次いで、この紛争場裏に登場する諸利益・考慮されるべき諸事情としていかなるものがあるかを明らかにすべきである」と指摘し、行政行為の瑕疵自身を考察するのみならず、行政過程における瑕疵行為に関連している各利益や諸事情を考慮しながら、瑕疵行為の公定力、無効、職権による取消などを検討すべきであると主張した¹²⁾。次に、論文「複数当事者の行政行為」において、複数当事者間で利害の対立する内容をもつ行政行為に関する本案訴訟形式、暫定的救済方法、職権取消論をめぐるドイツの議論を紹介し、行政主体と私人の双方関係に着目する伝統的行政行為論を批判し、行政過程における複数当事者の利害関係をも考察すべきであると指摘し、さらに、従来の行政法体系を批判し、これにかえて行政過程論を中心とする新しい行政法体系を構築すると提言した¹³⁾。論文「行政権限の競合と融合」においては、利害の相対立する当事者が存在する、または行政権限が競合し融合する非典型的な行政行為を分析し、考察の局所性、静態性を伝統的行政行為論の問題点として指摘し、行政行為を具体的法律関係の中で論ずるべきであると主張した¹⁴⁾。著書『計画行政法』では、伝統的行政法学の方法が「法学的方法」に限定されることを批判し、「計画行政」として特徴づけられるような現代行政の全体を考察する必要性を強調し、行政行為の法律適合性のほかに、「全体としての行政過程の正常性」を検討すべきであるとしている¹⁵⁾。論文「行政過程論の意義」においては、行政過程論を行政法学の新しい考え方として提唱し、「利害調整の場の提供」と「問題発見」の方法として行政過程論の意義を

12) 遠藤博也『行政行為の無効と取消：機能論的見地からする瑕疵論の再検討』東京大学出版会1968年。

13) 遠藤博也「複数当事者の行政行為—行政過程論の試み(1)(2)(3)」『北大法学論集』1969年20巻1-3号。

14) 遠藤博也「行政権限の競合と融合」『北大法学論集』1969年19巻4号、34-61頁。

15) 遠藤博也『計画行政法』学陽書房1976年参照。

論じた¹⁶⁾。この行政過程論に基づき、論文「行政法学の方法と対象について」においては、「制度としての行政」や「制度としての法」である行政法を「制度に内在した論理」である「法学的方法」によって考察する伝統的行政法学における実定法解釈論を批判し、「行政制度のあり方そのもの」を研究対象とし、実定法解釈論以外の法政策論などの方法を行政法学に導入すべきであると提言した¹⁷⁾。この「行政制度のあり方そのもの」を研究の対象とすべきであるとする観点は、また、論文「戦後三〇年における行政法理論の再検討」に引き継がれ、現実の行政に即して行政の特殊性にしたがって行政法の特有な考察方法を構成することが必要であり、特に、「抽象的な行政行為一般の本質ではなく、行政行為が具体的にいかなる全体の過程の中で、何を処分要件として、そのため他の処分や手続といかなる関係に立っているかなどの検討が必要なのである」とし、「行政指導をはじめ法律の根拠もなく活用されている多様な非権力的行政手段も、一般の概説書類で整理されているように、それだけを取り出して、法律の根拠、要件、効果等を論ずるだけではなく、このような行政手段論が組み合わせられ、時には不当に相関連せしめられて、一体としてのプロセスをなし、あるいは新しい行政機能を生み出していることを問題としていなければならないのである」と指摘し、「全体としての過程の正常性を問題とすべき」であると提唱されるようになった¹⁸⁾。

3. 塩野宏の行政過程論の提唱

塩野宏は、まず、論文「行政作用法論」においては、伝統的行政行為論の局所性、静態性を批判し、行政指導などの行政の用いる手段の多様性に

16) 遠藤博也「行政過程論の意義」『北大法学論集』1977年27巻3・4号、585頁参照。

17) 遠藤博也「行政法学の方法と対象について」雄川一郎等編「田中二郎先生古稀記念集 公法の理論(下I)」有斐閣1976年、1640頁以下。

18) 遠藤博也「戦後三〇年における行政法理論の再検討」『公法研究』1978年40号、174-175頁。

対応して行政過程における各行為形式を全面的に考察すべきであると主張した¹⁹⁾。そして、論文「O・バッハオフ、W・ブローム『行政の現代的課題と行政法のドグマティーク』」においては、O・バッハオフとW・ブロームの報告論文を通じて西ドイツ行政法学の動向を紹介したうえで、行政行為論を「現実の法現象とかけ離れた理論」と批判し、行政過程における各行為形式を動的に考察すべきであると提唱した²⁰⁾。室井力との共著『行政法を学ぶ1』においては、「従来の行政法学における法形式主義的な、それでいて先験的かつ演繹的な行政活動の体系的説明が、現代行政の現実的機能を直視したうえでの行政と私人との関係の法的把握にとっては十分でない」と批判し、「行政と私人の法的相関関係をより動的に把握」すべきであると主張した²¹⁾。さらに、論文「行政過程総説」においては、行政過程を理論的に分析して、次のような多角的視点を提唱している²²⁾。第一には、行為規制過程、事業規制過程、資金交付過程、公共施設建設過程などの行政過程の諸相をそれぞれに考察し、行政過程の各形態、行政過程の重疊的構成、行政機関内部での決定過程をとりまとめた。第二には、行政過程と「法律による行政」の原理との関連について、「個別の行為形式と法律の根拠ではなく、システム化された行政過程と法律の根拠が問題とされねばならない」と意識した。第三には、行政過程における行為形式の選択について、まずその選択を「立法のレベル」と「行政のレベル」にわけ、そして「立法で行為形式の類型を選択すれば、行政過程で当該法律にしたがってその行為形式を行わなければならない。立法レベルで、行為形式の選択が認めない場合、行為形式の選択は行政の裁量である。しかし、この裁量的選択は、憲法原理、法の一般原則、行政目的、相手方の意

19) 塩野宏「行政作用法論」『公法研究』1972年34号、193-202頁。

20) 塩野宏「O・バッハオフ、W・ブローム『行政の現代的課題と行政法のドグマティーク』」『法学協会雑誌』1974年91巻2号、318頁。

21) 室井力、塩野宏『行政法を学ぶ1』有斐閣1978年、57頁。

22) 塩野宏「行政過程総説」雄川一郎、塩野宏、園部逸夫編『現代行政法大系2 行政過程』有斐閣1983年、1-32頁。

見およびその他の行為形式との関連などを考えなければならない」とする。第四には、行政過程と法的仕組みとの関連について、「実際上の行政過程」を「個別具体の法律によって明示的承認された価値の実現の過程」として捉え、「あらかじめ制度化され」た「法律価値の実現の手法」を「法的仕組み」として理解すべきであるとしている。このうえで、教科書『行政法 I 行政法総論』においては、上記の行政過程論を活用して、次のように行政法総論を論じている²³⁾。第一には、行政過程における行政の行為形式論について、行政の用いる手段の多様性に注目し、「行政の活動の基本単位」としての行政立法、行政行為、行政上の契約、行政指導、行政計画などを「行為形式」として論じている。第二には、「行為形式」と、「各行政領域で共通に利用可能なものとして用意された法的仕組み」としての「行政上の一般的制度」とを理論的に区別する必要を説き、後者には「行政上の義務履行確保の制度」、「即時執行」、「行政調査」、「行政手続」を位置づけている。第三には、行政過程における私人を行政客体として論ずることを批判し、行政過程において重要な機能を果たすものとして、私人の地位およびその行為を検討した。

4. 山村恒年の行政過程論の提唱

山村恒年は、まず論文「薬事行政過程における安全管理法理の論点と課題」において、薬事行政過程というマクロ的過程とその中における許可というミクロ的過程の構造を分析し、その安全管理の法理を検討した²⁴⁾。次に、論文「環境アセスメント」において、行政過程を「組織の意思決定過程」として捉え、政治学、行政学や経済学で研究された成果を利用して環境アセスメントの過程を分析し、その合理的決定過程のあり方や条理法原則を検討した²⁵⁾。そして、「現代行政過程論の諸問題(1～14)」とい

23) 塩野宏『行政法 I 行政法総論(第二版)』有斐閣1997年、72-74頁。

24) 山村恒年「薬事行政過程における安全管理法理の論点と課題—スモン三判決を契機として」『判例タイムズ』1979年30巻7号、5-13頁参照。

25) 山村恒年『環境アセスメント』有斐閣1980年。

うシリーズ論文においては、塩野宏、遠藤博也の行政過程論をとりまとめ、目的→行為規範の認識→事実認定→予測→評価→選択→決定という意思決定過程を分析し、行政過程の分析枠組みから「合理的な裁量」論を論じた²⁶⁾。著書『行政過程と行政訴訟』においては、行政過程と行政訴訟との関連を重視し、行政過程の「どの段階でどのような争訟が許され」ているかを検討すべきであるとしている²⁷⁾。さらに、著書『行政法と合理的行政過程論』においては、次のように行政過程論を論じている²⁸⁾。第一には、行政学、公共経済学や行動科学における「組織意思決定論」、法哲学や法政策学における「正義論」を学際的に検討し、行政過程を「組織の意思決定過程」として考察し、目的・行為規範の認識（課題の設定）→調査や情報収集→事実認定→裁量基準の設定→代替案の予測→規範評価（代替案の評価）→選択・決定・表示という「ミクロ的決定過程」、政策決定過程（構想、長期計画）→基本的決定過程（総合計画基本計画）→中間的決定過程（中期計画、地域計画）→執行的決定過程（事業計画と執行）→事後レビュー過程（事後監視・評価）→修正過程（更新の拒絶、撤回、変更）という「マクロ的決定過程」および「マクロとミクロの混合決定過程」をそれぞれに分析した。第二には、一つの意思決定過程を「政策課題」、「政策的計画」、「行政計画」、「行政処分」の各段階を分解し、それぞれの段階の規範論を論じた。例えば、行政調査について、一つの行政作用のみならず、その「発生源が即時強制であることから明らかであるように、適正な行政決定を担保するための資料収集と、他方における私人の自由な生活領域の確保の調査」であることを示し、「現地調査、過去類似例の分析調査がなされたか、住民参加、代替案調査がなされたかなど、調査過程の合理性が検討される必要がある」と指摘し、「政策課題」、「政策的

26) 山村恒年「現代行政過程論の諸問題（1～14）」『自治研究』58巻9号～62巻11号（1982～1986年）。

27) 山村恒年『行政過程と行政訴訟』信山社1995年。

28) 山村恒年『行政法と合理的行政過程論—行政裁量論の代替規範論』慈学社2006年。

計画」,「行政計画」,「行政処分」の各段階に応じた行政調査「の合理性の条理法が検討され,それによる司法的統制がなされる必要がある」と主張した。第三には,行政過程の司法審査について,従来の裁量審査方式から行政過程論の考え方に基づく行政過程の合理性の司法審査方式の転換を主張し,実定法令,関連法令の趣旨目的,条理法などの「外部的作用の法規範」の以外に,通知,通達などの行政内部規範をも合理性の規範として,行政過程の合理性を審査すべきであると主張した。

5. 原田尚彦の行政過程論の提唱

原田尚彦は,行政過程の司法審査の視点から,行政過程論を考察した²⁹⁾。「現代国家においては,社会構造の高度化・複雑化にともない,行政は流動する事態への機動的対応を余儀なくされるようになった。行政法システムは,広範・多面化して錯綜を深め,いろいろな面で,構造的に変化してきていることに注意しなければならない。」³⁰⁾このような行政過程論の基本的視点に立ち,行政過程を法律の単なる機械的執行ではなく,利害関係人の参加による「政策創造の過程」として位置付ける³¹⁾。そして,この視点から,行政過程を,行政立法・政策立案・計画決定などの目標・基準を設定する過程,行政行為など法律を具体的に適用する過程,行政強制過程,紛争裁断過程などの四つの過程³²⁾にわけ,それぞれに考察したものである。

29) 原田尚彦『行政法要論』学陽書房1976年,また,原田尚彦「行政過程の司法審査」原田尚彦『訴えの利益』弘文堂1979年,166頁以下など参照。

30) 原田尚彦「行政裁量論雑感」兼子仁,宮崎良夫『行政法学の現状分析—高柳信一先生古稀記念論集』勁草書房1991年,215頁。

31) 原田尚彦「行政過程の司法審査」原田尚彦『訴えの利益』弘文堂1979年,181頁。

32) 原田尚彦,小高剛,田村泰俊,遠藤博也『行政法入門』有斐閣1990年。

6. 高田敏の行政過程論の提唱

高田敏は、実質的法治国家論から行政過程論を論じる。すなわち、実質的法治主義論に立ち、行政法を法治主義の行政の場における具体化法として、行政の各行為形式を法治主義行政の場における実現過程として捉えるとしている。さらに、行政過程を「立法過程—行政の組織権限体系の成立—内部過程—外部への作用—命令違反の場合の強制・制裁—事後的救済手続」などの段階から構成されるプロセスとして、行政過程の法的統制のあり方を行政法学の課題として考察していた。「行政過程論の成果の一つである行為形式論は、行政の法的統制を強める方向へと展開させることも可能である」と指摘される。また、「行政過程においては、行政のほかに、私人が今一つの主体として存在する。この私人の行政過程における地位は、現代化とともにますます多様化しているが、その地位を、人権保障という法治主義の目的に適合するように、構成しなければならない。」³³⁾と主張している

7. 和田英夫の行政過程論の提唱

和田英夫は、行政手続論的視点から行政過程論を導き出した。具体的にいえば、行政手続論を論じたうえで、「行政手続の上のようなおくれた状況と関連して、行政活動をめぐる法現象を行政の一連の流れのなかでひろく全体として把えるべき」であるという行政過程論を提言した。「行政過程論の登場として評価できよう。それは、今日における行政と私人との間の、さまざまな法的相互関係を、一つ一つ、個別の事案として切り離してではなく、全体として、ひろく、動的（ダイナミック）に把えなおそうという発想にたつ。従来の伝統的な行政法論は、主として行政行為論を基軸に展開されてきたといえるが、変貌をかさねつつある現代行政の具体的・現実的機能をみつめてゆくならば、助言・勧告・通達といった形での

33) 高田敏『行政法—法治主義具体化法としての（改訂版）』有斐閣1994年、83-85頁。

行政指導や行政計画など、従来からの行政行為から、はみ出たものが多くなっている。これらのことを含めて、行政過程論の視点から、行政機能を全体として動的に把握するということには、確かにメリットがある」と指摘した³⁴⁾。

8. 大橋洋一の行政過程論の提唱

大橋洋一は、『行政法—現代行政過程論』という行政法教科書において、行政過程論の視点から行政法学総論を構築した。同書は、「激動する現代社会のダイナミズムに対応できる『新しいタイプの行政法テキスト』を目標に」、「都市法、環境法、情報法、福祉法、といった現代的諸領域から多くの具体的素材を求め、『市民を主人公とした対話型行政システム』を構想したものである。」³⁵⁾そして、このような行政過程論を基礎としつつも、これを越えることを試みる作業も行われ³⁶⁾、「考察対象となる素材の動態性に起因して、現代行政過程論自体も『絶えざる変革を要する法』としての性格をもつものであり、それはイノベーションの機運に支えられて初めて成立可能な創造的理論体系なのである」と論じた³⁷⁾。

9. 各行政領域に関する行政過程論の提唱

以上の学者が提唱した行政過程論以外、皆川治廣³⁸⁾、竹内雄一郎³⁹⁾、堀内健志⁴⁰⁾、平谷英明⁴¹⁾、池田政章⁴²⁾、手島孝⁴³⁾、磯野弥生⁴⁴⁾などの学

34) 和田英夫等『現代行政法概説』三和書房1982年、33-34頁。

35) 大橋洋一『行政法—現代行政過程論(第2版)』有斐閣2004年、はじめにi頁。

36) 大橋洋一「新世紀の行政法理論—行政過程論を越えて」小早川光郎、宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念 行政法の発展と変革(上)』有斐閣2001年、107頁以下。

37) 大橋洋一「新世紀の行政法理論—行政過程論を越えて」大橋洋一『都市空間制御の法理論』有斐閣2008年、345頁。

38) 皆川治廣『行政法の基本体系』北樹出版1995年、110頁。

39) 竹内雄一郎等『要説日本行政法』高文堂出版1987年、115-116頁。

40) 堀内健志『行政法I』信山社1996年、85頁。

者も、各視点からそれぞれに行政過程論を提唱した。また、阿部泰隆の「法システム論」は、行政過程における活動形式全体をいくつかの「法システム」にわけて捉え、伝統的行政法理論を根本的に再構成しようとする意欲的な試みである⁴⁵⁾。山村恒年は、阿部泰隆の「法システム論」を「行政過程応用論的なもの」として、「新行政過程論」としての実質を有する、と評価した⁴⁶⁾。

そして、具体的な行政領域に限定してその領域の行政過程を考察する具体的な行政過程論もある。例えば、佐藤英善は、「現代経済と行政—経済活動へ行政介入」という論文において、行政作用法論の観点から、経済行政作用を素材にして、行政過程論の必要性を説いた。これまでの「法律による行政の原理」からすれば、作用法的統制がその中核をなすが、経済行政作用の領域のうち政策決定過程は、事柄の性質上、作用法的統制には必ずしもなじまない。作用法的統制を厳格に行えば、時とともに変動する経済に対応することはできないし、また、政策形成は、その多くが「適法性」の問題ではなく、「妥当性」が問われるものである以上、作用法的統制には必ずしもなじまない点が多いからである⁴⁷⁾。すなわち、「従来の行政法学方法論では、現代行政をめぐる法現象をトータルに、かつ的確に把握しえない部分が存在する」ことは、行政過程論の提出の要因である⁴⁸⁾。この行政過程論に立ち、佐藤英善は、経済行政過程に対して、「国家によ

41) 平谷英明『行政法の新展開』学陽書房2005年、40頁。

42) 池田政章「憲法と行政法」『公法研究』1979年41号、58-61頁。

43) 手島孝、中川義朗『基本行政法学（第三版）』法律文化社2005年、109-110頁。

44) 磯野弥生『最新行政法入門』学陽書房2005年、22頁。

45) 阿部泰隆『行政の法システム(上)』（新版）有斐閣1997年、53頁以下参照。

46) 山村恒年『行政法と合理的行政過程論—行政裁量論の代替規範論』慈学社2006年、15頁。

47) 佐藤英善「現代経済と行政—経済活動へ行政介入」『公法研究』1982年44号、183頁。

48) 佐藤英善『行政法総論』日本評論社1984年、139-142頁。

って形成された国家意思が、公行政によって具体化され、国民の権利自由に影響を与える全過程である」と定義し、二つの段階にわけて考察した。「一つは、国会が定めた法律に基づいて、経済行政作用の具体的基準を定める『法定立行為=行政立法』や『政策決定』あるいは『計画』策定を行う段階のそれであり、二つには、これらを前提にして、国民との間に具体的権利義務の設定や変更・消滅を行う段階である。」⁴⁹⁾また、安本典夫は開発行政の過程行政過程論の視点から考察した⁵⁰⁾。これらの考察は、各行政領域の現実における各行政の行為形式の法的仕組みを明らかにさせた一方、総論としての行政過程論の理論構築に対しても、一定の意義をもっている。

II 中国行政法学における行政過程論の導入と展開

中国では、伝統的行政法学理論は、改革開放後、行政の改革および現代行政・行政法現象の新しい展開によって維持できなくなっているため、さまざまな問題が提出されていた。中国の行政法学者は、これらの問題点に直面して、1990年代から、日本の行政過程論の主な内容を紹介したうえで、中国行政法学に行政過程論を導入し展開してきた。

1. 中国行政法学における行政過程論の導入

中国の台湾地域では、1980年代から、行政過程論を日本行政法学の新理論として紹介したことがある。例えば、許志雄は、「戦後日本行政法学の発展」の論文において、行政過程論を戦後の日本行政法学の発展の成果の一つとして紹介した⁵¹⁾。陳春生は、『行政法学の学理と体系』の著書

49) 佐藤英善「現代経済と行政—経済活動へ行政介入」『公法研究』1982年44号、181-182頁。

50) 安本典夫「開発行政の過程」『公法研究』1984年46号、173-174頁。

51) 許志雄「戦後日本行政法学之発展—以方法及対象之論争為中心」『東海法學論叢』1987年3号、39頁。

(1996年)⁵²⁾や「日本行政過程論の略説」(1998年)⁵³⁾の論文において、日本の行政過程論、特に塩野宏の行政過程論に関する観点を詳しく紹介した。劉宗徳は「日本行政法学の現状」という論文において、日本の各行政過程論者の観点を多面的に紹介した⁵⁴⁾。蔡秀卿は、「日本行政法学の現況」(1998年)という論文において、行政過程論を日本行政法学新理論の一つとして紹介した⁵⁵⁾。頼恒盈は、『行政法律関係論の研究』という著書において、日本の行政過程論を紹介したうえで、行政法律関係の動態的な考察という観点を提唱した⁵⁶⁾。劉麗霞は、「行政過程の視点から税務調査を論じる—所得税を中心として」という修士学位論文において、日本の行政過程論の主な観点を紹介したうえで、この理論を方法論として税務調査の法的性質、法律効果、救済ルートなどを考察し分析した⁵⁷⁾。

中国の大陸では、最初に日本行政過程論を紹介したのは、楊建順である。楊建順は、『日本行政法通論』(1998年)において、日本行政過程論の観点を簡单的に紹介した⁵⁸⁾。そして、楊建順は、1999年に塩野宏の『行政法学』のテキストを中国語に翻訳して出版した。その中で、塩野宏が行政過程論の観点を取りまとめている⁵⁹⁾。何勤華は『20世紀日本法学』の著作(2003年)において、塩野宏の「行政作用法論」という論文の主な観

52) 陳春生『行政法之学理与体系(一)—行政行為形式論』台湾三民書局1996年、9頁。

53) 陳春生「日本之行政過程論浅析」台湾“司法院”編『行政訴訟論文彙編』1998年版、102頁、陳春生「日本之行政過程論浅析」陳春生『行政法之学理与体系(二)』台湾元照出版公司2007年、232頁参照。

54) 劉宗徳「日本行政法学之現状分析」劉宗徳『行政法基本原理』台湾学林文化事業有限公司1998年、63-73頁参照。

55) 蔡秀卿「日本行政法学的現況」『月旦法学雜誌』1998年38号、40-48頁参照。

56) 頼恒盈『行政法律関係論之研究—行政法学方法論評析』台湾元照出版公司2003年、53頁。

57) 劉麗霞「從行政過程論税務調査—以所得稅為中心」台湾“國立政治大学”2008年碩士學位論文参照。

58) 楊建順「日本行政法通論」中国法制出版社1998年、121-123頁参照。

59) 塩野宏『行政法』、楊建順訳、法律出版社1999年、63-67頁参照。

を取りまとめて、その中で、塩野宏の行政過程論の観点をも含めて紹介した⁶⁰⁾。また、湛中樂は、「現代行政過程論」(2004年)の論文や『現代行政過程論—法治理念・原則と制度』(2005年)の著書においては、日本行政過程論の主な内容を紹介した⁶¹⁾。魯鵬宇は、「日本行政法の学理構造の变革—行政過程論を觀察の視点として」(2006年)の論文において、行政過程論を、日本伝統行政法学を引き継ぎ発展させる新理論として、その主な内容を紹介した⁶²⁾。また、筆者は2008年に「日本行政過程論研究」の博士学位論文を中国政法大学に提出し、日本の行政過程論の提唱、主な観点や課題などを詳しく紹介し、分析した⁶³⁾。そして、筆者は2008年には「現代日本行政法学理論の発展」の論文と『日本行政法学基礎理論』の著書において、行政過程論を日本の戦後の行政法学新理論として紹介した⁶⁴⁾。さらに2012年、筆者は、「日本行政過程論の主な観点について」の論文を発表し、日本行政過程論の代表者としての遠藤博也、塩野宏、山村恒年等の学者の観点を紹介し、比較的に分析した⁶⁵⁾。なお、一部の学者は、行政法学の方法論を論じる場合、行政過程論の観点を紹介したことがある⁶⁶⁾。さらに、最近の行政法学のテキストにおいても、日本行政過程

60) 何勤華『20世紀日本法学』商務印刷館2003年、314-319頁。

61) 湛中樂「現代行政過程論」羅豪才主編『行政法論叢』第7巻、法律出版社2004年、55頁、湛中樂『現代行政過程論—法治理念、原則与制度』北京大学出版社2005年、1頁参照。

62) 魯鵬宇「日本行政法学理構造的变革—以行政過程論為觀察視角」『當代法学』2006年4号、153-160頁。

63) 江利紅「日本行政過程論研究」中国政法大学2008年博士学位論文参照。

64) 江利紅「論現代日本行政法学理論之発展」『公法研究(浙江大学)』2008年6号、405-424頁、江利紅『日本行政法学基礎理論』知識産権出版社2008年、322-363頁参照。

65) 江利紅「日本行政過程論的主要観点探析」『国家檢察官学院学報』2012年3号、151-160頁。

66) 例えば、高秦偉「行政法学方法論的回顧与反思」『浙江学刊』2005年6号、30頁、伍華軍「行政法学方法論的反思与調整—基于法治国理念的變遷」『學術

論を紹介したことがある⁶⁷⁾。

2. 中国行政法学における行政過程論の提唱

以上の論文や著書からみれば、中国では、日本の行政過程論が十分に紹介されたといえる。しかし、前述のように、日本において、行政過程論はその提唱の初期段階にとどまっている。その具体的な観点は各論者によって異なっている。しかも、中国の行政や行政法律制度は日本と同じではない。この視点からみれば、中国行政法学の発展にとって、日本の行政過程論の紹介のみでは十分ではなく、そのうえで、中国の現代行政と行政法律制度の発展に応じて行政過程論を発展させる必要がある。そのため、中国の行政法学者は中国の行政や行政法律制度に基づき、下記のように行政過程論の観点を提唱した。

まず、朱維究などは、行政行為を実体的行政行為と手続的行政行為にわけ、手続的行政行為の視点から行政活動の過程を動的に考察するという理念を提唱し⁶⁸⁾、単一の行政行為の過程および複数の行政行為間の過程を動的に考察することを主張し、行政過程論の枠組みを示した⁶⁹⁾。李琦は、行政過程論の視点から、行政行為の効力を動的に検討し、「動的行政行為効力論」を提唱した⁷⁰⁾。湛中樂は、行政法学の「平衡理論」⁷¹⁾の視点から行政過程論の考え方を提唱し、そしてこの考え方に基づいて行

交流』2008年5号、28頁、侯宇「行政法学方法論初探」『甘肅政法學院學報』2011年4号、115頁、など参照。

67) 朱新力主編『行政法学』高等教育出版社2004年、286頁、陳紅主編『行政法与行政訴訟法学』廈門大學出版社2006年、112頁、江國華『中国行政法（総論）』武漢大學出版社2012年、170-182頁、など参照。

68) 朱維究、閻爾宝「程序行政行為初論」『政法論壇』1997年3号、91頁。

69) 朱維究、胡衛列「行政行為過程性論綱」『中国法学』1998年4号、70-71頁。

70) 李琦「行政行為効力新論—行政過程論的研究進路」中国政法大学2005年博士学位論文、13頁。

71) 羅豪才を代表とする中国行政法学者は、旧ソ連の「管理論」や西洋の「権力

政主体、行政行為、行政法の価値・原則・制度を検討した⁷²⁾。湛中樂は、現代行政法学が行政過程を問題の対象として、主体、行為、価値目標、原則、制度を一つのシステムにおいて全面的に考察すべきであると主張した⁷³⁾。張弘、張鋼は行政過程論に基づき、行政過程の法的性質および行政過程と行政法律関係との関連を論じた⁷⁴⁾。また、台湾学者の頼恒盈は、行政過程論の視点から、行政法律関係を動態的に考察する「動態的行政法律関係論」を提唱した⁷⁵⁾。陳春生は、行政過程論の視点から、「仮の行政行為」の理論と現実を考察し、行政過程論における行為形式論を論じた⁷⁶⁾。

筆者は博士学位論文において、日本行政過程論を紹介したうえで、行政過程論の基本的な視点を取りまとめ、その問題点や今後の課題を分析した⁷⁷⁾。そして、伝統的行政行為論が行政行為のみに着目し、その他の行為形式および各行為形式間の関連には十分な関心を払っていなかったため、現実の行政法現象を把握するには不十分であると批判したうえで、現

統制論」を批判し、「平衡論」を行政法理論の基礎として提唱した。羅豪才、袁曙宏、李文棟「現代行政法的理論基礎—論行政機関与相对人一方的權利」『中国法学』1993年1号、52-59頁、羅豪才主編『現代行政法的平衡理論』北京大学出版社1997年、など参照。

- 72) 湛中樂『現代行政過程論—法治理念、原則と制度』北京大学出版社2005年、1頁。
- 73) 湛中樂の『現代行政過程論—法治理念、原則と制度』の書評として、管蠡「行政過程論—行政法研究の新視角」『前線』2006年4号、61頁参照。
- 74) 張弘、張鋼『行政解釋論作為行政法之適用方法意義探究』中国法制出版社2007年、175頁。
- 75) 頼恒盈『行政法律關係論之研究—行政法學方法論評析』台湾元照出版公司2003年、81-91頁。
- 76) 陳春生「中華民國における仮の行政行為の理論と實現」小早川光郎、宇賀克也編『塩野宏先生古稀記念 行政法の發展と変革(上)』有斐閣2001年、493頁。また、陳春生『行政法之學理与体系(一)—行政行為形式論』台湾三民書局1996年、13頁以下参照。
- 77) 江利紅「日本行政過程論研究」中国政法大学2008年博士学位論文参照。

代行政法学において「行政過程」の概念を導入すべきであると主張した⁷⁸⁾。さらに、行政過程の全面的・動態的考察という行政過程論の基本的な視点をめぐって、行政法学の対象の拡大化、行政法基本原理としての法治主義の実質化、行政法学方法論の多様化、行政法学体系論の再構築、行政行為論の変革、行政法律関係論の発展などの視角から、行政過程論の理論体系を構築することを試みた⁷⁹⁾。

3. 中国行政法学における行政過程論の展開

上述のように、行政過程論は中国の行政法学に導入された。そのうえで、一部の行政法学者は、行政過程論を活用し、行政行為論、各類型の行政行為およびその他の行為形式、行政手続、行政責任などを研究した。

(1) 行政行為論の研究

伝統的行政行為論に対する批判は、行政過程論の提唱の一つの要因である。中国では、多くの行政法学者は、行政行為論の不足を補う立場から、行政過程論の観点を論じた。

第一には、行政行為類型化の研究。例えば、章志遠は、行政行為類型化の理論を批判し、行政過程論が伝統的行政行為類型化理論の「一瞬の撮影」のような局所的考察の問題点を解決することができるとした⁸⁰⁾。筆者は、現実の行政が過程としての全体性、動態性などの特色をもっているが、伝統的行政法学が行政行為の概念を以て現実の行政を考察する場合、局所性、静態性、形式性などの欠陥をもっているため、現代行政法学には行政過程の概念を導入し、一定の行政目的の達成のための各行政作用から構成された行政過程を行政法学の考察対象とすべきであるとした⁸¹⁾。

78) 江利紅「論行政法学中『行政過程』概念的導入—從『行政行為』到『行政過程』」『政治与法律』2012年3号, 79-90頁。

79) 江利紅「以行政過程為中心重構行政法学理論体系」『法学』2012年3号, 51-62頁。

80) 章志遠, 胡磊「公私協力的興起与行政行為理論的變遷」『山東警察学院学報』2010年6号, 43頁。

第二には、行政行為効力論の研究。例えば、李琦は、行政過程論における動態論、システム論、段階論を方法論として、行政行為の効力を動的に検討した⁸²⁾。劉国は行政過程論の視点から、行政行為の効力を「手続的効力」と「実体的効力」にわけ、規律力と公定力を「手続的効力」に、不可変更力、不可争力、執行力を「実体的効力」に位置づけた⁸³⁾。張健宝は、行政過程論の視点から、行政行為の効力の理論体系を再構築した⁸⁴⁾。江必新などは、行政過程論の視点から行政行為の公定力の理論根拠を検討した⁸⁵⁾。

第三には、行政過程における各行為形式の関連性および行政過程の段階的構造の研究。例えば、楊科雄は、現代行政法学においては行政の過程性に注目し、行政行為の段階性を重視すべきであるとした⁸⁶⁾。筆者は、現実の行政過程を対象として、行政過程の全体およびその中における各行為形式間の関連に着目し、行政過程の段階的構造を分析し、その法的仕組みを動的に分析する。具体的にいえば、マクロ行政過程を基準段階、行為段階、執行段階、救済段階の四つの段階にわけ、ミクロ行政過程を法律事実認定段階、法律規範適用段階、決定段階、宣告段階の四つの段階にわけ、各段階の法的仕組みをそれぞれに考察した⁸⁷⁾。そのうえ、筆者は、行政法実施過程における各法律行為の関連性に着目し、現実の行政法の実

81) 江利紅「論行政法学中『行政過程』概念的導入—從『行政行為』到『行政過程』」『政治与法律』2012年3号, 79頁。

82) 李琦「行政行為効力新論—行政過程論的研究進路」中国政法大学2005年博士学位論文, 13頁。

83) 劉国「我国行政行為效力内容理論的回顧与反思—基于行政過程論視角的内容重構」『研究生法学』2011年26卷2号, 53-64頁。

84) 張健宝「行政行為効力体系的重構」山東大学2008年修士學位論文, 38-48頁。

85) 江必新, 羅英「論行政決定公定力之起点」『湘潭大学学报(哲学社会科学版)』2011年1号, 53-57頁。

86) 楊科雄「行政許可与行政階段行為」最高人民法院行政審判庭編『行政執法与行政審判』2010年3号, 中国法制出版社2010年, 31頁。

87) 江利紅「行政過程的階段性法律構造分析—從行政過程論的視角出發」『政治与法律』2013年1号, 140-154頁。

施過程を全面的・動態的に考察し、現代行政法学が単一の行政行為の法律適合性を要求するうえに、行政法の実施の効果を重視し、行政法の立法目的の実現を確保する必要があるとした⁸⁸⁾。また、一部の行政法学者は、行政行為の過程性を認め、行政行為を「中間的行政行為」と「最終的行政行為」にわけ、各類型の行政行為の法律特性を検討した⁸⁹⁾。

第四には、複数の行政行為や多段階の行政行為の研究。例えば、朱維究などは複数の行政行為のプロセスを規範制定、決定作成、監督などの段階にわけ、そのうえで各段階における行為の性質や合法性をそれぞれに考察すべきであるとした⁹⁰⁾。肖澤晟は、行政過程論の視点から、行政過程の先行段階における行政許可と後続段階における行政許可の間の違法性継承の関係を検討し、多段階の複数の行政許可を一つの許可としてその違法性を審査すべきであるとした⁹¹⁾。楊科雄は、行政過程論の段階的考察方法を利用して、多段階な行政許可と段階わけの行政許可の法律構造を分析し⁹²⁾、前期段階における行為と後期段階における行為との関連からその訴訟の問題を検討した⁹³⁾。

第五には、行政行為の裁量の研究。例えば、周佑勇などは、行政過程論の視点から、「法律—基準—事例」という動態的・段階的な行政過程において、中間段階としての裁量基準を検討した⁹⁴⁾。代温世は行政過程論の

88) 江利紅「論行政法実施の全面動態考察」『当代法学』2013年3号, 34-42頁。

89) 胡建淼『行政法学』法律出版社2003年, 204-205頁, 胡建淼主編『行政行為基本範疇研究』浙江大学出版社2005年, 269-272頁参照。

90) 朱維究, 胡衛列「行政行為過程性論綱」『中国法学』1998年4号, 72-73頁。

91) 肖澤晟「多階段行政許可中の違法性継承—以一起不予工商登記案為例」『国家行政学院学報』2010年3号, 77頁。

92) 楊科雄「行政許可与行政階段行為」最高人民法院行政審判庭編『行政執法与行政審判』2010年3号, 中国法制出版社2010年, 31-36頁。

93) 楊科雄「階段性行政許可与行政法」中国法学会行政法学会研究会編『社会管理創新与行政法—中国法学会行政法学会研究会2010年会論文集』中国政法大学出版社2012年, 316頁。

94) 周佑勇, 錢卿「裁量基準在中国的本土實踐—浙江金華行政処罰裁量基準調査

視点から行政行為の裁量基準を検討し、裁量基準における技術的な手段を合理的に規定したうえで、裁量の法的統制のプロセスを全面的に考察し、裁量基準と立法や司法審査の連続性を重視しなければならないとした⁹⁵⁾。また、汪薇は、行政過程論の視点から、行政裁量の法的統制のあり方を検討し⁹⁶⁾、行政裁量の過程を「法律モデル」と「法律結果」にわけ、さらに裁量の「法律モデル」部分を事実認定、要件認定、包摂の三段階にわけ、「法律結果」部分を決定裁量と選択裁量にわけることができるとした⁹⁷⁾。

(2)各類型の行政行為およびその他の行為形式の研究

上述のように、各学者は行政過程論の視点から伝統的行政行為論を再検討した。そのうえで、行政過程論の視点から各類型の行政行為およびその他の行為形式を具体的に分析したこともある。

第一には、行政調査の研究。例えば、周佑勇は、行政過程論の視点から、行政調査を行政過程における「一般的制度」に位置付け⁹⁸⁾、行政調査を行政過程の一段階として考察した⁹⁹⁾。万敬は、行政過程論の視点から行政調査を権力の源泉、調査の実施、調査の結果などの段階にわけて、その瑕疵を検討した¹⁰⁰⁾。劉麗霞は、行政過程論を方法として税務行政の目的を実現するすべての過程を考察し、税務調査を事前的情報収集の活動と審査段階における事後的調査手段にわけ、各調査の効果や救済ルートな

研究」『东南大学学报（哲学社会科学版）』2010年4号，48頁。

95) 代温世，鄭傑「行政過程論視閥下的裁量基准」『天水行政学院学报』2012年2号，101-102頁。

96) 汪薇「行政過程視角下行政裁量的控制研究」中国地質大学2011年硕士学位論文，1頁。

97) 汪薇「行政裁量過程的軟法之治」『經濟師』2011年2号，78-79頁。

98) 他の学者も同じな観点をもっている。徐勇「行政調査及其法律規制」汕头大学2007年修士學位論文，19頁参照。

99) 周佑勇「作為過程的行政調査—在一種新研究範式下的考察」『法商研究』2006年1号，129-136頁。

100) 万敬「我国瑕疵行政調査研究」江西師範大学2008年硕士学位論文，7頁。

どを検討した¹⁰¹⁾。また、行政過程論の視点から行政調査報告の公開などの問題を研究したこともある¹⁰²⁾。

第二には、行政計画の研究。例えば、楊建順は、行政計画の過程性という特色を十分に認識し、行政行為の類型化によって各行政行為の法律適合性を要求するという伝統的行政法学のやり方を変更し、行政過程論の視点から行政計画を考察すべきであるとした¹⁰³⁾。朱新力は、行政計画の策定と実施は政策的要素をもっているため、行政過程における各行為にわけて考察する伝統的行政法学の方法を変更し、行政過程論の視点から行政計画の法的効果を考察すべきであるとした¹⁰⁴⁾。王青斌は、行政過程論を方法論として行政計画の問題を考察し、行政計画を計画目標の確定、計画の起草、計画の策定、計画の実施などの段階にわけ、各段階における行為を具体的に分析した¹⁰⁵⁾。

第三には、行政強制の研究。例えば、余凌雲は、行政強制を孤立して考察することではなく、行政過程論の方法で行政強制のすべての環節、特にそのうちの仮強制措置を考察すべきであるとされた¹⁰⁶⁾。崔卓蘭などは、「行政強制法」の立法草案を検討した際、行政過程論の視点から、「行政強制法」の立法が過程と結果の二重価値を立法目標とすべきであるとされた¹⁰⁷⁾。楊建順は、「行政強制法」の法律条文を注解する際、行政強制を各

101) 劉麗霞「從行政過程論稅務調查—以所得稅為中心」台湾“國立政治大學”2008年碩士學位論文參照。

102) 葉禮「個別行政調查報告的公開性研究—以行政過程論為路徑」『研究生法學』2010年4号，101-107頁。

103) 楊建順「計畫行政的本質特徵與政府職能定位」『中國人民大學學報』2007年3号，124頁。

104) 朱新力主編『行政法學』高等教育出版社2004年，286頁。

105) 王青斌『行政規畫法治化研究』人民出版社2010年，54頁。

106) 余凌雲『警察行政權力的規範與救濟—警察行政法若干前沿性問題研究』中國人民公安大學出版社2002年，147頁，胡錦光主編『行政法專題研究（第二版）』中國人民大學出版社2006年，175頁。

107) 崔卓蘭，張婧飛「追求過程與結果的雙重價值—圍繞我國行政強制立法的探索」『華南師範大學學報（社會科學版）』2008年3号，3-9頁。

行政行為の実現の保障手段および行政過程の重要な構成部分とすべきであるとされた¹⁰⁸⁾。

第四には、不動産立退きの研究。例えば、張念強は、行政過程論の視点から不動産立退きの過程における行政機関の各行為を分析し、不動産立退きの行政過程を行政計画、行政徴収と行政許可の三種類の行為にわけたうえで、この三種類の行為の関連を論じた¹⁰⁹⁾。

第五には、都市管理の研究。鄧曉東は、行政過程論を方法として都市管理の問題を考察し、都市管理に関する行政行為を行政過程からわけて研究する伝統的行政行為理論を批判し、行政政策の策定過程を重視し、都市管理に関する行政過程を考察すべきであるとした¹¹⁰⁾。魏洪杰は、行政過程の視点から都市管理の法律制度を検討し、都市管理の活動を「交渉と対話」の過程として分析した¹¹¹⁾。また、一部の学者は、商工行政管理の過程を調査と事実認定、法律解釈と法定事実要件の認定、事実を法定事実要件、法律効果の確定、執行、行政手続の選択などの六部分にわけ、それぞれ考察し、分析した¹¹²⁾。

第六には、政府情報公開の研究。例えば、程雁雷などは、行政過程論のもとで、政府情報公開が政府の文書の公開のみならず、行政過程の公開を含むとされた¹¹³⁾。また、蔣紅珍は、行政過程論の視点から、「華南虎写真事件」¹¹⁴⁾における政府情報公開行為を若干の段階にわけ、その行為の瑕疵

108) 楊建順『行政強制法18講』中国法制出版社2011年、264頁。

109) 張念強「行政過程中各行政行為邏輯順序分析—以拆遷過程為研究對象」『研究生法学』2010年25巻5号、2-8頁。

110) 鄧曉東「城管執法制度的和諧進路—以行政過程論為方法」『閩江学院学報』2011年6号、51頁。

111) 魏洪杰「『行政過程』視野下城管法律制度研究」中国政法大学2008年修士學位論文、1頁。

112) 中国工商管理学会編『中国工商管理学会2006-2007年課題成果集』中国工商出版社2009年、209頁。

113) 程雁雷、梁亮「基于行政過程的政府信息公開」『行政程序的法治化：中国法学会行政法学会研究会2009年年会論文集(上)』中国政法大学出版社2011年、375頁。

を分析した¹¹⁵⁾。孔海見は、行政過程論の視点から、監視カメラの設置の過程における国民の民主的参与の問題を検討した¹¹⁶⁾。

第七には、行政政策決定の研究。例えば、呂成は、行政過程論の視点から行政政策決定を分析し、行政政策決定が一つの行政行為ではなく、行政過程の一つの段階であるとされた¹¹⁷⁾。戴建華は、行政過程論を方法として、行政政策決定が動態的方式で行政目的を実現する「一般的制度」であるとした¹¹⁸⁾。

第八には、行政協力の研究。例えば、周春華は、行政過程論の視点から行政協力を研究し、行政協力が一つの行為のみならず、全体としての過程であるとし、そのうえで「行政協力過程」の概念やその構成要素を分析した¹¹⁹⁾。

第九には、リスク規制と予防行政の研究。例えば、曾贇は、行政過程論を方法論として、「法律商談理論」という視点から予防行政の法的統制のあり方を検討した¹²⁰⁾。

(3)行政手続の研究

行政過程という概念は伝統的行政法学における行政手続の概念と比べる

114) 2007年10月、陝西省安康市鎮坪県の農民、周正龍が絶滅したとされる華南虎の撮影に成功したと同省林業庁が発表した。しかし、専門家の鑑定によると、偽物と判定した。陝西省林業庁が「実地調査も行わず、証拠不十分のまま、軽率に華南虎発見という重大情報を発表したことは遺憾であった」として謝罪した。

115) 蔣紅珍「『華南虎事件』中的政府信息行為瑕疵」『法学』2008年8号, 18頁。

116) 孔海見「從行政過程論的角度談技防強制安裝的規範問題」余凌雲等主編『攝像頭下的隱私權』中国人民公安大学出版社2008年, 141頁。

117) 呂成「行政法学方法論之比較—以行政決策作為分析對象」『大連大学学报』2010年1号, 115頁。

118) 戴建華「作為過程的行政決策—在一種新研究範式下的考察」『政法論壇』2012年1号, 167頁。

119) 周春華「行政協助過程規制論」蘇州大学2008年碩士學位論文, 21頁以下。

120) 曾贇『法律程序主義對預防行政的控制—以人身自由保障為視角』浙江大学出版社2011年, 9頁。

と、行政行為の順序・プロセスおよび連続性などの面で類似している。そのため、行政法学には、行政過程が伝統的用語法において「手続」と呼ばれてきた法概念に相当するとされたことが多い。確かに、行政手続と行政過程とは、一定の動態性をもっているが、概念の範囲、内容、性質などの面で違っている。行政過程は、一定の行政目的（公共性）を実現するために行われた一連の行為形式の連鎖で構成される過程であるが、行政手続は個々の行政作用の手続であり、個々の行政作用に向けられた過程であるといえる。一部の行政過程論者は、行政過程論の視点から行政手続の概念、価値、範囲などを再検討した。

第一には、行政過程の視野における行政手続の研究。例えば、黄学賢は、行政過程の視野において、行政手続法と行政実体法の間を動的に研究した¹²¹⁾。陳峰は、行政手続を行政過程のシステムにおいて、「事前→事中→事後」という動的な視点から行政手続を分析すべきであるとした¹²²⁾。

第二には行政手続の機能や価値の研究。例えば、張歩峰は行政過程論の視点から、行政過程の一部である行政手続の正機能と負機能を論じた¹²³⁾。

第三には、行政手続の概念の再定義。例えば、一部の学者は、行政過程論の視点から行政手続の概念を定義し、行政不服審査、行政訴訟などの行政救済手続を含む広義的行政手続概念を定義した¹²⁴⁾。楊建順は行政権の行使を行政過程として、さらに行政過程を行政手続として、新しい行政手続の概念を定義した¹²⁵⁾。

121) 黄学賢『中国行政程序法的理念与實實踐』中国政法大学出版社2007年、3頁。

122) 陳峰「基于過程理念的行政程序法研究—評『中国行政程序法的理念与实践』」『雲南大学学报(法学版)』2008年21卷4号、147-150頁。

123) 張歩峰「論行政程序的功能—一種行政過程論的視角」『中国人民大学学报』2009年1号、125頁。

124) 羅豪才主編『行政法学』北京大学出版社2005年、334頁、羅豪才、湛中樂『行政法学』北京大学出版社2006年、302頁参照。

125) 楊建順『行政規制与權利保障』中国人民大学出版社2007年、3頁。

第四には、行政手続の範囲の研究。例えば、筆者は伝統的行政手続論が単一の行政行為の手続に限られたことを批判し、行政過程論の視点から、行政手続論の範囲を行政過程における複数の行政行為およびその他の行為形式の間の関連性まで拡大し、「マクロ行政手続法」を制定すべきであると提言した¹²⁶⁾。

第五には、行政手続における一つの段階の研究。例えば、趙銀翠は、行政過程論の視点から行政行為の理由付記手続を行政過程において、その法律適合性および合理性を考察した¹²⁷⁾。李家華は、仮拘留を行政過程における一段階として分析した¹²⁸⁾。

(4)相手方の行為の研究

一部の学者は行政過程論の視点から、行政過程における相手方の行為を研究した。例えば、段鋆は、「過程の分析」を通じて「相手方の行為の動態性」を研究した¹²⁹⁾。また、龍觀華は、現代行政法学には、行政過程が「対等、均衡的な構造」および「交渉的な機能」をもっているとした¹³⁰⁾。

(5)行政責任の研究

一部の学者は行政過程論の視点から行政責任を研究した。例えば、張建飛などは、行政責任が動態的な過程であるとした¹³¹⁾。また、温恒国は、行政過程論の視点から行政責任の性質を考察し、行政責任が行政過程の各段階によって異なっているため、段階にわけて考察すべきであるとし

126) 江利紅「論宏觀行政程序法与我国行政程序立法模式的選擇—從行政過程論的視角出發」『浙江学刊』2009年5号, 136-142頁。

127) 趙銀翠「論行政行為說明理由—以行政過程為視角」『法学雜誌』2010年1号, 130-132頁。

128) 李家華「行政暫留—对政府行政過程的一个階段分析」『行政論壇』2005年5号, 42-44頁。

129) 段鋆「行政相对人行為研究」吉林大学2007年碩士學位論文, 22頁以下。

130) 龍觀華「均衡結構与交渉機制—當代行政過程的法律特征」『求索』2011年11号, 155-157頁。

131) 張建飛, 古力『現代行政法原理』杭州大学出版社1998年, 286頁。

た¹³²⁾。

(6)立法政策の研究

一部の学者は行政過程論を方法論として立法政策の課題を研究した。例えば、湛中樂は、行政過程論の視点から、中国の計画出産政策の定立および調整の過程を考察し、計画出産政策の定立および調整の過程における科学性と民主性の要素欠乏という問題点を指摘した¹³³⁾。また、魯鵬宇は、行政過程論が法政策の研究に基本的な理論構造と研究方法を提供したとし、「法政策学の過程的分析」モデルを提唱した¹³⁴⁾。高秦偉は、伝統的行政法学が行政過程における行政機関の政策形成の能力を重視していなかったと批判し、現代行政法学が行政政策形成の過程と能力を重視すべきであると強調した¹³⁵⁾。

(7)行政訴訟制度の研究

一部の学者は行政過程論の視点から行政訴訟制度を研究した。例えば、孔令滔は、行政過程論を方法論として先行的行政行為の司法審査問題を検討し、行政訴訟において先行的行政行為と後続的行政行為を同時に審査すべきであるとした¹³⁶⁾。朱新力は、行政過程論の視点から行政計画の救済を論じ、行政計画の後続的行為である計画許可、計画処罰などの行為に対して訴訟を提起し、相手方の権利を救済することができるとした¹³⁷⁾。そのうえ、現代行政法学は「司法審査中心主義」から「行政過程中心主義」

132) 温恒国「行政責任過程説——一種対行政責任性質的新認識」『北方法学』2008年1号, 113-118頁。

133) 湛中樂, 謝珂珺「論生育政策的制定与調整——一個過程論的分析視角」『人口与發展』2010年4号, 2頁。

134) 魯鵬宇「法政策学初探——以行政法為参照系」『法商研究』2012年4号, 116頁。

135) 高秦偉「行政過程中的政策形成——一種方法論上的追問」『當代法学』2012年5号, 38頁。

136) 孔令滔「論行政訴訟中前置行政行為的審査模式——以日本行政過程論為方法論的視角」『公法研究（浙江大学）』2011年10号, 200-213頁。

137) 朱新力主編『行政法学』高等教育出版社2004年, 289-290頁。

へ転換すべきであるとした¹³⁸⁾。

上述のように、中国の行政法学者は日本の行政過程論を中国の行政法学に導入したことのみならず、各領域でこの行政法新理論を展開したといえる。また、一部の行政法学者は、行政過程論を明確的に提唱していないが、行政過程論の全面的、動態的な考察の方法を活用して行政法学の具体的な問題点を検討した。例えば、方世榮は、一つの行政過程における複数の行政行為の連合の問題を分析し、すべての行政行為が一連の過程から構成されると指摘した¹³⁹⁾。王錫鏞は、行政決定を政策形成の過程として分析し、行政決定の過程に公衆、専門家、政府の間の参与、合意、協商などの行為を検討し、現代行政法治の「公衆参与モデル」を提唱した¹⁴⁰⁾。鄭春燕は、動態的方法で行政法律関係を考察し、「動態的・均衡的行政法律関係論」を提唱した¹⁴¹⁾。これらの観点は、行政過程論という名義で検討されたことではないが、その中身からみれば、行政過程論の全面的、動態的な考察方法と一致している。

III 日本と中国の行政過程論の共通点

——行政過程の「全面的」・「動態的」考察

上述のように、行政過程論といっても、日本と中国とは異なっている。また、同じ国でも、各行政過程論者は、さまざまな視点から、それぞれに行政過程論を検討し、行政計画、行政指導、事実行為などの行政行為以外の行為形式を含む行政過程を全面的・動態的に考察しようとする基本的視点は共通しているけれども、その他の論点で異なるところが多い。すなわち、現段階のいわゆる行政過程論は、各論者によって、それぞれの考察視

138) 朱新力、宋華琳「現代行政法学的建構与政府規制研究的興起」『法律科学』2005年5号、39頁。

139) 方世榮「具体行政行為的組合現象簡析」『法商研究』1996年1号、20頁。

140) 王錫鏞『公衆参与和行政過程——一個理念和制度分析的框架』民主法制出版社2007年、3頁。

141) 鄭春燕「現代行政過程中的行政法律關係」『法学研究』2008年1号、67頁。

点や考察重点などには、それなりの違いがある。おおまかにいえば、日本の行政過程論は、その理論自身の体系化に重心を置いているが、中国の行政過程論は、その理論の活用を重視している。しかし、行政過程を全面的・動態的に考察すべきであることを提唱している点で、共通しているといつてよい。

1. 行政過程の全面的考察

(1)行政過程の全面的考察の必要性

行政過程論は、伝統的行政法学が行政行為という一つの行為形式を偏重し、その他の行為形式および行政過程の全体を見ない局所的考察にすぎず、現代の行政法現象を捉えていないと批判している。現実の行政は、一定の行政目的を実現するために、さまざまな行為形式をとり、各行為形式間には一定の関連があり、この連鎖の中で全体としての行政過程が構成されている。このため、伝統的な行政行為という固定的・局所的な概念だけでは、このような連鎖的に展開される動態的な行政過程の全体を考察し、その法的統制のあり方を検討することは、困難であるという側面がある。そのため、行政過程論においては、伝統的な「局所的考察」から「全面的考察」への転換が提唱されたという経緯がある¹⁴²⁾。行政過程論が提起したこのような観点の意義については、行政過程論批判論者も認めていると思われる。したがって、行政過程論批判者も行政過程の中に含まれる、多様な行為形式を考察すべきであるという意味における、行政過程の全面的考察の必要性を否定することはできないというべきであろう¹⁴³⁾。問題は、行政過程をどこまで、どのような方法で、「全面的」に考察することができるかにある。すなわち、行政過程の「全面的考察」といっても、単なる抽象的「全体的考察」という提唱では意味のないことであることに違いは

142) 「局所的考察」と「全面的考察」という言い方に対して、「一点集中型思考」と「過程尊重型思考」とも言われることがある。宇賀克也，大橋洋一，高橋滋『対話で学ぶ行政法—行政法と隣接法分野との対話』有斐閣2003年，59頁参照。

143) 藤田宙靖『行政法の基礎理論(上巻)』有斐閣2005年，71-72頁参照。

ない。しかし、伝統的行政法理論では十分に把握分析できなかった行為形式の存在とその法的意味が、行政過程論的考察によって明らかにされてきたという実情を考えると、行政過程論の主張する行政過程の全面的考察とは、現実の行政過程における多様な行政手段または行為形式を個別に分析してその法的性格を明らかにしたうえで、さらに、個々の行為形式の相互関係を全面的に考察すべきであるということの意味すると考えるべきであろう。

(2)行政過程の全面的考察の意味

行政法学における行政過程の「全面的考察」とは、行政過程におけるすべての現象または行為を考察することを通じて、その中に一定の法的意味をもつ現象または行為を発見し、この一定の法的意味をもつ現象や行為の法的仕組み、および法的統制のあり方を検討することを目的とする。ここにいう「一定の法的意味」とは、法の規定と関連し、法で定められる国民の権利利益に、一定の影響を与えることを指す。「一定の法的意味の行為」には、「法律行為」のみならず、「法律行為」と関連している国民の権利利益に間接的な影響を与える事実行為などをも含んで考えるべきである。

(3)行政過程の全面的考察の内容

現実の行政を法的に考察し、その法的統制のあり方を検討することは、行政法の主な課題である。伝統的行政法学は、行政行為論を基礎として、行政過程における典型的な行為形式としての行政行為を行政法の中心的な考察対象としてきた。しかし、現実の行政過程の中では、行政行為のほか、さまざまな行為形式が存在し、行政目的を達成するための一連の過程をなしている。行政過程の全面的考察の方法によれば、行政法学は、典型的な行政の行為形式である行政行為以外の行為形式のほか、行政機関のいわゆる内部的過程、行為形式相互間の関連をも、考察の対象とすべきことになる。

(4)全面的考察と個別的考察との関連

行政過程の全面的考察の考え方について、藤田宙靖は、「行政上のあるプロジェクトないしスキームが複数の異なった法行為によって構築されて

いる場合、これらの個々の行為が全体としてのプロジェクトとの関係において果たしている機能と切り離して個別的にのみこれを考察し、行政救済法上においても専らそのような取扱いしかしない、という法解釈が、常に妥当であるかどうかについては、確かに問題が無いわけではない。」と、伝統的行政法学の分節的・静態的な考察の問題点を認める一方、「一般的に言えば、法的にそのような分節がなされているのは、まさに立法者がそれを選択した結果に他ならないのであるから、仮に例外的な解釈を許すとしても、それは、国民の権利救済の必要上やむをえないことについて、真に合理的な理由がある場合に限られるものというべきであろう。」と批判している¹⁴⁴⁾。しかし、小田急線連続立体交差化事件について、第一審判決が、鉄道建設事業を付属街路建設事業と一体として原告適格を認めたことは事実であるが¹⁴⁵⁾、上告審において、藤田宙靖は、「プロジェクトとしての一体性からすれば、本件鉄道事業認可と付属街路事業認可は、あるいは、運命を共にするのが合理的である、とも言えよう。」と、行政過程の全体性を認めている。しかし一方、本来は性格の異なる行為について一体性を認めるということは「例外的な取り扱い」であるべきであり、「国民の権利救済の必要上やむをえないことについて、真に合理的な理由がある場合に限られる」のであり、本件の場合には、鉄道建設事業計画についての原告適格は、都市計画・都市計画事業計画（本件の場合には鉄道建設事業計画）と公害防止計画との関係で、保護されることになるのであるから、原告らの原告適格を肯定するために付属街路事業計画と鉄道建設事業計画を一体として考えるべき「合理性は、仮に鉄道事業認可が取り消されたとして、それを踏まえたうえで行政的に判断されるべき事柄であるし、また、それで支障は無いものと考え」られるから、本件鉄道事業計画と付属街路事業計画という本来別個の行為を一体と考えるべき合理的な理由は存在しないとし、「例外的な解釈」をする必要性がないとして、付属街路事

144) 小田急線判決の藤田宙靖判事の補足意見参照。最高裁平成17年12月7日民集59巻10号、2645頁。

145) 東京地裁平成13年10月3日『判例タイムズ』1074号、91頁。

業計画について上告人らの原告適格を否定した¹⁴⁶⁾。

これに対して、行政過程論は、行政過程の全面的考察を基本的視点とするが、そのことは、行政過程における各行為の個別的考察を排除するものではなく、各行為の具体的・個別的考察と並行して、全体としての行政過程の考察を行うことを要請するものである。すなわち、行政過程論は、まず、「立法者がそれを選択した結果」としての法律にしたがって、「法的に」「分節」された行為を考察して、そのうえで「法的に」定められてはいないが、国民の権利利益に一定の影響を与える事実行為などをも考察し、さらに、各行為間の関連に着目して、全体としての行政過程を考察し、それぞれの行為形式のもつべき法的性格を検討することが必要であるとするものである。例えば、医療法30条の7に基づく知事の勧告（＝行政指導）が、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると判断した病院開設中止勧告事件がある。この事件を上記の藤田説に当てはめて考えれば、判決では、医療法30条の7に基づく勧告について「立法者がそれを選択した結果」として抗告訴訟の対象と考えることはできないが、国民の権利利益に対する影響（勧告にしたがわないと相当の確実性をもって、病院を開設しても保険医療機関としての指定をうけることができないという結果をもたらすこと）を勘案して、法文上の文言では行政指導という意味をもっている場合であっても抗告訴訟の対象に当たると「例外的に」判断できると解釈したもの、と解することもできよう¹⁴⁷⁾。もっとも、この判決では、藤田宙靖は勧告を明示的に「例外的取り扱い」として抗告訴訟の対象としているのではなく、国民の権利利益に与える影響を勘案して、この勧告が、従来の公式（処分＝行政行為）によらないメカニズム（仕組み）の中にあることのみを指摘しており、このような解釈をする基準が「例外的解釈論」を絶対的な基準とするものであるかどうかは明確でない。小田急事件の例外的解釈論は、医療法事件のメカニズム論より

146) 小田急線判決の藤田宙靖判事の補足意見参照。最高裁平成17年12月7日民集59巻10号、2645頁。

147) 最高裁平成17年7月15日民集59巻6号、1661頁。

後の時点で示されており、その違いは当該案件における事実関係の差異によると解することもできるが、しかし、藤田宙靖が最終的には「立法者が選択した結果」以外の法的解釈に慎重であることは否定できないであろう。藤田宙靖がより新しい基準として、この「例外的な解釈」を「国民の権利救済の必要上やむをえないことについて、真に合理的な理由がある場合に」限定して、他のルートで救済可能の場合には「例外的な解釈」をする必要性がないとしているからである。

これに対して、行政過程論は、「国民の権利救済の必要上やむをえない」場合に限定した「例外的な解釈」のみならず、行政過程において国民の権利利益に一定の影響を与える行為、または「立法者がそれを選択した結果」としての「行政処分」と関連している行為に対しても考察し、その法的性格や法的統制のあり方を論じる必要があると考える。例えば、上述の小田急線連続立体交差化事件における付属街路事業計画や病院開設中止勧告事件における勧告は伝統行政法学上の「行政行為」や法文上の「行政処分」ではないが、鉄道事業計画との関連または国民の権利利益に与えた影響からみれば、これらの行為をも考察しなければならない。すなわち、行政法学の考察および法的統制の対象は伝統行政法学上の「行政行為」や法文上の「行政処分」に限らず、行政過程における各行為間の関連に着目して、国民の権利利益に一定の影響を与えるすべての行為を考察すべきである。これは行政過程の全面的考察といわれる。

もちろん、行政過程論は、伝統的行政法学理論による各行為の個別的考察を否定するものではなく、伝統的行政法学が主として行政行為に関する考察に重きを置きすぎる傾向があること、その他の行為形式および全体としての行政過程に対する考察を軽視する傾向があることを批判し、行政過程の全面的考察という視点を提唱したものである。行政過程論は、さまざまな行為形式およびその組合せで行われる行政の実態に即して、各行為形式を個別的具体的に考察し、その法的仕組みを明らかにし、それぞれの行為形式にその本来認められるべき法的意味付けをあたえ、そして、行政過程の全体性を重視し、同一の行政過程における各行為形式間の関連性を考

察しようとするものである¹⁴⁸⁾。この意味で、行政過程論において、全面的考察と個別的考察の方法は結びついて用いられるべきものである。

2. 行政過程の動態的考察

行政過程論は、現代行政の複雑性・多様性を重視し、一定の行政目的をめぐって、そのために行われた行政活動を空間的・時間的に一連の過程として捉え、それを機能的・動態的に考察することを提唱している。この「機能的・動態的考察」とは、行政過程における各行為形式間の関連に着目し、現実の行政を動態的なプロセスとして考察することである¹⁴⁹⁾。

(1) 行政過程の動態的考察

伝統的行政法学は、現実の複雑な行政過程を考察することの困難性を認識し、国民の権利利益とのかかわりに着目し、行政行為の類型化という方法を利用し、行政過程における各行政行為の成立段階の法律要件を静態的に¹⁵⁰⁾考察するものである¹⁵¹⁾。しかし、現代の行政過程をより直接的にみ

148) 現実の行政過程の段階的構造を分析し、まず、行政過程をマクロ行政過程とマクロ行政過程にわけ、そしてマクロ行政過程を基準段階、行為段階、執行段階、救済段階の四つの段階にわけ、ミクロ行政過程を法律事実認定段階、法律規範適用段階、決定段階、宣告段階の四つの段階にわけ、各段階の法的仕組みをそれぞれに考察する。この点について、「行政過程の法的仕組み」という論文でさらに展開しようとする。

149) 動態的考察という考え方は、行政過程論に特有なものではなく、「法社会学・行政学・経済学などの隣接経験科学が行政過程を考察するときは、それが当然のことであって、何もこと新しい指摘ではない。」との指摘もある。西鳥羽和明「行政過程論と行政手法論(一)」『近畿大学法学』1987年35巻1・2号、6-8頁参照。

150) 現代の行政行為論においては、手続的要請を受け入れ、行政手続を行政行為の法律要件の一つとすることが一般的である。このような行政行為論は、動態的な視点から行政行為の過程を考察しているということもできる。しかし、この場合の動態的考察は、考察の対象を一つの行政行為に限定し、行政過程における各行為形式間の関連や行政過程全体を動態的に考察することにはならない。このことから、手続を行政行為の要件とする行政行為論は総体的には、未だ局所的な動態論にとどまると思われる。

れば、行政計画、行政指導、行政行為など複数の段階の活動から構成されていることは否定できない。伝統的行政法学の静態的な考察方法は、複数の段階的構造とそれを構成している多様な行為形式の法的意味の解明に十分に対応することができなかつた。これに対して、行政過程論は、行政過程における個々の行為を論じたうえで、各行為を行政過程全体の一環の中で位置づけて、各行為間の関連を分析し、その法律適合性を判断すべきことを提唱している。例えば、医療法についてこれを見ると、病院開設に関する行政過程は、病院開設許可(法7条1項)→構造設備使用許可(法27条)→病院管理中の許可・公表など(法12条など)→換気、採光、照明、防湿、保安、避難および清潔その他衛生上の基準の設定(法23条)→人員増員、業務停止、修繕または改築、開設の許可の取消、閉鎖の命令など(法23条～29条)、などの行為から構成されている。この場合、行政過程論では、病院開設に関する行政過程における各行為の法的性格をそれぞれ考察したうえで、各行為間の関連をも考察しなければならない。さらに、同一の行政過程における各行為間の関連性に基づき、一つの行為の法律適合性を判断する場合、関連しているその他の行為の法律適合性をも考慮して判断しなければならない。例えば、病院開設中止勧告事件においては、最高裁は、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の知事の勧告という行為は、その行為を単独でみれば任意的な行政指導であると認めるが、健康保険法の保険医療機関の指定との関連性を考え、「この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である」と判断した¹⁵²⁾。このような判断は、各行為の連関を考察することによって、個々の行為の法的性格の位置付けを再考慮した代表的な例ということができる。

また、現代行政過程論は、行政作用法のみならず、行政組織法をも取り

151) 伝統的行政法学は、行政行為の静態的考察の他、行政組織法や公務員法も、法の静態論的方法からの分析であった。堀内健志『行政法I』信山社1996年、86頁参照。

152) 最高裁平成17年7月15日民集59巻6号、1661頁。

込んで、それを動的に考察すべきであると提唱している¹⁵³⁾。行政過程において、意思決定機関が一つの決定を行う際には、補助機関による補助を指摘するまでもないことであるが、それ以外に、上級機関の指導、諮問機関への諮問、参与機関の参与が必要とされる場合もある。そして、行政決定を行った後には、決定の種類によっては、執行機関による執行行為が行われる場合があり、監査機関の監査と将来的な決定の見直しが予定され、決定を不服とする私人による不服申立があったときは不服審査機関による審査判断が行われることになる。この意味で、行政過程における行政決定をめぐって意思決定機関と各行政機関との補助、指導、諮問、参与などの関連性に着目し、現実の行政過程における各行政機関間の内部的関係を動的に考察し、法的に統制する必要が生じる。

(2)動的考察と静態的考察

上述のように、伝統的行政法学は、連続的な行政過程を分節的・個別的な行為形式にわけて定点的・静態的に考察する。すなわち、動的に発展している行政過程を一定の時間または位置（個々の行為の決定段階）を特定して当該状態を観察する。これに対して、行政過程論は、行政過程の動的考察を基本的視点とするが、静態的考察を排除するものではなく、行政行為を静態的に考察したうえで行政過程における各行為形式間および個々の行為における各段階間の関連を動的に考察することが必要であると考えられる。動的な行政過程を考察する際には、まず、一定の結節点を選択し、一定の行為形式として定点的・静態的に考察しなければならない。さらに、各行為形式間の関連および個々の行為形式における各段階の関連を重視し、行政過程を動的に考察すべきであると考えられる。この意味で、行政過程論において、動的考察と静態的考察の方法は結びついて用いられるべきである。

153) 大橋洋一「新世紀の行政法理論—行政過程論を越えて」大橋洋一『都市空間制御の法理論』有斐閣2008年、343-344頁。

IV 行政過程論の今後の課題——日中の共通課題

行政過程論は、現代行政の発展に応じ、伝統的行政法学理論の不足に直面して提出された「行政法新理論」である。そこに全面的・動態的な考察などの独特な考え方をもっているようにみられるが、今後の発展については、次のような課題が存在している。

1. 行政過程論自身の理論構築の問題

まず、行政過程論は、その理論の内容の不統一およびその理論構成の不明確という問題点が存在している。行政過程論という理論自身は、基本的観点の提出の段階にとどまり、その緻密な理論体系が未だ構築されていなかった。この意味で、現段階の行政過程論は、行政法学の新しい考察視点にすぎず、「行政法学新理論」までには至っていない。

今日日本の主流的行政法学における「行政過程」論は、伝統的行政法学が担保していた「法理論」とその体系を著しく軟性化してしまっていると思われるのである。そしてそれは、伝統的な「公法体系」を排斥した「行政特有法」論にも根ざしており、現行「行政法」の法理論的体系性を不明確なままとしているようである¹⁵⁴⁾。すなわち、行政過程論は、現代行政の現実に着目して、さまざまな行為形式の組合せで行われる行政の実態に即して、行政過程を全面的・動態的に考察するという基本的な視点を主張したものであるが、この視点をめぐって、緻密な理論体系が未だ構築されていなかった。これに対して、行政過程論が「未だ積極的に、法解釈論上伝統的な行政法理論に代えて、新しい解釈論を提出している、というわけでもない」と批判されてきた¹⁵⁵⁾。

そのため、基本的な視点の提出の初期段階にある行政過程論に対して、

154) 兼子仁「日本行政法学における法論理」兼子仁、宮崎良夫『行政法学の現状分析—高柳信一先生古稀記念論集』勁草書房1991年、2頁。

155) 藤田宙靖『行政法 I (総論)』(第四版)青林書院2005年、130-131頁。

その理論体系の構築、行政過程論と伝統的行政法学理論との関係の確定および行政過程論中の各理論の整合は、現段階で重要なことになっている。しかし、現代行政の複雑性に鑑み、現実の行政過程の全面的・動的な考察の具体的なやり方を検討し、行政過程論の理論体系を構築することは困難である。したがって、現代行政の現実に応じて、伝統的行政法学の理論体系を改正しながら、行政過程論の理論体系を構築すべきである¹⁵⁶⁾。

また、行政過程論の理論体系の構築に際しては、行政過程論の理論体系を、長く通説の地位を占め、大きな影響力を有する「伝統的行政法学」から完全に離脱させて、現実の行政過程に対応できる行政法学新理論として構築することは現段階においては困難である。当面、行政過程論は、伝統的行政法学理論から完全に離脱するものではなく、その延長線に位置し、伝統的行政法学理論の変革または発展と評価されうる理論の創造としての役割をもつことになろう。すなわち、行政過程論は、伝統的行政法学理論の枠組みを維持しながら、その一部を修正して行政過程論の理論体系を構築することになる。このことからみれば、現段階の行政過程論は、「行政過程論の理論体系の構築」というよりも、むしろ「行政過程論の視点から行う伝統的行政法学理論に対する再構成」ととどまるといふべきであろう。したがって、行政過程論は未だ、完成した独自の理論体系を有するに至っていないといえない。今後、行政過程論をより完結した体系論として成立させるためには、現実の行政過程を考察・分析しなければならない。

2. 現実の行政過程の考察の不十分な問題

現段階の行政過程論は、理論的段階にとどまり、この理論を活用して現実の行政過程を考察することは十分に行われなかった。したがって、現実

156) 行政過程論の理論体系の構築について、「二元論を基礎にした従来の行政法体系では現代の複雑な行政法現象を的確に捉えきれない、認識があったため」「行政法学の関心が自足的な体系の構築から問題検討の場の設定へと重心が移っていった」という考え方もある。手島孝，中川義朗『基本行政法学（第三版）』法律文化社2005年，24頁参照。

の行政過程における各行為形式の法的性質、法的仕組みなどの法的諸問題などについて、その重要性は認識されていながら、未解明の点が少なくない。

行政過程を法的に統制するためには、その前提として、その実態を考察し、法的仕組みを明らかにすることが必要である。行政過程における各行為形式は実定法上の法的仕組みに基づいて継続的に行われ、各行為形式間の継続性によって行政過程の段階的構造が構成される。したがって、行政過程の法的仕組みを考察する場合、行政過程の段階的構造を分析して、各段階的構造の法的仕組みをそれぞれに検討しなければならない。具体的にいえば、まず、マクロ行政過程を基準段階、行為段階、執行段階、救済段階の四つの段階にわけて、そして、行政過程における法規命令、行政規則、行政計画を基準段階に、行政行為およびその他の行為形式、行政指導、行政契約を行為段階に、行政制裁、強制執行を執行段階に、苦情処理、不服審査、行政評価、行政監視を救済段階に位置付けたうえで、各行為形式が有している法的性質およびこれらの行為の間の継続的な関係を分析し、マクロ行政過程の段階的構造を理論的に明らかにする。さらに、ミクロ行政過程を法律事実認定段階、法律規範適用段階、決定段階、宣告段階の四つの段階にわけ、各段階の法的仕組みをそれぞれに考察する。

また、行政過程の法的統制を検討する場合、その考察対象としては、統制対象としての行政過程のみに限定せず、行政過程と関連している立法過程・司法過程をも検討しなければならない。行政過程と立法過程との関連については、立法過程で制定した法律が行政過程における各行為形式の基準であるから、行政過程は、法律の執行過程として、立法過程の後続過程であるとみられる。行政過程と司法過程の関連について、司法審査の視点からみると、司法過程は、行政過程の法律適合性を審査し、行政過程における国民の権利利益を救済するプロセスであるから、行政過程の後続過程であるとみられる。さらに、現実の行政過程の法的仕組みからみれば、行政過程は、基準段階・救済段階において立法過程と競合し、執行段階・救済段階において司法過程と競合している。具体的にいえば、行政に関する

基準段階においては法律を制定する立法過程を加えて、行政に関する救済段階においては、行政訴訟や国家賠償訴訟などの司法過程を加えて、「立法過程→行政過程→司法過程」という行政に関する法過程（行政法過程）を構成する。この行政法過程の法的仕組みからみれば、その基準段階においては、行政立法や行政計画のほかに法律の制定を、その執行段階においては、行政制裁や行政上の強制執行のほかに司法上の強制執行を、その救済段階においては、苦情処理、行政不服審査、行政評価・監視などの行政上の救済のほかに行政訴訟や国家賠償訴訟などの司法上の救済および立法上の救済・監視を、含んでいる。したがって、行政過程の法的仕組みや法的統制を検討する場合、立法過程、司法過程に対しても、行政過程との関連に着目して検討しなければならない。

3. 行政過程の法的統制の問題

行政過程論は、行政過程の法的統制のあり方に対して十分に検討しなかったという問題が存在している。行政過程論は、行政過程の法的考察のみならず、行政過程の法的統制に関する行政法理論である。現段階の行政過程論はその基本的視点を提出したけれども、この理論を利用して行政過程を法的に統制する作業およびその法的統制のあり方に対する検討は十分に行われていなかった。

行政法学は、行政法学理論を検討する理論法学（基礎法学）のみならず、その理論に基づいて現実の行政を考察し、法的に統制することに関する実用法学（応用法学）である。この意味で、「行政法学新理論」を目指す行政過程論は、その理論体系の構築という理論面にとどまらず、現実の行政過程を法的に統制するという実践的な課題をも検討すべきである。この意味で、行政過程論は行政の実態に即した行政作用の考察と、これに対する法的統制の確立に重要な役割を果たしてきたのである。しかし、提出の初期段階にある行政過程論は、未だ理論的段階にとどまり、「行政過程論を現実を使いこなすまでには理解できない。」¹⁵⁷⁾そのため、現実の行政過程における各行為形式の法的仕組みおよびその法的諸問題などは未だ未

解明の状態にある。また、行政過程論により、現実の行政過程を法的に統制するという作業も十分に行われなかった。

この問題について、行政過程論は、従来の行政の法的統制の原理としての伝統的行政法学理論が十分な役割を果たせないところを修正し、現実の行政過程を考察したうえで、現代行政にふさわしい法的統制のあり方を見いだす努力がなされてきている。伝統的行政法学理論は、行政過程の法的な結節点である行政行為を定点的に考察し、法律要件を基準としてその法律適合性を検討することに対して、行政過程論は、現実の行政過程を考察対象として、行政過程における各行為形式の法的仕組みを全面的・動的に考察し、その法的統制のあり方を検討するものであり、その理論の現実化が著しく困難性であるという性質をもっている。行政過程の具体的なあり方は、各行政分野によってさまざまであり、全ての領域にわたってその過程を明らかにすることは極めて困難であり、まだその全容が解明されたとは言いがたい。今後、行政過程論の基本的視点から、現実の行政過程を理論的に抽象してその法的仕組みを分析し、行政過程論に基づく行政過程の法的統制のあり方を検討すべきである。

おわりに

伝統的行政法学理論は、「行政行為」という概念を中心として、現実の行政過程を個々の行政行為に分解して考察し、そして、「法律による行政」の原理に基づき、行政過程における各行政行為があらかじめ制定された法律にしたがって行われなければならないことを要求してきた。この理論は、近代社会における「消極行政」・「秩序行政」・「規制行政」を基礎とするものであるが、現代行政が「積極行政」・「サービス行政」・「給付行政」を伴うものに発展したことにともない、これらの現象に十分に対応できない状況が生じてきた。この問題に直面して、現実の行政過程を全面的・動的

157) 阿部泰隆『行政の法システム(上)』(新版)有斐閣1997年, 37頁。

態的に考察する行政過程論が提唱されてきた。上述のように、行政過程論とは、従来の行政法学が行政法律関係における行為形式を局所的に考察してきたことを反省し、行為の法効果の発生プロセスや各行為形式間相互の関連をも視野に入れ、行政法現象を全面的動態的に考察しようとする見解である。現段階の行政過程論は、伝統的行政法学理論に対して、全面的・動態的考察の視点から、さまざまな面で修正を加え、現代行政の発展に応じて現代行政法学理論を発展させるという点で「行政法新理論」として一定の意義をもっている。しかし、行政過程論は、伝統的行政法学理論の変革理論として高い評価を受けていたが、伝統的行政法学理論から完全に離脱した「行政法学新理論」には至っていない。また、法律適合性からの離脱¹⁵⁸⁾、理論構成の不明¹⁵⁹⁾、法的仕組みの無視¹⁶⁰⁾などの批判も提出されてきた。

行政過程論は、基本的な視点を示した提出の初期段階にあり、その自身の理論体系は未だ十分に構築されなかった。そのため、行政過程論の理論体系の構築、行政過程論と伝統的行政法学理論との関係の確定および行政過程論中の各理論の整合は、現段階で重要なことになっている。また、現段階の行政過程論は、現実の行政過程を法的に統制するという実践面を検討しなかったが、それに基づく行政の法的統制のあり方は、未だ明らかになっていなかった。そのため、現代行政法学において、行政過程の法的統制のあり方を検討することは、重大な課題になっている。

158) 藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）』（第四版）青林書院2005年、132-133頁参照。

159) 兼子仁「現代行政法における行政行為の三分区」雄川一郎等編『田中二郎先生古稀記念集 公法の理論(上)』有斐閣1976年、302頁参照。

160) 小早川光郎「行政の過程と仕組み」兼子仁、宮崎良夫『行政法学の現状分析—高柳信一先生古稀記念論集』勁草書房1991年、152-164頁参照。