

現代行政法学理論の発展について(1)

——比較法的視点から——[†]

The Development of Modern Administrative Law Theory(1): From
Viewpoint of the Comparative Law

江 利 紅*

目 次

はじめに

I 伝統的行政法学理論の形成およびその構造（以上、本号）

II 現代行政の発展と伝統的行政法学理論の問題点

III 現代行政法学理論の発展

おわりに

はじめに

日本や中国などの行政法学理論はドイツの伝統的行政法学理論から強い影響を受けて形成されてきたものであるといえる。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」などの基礎概念をめぐって、公私法二元論という基本的な出発点から、法治主義という基本原理に基づき、行政法解釈論という「法学的方法」を採用し、行政法総論に偏重し、行政行為論を中心として、建てられた体系的な行政

* 嘱託研究所員・中国華東政法大学法律学院教授

† 本論文は、2014年度国家社会科学基金重大プロジェクト「人民代表大会制度理論創新研究」（項目番号：14ZDA014）、上海高校特聘教授「東方学者」（項目番号：TP2014051）による研究成果の一部である。

法学理論システムである。具体的にいえば、行政法学の対象については、公法と私法の二分論を採用し、行政法を公法に位置づけた上で、行政法を「行政の組織および作用並びにその統制に関する国内公法」と定義し、行政法学の考察対象を行政に関する公法的現象に限定してきた。行政法学の基本原則については、法治主義（法律による行政の原理）を採用し、行政活動が法律にしたがって行われなければならないと要求した。行政法学の方法論については、「法学的方法」を導入し、行政法解釈学に限定されてきた。行政法学の体系論については、まず、各領域の行政を対象とする各論と各論の全体に対応する総論にわけて論じ、そして、総論では行政組織法、行政作用法、行政救済法に分類して行政行為論を中心として論じ、各論では、行政領域ごとに法的に把握して、構築されてきた理論体系である。伝統的行政法学理論の中心論としての行政行為論については、「行政行為」という概念をめぐって、行政行為の類型論・効力論・附款論・瑕疵論・裁量論を論じて体系的に構成してきた。行政法律関係論については、まず、公私法二元論に基づき、行政上の法律関係を公法律関係と私法律関係にわけて、その中の公法律関係を行政法律関係として考察し、そして、行政法律関係における法主体を「行政主体」と「私人」に分けて対立的な位置を付けて、行政主体の私人に対する優越性の観念を基軸として展開されてきた。これらの理論から体系的な行政法学理論システムが構成されている。

戦後、日本では、新しい日本国憲法が制定され、「法治主義」から「法の支配」（実質的法治主義）へ、行政国家から司法国家へ、立憲君主制から民主国家・責任行政へ、中央集権から地方自治への転換を実現した。日本国憲法のもとで、行政執行制度、行政訴訟制度、行政不服審査制度などの行政法制度は、根本的に改正された。そして、国民ニーズや生活様式の多様化・高度化・複雑化が進むとともに、行政対象の拡大化、行政主体の複雑化、行政の行為形式の多様化などの現代行政の発展をもたらしてきた。一方、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。

このような背景には、日本や中国の伝統的行政法学理論は、行政の現実に対応することができなかった。その問題点は、公私法二元論の絶対化、法治主義の形式化と形骸化、法解釈の限定と法実証研究の欠缺、行政法総論の問題と行政法各論の不足、行政行為論の希薄化・空洞化、行政法律関係における行政の優越権などが考えられる。これらの問題点に対して、各国の行政法学者はそれぞれにいわゆる「行政法学新理論」を提唱し、現代行政法学理論の発展をもたらした。

本論文では、まず伝統的行政法学理論の構造を分析し(I)、そして現代行政の発展のもとでの伝統的行政法学理論の問題点を明らかにし(II)、現代行政法学理論の発展として、公私法二元論の相対化、法治主義論の実質化、行政法学方法論の変革、行政法学体系論の再構築、行政行為論の更新、行政法律関係論の発展をそれぞれに論じ(III)、最後に伝統的行政法学理論との関係の視点から今後の「行政法学新理論」のあり方を検討することとした。

I 伝統的行政法学理論の形成およびその構造

行政法学は一見無関係に存在しているような行政法の諸規定を整序し、さらに場合によっては、そこから一つの解釈原理を導き出すため、行政法通則上の体系的概念を学問的に構成してきたのである¹⁾。この概念の典型は「公法」、「公権力の行使」、「行政行為」、「行政主体」などである。これらの概念を基礎として、伝統的行政法学理論は、公私法二元論という基本

1) 塩野宏『法治主義の諸相』有斐閣2001年、35頁。

的な出発点から、法治主義または「法律による行政」の原理という基本原理に基づき、行政行為論を中心として、建てられた体系的な行政法学理論システムである。

1 公法私法二元論の導入およびその内容

日本の行政法学は、伝統的に、公法と私法の二分論を採用し、行政法を公法に位置づけた上で、行政法は「行政の組織および作用並びにその統制に関する国内公法」²⁾であると定義してきた。

(1) 公私法二元論の提唱と導入

① 公私法二元論の提唱

私法と公法を峻別することは、大陸法系の伝統として、ローマ法に遡ることができる。ローマ法では、ウルピアーヌスの「公法とは、ローマの国の組織に関わる法であり、私法とは、個人の利益に関わる法である」³⁾という法諺があった。すなわち、ローマ法において、公法と私法の区分が存在していた。しかし、ローマ時代の公法は、民主主義や法治主義に基づく、いわゆる近代的意味での公法とは内容的にまったく異なっている。近代的意味上の公法は、民主主義や法治主義を基礎として、市民革命の後に形成されたものである。19世紀になり、「市民社会」の形成にともない、公共性をもつ「国家」と平等性をもつ「市民社会」が分離したため、国家は、市民社会を公権力により規律するというものとして成立された。その結果、公法とは、国民と国民間の対等な関係を規律する私法に対置される概念として、一般には、国家と国民間の上下関係の規律および国家の規律を行う法を意味する。このことからみれば、公私法二元論の提出は、「国家」と「市民社会」との分離の必然的な結果であるといえる。

② 公私法二元論の導入と発展

日本では、明治初期における律令法から西欧法へ移行する過程におい

2) 田中二郎『新版行政法上巻』(全訂第二版) 弘文堂1976年、24頁。

3) 查士丁尼(張企泰訳)『法学階段』商務印書館1989年、5頁。

て、制定法である大陸法を中心に継受すると同時に、1890年に制定された「行政裁判法」により、行政裁判所が設けられたことを通じて、大陸法の公私法二元論を導入することになった。そして、戦後、現行憲法のもとにおける行政裁判所制度の廃止と裁判所制度の一元化は、すでに公私法二分論の制度的基礎を基本的に崩したのである。結局、公法と私法を区別する実益は著しく減少したけれども、公法体系と私法体系の区分は、現代行政法制度においても、二元的に存在している。例えば、実定法上、①行政庁の「処分」に対しては、民事訴訟と異なる抗告訴訟という特殊の訴訟を設けていること（行政事件訴訟法3条）、②会計法において、公法上の金銭債権の消滅時効に関し、私法債権と異なる短期消滅時効を認めていること（会計法30条）、③実定法上、明文で「公法」の文字を用いて規定している法規範が存在すること（例えば、行政事件訴訟法4条には、公法上の法律関係に関する訴訟という訴訟類型が設定される。）などを挙げることができる。また、最高裁は、農地買収事件において、農地買収処分は、対等の関係にある私人相互の経済取引を本旨とする民法上の売買とは本質が異なり、国家が権力的手段をもって農地を強制的に買い上げるものであるもので、私経済上の取引の安全を保障するために設けられた民法177条の適用はないと判決した⁴⁾。以上の実定法および判例からみると、公私法二元論は、今後の一定期間で、行政法の基礎理論という機能を発揮し続けると予想される。

中国で、1949年に社会主義国家として建国され、ソ連を参考にして中央集権的計画経済体制を導入した。「計画経済体制」とは、国家の権力によって物財バランスに基づいて計画的に配分する体制である。「市場経済体制」とは、市場の価格調整メカニズムによって経済の資源を配分する体制である。改革開放前の中国では、すべての生産、流通、消費（製品の配分）が中央政府または地方政府の権力によって統一的に計画され、国家所

4) 最高裁昭和28年2月18日民集7巻2号, 157頁。しかし、一方で、国税滞納処分による差押さえについては民法177条の適用があるとした判例がある（最高裁昭和31年4月24日民集10巻4号, 417頁）。

有または集団所有の企業や非営利組織(事業単位という)によって経営されていた。この経済体系のもとで、すべての法律は公法的性質をもっているといえる。1978年の改革開放政策によって、農村における生産請負責任制(家庭生産量請負責任制)の実施をはじめ、法律の許可される範囲における私営経済が認められ、経済体制は「計画経済体制」から徐々に自由化された。1993年3月の第8期全国人民代表大会第1回会議で、憲法15条の「計画経済を実行する」という規定を、「国家は社会主義市場経済を実行する」と改正し、市場経済体制が社会主義国家でも存立しうる制度として、正式に導入されることになった。この市場経済体制のもとで、政府は「簡政・放権」(政府の権力を削減し、国民に権利を返還する)を通じて、政府権力と国民の個人権利の分離が始まった。これに応じて、政府権力にコントロールする公法と個人権利に関する私法も区分されてきた。

(2) 公私法二元論の内容

「公私法二元論」とは、行政権に関する法的規制に特殊性、特に公権力的特殊性(行政の意思における国民に対する一方的優越性)が認められることを、法律の制定以前の論理的要求として、法律の規定はこの当然に認められる領域には、私法規定の適用はないとする。すなわち、行政活動に適用すべき法規範を決定するための方法論で、行政上の法律関係を公法律関係と私法律関係に二分し、前者には公法を、後者には私法を適用するというものである。公法とは、国家と国民の支配・服従の関係に基づく法律関係であるが、私法とは、対等な私人間の法律関係であるという考え方がある。

公法と私法との区別基準としては、「法の規律する目的あるいは規律の対象となる生活関係に着目する実質説と、規律の形式に注目する形式説にわけられ」、「実質説に利益説と生活説があり、形式説に主体説と性質説がある」とされる。利益説は、「全体の利益を目的とするのが公法」「個人の利益を目的とするのが私法」とするものであり、生活説は、「政治的生活に関する法が公法であり、民事的生活に関する法が私法であるとする」ものである。主体説とは、法律関係の主体が国家または国家のもとにある公

の団体かどうかで区別するものであり、性質説（または権力説）は、「法の規律する法律関係が、権力服従関係であれば公法、平等の関係であれば私法とするものである」⁵⁾。

(3) 公私法二元論の意義——行政法学の基礎理論

行政法学においては、「公法」、「公共性や公共利益」、「公権力の行使」、「行政行為」、「抗告訴訟」などの公法的性質をもつ概念を利用し、行政法理論体系を構築するものであった。その中、「公法」という概念が基軸的役割を担っていた。また、行政法学の形成過程からみると、行政法学は、行政法が公法という特性をもつため、民法学における私法の原理を適用せず、行政法の公法特性に相応する公法原理を適用しなければならない。これによって、行政法学は独立的学科として発展していくことになった。この意味で、公法という概念および公私法の区分ということは、行政法・行政法学の独立の前提であり、行政法学の基礎的理論であるといえる。具体的にいえば、「公法と私法」の区分論の実益は、①行政法学の対象の確定、②行政上の法律関係ないし行政活動への適用法規の決定、③訴訟手続の決定、にある⁶⁾。また、行政法解釈論上用いられる「公法」概念や理論は、「①既存の法規範相互間に統一的な説明をつける（説明的機能）と同時に、②制定法規が、必要な場合に必要な定めを置いていなかったり、意味が不明確であったりする場合に、そこから一定の帰結を導いて、これらの『欠缺』を穴埋めするための手段として働いてきた（実践的機能）」⁷⁾。

2 法治主義の導入およびその内容

法治主義は、行政法の基本原理として、行政活動が法律の定めるところにより行われなければならないと要求している。

-
- 5) 山田卓生「公法と私法」星野英一等編『民法講座1巻』有斐閣1984年、11頁以下。
 - 6) 芝池義一『行政法総論講義（第四版）』有斐閣2001年、19頁参照。
 - 7) 藤田宙靖『行政法I（総論）』（第四版）青林書院2005年、41頁。

(1) 法治主義の提唱と導入

① 法治主義の提唱

法治主義は、法思想史的には、権力分立を前提として、権力分立・法治国思想の行政法への「投影」といえる。法治主義や法治国は、国王の恣意的な「人の支配」が行われた絶対主義や警察国家に対する概念である。18世紀末までのヨーロッパでは、警察の力で国民を圧迫して社会の秩序を維持するという警察国家が多かった。絶対君主が恣意的に行政を行っていた国家では、立法と行政は未分化の状態であり、市民の権利と自由を保障する法律は存在しなかった。そして、19世紀に入ると、国民の自由主義への欲求の高まりにとともに、警察の活動を公共の安全と秩序の維持に限定させ、国民の行動や表現・思想など人権や自由を制限する国家の活動には、必ず国民代表としての議会の同意、すなわち法律の明文の根拠を要するという法治主義の原理が確立された。その結果、大陸型の近代行政法の基本原理となった。

② 法治主義の導入と発展

広義上の法治主義の態様は、モデルとして、ドイツ型「法治主義」と英米型「法の支配」にわけることができる。ドイツ法の影響が強い日本の公法学では、明治10年代にドイツ型法治主義を導入することによって、国民の権利や自由を直接的に制限し、あるいは国民に義務を課する法規範（法規）は、国民の代表機関である議会によって定立される法律によらなければならないとされた。しかし、その法治主義の原理には、法律の内容の正当性まで問う契機に乏しく、形式的法治主義の傾向が残った。そして、戦後、日本国憲法では、権利の保障は第3章で、憲法の最高法規性の確保は第10章で、司法権の独立および合憲性審査権の賦与は76条・81条で、適正手続の保障は31条で、それぞれ定めている。この意味で、戦後の日本は実質的法治主義をとる国家であるといえる。

中国では、「人治」と「法制」、「法制」と「法治」などの論争を経て、「法治主義」の概念が導入され、「中国の特色ある社会主義法律体系」が基本的に構築されてきた。1999年の憲法改正により、「依法治国（法によ

て国を治める)」という法治建設の目標が提唱された。この「依法治国」は、人民が法によって国家権力を治めることを意味し、欧米や日本の法治主義概念と比べると、「法」の範囲、行政立法の「法規創造力」、「依法行政（法による行政）」の実質的意味および法治国家の社会主義的性質などの面では異なっている⁸⁾。

(2) 法治主義の内容

法治主義は、法律による司法、法律による行政、法律による立法にわたることができる⁹⁾。その中の「法律による行政」の原理とは、行政活動を国民の代表者である議会が定めた法律によってコントロールする原理であり、法治主義が行政法の平面に投影されたものであるといえる。したがって、行政法学上の法治主義は「法律による行政」の原理とほぼ同じ意味をもっているといえる。「法律による行政」の原理は、19世紀ドイツ公法学、特にオットー・マイヤーによって確立して定式化され理論に由来するものである。その内容は、法律の法規創造力の原則、法律優位の原則、法律留保の原則という三原則を含んでいるとされる。

① 法律の法規創造力の原則

法律の法規創造力の原則とは、法規（国民の権利を制限し、義務を課す法規範）を創造する力は法律のみであるという原則である。すなわち、行政には法規を制定する権限はなく、法律の執行権限しかないということの意味する。例えば、日本国憲法41条は、国会は「国の唯一の立法機関である」と定めている。もっとも、法律の授権があれば、一定の範囲で行政機関が法規を定立できる。例えば、内閣は「憲法および法律の規定を実施するために、政令を制定すること」ができる（日本国憲法73条6号）。しかし、このような行政立法の場合であっても、法律の委任なくして法規を定めることはできないとされている。例えば、日本国憲法73条6号但書は、

8) 江利紅「現代中国における『法治主義』とその実現に向けた課題」『比較法雑誌』2011年45巻1号、333-384頁参照。

9) 高田敏「法治主義の概念と動向」『公法研究』1995年57号、123頁、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、3-5頁参照。

「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」と定めている。

② 法律優位の原則

法律優位の原則とは、法律が存在する場合、行政のすべての活動が法律に違反してはならないという原則である。すなわち、法律という形式で表示された国家意思が法的には他のすべての国家作用より上位にあることを意味する。日本国憲法のもとで、「国会は、国権の最高機関」である（41条）ことは、法律優位の原則の憲法根拠となる。

③ 法律留保の原則

法律留保の原則とは、行政が何らかの活動を行う際に、その活動を行う権限が法律によって行政機関に授権されていなければならないという原則であり、法律の根拠、法律による授権に関する問題である。すなわち、行政活動を行うことを認める法律上の根拠がなければ行政活動を行うことができない。法律の留保の範囲について、次のような学説がある。①侵害留保説は、個人の権利または自由を侵害する行政活動についてのみ、法律の根拠が必要であるとして、補助金の交付などの授益的行政行為は法律の根拠は必要でないとする。②権力留保説は、行政権の行使である行政活動についてのみ、法律の根拠が必要であるとする。③全部留保説は、すべての行政活動には法律の根拠が必要であるとする。④社会留保説は、自由・財産の保障のみならず、生存権が人権として保障されることに対応して給付行政に法律の根拠が必要であるとする。⑤本質ないし重要事項留保説は、行政活動が行われる場合の本質的基準ないし重要な事項については法律に根拠を定めるべきであるとする。

(3) 法治主義の意義——行政法の基本原理

民法の私人自治の原理に対して、行政法は、法治主義（法律による行政の原理）を基本原理としている。法治主義は、行政法の成立の前提のみならず、行政法の基本原理である。

① 行政法の成立の前提

近代以前においては、行政は法によって支配されるのではなく、人によ

って支配されていた。法律（＝国王の命令）は人民を拘束するものとして用いられていたが、国王および行政を拘束する行政法は存在していなかった。しかし、近代国家形成後、行政における人による支配を断ち、行政の恣意と専断を抑制するために、法による支配を要求する法治国思想や法治主義が確立されてきた。法治主義は、国家権力が恣意的に行使されて国民の権利利益が侵害されることを防止するために、国民の代表者としての議会が定めた法律によって行政をコントロールすることを要請する。その上で、行政法は、近代国家における法治主義の要請を、行政の領域において展開した結果として成立されてきた。この意味で、法治主義の発達は、近代的意味における行政法が成立するための前提であるといえる。

② 行政法の基本原理

行政法の基本原理というものが憲法や法律により直接的に定められているわけではないから、論者によってさまざまな捉え方が可能であるが、その中に、一般的には法治主義原理（法律による行政の原理）を行政法の基本原理とするというまでもない¹⁰⁾。「法律による行政の原理」とは、行政活動は法律の根拠に基づき、法律にしたがって行わなければならないという原則である。すなわち、あらかじめ議会により定められた法律によって行政行為の法律要件を設定し、行政機関がこれらの法律要件にしたがって行政行為を行わなければならないことを要請し、そして、行政機関の行為がこれらの法律要件に違反した場合には、裁判的審査などの事後的救済を通じて行政行為を無効と確認するまたは取り消させ、法治主義の実現を確保するということである。この意味で、法治主義は、行政法の基本原理のみならず、行政法学の理論体系の構築および行政の法的統制の基礎でもある¹¹⁾。

10) 法治主義が行政法の唯一的な基本原理ではないと考え、法治主義を、民主主義・福祉国家・司法的保障とともに、現行行政法基本原理の一つに挙げるという観点も存在している。田中二郎『行政法総論』有斐閣1957年、190頁参照。

11) 例えば、高田敏は、行政法を法治主義具体化法として論じている。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年参照。

3 伝統的行政法学方法論——行政法解釈論

行政法学の方法論とは、現実の行政に対する法的考察・法的統制の方法についての議論や学問である。行政法学は、法学として、法現象や法的問題を対象とする「法学的方法」を採用することは当然なことであるが、法学の中の独立の学科として、特有な「法学的方法」である「行政法解釈論」を採用している。

日本行政法学の方法論は、19世紀の後半にドイツで形成された「法学的方法」を導入した上で形成された方法論である。「法学的方法」は、「国家学的方法」に対抗して、提唱されたのであった¹²⁾。日本の行政法理論は明治憲法時代に、ドイツの行政法理論を輸入する形で成立したと同時に、ドイツで支配的な「法学的方法」も輸入した。「法学的方法」は、「従前の国家学的方法に対するアンチテーゼとして登場し、政治学的視点、社会学的分析、文化的洞察などを捨象し、法学的な考察への純化を説いたものである。その結果、行政法学は、法の解釈・法の技術的分析の深化、法体系の構築、合法性の維持へと視野を限定し、裁判規範学としての高度化を目指した」¹³⁾。すなわち、日本行政法学の方法論は、一般的に、行政法解釈学に限定されている。「行政法・行政法解釈学は、行政に課せられた憲法的諸価値の実現に関する法であり、また、法解釈学であることの当然の結果でもある」¹⁴⁾。

行政実定法の法規範は抽象的なルールであるので、これを現実の具体的事案に適用するために、行政実定法の解釈が必要である。行政法解釈とは、一定の行政法を具体的事案に適用する際、その行政法のもつ意味を明らかにする作用のことをいう。もちろん、行政法を制定するときに現実の行政過程に発生するすべての事態を想定することは困難または不可能であ

12) 「法学的方法」と「国家学的方法」との対抗について、海老原明夫「ドイツ国法学の『国家学的』方法について」国家学会編『国家学会百年記念(1)国家と市民—公法』有斐閣1987年、359頁参照。

13) 大橋洋一『行政法学の構造的変革』有斐閣1996年、はしがき1頁。

14) 塩野宏「行政作用法論」『公法研究』1972年34号、183頁。

るから、行政法はそれ自体ある程度、抽象的とならざるを得ない。したがって、行政法を適用する場合には、具体的事実と行政法との間にこれを適用しうる関係があることを示さなければならない。

4 伝統的行政法学体系論の形成およびその内容

伝統的行政法学の体系は、基本的に、警察・経済・教育・環境・社会保障・公用負担などの各領域の行政を対象とする各論と、そのような各論の全体に対応する総論とで構成されてきた。

(1) 伝統的行政法学における総論と各論

① 総論と各論

伝統的行政法学においては、行政に関する法現象を考察の対象とする場合には、行政法総論と各論という二つの視点が存在している。行政法総論は、あらゆる行政活動に共通な法原理、法理論の解明を対象として、さまざまな行政活動の規範論理的な構造を基準として、これらの行政活動を各行為類型に区分して説明するという行政全体にわたる一般論である。行政法各論は、それぞれの行政活動に特有な法原則、法理論の解明を目的として、それを分類整理するという個別行政分野の理論である。行政法各論の存在意義は、あくまで、広範かつ多様な個別行政作用の主要ものを選択し、分類するだけでなく、その一つ一つについて体系的に考究し、分析し、学習するところにあると思われる¹⁵⁾。具体的にいえば、「分類学」上の意義、「教育上」の意義、「研究上」の意義などの実際の意義を有している¹⁶⁾。

② 総論と各論の関係

総論と各論の関係について、総論は各論に通用している一般的原則を提示するが、各論は総論に対して検討の素材を供給するという役割がある。このような総論と各論の組合せによって、行政法の理論体系の中核部分が

15) 中里英夫『行政法各論と教育行政法』—各論位置づけの問題性と行政法各論の存在意義『青山学院女子短期大学紀要』1993年47号, 186頁。

16) 植村栄治『行政法教室』有斐閣2000年, 413-414頁参照。

でき上がっているわけである。

(2) 行政法総論の体系

行政法総論は、①行政権を行使する主体はどのような組織であるか(行政組織法)、②行政は国民に対してどのような作用を及ぼすのか(行政作用法)、③行政の作用が及ぼされた国民がそれに対して不服がある場合にどのように救済を求めることができるのか(行政救済法)の三つの課題について論じていることが少なくない。すなわち、伝統的行政法総論は、一般に、行政組織法、行政作用法、行政救済法に分類されてきた¹⁷⁾。行政組織法とは、国、地方公共団体その他の公共的団体の権限、所掌事務、構造などに関する法体系を指す。行政作用法とは、そのすべての行政作用に関する法体系を指す。行政救済法とは、国民の権利が行政によって違法か適法かを問わず侵害された場合、その権利を救済する法体系を指す。

(3) 行政法各論の体系

行政法各論は、行政活動を行政領域ごとに捉えて法的に把握し、それぞれの特徴・基本原理・法体系を明らかにする理論である。しかし、こうした意味での行政法各論の分野は多数にある(警察法、経済法、教育法、社会保障法、防衛法、環境法、土地法、財政法、租税法、公共施設法、公用負担法など)ので、一定の基準によって分類して検討しなければならない。その分類の基準によって、行政法各論の体系について、さまざまな観点がある。例えば、美濃部達吉『日本行政法(下)』は、警察法・保護及統制の法・公企業及公物の法・公用負担法・財政法・軍政法¹⁸⁾、杉村章三郎『行政法要義(下巻)』は、公物法と公用負担法の行政物権法・租税法・財政法・警察行政法・経済行政法・文化行政法¹⁹⁾、田中二郎『新版行政法(下II)』は、警察法・規制法・公企業法(給付行政法)・公用負担法・財

17) 最近、行政手続の重視にともない、行政手続法を行政作用法から分離して独立的な部分として論じている教科書が多くなる。宇賀克也『行政法概説Ⅰ・行政法総論』有斐閣2004年参照。

18) 美濃部達吉『日本行政法(下)』有斐閣1940年。

19) 杉村章三郎『行政法要義(下巻)』(全訂版)有斐閣1967年。

政法，とわけて論述した²⁰⁾。

5 伝統的行政行為論の形成およびその内容

伝統的行政法学は、総論において、全体としての行政過程を個別的な行政行為に分解し、各行政行為の法的性質、法律要件や法効果に着目して考察の対象とする。すなわち、行政過程における各行為形式を「行政行為」という統一的な概念で体系的な考察が行われている。そして、この「行政行為」概念をめぐる、行政行為の概念・種類・内容、行政行為の成立・発効・消滅、行政行為の附款、行政行為の公定力その他の諸効力、行政行為の瑕疵とその効果等々の問題を論じて、全体としての「行政行為論」を体系的に構成してきた。

(1) 行政行為の概念

行政行為という概念は、実定法上の術語ではなく²¹⁾、講学上の用語である。行政行為の概念は、もともと、私人間の法律関係を規律する行為形式が契約であるのに対応させて、行政と国民との間の法律関係を規律する行為形式として構想されたものである。行政法学上の行政行為とは、法律に基づく行政庁の一方的行為によって直接具体的に国民の権利利益に影響する行政作用の行為形式である。また、最高裁は、行政行為とは「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定することが法律上認められているもの」である（「大田区ごみ焼却場設置事件」）と判示している²²⁾。この判決の見解の影響は大きく、今日に至るまで行政行為の概念として受け継がれている。

学問上の概念としての行政行為は、行政訴訟、行政強制などの行政実定制度に支えられている概念である。この意味で、行政行為概念は、「単な

20) 田中二郎『新版行政法（下Ⅱ）』（全訂第二版）弘文堂1974年。

21) 実定法上は、一般的に、「処分」という用語が用いられる。例えば、行政手続法、行政事件訴訟法など。

22) 最高裁昭和39年10月29日民集18巻8号，1809頁。

る道具概念にすぎないのではなく、それ自身、『行政』概念のコロラリーとしての意義を有するものであって、いわば方法論上の意味をも有するものであるが故に、行政法体系のあり方と不可分のものといわなければならない」ものである²³⁾。「行政行為の概念は機能的には、行政権による公権力の行使のうち、最も司法裁判所の統制を受けるに適した行為(抗告訴訟の対象となる行為)に相当している。行政行為の概念が訴訟制度と関連していることは、行政法学が行政権の行使に関する国民の権利保護を中心として発達してきたことと無関係ではない」²⁴⁾。

(2) 行政行為類型論

現実の行政においては、公権力の行使として、さまざまな行政行為が用いられる。これらの行政行為に対して、いろいろな視点からの分類ができる。例えば、行為の主体によって国家行政行為、地方公共団体行政行為、特殊法人行政行為などに、行為の領域によって警察行政行為、経済行政行為などに、行為の性質によって規制性行政行為と給付性行政行為に、分けられる。しかし、伝統的行政法学においては、一般的に、民法上の法律行為・準法律行為にならって行政行為の類型を論じる。すなわち、まず、民法上の法律行為に準じて、行政行為は、意思表示を要素とするか否かにより、「法律行為的行政行為」と「準法律行為的行政行為」にわけられる。そして、「法律行為的行政行為」は、私人に対して、作為、受忍または不作為を命ずる「命令的行為」と、私人に対して法的地位を設定し、変更し、または剥奪する「形成的行為」とにわけられる。さらに、命令的行為に属するのが、下命、禁止、許可、免除などであり、形成的行為に属するのが、特許、認可、代理などである。「準法律行為的行政行為」に属するのが、確認、公証(登録)、通知、受理などとされてきた。

(3) 行政行為効力論

伝統的行政行為論は、裁判判決の効力に範をとった行政行為の伝統的効力論(公定力・不可争力・確定力・不可変更力・執行力)や抗告訴訟制度

23) 岡田雅夫『行政法学と公権力の観念』弘文堂2007年、29頁。

24) 中西又三『行政法1(改訂版)』中央大学通信教育部2003年、172頁。

の形成に大きな刻印を残しているといえよう²⁵⁾。行政行為が存在する場合には、公定力・不可争力・不可変更力・執行力を生ずる。①公定力とは、行政行為に法規違反等の瑕疵があっても、重大かつ明白な違反の場合を除いて、権限ある機関が正式にこれを取消さない限り、有効として通用し、国民および関係行政庁を拘束するという効力である。②不可争力（形式的確定力）とは、行政行為により国民の権利・義務が侵害された場合であっても、法定の期間が経過すると、争訟を提起して行政行為の取消しによる救済を求めることができなくなるという効力である。③不可変更力（実質的確定力）とは、行政行為のうち、紛争裁断作用（裁決、決定等）として行われたものについては、処分庁は自らその判断を覆すことができないという効力。④自力執行力とは、行政行為によって命じられた義務を国民が履行しない場合に、行政庁は裁判判決を得ることなく、行政行為自体を債務名義（強制執行によって実現される請求権の存在・範囲を証明する公の文書）とみなして、自らの判断により義務者に対して強制執行をし、義務の内容を実現しうる効力である。

(4) 行政行為瑕疵論

行政行為は、法律にしたがって行われる法律行為であり（法律による行政の原理）、その主体・内容・手続・形式などの要件が法定要件に適合していなければならないが、現実には、法定要件に違反する行政の行為も少なくないのである。この法定要件に違反することを「瑕疵」といい、そうした行政行為のことを「瑕疵ある行政行為」という。「瑕疵」の形式からみれば、「瑕疵」は、主体に関する瑕疵（例えば行政機関の権限外の行為、行政機関の意思に欠陥のある行為など）、内容に関する瑕疵（例えば人に対する不能な行為、内容の不明確な行為など）、手続に関する瑕疵（例えば通知、聴聞、弁明などを欠く行為）、形式に関する瑕疵（例えば書面によらない行為、行政庁の署名を欠く行為など）を含んでいる。そして、「瑕疵」の程度によって、瑕疵ある行政行為は、「取り消し得べき行政行

25) 人見剛「行政処分の意義と分類」芝池義一、小早川光郎、宇賀克也編『行政法の争点（第三版）』有斐閣2004年、29頁。

為」と「無効な行政行為」とにわかれる。それぞれ、行政訴訟において効力を争う場合の具体的方法が異なる。

また、瑕疵ある行政行為であっても、一定の場合には、瑕疵の治癒や違法行為の転換ということが認める余地がある。瑕疵の治癒とは行政行為がなされた後、欠けていた要件の追完がなされてその結果瑕疵が無くなることである。違法行為の転換とは、その瑕疵ある行政行為を別の行政行為としてみれば全く瑕疵がないという場合に、これを後者の行政行為とみなして有効なものとして扱うことである。もちろん、瑕疵の治癒や違法行為の転換は、安易に認められることではなく、法律にしたがって行われなければならない。

(5) 行政行為裁量論

行政裁量とは、法律の枠内で行政機関に認められた判断の余地である。伝統的行政法学において、行政行為を、裁量権の認められない(法の機械的執行) 羈束行為と裁量権の認められる裁量行為にわけられて論じてきた。そして、裁量行為については、自由裁量(便宜裁量)と法規裁量(羈束裁量)にわけられる。自由裁量は、専門技術的・政治的判断を要し、原則として司法審査対象外のものであるが、法規裁量は、社会通念・経験則から判断でき、司法審査の対象となるものである。しかし、近時においては、区別は次第に重視されなくなる。例えば、行政事件訴訟法30条は、裁量の逸脱または濫用があれば、裁量行為を取り消すことができるとする。

6 伝統的行政法律関係論の提唱およびその内容

伝統的な行政法学は、行政法の特質を、「公益保護の見地から私人相互間の利害調整(私法)を超える特殊な規律を定めること、さらに、その目的達成のために公権力の行使を認めること」に求めていた²⁶⁾。すなわち、伝統的行政法律関係論は、伝統的公私法二元論に基づき、行政上の法律関係を公法律関係と私法律関係にわけて、その中の公法律関係を主な考察対

26) 芝池義一『行政法総論講義(第四版)』有斐閣2001年、6頁。

象として考察するものである。

(1) 伝統的行政法律関係論の内容

伝統的行政法学は、行政と国民との関係を権力関係、管理関係、私経済関係にわけて、それぞれの関係に適用される法規範を論じてきた。権力関係（支配関係）とは、行政主体に優越的な地位を認め、相手方国民の合意なくして、一方的に命令・強制することができるような公法律関係で具体的な法律によって定められている法律関係である。管理関係とは、行政主体は公権力の主体としてではなく、公の事業・公の財産の管理主体として国民に対する法律関係である。私経済関係とは、行政主体が当事者であっても、その性質上私人と全く同様の立場に立つ場合の国民との間の法律関係である²⁷⁾。

この三つの法律関係は、その性質によって救済のルールが異なっている。すなわち、権力関係については抗告訴訟（行政事件訴訟法3条）という類型で、管理関係については公法上の当事者訴訟（行政事件訴訟法4条）という類型で、私法律関係については民事訴訟法で扱うことになる。

(2) 行政法律関係論の出発点——行政主体と私人の二元論

伝統的行政法律関係論は、公私法二元論に基づき、「行政の内部関係と外部関係の二元論」という考え方を採用し、行政主体相互間の関係を「行政の内部関係」として、行政主体と私人間の関係を「行政の外部関係」としてそれぞれに考察することになった。そして、行政の法的統制についても、行政主体間の「行政の内部関係」と行政主体・私人間の「外部関係」に分断され、それぞれに行政組織法（行政の内部関係に関する法）と行政作用法（外部関係に関する法）によって統制される。

さらに、「行政の外部関係」については、「行政主体」と「私人」の二元論を採用し、行政法律関係における法主体を「行政主体」と「私人」にわけて対立的な位置を付けて考察する。「行政主体」と「私人」の対立論を基として、伝統的行政法律関係論は、行政主体の優越的地位が強調され、

27) 田中二郎『新版行政法（上巻）』（全訂第二版）弘文堂1976年、97-99頁参照。

比較法雑誌第48巻第3号（2014）

行政法律関係における私人の地位については十分に検討されなかった。