

現代行政法学理論の発展について（2・完）

——比較法的視点から——

The Development of Modern Administrative Law Theory (2):

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、第48巻第3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（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

戦後、日本では、新しい日本国憲法が制定され、憲法原理の転換を実現してきた。さらに、行政法学の考察対象としての現代行政は、行政対象の拡大、行政主体の複雑化、行政の行為形式の多様化をともなって発展してきた。憲法原理の転換と現代行政の発展は、伝統的行政法学理論の変容を迫ることとなる。

* 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。

1 現代行政の発展

現代行政の理念の転換にしたがって、行政の対象領域は拡大し、行政権を行使する主体は複雑化し、さらに行政目的を達成するための手段も多様化している。

(1) 行政理念の変容

全般からみると、現代行政は、従来の「消極行政」・「規制行政」・「秩序維持行政」・「警察行政」から「積極行政」・「サービス行政」・「授益行政」へ変容してきた。

19世紀の自由国家ないし夜警国家の時代、自由主義的国家観に立ち、行政はできるだけその権限行使を控え、国家の秩序・外交・国防という最小限の国家任務だけを担当した。当時、特に重要な行政は「警察行政」である。したがって、このような行政は、「消極行政」、「規制行政」、「秩序維持行政」、「警察行政」ともいわれる。規制行政とは、「公共の福祉を維持増進するために、人民の活動を権力的に規制し、人民に対して、これに必ずべき公の義務を課する作用」をいう¹⁾。しかし、現代国家は、自由国家から社会国家ないし福祉国家への変身を要求され、国民の権利・利益の保障・増進を目的として積極的な行政活動が求められるようになっている。例えば、国家は積極的に経済活動に介入し、それを適切な規制や援助を行った。そのため、現代行政にあっては、伝統的な規制行政に加えて、国民の生活の向上という給付行政が増えてきた。「給付行政」とは、国民の生活の向上を図ることを目的として、国民に対して行われる社会保障、資金補助、財貨や役務の給付などの行政活動のことであり、「積極行政」、「サービス行政」、「授益行政」ともいわれる。現代型行政の本質は、国民にサービスを提供する給付行政として理解されているのである。

(2) 行政領域の拡大化

現代行政の機能は、飛躍的に増大し、行政は直接または間接に国民生活に関与し、社会福祉の実現のために多くの任務を担うまでに至っている。

1) 田中二郎『新版行政法(下Ⅱ)』(全訂第一版)弘文堂1969年、297頁。

国民の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、行政に対する国民のニーズは、国民の価値観の変化にともなう多様化や生活様式の高度化により量的、質的に拡大し、行政の守備範囲は広がることになった。このような「三権内における行政の活動領域と機能の拡大に対する認識」は、「行政学の礎石」と考えられる²⁾。そして、行政法学の対象である行政の範囲の拡大は、行政法学に対しても、大きな影響を与える。

(3) 行政主体の複雑化

現代行政の展開は、行政法学に対して実にさまざまなインパクトを与えた。とりわけ行政作用法の領域における非権力的作用形式の展開は、行政法＝公権力の行使に関する法→公法体系とつながって理解されてきた伝統的行政法体系に根本的な方法論上の反省を迫ってきている。このような事情は、行政組織法の分野にも徐々に現われはじめている。さまざまな組織形態による公行政の担い手の出現は、久しく通説的地位を占めてきた行政主体＝公法人論を動揺させ、新たな視角に基づく行政主体論の確立を要求しつつある。今日現実に行政を担っている主体は、もはや国・地方公共団体のごとき純粋な統治団体に限られないのであって、法律に基づく公社形式のごとく公的な法形式のものから、私法上の会社形式に至るまで、あるいは、行政主体との関係についても極めて密接なものから独立性のたかいものまで多彩を極めている³⁾。

(4) 行政の行為形式の多様化

伝統的行政法学になる時代においては、行政機関が一般的に命令や強制の方法によってその公権力を行使するから、権力的行為が行政活動の核心的部分を形作っていたが、現代の行政過程においては、保護・助成・援護・促進・奨励・指導・協議・契約などの措置が給付行政の一部として用いられることが多い。大局的にみれば、現代の行政は、規制行政から

2) 田辺国昭「生活保護行政における最低生活基準の決定過程—決定ルールの構造とその転換」『法律時報』1992年64巻10号、29頁。

3) 岡田雅夫『行政法学と公権力の観念』弘文堂2007年、155-157頁。

給付行政へ⁴⁾転換しつつあるともいわれている。

現代行政法には、行政手段の法令用語として、援助、助成、規制、監督、指導、計画、免許、認可、許可、登録、届出、確認、認定、指定、審査、承認、同意、協議、検定、検査、調査などが挙げられる⁵⁾。すなわち、現代の行政過程は、行政立法、行政行為、行政強制などの権力的手段のほかに、多様各種の非権力的手段を用いて行われている。そして、現代の行政は、その公的任務を達成し、直接に人民に対する関係で公共の福祉を増進するための行政活動をするにあたって、種々の私的手段を用いることもある。この種の行為形式は、古典的な狭い意味での国庫的活動と区別されて、「行政上の私法」または「公行政の手段としての私法」と呼ばれているともある⁶⁾。

2 伝統的行政法学理論の問題点

伝統的行政法学理論は、一方における憲法原理の転換、他方における現代行政・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のも、さまざまな問題が提出されていた。その問題は、ある個別の理論に関する局部的なものにとどまらず、行政法全体に関わる問題として提起されたことに特色がある。具体的にいえば、次のような問題点が考えられる。

(1) 伝統的公私法二元論の絶対化

伝統的な公私法二元論は、公法と私法を完全に峻別し、私法を対等な私人相互間の法律関係と捉える一方、公法を支配服従関係の公権力関係と捉え、両者を基本的に異なる法システムに属するものと考えられていた。このように公法と私法との区別を絶対的なものと考え、公法の特异性・独立性を強調し、これに対する私法・私法原理の適用を否定することは、官僚

4) 「奪う行政」から「与える行政」への転換ともいわれる。成田頼明「非権力行政の法律問題」『公法研究』1966年28号、137-138頁参照。

5) 総務庁長官官房総務課『行政活動の基本構造—行政作用の本質と機能に関する調査研究(上巻)』行政管理研究センター1985年、329頁。

6) 成田頼明「非権力行政の法律問題」『公法研究』1966年28号、152頁。

主義的絶対国家の要請に仕える考え方で、当時の日本の政治的・経済的・社会的基盤は、こういう考え方が生成し、発展し、学説判例の上に支配的な力をもつに至るに好適な規範であったといえよう⁷⁾。しかし、このような峻別論は、日本国憲法の制定（行政裁判所の廃止）および現代行政の発展にともない、強い批判を浴び、今日ではこのような峻別論は克服されている。そして「公法・私法」という概念を立てること自体に批判的な立場をとる人もいる。例えば、「行政主体」と「私人」との二元的対立関係は必ずしも必要ではなく、また、行政の「内部関係」と「外部関係」とに二分して説明することにも必然的な理由がなくなってくる。さらには、日本の行政法学がその出発点としてきた行政の法律適合性の要請を基本的に配慮しない方向へいく可能性をもっている⁸⁾。

公私法二元論は、近代社会における国家と社会の二元論を前提とする理論である。しかし、現代社会では、社会への国家の介入および民営化などの推進によって、国家と社会との間は、相対化している。これを背景に、公法と私法との間にも、相対化・融合の傾向がある。

(2) 法治主義の形式化と形骸化

法治主義は、行政が法律にしたがって行われなければならないと要求するが、これだけで実質的に国民の権利利益を保護しうるのか、行政目的（公共性）を実現しうるのかという疑問が提起されている。

① 法治主義の形式化

法治主義においては、「法」とは国民代表としての議会在が制定する法律を意味するものと考えられている。これは、議会在が国民の意思を反映しており、正しい決定をなしうることを前提として、議会对する信頼を基礎に置く制度であるので、法律の内容の正当性は要求されない。しかし、議会在で多数決が取られていることは、民主主義的な政治運営の要求であるが、少数意見の尊重または少数者の人権保障という点では、問題があるこ

7) 田中二郎『公法と私法』有斐閣1955年、6頁参照。

8) 新井隆一『行政法』青林書院1992年、113-114頁。

とは否定できない。また、すべて議会の判断に委ねられるため、人権侵害の脅威が付き纏い、一旦議会が専制的な勢力に支配されると、立憲主義が空洞化する恐れがある。この意味で、伝統的行政法学における法治主義は、「形式的法治主義」ともいわれる。この形式的法治主義に基づき、「法の根拠さえあれば足りるということになり、法の拘束の密度、その内容の適正等については議論が十分されないため、裁量範囲の増大、立法の不作為等によって、その民主的統制が極めて制約されている。」⁹⁾

この法治主義の形式化という問題に対して、実質的法治主義の観点においては、法の形式だけではなく、内容上の正当性が追求されねばならず、法律体系が憲法や人権、慣習や社会道徳などに適っているかどうかの問題となる。

②法治主義の形骸化

行政法学の基本的原理としての法治主義は、行政が、立法機関により定められた法律に基づいて行われなければならないとしているが、このような法治主義を徹底的に実現することはできないであろう。例えば、現代行政過程で多く用いられる行政指導は、「法治行政の原理を崩壊・空洞化せしめる」と批判された。行政指導には、「法律上の拘束規定を回避する脱法措置として、あるいは法律上の処分権限を法律の趣旨とは異なる別の目的に利用する手段として行われ、しかも結果において広く国民の利益を阻害したり、相手方の権利自由に影響を与える、またはその危険をもつ行政指導が該当し、例えばつぎのようなものが考えられる。①行政と企業(産業)とのゆ着の接着剤として存在し機能する行政指導、②許認可権限等をテコとして、監督手段として機能する行政指導。」¹⁰⁾

さらに、現代行政の発展によって、行政の機能は専門性、技術性、主導性、機動性を持ち、「行政に対する立法による事前拘束(『法律による行政』の原理)ならびに司法による事後統制(『行政の司法審査』の原理)

9) 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、106頁。

10) 千葉勇夫「行政指導に対する法的統制」『公法研究』1978年40号、198頁。

を極めて困難ならしめつつあり、これによって法治主義は実体を欠く空虚な言葉と化す大きな危険にさらされているのである。¹¹⁾行政領域の拡大化、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にともない、行政法にも新しい問題を投げかけている。例えば、肥大化・専門化された行政活動は、行政立法を増大させ、行政裁量の余地を拡大し、法治主義を形骸化させる。具体的にいえば、法治主義の形骸化という問題点は、次のものと考えられる。①憲法41条には、国会が「国の唯一の立法機関である」と定められているが、現実の問題として、すべての事項について立法機関が立法を行うことは不可能である。例えば、高度の科学的技術的専門性を必要とする安全基準などは、国会で審議して決定することが困難となる。そのため、行政立法に委任することが多くなっている。つまり、行政機関は実質的意味の立法権を行使することになる。②法律は、立法機関により制定されるが、現実には、法律や例の大部分が行政の担当部局の職員により、案として作成されている。③法治主義はすべての行政活動が法律に基づいて行われなければならないと要求しているが、行政裁量・行政立法・行政計画・行政指導などに対して限界がある。その結果、法治行政の原理が形骸化してしまうという問題が生じている¹²⁾。

(3) 伝統的行政法学方法論の問題点

伝統的行政法学の方法論は、一般的に、行政法解釈学に限定され、次のような問題が存在している。

①法解釈の限定と法実証研究の欠缺

伝統的行政法学方法論は、解釈法学への過度の傾斜が必然的に実証研究

11) 手島孝「行政国家と憲法」九州大学法政学会『法政研究』1966年32巻2号、130頁。

12) その他、「法律の洪水」という問題も指摘されてきた。法治行政の理念も「法律の留保」の観念も、元来は法律によってのみ制限可能な「行政の自由」を前提にしている側面があるが、いわゆる「代議制の危機」が表面化するにつれて、一方ではそれらの空洞化を引き起こしつつ、他方では議会制民主主義の制度的要請にそって、「法律の洪水」とも称される事態を生み出していった。今村都南雄『行政学の基礎理論』三嶺書房1997年、10頁参照。

への関心を失わせていた。すなわち、伝統的行政法学は、法学的方法に依拠し、法規定からの演繹に大きな関心を寄せ、各個の実定行政法を解釈したが、これをその成立の社会的・経済的・政治的基盤との関係において分析・評価し、それが社会に現実には及ぼした効果を確認することに、十分な関心を注がなかった。例えば、「立法者によって各個の実定行政法に実現を担わされたとされる公益の内容や規範受益者を分析し、また、実定行政法の実効性、その執行過程における歪曲性を分析する点において、欠けるところがあった。」¹³⁾

行政法学における法解釈的方法は、論理的にみると演繹的方法であるといえよう。演繹的方法は真理の発見に関係がなく、その解明強調に関係するものである¹⁴⁾。そのため、行政法の解釈論も法実証主義に徹して展開されるべきものとなった¹⁵⁾。

②現実の行政に十分に対応できなかったという問題

行政法は法典をもたず、また法規の上でもしばしば欠缺があり、そのためその解釈運用の面でも、特に「法の一般的総則」としての民法から、定義や概念の構成を借用しているのである¹⁶⁾。行政法学の成立史からみると、行政法は、一つのモデルとして形成されてきた民法学の理論を模倣し、民法学の概念や理論を借用し、民法学とは独立した体系を築き上げようとしてきた。例えば、行政法学においては、民法学の中の「法律行為」概念を借用し、「行政行為」概念および「行政行為論」という理論を構築してきた。そして、伝統的行政法学方法論は、民法解釈学をまねて、独自の行政法解釈学として構築されたものであった。すなわち、伝統的行政法学方法論としての行政法解釈学は、「先進的」な「民法学」の方法論を公法の分野に転用したものであるといえる。しかし、このように、行政法学方法論は、行政法領域の現実的な問題に十分に対応することができるわけ

13) 杉村敏正『全訂行政法講義総論(上巻)』有斐閣1981年、50頁。

14) 伊藤和衛『教育行政過程論』第一法規1976年、2頁。

15) 原田尚彦『行政法要論(第四版)』学陽書房1998年、25頁。

16) 和田英夫等『現代行政法概説』三和書房1982年、20頁。

ではない。そこには、行政法に特有な性質、つまり行政の特殊性に考慮して、行政法の特有な方法論を構築することが必要であろう。

(4) 伝統的行政法学体系論の問題点

伝統的行政法学体系は、19世紀自由法治国家の行政法を対象として体系化したものであった。しかし、現代行政の発展のもとで、その体系論を修正する必要がある。特に、「行政作用法の分野は、従来の秩序行政と相並んで、新しく登場した給付行政を中心として、新たに再編成されなければならないこととなる。」¹⁷⁾

①伝統的行政法総論の問題点

上述の行政法総論の体系からみると、行政法総論において、行政作用法は、中心的なものとする¹⁸⁾。これは「行政作用法の中心論」といわれる¹⁹⁾。国民に向かって行われる行政の活動が、国民の権利保護の点および法的考察の点からみれば、重要なものであるという価値判断を前提とすると、この作用法中心の争論には合理性があることになる。また、国民の権利保護という点からは、救済法も重要であるが、救済法は行政活動の存在を前提にするものであり、理論的には作用法が前提になる。この意味で、論理的な順序としては、作用法が一次的であり、救済法は二次的なものといえる。このように考えると、作用法中心の狭義の総論には合理性があることになる。そして、行政救済法および行政組織法は、狭義の総論とは一応別枠であり、広義の総論を構成することになる²⁰⁾。

区別された組織法と作用法との間には、次のような相違があり、その相違点を行政作用論中心主義の理由とすることができる。すなわち、①法治

17) 和田英夫『行政法講義(上)』学陽書房1982年、34頁。

18) 行政作用法は「狭義の行政法総論」ともいわれる。芝池義一「行政法理論の回顧と展望」『公法研究』2003年65号、65頁参照。

19) これに対して、反対の見方もある。例えば、大橋洋一は、行政作用法偏重主義を批判し、「行政法は、第一に行政組織法である」と論じた。大橋洋一「行政法総論から見た行政訴訟改革」大橋洋一『都市空間制御の法理論』有斐閣2008年、373頁参照。

20) 芝池義一「行政法理論の回顧と展望」『公法研究』2003年65号、65頁。

主義（法律による行政の原理）は行政主体の行う行政作用に関するものであるので作用法のみにも適用され、行政組織の内部関係を規律する組織には適用されない。②現行憲法のもとでは、法治主義（法律による行政の原理）の適用ある作用法上の一切の法律上の争訟について司法審査が認められなければならないが行政組織の内部関係における法解釈上の疑義や紛争には当然には司法審査は及ぶものではないので、組織法には司法審査制度の適用はない²¹⁾。

②伝統的行政法各論の問題点

現在の行政法学においては、行政法の体系中に包括的な各論を置くという方法は取られていない。その要因は、各論として取り扱われていた分野の独立——租税法、財政法、教育法等——のみならず、1970年代初頭の、行政法学方法論に関する「各論としての行政作用法論」批判が、説得的内容をもって、その後の学説に規定的影響を与えたからである²²⁾。遠藤博也は、行政作用法批判を踏まえつつ、「行政法各論が行政法学において軽視ないし無視されてきたことは、法学的方法をとったオットー・マイヤーの行政法学以来、その宿命であったといってよい」²³⁾と指摘した。「行政法各論の体系の立て方は、各種行われ、そのうちの大半は、講学上の便宜にかかるもの、あるいは、当時成立していたドイツにおける各論体系を借用したものであった。それは、現代の行政の質的量的発展を取り入れたものでもなければ学問的考察を経たものでもなかった（当時の法律にどのようなものがあつたかを反映したにすぎない）。したがって、このような分類は、学問的、理論的な面からいえば、その有用性は失われるといって過言ではない。」²⁴⁾

③行政法総論と各論との循環の不十分

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

21) 田中二郎『新版行政法中』（全訂第二版）弘文堂1976年、14頁。

22) 塩野宏「行政作用法論」『公法と私法』有斐閣1989年、197頁以下参照。

23) 遠藤博也『行政法Ⅱ（各論）』有斐閣1977年、はしがき1頁。

24) 斉藤寿、梅木崇『現代行政法論』勁草書房1982年、185頁。

は、従来から、二つの視座をもっていたということが出来る。その一つは、個々の行政活動のもつ規範的な意味、あるいは規範論理的な構造を基準として、それらの行政活動を、さまざまな行為類型に分類説明する、ということである。他の一つは、行政活動の社会的機能に着目して、これを分類整理する、という方法である。この両者は、比喩的にいうならば、行政活動に対する横断的な分類と縦断的な分類であるともいえる。前者は行政法総論の、また後者は各論の課題として取り上げられて来たのであるが、要するに、この両者の組合せによって、行政法の理論体系の中核的部分ができ上がっている訳である。そして、行政機能の拡大ということは、主として後者、すなわち行政活動の社会的機能についていわれることであるが、それは必然的に、前者にも影響を及ぼして来る問題である²⁵⁾。つまり、行政法の研究は、従来、大部分総論ないし原理の領域において行われ、特殊行政法の分野については、あまり行われず、比較的未開拓であったように思われる。また、特殊領域の研究業績があっても、それは特殊なるが故に特殊なものとしてあまり顧みられなかったり、あるいは逆に、特殊領域に関する研究は、一般理論への回帰に欠けたりする²⁶⁾。すなわち、行政法総論と各論との循環は十分に行われていなかった。

(5) 伝統的行政行為理論の問題点

伝統的行政行為論は、権力的行政を著目し、非常に硬直的で「弾力性」を欠くものであるが、現代行政の行為形式の多様化によって、「希薄化・空洞化」しつつあり、ひいては「有害無益な行政行為論」と批判されてきた²⁷⁾。そのため、その理論は、現代行政の行為形式の多様化という動向を踏まえて、改められなければならない。

25) 今村成和「現代行政と行政法の理論」『公法研究』1968年30号、118頁。

26) 相原良一「『法の支配』の原理と行政の実現—水産行政論研究のために」『公法研究』1968年30号、172頁。

27) 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頁。

①行政行為類型論の問題点

行政過程は、「特定の行政目的との関係で制度化された行政作用ごとに種々であり、一部の特徴的な作用についての類型化の試みはあるものの、行政作用全般に通用するような類型化を行うことは、相当の困難が予想される。」²⁸⁾行政機能の拡大は、必然的に、行政活動の行為類型にも、複雑さを加えることとなるのである。「現実の国家、行政ないし社会のもろもろの生活の分野そのものが不断に変動し、かつ多様化した中では、従来からの行政作用法の法内容的な分類だけでは、個々具体的ケースに直面した場合、到底その完全を期することは不可能である。」²⁹⁾すなわち、行政は「行政行為」のみならず、行政指導、行政立法、行政調査、行政評価、情報公開などのさまざまな行為形式で用いられる。また、道路・河川の設置・管理や国・公共団体での情報の管理は、行政行為類型のいずれにも当たらず、事実上の行為に相当する³⁰⁾。これらの行為形式を法的統制するため、伝統的行政法学において法律外的事実として処理されて来た行為形式は、法律行為として再編成される必要がある。今日では、行政行為を中核にしなが、その他の行為形式についても発展を図るという考え方は強くなってきた。

②行政行為効力論の問題点

伝統的行政法学においては、行政行為の特殊な諸効力が一般に認められているが、現代行政法学においては、この行政行為効力論に対する強い批判が生じる。例えば、現在は、公定力の根拠を行政事件訴訟法における取消訴訟制度に求める見解が、学説などにおいて多数の見解となっている³¹⁾。今日では、公定力は、「立憲君主制の残滓に過ぎず、現行法の解釈

28) 中西又三等『テキストブック行政法』有斐閣1997年、57頁。

29) 和田英夫等『現代行政法概説』三和書房1982年、76頁。

30) 芝池義一『行政法読本』有斐閣2009年、25頁参照。

31) 公定力を解除条件付の確定力(処分の適否を問わず取り消されるまでは相手方を拘束する自力執行性)として論じたこともある。滝川毅一「行政法における立証責任」垂水克己、兼子一編『岩松裁判官還暦記念訴訟と裁判』有斐閣

としても、将来的な制度構想としても有害無益の概念である」という考え方もある³²⁾。「もし公定力が取消訴訟制度の採用に起因する法効果であるとするれば、実定法上、行政行為なる概念は不必要である」という考え方も提出されてきた³³⁾。

③行政裁量論の問題点

行政裁量は、法律による行政の拘束の程度、すなわち法治国家原理の問題と裁判所による行政のコントロール、すなわち行政権と司法権の関係の問題を含む。具体的にいえば、第一次的には、立法との関係で考えられるものであるが、さらに、それは、裁判所による審理との関係においても、裁判所がどこまで審理しうるかという問題を提起する。

(6) 行政法律関係論の問題点

①行政主体と私人との対立

伝統的行政法律関係論は、公私法二元論に基づき、「行政主体と私人の二元論」を基として、行政法律関係における「行政主体」と「私人」を対立的に捉えるものである。さらに、伝統的行政法学は、重点を行政の側に置き、主に行政の側から見た行政の法律関係とその変動の法形式に関するものであり、国民の側から見たところは少ない。このような行政法学は、「官庁の執務便覧」ともいわれる³⁴⁾。行政主体に対して、その相手方となる者を「行政客体」という³⁵⁾。「客体」というものは、一般的に、消極的・受動的な・服従的な性質をもっていると考えられる。したがって、相手方を「行政客体」とする伝統的行政法律関係論は、行政主体を偏重し過ぎ、相手方を軽視する傾向があったと見られる³⁶⁾。

1956年、484頁参照。

32) 大浜啓吉「法の支配と行政訴訟」三辺夏雄等編『法治国家と行政訴訟 原田尚彦先生古稀記念』有斐閣2004年、32頁。

33) 岡田雅夫『行政法学と公権力の観念』弘文堂2007年、30頁。

34) 今村成和『行政法入門 (第8版補訂版)』有斐閣2007年、7頁。

35) 成田頼明等『現代行政法 (第三版)』有斐閣1995年60頁、塩野宏「行政法 I 行政法総論 (第二版)』有斐閣1997年277頁参照。

36) しかし、これに対して、杉村敏正は、「行政主体および行政客体という用語

②行政主体の優越性

伝統的行政法学は、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。典型的な行政法律関係である権力関係（支配関係）における法主体について、伝統的行政法律関係論は、法律に基づいて一定の公権力の行使を認められている行政庁と、行政権に服従する一般市民との間のいわば上下の法律関係として捉えられる。その法律関係の性質は、対等独立な市民相互間のいわば横の法律関係を中心とする私法上の法律関係の性質とはかなり異なっている。権力関係または支配関係の分野では、行政主体に対して、法律上いろいろな形で優越性が認められている。この優越性は、具体的には、行政庁の一方的な命令権・形成権、行政行為の公定力、行政庁の自行執行力、特殊な争訟制度などの諸点に見られる。

III 現代行政法学理論の発展

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。例えば、戦後、日本国憲法の制定および現代行政の発展にともない、伝統的行政法理論は、さまざまな問題をもち、根本的な再検討を要請されるに至っている。この要請に応じて、さまざまないわゆる「行政法学新理論」が提唱され、行政法学の「大変革の時代」³⁷⁾、「百家争鳴の学問的戦国時代」³⁸⁾に入っているようにいわれている。しかし、今日までその変革過程が続いているためではあろうが、伝統的行政法学理論に代わるべき確固たる通説というべきものは、未だ形成されるに至っていない。「その修正理論は多く出ているが、ただ、現在は

は、あくまで行政法学上の技術的・便宜的な用語であって、両者の間の価値についての評価とは全く関係のないものである」と述べた。杉村敏正『行政法概説総論(改訂版)』有斐閣1973年、70頁参照。

37) 阿部泰隆『行政法解釈学 I 実質的法治国家を創造する変革の法理論』有斐閣2008年、58頁。

38) 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。

古いものを壊すのは成功したが、新しいものはまだ十分にはできていないという状況である。」³⁹⁾また、「新しい理論や考え方を導入し、それ自身としては承認できるとしても、行政法全体の理論構成の中に融合し統一的な理論構成がなされるまでには至っていない」⁴⁰⁾。

1 公私法二元論の相対化

「公法と私法との区別は、時所を超越した法そのものの本質的な区別ではなく、特殊の政治的・経済的・社会的地盤の上に実際上の必要に基づいて生成し発展してきた区別にすぎない。」日本国憲法のもとで行政裁判所制度が廃止され、裁判所制度が一元化され、また、現代行政の発展にともない、公法と私法の境界が流動化し、経済法、労働法、教育法、消費者法、災害法などの非典型的な領域が増加してきているため、公私法二元論の制度的・現実的な基礎を基本的に崩したのである。このような背景において、「私法の公法化とか公法の私法への滲透ということが」生じてきた。すなわち、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、すでに公法・私法二分論の制度的基礎を基本的に崩したのである。そして、行政の守備範囲の拡大によって、「私法は次第に公法原理を摂取」し、「公法は次第に私法の領域を蚕食している」⁴¹⁾。「それは、労働法とか社会法とか統制法とか経済法とか公害法とかの分野において、従来の平等的・自律的・私益的な法の領域に、支配的・他律的・公益的な法が滲透していく傾向が顕著であることを端的に表現したものにほかならない。」⁴²⁾一方、このような私法の公法化という現象に対して、公法の私法化という私法一元論が唱えられた⁴³⁾。この意味で、公私法二元論は、ほ

39) 阿部泰隆『行政の法システム(上)』（新版）有斐閣1997年、22頁。

40) 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、199頁。

41) 我妻栄『新訂民法総則』岩波書店1965年、3頁。

42) 田中二郎『新版行政法（上巻）』（全訂第二版）弘文堂1976年、72-73頁。

43) 浜川清「行政改革下における行政と行政法」『公法研究』2008年70号、48頁

とんどその意味を失っているといえる。

これと同時に、公私法一元論が提唱されてきたことがある。公私法一元論は、行政上の法律関係を包括的に公法律関係と私法律関係に二分せず⁴⁴⁾、個々の事例の性質や法規範の性質等を個別具体的に考察して妥当な結論を導くという考え方をとる⁴⁵⁾。この公私法一元論に基づき、行政法は、「単純に、行政に特有の法現象を指すものといってよいである」という議論もある⁴⁶⁾。しかし、この公私法一元論に対しても、現代行政法学において、公私法二元論の法機能的意義は乏しくなったとされるが、講学の便宜のための分類として、あるいは法の学習者の理解を容易にするための分類として、その意義が未だ存在しているであろう。

2 法治主義の実質化

公のような時代に対応するには、法治行政の原理自体を大きく転換することが必要となった⁴⁷⁾。実定法からみれば、第二次大戦後の日本では、戦前の反省に基づいて、新しい日本国憲法が制定された。日本国憲法には、権利の保障は第3章で、憲法の最高法規性は第10章で、司法権重視は76条・81条で、適正手続の保障は31条で、それぞれに定められ、そして、法の内容が正当であるか否かを憲法に照らして確かめていく違憲審査制(81条)が採用されるようになった。人権の保障、法律の憲法への拘束および違憲立法審査制の設立にともない、法治主義の理解は、人権保障の観点から法律の内容が正当であることが求められるように変化してきた。この意味で、戦後日本は実質的法治主義をとる「実質的法治国家」であると

参照。

44) 実質的には「『公法を適用すべき社会的事実』と『私法を適用すべき社会的事実』との一元論」といわれる。藤田宙靖「現代の行政と行政法学」『公法研究』1984年46号, 122頁参照。

45) 渡辺信夫『福祉のための行政法』南窓社2004年, 14-15頁参照。

46) 今村成和「現代行政と行政法の理論」『公法研究』1968年30号, 126頁参照。

47) 磯野弥生『最新行政法入門』学陽書房2005年, 35頁。

いえる。実質的法治国家は、「単に形式的な近代的法治国家の行政法にとどまらず、それを基盤として、かつそれを超える実質的な法治国家」であり、「消極的な行政活動に止まるのではなく、積極的な行政サービスの提供によって、国民の生活に利便と幸福をもたらす行政でなければならないことを意味するものである。」⁴⁸⁾

そもそも、法治主義の内容については、形式的法治主義と実質的法治主義とでは異なる。行政法学においては、次のものと考えられる。第一には、形式的法治主義は「法律による行政」の原理を自己目的化し、行政の法律適合性を確保するために行政の法的統制を行うのであるが、実質的法治主義は人権保障を目的として、そのための手段を体系的に提示し、形式的な法によって形式的に行政活動を統制するというだけでなく、法の内容や適用においても正義や合理性を要求するものである。実質的法治主義は基本的人権を保障する目的に奉仕する手段として、行政の基準としての法律および法律の執行としての行政に対して、その内容の正当性が要求される。具体的にいえば、法律および法律にしたがって行われた行政は基本的人権⁴⁹⁾を侵害してはならず、憲法条文、憲法原理に適合しなければならないと要求している。第二には、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図ることを目的として、日本においては、行政手続法が制定され、行政活動に対して手続的統制を行うことになった。このように、行政活動の基準である法律の正当的要請および行政活動の手続的要請を受け入れた「法治主義」は、「実質的法治主義」といえる。

3 行政法学方法論の変革

伝統的行政法学は、「法学的方法」に依拠し、法規定からの演繹に大き

48) 和田英夫等『現代行政法概説』三和書房1982年、42頁。

49) 基本的人権のほか、環境権や景観権などの権利をも保護しなければならない。「これらは市民の共通利益ともいえるもので、国家作用によって正義に反するような仕方では侵害されるべきではない。」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、94頁参照。

な関心を寄せてきたのである。しかし、現代行政の肥大化、多様化、複雑化にともない、多様な分析視角を統合する行政法学方法論の確立が要請されている。すなわち、現代行政法学は、法学的方法を主導しているが、行政法を研究する際に、憲法・民法などの隣接法学およびその以外の社会、自然科学に触れなければならない。したがって、各学者は、行政法学の隣接科目と連携を図って、「法学的方法」以外の社会学、政策学、政治学、行政学、経済学などの新しい学際的発想方法を行政法学に導入する可能性を検討している。

(1) 法社会学的考察

行政法の法社会学的視点の導入について、渡辺洋三は、「制定法と現実の社会的実体とのズレが大きく、制定法が法的統制としての機能を有効に発揮しえない領域においては、法解釈学にとっても現実の社会的実態についての法社会学的認識が必要である。」「行政法の分野についても、行政庁の法の運用の実態についての調査研究も（行政法の）各論の若干の分野では実証的になされており、これらの調査研究の中から、行政庁の法の運用をどのようにコントロールし、公正な法の運用を担保すべきかという実践的課題も明らかにされつつある。」と述べた⁵⁰⁾。

(2) 法政策学的考察

阿部泰隆は、行政法を、憲法を中核とする社会的価値実現のための法技術体系として再構築しようという発案のもとに、独自の「政策法学」を提唱した。既存の行政法学の体系的思考方法においては、もともと矛盾や不統一を含んでおり、必ずしも体系的とはいえない行政法規を無理に体系的に解釈しようとして、「体系のための体系」を求める、不毛な学問的論争となりがちである。したがって、「体系を一応御破算にしても、法制度そのものの問題発見・解決志向、実定制度のあり方を構想する法政策学への転換が必要である」とする⁵¹⁾。この意味で、法政策学は、憲法や行政法

50) 渡辺洋三「法解釈学と法社会学」中川善之助編『法学セミナー現代法学事典 4』日本評論社1973年、139頁以下。

51) 阿部泰隆『行政の法システム(上)』(新版)有斐閣1997年、44頁。

といった社会の公的枠組みを形成している法分野の理解を深めるとともに、政策形成のプロセスを扱う公共政策論や政策過程論、複雑な行政任務に対応するために必要な隣接分野への理解も深めることを目的とする。また、中国でも、一部の学者は法政策論を提唱していた。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⁵²⁾。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され、「法政策学の過程的分析」モデルを提唱した⁵³⁾。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⁵⁴⁾。

4 行政法学体系論の再構築

伝統的行政法学は、行政に関する法現象を考察の対象とする場合には、行政法学は行政活動全体に共通する法理論を解明しようとする行政法総論と各行政分野のそれぞれの法理論を研究する行政法各論に分けられていた。しかし、この行政法学体系論は、行政法総論と各論との循環の不十分などの問題が存在している。そのため、各学者は、現代行政の発展に基づき、伝統的行政法学体系論を再構築し、いわゆる新体系論を提唱している。特に、行政法各論に代わるため、次のような行政法体系論が提出されてきた⁵⁵⁾。

52) 湛中樂、謝珂瑤「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。

53) 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。

54) 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。

55) そのほか、塩野宏は「独立法構成的アプローチ」を、小早川光郎「個別法体系論」を、提唱する。塩野宏「行政作用法論」『公法研究』1972年34号、193頁

(1) 行政領域論

室井力は、行政に対する授権と統制の法理を行政領域ごとに探求分析すべきである、と主張し、「行政領域論」を提唱した。行政領域論は、「行政活動とその法的仕組みの論理構造の客観的分析を各種行政領域について行い、そのことによって、行政法＝行政権にかかわる法の市民法との差異を個別的具体的に認識・検討しつつ、行政権と国民各層の権利自由との緊張関係における各種行政法的価値判断の合理的根拠を導く理論である。」⁵⁶⁾現代行政の発展にともない、各種領域の法律関係の複合的機能とのかかわりにおいて論ずる必要が生まれてきている。「各領域における行政作用は、それぞれの領域に存する種々の法律関係の複合的機能の中でのみ正当に論じられるのであって、行政作用法の一般論は、常にその具体的な行政領域への対応が考慮されなければならない。行政領域におけるそれぞれに固有の行政価値の評価を行う。」⁵⁷⁾しかし、これについて、「行政活動をどのような領域に分類するのかについては不明確である」などの問題が提出された⁵⁸⁾。

(2) 特殊法論

兼子仁は、行政法総論と各論という伝統的行政法体系論に代わり、一般法と特殊法という独特の理論的体系を構築した。社会生活の多様化にともない「現代の各種特殊社会関係ごとに特有な理論の体系」としての、「特殊法」が成立している⁵⁹⁾。特殊法論は、各論と呼ばれてきた分野を独立して、複数領域の併存的発展をもって完成形態と捉える見解である。経

以下、小早川光郎「行政法の将来・五〇年経って」成田頼明、園部逸夫、塩野宏、松本英昭編『行政の変容と公法の展望 河中一学氏喜寿記念文集』有斐閣1999年、188頁以下参照。

56) 室井力『現代行政法の原理』勁草書房1973年、36頁。

57) 室井力『現代行政法の原理』勁草書房1973年、14頁。

58) 新井隆一『行政法』青林書院1992年、114頁。

59) 兼子仁『行政法総論』筑摩書房1983年、39-40頁、兼子仁「特殊法概念と行政法」田中二郎等編『公法学研究 杉村章三先生古稀記念(上)』有斐閣1974年、246頁以下参照。

済法、環境法、教育法などの法領域は、伝統的行政法学において各論に属しているが、特殊法論において、特殊法として位置づけられ、各領域特有の理論が検討されるようになっていく。特殊法論は、「各種行政領域を従来の行政法理論だけによって考えるのではなく、環境法、経済法、社会保障法、教育法、医事法などの名のもとに、憲法をはじめ、行政法、民法、刑法などの諸法を含みつつ、全体として統一的な行政法体系または行政法原則を確立していく」ものである⁶⁰⁾。

(3) 参照領域理論

「参照領域理論」⁶¹⁾は、行政法総論と行政各領域との関係を相互学習過程として捉える考え方、両者の間の相互参照を重視する見解である⁶²⁾。個別分野の法律を具体的に勉強する過程で共通項を見つけられれば、それが行政法総論を豊かにするという関係にある。このように行政法総論は行政法各分野の最大公約数的制度・理念を集積する場であるほか、個別法分野で開発された最先端の法技術や海外から輸入された興味深い行政上の制度を展示しておくフォーラムとしての性格をもつ。一般に、行政各領域の発展は不均等であるため、こうしたフォーラムを通じて相互参照により、各法分野相互の不均等発展が改善されるのである。このように行政法総論と行政法各領域との関係を相互学習過程として捉える動的な考え方を「参照領域理論」と呼ぶ。個別法領域の発展と行政法（総論）の進展とは相互啓発的な形で進むべきである。したがって、環境法、学術法、経済行政法、科学技術法といった新しい法分野の開拓は、行政法総論の変容と高度化を必然的にもたらす⁶³⁾。この理論は「理論は、媒介機能をもつ。それは、行政各論の代表的な諸領域が自ら直面する問題とその解決とに関し

60) 田中館照橘『演習ノート行政法』法学書院1989年、201頁。

61) 参照領域 (Referenzgebiet) ともいわれる。E. シュミット＝アスマン著、海老原明夫訳「ドイツ行政法の最近の発展(下)」『自治研究』1996年72巻10号、25頁参照。

62) 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、336頁。

63) 大橋洋一『行政法—現代行政過程論 (第2版)』有斐閣2004年、14-15頁。

て蓄積してきた経験則を、行政法体系形成に役立たせる。それはさらに、行政法各論の各領域が、一般理論を通じて他の引照領域から学ぶことを可能にするものである。』⁶⁴⁾

(4) 中間行政法論

村上武則は、「中間行政法」という概念を提出し、「中間行政法論」を提唱し、従来の行政法各論を、行政過程論・特殊法化を解消することなく総論と各論の中間項として中庸行政法概念を考え、総論よりは一般的、各論よりは抽象的に実定法の規定を随所に援用しつつ具体的に論述していた⁶⁵⁾。

5 行政行為論の更新

伝統的行政法学は、「行政行為」という概念を中心として、行政の活動を個別的な行政行為に分解して考察する。しかし、現実の行政は単に行政行為のみならず、その他いろいろな行為または手段を用いて行政目的を達成している。そのため、各学者は、「行政行為」の概念に代わりに、「行政の行為形式」や「行政手法」という概念を提唱し、「行為形式論」や「行政手法論」を構築してきた。

(1) 行為形式論

伝統的行政行為論の「負担過重」を解消するために、行政の行為形式論が提唱された⁶⁶⁾。行為形式論は個々の行為形式と結び付けられた、根拠規定・行政手続・法効果・司法審査に対する要請を重視するもので、解釈論との関連を強くもつ。従来の行政法学はこうした行為形式という抽象的な部品を基礎として構築されてきたものといえよう⁶⁷⁾。

64) E. シュミット＝アスマン著、海老原明夫訳「ドイツ行政法の最近の発展(下)」『自治研究』1996年72巻10, 26頁。

65) 村上武則『応用行政法(第二版)』有信堂2001年, 2-5頁。

66) 高木光「行政上の事実行為と行政の行為形式論(三)」『国家学会雑誌』1983年96巻3・4号, 70頁以下。

67) 大橋洋一『行政法学の構造的変革』有斐閣1996年, 41頁。

現代行政法における行為形式論では、二つの発展傾向が顕著である。一つは、行政行為を中核にしなが、その他の行為形式についても発展を図っていくというものである。行政契約、行政立法、行政基準、行政計画、事実行為などの行政の行為形式は、「未発達の行為形式」ともいわれる。もう一つは、行為形式論における行政手続の重要性が増大しつつあるという傾向である⁶⁸⁾。行政形式論の場合、「行為形式」は行政過程を分析的に考察し、いわばミクロのレベルまで分解して個々の行為をとらえて語られる⁶⁹⁾。

(2) 行政手法論

行政手法論は、行政行為、契約、行政強制などの法的行為概念ではなく、行政手法（計画、組織、調整、指導、給付、命令強制など）という機能的な概念を用いて行政現象の分析を行うところに方法論上の特徴がある。つまり行政手法論は行政現象の機能分析に徹することで、解釈論だけでなく、現状の批判、改善策の提示、および立法論の展開なども視野に含めるもの、とあってよいであろう⁷⁰⁾。行政手法論は、実務の中から解決手法を見つけ出す問題発見的機能を果したり、他国ないし他の分野の法システムとの比較制度的視点のもと、あるべき法的仕組みを示唆するもので、どちらかというとな政策論・立法論といった、新たな制度デザインをめざした応用編に該当する⁷¹⁾。そして、行政手法論は、行政目的と行政手法との関連を重視し、一定の行政目的を実現するために、最も適切な行政手法を選択して行わなければならないと要求する。

また、一部の学者は行政行為の類型化論や効力論について、新しい観点を指摘した。例えば、章志遠は、行政行為類型化の理論を批判し、伝統的

68) 大橋洋一「制度変革期における行政法の理論と体系」『公法研究』2003年65号、86頁。

69) 高木光「行政の実効性確保の手法—強制及び制裁の概念を手がかりとして」『神戸法学雑誌』1986年36巻2号、196頁。

70) 手島孝、中川義朗『基本行政法学（第三版）』法律文化社2005年、24-25頁。

71) 大橋洋一『行政法学の構造的変革』有斐閣1996年、41頁。

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ために、行政過程論を提唱した⁷²⁾。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された⁷³⁾。李琦は、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態的に検討した⁷⁴⁾。劉国は、行政行為の効力を「手続的効力」と「実体的効力」に分け、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」に位置付けた⁷⁵⁾。

6 行政法律関係論の発展

伝統的行政法学は、行政主体と私人の二元論に基づき、行政主体の私人に対する優越性の観念を中心に展開されていた。伝統的行政法学の理論は、主に行政の側から見た行政の法律関係とその変動の法形式に関するものである。これに対して、現代的行政法律関係論には、私人と行政主体の対等的地位、私人の行政過程における能動的な機能、私人の行政過程への参加などが増大化される。第一には、近年登場した情報法制、手続法制、参加法制、評価・監視法制など諸制度を受け止めた結果、私人は、行政過程における地位を高めていった。第二には、行政法律関係は、行政による一方的な働きかける場ではなく、行政と私人との対話の過程である。つま

72) 章志遠、胡磊「公私協力の興起与行政行為理論的変遷」『山東警察学院学報』2010年6号、43頁。

73) 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。

74) 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。

75) 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巻2号、53-64頁。

り、市民は行政活動が向けられた客体ではなく、行政に対して能動的に働きかける主体である。第三には、従来、行政の意思形成は専ら行政主体の一方的判断により、意思形成過程に私人が参加することは認められなかった。しかし、現代行政において、利害関係者による公聴会等行政意思形成過程への参加が認められる。また、行政主体と私人の区分について、「相対化」⁷⁶⁾しているという見方もある。

おわりに

上述のように、伝統的行政法学理論は、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」をとまなうものに発展したことで、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、各国の行政法学者は伝統的行政法学理論を批判しながら、さまざまな視点からいわゆる「行政法学新理論」を提唱してきた。例えば、伝統的公私法二元論に対して、渡辺洋三は「私法特別法論」を、今村成和は「行政特有法論」を、高柳信一は「市民公法論」を、成田頼明は「行政私法論」を、原田尚彦は「形式意義上の行政法論」を、それぞれに提唱してきた。伝統的法治主義（法律による行政の原理）に対して、杉村敏正は「法の支配論」を、高田敏は「実質的法治主義論」を、提唱してきた。伝統的行政法学方法論としての「法学的方法」に対して、渡辺洋三は「法社会論」、藤田宙靖は「認識と実践二元論」を、遠藤博也や塩野宏は「行政過程論」を、小早川光郎は「行政法仕組み論」を、阿部泰隆は「法政策論」を、提唱した。伝統的行政法体系論における各論の体系に対して、室井力は「行政領域論」を、兼子仁は「特殊法論」を、大橋洋一は「参照領域理論」を、村上武則は「中間行政法論」を、唱えてきた。伝統的行政法学理論の中心としての「行政行為論」に対して、高木光・大橋洋一等は

76) 平谷英明『行政法の新展開』学陽書房2005年、141頁。

「行為形式論」, 手島孝等は「行政手法論」を, 提唱した。行政主体と私人の二元論に基づく伝統的行政法律関係論に対して, 大橋洋一は「対話型行政法」を, 山本隆司・角松生史等は「公私協働論」を, 提唱した。一方, 中国では, 1990年代から, 「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」, 「行政サービス論」, 「人民主権論」, 「行政文明論」などのいわゆる「行政法学理論基礎」に関する学説が提唱されてきた⁷⁷⁾。しかし, これらの理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。長く通説の地位を占め, 大きな影響力を誇る「伝統的行政法学」から完全に離脱して, 現代行政の発展に即する行政法学新理論を構築することは困難であるというまでもない。

現代行政法学理論を発展させるために, 行政法学の新しい理論体系を構築することは喫緊かつ重要な課題になる。しかし, 新しい理論体系の構築は, 伝統的行政法学理論のすべてを否定し, それに取って代わる新しい行政法学理論を提唱することではなく, 現代行政の複雑多様化に対応して, 伝統的行政法理論を方法的により明確にしようとするものである。具体的には, 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の視点から, 伝統的行政法学理論を基本的枠組みとして承認した上で, その内在的な問題点を明らかにし, 修正, 補完または新しい要素, 視点の追加を行う理論を構築すべきである。

77) 羅豪才編『現代行政法の平衡理論』北京大学出版社1997年, 1頁以下参照。