HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	行政権限の競合と融合
Author(s)	遠藤, 博也
Citation	北大法学論集, 19(4), 34-61
Issue Date	1969-03-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16115
Type	bulletin (article)
File Information	19(4)_p34-61.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

『行政権限の競合と融合』

遠藤博也

目次

一　はじめに
二　わが国における問題の現状
　――水攻めとキャッチ・ボール――
三　伝統的方法による問題の解決
　――江戸の敵を長崎で討つ――
四　現代行政における問題の意義
　――当局は何をしているのか――
五　むすび

一　はじめに

現代国家における行政機能の拡大、行政事務の増大は、当然に行政権限の増大と行政手段の多様化をもたらす。行政権限の増大も、それが、法律の根拠に基づき、法律上の要件に従って行使されるかぎりでは、あまり問題もないといえる。それは、ただ、たんに行政権限の量的な増大をいみするにすぎないからである。しかしながら、行政権限の

増大と行政手段の多様化は、行政のもとにおける行政手段の適当なる組み合わせによって、新たなる行政機能を創出するという現象を生み出すにいたった。相関連する事項について、行政権限が競合するのみならず、ついにはこれが融合し、行政権限が質的に強化されるという結果が生じているのである。このような現象は、今後ふえこそすれ、減少する気づかいはない。このような現象に対して行政法学は如何に対処すべきであろうか。本稿は、これを問題とする。

二　わが国における問題の現状
——水攻めとキャッチ・ボール——

一　水攻め　わが国において、行政権限の競合の結果を利用し、行政手段が不当に融通されたのではないのかが問題となったものとして、近時、違法建築物居住者に対する水道給水停止の事例がある。周知のように、昨今の住宅不足から大都市郊外などにおける違法建築物の続出には目に余るものがある。これに業をにやした取締当局は、都市計画法建築基準法等に違反する建築物については、水道の給水申込みに応じない、現在給水しているものを停止するなどの「水攻め」によって違法建築物の抑制排除を行なおうとした。これについては、建設省の賛成と厚生省の反対があるなど賛否両論があり、社会的にも問題となったが、法律的には、つぎの三つの形で問題となった。

(1)　水道法の解釈の問題として、都市計画法等の違反の事実が、同法一五条一項と三項に、給水申込拒否事由および給水停止事由として規定する「正当な理由」に該当するかどうかが問題とされた。大阪地方裁判所昭和四二年二月二八日判決（判例時報四七五号二八頁）[1]は「水道法は、清浄にして豊富低廉な水の供給を図り、もって公衆衛生の向上と生活環境の改善とに寄与すること等を目的とする（同法一条）給付行政に関する法規である。同法一五条にいう

給水を拒否できる正当な理由が何であるかも、前記公共目的にのみしたがって解釈されるべきものであって」「給水申込者が右法令（都市計画法・同施行令）の違反を犯しているものであっても、水道事業者は、そのことを理由に給水申込みを拒絶することは許されない。都市計画法等の法令の企図する行政目的と、水道法の企図する行政目的とは全く別個のものであり、水道法一五条にいう給水を拒否できる正当な理由とは、もっぱら水道法自体の有する行政目的に従ってのみ判断されるべきもので、たとえ両法令の実施主体が同一であるからといって、一方の手段をもって他方の目的を達しようとすることは許されないところである。この理は、給水申込者が建築基準法に違反する建築物の所有者である場合にも、また同様である」として、これを否定した。

(2)　地方公共団体の中には、水道法に基づく行政事務条例ないし条例施行規則の中に、給水申込みについて建築確認書の添付を要するものとし、添付のないときには、給水申込みを受理せず（大阪府池田市）、または、一応受理するものの、建築確認書を受けるように指導し、かつ府建築指導課に連絡した上で、建築指導課より工事中止・是正の命令などの発せられた建築物について市は給水工事を延期する（豊中市）などの規定を置くものが現われた。(2) 水道法の解釈が、上記判決のとるようなものである以上は、このような条例の規定は、水道法と抵触するのではないかが問題とされている。

(3)　最後に、立法論として、違法建築に対する給水拒否を水道法または建築関係法の中に織り込もうとする主張がみられる。特に、宮沢弘氏を中心とする土地利用研究会の手になる土地利用計画基本法案要綱（第二次案）一二条には、「電気、ガスまたは水の供給事業を行なう地方公共団体または公益事業者などは、土地利用実施計画に違反して建設された施設に対しては、電気、ガスまたは水の供給を行なってはならない」との規定が置かれている。このような立法に対する立法政策の当否に関する議論があったが、(3) ついに、この趣旨は、建設省が昨年一一月一五日発表した

建築基準法改正の基本方針の中にほぼそのままとりいれられるにいたった。[4] あれだけ厳しい内容をもった新都市計画法が成立したことからみて、この内容の建築基準法の改正は、それ程困難とは思われない。とすれば、最早時間の問題であり、今さら法律に反する行政権限の融合を論ずる実益はないかにみえる。けだし、法律によって行政権限の融合が認められようとしているからであり、積極的に憲法違反でもいわぬかぎり、法解釈の任にある行政法学としては、なんらなすすべがないようだからである。

(1) 本件評釈として、室井・土地収用判例百選二一六頁、時の法令六一一号五八頁などがある。
(2) 宮沢弘・新国土計画論一八七頁以下、時の法令五七〇号六頁以下、室井・前掲引用の諸文献参照。
(3) 田中等編・土地政策論一五四・三〇二・三三九頁、雄川・公法研究二九号二〇四頁等。
(4) ジュリスト四一四号三七頁、朝日新聞昭和四三年一一月一六日朝刊第四面参照。

二　キャッチ・ボール

行政権限の競合は、本来行使すべきではない行政権限の積極的な行使という事態を招来するのみならず、消極的に本来行使すべき行政権限の不行使という事態をも招来することがある。

特に、ある行政権限の行使について補償をなすべき旨の規定のある場合には、行政指導などの他の行政権限を使用することによって、補償を免れつつ、しかも、実際には、補償を要する場合の行政権限と同様の機能を発揮することがある。また、相関連する事項について、異なる省に属する行政庁の権限が競合する場合に、補償問題回避のため、事案の処理が、省の間を往来し、キャッチ・ボールの観を呈することすらないではない。前者の例として、東京地方裁判所昭和四一年六月二七日判決（判例時報四六八号九頁）の取扱った事案、後者の例として、東京地方裁判所昭和四二年七月五日判決（判例時報五一〇号二四頁）の取扱った事案がある。いずれも、鉱業法の適用に関するものであるが、同法五三条に基づく鉱区減少・鉱業権取消処分をなすと、同法五三条の二により補償をしなければならないた

め、前者においては、行政指導の形で施業案につき修正の要求し、または採掘禁止の指示をしたものであり、後者においては、既に、鉱業法一五条に基づき、土地調整委員会が、鉱区禁止地域に指定するとともに、通産局長に対し、自然公園法に基づく特別保護地区等指定の時には鉱業法五三条による減区等の措置をとる旨勧告をしていたにかかわらず、その指定後も減区等の処分をせず、自然公園法八条による不許可の場合の補償規定（同法三五条一項）もあるところから、事案は通産省と厚生省との間を往来し、ついには、衆議院商工委員会でも問題となった事案である。

後者は、いわゆる行政庁のセクショナリズムの問題であり、行政権限の融合とは正に逆の現象のようにみえるかもしれない。しかしながら、ここでも、行政庁は、他の行政庁の行政権限の行使を当てにして、本来行使すべき自己の行政権限を行使しない結果、消極的な形ではあれ、異なる行政権限が不当に相関連せしめられ、行政権限が競合しているために私人が通常よりも劣悪な地位に置かれるという現象が生じているのである。前者における行政指導は、もちろん強制的な処分を背後にひかえた行政指導であり、行政指導の権限それだけを純粋に単独に取り出して考察すべきではなく、営業停止や鉱業権の取消等々の各種多様の行政権限が融合した継続的な地位、あるいは単なる個別的権限の集合以上の公権力発動に基づくものであることはいうまでもないところである。昭和四〇年通産省の行政指導による勧告操短が行なわれた際、粗鉱減産指示を拒否した住友金属に対し、通産省が輸入貿易管理令九条に基づき原料炭輸入外貨割当の削減を示唆したことは著名な出来事であるが、これまた行政権限の競合が融合と化した一例であろう。

三　行政権限の競合や融合の現象は、それ自体決して珍しいものではないし、また、必ずしも常に違法不当なものというわけのものではない。行政権限行使の対象となる社会現象も複雑多岐にわたるし、行政権限の分配の仕方も単純ではない。場合によっては、行政庁が相互に密接に連絡協議等をし、相一致して行動をとることが要請されること

も多いであろう。最近はやりの総合行政とか計画行政とかいわれるものも、そういうことを狙っているといってよい。一般に正常な行政権限の競合ないし融合として、法律上にも認められているものとして、次のようなものがある。

(1) 広く行政庁が、一定の法律に基づいて、営業の停止・許認可の取消等の処分をなしうる場合の要件として、私人の当該法律違反のみならず、他の法律等の違反の行為が掲げられることがある。例えば、質屋営業法や古物営業法が、他の法令に違反して罰金等の刑に処せられた場合を、許可の取消等の要件としているのは、法の目的上許されるであろう。また、相関連する分野の法違反をこのような処分の要件とするのも当然だといえよう（例えば、銃刀所持一一条四項、建基六条一項、麻薬三条三項三号、薬事七五条一項、海上運送一六条一項二号等）。また、必ずしも同一分野の法でなくとも、風俗営業等取締法が、労働基準法や児童福祉法等の一定規定違反の事実を営業の停止事由としている（同法四条の四・四項二号）ごときは、実体において関連ある以上は合理的であるといえる。同法四条が、風俗営業の停止等を命ずる場合に当該施設を用いてする飲食店営業の停止を命ずることができるとするのも同様に考えられよう。

(2) 同一の行政機関が、別個のいくつかの法律に基づき、いくつかの行政権限をもつのは当り前のことである。例えば、警察機関は、刑事訴訟法に基づく司法警察作用と警職法その他の行政法規に基づく行政警察作用とをつかさどる。凶器等の物件に対して実力行使のされる場合にも、種々の法律に基づくものがある（刑訴二二〇条一項二号、警職二条四項、銃刀所持二四条の二等）。身体に対する場合も、刑事訴訟法に基づく現行犯逮捕もあれば、警職法五条に基づく犯罪の制止もある。これらは、現実の事態に対して重複する可能性があるが、これらの権限が不当に融通されることなく、それぞれ法律上の要件に従って行使される限り、権限の競合は競合に止まる。しかし、不当な融合の

危険のあるため、行政法規に基づく立入検査については犯罪捜査のために用いてはならぬ旨の規定が置かれることが多い（例えば、大気汚染防止二六条三項、水道三九条三項、宅地造成一七条三項、道路運送一二六条五項、火薬四三条五項、麻薬五三条三項等）。

なお、行政警察の中でも、狭義の行政警察といわゆる保安警察とが、法律上に、交錯融合している場合も少なくない。(1)

(3)　さらに、一定の行政的規制をなすにあたって、複数の異種の行政手段が認められることも、これまた通常の出来事である。法律上に明記された権力的手段・非権力的手段のほかに、不文の法によって許される行政指導や融資等の誘導措置も考えられる。この場合に行政庁は、いわゆる比例原則を尊重しつつ、種々の行政手段を適当に按配してより摩擦の少ない方法でより大きい行政的効果をあげようとするであろう。行政手段のひとつひとつがバラバラにではなく、相互に関連をもたせて用いられるべきは当然である。その意味で行政権限のいくつかが有機的に結合された上で用いられているといえる。

以上にみるのは、ほんの一例にすぎないが、行政権限の競合・融合自体は、かなり一般的にみられるものであり、それ自体をとらえて不当視することは許されない。しかしながら、行政権限の競合等が法律上に認められている場合にも、行政庁の運用の如何によっては、不当な融合に進みうる余地が案外と大きいことは、これを否定するわけにはいかない。しかも、個々の行政権限がそれぞれ法律上の根拠をもつ場合においてすら、このようなことが起りうることは、われわれに若干の不安の念をよび起こさずにはおくまい。さらに、それは、個々の行政庁が何か悪いことをやるだとか、法律に違反をした行政活動をやっているだとか、によって済ましてしまうことができる問題以上のものが伏在しているとするならば、われわれは背筋に寒気すらおぼえるといっても、大仰に過ぎないのではあるまいか。け

だし、法律による行政の原理のよって立つ基盤そのものが崩れていくような気がしてならないからである。ここには行政が法律に反してはならないとか、法律の留保の範囲を拡げるとか、によっては、カバーできない問題があるようである。

（1）中原英典・保安警察と行政警察・行政法講座六巻六四頁参照。

三　伝統的方法による問題の解決
――江戸の敵を長崎で討つ――

一　行政権限の競合が不当な融合を生みうることは、何もわが国だけの一手専売ではない。外国においても、現代行政の展開は、この問題を次第に痛切なものと感じさせるにいたっているといえる。[1]また、上記の「水攻め」の如き事例は、既に第二次大戦前判例上にも登場し、法律上の議論の対象となっているのである。ドイツにおいて、これまで行政権限の不当な融合（Koppelung）[2]が問題となった代表的な事例として次のようなものがある。

(1)　バイエルン上級州裁判所が一九三三年四月五日の判決[3]で取扱ったのは、「水攻め」と殆んど同じ事例であった。バイエルン州マーブルク市では、市の経営する電気・ガス事業の供給規程（Gemeindesatzung の形式のもの）を改正し、「電気・ガス利用者が住宅局の命令に従わないときにおいて、住宅委員会の要求ある場合には、市電気・ガス事業は、電気・ガスの供給を停止することができる」旨の規定を追加し、かくて、私法上の電気・ガス供給契約の締結ならびに継続を利用者が住宅関係法規を遵守するかどうかにかからしめたのである。裁判所は、契約上の権利の侵害を否定するに止まり、権限融合の問題は直接に取扱ってはいないといわれるが、この判例は文献上によく引用されている。

(2)　給付行政以外の分野でも、私人の他の行政庁や営造物さらに私人等に対する態度の如何など、無関係な分野での義務の履行の如何に、行政庁の行為をかからしめることがある。[4] 多くは、義務履行あるまで私人に有利な許認可等の行政行為をしないことによって、義務の履行を強制するわけである。警察上の義務違反者に対して、食糧管理時代に食券の交付を拒否し、建築改修等の義務履行あるまで営業の許可を与えず、行政庁に対する何らかの義務の履行を担保するため、国籍証明書旅券等の外国移住に必要な身分証明書の類を交付しないなどがその例である。[5]

これに対して、市労働局が職業紹介について市当局の居住証明書の提出を要求したり、既に法律上の要件の中にとりこまれている、子供の扶養教育の義務と行商の許可、自動車強制保険の締結と自動車運行の認容などの関連づけは正当なものとされている。[6]

(3)　行政行為を私人の経済的反対給付にかからしめることがある。[7] 行政庁が、反対給付あるまで授益的行政行為をひかえたり、反対給付ないしその約束あるときに負担的行政行為を放棄する場合がそれである。行政行為の付款の形で反対給付が要求されることもあるが、多くは、行政行為とは別個独立の私法上の合意の形式で要求されることが多いという。建築法上の許可や義務免除を、一定金額の支払や土地の譲与等の財価の移転にかからしめ、[8] 子供の種痘を父親の損害賠償請求権の放棄を条件として行なう[9]などが、その例である。

(4)　最後に、経済法の分野において、行政権限融合の現象が著しいことは、わが国などとも類を同じくする。例えば、物価法上の決定にあたってカルテル法上の考慮を持ち込む如きがそれである。[10]

以上に述べる行政権限の融合が不当である場合に、伝統的な行政法上の手段によって対処することは或る程度可能である。以下、強制手段の法定、営造物目的の限定、裁量濫用論、行政権限の限定、の順序で概観することにしよう。

(1) vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., S. 67, 87, 265ff., 366, 444f.; 9. Aufl., S. 93f., 279ff., 388f., 471; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 105ff.; K. Willigmann, Koppelung mehrerer Verwaltungsobliegenheiten, DVBl. 1960, 753ff; Koppelung von Verwaltungsakten mit wirtschaftlichen Gegenleistung, DVBl. 1963, 229ff.; A. E. v. Campenhausen, Die Koppelung von Verwaltungsakten mit Gegenleistung im Vertragswege im Bauordnungsrecht, DÖV 1967, 662ff.; H. H. Rupp, Zur Problematik öffentlich-rechtlicher Machtpotenzierung durch Funktionkombination, NJW 1968, 569ff.

(2) このドイツ語には適当な訳語が見つからないので、これまでの論述に合わせて、仮りに「融合」を当てておく。なお、塩野・オットー・マイヤー行政法学の構造三七〇頁参照。

(3) BayObLGZ Bd. 33 S. 131=Reger Bd. 54, S.258; dazu Forsthoff, 9. Aufl., S. 94, 389Anm. 1; Bullinger, a. a. O., S. 106f.; K. Willigmann, DVBl., 1960. 753; 1963, 229; 残念ながら判例集を参照できなかったため、上記の文献等に引用されているところによった。

(4) K. Willimann, DVBl. 1960, 753ff. の論文はこの問題を取扱っている。

(5) K. Willigmann, a. a. O.; Forsthoff, 9. Aufl. S.280 u. s. w.

(6) 前注文献参照。

(7) K. Willigmann, DVBl. 1963, 229ff.; A. E. v. Campenhausen, DÖV 1967, 662ff. の論文はこの問題を取扱っている。

(8) 前注文献のほか、例えば Forsthoff, a. a. O. S. 281

(9) vgl. BVerwG U. v. 14. 7. 1959 E 9, 78=DVBl. 1959, 745 dazu Menger, VerwArch 1960, 149ff.

(10) H. H. Rupp, a. a. O, がこの問題を取扱っている。

二　強制手段の法定

行政権限融合の特色の最たるものの一つは、それが特別の行政上の強制執行の手段をとるという七面倒くさい手続によるまでもなく、より簡便に義務の履行を強制しうるということである。行政庁にとってはまことに重宝なことであるが、相手方となる私人にとっては、当該義務とは無関係な他ならぬ給付行政の手段や授益的行政行為などが、制裁(Sanktion) ないし強制(Druck; Zwangsmittel)として働くこととなる。(1) かくては行政上の

強制執行の手段を法定し、その種類を限定した意味は没却されるにいたるであろう。したがって、法律上に強制執行の手段として認められたもののほかは、行政上の義務の強制の手段として用いることはできないという。法定の種類の強制手段の排他性の原則が認められるべきである、との主張がみられることになる。(2)

なかんずく、給付行政手段の留保を強制の手段として用いる如きは、フォルストホフによれば、「法治国家と呼ぶに価いしない、行政国家の最も野蛮な形式への逆戻りである」(3)「あれこれをなさぬ者には、職なく、水なく、ガスなく電気なく、食券も得られぬ、かようなことを認める法秩序は、それ自体崩壊に帰する」(4)また、ウィリヒマン(5)によれば〈unstaatlich〉であるし、さらに、ブリンガー(6)によれば、「わが法秩序には無縁のものである」等々の手きびしい批判が述べられているのである。

(1) 先に掲げた諸文献でも、この点が繰返し強調されている。

(2) 例えば、Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., S. 360; W. Vogel, Verwaltungszwang zur Durchsetzung von Verwaltungsakten und Verwaltungszustellung, 1958, S. 72; 広岡・行政上の強制執行の研究一八〇頁参照。

(3) vgl. Forsthoff, 7. Aufl. S. 67 Anm. 5; 9. Aufl. S. 68 Anm. 3

(4) Forsthoff, a. a. O. S. 471

(5) K. Willigman, DVBl. 1960, 753ff. [6.]

(6) Bullinger, a. a. O. S. 107

三　営造物目的の限定――行政権限融合による強制の代表的なものは、電気・ガス・水道等の給付の停止であるが給付行政の言葉が一般化する前には、これは営造物の給付の拒否あるいは営造物利用の排除の形で登場した。そこにおいても、営造物の給付は、営造物目的（Anstaltszweck）の実現に仕えるものであり、その対象ならびに程度もこれによって規定され、限界づけられるものであるから、営造物目的とは関連のない理由から給付を拒むことは、公営

造物の基礎にある法原理と矛盾し、不適法であると考えられた。また、私人は、営造物目的によってカバーされない理由によっては、給付を拒絶されないという内容の請求権をもつものとされた。[1] さらに、法律上の根拠または営造物規則によらないで利用を排除する権限は営造物にはないとされていたのである。[2]

(1) Verwaltungsrechtsordnung für Württenberg, II, S. 436f.
(2) a. a. O., S. 450f. なお、Forsthoff, a. a. O., S. 388f.

四 裁量濫用論　行政手段が不当に融通され、行政権限の融合が生ずるのは、営造物の事業活動による給付の場合に限られないが、広く一般的に、裁量権の濫用の問題としてとらえることができる。行政権限が、当該権限が本来目的としているもの以外の目的のために用いられているからである。

例えば、ウィリヒマン[1]はおよそ次のように述べる。「行政権限の融合は、原則に対する例外であり、この理は、拘束された高権的行為の場合のみならず、裁量活動の場合にも妥当する。けだし、法治国家においては、義務裁量[2]のみが存在する。行政庁は、裁量活動に際しても、その権限をこえてはならず、すなわち、実体的（sachlich）な考慮によらねばならない。この限界は、恣意活動の禁止以上のもので、たとい何らの恣意の存在しない場合においても、それ自体は妥当な公益の追求が具体的場合に実体違反（sachwidrig）となることがありうる。行政権限によって、行政庁には、実体的観点によって限界づけられた職務分野が与えられている。行政権限の融合においては、当該高権的処分によって適法に追求しうるものと同一の実質的目的から要求される反対給付のみを要求することができる。そこで当該高権的処分と直接の実体的関連（unmittelbaren sachlichen Zusammenhang）に立つ反対給付のみが適法である」同様に、ブリンガー[3]も、実体的に無縁の（sachfremde）財政的利益を追求する高権的行為には通常、裁量権濫用の瑕疵があるものとしている。

類似の法理は、フランスにおける権限濫用（le détournement de pouvoir）[4]の理論においてもみられる。ここでも財政目的のために警察目的の作用を用いることなどが、権限の濫用として越権訴訟で取消されている。[5]財政目的の理由による道路占用許可の拒否・取消、善良の風俗を守るとの理由での海水浴場の一定施設以外における脱衣の禁止の真の理由が財政目的にあるとき、収用の代りに境界査定処分による場合などがその例である。これは、元来は、行政の権限を主権の観念ならびに警察の観念と関連するものとする考えに基づくものであり、コンセイユ・デタは警察目的のもののみが合法で、財政目的は違法と当初は考えていたからだといわれる。コンセイユ・デタは、権限分割の理論（la théorie dite de la divisibilité des pouvoirs）により、ことに地方警察の分野で厳格であったといわれている。ただ、一九二六年以後、行政人格の特定性の原則と公行政の経済的活動禁止の原則とが否定されるに及んで、真の理由が実は財政目的にあったという場合については、コンセイユ・デタも、かなりゆるやかな態度をとるようになったようである。[6]

（1）Willigmann, DVBl. 1963, S. 229ff.（2.）

（2）義務裁量（pflichtsmässige Ermessen）の語は、必ずしも、わが国とドイツとで同じ用法に従っているとはいえないようである。ドイツでは、或る程度の法の拘束を受けるといういみで「義務」裁量だが、他の点では「裁量」として、私人に「請求権」あるなどの被拘束的行為の場合とは異なる取扱いを受けるものを、このように呼んでいる。

（3）Bullinger, a. a. O., S. 106f.

（4）この語の訳語に、私は、権限濫用を当て usurpation de pouvoir の方に権限簒奪を当てることにしている。なお、阿部泰隆・フランスにおける自由裁量問題の研究・神戸法学雑誌一八巻一号五〇頁注一参照。
この語が、ドイツ語の裁量権濫用（Ermessensmissbrauch）と異なることについては、vgl. U. Scheuner, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrecht auf die deutsche Rechtsentwicklung, DÖV 1963, 714（718）

（5）cf. M. Dubisson, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, 1958.

pp. 105, 111, 129 et s., 163, 184; M. Hauriou, La jurisprudence administrative. II. p. 319 et s.; Auby et Drago, Traité de contentieux administratif, III. p. 84 et s. Nos 1197 et s.

(6) 前注文献、とくに Dubisson のもの参照。

五 行政権限の限定　最後に、以上の諸問題は一括して行政権限の限定の問題として考えることができる。行政権限は、その対象分野・行使の目的・行使の態様等の点で限定づけられたものとして行政庁に与えられているのである。行政庁は、そもそも公行政の職務分野に属さない事柄を取り込むことはもちろん、行政権限であっても自己の権限に属さないものを行使することはできない。のみならず、たまたま自己の権限に属する行政権限の間においても、一方が他方の法定要件中にとりこまれているなど、実体上に直接の関連のある場合については格別、両者がただ同じ生活領域を対象としているにすぎないような、単にゆるやかな関連 (loser Zusammenhang) があるだけでは、両者を相関連せしめ、行政手段を融通する如きは許されないのである。法律上、公行政の分野に属さない事柄をなしえないのは法律による行政の原理からいって当然であるが、他の行政庁の権限に属する行政権限の行使をなしえないことも行政部内における行政権限の分配の原則と国家行政統一の原則とから当然に認められなければならない。また、同一行政庁に属する行政権限にあっても、それぞれ特定の目的のために特定の手段が認められ、いわば行政権限行使のルートが定まっているのであるから、たまたま規制の対象を共通とするなど相交錯することがあっても、原則としてそのルートを混同融合してはならないのである。さもないと、行政権限を特定し、それぞれに枠を与えた意味がなくなるし、私人の側からは行政権限行使に対する予測がつかないことになるからである。

ウィリヒマンは[1]、例外的に行政権限の融合を認めてよい場合として、建築許可に際して建築行政庁が公共の安全秩序の維持の観点を考慮するごとくに実体上に関連する場合のように、実体上に正当なもの (sachlich gerechtfertigt)

とされる場合を挙げている。「実体上に正当なものといえるのは、結合された二つの任務の間の直接の関連が実体自体の中に（in der Sache selbst）存する場合である。実体的な観点とは、すなわち、任務の対象自体と関連する観点であり、相結合された行政の責務がその対象の点で関連する場合である。したがって、他の行政庁に対する服従を強制する目的のごとき、その唯一の（似非）実体的動機が特定の作為不作為に対する制裁である場合には、直接の関連ありとはいえない」「その決め手は、法律の目的と枠とが維持されていることである」

（1）K. Willigmann, DVBl. 1960, 753ff.（4.）（5.）; ders., DVBl. 1963, 229ff.（2.）（3.）

四　現代行政における問題の意義
――当局は何をしているのか――

一　行政権限の不当な融合に対して、前節に概観するように、伝統的な行政法学の方法によっても対処しうる道はないわけではない。これらの方法さえ充分であれば、別段問題は残らないはずであるが、しかしながら、これらの方法はそれぞれに、この問題に対して不備な点をもつのみならず、いずれも問題の一面のみを切り取るに止まり、問題を問題として把握するには不充分であるといわざるをえないのである。

まず、上記の諸方法には次のような不備な点が指摘できる。

(1)　行政上の強制手段の法定ないし限定も確かにその通りである。しかし、広い意味で強制手段として機能する行政手段は、狭義の強制執行の手段だけに限られない。行政上の制裁として、義務違反者に対し行政上の不利益を課し利益を剝奪するの類いは決して珍しいものではない。行政法規上すでに、義務違反者に対し、営業の停止を命じ、さらに許可の取消しをなし、その他私人の作為不作為を要件として新たな行政的介入の認められる場合は極めて多いの

である。これらはいずれも、私人に対して強制ないし制裁として働くであろう。したがって、強制手段の法定ないし限定だけでは、この問題の解決にはなお不充分であるといわなければならない。

(2) 営造物目的の限定も、営造物による給付については一応の説明となりうるが、その他の場合の説明とはならないことはいうまでもない。

(3) 裁量権の濫用ないし権限濫用（détournement de pouvoir）とみうる場合も実際にはかなり限られることになるであろう。けだし、これらは元来、主観的には法律外の違法目的実現のために、客観的には法律上の理由となるものを用いるのが主たる場合であり、禁じられた動機を許された動機の下に隠すということを特色とする。ところが、近時の現象は、それ自体は適法な目的の実現のために、直接にはこの目的実現のためには規定されていない実体法上・管轄上・司法上の道具の助けを借りて、これを達成しようとするものであり、また許されざる動機を隠すということもないのである。[1] 積極的に裁量権等の濫用をいうのはかなりむずかしくなってきているとはいえるであろう。

(4) 最後に、行政権限の限定も、行政事務の範囲が全体として限られ、行政権限の競合の度合いも少ない時代にはこの当然の原理によって割合簡単に割切ることもできたであろうが、今日のように、行政権限が全体として量的に増大し、輻輳錯綜し稠密となってくると、競合する行政権限相互の分界は、それほど明確なものではなくなってくる。のみならず、このような原理も、当該事項が法律の改正によって行政権限の中にとりいれられてしまえばそれっきりである。最近のわが建築基準法改正の問題がそれを示している。行政法学がただ単に与えられた法令の解釈の任に止まるだけでよいのなら、法令の改正によって権限融合の問題そのものが解消するのはけだし当然である。

しかしながら、従来の方法では、いずれも問題を問題として把えていないといわなくてはならない。けだし、いずれも個々の権限に着眼し、これを他より切離して孤立した形で考察し、それが濫用もしくは誤用されていないかを問

題とするものだからである。それは、たまたま個々の行政庁がいわば何か悪いことをやっている、そういったものとして問題を把えているといってもよいであろう。たしかに、そういった面のあることは否定できない。あるいは、もともとはそうであったといえよう。行政権限のまばらな時代に権限融合がなされれば、それは偶然に犯された間違いでしかない場合が多いであろう。しかしながら、行政権限の競合が常態となっている今日においては、行政権限の融合もまたいわば必然的な現象となっているといってよい。個々の行政権限を孤立して観察していては、問題そのものの意義を充分に理解することができないのである。

(1) Forsthoff, a. a. O., S. 94; H. H. Rupp, NJW 1968, S. 569

二　現代行政における行政権限の融合は、偶然の現象ではなく必然的な現象である。それには種々の原因が考えられるが、いずれも現代行政の特質に根ざすものであるといってよい。

まず、その理由の第一に、行政権限の量的増大による行政権限の競合がある。いわば権限融合の機会の増大である。行政権限の量的増大は屢々指摘されるとおりであるが、このことが、不当な権限融合の原因となっていることは一般に認められるであろう。理由の第二は、行政権限の内容である行政手段の多種多様性が挙げられる。とくに法律上に明確な要件を定められた権力的手段のほかに、行政指導や公法上・私法上の契約など、必ずしも法律上に明示の根拠・要件等を必要とせず、相手方の同意や任意の服従を前提とする非権力的手段が多数登場したことは、行政権限相互の分界を不明確たらしめ、権限融合を容易にしたといえよう。

さらに、現代行政そのものの内容性質の中にその理由が求められる。単なる行政権限の量的増大のみでは、権限融合はなお偶然にとどまる。現代行政の中に権限融合をうながすものがあるといわなければならないのである。それは

「水攻め」を立法の内容とする試みに象徴的に現われているごとく、給付行政の展開の語で包括することができる。現代国家における給付行政の展開は、法の世界に種々様々の影を投げかけているのであるが、われわれの問題と関連する限りで、次のような結果を生ぜしめることとなった。(イ)その一つは、われわれの基本的な生活必要手段が国家よりの給付に依存することとなったことである。これは戦時戦後の非常時における食糧等の生活必需物質の配給その他の統制のみならず、平時においても、電気・ガス・水道その他広義のエネルギー源、交通通信等のコミュニケイションの基本的手段が、国家ないしこれに類する公共団体の提供するところとなった。また、一応は私人の自発的な活動が認められる社会生活経済生活の分野についても、各種多様な形での国家からの保護援助の手がさしのべられている。とりわけ都市化の進展は、われわれの生活の多くの面において、他への依存性と他の利害との衝突の可能性とを高めているが、他への依存性の多くは公共への依存性にとって代られ、また、私人相互間の利害調整の見地に立つ行政が増大する結果となっている。さらに進んで、都市計画法制の分野においては、生活基盤そのものの提供あるいは生活環境の整備が行政の目的とされ、これらはさらに遡って、国土計画・地域開発計画の中に体系的に組み込まれていることが珍しくない。(ロ)そこにおいて行政権限の発動ないし行政的介入は、個別偶然的ではなく、継続的であるのを特色とする。同時に、私人の国家・行政活動への依存性も常時継続的であるのを特色とする。(ハ)行政的介入の理由も、危険予防の見地に立つ警察制限等の例外的偶然的なものではなく、生活環境の整備など、いわばわれわれの日常生活を包括的全面的に把握するものとなった。(ニ)したがって、われわれの権利制限の理由も、単なる警察制限や公用負担の如く、権利制限を必要とする理由と権利制限の内容とが直接的な場合だけではなく、その間の関係がかなり間接的な「計画制限」や「計画事業制限」等が登場することとなった。(ホ)このように、われわれの生活を包括的継続的に把握する行政にあっては、そのために用いられる行政的手段は単一かつ単純なものではなく、多種多様の手段が用

いられるのを例とする。行政全体について観察しての行政手段の多種多様性ではなく、特定の行政分野で、一つの行政目的を達成するために同時に多種多様の行政手段が用いられるわけである。一方で、権力的手段によって改修等を命ずると同時に、他方で、改修等について融資措置を講ずるなどの誘導的手段をとるのがその例である。[1]のみならず異なる性質内容をもった多種多様の行政的手段が有機的に組み合わせられて、いわばワン・セットとして用いられるのが例である。ひとつひとつの行政権限が孤立して用いられるのではなくて、もともと融合した行政権限のワン・セットの中の一つとして用いられるという方が普通となった。そこでは行政権限の重複とか融合とかは通常の現象となっている。(ハ)現代行政における行政権限の融合は、いわゆる計画行政にその典型をみることができる。行政上に計画と呼ばれるものは、今日行政の全分野にみられ、その性質内容機能等にも種々雑多なものがあるため一概に論ずるわけにはいかないものであるが、異種複数の行政権限を体系化し、目的達成に向けて、これを整序する点に特色の一つをもっている。近時、もっぱら法律技術的ないし訴訟技術的観点より、特定の計画が、法規的なものなりや処分的なものなりやといった法性質が論じられることがあるが、一般的に、計画と呼ばれるものの中には、法規的なものも処分的なものも、さらに私法的手段や融資措置・行政指導等々が体系的立体的に組み込まれ、それらが全体として新たなる行政機能を生み出し、これによって一定の目的が動態的に達成されることを狙いとしている。それは単純な法段階構造的見地に立つ法の具体化の過程よりみて、法規なりや処分なりやを判断するといった尺度の枠外に立つものであるといわなくてはならぬ。近時問題となっている計画行政における計画とは、いずれも、法規が計画の内容をそっくりそのまま与えるものでもなければ、すでに法規等の与えている行政権限をただ寄せ集めるといったものではない。それでは計画の存在意義はないことになる。既存の行政権限であっても、それらを行政の手元において有機的に組み合わせることによって、それまでには存しなかった新たなる行政機能を創出する点にこそ、計画行政における計

画の存在理由がある。法規の与えているものを機械的に適用すればよいところでは、処分の予告的予備的なものはともかく（例えば、農地買収計画）、いわゆる計画の必要は存しないのである。(ト)多種多様の行政手段が計画の中で適当に組み合わせられ体系的に整備されることは、合理的かつ科学的行政にとって不可欠なものであり、現代の給付行政法にとってはその基盤をなすとすらいえるであろう。(2) また、合理的な計画に従って行政権限が行使されることが私人にとっても客観的に最も権利の制限や損害が少なく有利なことであるともいえよう。しかしながら、行政権限の融合の原因でもあり同時に結果でもある、私人の国家・行政活動への継続的かつ強度の依存性、行政による私人の生活領域の継続的把握は、不当な行政権限の融合を極めて容易に生み出すこととなる。しかも、これに対する司法救済は極めて困難である上、実際上に不可能に近い。のみならず、個々の行政権限の法律の根拠の問題ではなく、制度としての法律による行政の原理そのものの基盤が失なわれようとすらしているのである。給付行政論によって知られるフォルトストホフが、(3) 神経質なくらい繰返して行政権限の融合に対して警告を発する意味もそこにある。

（1）そこで、融資措置を受けるための手段として改善命令等の強権発動を求めてくる私人があるという。宅地造成等規制法の関係につき住宅金融公庫法一七条八項参照。

（2）山田幸男・給付行政の理論（現代の行政二一頁以下）五三頁、雄川一郎・公用負担法理の動向と土地利用計画（公法研究二九号一四二頁以下）一五五・一六〇頁、金沢良雄・経済法における計画（公法研究三〇号一八八頁以下）一九七頁等参照。

（3）Forsthoff, a. a. O. 9. Aufl., S. 94, 281f. 389, 471f. なお、フォルトホフは、法律技術的観点から行政法体系を構成する手段として給付行政を持出しているのではない。したがって、給付行政の生む弊害に対しても鋭い批判を忘れない。

三　司法救済上の壁

現代国家における行政権限の融合は、私人の公行政に対する継続的依存性（Abhängigkeit von Dauer）(1) を前提として生ずる。私人が重要な生活関係について行政庁の認可等に依存している場合には、私人に

は選択の可能性が事実上奪われている。そこでは権限融合は、常に、「冷たい」行政強制の極めて有効な方法（eine sehr wirksame Form „kalten" Verwaltungszwanges）[2]となることになる。したがって、これに対しては司法救済が与えられなければならないが、実際には、次のような理由から司法上の救済は極めて困難である。なお、司法上の救済が不可能であれば、伝統的方法による対処の方法にはいずれも現実に機能する余地がなくなることはいうまでもない。

(1)　現実の問題として、私人が行政庁の活動に継続的に依存している場合には、行政庁との良き関係やその好意を失うよりは多少の不正をも甘受しようとするであろうし、司法救済が可能でも、訴訟手続にも時間と金がかかる以上は、損得勘定の上結局は行政庁の要求に従うことがある。[3]

(2)　法律上の問題として、権限融合のために用いられる手段が、法形式上、従来法の規律の対象とされてきた権力的手段ではなく、法の規律のほとんど及ばない、行政指導、公法上・私法上の合意、自由裁量に属する授益的行為の拒否等、司法審査になじみにくいものが殆んどであるため、伝統的理論によれば、司法救済が与えられないことである。これらは、主として相手方の自由な意思を尊重した任意的手段であるから、一見民主的なようにみえつつ、上記の継続的依存性の結果、事実上選択の余地ないまでの強制である。生活必需手段の給付にあっては、選択は正しく「自由か死か」である。そこで、この点については、伝統的理論を修正しようとするいくつかの試みがある。

(イ)　行政の手元における法形式の選択に限界を認める考えがある。ひとつは特定の法形式そのものを全面的に否定し、法律の認めた法形式のみしか認めないという考えである。いわゆる公法契約をめぐって古くから論じられている。[4]もうひとつは、特定の法形式を一般的に否定するというのではなく、現実に法形式が交換可能で、また相結合融合して用いられることがあるのに鑑み、一般に法形式の濫用の観念を認めて、種々の限界を認めようとする試みがあ

る。例えば、高権手段と私法手段の結合の禁止、[5]高権的活動と経済的活動ないし経済的利益との結合を疑問とするもの、[6]一般的に「行政が私法形式の利用によつて特殊な公法上の責任、特に適法性原理による拘束を免れることができないというのは、公法上の原理である」というものが[7]ある。同様に、行政庁が反対給付等を要求するには、もともと要求する権限をもつ場合でなくてはならず、相手方の義務が権限融合によって始めて形成されるようなものであってはならぬとの考えもある。[8]

(ロ)行政行為と相関連される反対給付が、行政行為の付款の形で要求されるか独立の私法上の合意の形で要求されるかを問わず、後者についても行政行為とともに全体として一体をなすものとして考察し、[9]合意が公法上のものであるのか私法上のものであるかの法的性格づけの如何を問わず、すべての行政活動に関する限界（Grenz jedes Verwaltungshandelns）による拘束に服するものとし、契約に関する限界は付款付行政行為の限界と区別できないとする考えがある。[10]この考えは、高権行政法（Obrigkeitsrecht）の分野においては、契約も行政行為もともに行政活動の異なる形式にすぎないとみるものであるが、近時、行政行為同様に行政上の契約を法規の執行（Normenvollzug）としてみる者がかなりいる。[11]

(ハ)最後にフォルストホフのように、[12]私法形式についても公法の適用があるとするものがある。なお、行政私法の概念を認めるものがあることも知られている。[13]

(1) Forsthoff, a. a. O. S. 279f.
(2) K. Willigmann, DVBl. 1963, 229ff. (4.)
(3) K. Willigmann, a. a. O., (1.) ; Forsthoff, 7. Aufl., S. 70, 265, 463; u. s. w.
(4) A. E. v. Campenhausen, DÖV 1967, 664
(5) Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 19

(6) Bullinger, a. a. O., S. 106f.
(7) K. Willigmann, DVBl. 1963, 229ff. (4.)
(8) a. a. O., (2.)
(9) Eyermann-Fröhler, VGO, 3 Aufl. §40, 13
(10) A. E. v. Campenhausen, a. a. O., S. 667f.; Bullinger, a. a. O, S. 107
(11) J. Martens, Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag, AöR, 1964, 429ff. (431).; Stein, Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmässigkeit der Verwaltung, AöR, 1961, 320ff. その他の文献については上記 Martens の論文に引用のもの参照。
(12) Forsthoff, a. a. O., S. 11ff., 21f.
(13) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht, § 23 II b

四　行政権限の分配　行政権限の融合は個々の行政権限の濫用の問題にとどまらず、同時に制度としての行政部内における行政権限の分配の問題である。[1] 人はよく法律による行政の原理を問題とするが、そこでいう法律による行政の原理とは、行政活動に法律の根拠がただあればよいといったものではない。いくら行政作用に法律の根拠と詳しい要件が定められていても、全ての行政作用を単一の行政庁が現実に行使するのでは、これが巨大な権力の担い手となることは明らかであろう。戦前の警察機関の所掌事務の多くが、戦後いわゆる警察権限の分散により他の機関の所掌事務に移ったこともこの間の事情を示している。行政権限が、行政権力そのままではなくて、法的権限と呼びうるのは、それが法の定めによることのほか、適当な範囲を限られた事項について認められているからにほかならない。この限定がなくなれば、行政権限は行政権力に帰することになろう。

フォルストホフはいう。

「行政部内においても権力分立というものがある。全ての部局はその責任の枠内において法秩序を維持する。この原則を無視すると、どの営造物やどの部局も、個人に対する活動を、当人が他の部局や他の営造物に対してどう振舞うかにかからしめることになる。かくては、憲法上の原理として理解される権力分立の廃棄さえ、それに比すれば全く他愛のない出来事であるような「隷従状態（ein Zustand der Knechtschaft）」が現出することになる」と。(2) そして、法の規定せざる行政権限の融合は、国家権力の強化（Potenzierung der Staatlichkeit）を結果し、かつ、法治国家原理であるところの高権的作用の予測可能性の全体系が崩壊するにいたるであろうとしている。(3)

このように行政権限が法的権限であるためには、その権限の内容の範囲が限定されたものでなくてはならない。限定された事項につき権限行使の態様が法律上明確であって始めて、われわれは、行政権限行使に対して予測可能性をもち、包括的権力の全面的支配に服するということを避けることができる。しかしながら、全体として、行政権限が量的に増大し、かつ、行政権限の内容がわれわれの生活のかなり大きな部面を包括的継続的に対象とするものに変ってくると、行政権限の競合と融合とが常態化し、個々の行政権限について、いかほど明確な法の定めがあっても、われわれよりの予測可能性は著しく減退していることは否定できない。けだし、行政権限・行政手段のひとつひとつを一応法律上に規定し、その根拠と要件とを規定しても、なおも、行政を法律で拘束しているとはいえない状況が生じうる。行政権限の数が量的に少なく、行政権限行使の場面が偶然的個別的な時代には、それによって行政が法に拘束されていたといえよう。しかしながら、多数の行政権限が競合し、行政手段が多様化し、行政の手元における行政手段の適当なる組み合わせによって新たなる行政機能が創出される今日においては、行政権限のひとつひとつが法律上の根拠をもつことは、必ずしも全面的に法が行政を拘束することにはならない。それは、全体としての行政機能創出にあたって用いうる公認の武器の一つであるにすぎぬからである。例えば、多くの計画にあっては、計画実現の手段

として多種多様の法的・行政的手段を内容とし、その組み合わせによる新たなる行政機能の創出が期待されている点に共通性を見出すことができる。したがって、その計画策定の根拠、計画策定の手続、計画実現のためにとりこみうる行政的手段等を法律上に規定し、法律の拘束の下に置いても、計画そのもの、あるいは新たに創出されるべき行政機能そのものは法の拘束の埒外にあるといわねばならぬ。計画が合理的であれば、私人の権利制限も最も少ないとはよくいわれるが、計画が合理的なりや否やは行政の手中にあり、われわれの権利制限の程度、生活への打撃の如何が法律上からの予測の域を越えるのである。

このようにして、現代行政は、多くの行政権限をその手中におさめることによって、私人に対する関係において、個別的行政権限の行使をこえる、包括的な公権力の発動がみられるにいたった。行政権限の競合・融合の結果、制度としての行政権限分配の原則がその機能を喪失し、ために法律による行政の原理そのものの意義が問われるにいたったといえよう。

(1) Forsthoff, 9. Aufl. S. 471; H. H. Rupp, NJW, 1968, 569

(2) Forsthoff, a. a. O.

(3) Forsthoff, a. a. O. S. 94; H. H. Rupp, a. a. O.; Willigmann, 前掲二論文。

五　行政権限の分配が、憲法上の制度としての意味をもつものとすれば、立法者に行政権限を分配する権限があるとしても、全くの自由ではなくて、そこに憲法上の制約があるのではないかが問題となりうる。二つの点が指摘されている。[1]

(1)法治国家原理よりして、実体的関連を全く無視して、一般的な融合を認め、私人の行政に対する全くの全面的依

存性をもたらすものは、国家権力の予測可能性の原則に反し、立法の包括的授権の一種として無効となる余地がある。西ドイツの判例[2]は、「実体的に無関係ではなく、かつ、不相当ではない（nicht sachfremd und nicht zumutbar）」ことを合憲の要件としている。

(2)先にも紹介したが、給付行政手段、特に生存配慮の手段を強制手段・制裁手段として用いることに強く反対するもののなかには、これは、立法の限界でもあるとするものがある。[3]

（1）この問題については、K. Willigmann, DVBl. 1960, 753ff. (6.)

（2）BVerfG, Beschl. v. 12. 1, 1960, DVBl. 1960, 203; BVerwG v. 6. 10 1959, DVBl. 1960, 34

（3）K. Willigmann, a. a. O., Anm. 44 彼は、行政における権限融合の限界としては直接の実体的関連を要求するのに対し、立法の限界としては、何らかの合理性があるというゆるやかな関連で足りるとする。しかしながら、生存手段を強制手段に用いるのは、人間の尊厳をも害するという。その他の学説については、そこに引用されているものを参照。

五　むすび

一　現代国家における行政権限の競合と融合とは必然的な現象である。その結果、行政作用は、個々の行政権限の行使としてよりも、包括的な公権力の発動の一つとみられるにいたった。したがって、個々の法現象を形式概念的に把握するだけでは問題を充分に把えることができないというべきである。行政権限の融合も、伝統的方法によって対処しうる余地もあるとはいうものの、しかし、それは問題を従来の体系の枠に合わせて、問題を一面的平面的に切り取ったものであるにすぎない。問題を問題として把握するためには、このような体系本位の思考（System-denken）によってではなく、問題本位の思考（Problem-denken）によるべきであろう。

二　そこで、個々の行政手段の把握も、単なる概念形式的な法的性格づけなどに止まっていてはならないであろ

う。法的性格づけなどの整理は、無論不必要というのではないが、それは問題の終点ではなくて問題の出発点である。行政指導や私法形式による行政手段も、それが用いられる状況によっては、きわめて強力な強制手段として機能しうる。行政権限・行政手段を個別的に考察するのではなく、全体の中の一環として把握し、かつ、機能的に考察すべきであろう。けだし、行政活動が、法律概念上に、公権力行使であるのか非権力的作用であるのか、単なる行政指導にすぎないか、あるいは私法形式による活動であるのかという概念形式的な問題と、それが、法形式の如何に拘らず、現実の場で如何に機能しているか、とは全く別個の問題だからである。この点で、近時のわが行政法学に特徴的にみられる行政の公権力性否定の傾向には問題の余地がある。もしも、そこでいわれる公権力もまた、法律技術的な概念的な意味で用いられているとするならば、それは、個別的な法的権限の否定による包括的な公権力の強化という現代行政の傾向と軌を一にするものにほかならないからである。

三　現代行政が法的拘束から遠離るにつれて、具体的な行政上の問題が屢々政治的に解決される傾向があることは最初の「キャッチ・ボール」の事例がこれを示している。行政権限が融合し、行政権力がわれわれのほぼ全生活を包括的に把握し、時には、個人の生活が、行政庁の政策のゆれ動く波間にほんろうされる感さえしないではない今日、問題がとかく政治化することも当然ともいえる。このような時代にあって、行政法学の役割とは一体何であろうか。法律による行政の原理の機能そのものが衰退するかにみえる現在、行政法学の存在理由もまた問われているといえる。今ここで、この大きな問題に直ちに答えることができないが、しかしながら、いずれにせよ、それは、行政権限の適正な配分や、それとの関連での行政組織の具体的内容、行政機構の問題について発言しうる能力をもつようなものでなくてはならないことだけは確かなようである。

（四四・二・一〇）

「追　記」

本稿脱稿後の昭和四四年四月建設省は、通産、厚生両省の「たとえ違反建築であっても、生活権を侵すような内容の規定を法文化することは法理論上、憲法違反になりかねない」との反対を容れて、上記水攻め等を建築基準法改正案に明記しないこととし、また同月一八日の閣議でもこの方針が了承された（昭和四四年四月一五日・一八日朝日新聞）。したがって、本文で述べた同法改正のおそれは一応なくなった。しかし、上記大阪地裁判決の控訴審では「同法違反の建築が公共の安全を害すべきことはいうまでもないけれども、これに給付を拒むときは、すでにはいっている善意の居住者からは生活用水を奪うことになるほか、公衆衛生上も憂慮すべき結果を惹起するに至ることも否定できないところである。したがって、かような諸点について慎重な措置を十分に講じたうえであるならば、同法違反の建築物に対する給水拒絶も現行法上許されると解する余地もないわけではない」としている（大阪高判昭四三年七月三一日判例時報五四七号五〇頁）し、行政権限の融合は、この問題に限らず、現代行政の一般的特色の一つをなすことは本文に述べた通りである。

Koppelung mehrerer Verwaltungsobliegenheiten

Hiroya ENDO
a. o. Professor an der
Universität Hokkaido

I Einleitung
II Gegenwärtige Problematik
III Klassische Probleme
(1) Zwangsmittel
(2) Anstaltszweck
(3) Ermessensmißbrauch
(4) Verwaltungskompetenz
IV Moderne Probleme
(1) Staatliche Machtpotenzierung durch Funktionkombination als eigentümliche Phänomen des modernen Staates
(2) Rechtsschutz des Bürges
(3) Kompetenzverteilung innerhalb der Verwaltung
V Schluß