HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	『複数当事者の行政行為』(3)：行政過程論の試み
Author(s)	遠藤, 博也
Citation	北大法学論集, 20(3), 1-26
Issue Date	1969-12
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27883
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	20(3)_P1-26.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

『複数当事者の行政行為』(3)

――行政過程論の試み――

遠藤博也

目次

第一章 問題の提起
第二章 問題の現状
【一】 概説
【二】 本案訴訟の形式
【三】 暫定的権利救済方法（途中まで前々号）
【四】 職権取消論
第三章 問題の検討
【一】 体系的思考と問題的思考（途中まで前号）
【二】 法学的方法と法規概念
【三】 行政過程論の有用性（以上本号）
【四】 行政過程における権利救済
第四章 残された問題（結語に代えて）

第三章　問題の検討

【一】体系的思考と問題的思考（続き）

一　前述のように、複数当事者の行政行為をめぐる議論には、二つの考え方の傾向をみることができる。ひとつは、従来の体系の枠に合わせて問題を処理するやり方であり、他のひとつは、この種の行政行為の特殊性に応じた問題の処理を考えようとする立場である。

前者すなわち体系的思考の特色は、(1)私人に一定の法的地位が想定されていること、(2)この法的地位に対し、行政庁のイニシアティブに基づく行政行為によって種々の規制が加えられ、この行政行為の法的効力をめぐる問題として、紛争が処理されることが多いこと、(3)私人は受け身な被害者的立場におかれること、(4)行政と私人との関係が静止的・平面的であること、(5)行政過程展開のイニシアティブが主として行政の側にあるため、行政過程展開の局面のそれぞれが独自性をもたず、行政行為の効力等の中に包摂されてしまうと同時に、変転する局面に応じた私人の権利救済も認められにくくなっていることなどの点にある。しかしながら、行政過程の変転する局面のひとこまひとこまが、問題となって登場するわけであるし、そのすべてが行政行為の効力等の中に吸収されてしまうわけのものでもない。のみならず、行政行為自体が行政過程のひとこまにすぎない上に、その効力等の実効性を担保するものが、まさに行政行為が行政過程の中に置かれているという事実にほかならないのである。われわれは、体系本位の思考によってではなく、問題本位の思考によるべきである。(1)

(1)　法学一般の方法論として体系的思考（Systemdenken）に対する問題的思考（Problemdenken）の意義については、近時ドイツに多数の文献が出ている。真に残念至極であるが、研究室・図書館封鎖中のため一切の研究資料が参照できない。本来このような状態で論文を書くべきでないことは充分承知しているが、如何なる者の手によっても、自己の意思によらないで研究の妨害を受ける

ことは断じて承知できない。論文執筆のため偶々持帰っていた数冊の文献と百枚余のカードが手元にある資料の全てであるが、何としても書けるだけは書いておきたい。引用の省略等につき読者諸賢のお許しを乞いたい。

二　体系的思考を排するといっても、学問的認識のための「体系」の存在までを否定するものではない。逆に、問題的思考といっても、全くバラバラに、その場その場の問題毎にただ利益衡量をやればよいというのではない。一般的な利益衡量論を大上段に振りかざすだけ(1)では、従来の体系に対する単なる批判・修正にすぎないこととなり、根本的な批判とはなりえないであろう。あるいは、たまたま複数当事者間において利害の衝突があるため、例外的処理の方法として、この場合に限って利益衡量によるというだけのことに終るであろう。本稿のねらいとするのは、体系のための体系ではなくて、問題のための体系に変えようというのである。ここで、およそ体系の枠組み一般がもつ限界と、特定の体系の枠組みがもっている限界とを区別すべきである。およそいかなる理論的体系にあっても、具体的場合については、種々雑多の夾雑物が登場し、それによる説明が充分には妥当しない非典型的場合というものが登場するであろう。それは、いわゆるケース・バイ・ケースの問題であるといって済ますことのできる消極的な問題であるにすぎない。本稿のねらいはそのようなものではない。本稿の目的は、特定の体系の枠組み、すなわち従来の行政法の体系のもつ限界を明らかにし、これに代えて新しい行政法の体系を提示した上で、利益衡量が問題となって登場する場面を切り出し、従前の諸概念や利益衡量等のもつ意義を明らかにしようとするものである。

(1)　単なる無限定の帰納的分析にあっても同様の結果に終るものと思われる。単なる帰納論ではなくて、いわゆる機能論が筆者の見解である。拙著・行政行為の無効と取消・一頁参照。

三　本稿の立場は、行政行為を前提としてその上に多くのものが積み上げられているという見方ではなくて、全体

の行政過程の方が先にあって、行政行為もその中に置かれて始めて相応の機能を果たしうるものとなっている、という物の見方である。かつて「行政行為概念そのものを機能論的に、具体的法律関係の中において、さらに類型的紛争場面と具体的利益状況の中において把えるべきである。行政行為は、本来このような全体の中にあってはじめてその機能を果たすことができるはずのものである。ところが、従来、このような全体の中においてこそ認められるべき種々の特性が、行政行為の概念や属性または本質の中にとりこまれた上、具体的な問題の解決にあたっては、このような全体を考慮しない自足的な行政行為論が展開される傾きがあったように思われる」と述べたことがあるが、(1) ここでは、右にいう類型的紛争場面の諸相を体系全体の中に位置づけるという作業を試みようとするものである。

繰返し述べるように、問題的思考は、全くバラバラにその場その場の問題毎にただ利益衡量等で対処し、およそ体系といったものを全面的に否定するというものでは毛頭ない。むしろ、個々の問題を体系全体の中に位置づけることによって、個々の問題をより鮮明に浮び上がらせようとするものである。従来の体系の方がかえって、体系への展望を欠いた、形式的な概念の積み重ねによる体系であるために、具体的問題の意義が不明確となり、場当たり的な利益衡量論や常識論ないし実状論が横行してきたように思われる。学界におけるいわゆる権威的解釈の多くも、学問的研究そのものよりも、これに色どりを添えている「円熟した」常識ないし良識に支えられたものであるように思われるが、余談にわたるから、ここでは述べない。さて、従来の体系思考によるものが、全体への考慮をいかに欠くものであるかを二・三の例を挙げて明らかにしておこう。

(1)行政の定義について、例えば、公益目的の「現実」実現説に対して、それが事実的作用についてのみ妥当し、法的作用については妥当しないという批判がある。(2) しかしながら、個別的な行政作用とこれを包括する全体としての行政の観念とは別のはずであるから、このような単純な批判は成立たないものと思われる。(3) 全体と部分との区別に関す

るフアラシイを犯すものといってよい。傾向的概念である包括的な行政行為の公定力本質論によって現実の諸問題の解決を図ろうとする見解もこれと類を同じくするものであろう。

(2)田中二郎博士の行政法体系の場合には、行政行為の特殊性を前提として、その上に諸々の行政制度が打ち立てられているものとしている。[4] 従来の通説に反対する学説の中にも、この思考の枠組みを前提とした上で議論を展開するものが多い。しかしながら、これは顛倒した理論だと思われる。行政行為がたんに孤立しているだけでは、その特殊性や本質の中で論じられている諸々の機能は期待できない。全体としての行政制度が先にあって、行政行為もその中に置かれて始めてその機能を発揮することができるものとなっているのである。行政行為の存在自体が一つの過程を想定する。行政庁の判断、私人の自発的服従、私人の不服従を前提とする制裁ないし強制、私人の争訟提起、争訟に対する判断等々がそれである。個別的な場合にこのような過程をたどることが可能であるのは、種々の行政制度（行政強制、行政罰、行政争訟等）が存在するからである。行政過程における行政行為の機能はそのままにしておきながら、行政行為の本質をどう考えるかというのではなく、そもそも行政過程における行政行為の機能そのものを問題とすべきであろう。[5]

田中二郎博士の体系は、全体と部分との関係に関するファラシイを犯すものであるといえよう。

(3)行政法上の重要な理論を憲法構造論の見地から再検討したものとして、イェシュの憲法構造論[6]がある。旧来の行政法体系に対する批判として有効な側面を多くもっているものの、そこで展開されている憲法構造が国家機関相互の関係に限定され、行政作用の内容にあらわれている国家と国民との動態的な関係が充分に考慮されていないため、いずれの問題についても、新しい理論を積極的に打ち立てるのには成功していないものと評せざるをえない。[7] 全体を判断するにあたって重要な部分の考慮が脱落するというファラシイを犯しているものと考えられる。

（1）拙著・前掲書・四五八頁
（2）清宮・憲法Ⅰ・二四七頁
（3）従前の憲法・行政法概説書にみられる概念形式的な権力分立論や行政の概念はまことにおそまつ極まりないものであった。例えば、そこでは、(イ)組織体に固有の人事や財政の問題を一律に権力分立における行政であるとなし、(ロ)行政そのものと行政に対するコントロールの作用とを区別せず、(ハ)通常の行政過程と区別されるべき憲法上重要な統治過程を没却するなどの致命的な欠陥がみられるのである。
（4）田中・新版行政法上・九四頁註四、なお二八頁註一参照。
（5）わが国の通説的見解は、行政法を行政に関する公法であるとなし、公法に服すべき「行政の作用」をその対象とする結果、行政訴訟や行政罰のごとき重要な行政制度が行政法体系の中に含まれず、たんに講学上の便宜の問題とされるというまことに驚くべき現象がみられる。

私自身は、後述のように、行政法を行政制度に関する法とし、その主要な対象は行政過程であると考えている。なお、行政制度とは行政裁判制度のことのみを指す（田中・前掲書一六頁以下参照）のではない。

例えば、フランスのオーリューが全体としての行政制度をいう場合には、(イ)全行政作用が単一の権力に集中していること、(ロ)行政活動に関する法を管理する権力は執行権であって司法権ではないこと、(ハ)官吏は通常裁判所のコントロールの下にはなく、ヒエラルシイ権力のコントロールにより、かつ特別の法に服すること、(ニ)司法執行ではなく行政執行の原則がとられること、(ホ)司法権によるインジャンクションを求めることができないこと、(ヘ)官吏の責任が或る程度行政によってカバーされること、(ト)二種類の法が存在すること、(チ)二種類の裁判が存在することなどが、その内容として含まれている（Précis de droit adm.）。
（6）拙稿・イェシュにおける憲法構造論(一)・北大法学論集一八巻三号参照。
（7）例えば Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 173f., 201ff.

四　最後に、法学について方法を論ずる場合に前以って留意しておくべきことは、方法と呼ぶもののなかに性質の異なる二つのものが含まれているということである。ひとつは特定の学問体系成立のための方法であり、他のひとつは、特定の学問分野の成立を前提とした上で、個々の問題解決のためにとる方法である。前者はいわゆる方法論と呼

ばれるものであり、後者は解釈方法の類いを指す。よく問題とされる方法的混淆は前者について特に重要である。後者についても、一定の解釈を攻撃する手段として方法的混淆が持出されることがあるが、多くの場合それは正しくない。けだし、個々の問題解決のためにとる方法は決して単一のものではないからである。わが国では屢々、明快な論理と単純な論理とが混同される傾きがある。法解釈の方法をめぐる議論もその一例であり、何か実定法解釈の方法として唯一絶対の方法があるかのごとき議論をするものもあるが、このようないみでの方法一元論は今日既に克服されているものと考える。問題設定にあたって方法が不明確であり、問題そのものがグラグラした不安定なものでは困るが、問題解決のためにとる方法は種々雑多の複数のものがありうる。例えば、公法と私法との区別を論ずるにあたって、いかなる意味で公法と私法との区別を論じているのかという問題の意味が明確でない場合には、方法的混淆の非難に値いするであろうし、そもそもお話にもならぬ。しかしながら、問題設定の意味が明確である場合、例えば、裁判管轄分配のために公法と私法とを区別すべき場合にとるべき方法は色々ありうる。例えば、歴史的方法や比較法的方法、本質論や技術論等々の複数の方法が可能でありかつ必要である。この時に、これらの複数の方法のうち単一の方法のみを用いて解答を出すものがあった場合に、責められるべきであるとすれば、方法的混淆によってではなく、まさに単純きわまりない方法一元論によってこそ非難さるべきである。(1)

本稿が、体系的思考に代えて問題的思考を強調する理由は、まさに体系的思考にみられる問題設定の不明確性と問題解決にあたっての概念形式的な方法一元論を排するゆえにほかならない。筆者が「まず類型的紛争場面を明確にし、ついで紛争場裡に登場する諸利益・諸事情を明らかにすべきである」というのも、この意味であって、単なる利益衡量説やカズイスティシュメトーデをとるものではない。

（一）方法的混淆といえば、かつて宮沢教授が公法と私法との区別に関してこれを指摘したことが有名である。しかし、本文の趣旨からその内容には疑問がある。田中二郎博士も宮沢教授の指摘に従い、類型としての公法・私法の区別と特定の実定法における公法・私法の区別とを分けている。公法・私法の区別はこのように単純な二つの場合に問題となるにすぎないものではない。一応この二つに分けるにしても、さらに、そのそれぞれについて公法・私法の区別の意義は複数存するのみならず、そのいずれについても公法・私法の相互関係はかつて考えられたほど単純なものではない。今日行政による私法形式の活動について公法原理の適用が論じられるのがその一例である。いわんや本案なりや先決問題なりやの区別もせずに、農地買収処分について民法一七七条の適用ありや否やを論ずるといった粗雑な議論（田中・前掲書・七一頁注一）は全くの論外だというほかはない。

【二】法学的方法と法規概念

一　法規の概念　従来の行政法体系は周知のように法学的方法によって構成されている。法学的方法は行政活動を行なう国家と私人との間の複雑多岐にわたる関係を簡潔な法命題に還元し、これらの法命題を階層的に体系化するものであるため、もともと個別的な実体を無視するという犠牲を払った上で、一般的概念・一般的命題を構成するという傾きがある。よくいわれるように、行政法では総論中心であって、各論は総論で示された原理的なものの展開場面であるにすぎない。

以上の結果は、或る程度は一般的理論に当然に伴なうものであって、いわゆる法学的方法に固有のものというわけのものではない。しかし、法学的方法は、さらに重要な特色をもち、これが従来の行政法体系の構造の骨組みを形づくっているのである。法学的方法の重要な特色というのは、私法学的方法におけると同様に、独立の法主体相互間の法律関係をその対象とするということである。したがって、行政法が行政に関する法であるといっても、行政作用の全てがその対象となるのではなくて、行政活動が私人の生活領域を侵害し、私人の権利自由と衝突する場合にしか法律上の問題とはならず、法的考察の対象とはならないのである。私人の権利自由とふれない以上は事実の世界の問題

だとされてしまうわけである。このように、行政活動がそれと衝突することによって法律上の問題となりうる範囲の私人の権利自由の領域に関する定めのことを、わが公法学はドイツの伝統的理論にならって法規(1)(Rechtssatz)と呼んでいる。この概念は、立憲君主制下のドイツにおいて成立したものであるが、いまなお、わが国の行政法体系の殆んど全分野にわたって、その理論構成に強い影響を及ぼしている。のみならず、現行実定法もこれを採用しているものと思われる(憲法七三条六号、内閣法一一条、行組法一二条四項一三条二項等)。

(一) vgl. Jesch, a. a. O. S. 142.

二 行政法体系における法規概念

従来のわが行政法体系にあらわれている法規概念と関連した理論は極めて広範にわたるが、主要な場合として次のようなものがある。

(一) 法と行政との関係一般については

(1) まず、法規を定立するものなりや否やによって、実質的意味での「法律」と形式的意味での法律とが区別される。立憲君主制下のドイツの伝統的理論によれば、実質的意味での法律なりや否やによって議会の協賛の要否が決せられた。周知のようにラーバントによれば、予算のような形式的意味での法律については議会の協賛は当然には必要なものではなかったわけである。

(2) 同様に、「法律の留保」の範囲がこれによって決せられた。すなわち、行政活動のいかなる範囲について議会制定法である法律の根拠が必要であるかについて、行政活動が私人の権利自由を侵害する場合ないしは私人の権利義務に関する定めを内容とする場合に限ってそれを必要とするという、いわゆる侵害留保の考えがとられた(憲法七三条六号、内閣法一一条、行組法一二条四項一三条二項等参照)。

(3)　行政が私人の権利自由と衝突しうる外部関係と、衝突の可能性のない内部関係とに区別され、前者に属する「一般権力関係」は法に服するのに対し、後者に属する「特別権力関係」には法律の留保が及ばないものと考えられ、そこでは法律の根拠に基づかない包括的な命令強制等が可能であり、かつ原則として司法審査も及ばないものとされた。

(4)　行政権による立法について、法規を内容とするものなりや否やによつて「法規命令」と「行政規則」とが区別され、前者については法律の根拠が必要であるが、後者については法律の根拠が不要であるとされている。さらに、後者は法を具体化するものではないため、これとの適合不適合が直接に適法違法の判断の基準となるものではないというのが、通説の見解である。

(5)　一般権力関係における行政行為と特別権力関係における職務命令等の行為とは区別されるから、これに対する服従の根拠・限界等を異にする。

(6)　同様に、行政行為の一種である自由裁量行為と特別権力関係内部の行為とは区別される。

(二)　行政組織法について

(1)　まず、行政法が行政の外部関係を対象とするものであるため、行政法は行政作用法が中心であり、行政組織法は極めて貧弱たるをまぬかれない。概説書等においても、そもそも何のために行政組織法を取扱うのかという問題意識すら希薄である。行政組織法の意味としては、(イ)法律関係の当事者たる法主体の一つである行政主体を明確にする、(ロ)要するに行政に関する法、行政の組織・作用に関する行政法の一つであるから論ずる、(ハ)行政手段（公務員、公物）に関する法を明らかにする、(ニ)行政作用法のための予備知識を与える、(ホ)国家組織の管理は実質的意味での行政であるから、機構・制度等を論ずる、(ヘ)行政法成立の前提たる行政制度の重要な一つであるから、行政制度に関す

る法である行政法の重要な一環として論ずる、などの理由が考えられるが、一般にはその理由が明確に示されず、したがつて、その内容も㈠㈡㈢により導かれる程度のものに止まっている。

(2)行政機関の種類としては、法律名義上の処分権限をもつ「行政(官)庁」概念を中心として意思機関とその他の補助機関、諮問・参与機関などが認められている。いわゆるライン型の行政官庁を中心とするため、近時重要性をましている現業的行政や計画行政に対処することが困難となっている。

(3)行政権限の委任代理等についても、処分権限の帰属、すなわち外部に立つ私人に対する関係での法律名目上の責任の所在を中心としているため、権限や事務の代決・内部処理規定によるものなどの行政権限の現実の処理の過程が把握できない。

(4)行政作用法が侵害行政中心であるため、行政組織法においても、処分権限をもつ行政庁が表面に出る反面、給付行政の展開と関連して拡大を続ける公社・公団・事業団等の公共的団体は、行政組織法上相応の取扱いを受けていない。

(5)国と地方公共団体との関係においても、行政作用の内容が複雑化し、両者の間における事務配分の形が単純なものではありえなくなっている現実を捨象して、抽象的に法律形式的な関係を述べているため、現在の実定制度全体とも食いちがった説明が、憲法・行政法等の概説書にはみられる。

(三)　行政作用法について

(1)その内容は、私人の権利自由を侵害する「侵害行政」中心である。給付行政などは正面から取扱われることが困難である。取扱われる場合にあっても、侵害行政類似の問題の発生する場合が主として論じられる。

(2)その手段は、私人の権利自由を一方的に侵害する「行政行為」が中心である。行政行為の定義には、私人の権利

自由を制限し義務を課すなど、私人の個人的な法的地位に変動を及ぼすことが重要な要素とされている。したがって、権利義務の一方的変動を生じさせる可能性のないもの、まだそのような段階に達しないもの、既にその段階を過ぎた後のものなどは行政行為から除外される。私法行為、勧告・行政指導、事実行為などがその例である。

(3)行政行為のもつ、私法行為や他の行政作用と異なる特殊性が強調される。この場合に、行政行為が孤立して観察され、種々の特殊性が行為の属性として構成される。

(4)自由裁量行為なりや羈束行為なりやについて、美濃部説では法規概念と関連づけて区別がなされている。

(5)不存在の行政行為は、私人の権利義務に変動を及ぼすことがおよそ考えられず、争訟提起の利益が否定される。無効の行政行為については争訟提起の利益は認められるものの、実体法上私人の権利義務に変動を及ぼさず、それに合わせて手続上にも当然特殊の取扱いを受けるものとされている。瑕疵原因等の実体が重視され、無効と取消の区別、取消と撤回の区別等に際して行政過程があまり考慮されていない。

(6)行政上の強制執行の法律上の根拠について、下命ないし処分権限に関する法律の根拠とは別個に、強制権限に関する法律の根拠を要するかどうかの問題を、下命による義務付けを越える新たな義務づけを強制執行が内容とするかどうかにかからしめる考え方が有力である。従来の行政法体系にみられる静態的な物の見方の典型的な場合の一つといえる。

(7)警察法上の営業「許可」と公企業の「特許」との区別については、もともと私人の権利自由の領域に関するものなりや否やによつて、申請の性質、申請拒否処分の争訟性、申請認容の性質、第三者に対する申請認容処分の争訟性、事業継続ならびに終了の自由性等々の点において、明確な相違があるものと考えられた。

(8)私人の固有の領域を「行政行為」によって規律する「侵害行政」が主として行政法体系の対象とされてきたた

め、前述のように、近時の給付行政などに関する法理が未発達であるが、なお、行政法各論の分野においても古典的な警察概念や公用負担概念が中心として論じられ、また、行政手段についても、行政行為中心であって、その他の行政手段、例えば、行政契約、行政指導、私法手段、財政上の手段などは充分解明されていない。いわんや、種々の行政権限が競合・融合するなどの現実の行政権限行使の過程、あるいは、計画行政などは、その実際上・理論上の重要性にも拘らず、殆んど考慮されることがない。

（四） 権利救済法について

(1)国家補償の分野では、原因行為の法的性格づけに重点が置かれがちである。また、行為によって直接に侵害された権利等が補償の対象となる。

(2)「法律上の争訟」（裁三）は個人の権利義務と関係ある場合にのみ認められる。

(3)行政事件訴訟の類型には種々のものが認められるが、抗告訴訟が中心であり、さらに「取消訴訟」が中心である。すなわち、私人の固有の領域を行政がそのイニシアティブによって侵害した場合が最も典型的な行政事件訴訟と考えられている。いわゆる無名抗告訴訟も認められるとはいうものの、まず行政の行為によって私人の権利自由を積極的かつ現実に侵害する場合ないしはこれに類する場合でなければ、認められることが困難である。

(4)取消訴訟提起の利益は、かっての「権利毀損」よりも広く「法律上の利益」（行訴九・一〇）で足りるとされているが、その内容は実体的かつ静止的な権利自由の領域と考えられ、実際にもかなり狭いものである上に、消極的なものであって積極的な内容を持っていない。

(5)暫定的権利救済制度である、仮処分の否定と「執行停止」制度の採用（行訴四四、二五以下）についても、行政行為本質論ないし行政事件訴訟本質論あるいは高々立法政策論程度の検討しかなされていない。加えて、場当たり的

な利益衡量論があるだけで、ほぼ全面的に本案訴訟に従属するものと考えられ、固有の意義がほとんど認められていないようである。

(6)訴訟手続ならびに判決の効果についても一個の行政行為が、複数当事者の利害や諸々の法律効果をその中に吸収しているような典型的場合を主として考慮し、その他の場合は充分に考慮されていないように思われる。

三　法規概念の限界

以上にみるように、法規概念ないしはこれを前提とする理論は、行政法体系のほとんど全分野にわたる。法学的方法による行政法の体系が、行政活動が私人の固有の領域と衝突するところに、その対象を見出す以上はけだし当然ともいえる。また、このような方法はそれなりに高く評価すべき面を持っていると考えられる。しかしながら、以上の図式は、やや単純化しすぎたところはあるにせよ、あまりにも思考の枠組みが固定化し硬直化している感はまぬかれないであろう。事実、現在までに、前段で述べる多くの点について数多くの修正が加えられ、行政法体系の姿は単純なものではなくなっている。

(一)　法と行政との関係一般について

(1)国会が主権者である国民を代表し立法権を独占するものである以上は、実質的意味での法律なりや否やによって議会の権限を積極的に制限することは認められないであろう。

(2)「法律の留保」の範囲については、憲法構造変遷論や国家と国民との関係の変遷を理由として、いわゆる「全部留保」説や「社会留保」説が主張されるにいたっている。

(3)「特別権力関係」論[1]については、今日否定説の方がむしろ強い。これを認めるものにあっても、一般権力関係との区別は相対化し、法律の留保や司法審査を全面的に排除するものは稀である。

(4)「法規命令」と「行政規則」との区別は一応維持されているが、行政規則についても全くこれを非法の世界に放

置するのではなく、その現実の機能に応じて、準則の一つとしての効果を認めようとする努力がみられる。(2)

(5)行政行為と職務命令等の行為との区別は厳存する。ただし、職務命令に対する服従義務の内容については、公務員の地位の変遷に伴ない再検討されている。(3)

(6)特別権力関係の相対化に伴ない、特別権力関係内部の行為と自由裁量行為との区別はほとんど認められない。概説書等でも両者を混同して論じている。

（二） 行政組織法について

行政組織法の内容が貧困であることは、今日にいたるまで余り変りがない。ただ、行政学の分野において、特に実務家の手になる多数の業績が出ている。また、公害対策や都市計画法制などの特定の分野について、行政組織のあり方が、より具体的で精緻な形で問題とされているが、行政法理論上の体系化はもう少し先の事である。

（三） 行政作用法について

(1)近時、「給付行政」論も次第に充実しつつある。給付行政を中心とする行政法体系が描かれるのは、しかしなお時間を要する。

(2)「行政行為」概念も多方面から再検討されているものの一つである。特に実体法的な定義づけから解放されて、主として訴訟手続上の機能から考察され、権利救済の見地からその範囲が拡大すると同時に、従来当然に認められるべきものと考えられてきた効力や特殊性についても個別的に再検討すべきものとする意見が有力となった。

(3)しかしなお、多くの問題が行政行為の特殊性を認める理論の上に組み立てられている。

(4)自由裁量の問題は、今日(イ)行為の種類ではなく、裁量の幅の問題であり、(ロ)したがって、本案前の問題ではなく、本案の問題であり（行訴三〇）、(ハ)裁量権の踰越・濫用以上に審査が及び、(ニ)特に、手続的観点からする司法審

査が認められている。[4]

(5)行政行為の不存在、無効、取消、撤回等について、実体的な見地からだけの区別ではなく、それが問題となる、(イ)訴訟手続との関連や、(ロ)行政過程との関連から、それぞれの概念内容を再検討する見解が出てきている。

(6)今日、下命ないし処分権限とは別個に、強制執行権限について法律の根拠が必要であるという見解の方が有力である。[5] しかし、その理由づけの多くは静態的な物の見方であり、伝統的な法規概念や侵害留保の考え方の延長に過ぎないと考えられるものも少なくないように思われる。

(7)周知のように、営業許可と公企業の特許とは、その区別が相対化した代表的例の一つである。従来区別の認められた諸点のほとんど全てにわたって、明確な線が引きにくくなっている。[6] 学説の中には公企業の「許可」と呼ぶ見解もみられる。[7]

(8)現代行政の重要な諸問題（計画行政、行政指導、行政契約など）について個別的な検討はみられるものの、素材としては従来の行政法体系をはみ出すものとしつつ、方法としては従来の枠組みの中で、概念形式的に、法律的効果の有無、法律の根拠の要否や補償問題の成否等に焦点が当てられているため、例外的現象を取扱う結果に終っていることが多い。給付行政を中心とする行政法体系の成立になお時間を要するものと考えるゆえんである。

（四）　権利救済法について

(1)原因行為からではなく結果の方より考察して国家補償法を統一的に構成しようとする有力な見解がある。また、事業損失の補償や生活再建補償が認められる傾向にある。のみならず、公害対策や交通事故対策等においては、国家活動に起因しない被害者の救済に国・公共団体が一定の積極的役割を演ずべきことが求められている。その反面において、最近の土地収用法や都市計画法の全面改正においては、厳しい権利制限を課しつつ補償についても厳しい態度

をとっている。

(2) 行政事件訴訟特に取消訴訟を主観的訴訟としつつ、その客観化を図る見解がある。[8]

(3) 無名抗告訴訟として義務付訴訟等が認められるべきかどうかについて激しい意見の対立がある。

(4) 公権論を機能的かつ歴史的に再検討し、公権に積極的内容を盛り込もうとする有力な見解がある。[9]

(5) 「執行停止」については近時の判例に注目すべきものが多い。

(6) 訴訟手続ならびに判決の効果については今後の判例学説の展開にまつべきところが、なお多い。

(1) 室井・特別権力関係論参照
(2) 町田・通達と行政事件訴訟（司法研修論集一九六八年二号）参照
(3) 山内・訓令と通達（行政法講座四巻）
(4) 浜・行政裁量の司法統制（北海道駒沢大学研究紀要第二号）
(5) 広岡・行政上の強制執行の研究参照
(6) 今村・公企業及び公企業の特許（行政法講座六巻）
原田・国の企業規制と特許企業（立教法学七・八号）
(7) 杉村敏正・行政法講義
(8) 原田・訴えの利益（行政法講座三巻）
(9) 原田・行政法における公権論の再検討（民商法雑誌五八巻二号）

四　行政法体系の限界　以上極く簡単にみるだけでも、行政法体系の相当広範な分野において従来の通説的見解に対して数多くの修正が加えられている。どの部分をとりあげても、そのほとんど全てについて従来の通説がそのままには通用していないといえるほどである。ところがそれにもかかわらず、それらはいずれも従来の通説に対する修

正ないし批判にすぎぬものであり、まさに二年程前田中二郎博士が「行政法における通説の反省」の中で指摘されたように、従来の行政法体系そのものは相変らず健在を誇っているのである。色々批判はあるけれども、従来の体系に代わるべき新しい体系は何も出ていないではないかという指摘は、全面的には従うわけにはいかないが、正しいものを含んでいると思われる。修正が修正に止まり、方法論的な批判が伴わない点が重要である。体系の枠組みはそのままに内容が水増しされたため、体系がふやけた状態となったと評することができる。(1)

従来の行政法の体系は、いわゆる法学的方法により行政活動が私人の権利自由の領域と衝突する場合を対象とするものである。そこで、行政がみだりに侵すことのできない私人の権利自由の領域を画定する必要がある。この領域を前提として「法規」の概念が成立する。行政法上の最も基本的な概念や理論の多くが何らかの意味でこれと関連して構成されてきたものといえる。ところで、この概念は、逆にいえば、行政の自由な領域、立法や司法にわずらわされることなく自由に活動できる範囲をも同時に画定するものである。したがって、これはその成立が示すように立憲君主制の憲法構造と密接に結びついている。イェシュなどのように、憲法構造変遷論によって行政法上の重要問題を再検討しようとする見解の登場するのはけだし当然である。しかしながら、これだけが従来の行政法体系の限界をなしているのではない。すなわち、法規概念がもつ限界と行政法体系の限界とは同一ではないのである。法規概念の限界を論ずるだけに止まっていては、旧来の体系に対する批判とはなれ、新しい体系を生み出すことは困難である。なぜか。

従来の行政法体系は体系的思考というもう一つの重要な特色をもっている。そこでは、現実に如何なる形で問題となるかという観点や背景にある制度の意義を抜きにして、種々の命題のヒエラルヒーが作られ、種々の概念が体系的に積み上げられている。とりわけ、行政行為の概念を前提としてその上に多くのものが積み上げられている。ところ

で、この行政行為概念には、前述のように、その定義上すでに私人の権利義務への直接の影響がその中にとりこまれてしまっているのである。そこで、行政法の対象とする行政とは繰返し述べるように行政作用が私人の権利自由の領域と衝突する場合の行政なのであるが、肝腎の私人の権利自由の領域は、行政作用の一つの典型的な形式である行政行為の中に吸収された形となり、以後行政法上の重要な問題にあって、つねに重要であるはずの私人の地位(2)が背景に没し、問題がとかく、行政行為の性質論や、行政と立法・司法との関係といった枠組みの中で論じられてしまう傾向をもたらすのである。行政事件訴訟の類型として、または、暫定的権利救済方法として如何なるものが認められるべきかの問題の場合などがその例である。このような場合に、従来そもそも問題が問題として答えられようとしているのか疑問に思われることも少なくない。もともと対立緊張関係にある行政と私人との関係が行政行為の中に包摂された途端に、肝腎の私人の立場が埋没したままで、理論が積み上げられれば積み上げられるほど、議論が問題そのものを離れて行き、時に、行政のあらゆる場合のイニシアティブと私人の受け身の立場が自明のドグマとして主張されるのである。ここでは、体系的思考のゆえに、問題が体系の犠牲となり、問題を問題として把握することができず、問題解決にあたって考慮すべき事情・利益が脱落しているのである。われわれは、問題的思考に立って、行政過程における行政行為の機能を問題とするのでなければ、従来の行政法体系の限界を超えることはできないのである。

(1) 近時現われた概説書の類はいずれもツギハギだらけの感をまぬかれない。新しい内容が付け加わった分だけ、体系全体の構造の見通しが悪くなり、体系に有機的緊張感が喪われ、弛緩状態にあるやに見受けられてならない。新しい行政法体系のための大胆な試みがまたれるゆえんである。

(2) この肝腎かなめの私人の地位を掘起こしたのが原田助教授の業績である(原田尚彦・行政行為の取消訴訟制度と原告適格・法協七七巻三・四、九・一〇号、訴えの利益・行政法講座三巻、行政法における公権論の再検討・民商五八巻二号)。地味であるが最も有益な研究であり、法律学としての行政法学の礎を置くものといえる。

【三】行政過程論の有用性

一　行政過程の用例及び意義　近時行政法上の諸文献において広く行政過程ないしこれに類する用語を屢々みかけるようになった。その意義・内容やこれに如何なる機能を持たせて用いているかは必ずしも同一ではないものの、旧来の行政法体系とりわけ行政行為論に対する不満足感が、このような言葉を用いさせているものといってよい。また、この種の言葉を用いない場合にあっても、行政過程ないし手続による説明をなすべき法現象や法理論が行政法の各分野に登場してきている。このような行政過程への指向は、将来の行政法体系の姿を予測させるものがあるといいうる程である。本節においては、行政過程論の意義ならびにそれが使用に耐えるものであるかどうかを検討した上で、次節において、複数当事者の行政行為について、前章で論じた諸問題を再検討することとしよう。

思いつくままに、近時、行政過程ないし手続を論ずるものをとり上げると、次のようなものがある。

(1)一つの行政行為の判断過程の司法審査を内容とするものとして、手続的見地から裁量を審査しようとする下級審の判決がいくつかある。(1)

(2)行政行為の事前手続を内容とする、いわゆる狭義の行政手続法については、早くより多くの文献があるから、特にとり上げない。周知のように臨時行政調査会でも昭和三九年これに関する草案を世に出したことがある。

(3)今村教授の「行政法入門」においては、「行政過程における個人の地位」のうち、特に手続法上の権利として、聴聞の権利、争訟提起の権利、申請の権利があげられている。(2)

(4)公権を論ずる意義を再検討した原田助教授の論文においては、取消訴訟の原告適格に関する公権論のなかで「公権力の発動を求める請求権としての公権」の存在が主張されている。(3)

(5)行政行為の公定力に関する兼子助教授の著書においては、「手続的考察方法」による公定力論が展開されてい

る。[4]

(6)行政行為の無効に関する雄川教授の論文においては、瑕疵の明白概念の中に行政庁の職務遂行の過程を問題とするものがあることが指摘されている。[5]

(7)行政行為の無効・取消に関する拙著においては、行政過程においては行政行為の職権取消と撤回とで区別はつきにくいこと、行政行為の公定力の一内容とされる広義の執行性が全体の行政過程を前提としてはじめて認められるものであることなどが述べられている。[6]

(8)近時、公安条例等に基づく処分ないしその付款に対して執行停止を命ずる決定が出され、色々と問題となった。この場合の執行停止の決定を理解するにあたって、形式的な行政行為論だけでは不充分であり、行政過程による説明が必要であると考えられる。[7]

(9)従来、法規命令に属さないため法的効力が殆んど認められない通達について、行政過程における機能を重視し、従来の理論を再検討する論文がある。[8]

(10)私人の公法行為を行政手続における機能に照らして検討するものがある。[9]

(11)最後に、政治過程に対する意味での行政過程を問題とする園部助教授の論文においては、このいみでの行政過程に対する市民の能動的参加が主張されている。[10]

以上にみるのは、まことに思いつくままの資料であり、主な資料を網羅的に調査するだけで、なお多くの用例が得られるであろうことは容易に想像がつくが、それは別の機会に譲り、[11]以下では、以上の資料をも含めて、行政過程としていかなるものがありうるかを明らかにした上で、そのそれぞれについて、行政過程に即した説明がどれだけ可能であるかを試みることにしたい。

（1）　これについては、浜秀和判事の論文（前掲）がある。

（2）　今村・行政法入門・一三一頁以下参照。なお、教授は、行政委員会における行政審判についても、行政過程との関連からその分類を行なっている。公法研究二四巻一七一頁以下参照。

（3）　原田・行政法における公権論の再検討（公権を論ずる意義に関連して）・民商五八巻二号三頁以下。同旨、保木本一郎・ドイツにおける営業警察の展開㈢・社会科学研究二〇巻二号九九頁以下、ジュリスト四三三号三六頁参照。

（4）　兼子・行政行為の公定力の理論

なお、そこで援用されている、いわゆる予先的特権理論をとるものとされているオーリューは、有名な行政判例評釈（La jurisprudence administrative）の第二巻において、五章一節「執行手続」の表題の下で、(1)行政手続の原則、(2)行政手続における行政の独立(3)執行的決定を論じている。そこでは、行政の不作為の争い方、行政の裁量、事後審査、執行的決定の執行、執行的決定の職権取消等々、広く行政過程と関連しうる多方面の問題が取扱われている。特に、「執行手続」に関する問題の一つとして「執行的決定」を取扱っていることが注目される。

（5）　雄川・行政行為の無効に関する一考察・法協八〇巻五号一頁以下。

（6）　拙著・行政行為の無効と取消・四三頁以下、二二六頁以下。なお、この拙著の全体と本稿とは問題的思考をとる点で共通している。ただ、本稿では、かって「類型的紛争場面」と呼んで済ましていたものを、より積極的に「行政過程」の中に見出し、将来の行政法体系のためのデッサンを試みるものである。なお、本章第一節参照。

（7）　例えば、大阪地裁昭和四三年六月一四日決定・行裁例集一九巻六号一〇六六頁。これについて室井（評釈）・ジュリスト四三三号四〇頁。

（8）　町田顕・通達と行政事件訴訟・司法研修論集一九六八年二号参照。

（9）　青木・私人の公法行為に対する行政手続法的考察・司法研修所創立二〇周年記念論集。成田等編・行政法講義上（青林書院新社）一四八頁参照。

（10）　園部・行政手続・現代法4一〇七頁以下。

（11）　最初に述べた研究室封鎖中という異常事態のため、簡単なメモと記憶によって、文献等を引用せざるをえない。文献等の表題等を不完全なままで引用した部分は、後日機会を得て訂正したい。

二　行政過程論の試み（その有益性）

行政過程の語の用例には、種々雑多なものがあるが、同時に、何ほどかの共通性もまた強く感じられるところである。広い意味で全体としての行政過程といえば、ほとんど行政と同意義となり少し広くなりすぎるであろうから、これを何らかの基準で区分をする必要がある。機械的に割切ることはなはだ困難であるが、以後の説明の便宜上、行政行為との関係を基準として一応分けるものとすれば、次のような場合が考えられるであろう。

(1)一つの行政行為について行政庁の判断過程ないしその成立過程をめぐる問題
(2)行政行為の前提となる私人の行為をめぐる問題
(3)行政行為が私人に対してもつ意味に関する問題
(4)行政行為と行政行為との相互関係をめぐる問題
(5)行政行為と他の行政活動との関係をめぐる問題
(6)行政行為と他の国家活動との関係をめぐる問題
(7)行政行為に限らず、広く行政の過程ないし全体としての行政過程をめぐる問題

これらは、さらに種々様々の内容が含まれうる。例えば、(1)についても、行政行為の裁量に関する問題や無効原因たる瑕疵に関する問題などがありうる。ただ一応の目安として右の順序で、個々の内容を論じていくこととしたい。

(一)　裁量について

(1)行政事件訴訟法三〇条は、昔ながらの裁量権の踰越・濫用があった場合に限って、処分を取消すことができるものとしているが、裁量の限界に関する理論は、相当広範に裁量の司法審査を認めるにいたっている。すなわち、(イ)憲法上の平等原則、(ロ)比例原則による限界は当然として、(ハ)一般的な公益原則のほか、(ニ)具体的な公益目的すなわち当

該法規の目的による制約に服する。したがって、さらに、(ホ)裁量権の存否に関する判断、(ヘ)前提事実の認定、(ト)考慮すべき事情の選択にあたっての、他事考慮や判断の脱落のほか、許されない事情の考慮ないし許されない目的への裁量の使用、(チ)論理の一貫性など、結論にいたる推論の過程、判断のプロセスそのものが司法審査の対象となるのである。もはや単なる実体上の裁量権の限界ではなくて、裁量の過程そのものが問題となっているものということができる。

(2)要件裁量に関する近時の西ドイツにおけるいわゆる判断余地説にあっても、判断過程の合理性を審査の対象とする。

(3)自由裁量行為についても、私人に聴聞の権利を認め、または公正手続の要請を強く認める下級審判例がある。そこでは、一定の実体上の自由裁量行為についても、(イ)内部準則の定立、(ロ)準則内容の合理性、(ハ)準則の解釈・適用(要件事実の認定を含む)の正当性、(ニ)一定の場合の準則の私人への告知等を要求している。

(4)いわゆる効果裁量に関する「なすとなさざるとの自由」が種々の見地から制約されつつある。(イ)行政庁の不作為に対し、不作為の違法確認訴訟または、みなし拒否処分の取消訴訟によって争うことが認められる。(ロ)拒否処分に対しては、私人に「申請の権利」、(ハ)瑕疵なき裁量行使を請求する権利、(ニ)違法行為によって不利益を受けない権利などを認めて、最低限度応答の義務、さらに再審査ないし実体判断の義務、特殊の場合には特定の内容の判断義務などが認められる。自由裁量行為についても、行政過程における行政庁の全面的なイニシアティブが否定され、その反面私人のイニシアティブが何ほどか認められているものと評することができよう。

(二) 行政行為の無効について

(1)その概念そのものが、実体法上のものではなく、争訟手続との関連において認められるものであることを重視し

て、種々の手続に応じてこの概念を相対化する見解が少なくない。

(2)その基準に関するいわゆる明白説には、さらに種々の内容があるが、「処分要件の存否に関する行政庁の判断が（中略）行政庁が具体的場合にその職務の誠実な遂行として当然要求される程度の調査によって判明すべき事実関係に照らせば明らかに誤認と認められるような場合」をも瑕疵の明白性の中に含ましめることとすれば、それは結局は行政の過程を問題としていることに他ならない。外観上明白説がそのままに妥当しうる事実概念に相当する事実の存否に関わる場合はともかく、抽象的価値的概念該当性や法令解釈の間違いが問題となるときの瑕疵の明白性とは、行政過程を問題とするものにならざるをえないであろう。狭義の行政過程は行政庁内部の判断過程をいみするが、後述のように、より広義には、行政庁に限らず、処分の相手方その他の利害関係者の権利自由が変転する行政の局面に巻き込まれて、変動する過程をもいみする。明白性の基準の中に、このような利害関係者の立場を盛り込むことは可能であるから、さらに、瑕疵の明白性は、広義の行政過程を問題とするものであるということができる。わかりやすくいえば、そもそも瑕疵の重大明白性とは、被侵害法規の重大性と認定権の限界を画する認定上の明白性のことではなく、広義の行政過程に登場する被侵害価値の重大性と狭義の行政過程である侵害の態様ないし過程に重大な欠陥があることを意味する。常識的な言葉を使えば、あまりにもひどい行政活動により、あまりにもひどい結果が生じている場合に、無効が認められているといってもよい。

(3)相手方の同意を要件とする行政行為にあって、相手方の同意は行政過程上、(イ)狭義の行政過程すなわち行政庁の処分の過程ないし手続において重要な要件であると同時に、(ロ)広義の行政過程にとって重要な相手方の権利自由との関連においても重要な要件であることが多い。相手方の同意を要件とする行政行為について、瑕疵の明白性を問題とせず、相手方の同意を欠くことをもって直ちに有効要件を欠く無効の行為なりとする最高裁判決もあるが、明白説を

主張する多くの判決と、その基礎においては、以上の次第より、全く異質のものと呼ぶことはできないものと考えられる。概念形式的な明白説と重大説の対置が無意味と考えられるゆえんである。

（三）　私人の公法行為について

(1)従来「公法行為」の一種として私人の公法行為も論ぜられるならいであったが、具体的な行政過程との関連を抜きにして、私人の公法行為一般を論ずることは意義少ないものと考える。

(2)行政過程における私人の行為の機能に着目すれば、自明のドグマのごとく主張される行政のイニシアティブが、実は極めて限定された意味をもつものでしかないことが判明するのである。例えば、典型的な行政行為の一つとされる警察許可を申請する行為をとりあげれば、これは本来私人の自由な活動に委ねられた自然の自由の回復を求めるものであり、行政行為は一定の見地からする制限をはずす行為であるといわんよりは、一定の見地からする制限には該当しないことを確認する行為という実質をもつものである。ここでは、行政行為は行政過程の全てでもなければ、行政過程を展開させる主役でもない。全体としての行政過程のひとこまであるにすぎないのである。そこで、例えば、いわゆる行政庁の第一次的判断権といわれるものも、行政権の司法権に対する関係においてのみではなく、特に私人に対する関係において問題としなければならない。

（未完・以下次号）