



行政法の体系における行政行為・行政処分の位置付け

中川, 丈久

(Citation)

行政法学の未来に向けて : 阿部泰隆先生古稀記念:59-87

(Issue Date)

2012-03

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(Rights)

発行元の許可を得て登録しています。

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100501373>



行政法の体系における行政行為・ 行政処分の位置付け

中川 丈久

はじめに

- I 行政法の体系の背景にあるもの
 - II 行政法の体系をどう捉えるか
 - III 行政行為・行政処分の位置付け
- おわりに

はじめに

行政行為ないし行政処分は、多くの教科書で、行政法を学ぶうえでの中核的な概念と位置付けられているようである。しかし、大学で授業をしていて年々強く感じるのは、「行政行為・行政処分とは何か」、そして抗告訴訟における「処分性の有無」に時間をかけることが、果たして行政法の理解を深めることにどれほど資するのかという疑問である。

このような疑問は、行政法学では根気強く指摘されつづけてきたところである。1970年代後半に遠藤博也「行政過程論の意義」は、自身や他の論者が提唱する行政過程論について、「行政過程論は、行政行為論に対する批判を、その生成の重要な一因として¹⁾いると思われる」と述べたうえで、「行政行為論は行政法理論の中心とされていながら、理論としてみるべき内容は皆無にひとし

1) 遠藤博也「行政過程論の意義」同・行政過程論・計画行政法（2011，初出1977）122頁。

い。」と断じた。

また、2008年に上梓された阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』の序文は、次のように述べる。

「これまでの行政法学の総論の書物では、行政の概念、公法と私法、行政行為特にその効力論、権力等、ほとんど役に立たない（むしろ有害な）ことにたくさんのお金を費やして、体系を作ったつもりになって、実は、無数の行政法の統一的・体系的な法システムの把握・分析に欠けているうらみがある。まして、その運用の実態は参考にもされないし、ザル法を実効性のあるものにするという視点にも乏しい。これらの点に配慮して作ったのが、拙著『行政の法システム（新版）』（有斐閣、1998年）³⁾である。」（なお、同『行政の法システム』の初版は1992年の出版である）。

筆者も、こうした指摘に賛同するものである。行政行為ないし行政処分⁴⁾の概念は、法律や条例、委任立法、そして契約に並ぶ、「法源」（本稿では、法律関係の発生・変更・消滅の根拠となるかぎり、一般的規範か個別の行為かを問わず、こう呼ぶことにする）のひとつに過ぎず、それ以上の特段の意味はもたないと考えている。行政行為・行政処分は、「行政の活動の基本的単位（行為形式）」（塩野⁴⁾）のうち「法源」であるもの、という以上の意味はないと考えるのである。

そのことを本稿では、行政法の体系把握はどのようなものであるべきか（上に引用した言葉を借りれば、「無数の行政法の統一的・体系的な法システムの把握・分析」とはどうあるべきか）についての筆者の考えを素描することを通して、示してみたい。

I 行政法の体系の背景にあるもの

1 体系把握の目的

行政法（に限らないが）の体系把握は、学説史や立法動向、判例動向など、行政法現象に関して蓄積されてきた知見の全体を、過不足無く、かつ見通しよ

2) 遠藤・前掲注1) 128頁。

3) 阿部・解釈学(I) iii頁。

4) 塩野(I) 87頁。

く理解するために必要な作業である。そのため、どのような知見を重要と考えるかによって、体系作りも変化しうる。

1982年に没した田中二郎の行政法体系を示す『新版行政法(上)〈全訂第2版〉』では、昭和40年代までの行政状況が踏まえられている。しかし、「戦前と戦後」ないし「戦後改革」が遠い昔になってしまった現在、取り上げるべき知見は、かなり異なるはずである。では、現時点の日本行政法を体系的に把握するには、どのような知見を踏まえるべきであろうか。以下ではさしあたり、行政過程論、行政手法論、行政改革、司法制度改革、グローバル化を取り上げることとする。

2 行政過程論——フォーリズム批判

学説史を振り返ると、現在の行政法学説は、ほぼ例外なく、1970年代に登場した行政過程論⁶⁾の影響を、多かれ少なかれ受けているように思われる。

行政過程論は、「公法と私法の二区分論に立つ従来の日本行政法学の方法的反省から出発したものである」⁷⁾(塩野宏)。「従来の日本行政法学」とは、「公法私法二元論」(公法関係の権力関係・管理関係二元論を含む)を議論の出発点とする田中二郎学説に代表される考え方である。田中二郎『新版行政法(上)』を見ると、「行政上の法律関係」ないし「行政法関係」の特殊性は「権力関係」(「本来的な公法関係」)たりうるところに見出されるという認識が、繰り返し説明されており、この認識から様々な帰結が導き出されている⁹⁾。たとえば、行政事件訴訟法は「行政事件訴訟の手続の特殊性を定めたものであるが、それは、行政実体法そのものが民事訴訟の対象となる民事事件の規律たる私法と異なる建前をとっていることを前提としている」¹⁰⁾からだとして説明する。

5) 田中(上)16～17頁。

6) 1970年代から80年代にかけての行政過程論の登場と展開について、山村恒年・行政法と合理的行政過程論(2006)4～14頁を参照。

7) 塩野(I)89頁注(1)。また、塩野宏「行政過程総説」同・行政過程とその統制(1989, 初出1984)3頁, 5頁, 8頁(「わが国の行政過程論は、行政法学の方法論議の過程で生じたものである」)も参照。

8) 田中(上)26頁, 32～34頁, 69～89頁というように少なくとも3回にわけて登場する。

9) 田中(上)32～36頁(行政主体の優越性, 行政処分の適法の推定, 自力執行, 不法行為上の特例, 行政事件訴訟の特殊性など), 293～294頁(第一次判断権)。

では、行政過程論は、いかなる方法的反省を迫っているのでしょうか。それは、フォーマリズム（形式主義的法学）批判であったように思われる。「従来の日本行政法学」は現実の紛争処理に役立つ法的分析枠組みを提供していないとしてこれを批判し、対案として、「行政過程」をつぶさに観察し、複雑な利害対立状況をリアルに捉えることにより、「従来の日本行政法学」が見逃してきた様々な「新たな問題を発見」¹¹⁾（塩野宏）し、解答の体系ではなく、「問題の体系を作り出そう」¹²⁾（遠藤博也）とするものである。

遠藤博也「行政過程論の意義」は、「行政過程論は筆者にとって、『物の考え方』であり『物の見方』である。……行政法上の諸現象をどのようにとらえるかという物の見方である」¹³⁾としたうえで、従前の行政法学説について、個別法を素直に解釈するべきところ、公法私法の区別を必要以上に法解釈に持ち込み（二元論）、個別事案の特徴をよく見て裁判救済のあり方を考えるべきところ、行政行為・行政処分¹⁴⁾の公定力や第一次的判断権といった概念で一刀両断の解決を導くものであると批判する。「〔田中二郎説の中核に位置する〕行政行為の概念は、制度を前提とした解答の体系の要めであり、……具体的問題に対して解答を提供する機能をおわせられている。〔それは〕……静かな死の世界である。しかし、制度を議論の前提におかず、これをも議論の対象とする立場に立てば、利害の対立、価値観の衝突が、熾烈をきわめ、喧噪にみちた生の世界である。生命の躍動する世界は、政治や立法過程までであって、行政や行政争訟の段階では死が支配しているというのは制度信仰宗教の僧侶である法律家の論理である。」と強く批判するのである。

そして、1984年に公表された塩野宏「行政過程総説」は、行政過程論がもたらす知見として、第1に、行政過程が単純な法律の執行ではなく、様々な利害関係者が様々な関わるプロセスであること、第2に、従来の行政法学では視野の外におかれていた行政計画、行政指導、裁量基準、協議等の意味を問う必

10) 田中(上)74頁。

11) 塩野・前掲注7) 行政過程総説8頁。

12) 遠藤・前掲注1) 116頁。

13) 遠藤・前掲注1) 111頁。

14) 遠藤・前掲注1) 125～126頁。

要があること、第3に、個別法の「法的仕組み」を知る必要があること（具体的な行為形式は法的仕組みの構成要素としてはじめて意義をもつからである）¹⁵⁾を述べる。

3 行政手法論——行政活動の機能的（ないし経済学的）な理解

1980年代から90年代前半にかけて、個別法がどのように社会に働きかけるのか、その「法的仕組み」を明らかにすることに、従来よりも重きをおくアプローチが目立ち始める。これを本稿では、行政手法論と呼ぶことにする。

行政手法論の登場には、行政過程論の展開という側面もないわけではない¹⁶⁾。しかし筆者の推測するところ、それに加えて、1980年代の米英（レーガンおよびサッチャー政権）における規制緩和が、同時期の日本の行政改革（公的規制の改革や民営化）に大きく影響し、その理論的支柱であった経済学¹⁷⁾に日本でも注目が集まったことの影響も大きかったように思われる。市場に対する政府介入を経済学的に正当化するのは、「市場の失敗」（公共財、外部性、情報不完全等）であり、「市場の失敗」を補正するための「制度設計」としての提供、規制、誘導が、一定の経済学モデルのもとに考案される¹⁷⁾。このような経済学的議論の仕方に、行政法学説が魅力を感じ、あるいはヒントを得たのではないかということである。

行政手法論のもっとも全面的な展開が、阿部泰隆『行政の法システム(上)(下)』である。個別法を、目的—手段の構造で分析したうえで、手段がどのような機能を持つのかを分類し類型化するのである。同書は、「監督行政」「行政のサービス・事業」「土地利用規制」「経済的手法」「情報の収集管理保護」「補助」「行政指導」「情報提供・啓発」という分類を示す¹⁸⁾（そのあとに、強制執行や制裁が続く）。

「行政作用の法的仕組み」（小早川光郎）も、基本的には同じ志向であるように思われる。小早川光郎『行政法(上)』は、「各種行政作用の法的仕組み」とし

15) 塩野・前掲注7) 行政過程総説18～19頁、30～31頁。

16) 行政過程論の直接・間接の影響のもとに行政手法論が登場する様子について、山村・前掲注6) 14～18頁を参照。

17) 当時盛んに読まれた書物として、植草益・公的規制の経済学（1991）と、経済企画庁総合計画局編・規制緩和の経済理論（1989）を挙げておく。

18) 阿部・システム(上)76～397頁。

て、「干渉の仕組み」（規制の仕組み、金銭徴収の仕組み、権利変更の仕組みから成る）と「給付の仕組み」（公物使用を含む）と「誘導の仕組み」に3区分するのである（それとは別に、「義務の実効確保の仕組み」を説明する）。宇賀克也『行政法概説Ⅰ』も同様である。¹⁹⁾²⁰⁾

4 行政改革・構造改革——行政国家のガバナンスの強化

1990年代から2000年代にかけての時期は、行政改革・構造改革の流れにのって、行政法は立法の時代に入った。そのこともまた、行政法学に新たな知見を与えることになったと考えられる。²¹⁾

行政改革・構造改革は、行政国家が所期の成果をあげていないのではないかとこの疑念に基づくものであり、次のような立法を生み出した。²²⁾²³⁾

①行政処分が法令に違反してなされないよう、公正さを確保するための事前手続として、1993年に行政手続法が立法され（その後、委任立法などに拡大された）、②あらゆる行政作用が、民主制の観点から説明責任を負った形でなされるようにするための行政機関情報公開法が1999年に制定され（条例はそれ以前から広く各地で制定されていた）、③内閣機能の強化を目指して、1999年に内閣法の改正が行われ（その影響もあって公法学界では執政権の議論がなされた）、④効率性という観点から決定の合理性を担保するための政策評価法が2001年に制定され、⑤個人情報の取扱いに万全を期すための行政機関個人情報保護法が2003年に新たに制定され（民間事業者を対象とする個人情報保護法も同年制定。な

19) 小早川光郎「行政の過程と仕組み」高柳古稀 151頁以下、小早川(H)187～234頁（各種行政作用の法的仕組み）、235～253頁（義務の実効確保の仕組み）。

20) 宇賀・概説(I)79～138頁。

21) 行政改革のインパクトに対して、行政法学説一般の反応が悪すぎるのではないかという「焦慮感」を述べた磯部力「行政システムの構造変化と行政法学の方法」塩野古稀(H)47頁以下を参照。

22) 法律の執行面のみならず、法律制定、さらには法律外においても、統治機構のなかで行政機関がもっとも社会の利害調整に関わることが常態化している国家形態を指す。筆者の行政国家の定義について、中川丈久「議会と行政」新構想(I)115頁、116頁注1)、152～153頁を参照。

23) 行政改革の流れとその立法成果について、阿部・解釈学(I)58～66頁、中川・前掲注22)115～116頁、153～154頁などを参照。とくに、代替的統治とその正当性について、山本隆司「公私協働の法構造」金子古稀(F)531頁以下（とくに534～537頁）、角松生史「公私協働」の位相と行政法理論への示唆」公法65号200頁（2003）などを参照。

お、行政機関個人情報保護法の前身や条例は、それ以前からある）、⑥規制改革（規制緩和・規制廃止）、民営化、公私協働のための立法がなされた。

以上のような立法動向は、いずれも、行政国家が成果をあげるために求められるあるべき姿——公正さ、民主制適合性、効率性などの諸要素を充足していること——を確保するための「仕掛け」である。コーポレートガバナンスの語をもじって、これを、「行政国家のガバナンスの強化」と呼ぶことができよう²⁴⁾。また、財政規律という言葉に倣って、「行政規律」と呼ぶこともできよう。以下、「行政規律」の語を用いることにする。

公正さ、民主制適合性、効率性といった行政規律の考え方は、「説明責任原則、透明性原則、効率性原則、距離保障原則」²⁵⁾（大橋洋一）という価値観に等しい。そしてこのような考え方は、いうまでもなく、1990年代になってはじめて登場したわけではない。「行政統制」という語のもとで、従来から、いくつかのものが認識されていた²⁶⁾。

まずは、財政会計法の存在に注意する必要がある²⁷⁾。財政法や会計法は、ちょうど個人情報保護法が個人情報の流れを規律するのと同様に、金の流れに着目した行政規律のための仕掛けである。

また、行政組織法も、組織編成や人事制度、事務処理や意思決定のあり方などについて、効率性（所掌事務を明確にし重複を避ける、自衛隊・警察・消防のための特別の組織編成をする、行政作用に必要な能力を確保するなど）のほか、公正中立性と民主制適合性（公務員の採用のあり方、関係業界からの隔離、政治との関係、公

24) ガバナンスの語について、木村琢磨・ガバナンスの法理論（2008）31～164頁のほか、中川・前掲注22）115頁、117頁注2）および中川丈久「行政による新たな法的空間の創出」長谷部恭男ほか編・変容する統治システム（岩波講座・憲法Ⅳ）（2007）195頁、195～203頁、217～225頁で述べたところを参照。

25) 大橋洋一「新世紀の行政法理論」同・都市空間制御の法理論（2008、初出2001）331～333頁、同「制度変革期における行政法の理論と体系」同上（初出2003）346頁、353～356頁。

26) たとえば、兼子仁・行政法総論（1983）21～25頁は、「他律性、公正さ、民主性（国民意思の十分な反映）を備えた行政統制の制度しくみ」として、議会による行政統制、裁判による行政統制、国民参加的な事前行政手続による行政統制、行政内部的統制（行政不服審査を含む）を挙げている。また、小早川（上）72～75頁は、「行政統制」という語を用いて、行政不服審査等の組織内部監督、裁判による行政統制、会計検査、行政監察等を挙げている。

27) 確井光明・公的資金助成法精義（2007）27～53頁、同・政府経費法精義（2008）6～8頁。

安委員会や教育委員会方式の導入など)の観点から、行政国家のガバナンスを確保するための仕掛けを定めるものと位置付けられる²⁸⁾。

行政不服審査法も、事後的にはあるが、違法(または不当)な処分を排除するべく、処分庁自身が(とはいっても、処分時とは別の職員が担当するのが通例のようである)、または上級庁その他の行政機関が、見直しをするための意見聴取手続(事後聴聞)を設けるものである。行政不服審査法は、事後版の行政手続法の役割を果たしてきたといえる。

5 司法制度改革——行政訴訟の拡充(訴訟要件と本案主張の双方における)

司法制度改革は、行政事件訴訟法の改正と法科大学院制度の誕生をもたらした。

行訴法改正のうち当事者訴訟の活用論が、行政訴訟理論(とりわけ抗告訴訟と当事者訴訟の関係)や裁判実務にどれほどのインパクトを与えるかが注目されている²⁹⁾。

また、法科大学院制度の発足により、法曹養成のための行政法教育とはなにかが意識されることとなった。たとえば、行政訴訟における本案主張(違法事由)の体系的整理の必要性(ただしこれは、法科大学院創設が機縁となっただけであり、本来的には、行政過程論の発展と理解されるべきだろう)、訴訟実務に即して、

28) 藤田宙靖・行政組織法(新版)(2001)12頁は、「行政組織法の関心は、とりもなおさず、『組織』を『組織』として動かすための法規範の内容を明らかにするところにある」と述べる。その法規範の内容を、筆者は、効率性や公正さ、民主制適合性を確保するための諸種の法規範と捉えるのである。筆者のようなアプローチへの評価も含め、藤田宙靖『『行政主体』の概念に関する若干の整理』同・行政法の基礎理論(F)(2005, 初出2003)82頁, 99頁の指摘(『『行政主体』概念は、主としては、『国民による民主的コントロールの確保』という要請を中心とした、一定のガバナンスのあり方、という視角から、一つの手掛かりを与えようとするものである)』を参照。

29) 理論的インパクトについて、行政訴訟実務研究会編・行政訴訟の実務(2004)253~255頁〔山本隆司〕, 271~274頁〔黒川哲志〕, 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商130巻6号963頁, 997~1013頁(2004)などを参照。裁判実例について、西村淑子「公法上の法律関係に関する確認訴訟の動向」判タ1360号60頁以下(2012)およびそこに引用された文献を参照。

30) 詳細は、中川丈久「法科大学院教育と行政法」ロースクール研究15号43頁(2010)で述べたところを参照。

行政法と他の法分野の領域横断的な理解を形成する必要性などが課題とされているように思われる。³¹⁾

6 グローバル化——国内行政法用ツールの限界

グローバル化という新たな環境は、国内行政法を理解するためにこれまで培われてきたツールの限界をわれわれにつきつけているのではないか。これは、世界の行政国家が共有する問題意識である。EU 行政法の経験が先行しており、米国では R. スチュワートらが Global Administrative Law というプロジェクトを提唱している。³²⁾ 日本でもようやく、グローバル化に伴う立法過程や行政過程の変化をみたときに、行政法の従来論じ方では十分に捉えきれない現象が生じていることが指摘されつつある。³³⁾

II 行政法の体系をどう捉えるか

1 行政法の3分類

では、以上の成果を過不足無く、かつ見通しよく整理するには、行政法の体系をどのように構成することが適切だろうか。出発点となるのは、行政法と呼ばれる法律群（独自条例を含む）の全体像をどう描き出すべきかという問題であろう。

筆者は、行政法の全体像を、「行政作用法」「行政規律法」「裁判救済法」という3つに分類することが適切ではないかと考えている。

- ① 行政作用法——行政作用という「社会への働きかけ」に関する法
- ② 行政規律法——行政作用の「あるべき姿の確保」に関する法
- ③ 裁判救済法——行政作用や行政規律における「紛争の裁判的処理」に関する法

これは、行政国家が“社会に働きかけ”、“自らも規律を受け”、“紛争は最終的に裁判で決着させる”という各側面を捉えた分類である。「ガバナンス」と

31) 石川健治=神橋一彦=土井真一=中川文久「公法訴訟・連載開始にあたって」法教 368 号 77 頁以下（2011）の座談会を参照。

32) B. Kingsbury, N. Krisch & R. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, 68 Law & Contemp. Probs. 15 (2004-2005).

33) 斎藤誠「グローバル化と行政法」新構想 (I) 339 頁以下、およびそこに引用された文献を参照。

という言葉を用いるならば、行政作用法は、「国内社会（および国境を越えたグローバル社会）のガバナンス」を実現するための法的仕組みを定めた法律群であり、行政規律法は、「統治機構自身のガバナンス」を確保するための仕掛けを定める法律群である。³⁴⁾あるいは行政作用法は「社会管理」に関する法であり、行政規律法は「行政管理」に関する法であると表現することもできよう。³⁵⁾

行政法の総体は、一般に「行政作用法」「行政組織法」「行政救済法（国家補償法を含む）」と分類される。これに対して、本稿で提案する3分類は、一般的には「行政作用法」や「行政救済法」に配置されているいくつかの項目を、「行政組織法」のほとんどの項目と合体させて、新たに「行政規律法」として整理しなおしたものである。また、「根拠規範（授權規範）」「組織規範（行為を行政主体に帰属させるために必ず存する規範）」「規制規範（権限行使の適正を図るために規律を設ける規範）」の3分類³⁶⁾との関係では、「規制規範」が「行政規律法」であり、「根拠規範」と「組織規範」が合わせて「行政作用法」にあたる。以下、本稿の3分類を簡単にみておく。

2 行政作用法

(1) 行政作用法と行政実体法

「行政規律」とは異なり、「行政作用」の語は、行政法学説においては古くから使われてきたものである。作用とは、「誰かが誰かに何かをする」ことであるから、行政作用は次のように定義されるであろう。

第1に、「何かをする」という部分は、「基本決定」の「執行活動」（小早川光郎³⁸⁾、すなわち、①法律や独自条例の執行（建築基準法や厚生年金保険法などといった個別法の執行）、②（法令ではない）閣議決定や要綱などの執行、③予算の

34) 中川・前掲注24) 195～197頁を参照。

35) 「社会管理」は、行政法学説においては、行政概念の積極的定義説が用いる言葉である。本稿でいう「行政管理」は、総務省行政管理局の所掌事務を現す言葉であり（行政手続法や情報公開法、組織定員等の管理、政策評価等を所掌している）、同省の前身のひとつである行政管理庁に遡るものである。

36) 塩野(I)73頁。

37) 塩野宏「行政作用法論」同・公法と私法（1989, 初出1972）197頁。

38) 小早川(II)51頁。

執行という形態をとり（①②③は重複することも多い）、法律（または独自条例）・要綱・予算が目指す一定の政策目標——望ましい社会状態——を実現しようとするための一切の行為である。

たとえば、法律や独自条例の執行として行われる行政作用とは、政省令や委任条例を定めること、申請を審査し、業務停止を指導・勧告し、命じること、届出を受理すること、法令の解釈適用について助言すること、修正申告を懲滯すること、法令違反を検知して調査に入ること、検察に起訴を相談すること、給水や公営住宅利用のための契約を締結すること、公営住宅立ち退きを求めて民事訴訟を提起することなどである。

第2に、「誰かが誰かに」という部分は、原則的には、統治機構としての国や地方公共団体が国民（私人）³⁹⁾に、というものである。例外的にはあるが、法律（または独自条例）や要綱、予算の執行が、当該作用を担うにふさわしい能力その他の属性（後述の行政規律法にいう規律）を備えた特定の民間団体に担わせられることもあり、それも行政作用である。たとえば、弁護士法に基づく弁護士会による弁護士懲戒処分、指定確認検査機関による建築確認業務、独立行政法人等による助成事務などである。なお、行政法学説は一般に、行政作用の語に、「誰かに」（対私人）は含める一方で、「誰かが」のほうは、行政組織法（いわゆる「行政主体」）の問題であるとして切り離して取り扱う。しかし、「誰かが」の問題は、本来的には行政作用法の問題であって、行政規律法とも交錯する側面があると考えられるべきではないだろうか。

ところで、行政作用法たる個別法は、統治機構たる国・地方公共団体と私人との間に、実体的法律関係を生じさせる法でもある。この側面からみれば、行政作用法を行政実体法と呼ぶこともできる。行政実体法は、民事実体法や刑事実体法と並んで、実体的法律関係を発生させることにより（最終的には裁判所による解決を予定して）、社会の秩序形成をしようとする法律群である。⁴⁰⁾行政実体

39) 日本国憲法が、民主主義のもとで憲法を通じて社会統治のために設立した組織のことを指す。憲法の適用対象はこの政府に属する組織であることが本来である（そのうえで私人間適用の可否が問われる）。なお、ここでいう「誰かが」には、立法権を行使する国会、執政権を行使する内閣、司法権を行使する裁判所が除かれることについて、後掲注59)を参照。

40) 中川丈久「行政実体法のしくみと訴訟方法」法教370号60頁（2011）で述べたところ（私法の規律と公法的規律を比較する）を参照。

法は、一方で、民刑事の実体法と同じように、法律により直接に実体的法律関係を生じさせることもあれば（その場合の行政作用は、法令解釈に関する助言や違反者の告発・提訴などである）、他方で、授權規定——誰が、どのような基準で（判断基準）、どのような行為をするのかを定める規定——を置いて、国・地方公共団体の行為を通じて法律関係を生じさせることもある。

ここで公法と私法の区別について付言しておく、現在の学説が完全に否定しているのは、公法私法の二元論（峻別論）である。すなわち、「公法の領域に引きずり込んで解釈したから結論が異なるというべきものではない。もともとの公法と私法の二元論では、公法というレッテルを貼れば、法体系から出てこない解釈を導く傾向にあった」(阿部泰隆⁴¹⁾)と批判しているのである。これに対して、行政法（行政実体法）と民事法（民事実体法）の区別は、公法と私法という言葉を使うかどうかは別として、維持されている⁴²⁾。

たとえば、行政的（公法的）手法と民事的（私法的）手法を区別しつつ、両者における実体法と執行法の関係という点での共通性から「行政上の義務」を分析的に捉えることは、重要な検討項目であると考えられる⁴³⁾。また、行政的（公法的）手法と民事的（私法的）手法が同じ政策目標のために併用されることもあるという認識をもつことは、個別法の「法的仕組み」を理解するために必須である⁴⁴⁾。たとえば、行政的措置と私訴の併用は、労働法や競争法、消費者法などではとりわけ明確に現れる「法的仕組み」である。労働組合法7条の不当労働行為の禁止について、救済命令等（労組27条の12）と私訴（最判平成3・4・23

41) 阿部・解釈学(I)69～70頁。

42) 塩野(I)49～50頁、小早川(II)46頁（「公法私法二元論の立場をとると否とにかかわらず行政法と民事法とは互いに区別される」）、大橋(I)76～91頁など。

43) その具体例を、中川文久「国・地方公共団体が提起する訴訟」法教375号92頁、95～103頁(2011)で示したので参照されたい。

44) 大橋(I)77～85頁、山本隆司・行政上の主観法と法関係(2000)322～330頁参照。大橋・前掲注25)326頁、333頁は、公法と私法に関する学説の議論状況を次のように要約している。「公法・私法二元論が展開され、両者の異質性が強調された時代（これを第1期と呼ぶ）を経て、現在では相互の関係づけが可能であることが指摘されるに至った（これが第2期である）。今後は、さらに一歩進めて、行政法と民事法がどのように組み合わせられて現行制度ができていたのかを考察したり、いかに組み合わせるべきかといった議論を行う段階へと進むべきである（これが第3期である）」。

勞判 589 号 6 頁）があり、独占禁止法 8 条の禁止行為について、排除措置命令・課徴金納付命令（独禁 8 条の 2 や 8 条の 3 等）と私訴（24 条）が規定され、特定商取引法 6 条の禁止行為について、指示・業務停止命令等（特定商取引 7 条以下）と意思表示の取消し（9 条の 3）が規定されるというようにである。

（2）行政作用法におけるふたつの問題分野

行政過程論や行政手法論の成果、そしてグローバル化の現実をふまえると、行政作用法においては、次のふたつのことを取り上げる必要がある。

- ① 行政作用の法的仕組み——個別法が定める行政的手法（および民事的手法）
施策のための法制度／実効性確保のための法制度／調査のための法制度
- ② 行政作用の現実——法律や条例以外の諸要素の影響
内部基準（要綱・通達・審査基準や処分基準）、条約その他の国際的取決

このうち、「行政作用の法的仕組み」とは、個別法がどのような行政作用を予定しているのかを整理して理解するための分類論である。個別法は目的と手段から成っているところ（典型的には、1 条に目的とそのための手段の概要が抽象的に示され、2 条以下で手段が具体的に示される）、かつての行政法各論のように、目的面で大分類をするのではなく、手段のほうをその機能からみて、①「施策」、②「実効性確保」、③「調査」に分けることにより、法的仕組みの様々なタイプについての理解や批判（立法論）を可能とするのである。

第 1 に、「施策」には、行政手法論の成果が取り込まれる。命令的手法（command and control）の分類とその限界、たとえば誘導的手法などの代替的手法の開発である。⁴⁵⁾市場介入についての経済学的整理との異同も課題となる。なお、従来からあった「行政行為の分類論」も、「各種の営業規制や行為規制など……の仕組みの基本的部分……を抜き出して相互に比較したものとみることができ」る（塩野宏⁴⁷⁾）ものの、「施策」の分類として使えるようにするには、根本的な見直しが必要であり、結果的には使用に値しないと評価せざるをえないように思われる。

45) 塩野・前掲注 37) 197 頁以下を参照。

46) 誘導手法を行政法体系にどう位置付けるかについて、中原茂樹「誘導手法と行政法体系」塩野古稀 (h) 551 頁以下を参照。

47) 塩野・前掲注 7) 行政過程総説 31 頁。

第2に、その「施策」の実現に支障を来たす私人の行為を取り除いたり、その私人に制裁を加えたりするために、「実効性確保」のための法制度が必要となる。強制執行（およびその亜種としての即時強制）と制裁という法制度が中心である。第3に、「施策」のためにも、「実効性確保」のためにも、行政職員が情報を収集する活動が必須であり、それはときに強制にわたる必要もある。「調査」という法制度が個別法に規定される所以である。「実効性確保」と「調査」が、それぞれ独自の法制度を形作っているという捉え方は、現在かなり一般的である。⁴⁸⁾なお、いわゆる「三段階構造モデル」(藤田宙靖⁴⁹⁾)は、「実効性確保」の制度のうち、行政行為・行政処分によって強制執行しうる義務が発生する場面をいうものである。

次に、「行政作用の現実」とは、個別法以外の様々な規範が行政作用に影響を及ぼすという現実を指す。計画や指針、内部基準、マニュアル、要綱、国際的取りきめなどを通じて、個別法で調整しきれなかった様々な利害が行政過程に吹き出すのである。⁵⁰⁾

3 行政規律法

近時の行政改革がもたらした「行政活動をガバナンスの効いた状態におく」という価値観の強化をふまえると、行政規律法という法分野を認識することができる。⁵¹⁾公正さ、民主制適合性、効率性を確保すべく、行政機関による意思決定（情報面や手続面）、説明責任の果たし方、個人情報の流れ、金銭の流れなどを規律するための仕掛けを定める法分野である。

行政規律法には、次のような法律群が含まれる。個別法の集積であった行政作用法とは異なり、こちらは一般法として規定されることが多い。

48) 塩野・前掲注7) 行政過程総説32～33頁は、行政上の義務履行確保、即時強制、行政調査を挙げて、「行政上の一般の制度」と呼ぶ。また、前掲注18)および19)に該当する本文も参照。

49) 藤田(I)20～24頁。

50) このうち指導要綱については、中川丈久・行政手続と行政指導(2000)225～274頁(法定外の政策内容の実現手段としての行政指導)を参照。

51) なお、兼子・前掲注26)14～22頁でも、「行政規律法」という語が用いられているが、これは、「十分な行政規律法としての行政法」「行政規律法か行政正当化法か」という問題関心のもと、行政法全体の方向性を論じたものである。本稿でいう行政規律法には、同書のいう「行政関係法の行政規律力を制度的に支える行政統制のしくみ」が相当する。

- ① 行政手続法制・行政不服審査法制：公正さのために意思決定を手続面から規律
- ② 行政評価法制（費用便益分析等）・環境影響評価法制：効率性のために意思決定を情報の豊かさという面から規律
- ③ 行政組織法制（内閣・長による規律を含む）：民主制や公正さ，効率性のために組織を規律
- ④ 地方自治法制：民主制や効率性のために担い手のわりふりを規律
- ⑤ 情報公開法制：民主制のために説明責任の果たし方を規律
- ⑥ 個人情報保護法制：公正さのために個人情報の流れを規律
- ⑦ 財政会計法制：効率性のために金銭の流れを規律
- ⑧ 代替的統治形態のための法制（民営化・規制緩和・公私協働）：効率性のために担い手のわりふりを規律（能力面を含む）

なお、教科書によっては、行政手続法や情報公開法を、「行政過程への私人（市民）の参加」に、位置付けることがある。行政手続法制や情報公開法制にそのような側面があることはたしかである。しかし、なんのために私人が関わりをもっているのかにかんがみるといづれも、行政作用を、そのあるべき姿を確保するという観点から規律するための制度であり、そのなかに私人が関わりをもつものも、もたないものもあるという整理をすることができる。

また、行政過程論という名称は付されているものの、「合理的行政過程論」⁵³⁾（山村恒年）は、本稿でいう行政規律法強化の必要性をいう見解（合理的な意思決定支援のための仕掛けとなる立法や司法審査を求める）であるように思われる。

4 裁判救済法

裁判救済法は、行政作用や行政規律を契機として生じるあらゆる法的紛争の裁判的救済に関する法規範である（なお、行政規律法と裁判救済法の間の割り振りには注意を要する⁵⁴⁾）。

多くの行政法教科書は、「行政上の紛争」についての行政訴訟を扱った後、国家補償法と称して、「民事上の紛争」の一部を扱う民事訴訟（国家賠償）と「行政上の紛争」の一部を扱う行政訴訟（損失補償）を取り上げている。しかし、

52) 藤田(I)137～178頁（「行政過程への私人の参加」として、行政の事前手続と情報公開制度を配置する）、大橋(I)95～191頁（「行政過程における市民」として、行政手続、情報公開、個人情報、政策評価などを配置する）など。

53) 山村・前掲注6)42～49頁（現代型行政過程における新しい行動規範論の構築）。

現実には、行政作用や行政規律に関する「民事上の紛争」は国家賠償以外にも重要なものが存在するので、民事訴訟をより広く視野に入れるべきである。そして、原告が私人である場合だけでなく、統治機構が原告となる場合も含めるべきである。

裁判救済法に含まれる法規範は、さしあたり次のふたつである。

- ① 裁判救済の根拠（本案主張を構成するための諸法理）に関する法
- ② 裁判救済の内容とそれを得るための要件や手続に関する法（民事訴訟法と行政事件訴訟法）

このうち、②は省略し、①についてのみ補充しておく。まず、行政訴訟の本案主張を構成するために使われる法理は、基本的には、ただひとつ、法適合性原則だけである。すなわち、統治機構の違法な行為は是正されなければならないという法理である。⁵⁶⁾ いわゆる「是正訴訟」のアイデアは、（訴訟対象を広げるのを主たる目的としつつ）これを端的に表現したものである。⁵⁷⁾

次に、民事訴訟において本案主張を構成するための法理には、不法行為（国家賠償訴訟および民事差止訴訟）、不当利得、契約（給水契約、公害防止協定など）のほか、人格権や物権などがある。そして、裁判救済の内容として、是正を求める（差止訴訟や履行請求訴訟）こともあれば、補填を求める（損害賠償訴訟や不当利得返還請求訴訟）こともある。

54) 裁判救済法を、裁判を通じた行政規律と捉えたと、行政規律法の一部となる。逆に、行政手続法や行政不服審査法は、紛争の予防や事後処理という側面も有しているから、その限りでは、裁判救済法の一部（裁判外紛争処理）ともいえる。このように両者の間の垣根は低い。阿部・解釈学(Ⅱ)は、後者のような構成を試みる例である。

しかし、筆者は、①現時点の行政手続法や行政不服審査法は、紛争処理というほどの実態を備えたものではなく（準司法的手続にはほど遠い）、また、そもそも紛争処理を目指して立法されたわけではないこと（中川・前掲注50）183～193頁における日米比較を参照）、②行政訴訟のみならず、民事訴訟にも視野を及ぼすべきこと、③国・地方公共団体の提起する訴訟も考慮することなどにかんがみ、裁判所による紛争処理と、行政機関による行政規律とを、あえて区別したほうがよいと考えている。

55) 詳細は、中川・前掲注43）92頁以下を参照。

56) 塩野(I)361頁、中川文久「環境訴訟・紛争処理の将来」淡路=阿部憲暦188頁、198～199頁（「本案法理」）。なお、損失補償請求訴訟も是正を求める訴えである。補償がなされなければ、当該法制度は違憲なのであるから、合憲とするためには補償金が支払われなければならないのである。最大判昭和43・11・27刑集22巻12号1402頁（名取川砂利採取事件）を参照。

57) 日本弁護士連合会編・使える行政訴訟へ（2003）70～188頁、阿部・解釈学(Ⅱ)62頁。

5 憲法論と違法事由

(1) 行政法の憲法的基礎

さて、以上の3分類を出発点とすると、ただちに、さらにふたつの問題群を取り上げる必要があることに気づくであろう。

ひとつは、憲法論——法の支配(法治国)と民主制(平等な参加と説明責任, 地方自治), 法律による行政の原理, そして立法権・行政権・司法権の概念など——が, 行政作用法, 行政規律法, 裁判救済法それぞれにおいて, いかなる意義を有しているのかである。これは「行政法の憲法的基礎」と呼ぶべき問題群である。田中二郎『新版行政法(上)』では, 「わが国行政法の基本原理」として, 地方分権, 民主主義, 法治国家・福祉国家, 司法国家が掲げられているが⁵⁸⁾, 新たな行政法体系はまさにこの点を正面から展開するべきである。

たとえば, 法治主義の内容として取り上げられる法律の独占的法規創造力や法律の留保は, 憲法41条の立法権の解釈論であるが, これが, 行政作用法に属する法律(または独自条例)のあり方にどのような影響を及ぼすのか, また, 行政規律のための仕掛け(行政手続や組織編成, 情報公開や個人情報保護, 政策評価など)の法定主義につながるのかといった問題である。憲法65条の内閣の行政権は, 行政作用を意味するの⁵⁹⁾かどうか問題である。さらに, 憲法76条の司法権の範囲が, 裁判所法3条の法律上の争訟との関係で, 裁判救済法にいかなる限定をかけるのかも問われるところである。

(2) 行政作用・行政規律と法適合原則——違法事由の体系化

もうひとつの問題群は, 行政訴訟における救済根拠として述べた「違法な統治機構の行為は是正されなければならない」という法理そのものの解明である。つまり, 行政処分や契約, 委任立法, 通達, 計画その他様々な行政作用(行

58) 田中(上)40~54頁。

59) 筆者のように, 憲法65条の「行政権」は, いわゆる執権権だけだと理解する立場にたつと(曾和俊文「行政と司法」新構想(I)309頁, 325~327頁参照), 「行政作用」とは, 憲法上はとくに呼称のない, 法令その他の規範の執行作用となる。つまり, 統治機構のうち, 「行政権」(執権)を行使するときの内閣, 「立法権」を行使するときの国会, 「司法権」を行使するときの裁判所を除き, 日本国憲法が「行政各部」(72条)や「地方公共団体」(92条以下)という文言で, 漠然と設置・設立が予定されているに過ぎない組織に委ねられることになる。

為)が、個別法に違反して違法と評価されるのはどういう場合かである。

この作業は、行政作用と行政規律における違法事由の発見方法の整理ないし体系化ということができよう。法令解釈の方法論、行政解釈の取扱い、裁量判断の合理性審査、信義則等の法の一般原則の用い方、手続違反の取扱いなどである。この視点からすると、いわゆる職権取消しと撤回の問題は、多岐にわたる違法事由の発見方法の一局面に過ぎないことがわかる(したがって、「行政行為論」⁶⁰⁾としてこれを述べる必要はまったくない)。また、人権論をこれらの場面でどう使うのか(あるいは使わないのか)という問題も、憲法と行政法の融合問題として重要である。さらに、行政行為・行政処分や契約などの違法判定の先決問題として、それより前段階に存在する委任立法や都市計画決定、要綱や内部基準などの違法をどう取り扱うかも重要な問題である。

(3) 行政法の基本原理?

行政法教科書では、「行政法の基本原理」等のタイトルのもとに、①法治主義(法律による行政の原理)と、②信義則や権利濫用禁止、平等原則、比例原則が、併せて掲げられていることが多い。しかし、①は行政法の憲法的基礎付けの問題であり、②は裁判において上記の違法事由を発見するために用いられる法規範であるから、①と②は明確に次元の異なる問題ではないかと思われる。さらに、③現代型の「一般原則」として「説明責任原則、透明性原則、効率性原則、距離保障原則」⁶²⁾も併せて説明しようとされることがあるが、こちらは行政規律の理念であり、さらに別の問題ではないかと思われる。

60) 中川丈久「『職権取消しと撤回』の再考」水野古稀 366 頁。

61) 芝池・総論 36～89 頁(行政裁量まで含まれている)、塩野(I) 67～86 頁。

62) 宇賀・概説(I) 43～62 頁、大橋(I) 47～50 頁。大橋・前掲注 25)「新世紀の行政法理論」331～333 頁、および同「制度変革期における行政法の理論と体系」353～356 頁は、「法の一般原則の拡大」という位置付けで叙述を進めている。

Ⅲ 行政行為・行政処分の位置付け

1 「行政法上の法律関係」の復活の必要性

それでは、以上のような行政法の体系において、行政行為ないし行政処分はどこでどのように取り上げられるべきだろうか。

建築基準法や宅地建物取引業法、道路交通法などのいわゆる個別法は、許可・不許可、支給・不支給裁定、許可取消や営業停止命令などの行為（ないし権限）を定めており、学説は、こうした行為（ないし権限）を、行政行為や行政処分と呼んでいる。そのためか、行政法教科書は、ほぼ常に、行政作用法の一部として、行政行為・行政処分を取り上げている。しかし行政行為・行政処分は、行政作用法のみならず、行政規律法にも（行政処分についての事前・事後の手続的規律、情報公開決定を行政処分とするなど）、裁判救済法にも（行訴3条1項）登場する。なぜだろうか。

いうまでもなくそれは、行政行為・行政処分が法律関係の発生源（本稿のいう意味での法源）だからである。法律関係は、法令上直接に発生するもの、行政行為・行政処分によって発生するもの、契約によって発生するものがあるから、⁶³⁾法律や独自条例といった「法形式」という法源、そして委任立法や行政行為・行政処分、契約といった「行為形式」（法的行為形式）という法源があり、行政行為・行政処分はそうした法源のひとつである。

「昭和40年代までの行政法総論の教科書では、行政上の法律関係と行政作用法（行政立法、行政行為、行政強制、行政処罰）を中心として説明されていた」（山村⁶⁴⁾恒年）とされるが、現在の教科書では、おそらくは行政過程論や行政手続論の影響により、行政上の法律関係そのものの影が薄くなっている。⁶⁵⁾法律関係をもっと重視すべきであるとの提案は断続的になされているが、⁶⁶⁾一般的には、民

63) 塩野(I)111～112頁。

64) 山村・前掲注6)3頁。

65) 例外的に、小早川(注)131頁以下は、「行政上の法律関係」という章建てをしている。

66) このような主張について、仲野武志・公権力の行使概念の研究(2007)1～16頁以下を参照(ただし、同書は批判的である)。また、原田尚彦・訴えの利益(1973)27～88頁も参照。

事的手法との絡み合いや、「行政過程における私人の地位」として、ごく簡単に取り上げられる程度である。しかし、公法私法二元論を取り除いたうえで、行政上の法律関係とはどのようなものか（民事上の法律関係との比較や相互関係）を論じることを復活させ、それを発生させる源泉として、法形式やいくつかの法的行為形式を取り上げることは、十分考慮に値すると考えられる。たとえば、次のような構成が考えられる。

① 実体的法律関係——内容

一例として、行政上の実体的法律関係を、請求権（執行債権）とそれに対する義務／禁止（自由の制限）／地位（権能その他）に三分することなど⁶⁷⁾。また、「制裁や強制執行が予定されていなくても、行政上の義務があると考える余地はあるか」という問題も取り上げる必要がある（強制執行しえない義務でも、確認の利益が認められうることとあわせて検討する必要がある）。

② 実体的法律関係——発生源

- (i) 法律と独自条例
- (ii) 委任立法（法規命令・委任条例）
- (iii) 行政行為・行政処分
- (iv) 契約

③ 手続的法律関係（申請権など）

なお、蛇足ながら、筆者は「行為形式」の語を、委任立法（法規命令・委任条例）、行政処分、契約の3つ、ないし後二者に限定すべきだと考えている。行政指導はそもそも定義さえしづらい行為であるし、計画は、計画と呼ばれるものが計画であるから、これも定義しようがない。法律や条例という「法形式」は、主体と手続（手順）から、まさに形式的に定義されるものである。しかし、法規命令ですでに形式性は必ずしも常に明らかではない。行政行為・行政処分や契約に至っては、そもそも行為「形式」といえるか、危ういところである。このあたりが限界点ではないだろうか。

67) 中川・前掲注43) 99～101頁（強制執行や制裁といった、実効性確保手段への繋がり方という視点からの区分である）。

68) この問題についての最新の論稿として、神橋一彦「法律上の争訟と『義務』の概念」法教377号69頁（2012）がある。

69) 高木光・事実行為と行政訴訟（1988）283～291頁は、「行為形式」の語の射程を限定すべきだと主張する。

2 行政行為・行政処分の定義

(1) 行政行為と行政処分の異同

ここで、行政行為・行政処分はどのように定義されるかを確認しておこう。

「行政処分」（または処分）は、法令上の用語であり、戦前の行政裁判所法でも用いられていた。現行法においては、行政事件訴訟法、行政不服審査法、行政手続法に使用されているほか、数は多くないが、個別法において使用されることもある（例：生活保護 69 条）。これに対し、「行政行為」は、学説上の言葉である。この語を用いる立法例は日本にはない。たとえば田中二郎説は、「行政行為」の語を最広義から最狭義まで様々に定義しようとしつつ、その最狭義のものが「行政処分」にあたりとし、それを「行政上の具体の事件について何が法であるかを宣言する公権力の発動たる行為」と定義している⁷⁰⁾。

そして、行政行為の語には、行政庁による有形力の行使を含めないのが通例である⁷¹⁾。有形力の行使とは、①退去強制や強制入院などの即時強制、②強制執行の一部〔代執行と直接強制〕のことであり、私人に有形力の行使の受忍義務を生じさせる行為のことである。そこで、以下本稿では、行政行為（田中二郎説の最狭義の意味）＋行政庁による有形力の行使という意味で「行政処分」の語を用いることにする⁷²⁾。

さて、行政処分は、「具体的場合に直接法効果をもってなす行政の権力的行為」⁷³⁾（塩野宏）、あるいは上記の「行政上の具体の事件について何が法であるかを宣言する公権力の発動たる行為」（田中二郎）と定義されている。最高裁も同様の定義を、行訴法 3 条 1 項の解釈として述べている⁷⁴⁾。しかし、「権力的行為」や「公権力の発動」の意味がわかりにくい。そこであらためて、行政処分とはなにかを、個別法に現れる許可や認可、命令などに則して考え直してみると、以下に述べるふたつの特徴を取り出すことができる⁷⁵⁾。

70) 田中(中) 103～104 頁。

71) 藤田(I) 23 頁（観念的な効果を持つに止まるものに限定する）、芝池・総論 125 頁など。

72) なお、強制的な行政調査（刑事罰によって担保される行政調査と、有形力の行使を伴う行政調査）を、「行政処分」の概念に含めうるのかは、はっきりしない。

73) 塩野(I) 112 頁、139 頁。

74) 最判昭和 39・10・29 民集 18 巻 8 号 1809 頁など。

(2) 特徴その1：法律行為への類似性

第1の特徴は、“具体的な法律関係を発生（変更・消滅）させるという法効果を私人にもたらす行為であること”である。

すなわち、許可やその取消し、支給裁定、停止命令などの行為がなされると、当該行為の法効果として、特定の名宛人に（つまり具体的な）法律関係が発生（変更、消滅）する。言い換えれば、法律上直接に、法律関係が発生（変更・消滅）しているわけではない。法律が定める要件を充足したので法律関係が発生（変更・消滅）するというのではないのである（この点にかんがみて行政処分の直接的法効果と間接的ないし付随的法効果が区別される⁷⁶⁾）。

契約が成立していなければ、契約上の法律関係が発生しないという一点に限るならば、行政処分は、民事法という法律行為と似ている。諸学説が、行政行為を法律行為になぞらえて理解したことも肯げよう。

なお、必ずしも論理必然というわけではないが、学説も法令も、行政処分の語を用いるときには、私人を名宛人とする行為に限定するのが通例である。私人に対する行為に限定することを、「外部関係」における法律関係、ないし「対外的」な法律関係を発生させる行為であると表現する。

(3) 特徴その2：裁判への類似性

第2の特徴は、“公的権威をもつ法令適用行為であること”である。すなわち、法令を具体的事案に適用する行為であって、しかも、公的権威を伴うべき行為として法律（または独自条例）上授權されたものである。こちらの面を強調すると、行政処分は、法律行為とかけ離れており、裁判に近い。

第1に、行政処分が法令適用行為であることは、たとえば、許可であれば許可要件と許可内容、支給裁定であれば支給要件と支給内容、停止命令であれば、処分手由（停止事由）と処分内容（停止の範囲や期間）それぞれについて法令に定められた判断基準を、具体的事案に適用して結論を得る行為であることに現

75) 日本の行政法学説史における、法律行為類似性と裁判類似性の取り上げられ方について、藤田(I)198～200頁を参照。O.マイヤー等におけるそれについては、人見剛・近代法治国家の行政法学（1993）225～249頁などを参照。

76) 中川・前掲注40）69頁で述べたところを参照。

れている。なお、判断基準は、このように処分要件（要件規定）と処分内容（効果規定）に分けて規定されるばかりでなく、単に考慮要素を列挙する形で規定されることもあるが（都計33条など）、その場合でも法令適用行為であることに変わりはない。

法令適用行為である以上、行政処分は常に法令に縛られた判断である。法令から離れた判断をすることは許されない（法令の範囲内で、法令の趣旨に沿った合理的な裁量判断をする余地が法令上認められることはある）。この点で、私的自治（契約の自由を含む）のなかで行われる法律行為とは異なる。契約などの法律行為は、法律によって規制されることはあっても、法令の適用行為ではない。たとえば、法律が契約締結強制を定めることがあるが（水道法15条1項、電気事業法18条1項、ガス事業法16条1項など）、これは契約自由の一部を規制する立法である。

第2に、単なる法令適用行為ではなく、法律（または独自条例）上の権限として一定の公的権威を伴う行為である。そうすることで、個別法の効率的実施が期待されるからである。

法令を適用すること自体は誰でもすることができ、通常は、それになんらかの権威が認められることはない。たとえば、交通事故の被害者が、民法709条に基づき損害賠償請求権がみずからに生じているといくら主張しても、紛争の一方当事者の言い分に過ぎず、その者がした判断について、他の私人や統治機構が、さしあたりであっても、信頼を与えることはない。そのため、法令適用に関する争いは、裁判で決着を付けるほかない。憲法は、法令を解釈し適用する権限を、裁判所にのみ認めることにより（憲76条）、裁判所が裁判という形式で示した法令適用についての判断に、「法律上の争訟」（裁3条1項）についての公的権威ある処理という位置付けを与えていると解されるからである。民事実体法や刑事実体法において、いちいち、「本法の適用は裁判による」などと、法令適用に関する授權規定を置いていないのは、憲法ですでにそう決められているからである。

そうすると、行政処分権限に期待されているのは、裁判に似た、決着を付ける機能である。行政処分という権限を創り出すことによって、裁判に準じた形で公的権威をもって一応の決着が付けられた状態となることを期待しようとい

うのである。「公権的判断」と形容される裁判(判決・決定)⁷⁷⁾に類似することから、最高裁判決のなかには、行政処分を「公権的判断」と形容するものがある⁷⁸⁾。むしろ、その場合であっても、法令の解釈適用に関する最終的な判断権限が裁判であることに変わりはない。

行政処分の権限があると、個別法の効果的な実施が期待されることを具体例で示してみよう。もしも道路交通法が、「以下の要件を充足した者に限り、道路を運転することができる」とだけ規定していたならば、現に道路で車を運転する者が、果たして法律上道路を運転してよい者かどうかは、裁判してみなければわからないはずである。これに対して、道路で自動車を運転してよい地位は、申請に基づき公安委員会が法令を適用し、運転する能力があると認めて運転免許証を発行した者にのみあると定めておくと、どうだろうか。単純に、運転免許の発行を受けている者かそうでない者かで、道路を運転することができる者とそうでない者をふりわけることができ、無免許運転かどうかの判断が現場でき、道交法の目的(交通安全)の迅速な実現が期待されるのである。

また、私人の事業活動に対する国民一般の信頼度を高める必要がある場合にも、行政処分権限は有用である。学校の設置認可、健康増進法におけるトクホ等の表示許可などがそうである。許認可制は、国家による私的活動の制約であるが、事業の許認可の場合は、国家による当該事業活動への“お墨付き”を得る手段として、被規制者から立法を要望されることがしばしばあるとされる背景には、行政処分のこのような側面があるであろう。

さらに、停止命令や改善措置命令などといった不利益処分は、まさに命令という強烈的な印象を与えることによって、相手方の遵守を促す効果が期待される。たとえば、廃棄物処理法が、「廃棄物を不法投棄した者は、これを除却しなけ

77) 裁判を公権的判断と形容する例については、中川・前掲注40)66頁注13)を参照。

78) 行政処分を公権的判断と呼ぶ最高裁判決に、最判昭和59・10・26民集38巻10号1169頁(工事完了・検査済証交付後)がある。判旨は、「これらの一連の規定に照らせば、建築確認は、建築基準法6条1項の建築物の建築等の工事が着手される前に、当該建築物の計画が建築関係規定に適合していることを公権的に判断する行為であつて、それを受けなければ右工事をする事ができないという法的効果が付与されており、建築関係規定に違反する建築物の出現を未然に防止することを目的としたものといふことができる。」と述べる。最判平成8・7・2判時1578号51頁(在留期間更新不許可処分取消請求事件)も行政処分を「公権的判断」と表現する。

ればならない」とのみ定めていたならば、除却義務が生じているかどうかは、裁判するまでは、公的権威を伴った決着がなされる場がない。しかし、「知事は、不法投棄をした者に対し、除却を命じることができる」と定め、命令をかけるならば、より迅速に、除却された状態が現出することが期待されよう。除却命令などの不利益処分は権力性が明らかだと表現されることがあるのは、まさにこうした心理効果を示している。

(4) 法律(または独自条例)の産物としての行政処分

さてそうすると、行政処分は、法律行為に類似するものの、法律行為ではない。裁判に類似するものの、裁判でないことも明らかである(司法権に由来する行為とはいえない)。では何なのだろうか。

筆者の結論は、法律の法規創造力(法律は、新たな規範を、公的権威をもって宣言する地位を承認されていること)の発現形態のひとつと考えることが適切だというものである。このことをよく示すのが、行政処分は、手がかりとなる条文(“誰かが誰かに何かをする”という体裁の条文)が、法律(または独自条例)になくなくてはならないことである。この規定を行政法学説は、行政処分の「法律(または独自条例)上の根拠」(つまり、行政処分の授權規定)と呼ぶ。

法律(または独自条例)上の根拠となる条文がなければ、行政処分の権限は存在しない。なぜならば、行政処分の特徴その1もその2も、法律(または独自条例)だけが有する能力を借りなければ、獲得できないものだからである。

まず、特徴その1から考えると、行政処分の法効果として発生(変更・消滅)する法律関係は、一定の政策目標のために、国民の間の利害関係を調整しようとする強行法規に由来するものである。契約(合意)や法の一般原則によって発生(変更・消滅)するようなものではない。法律や条例でしか創造されえない類のものであり、行政法学説でいう「法律の独占的法規創造力」(独自条例にも、法律に反しない限り、同様の能力がある)⁷⁹⁾を使わなければならないような内容の法律関係ばかりなのである。

そして、「法律の独占的法規創造力」(および独自条例の同種の能力)を用いて、

79) 法規概念や、法規創造能力を立法府に認めることの意義について、中川・前掲注22)124～130頁で述べたところを参照。

“いついかなる場合にどのような法律関係が発生（変更・消滅）するのか”の定め方として、法律上直接発生するという方法（法律要件と法律効果）だけでなく、特定の者がした行為の法効果として発生（変更・消滅）するという方法も可能にしようとして創り出されたのが、行政処分である。ここに、特徴その2（公的権威をもつ法令適用行為であること）が生じる。行政処分に、公的権威が伴うことが期待されるのは、法律に権限として規定されているからであり、法律の権威（法律に規定された法規に公的権威を認める憲法41条に由来する）を借りているのである。

このように行政処分は、法律（または独自条例）ならではの産物である。委任立法と同様、行政処分も、「法律（または独自条例）の独占的法規創造力」を利用しなければならない行為形式であり、法律（または独自条例）上の根拠となる条文がなければ存在しない。なお、委任立法（法規命令や委任条例）の法律（または独自条例）上の根拠となる条文は、「委任規定」と呼ばれる（delegation）。これは、国会（議会）がみずから有する立法権の行使を委任する（譲り渡す）という規定である。他方、国会や地方議会は憲法上、法令の適用権限を持っていないから（それは裁判所にしかない）、行政処分の根拠となる条文は、法令適用権限を「委任」するという趣旨のものではなく、新たに創り出して「授権」するほかない。行政処分の法律（または独自条例）上の根拠となる条文は、法律関係を発生（変更・消滅）させるという法効果をもつ行為をわざわざ創り出して、法律（または独自条例）が指名した組織（行政庁）に与えるという「授権規定」である（authorization）。具体的にそれは、誰が（行政庁）、誰に対して、どのような判断をするのか（処分要件のみならず処分内容についての判断基準である。要件と内容をあわせた考慮要素という形で判断基準が規定されることもある）を定める条文である。

(5) 行政処分の権力性の正体

以上をふまえると、結局のところ、「権力的行為」や「公権力の発動」などと表現されているものの正体は、「法律の法規創造力」、すなわち新たな規範を公的権威をもって宣言することへの期待という心理的なものであって、法制度上の具体的ななにかではないと考えられる。たとえば、刑罰規定や強制執行で担保される行為だから権力性がある、というわけではない（刑罰や強制執行によ

る担保の有無は、たんに、実効性確保をどの程度強力にするかについての立法判断の産物に過ぎない。「強制手段（強制執行、罰則による制裁等）が背後に設けられている等、何らかの形で、私人の法律行為とは異なる“公権力性”が認められること⁸⁰⁾」というような形で権力性が認められるわけではない、と考えられるのである。

裁判所の判決であっても、民事執行をすることができることもあれば、できないこともある（確認判決の場合等）。それでも、公権的判断である。裁判所のする裁判という「形式」に伴う公的權威に期待する制度なのである。法律という「形式」も同様である。

そもそも人はどういうときに、「自分は権力に晒されている」と感じるのだろうか。自分が具体的に同意しないのに、誰かの手で、自分の命運（法律関係）が決まってしまうときであろう。法律も裁判も、個々の国民や当事者は、国会や裁判所と対等に交渉して具体的に同意する余地などない。しかし、その法律や裁判に、憲法を通じて社会が公的權威を認めているのである。

国会や裁判所が、定められた手続をふんで行う決定により、われわれは自分の法的地位が宣言されてしまう。このことを感覚的に表現すれば、「一方的」ということになる。最高裁判決でも、少数ではあるが、「一方的に」という言葉を使って行政処分の権力性を説明するものがある（もともと、権力性を「一方的」と言い換えて、処分性を判定する指標として用いることは、必ずしも適切ではない。一方的になされる行為がすべて、權威を認められるわけではないからである。契約解除や意思表示の撤回は、一方的な行為であるが、権力性〔權威〕が認められるわけではないことを想起されたい）。

（6）行政処分の特殊な効力？

このように、行政法学説が、行政処分の特徴として権力性を指摘するのは、

80) 藤田(I)23頁。なお、塩野宏「行政における権力性」同・公法と私法（1989、初出1983）256頁（「公権力の行使たる所以は、必ずしも、その行為の効果が、先にみたように、実力行使や刑罰によって担保されているものに限られるわけではない」）も参照。

81) 最判平成15・9・4判時1841号89頁（労災就学援護費不支給決定取消請求事件）、最判平成5・10・8判時1512号20頁（督促の処分性）など。

公的權威という心理的期待のある行為であるという程度の意味にとどまると考えられる。それは法律や裁判の権力性と同じことである。そしてわれわれは、法律や裁判が権力的であるという一事をもって、なんらかの帰結を導くわけではない。なぜ、行政処分だけ特別扱いをする必要があるのだろうか。ある行為が行政処分であるからといって、そこから法律関係が発生（変更・消滅）すること以外に、なんらかの特殊な帰結ないし影響が直ちに生じる——特殊な効力が伴う——わけでもないはずではなからうか（むろん、とくに立法すれば別である）。このことを行政法の3分野ごとにみていこう。

まず、行政作用法の分野においては、当該行為が行政処分であって、実体的法律関係が発生しているということさえわかれば、法的仕組みを理解するにあたって、もはや行政処分であることは、忘れ去られてよいことである。違法事由の発見においても、行政処分であるゆえの特殊性があるわけではない。行政処分であれ、通達であれ、行政指導であれ、たとえば行政解釈が違法か、裁量が認められるかどうか、裁量判断の合理性の審査方法などに、違いが生じるわけではない。

また、行政規律法の分野でも、行政処分であるがゆえに、一定の規律（行政手続、不服審査等）が論理的に必要というわけではない。たとえば、「勧告」の後、同じ内容の措置を命じる「措置命令」の権限が規定されている場合、前者は行政指導であり、後者は行政処分であると整理されるであろう（騒音規制15条、消費安全17条など）。しかしながら、この場合の勧告は、いわば和解の提案に近いものであり、行政処分案の提示と変わらない。勧告が法律上の存在であるがゆえに、行政処分に準じた重みが伴い、任意の履行が期待されるがために、法定されているのである。その観点からすると、勧告に行政手続法は適用されないが、措置命令には適用されるという結論は（現行法ではそうならざるをえないが）、実際のところ、滑稽とさえいえる事態である。行政手続法制において行政指導と行政処分を峻別することは、行政過程論がかつて批判したはずのフォーマリズムそのものである。むろん、立法運動として、「せめて行政処分だけでも事前手続が必要である」といった戦略をとることは必要であったが、しかしそれは、理論的要請ではない。

裁判救済法と行政処分の関係も、希薄である。行政処分だから訴訟の機会が

必要なのではなく、法律関係に関する紛争があるから、訴訟の機会が必要なのである（民事訴訟と同じである）。また、その際に、行政処分を抗告訴訟の対象にしなければならないという要請が、論理的に生じるわけでもない。各国で、行政決定の是正を求めるといふ抗告訴訟類似の訴訟方法が用いられているのは事実であるが、これは、主権免責克服の歴史的経緯の反映に過ぎないと考えられる。⁸²⁾ 取消訴訟の排他性も、行訴法が行政処分の取消訴訟を、上訴と同様の不服の訴えとして立法したことの帰結であるという、ごく普通の説明で十分である。⁸³⁾

以上のように、行政処分か契約か、それ以外かといった「行為形式」の別と、行政作用法、行政規律法（手続的規律でさえ）や裁判救済法との関係は、きわめて希薄である。行政処分は本来的にはただ「法源」として扱えばよいと考える次第である。

おわりに——ただ、それだけのこと

以上を要するに、法律や独自条例、そして委任立法（法規命令や委任条例）が実体的法律関係を生じさせるのと同列に、行政処分や契約も、実体的な法律関係を生じさせる行為である。これらは、法律関係の源泉である点で重要である。しかし、行政処分は、法源であること以外に、行政作用法・行政規律法・裁判救済法において、特段の意味を持つわけではない。まさに、「特別な説明をせずに、素直に、行政は法律に基づいて、合意によらず、その判断で、一方的に私人などの権利を制限し義務を課す権限を付与されているとだけ説明すればよい。これが行政行為であるが、ただ、それだけのことである」⁸⁴⁾（阿部泰隆）というほかない。

82) 高柳信一・行政法理論の再構成（1985）145～147頁、172～195頁、原田・前掲注66）107～108頁、浜川清「行政訴訟の諸形式とその選択基準」杉村敏正編・行政救済法1（1990）47頁、68～71頁、木村弘之亮「行政法体系の再構築と拡充」塩野古稀（上）217頁、232～234頁など参照。

83) 阿部・解釈学（I）74頁、山本・前掲注44）484頁。いわゆる「規律力」については、人見剛「行政行為とその効力」法教360号6頁以下（2010）のほか、中川・前掲注22）130頁で述べたところを参照。

84) 阿部・解釈学（I）77頁。