



公務員の任用行為の法的性質

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 大阪公立大学法学会 公開日: 2024-06-07 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 松戸, 浩 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/0002000923

公務員の任用行為の法的性質

松 戸 浩

目 次

- 一 はじめに
- 二 行政行為の判別（その一）—— 訴訟法上の行政行為（処分）と実体法上の行政行為
- 三 行政行為の判別（その二）—— 行政行為の一方性と当事者意思
- 四 任用の行為形式
- 五 結 び

一 はじめに

公務員の任用行為の法的性質は嘗て学説上盛んに議論されたが、今日では、法律上には格別意義のない論争⁽¹⁾、多分に観念的なものにとどまるところがある⁽²⁾と評されて久しく、また任用行為の効果を争う訴訟形式との関係で任用行為が「契約か行政行為か」を問うこともまた、今日それほど決定的な意味を持つとは言えない⁽³⁾と述べられることもある。任用行為の法的性質を巡る議論を、法律上格別意義のない⁽⁴⁾と解することは、かかる議論が法解釈論上実

益を持つものではないということを含意していよう。他方で、近時屢々法的紛争に至っている期限付任用公務員の更新拒否等との関係から、改めてこれらの問題が視角を変えつつ注目されている。例えば、期限付任用公務員の更新拒否に民間企業の雇用関係にみられる解雇権濫用法理の適用があるかの問題につき、これを考察する際の前提として公務員の任用行為の法的性質が検討されるといったものである。

公務員の任用行為の法的性質を巡る議論は予てより、公務員の勤務関係の法的性質の問題と関係付けて論じられてきた。理論的には後者は前者の前提となるものであり、前者は後者の問題の論定から来る帰結としても捉えられてきたので、こうした検討の枠組は適切ではある。尤も公務員の勤務関係の法的性質の問題は、長年論じられてきたことから少なからぬ議論の蓄積がみられる。本稿では紙幅の関係もありこの問題に就いては従前の議論を前提としつつ、特に公務員の任用行為を取り上げその法的性質を問う法解釈論上の実益を検討することとしたい。冒頭でみたようにこの問題は、法律上格別意義のない論争⁴とも評され、今日の学説状況をみるならばそのような評価が広く受容されているようにもみえるが果たしてそれは自明なものであるのか、近時の議論を踏まえるならば、これを改めて考察する意義があるようにみられるのがその所以である。

なお我が国法上の「公務員」には多様な種類があるが、本稿では前記の視角からその行論では特別職・現業職員を除いた一般職の非現業職員を念頭に置いていることをお断りする。

- (1) 田中二郎『新版行政法中巻』（全訂第二版）（弘文堂、一九七六年）二四五頁以下。
- (2) 塩野宏『行政法Ⅲ』（第五版）（有斐閣、二〇二一年）三二二頁。
- (3) 藤田宙靖『行政組織法』（第二版）（有斐閣、二〇二二年）三七九頁以下。
- (4) そのような評価をなすものとして例えば、晴山一穂・西谷敏編『新基本法コメンタール 地方公務員法』（日本評論社、

二 行政行為の判別（その一）——訴訟法上の行政行為（処分）と実体法上の行政行為

一 前述のように、公務員の任用行為の法的性質を巡る議論は今日では一般的には法解釈論上の実益に乏しいと捉えられているとみられる。尤も、かかる議論があらゆる局面で法解釈論上の実益に乏しいとされているかといえはそうではない。議論に「実益」があるか否かはその議論がされる見地や場面との関係で評価されるべきものである。ここで問題としている公務員の任用行為の法的性質を巡る議論の「実益」に就いても、それがなされる見地や場面毎にみる必要がある。この点、右の議論に就いて一般的にはその意義を否定する論者にあつても、任用行為の効果争う訴訟形式との関係では任用行為の法的性質を論じる意義を認めるものがみられる。^① 今日右の議論につき「実益」が認められるとする場合に主に着眼されているのはこの点であるので、本稿でも先ずこれを検討することとした。

二（一）この場合に公務員の任用行為の法的性質を問うことに「実益」があると考えられているのは、任用行為が「公権力の行使」（行政事件訴訟法三条一項）であるならばその効果を争うにつき抗告訴訟を提起することになり、契約であるならば当事者訴訟（公法上の契約の場合）または民事訴訟（私法上の契約の場合）を提起することになるというように、任用行為の法的性質の帰趨が訴訟形式の選択に対し影響を与えるのである。その際、任用行為は特に「公権力の行使」の一である「処分」の要件を充たすものであるかが問われることになる。これは訴訟形式の選択だけでなく、冒頭で述べた期限付任用に対する解雇権濫用法理の適用可能性の点からその前提となる当事者の合理的意思解釈の余地がありうるかという観点からも裁判例で検討されていた。^② その前提には、行政行為観念の採用は関係者

の合意による行政活動への制約の排除を帰結するという伝統的行政法学の思考⁽³⁾がある。とみてよい。

(2) しかし既に指摘されているように、任用行為が抗告訴訟の対象である「処分」であることは必ずしも当該行為が「処分」乃至「公権力の行使」としての実態を持つということを含意するものではないとみられている。例えば下井康史教授は、公務員関係は契約関係であるという評価を前提として、そこでの任免行為は立法者が人為的に争訟手段として取消訴訟等を指定したことにより処分性が認められたものであるから、そこに認められる「公権力性」は取消訴訟の利用強制（排他的管轄）の結果としての公定力と不可争力の二点に尽きるものであるとして、任免行為が右の意味における「処分」であるとしても実体的な「公権力性」を伴うものではないとされている⁽⁴⁾。また藤田宙靖博士は任用行為の効果を争う訴訟形式との関係でも任用行為の法的性質を問うことの意義を疑問視されているのであるが、その理由の一として挙げられているのが「形式的行政処分概念」の存在である。博士は「形式的行政処分」につき、公定力や不可争力等を有する「伝統的な意味での行政行為」とは区別される「もっぱら救済の必要上から取消訴訟の対象とされる」行為であつて公定力や不可争力等を持たないものと整理されているが⁽⁶⁾、かかる「形式的行政処分」が取消訴訟の対象とされるのは「もっぱら救済の必要」によるのであつて公権力の行使としての実質によるものではないことから、これを認める場合には訴訟形式を判断するに当たり任用行為の法的性質に着目することの意義は疑問視される⁽⁷⁾というのが右の藤田博士の考であるといえよう。藤田博士自身は形式的行政処分概念の採用に否定的ではあるが、以上の下井教授と藤田博士の指摘に共通するのは、取消訴訟の対象としての「処分」であるか否かは必ずしも行為の実質により決せられる訳ではないので任用行為が「処分」であるとの論定はその法的性質に就いての判断を前提とするものではない——従つてかかる判断には訴訟形式の選択との関係でも解釈論上の「実益」はない——、という点にある。

右の整理が成り立つならば、以上にみた所説にあつては取消訴訟の対象であるか否かは必ずしも行為の實質により決せられている訳ではないという考が議論の前提にあるということができよう。この問題は少なからぬ論者により議論されており、これを網羅的にトレースすることは紙幅を越えるものではあるが、藤田博士が取り上げられていた形式的行政処分就いてこの点に関する議論もされていたので、以下ではこれを特に取り上げ検討することとしたい。学説には形式的行政処分の例として公務員に対する懲戒処分を挙げるものも少なくなく、その点でも形式的行政処分に係る議論は参照するに支障なきものであらう。

三（一）形式的行政処分論の意義は、予てから学説上論じられてきた⁽⁹⁾。この議論にも様々な側面があるが、先に述べたこととの関係で先ず取り上げるべきものは、取消訴訟（抗告訴訟）の対象としての行為の選別に係る形式的行政処分概念と当該行為の法的性質との関係であらう。

この点周知のように、今日では活動が権力的であるといった属性を持つが故に取消訴訟の排他的管轄に服する⁽¹⁰⁾処分性を有するのではなく、法律が取消訴訟の排他的管轄に服さしめるが故に当該活動に処分性が認められるという理解が一般的なものとなっている⁽¹⁰⁾。そしてこの理解は本稿で取り上げている公務員の任用（任命）行為にも敷衍され、例えば藤田博士は任命行為の効果に係る法的紛争の訴訟形式の問題は「実定法の定めいかんによつてどちらにも（抗告訴訟、当事者訴訟又は民事訴訟・松戸註）解決し得る問題である」と述べられていた⁽¹¹⁾。形式的行政処分論はかかる活動の属性と取消訴訟の対象⁽¹²⁾処分性との分離を指向する見解の顕著な例といえるが、かかる思考の端緒を示されたのが雄川一郎博士の所説であることは、早くから形式的行政処分論の代表的論者である兼子仁博士自身や塩野宏、室井力の両博士などによつて指摘されていた⁽¹²⁾。そこで、ここでは雄川博士の所説をみることにする。以下の文は屢々諸論稿で援用されているが、検討の端緒として改めて取り上げる意義はあるものと思われる。

《本来は非権力的な作用であるはずのものが、法律上、形式的には行政行為として構成されていることがある……その適例は、各種の社会保障や社会保険の給付にこれを見ることが出来る（……）。これらの給付をすることは、本来の意味での権力支配の性質をもたず、むしろ行政のサービスとも言うべきものであり、また、法技術的に見ても、別に給付決定という行政行為を介入させる必然の理由はなく、債権債務の関係として処理することもできるのである。それにも拘らず、法がそこに行政行為を介入させているのは、これらの給付に関する法律関係を処理して行くためのより合目的な技術として、行政行為に関する法理を用いようとしているのである。その実質の意味は、大量に発生するこれらの法律関係を明確ならしめ、全体として統一を保って処理する必要が出るものであらうと思われる。そこで、これらの給付決定は、形式的・法技術的には「公権力の行使」たる行政行為であるが、それは公権力の発動の実体の随伴しない形式的概念であるといつてよい。》⁽¹³⁾

右のような雄川博士の所説につき高木光博士は、訴訟法のレベルではなく実体法上の結論を導く為の指導理念としての趣旨であると指摘されている⁽¹⁴⁾。確かに右の叙述を含めた博士の行論は行政上の法律関係を巡る実体法のレベルでされているが、右の叙述に付された註は行政行為としての性格決定を行政事件訴訟法等の「処分」の判定と結合させているので、雄川博士自身は右の所説の射程を訴訟法のレベルにも及ぶとみておられるものといつてよい⁽¹⁵⁾。尤も高木博士の指摘される訴訟法と実体法の次元の区別は、以後の検討に当たり意識されるべきものではある。

(2) 雄川博士は右に挙げた箇所において特に社会保障や社会保険の給付を取り上げた上で、これらの「非権力的作用」にも「合目的な技術」としての「行政行為に関する法理」が立法者により用いられることを指摘されているのであるが、この考はその後他の多くの諸論者により、社会保障や社会保険の給付に留まらず、典型的行政行為——権力的作用——の範疇には入らない他の各種の行政作用につきこれを行政行為として構成する際の基礎として受け入れられている⁽¹⁷⁾。そしてこの雄川博士の所説は二つの方向に展開されているようにみえる。第一は兼子仁博士や原田尚彦

博士の説かれる形式的行政処分論⁽¹⁸⁾に代表されるような、公権力の実体或いは公定力等を伴う典型的行政行為以外の行政作用につきこれを取消訴訟の対象とする訴訟法のレベルでの検討の方向であり、第二は行政行為という行為形式の選択が法律上公権力の実体を伴わないような行政上の法律関係に関しても採用されていることを認めた上でこれを解釈論上どのように考えるかという実体法のレベルでの検討の方向である。特に第一の方向と関連して、形式的行政処分概念に就いては必ずしも明確な外延を示し得ていないとしてその解釈論上の有用性が問われることもあったが、伝統的行政法学が典型的行政行為を抗告訴訟の対象として念頭に置いてきたのに対しそれ以外の行政活動との関係で抗告訴訟の対象となることの意義を改めて検討することの端緒となつてみるとみられる点では意義があつたものといえよう。また第二の方向に就いても、行政行為という行為形式の立法技術性乃至形式的把握を強調しつつ、特に給付行政に於いて行政行為を選択の結果として捉え、また選択の結果であるが故に所与のものとはせず問題となる法関係に於いて行政行為という行為形式が採用されたものであるかを関係法令の規定に即して検討を試みるというアプローチの基礎となつているといえよう。

四（一）尤も、雄川博士自身の所説にあつては以上の第一の方向と第二の方向との区別は論の中心に据えられていた訳ではなかつた。かかる二つの方向の区別をはつきり意識されつつ立法による行為形式の選択の問題を考究したという意味で雄川博士の所説を發展させたとみられる論者の一人が小早川光郎博士である。小早川博士は特に行政行為と契約との選択との関係で「行政行為の観念を、契約の観念とは別の平面での、もっぱら争訟手続上のものとしてとらえなおすという方向も、十分考慮に値する」と述べられ⁽²²⁾、行政行為概念は専ら先の第一の方向のレベルで捉えられるという理解に好意的な見解を示されているが、他方で博士は行為の実体面でも立法による行為形式の選択が如何なる意味を持つのかの問題に就いても検討を行なわれている。即ち、博士は行為選択の点で行政行為と契約とが排他

的な関係にあるとする従来の通説に対し、両者は性質上当然に区別しうるものか、また行為は統治権乃至公権力の発動の有無といった性質により行政行為と契約のいずれかに分類され得るかという問いを立てられた上で、行政行為の類型によっては統治権乃至公権力の発動という要素を含むとするのが適当とはいえないものがあり従ってこれにより概念上契約との区別をするのは必ずしも適切とはいえないとして実体的な意味における公権力性の有無を行政行為判別の基準とすることに否定的な見解を述べられる一方、取消訴訟という特別の訴訟手続の対象となる行為を判別する上では権力性の有無に意義を認められている。その上で博士は行政行為と契約とが排他的な関係にあるかという先の問いにつき、特に公務員の任命をはじめとした行政行為の一としての特許を挙げつつ、次のように述べられている。

《特許または行政的給付の法律関係を形成しあるいは変動させる行為が——さきに述べた意味で人為的に「争訟手続上・松戸註」——行政行為としての取扱いを受ける場合であっても、そのことはこれらの法律関係から契約の觀念を当然に排除するものではない》

《従来の学説の前提は、契約と行政行為は相互排他的な概念であり、ひとつの行為が契約たる性質と行政行為たる性質を同時に併有することはありえないというものであった。そのような考えかたは、さかのほれば、……行政作用には統治権の領域に属する権力作用とそうでない非権力作用とがあり、行政行為と契約との区別はこの権力作用と非権力作用の実体的区別に対応すべきものである、という觀念に由来する考えかたにはかならない。／＼しかし、行政行為の概念における権力性の要素を、……実体的な意味においてではなく、人為的に与えられた通用力という意味で理解するならば、契約と行政行為とは、概念上必ずしも相互排他的な関係に立つとすることはできないであろう。特許の場合を例にとれば、一面で、行政庁が相手方の申請あるいは——公務員の任命についての伝統的な説明の仕方がそうであったように——同意にもとづいて特許をすることをもって、契約による法律関係の設定ととらえつつ、他面において、特許の要件が……充足されているとの認定を基礎とする行政庁の決定と表示に、行

行政行為としての通用力を認めること、言い換えれば、特許にもとづく法律関係の成立の否認は行政行為たる特許の取消の手續によつてしかなされえないものとすることは、立法または解釈上可能であると考えられる。そして、さらには、特許行為のこのよ
うな二面性こそが、……私人に対する公共的事務の単なる委嘱・委託……と、公務員の任命、……との理論的な區別をそれぞれ
成り立たせるのである。こうして、契約と行政行為の伝統的な峻別にもかかわらず、特許においては実はこの両者の性質が併存
し、交錯していると見ることができ⁽²³⁾る。

(2) ここで小早川博士は、契約と行政行為とが相互排他的な概念であるという従来の理解につき、二つの側面に分けてこれを否定されていることが分かる。即ち実体的側面に於いては、統治権乃至公権力の発動という要素によつては行政行為を契約と區別された行為類型として捉えることはできないと指摘することによつて、また訴訟法の側面に於いては或る行政活動を契約と捉えつつもこれに行政行為としての通用力を認め取消制度の排他性に服せしめることは両立すると指摘することによつて。ここでは先に述べた二つの方向²⁴、即ち行政行為の性質判定に係る実体法レベルと訴訟法レベルの區別を意識されていることは明らかであるが、それと共に、両者の関係につき整理をされている点が注目される。

第一に、右の叙述にも示されているように、訴訟法レベルでの行政行為との判定は実体法レベルでの行為類型とはさしあたり別になされるものであると共に、実体法レベルでの行為の性質に影響を及ぼすものではないとされている。博士にあつて異なる行為類型の性質が同一行為に併存²⁵するとされているのは、このような意味に於いてである。先にみた形式的行政処分論はこれを前提としているものであり、また形式的行政処分論をとらない論者にあつても、前述のように、今日では取消訴訟の排他的管轄に服するという意味での処分性の有無は行為の属性によつてではなく法律の規定によつて決せられるという理解が一般的であるといえるが、かかる理解も右の小早川博士の所説と同様の

考を前提としているといえよう。また本稿で問題としている公務員の任用行為との関係でも、公務員関係を契約関係と評価しつつ任免行為が取消訴訟の対象たる「処分」とされることはそれが契約上の行為であるという実体的性質を容れざるものではないという先にもみた下井教授の所説もまた小早川博士と同様の考を前提としているのは明らかであろう。このように今日では、小早川博士の述べられるような取消訴訟の対象とされることと実体法上の行為の性質判定とは別の議論であるという見解は広く一般化しているといつてよい。⁽²⁶⁾このことは既に形式的行政処分との関係で室井博士により、行政行為に効力を認めることとそれを取消訴訟の対象とすることは「政策的・合理的根拠の論理的次元を異にするものである」と指摘されていた。⁽²⁷⁾尤も本稿で問題としている公務員の任用行為に就いては、実務筋に強い影響を与えているとみられる逐条解説書に於いて任用が行政行為であることの理由として行政不服審査や行政訴訟の対象とされていることも依然として挙げられている。⁽²⁸⁾なおこの見解を敷衍するならば、典型的行政行為以外の行政活動に処分性を認めた場合に行政行為としての諸効力も随伴することになるかという近時議論となっている問題に対しても一定の示唆が得られるものと思われるが、これは本稿の検討対象とはさしあたり別のものであるので指摘をするに留める。

第二に、博士は右に述べたことからすると実体法レベルでの行為類型に就いては取消訴訟の対象とされるか否かは別に存置されるとしているようにもみえるが、行政行為就中その契約との区別に就いては統治権乃至公権力の発動によつては必ずしも区別し難いと述べられ、従来からの判別基準による行為の類型化を肯定されている訳ではない。

この内第一の点との関係では、実体法上行政行為とは言い難い行為でも取消訴訟の対象として法律により定められうるということは今日一般的な理解となつているといえ、近年の最高裁による処分概念の柔軟な理解もこれを支えるものとなつている。この場合、訴訟法レベルでの行政行為（処分）との判定は実体法上の行政行為とはさしあたり別

になされることになると共に前者の判定が後者に於ける行為類型の判定を導くものではないということになり、また幾つかの裁判例にみられるような公務員の任用行為に処分性が認められることを以て公権力性の伴う行政行為であるとする論定は適切ではないという下井教授の見解にも理論的な支えが提供されることになる。

(3) しかし、小早川博士をはじめとして今日一般的になっている取消訴訟の対象の検討と実体法上の行為類型の判別との区別を徹底するならば、取消訴訟の対象となることは必ずしも実体法上の行政行為であるとはいえないことをいいうるに留まり、前者の検討のみから実体法上の行為類型を特定することは抑々適当ではない、ということになる筈である。即ち公務員の任用に就いていえば、これに処分性が認められることは必ずしも統治権乃至公権力の発動という要素を随伴する実体法上の行政行為であるとはいえないということを帰結するに留まり、公務員の任用行為が契約行為に当たるか否かに就いては別の検討を必要とする——即ち実体法上の行政行為である可能性も否定できない——ということになろう。即ち、任用行為に処分性が認められるからその公権力性を肯定する議論は適切ではないと指摘したとしても、それは任用行為の公権力性を否定することや契約行為に当たることを導くものとはならない。換言すれば、実体法上の公務員の任用行為の法的性質との関係で公務員の任用行為に処分性が認められるか否かを検討することは解釈論上の「実益」があるとはいえない一方、それとは別に公務員の任用行為の法的性質を検討することにはなお解釈論上の「実益」を認める余地がある、ということになろう。⁽²⁹⁾そこで以下では款を改め、訴訟法上の行為類型の判定とは区別された実体法上の行為類型の判定に関する問題を検討する。これは小早川博士の所説に就いて述べた先の第二の点とも関わるものである。

(1) 例えは、塩野・前掲第一款註(二)三二三頁。またこの点で任用行為の一である「採用」の法的性格を論じる実益があると
するものとして、宇賀克也『行政法学説Ⅲ』（第五版）（有斐閣、二〇一九年）四〇〇頁。

(2) 参照、下井「任期付任用公務員の更新拒否をめぐる行政法上の理論的問題点」(『公務員制度の法理論』(弘文堂、二〇一七年)所収)三〇五頁。裁判例の動向に就いては同所の援用する勝亦啓文「非常勤職員をめぐる裁判例の検討」労働一一〇号(二〇〇七年)一一八頁以下。なお塩野博士は、公務員の勤務関係の性質論は当該関係の内容が当事者の意思で定められることが原則となりうるかの点で「最も大きな意義」がある一方、訴訟方法との関係で具体的に行政庁の行為を処分とみるか私法上の行為とみるかの問題は公務員法律関係の早期確定性に係る「より副次的、技術的問題にすぎない」と評されているが(『公務員の勤務関係の性質に関する判例の動向』(『行政組織法の諸問題』(有斐閣、一九九一年)所収)一九三頁以下)、これは本文で公務員の任用行為の法的性質を問うことの「実益」として述べた二点の内後者に意義があるとみるものであると共に、公務員の勤務関係の法的性質論の意義を当事者意思の考慮の是非と関係づけている点では下井教授等の所説と共通するものといえる。

なお、塩野博士の右の所説は公務員関係を労働契約関係とみることは当事者意思と関わり行政庁の行為を処分とみることは公務員関係の早期確定と関わるものと整理されているが、本文で後述するように公務員関係に係る行政庁の行為を行政行為とみることもまた当事者意思と関わるものである。

(3) 参照、小早川光郎「契約と行政行為」(『官部信喜他編』『基本法学四 契約』(岩波書店、一九八三年)所収)一一七頁。

(4) 下井・前掲註(二)三〇五頁以下。また、同「公務員」(『公務員制度の法理論』所収)一五二頁以下、晴山一穂「意見書」(国立情報学研究所非常勤公務員雇止め事件・東京地裁判決の検討)「労働法律旬報一六二七号(二〇〇六年)二七頁以下。下井教授の見解を支持するものとして、櫻井敬子「労働判例にみる公法論に関する一考察」『労研六三七号(二〇一三年)七一頁以下。

(5) 前掲第一款註(二)参照。

(6) 形式的行政処分論の代表的論者である兼子仁博士の関係論稿の紹介を含め、『新版行政法総論下』(青林書院、二〇二〇年)五六頁。

(7) なお、形式的行政処分論の代表的論者である兼子博士は一方では藤田博士も援用されるようにもっぱら救済の必要上から形式的行政処分概念が立てられるとされつつも、同概念を定義するに当たっては国民個人の法益に対する継続的な事実上の支配力をその要素の一として挙げられているので(『行政争訟法』(筑摩書房、一九七三年)二七九頁)、厳密にいえば形式的行政処分論も処分性の判定に際し行為の性質を考慮していない訳ではない。

- (8) 例えば、室井力「形式的行政処分について」〔現代行政法の展開〕（有斐閣、一九七八年）所収）三五頁、三九頁以下、五二頁以下、室井力「芝池義一」浜川清編『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法』（第二版）（日本評論社、二〇〇六年）四七頁（岡村周一執筆）。
- (9) 文献は少なくないが代表的な論稿として例えば室井・前掲註（八）三三頁以下、塩野「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」〔法治主義の諸相〕（有斐閣、二〇〇一年）所収）一七五頁以下、研究会「給付行政事件をめぐる問題点」ジュリ九二五号（一九八九九年）四四頁以下。近時の述作として、榎原秀訓「行政関係紛争における訴訟類型の交錯」法時八五巻一〇号（二〇一三年）六頁以下、室井力「芝池」浜川編・前掲註（八）四七頁以下、松塚晋輔「処分と公権力の行使の関係」久留米大学法学七二号（二〇一五年）七五頁以下、高木英行「処分性拡大論に関する一考察」東洋法学五六巻三号（二〇一三年）一頁以下。
- (10) 例えば、塩野『行政法Ⅱ』（第六版）（有斐閣、二〇一九年）一一〇頁、一二二頁、研究会・前掲註（九）四六頁（宍戸達徳発言）、小早川・前掲註（三）一二五頁以下、同『行政法上』（弘文堂、一九九九年）二七九頁以下、宇賀『行政法概説Ⅰ』（第八版）（有斐閣、二〇一三年）三六四頁、大橋洋一『行政法①』（第四版）（有斐閣、二〇一九年）一六九頁等。関連して、室井力・前掲註（八）四六頁、同「行政行為の概念について」〔現代行政法の原理〕（勁草書房、一九七三年）所収）一三六頁以下、藤田『新版行政法総論上』（青林書院、二〇二〇年）一三五頁。室井敬司教授はかかる理解を「規範的公権力行使説」と称されると共に「学説上、現在有力な見解となつているとみられる」と述べられている（「抗告訴訟の対象となる行政処分の範囲」〔高木光「宇賀編」行政法の争点』（第四版）（有斐閣、二〇一四年）所収）一一二頁）。
- (11) 藤田・前掲第一款註（三）三七九頁以下。
- (12) 兼子・前掲註（七）二七六頁、塩野・前掲註（九）一七五頁以下、研究会・前掲註（九）四四頁（塩野発言）、室井力・前掲註（八）三四頁。
- (13) 雄川一郎「現代における行政と法」〔行政の法理〕（有斐閣、一九八六年〔初出一九六六年〕）所収）二二一頁以下。
- (14) 研究会・前掲註（九）四六頁以下（高木光発言）。
- (15) 雄川・前掲註（一三）二二二頁註四。
- (16) 結論同旨、塩野・前掲註（九）一八六頁註九。
- (17) 前掲註（一一）参照。

- (18) 兼子博士の所説に就いては前掲註(七)の他、『行政法総論』(筑摩書房、一九八三年)二二七頁以下、『行政法学』(岩波書店、一九九七年)一六八頁以下。原田博士の所説に就いては『行政法要論』(全訂第七版補訂二版)(学陽書房、二〇一二年)三八六頁以下。
- (19) この方向を展開する論者にあっても、形式的行政処分概念により取消訴訟の対象とされた行政作用につき取消制度の排他性や不可争力といった訴訟法上の諸制約を随伴させるかに就いては見解の分かれがありまたこれ自体学説の関心を惹く論点となっているが(この点から諸説を簡明に整理したものととして、塩野・前掲註(一〇)一二六頁註四、藤田・前掲註(六)五六頁、六一頁以下)、本稿ではこの点には立ち入らない。
- (20) 例えば、藤田・前掲註(六)五八頁註一。
- (21) 例えば山田幸男「給付行政法の理論」(雄川・高柳信一編『現代の行政』(岩波書店、一九六六年)所収)四九頁以下(但し雄川博士の前記論稿と同じ書籍での刊行)、塩野「行政作用法論」(『公法と私法』(有斐閣、一九八九年)所収)二一八頁以下、同『行政法Ⅰ』(第六版)(有斐閣、二〇一五年)一二五頁、芝池『行政法総論講義』(第四版補訂版)(有斐閣、二〇〇六年)四七頁、小早川・前掲註(三)一二三頁、一二五頁、同・前掲註(一〇)二八〇頁、宇賀・前掲註(一〇)三六二頁以下、大橋・前掲註(一〇)一六九頁、曾和俊文「山田洋」巨理格『現代行政法入門』(第五版)(有斐閣、二〇一三年)七〇頁以下(山田執筆)。その基礎には、行政行為の法的効果は行為自体に由来し或いは行政行為であるが故に法的効果が認められるのではなく、行為に法規範が一定の法的効果結びつけたが故に認められるという考がある。この点につき参照、高柳「公法、行政行為、抗告訴訟」(『行政法理論の再構成』(岩波書店、一九八五年)所収)一〇八頁(但し後二者とニュアンスは異なる)、藤田『行政法学の思考形式』(増補版)(木鐸社、二〇〇二年)一五頁以下、一二二頁以下、人見剛「行政処分の意義と分類」(高木・宇賀編『行政法の争点』所収)三六頁。
- (22) 小早川・前掲註(三)一二九頁以下。
- (23) 以上、小早川・前掲註(三)一二〇頁以下。
- (24) 前掲註(一〇)参照。
- (25) 二(2)参照。また、下井・前掲註(二)三〇八頁以下、同「期限付任用公務員の不再任用」ジュリ一三五四号(二〇〇八年)二四〇頁。下井教授と同様の見解を説くものとして、櫻井・前掲註(四)七一頁。
- (26) 特に公務員に対する不利処分につき、本文で述べたのと同様の方向性に立って抗告訴訟の対象としての「公権力」性と

行為自体の性質としての「公権力」性と峻別を強調するものとして、岡田雅夫「わが国行政法学における『公権力』観念についての一考察」〔『行政法学と公権力の観念』（弘文堂、二〇〇七年）所収〕一九六頁以下。

(27) 室井力・前掲註(八)五六頁。

(28) 吉田耕三・尾西雅博編『逐条国家公務員法』（第二次全訂版）（学陽書房、二〇一三年）三二五頁（佐藤壯他執筆）、橋本勇『新版逐条地方公務員法』（第五次改訂版）（学陽書房、二〇一〇年）二二五頁。

(29) この両者の区別を意識しつつ実体法の側面に於ける検討の意義を認めるものとして、早津裕貴『公務員の法的地位に関する日独比較法研究』（日本評論社、二〇一二年）二八頁。

三 行政行為の判別（その二）——行政行為の一方性と当事者意思

一 実体法上の行為類型の判断に関して小早川博士は先にもみたように特に行政行為に就いて公権力性の有無を判別基準とすることに否定的であったが、それと並んで次のようにも述べられている。

《その場合（行政行為の観念を専ら訴訟手続上のものとして捉えること・松戸註）にも実体法の問題は別に残る。行政行為論のひとつの前提をなしていた、ある種の行政活動は合意による拘束から免れさせることが必要ではないかという配慮は、場合によってはやはり尊重に値すると考えられるのであって、……ただ、この点に関しては、さらに、それらの問題につき従来の行政行為論において唱えられてきた諸法理が、はたして行政行為に特有のものであるのか、契約その他の法律行為と共通に論じられるものをも含んでいるのではないか、というような疑問も生じうる。》

公務員の任用行為の法的性質を論ずることの一つの意義が、特に期限付任用で問題となったように当事者の合理的意思解釈の余地がありうるかにあったことは前款冒頭でも述べた通りである。小早川博士自身は右に提示された疑問

に就いては「なお検討すべき側面」とされているが、以下ではこの点につき検討することとしたい。

二(一) 今日、行政行為の効力は行為自体に由来するのではなく法律の規定により創設されるという理解が一般的であるといつてよい。また特に給付行政に就いて行政行為の形式によるか契約の形式によるかは立法政策によることが語られてきたが、この理は給付行政以外の行政活動であつても契約の形式によることが可能なものに就いては妥当しうるものである。かかる指摘は行政行為とされてきた行政活動につきそれは所与のものではなく法律の規定によるものということを意識させることに寄与したが、そこで次に問題となるのは、これを前提とした場合には行政行為と契約とは選択肢として等価であるか否かということである。この点塩野博士は、こと給付行政にあつては契約方式の推定がされ行政行為とされる為にはより強い合理性が必要とされると述べられているが、これは学説に大きな影響を及ぼしている。これに対し異論を述べられているとされているのが、山本隆司教授である。

《こうして見ると、「給付行政の分野では、特別の規定がない限り、法律関係を形成する行為形式については契約方式の推定が働く」というテーゼは、処分方式を定める法律の明文の「特別の規定」が実際には給付行政において重要な位置を占めていることを措くとしても、留保を要しよう。》確かに、規制行政における契約は多くの場合処分権限を背景とするのに対し給付行政における契約は処分権限から独立でありうることから、《上のテーゼは理解し得る。しかし判例によれば、どの行為形式が給付行政の法関係を形成するかを法の解釈により特定する場合に、まず契約を推定すべきとの一般論を立てるのは、もはや難しいのではないか。》

この見解は、給付行政では契約方式の推定が働く、という塩野博士の所説に対する否定的指摘として挙げられることがあるが、果たしてそうであろうか。

第一に、右の叙述は労災就学等援護費不支給決定の処分性が問題となった最判平成一五年九月四日判時一八四一号八九頁を取り上げ処分性の判定に関して法律上の明文の根拠が求められるかにつき検討し、その上で「法の体系的解釈により緩やかに処分の上の根拠を認める」同最判をはじめとして最高裁には「鷹揚な解釈態度」がみられるものと論定されたことに続くものであり、従って右の叙述は給付行政に於ける処分性の判定に関するものである。しかし前述のように、行政の行為に処分性が認められるか否かの問題は当該行為が実体法上如何なる行為類型に当たるかの問題とは区別されるというのが今日の学説に於ける一般的な理解であるならば、処分性に係る文脈としての右の山本教授の叙述は必ずしも実体法上の行為類型に係るものとしての「給付行政に於ける契約方式の推定」を否定するものとはならない筈である。塩野博士は「給付行政では契約方式の推定が働く」という見解を実体法上の行為類型に係るものとしても論じておられたのであり、その限りでは右の叙述に拘わらずなおこの推定は維持される余地があることになる。

第二に、右の叙述はあくまで最高裁判例に即して論じられたものであり、「給付行政では契約方式の推定が働く」というテーゼが処分性判定に際して「鷹揚な解釈態度」をとる最高裁にあつては取られていないことを指摘するに留まり、このテーゼの当否自体は別の問題とみる余地が当然に出てくるものである。

(2) 本稿で問題としている公務員の任用は給付行政ではないが、公務員の勤務関係の法的性質につき私人間の雇用関係とその本質に於いては異ならない労働契約関係であるとする有力な見解があることにみられるように、ここでも契約方式への誘因が存在する。確かに前述のように行政行為の効力が行為自体に内在するものではなくこれを認める法律の規定に由来するものであるならば、任用を契約行為ではなく行政行為として構成するにはこれに行政行為としての効果を特に付与する法律の規定が求められることになる。⁶⁾ 行政行為であるとの性質決定には「より強い合理性が

必要とされる」との塩野博士の指摘はこの意味で捉えるならば適切であるということができよう。尤も冒頭でも述べたように、今日では公務員の任用行為の法的性質を巡る議論自体に「実益」を否定する見解が少なくないが、それによるならば抑々任用の行為類型が如何なるものかを問うこと自体の意義が否定されることになる。

三 (1) 公務員の任用行為の法的性質を論ずることが「実益」に乏しいことの実体法上の理由として、当事者の合意の余地の点に着目して公務員関係の成立が契約であれ行政行為であれ差異に乏しいことを指摘する塩野博士の見解がある。⁽⁷⁾ここで契約の場合に当事者の合意の余地が僅かに残されているにすぎないとされているのは、公務員の勤務条件などにつき広範に法律で規律されていることによるのだろう。この点渡辺賢教授は、勤務条件法定主義がとられていても法による規律は細部まで及ばないところがありなお当事者間で勤務条件が形成される余地があると述べられており、⁽⁸⁾下井教授もかかる渡辺教授の見解に賛同しつつ⁽⁹⁾より積極的に、公務員関係を労働契約関係とみた上で法的・任意的法律事項を除いては法律による規律を排し労使自治による勤務条件決定に委ねるべきとされている。⁽¹⁰⁾

法律の規律の及ばないところの規律は労使の合意に委ねられるべきという渡辺教授や下井教授の述べられている見解は、公務員の勤務関係の法的性質に関する検討を経てはじめてその評価がなされる。そして前記の余地が存在するのであれば公務員の任用行為乃至勤務関係の法的性質を検討する解釈論上の実益はなお存在し、それはその余地の広狭に関わるものではない。そして確かに民間企業従業員の勤務関係に比べると公務員のそれには法律により規律される事項は極めて多いが、それでもなお任命権者等の判断に委ねられた領域は存在し、これにつき当事者間の合意に依るべきかを問う余地はあるものと思われる。⁽¹¹⁾

(2) 以上述べてきたことからすると、公務員の任用行為につきその法的性質或いは法形式を検討する意義は、それが行政行為とされたときに当事者間の同意を基礎とする契約行為と比較して解釈論上差異があるか、あるとして如何

なる差異があるかを問う試みと関わるものといえよう。もとより、その際に如何なる差異に着目するかは論者の関心に依るものであり、常に一致するものではない。例えば紛争の救済手段との関係で任用行為の法的性質や法形式に着眼する場合と任用に於ける当事者の意思内容の反映の余地との関係でこれらに着眼する場合とは、自ずから着眼の対象となる法的性質等は異なることになる。そして本稿での行論からすればそれは具体的には、行政行為の様々な効力或いは要素のどれに着目するかの問題であるとも敷衍することができよう。

周知のように行政行為には様々な複数の効力或いは要素があるとされているが、このように論者の関心乃至は分析課題により検討の対象となるものは限定される。本稿で取り上げているのは公務員の任用行為の法的性質であるが、これは任用行為に係る紛争の解決手続如何ではなく当事者、即ち任命権者等の判断乃至公務員の意思がどれ程尊重されるかを検討対象とする中で分析されるものである。そうであるならば、行政行為の効力として一般に挙げられる様々なものの内ここで問題となるのは基本的には規律力または拘束力ということになり、また行政行為の要素に就いても同様に、論者により表現は多少異なるものの具体的事項の規律、直接的対外的法効果の発生、一方的権力的行為といった様々なものが挙げられるのが常であるが、その内ここで問題となる行政行為の要素は特に行為の一方性乃至権力性ということになる。

(3) 行政行為の効力のうち規律力乃至拘束力が本稿の行論上問題となるというのは、それらの内容からして明らかであろう。従来から理解されていた行政行為の効力に就いて特に規律力の要素があることを指摘したことで知られる塩野博士は次のように述べられている。

《一方当事者である私人の合意なくして具体的な法律関係を形成させることが可能なのは、一つの力であって、本書ではこれを

これは端的には《具体的法関係の一方的形成という、私人間には一般的には認められない効果》とも表現されている。⁽¹²⁾ また別所では行政行為の持つ「権力性」には実体・通用・実現の三つの意味があるとした上でその第一に就いて曰く、

《その一は、権利義務関係を法主体相互の合意なしに、その意味で行政機関の意思のみにより変動させるという意味における権力性である。これを行政の規律権力⁽¹³⁾と云つてよい。》

これらは塩野博士によりはじめて行政行為の効果の要素に盛り込まれたのではなく、それ迄の伝統的行政法学に於ける行政行為概念の中に既に存在していたものである。⁽¹⁴⁾ 例えば田中二郎博士は行政行為の概念を要素に分かちて論ずる中で、行政行為を「公権力の行使 (Ausübung der öffentlichen Gewalt)」としてなされる「一方的な行為」或いは「高権的権力の一方的発動 (einseitige Emanation der hoheitlichen Gewalt)」としてなされる行為⁽¹⁵⁾として、「私人と対等の立場においてなされる私法行為と区別される」と述べられていた。これらはその内容上は塩野博士のいう規律力に通ずるものがあるが、博士自身強調されているように、通用力としての公定力と明示的に区別された上での規律力の存在を提示されたことに博士の指摘の意義が認められている。

この塩野博士による行政行為の効果の中から特に規律力を抜き出した上で他の効果、就中公定力乃至通用力との區別を強調する考は、その後によく学説でも多く取り入れられている。例えば芝池義一博士は、行政行為の法効果の設定の局面と実現の局面とを区別されると共に「行政行為の標識としての公権力性の内容として」の「一方性」を前者

に、公定力等を後者に夫々対応するものとして位置付けられているが、これは説明の有り様こそ異なれ先にみた塩野博士の考と共通するものであることは明らかであろう。⁽¹⁷⁾ また行政行為の効力としての規律力への着眼とその構成はどのように受容される一方で、学説の関心の高まりの中で更なる検討がされるに至っている。

(4) 例えば右の塩野博士による規律力の提示は必ずしも学説上の共通理解になったとはいえず、異論もない訳ではない。例えば高木光博士は後に挙げる諸論者と同様に一方的法関係の形成は民事関係にも存在するので規律力を行政行為特有のものとする場合これと異なる要素を含むとした上で、それを相手方や裁判所その他の第三者等もその効力を承認しなければならぬ拘束力と解するならば伝統的理論の權威主義的な説明に回帰しているのでは指摘され、行政行為に尊重義務が生じるならば他の説明が必要であると説かれている。⁽¹⁸⁾ ただ、この相手方等が承認を強いられることが如何なる意味を持つものかに就いては検討が必要と思われる、後にみる太田匡彦教授や大貫裕之教授等による検討はこの問題意識に立ったものといえよう。必ずしも歴史的被制約性のある、權威主義的な説明とは言い難く、一般理論上の問題であると思われる。

また小早川博士は、相手方の同意によることなく一方的に何かを命じたり禁じたり奪ったりする点を行政処分特有的の権力性とすることに對し、かかる現象は民事法においても存在するとしてこれを否定的に解し、行政処分の権力性の問題は公定力の問題として考察されるべきとされている。⁽¹⁹⁾ 小早川博士にあつては明示的に規律力の評価がされている訳ではないが、その内容からは塩野博士のいう規律力に含まれる一方性を射程に入れていることは明らかであろう。⁽²⁰⁾ しかし理論的にいえば、この民事法の領域でも一方的行為があるという指摘はこの点に関する行政行為の独自性を否定するものではあつても、行政行為はかかる属性を有するという伝統的学説以来の理解を否定するものとはならない筈である。

他方で太田教授は、「規律」の意義に就いては法関係の目的的変動と捉える理解と関係者を拘束する言明と捉える理解とがあるとした上で後者にいう「拘束」の意味につき、被拘束者が正当な理由なく拘束的言明を取り消すことができない——その意味で規律の存続に関わる——破棄禁止の要請と非拘束者が拘束的言明に反する行動を取ることができない——その意味で規律の内容に関わる——逸脱禁止の要請とを区別すべきことに注意を促しつつ、公定力の問題を前者のみに関わるものとその射程を限定し後者を規律の直接の効力としてこれに独自の意義を認められている⁽²¹⁾。その意義は端的に太田教授が述べられているように、拘束的言明としての規律がなされることと、それが「処分」とされその救済手段として抗告訴訟によることとなることとは必ずしも結び付くものではないことである。太田教授が同所で述べられる「規律」は一方的な法関係変動の意味に限定されるものではないと留保されておりこの点で塩野博士の「規律力」と同一の意味ではないが⁽²²⁾、規律本体の内容とその救済手段の問題とを峻別し前者の意義を強調されていることからすれば、太田教授の所説は先にみた塩野博士の見解と同様の着眼に立っているものと位置付けることができよう。こうした行為の拘束的言明乃至効果を救済手段乃至取消制度とは別のものと捉え且つその固有の意義に着目する見解は大貫教授によっても述べられ⁽²⁴⁾、また人見剛・興津征雄の両教授により規律乃至行為の法的効果そのものと取消手続に係る公定力との区別が強調され更なる考究がされるなど⁽²⁵⁾、かかる区別は今日我国学説に於いて強く意識されるに至っている。太田教授と大貫教授の所説は加えて、かかる規律乃至効果の独自の意義は行政行為のみならず契約をはじめとした私人による法行為にも通底するものという指摘がなされている点でも共通している。

(5) この最後の点は先に挙げた小早川博士の指摘にも共通するものであり、一方性をその内容とする規律(力)は契約の解除のような私人による法行為にも存在するものであるとして規律力を行政行為に特有の特性として挙げることに消極的な見解が屢々述べられていることからも注目されるものである。これらの見解の中には、よって規律力は

行政行為を私人による法行為と区別する標準にはならないとして公定力が区別の標準になると指摘するものもみられる。これに対し塩野博士は民事関係と異なり行政行為の場合には一般的属性としての規律力が認められることから「法関係の変動に関する原理的な違いをここに見出すことができる」と述べられているのであるが、これは私人による法行為と行政行為との量的な差異を示すものではあっても後者の前者に対する質的な差異を示すものとは言い難いように思われる。

しかし、任用による公務員関係の成立に際して当事者の合意の余地がどれ程あるかという本稿の検討対象からすれば、任用行為にかかる一方性の要素がどの程度またはどの範囲で認められるかが問題となる。そして一方性の要素が私人による法行為にも認められることはその限りで当該行為と行政行為との共通性を肯定し従って一方性に係る任用行為の行政行為が該当性を論ずることの実益を消極的に解することに繋がるが、論者も認めるように一方性をはじめとした法効果は法律の規定によりはじめて認められるものであるならば、任用行為または公務員の勤務関係を定める法律の規定の検討を通じて当事者の合意の余地を減ずる一方性の内容または範囲は定まるのであって、その内容によっては雇用関係の成立に係る私人による法行為との相違が生じてくることは否定できない筈である。以下では款を改めて、この点に関する具体的検討を行なうこととしたい。

- (1) 小早川・前掲第二款註(三)一三〇頁。
- (2) 前掲第二款註(二)参照。
- (3) 塩野「行政作用法論」(『公法と私法』所収)一三三頁註四五、同『行政法Ⅰ』(第六版)二二二頁、同・前掲第二款註(一)〇一〇八頁。結論同頁、曾和「山田」巨理・前掲第二款註(二)一一五頁(山田執筆)。なお塩野博士は第一の論稿で、給付行政の他に特に公務員法の領域でこれが問題となると述べられている。
- (4) 山本隆司『判例から探求する行政法』(有斐閣、二〇二二年)三三〇頁。

- (5) 前掲註(三)に挙げた塩野博士の述作のうち『行政法Ⅱ』(前掲第二款註(一〇))以外のものがそれである。
- (6) 尤も契約としての効果もこれを認める民法の規定が存在することによるのであって(参照、藤田「裁判規範と行為規範」『行政法学の思考形式』所収)一三三頁)、この点では行政行為と変わるところはない。行政行為は、法律により行政行為としての効果が特に付与される点で契約とは区別される。
- (7) 塩野・前掲第一款註(二)三三頁。
- (8) 渡辺賢「適正手続保障としての公務員の労働基本権」(『公務員労働基本権の再構築』(北海道大学出版会、二〇〇六年)所収)一三一頁以下。
- (9) 下井・前掲第二款註(一)三〇三頁以下。
- (10) 下井・前掲第二款註(四)一二九頁以下。また、同・前掲第二款註(二)二四〇頁。必要的・任意的法律事項の具体例に就いては、同「公務員法における法律・条件事項と協約事項」(『公務員制度の法理論』所収)一一三頁以下。
- (11) 本文で述べたように今日の少なからぬ所説は公務員の勤務関係の法的性質を論ずることの意義に疑問を呈しているが、なおこの意義があるものと説くものとして、下井・前掲第二款註(四)一二八頁以下。
- (12) 以上、塩野『行政法Ⅰ』(第六版)一五五頁以下。
- (13) 塩野「行政事件訴訟法改正論議管見」(『法治主義の諸相』所収)三二二頁。
- (14) 従来から規律力の要素である一方性を行政行為の要素とすることが諸論者の間で意識されていたことを指摘するものとして、人見・前掲第二款註(二)三五頁、同「行政行為とその効力」法教三六〇号(二〇一〇年)九頁。仲野武志教授が塩野博士による規律力の指摘につき「特に新たな指摘を含むものではない」と述べているのも(『公権力の行使概念の研究』(有斐閣、二〇〇七年)一六頁)この文脈で捉えることができよう。
- (15) 田中『行政法総論』(有斐閣、一九五七年)二六四頁。
- (16) 芝池・前掲第二款註(二)一一二五頁以下。
- (17) 他に塩野博士と同様の規律力を行政行為概念の要素として挙げる論者として、例えば高橋滋『行政法』(第二版)(弘文堂、二〇一八年)四六頁。またドイツの学説に於いて規律が行政行為の主要なメルクマールとされていることを指摘するものとして、後述の太田教授の論稿の他、山本「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上)」ジュリ一二三八号(二〇〇三年)九七頁以下、同「訴訟類型・行政行為・法関係」民商二三〇巻四・五号(二〇〇四年)五〇頁以下。なお塩野博士と太

田教授の理解される「規律」の内容は同一ではないが、この点は後述する。

(18) 高木光『行政法』（有斐閣、二〇一五年）二二八頁以下。

(19) 小早川・前掲第二款註（一〇）二六五頁以下。

(20) 小早川博士も例として挙げる契約解除のように私人も一方的行為をなしうることから規律力そのものではなく規律力の通用力＝公定力を以て行政行為の特色とする宇賀博士（前掲第二款註（一〇）三六三頁以下）も同様の見解として位置付けることができよう。

(21) 太田匡彦『行政行為』公法六七号（二〇〇五年）二二七頁以下。

(22) 太田・前掲註（二一）二七八頁。

(23) この規律と一方性との関係は前註の学会報告を受けた討論の中でも言及されている（前註二七八頁）。なお、太田教授が塩野博士の「規律力」をも含む法関係の目的変動としての規律とは区別される拘束的言明としての規律の理解をとると位置付けられている山本教授は塩野博士の規律力に関する所説を引きつつ拘束力は規律に当然随伴するものとされ（「訴訟類型・行政行為・法関係」民商一三〇巻四・五号五〇頁以下）、また別所では規律力に私人が規律の内容を承認しなければならぬという内容も含意されているとされている（『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、二〇〇〇年）四七〇頁）。また次註で挙げる大貫教授も、行政行為の効力に後者の内容を含められている（大貫・註（二四）四四三頁以下）。そして塩野博士も右の太田教授の所説を引きつつ、太田教授が区別を喚起される拘束的言明は規律された法関係に影響を与えないということであれば独自の意義を有しないとして、山本教授ほど明白ではないものの同様の理解に立っているとみられ（前掲註（二二）一五九頁註三）、規律と一方性乃至拘束力との関係に就いてはなお精査が必要であるように思われる。ただ、行為の法的効果そのものである規律とその態様を示す一方性とは理論的には区別できよう。

(24) 「行政行為の効力、効果に関する覚書」（新正幸・早坂禮子・赤坂正浩編『菅野喜八郎先生古稀記念論文集 公法の思想と制度』（信山社、一九九九年）所収）四四四頁。

(25) 人見「行政処分法の効果・規律・公定力」（磯部力・小早川・芝池編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、二〇〇八年）所収）七五頁以下、興津征雄「行政作用としての特許権発生と特許無効」知的財産法政策学研究三八号（二〇一二年）三〇頁以下。

(26) 高柳「行政事件訴訟の特質の再検討」（『行政法理論の再構成』所収）四八四頁以下、芝池・前掲第二款註（二一）二五頁、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（補訂版）（有斐閣、二〇一一年）七七頁以下、小早川・前掲第二款註（一〇）二六六頁、宇賀・

前掲第二款註(一〇)三六三頁以下、人見・前掲註(一四)九頁、同・前掲註(二五)七四頁以下等。また公務員の勤務関係の特徴とされる権力性は私的労働契約関係にもみられると説くものとして、例えば室井力『特別権力関係論』(勁草書房、一九六八年)三八一頁以下、下井・前掲第二款註(二)三〇五頁以下。

(27) 塩野・前掲註(一一)一五五頁以下。

四 任用の行為形式

一 前述のように行政行為の効力は行為自体に内在するものではなくそれを認める法律の規定に由来するものであるということは、今日学説の一般的な理解となつていってよい。行政行為の効力の一とされる規律力もまた同様であるならば、或る行為に就いて規律力が認められる為には法律の規定の探索が先ず求められる。⁽¹⁾特に契約との異同が問題となる典型として屢々挙げられる公務員の任命(任用)行為に就いてはそれが強く求められることになる。⁽²⁾

⁽³⁾ こうした検討は公務員の任命(任用)行為に限らず他でもみられ、例えば補助金交付決定に就いての塩野博士の検討は右の補助金交付決定のように契約か行政行為かの選択が問題となる給付行政の領域でみられる。この場合法律の規定がその選択を左右するものとなるので、例えば嘗て契約か行政行為かにつき議論のあつた公用物の目的外使用関係につき、行政財産のそれを定める国有財産法一八条につき契約による使用収益を排し行政行為たる許可によることとするとの意図を以てされた一九六四年の同条改正により規定上許可制を採るものとの選択がされ、これによる改説もみられた⁽⁵⁾というものもある。

尤も行政活動が契約であるか行政行為であるかを判別するこれ迄の試みには、行政行為の実体法上のメルクマール

と訴訟法上のメルクマールとの区別を意識せずになされているものが少なからずみられる。しかし前述のように、規律力をはじめとした実体法上の効力を備える行為であるからといって、必ずしもそれに係る救済手段が専ら抗告訴訟によるものとされるとはいえない、換言すれば公定力をはじめとした行政行為の訴訟法上の効力を備えるとはいえないという両者の分離が学説上も広く認められつつある今日においては、法的性格に係る行政活動の類型の判別をするにあたっては公務員の任用行為の救済手段ではなく任用による公務員関係の成立に際しての当事者の合意の余地の可能性を検討対象としているのであるから、公務員の任用行為の法的性質乃至行為類型を論ずるにあたっては、訴訟法に係る素材ではなく実体法に係る素材、就中規律力を定める法律の規定やこれに係る学説を検討する。後者に就いては前述のように行政行為に係る実体法上の問題と訴訟法上の問題とを併せて論ずるものが少なくないが、これに就いては前者特に本稿との関係では規律力に相当する部分を切り分けて検討することになる。

公務員の任用行為（或いは勤務関係）の法的性質は古くから論じられてきた問題であることから、任用行為は契約であるか行政行為であるかが争われる行政活動の典型として屢々挙げられている。このような場合、こと給付行政の場合には契約方式の推定が働くという塩野博士の見解が学説でも広い影響を及ぼしていることは先にもみたが、これを前提とするならば特に、任用行為を行政行為として捉える見解に就いて先の視角からの検討を行なうのが適当であろう。

二（一）今日学説に於いては、公務員の任用行為または勤務関係を契約として捉える見解が少なくなく、また任用行為を行政行為として捉える場合でも、本来であれば契約としての性質を持つべきものであるが人為的に行政行為とされているものと説く見解も少なくない。また専ら救済手段の見地から任用行為を処分と捉える見解も、実体法乃至

説
行為の効果の観点から任用行為が行政行為に当たるかは、先に述べたところからは別の結論となる余地を残しているといえよう。

論
他方で判例や裁判例では任用行為を処分乃至行政行為と捉えるものが少なくなく——但しこれに就いても、訴訟法上のメルクマールと実体法上のメルクマールとを区別せずに検討しているものも少なくない——⁽¹¹⁾、また行政実務では任用行為を処分乃至行政行為と捉える理解が一般的であるといえる。この点嘗て最高裁は国家公務員法に基づく現業公務員に対する不利益処分の法的性質につき、同法や人事院規則の規定が全面的に適用されまたそれらの強い制約の下にあることから現業公務員の勤務関係が基本的には公法上の関係であるとした上で、これを前提として（加えて行政不服審査法上の審査請求の対象とされていることを挙げつつ）不利益処分が行政処分に当たるとしていた（最判昭和四九年七月一九日民集二八卷五号八九七頁）。ここでは不服申立て規定の存在も理由として挙げられているが、当時の公共企業体等労働関係法は現業国家公務員に対する不利益処分の一部につきこれを審査請求の対象から除外していたことから、同判決の調査官解説は公法上の関係であるとの公務員の勤務関係の法的性質が主な理由としている。⁽¹²⁾このように公務員の勤務関係を公法上の関係と捉えつつその上で公務員に対する各種処分を行政処分と論定することは、予てから学説では屢々批判されてきた。⁽¹³⁾任用行為を行政行為と捉えるならば、前述のように積極的な拠所が求められているのであるから、より実定法規に即しつつ具体的論拠を示していくことが求められよう。

(2) この点で代表的な例は、実務に影響を持っている国家公務員法の逐条解説書にみることができる。これは任用のうちの採用に就いてのものであるが、曰く、

《実定法からみた場合には、⁽¹⁴⁾公務員の身分は分限規定によって保障され、自由な合意、契約としての取扱いがなされていない

こと、（例えば、定年制は法律事項とされ、一方的な契約解除の自由がないこと）、②労使対等の原則の適用がないこと（労基法第二条の適用除外（法附則六）、…）、③公務員の服務について相当に包括的な支配を行うことが公務秩序の上から望ましいことと考えられること（特に行政権限を行使する職員の場合）、④任用について、それが行政処分であることを前提とする行政不服審査及び行政訴訟が認められていることなどから判断して、公務員の採用は、行政行為であると解することが妥当であると思われる）（傍点松戸）

続けて、個人の意思に反する採用は認められないことから、田中博士に倣い採用は相手方の同意を要する行政行為であるとしている¹⁵。右とほぼ同内容の記述は、同じく実務に影響を持っている地方公務員法の逐条解説書にもみられる¹⁶。

これは幾つかの要素からなっているが、最後の④は救済手段に係るものであるので前述のように本稿の検討との関係では、それ以外の要素が問題となる。①は主に任用行為の法的性質との関係で論じられてきた当事者意思の余地と関係し、②は主に勤務関係を契約として捉えたときに柱となる対等当事者による決定と関わるもので、③と併せいずれも本稿の検討との関係で問題となるものである。

これらの内①②に就いてはそれを支える法律の規定が挙げられているが、前に挙げた渡辺教授や下井教授の見解からすれば、そうした法律の規律の及ばないところは存在し、そこでは当事者意思の余地がないかなお問われることになる¹⁷。近時問題とされている期限付任用の終了後の扱いはその典型であろう。また同所で挙げられている様々な法律の規定はそれが私的労働契約関係にはないことを理由に私的労働契約関係に対する公務員の勤務関係の特殊性を基礎づけるものとされているのであるが、そうした規定が存在してもなお——また任用行為が行政処分の形式をとるとされてもお——解釈論上契約上の諸原理が適用されるとみる見解が成り立つ余地もありうる¹⁸。先にみたように任用

行為は本来契約としての性質を持つが人為的に行政行為とされているものと説く所説は少なくないが、ここではこの見解が通用するものとみることでもできよう。これらを前提とするならば、②は確かに公務員の勤務関係に固有の、そして契約としての把握を大きく制約する要素であるが、労基法二条の適用除外規定（国家公務員法附則六条）の存在にも拘わらず、これのみから全面的に同関係から当事者対等の要素が除かれるということもできまい。

以下ではかかる見解や所説が主張されていることも踏まえて、公務員の任用（採用）行為を行政行為と捉える見解を、先ずは先に挙げたものにつき検討することとしたい。

三（一）①に就いていえば、確かに公務員の勤務関係に就いてはそこで挙げられている分限規定をはじめとした身分保障規定（国家公務員法七五条一項、地方公務員法二七条二項）や辞職の承認（人事院規則八一―一二〔職員の内免〕五一条）にみられるような労働者の側からの一方的な契約解除の自由を否定する規定といった、私的労働契約関係にはない規定が多々存在する。これ迄の議論を踏まえて問題となるのは、①に於いてはこれらの規定が存在することを以て「自由な合意、契約としての取扱いがなされていない」と説かれているのであるが、これをどうみるかである。

先の①で挙げられている法律の規定は公務員の身分に関わる右に掲げたものに留まるが、当事者意思が制約される例としては他にも公務員の勤務条件を定める各種の規定が挙げられ、これらの規定による規律が広範にわたることが指摘されていた。しかし前述のように、問われるべきは抑々当事者意思の余地が任用行為の法的性格から認められるかであつて、当事者意思の余地の広狭は問題となるものではない。¹⁹⁾私的労働関係にはないこれらの規定につき、単に当事者意思の余地を狭めるに留まらず、およそ当事者意思の余地を否定するものであるかが検討されなければならない。

この点からするならば、従来、私的労働関係であれば当事者間の合意により形成される諸々の勤務条件が法定されていることを中心にこの問題が議論されてきたことは必ずしも適当ではない、ということになろう。寧ろ検討の対象となるべきは別のところにあると思われる。

(2) 第一に、先に挙げた任用行為を行政行為と捉える逐条解説書の見解はそれが当事者の合意に依らないものとする論拠として「一方的な契約解除の自由がない」ことを挙げている。これとの関係でそこで明示されているのは分限規定と定年制のみであるが、これら公務員の身分保障に関わる規定乃至制度は確かに一方当事者である任命権者の解約解除の自由を制限するものではあるものの、私的労働関係に於いてもこの種の制度は就業規則に於ける解雇事由の限定列举や定年制といった形でみられ、必ずしも公務員の勤務関係が契約関係に当たることを否定するものとはならない。⁽²⁰⁾ この点でより重要なのは、職員⁽²¹⁾の意による退職＝辞職が当人の自由な意思のみによらず任命権者により承認されることによりはじめて勤務関係が消滅するものとされていることである。これは人事院規則で定められているものであるが（八一―一二〔職員の任免〕五一条）、国家公務員法で国家公務員の離職は同法及び人事院規則の定める場合に限られるとされている（参照、同法七七条）。これを受けて公務員の辞職は辞令書の交付による依願退職処分により効力を生じるものとされているが、この依願退職処分は行政行為であるというのが一般的な理解である。従って少なくとも公務員の勤務関係の終了は、私的労働関係のそれと異なり専ら労働者による退職の意思表示に基づいてなされるものとはされていない。この点公務員の勤務関係を労働契約関係として捉えるならば、公務員の一方的意思表示では足りず任命権者の同意をまっしてはじめて公務員の勤務関係が終了するというこの制度につき使用者の合意により効果が生じる合意解約として捉えざるをえなくなるが、契約関係の終了につき専ら合意解約によるものとする構成は労働契約関係にそぐわないのではないかという問題が指摘されており、かかる理解は一般的にはされていない。当

説
事者の自発的意思は契約の前提であらう。⁽²²⁾

論

他方で、公務員の勤務関係の成立に係る任用行為に就いてはかかる問題は生じえない。相手方の同意なき限り公務員関係が成立しないというところに就いては一致がみられ、従って任用行為は相手方の同意なき任命権者の一方的行為でありえず、相手方の同意が必要であることを受けてこれを契約とみるか同意に基づく行政行為とみるかの議論が予てみられたが、専ら任用行為のみをみるならばどちらかが取りえないということはないようにみえる。先にみた勤務関係の終了と異なり、これを行政行為と捉える手掛かりが制定法にはないからである。このことから、任命行為と対となる勤務関係の消滅行為が制定法上処分とされていることからその成立行為もまた制定法上処分とされているとする見解が唱えられ、⁽²³⁾これが今日学説では一般的な理解となっている。ただこの見解が勤務関係の消滅行為が処分とされていることの論拠として挙げている制定法の規定は消滅行為を不服申立ての対象とする規定（国家公務員法九〇条、九二条の二）であるので、訴訟法の観点から処分というとはいえないでも、実体法上の行政行為といえるかに就いては別途検討が必要とならう。

この点、勤務関係の消滅事由である公務員の辞職が任命権者による承認にかからしめられているのは、突然の辞職により公務に停滞を来すことを防止する趣旨によるものという説明が⁽²⁴⁾されている。給付行政と同様契約と行政行為との行為形式の選択が問題とされてきた任用行為に就いて行政行為としての選択がなされるのであればそれを支える実質的な理由が求められるとも解されるが、公務員の辞職に就いては右のような公務員の勤務関係の特殊性が反映されたものといえる。公務員の勤務関係の法的性質につき契約説をとる論者にあっても私的労働関係に対する公務員関係の特殊性は強く認識されていた。⁽²⁵⁾

そしてこのように任命権者による辞職の承認が依願退職処分という形で行政行為として位置付けられるのであれば、

行政行為により消滅する法律関係の発生もまた行政行為によるとみるのが適當であろう。⁽²⁶⁾これを前提とするならば、公務員の勤務関係は専ら行政行為たる任用行為があつてはじめて成立することになり、これ迄議論となつてきた、任用行為のない期限付任用職員の新任用につき民間企業の有期雇用契約と同様の雇止め就いての解雇権濫用法理が類推適用されるかという問題に就いても消極的に解さざるをえないことになろう。⁽²⁷⁾その意味で、任用行為ひいては公務員の勤務関係の法的性質論は実体法の次元でも解釈論上の実益を有することになる。

(3) 尤もこのことは、公務員の勤務関係につきおよそ民事法上の契約法理が適用されないことを意味するものではない。前述のように、二(1)で挙げた昭和四九年最判が公務員の勤務関係につき公法関係と私法関係の区別を拠所として公務員に対する各種処分を行政処分としたことに対しては学説の強い批判があつたのであるが、かかる同最判の些かナイーブなアプローチは今日では取りえない。行政法関係でも民事法上の諸原則の適用がありうることは今日一般的な理解となつており、⁽²⁸⁾また他の判例との整合性からみてもそう解さざるをえないからである。民事法上の契約法理の適用乃至修正可能性は公務員関係の特殊性を規律する制定法の趣旨目的の合理的解釈から判断されるべきものとなろう。

(4) なお前述のように制定法には任用行為を行政行為と捉える手掛かりがなく、この点契約か行政行為かが争われる行政活動に就いては特にそれを行政行為とする為には積極的な拠所が求められるという先にみた今日の学説の一般的な理解との関係でどのように捉えるべきかが問題となりうるが、例えば公共用物である皇居外苑広場の使用許可が問題となつたことで知られる最判昭和二八年一月二三日民集七卷一三三号一五六一頁が許可制が敷かれていることを前提としていたことと関連して、学説では公物の使用関係は契約関係であり本件使用不許可は申込を承諾しない旨の意思の通知であつて行政行為ではないという異論があつたものの、⁽²⁹⁾行政法学説では本件使用不許可が行政行為である

という理解が一般的である。⁽³⁰⁾しかし皇居外苑に就いては許可制を定める法律の明文の規定はなく、法律の具体的委任に基づかない厚生省令である管理規則でそれを定めるのみであったのであり、この点学説は行政行為の根拠となる法律の根拠に就いては柔軟に解しているといえよう。⁽³¹⁾

四 任用行為が行政行為とされることによるもう一つの実体法上の意義は規律力の承認である。即ち、行政行為の規律する法関係につき行政庁は一方的にこれを行政行為を通じて形成することができる。この確認には二点の補足が必要であろう。

第一に、かかる意味の規律力に相当する内容は契約の解除のような私人による法行為にも存在するものであつて行政行為に特有の特性とはいえないのではないかという指摘が学説上屢々みられることは前述した。⁽³²⁾しかし、本稿で問題としている公務員関係に於ける当事者の合意の余地との関係からすれば、公務員関係が当事者の行為を基礎とする契約によつてではなく任命権者の一方的行為により形成されると把握することが大きな意味を持つものであることは明らかであろう。確かに一方当事者による法関係の形成が民法にもみられ、その点でこれを行政行為の特性とすることには問題がある。これを強調するならば任用行為が行政行為であるかという問いには実益がないということにもなるが、こと法律関係の成立に就いて一方当事者に一方的形成を認めることになるという点でこの問いには実益があるということになる。

第二に、私的労働関係でも使用者の一方的決定による内容決定が重きを占めておりこの点で公務員関係との連続性がみられることは既に指摘されている。⁽³³⁾先に指摘した任用行為の「規律力」の承認はこの点では私的労働関係と共通する要素を持ちうるが、その内容は公務員関係の特殊性を踏まえたものとなるので私的労働関係に於いて使用者に認められるそれとは大きく異なることになる。これを支える要素の一が、③の「公務員の服務について相当に包括的な

支配を行うことが公務秩序の上から望ましいと考えられること（特に行政権限を行使する職員の場合）に当たるものである。とはいえこのような大括りの概念のみによつては任用行為をはじめとした公務員関係上の行政行為の規律力の内容を決することはできず、公務員もまた憲法二八条の「勤労者」であることからくる様々の（規律力に対する）制約要素を勘案しなければならないのは当然のことといえよう。

問題は具体的な個別問題に於ける規律力を媒介とした任命権者の意思が一方的に及ぶ範囲であつて、これ迄当事者の合理的意思解釈の余地が問題とされてきた具体的な公務員の勤務関係上の諸問題はこの規律力の及ぶ範囲と大きく関わるものと思われる。しかし本稿では紙幅がもはや尽きており、その検討はこれ迄のこの諸問題に係る諸研究と他日に譲らざるをえない。

- (1) 山本『行政上の主観法と法関係』四七〇頁。
- (2) 契約方式の推定とそれを巡る議論に就いては前款二(1)。
- (3) 塩野・前掲第二款註(九)一七五頁以下。
- (4) 例えば、富田駿介編『改訂新版 国有財産法精解』（財）大蔵財務協会、一九八八年）三〇七頁。使用関係の法的性質の観点から同条とその改正に着目するものとして、確井光明・自研七一巻四号（一九九五年）一三〇頁以下。
- (5) 例えば、田中『新版行政法下』（弘文堂、一九五八年）四三二頁、四三二頁註三、同『新版行政法下巻』（全訂第二版）（弘文堂、一九八三年）二二二頁。
- (6) 近年の論稿として、また学説の紹介も含めて、鶴飼信成『公務員法』（新版）（有斐閣、一九八〇年）六九頁以下、田村浩一『公務員の勤務関係』（雄川＝塩野＝園部逸夫編『現代行政法大系九』（有斐閣、一九八四年）所収）九三頁以下、村井龍彦『公務員の勤務関係の性質』（成田頼明編『行政法の争点』（新版）（有斐閣、一九九九年）所収）一二六頁以下、塩野・前掲第一款註(二)三〇八頁以下、下井・前掲第一款註(四)七〇頁以下、同・前掲第二款註(四)一二八頁以下、同『公務員の勤務関係』（斎藤誠＝山本編『行政判例百選Ⅰ』（第八版）（有斐閣、二〇二二年）所収）一四頁以下、前掲第一款註(四)七

- 八頁以下(後藤智執筆)、早津・前掲第二款註(二九)二四頁以下、上林陽治「非正規公務員と任用の法的性質」自治総研四四一号(二〇一五年)一頁以下。
- (7) 前述第三款二(1)参照。
- (8) 室井力・前掲第二款註(八三五頁、小早川・前掲第二款註(三三)一二六頁、晴山一穂「地方公務員制度改革」(三橋良士明・榎原秀訓編『行政民間化の公共性分析』(日本評論社、二〇〇六年)所収)一〇七頁以下、後藤・前掲註(六)七九頁、また、櫻井・前掲第二款註(四)七一頁。
- (9) 例えば学説に広く影響を与えている、免職について法律上、行政不服審査法による不服申立ての対象とされていること(国公法九〇条、地公法四九条の二)から勤務関係の成立に係る任用行為もまた制定法上処分と位置付けられているとする塩野博士の所説(前掲第一款註(二)三二三頁以下)は、その行論の限りではこれに位置づけられよう。
- (10) 裁判例の動向に就いては、例えば上林・前掲註(六)二四頁以下。
- (11) 専ら任用行為の救済手段の点からその処分性を検討する判例乃至裁判例は、任用行為が規律力をはじめとした行政行為の実体法上の効力を有するかの検討の対象とするには相当の留保を要することになろう。
- (12) 鈴木康之・最判解民事篇昭和四九年度四一五頁。実定法規を手掛かりに国鉄職員に対する懲戒処分分の行政処分性を否定した最判昭和四九年二月二八日民集二八卷一六六頁との比較から調査官解説のかかる見立てを批判し、本判決でも勤務関係が公法上の関係であることは決め手とはならないとするものとして、塩野「公法と私法」(『法治主義の諸相』所収)七七頁、下井・前掲第二款註(二)三〇二頁、同・前掲註(六)一五頁。
- (13) 公法上の関係との勤務関係の性格決定から公務員に係る個別問題の結論を帰結することを批判する近時の論稿として、下井・前掲第二款註(二)三〇一頁以下、櫻井・前掲第二款註(四)六八頁以下、同「行政法講座六五」自七二〇一三年一〇月号八頁以下。
- (14) 田中・前掲第一款註(一)二四六頁。
- (15) 吉田・尾西編・前掲第二款註(二八)三二五頁。
- (16) 橋本・前掲第二款註(二八)二三四頁以下。なお従前の実務に影響のある地方公務員法逐条解説書に於ける解釈の変遷につき、上林・前掲註(六)九頁以下。
- (17) 前述前款三(1)参照。

- (18) 参照、山田幸男・前掲第二款註(二二)五〇頁以下。
- (19) 前述前款三(一)参照。
- (20) 論旨は異なるものの身分保障規定の存在に拘わらず勤務関係の法的性質は契約でありうると述べるものとして、上林・前掲註(六)三〇頁。
- (21) 塩野・前掲第二款註(二)一九八頁註一九。
- (22) この点下井教授は一方的辞職の禁止を法律で定めることを許容されつつ、これにより公務員勤務関係の契約性自体が否定される訳ではないと述べられているが(前掲第二款註(四)一三五頁)、当事者の一方が契約の終了を希望してもそれが認められないというのは契約の基本的前提を欠くものと思われる。
- (23) 前掲註(九)に掲げた塩野博士のほか、藤田・前掲第一款註(三)三七九頁以下、四〇七頁以下、宇賀・前掲第二款註(一)四〇〇頁等。
- (24) 塩野・前掲第一款註(二)三二四頁、宇賀・前掲第二款註(一)四三四頁。また免職が処分と構成されているのは身分保障の解除のためとするものとして、上林・前掲註(六)三一頁。なお公務員の辞職の法的性質に就いての検討として例えば、園部逸夫「公務員関係の性質」(田中・雄川編『行政法演習Ⅱ』〔改訂版〕〔有斐閣、一九七五年〕所収)一三三頁以下。
- (25) 例えば、室井力・前掲第三款註(二)三九一頁以下、下井・前掲第二款註(四)一二五頁以下等。
- (26) 塩野博士は行政行為により成立した関係の消滅は行政行為によるという「一般的了解」を理由に辞職の承認を行政行為とされているが(前掲第一款註(二)三二四頁)、本文の行論はその逆ということになる。なお前述のように塩野博士は免職につき処分的構成が取られていることを理由に公務員関係の成立行為＝採用行為もまた処分であると述べておられるが、これは処分性に就いてのものである(前掲註(九)参照)。
- (27) なお臨時職員等に就いては免職処分に関する地方公務員法の規定の適用はないことからその退職を行政行為と構成することはできないという指摘が上林氏によりなされている(前掲註(六)三一頁)。同法の規定はその通りであるが(二八条の四)、上林氏の指摘のようにこの点に着眼するならば、免職処分に関する規定のある正規公務員と非正規公務員とで公務員関係の性質につき異なる法的構成が取られることになる。本文で述べたように、前者の勤務関係に就いては契約的構成をとることは適当ではないからである。
- (28) この点につき例えば、宇賀・前掲第二款註(一〇)七七頁以下。

- (29) 兼子一「メーデー皇居前広場使用不許可の取消判決について」季刊労働法五号（一九五二年）一〇五頁。また近年民間施設の利用関係との同質性を理由に公の施設の利用関係の基本的性質は契約関係であると説くものとして、曾和『行政法総論を学ぶ』（有斐閣、二〇一四年）一三七頁。
- (30) 参照、大久保規子「公物の使用許可」（斎藤「山本編『行政判例百選Ⅰ』（第八版）所収）一二九頁、原龍之介「公物營造物法」（新版増補）（有斐閣、一九八二年）二六八頁。
- (31) 参照、塩野・前掲第一款註（二）四二九頁、山本・前掲註（一）四七一頁。
- (32) 前述第三款三（4）（5）参照。
- (33) 早津・前掲第二款註（二九）一一頁、三七頁、二〇九頁以下、二七一頁。

五 結 び

以上、公務員関係の当事者である公務員の意思の制約との関係から、当該関係を成立させる任用（任命）行為の法的性質につき検討してきた。冒頭でみたように近年では任用行為の法的性質に関する議論の実益を疑問視する傾向がみられるが、一方性をその特質とする行政行為であるとの判定は当事者の合理的意思解釈の余地との関係で影響を無視しえないものであろう。

この一方性を要素とする規律力に係る行政行為の効力論はこれ迄も学説に於いて議論されてきたものである。そして行政行為の効力論との関係では実体法上の効力と訴訟法上の効力との区別そしてそれぞれに立脚した行政行為乃至処分との区別も指摘されてきた。本稿では行政行為であるか否かが予てから問題とされてきた公務員の任用行為を素材としつつこの両者の問題を検討したのであるが、改めて夫々の関係を整理することの必要に就いて一応の説明を試みたものである。行政活動の類型や法的性質に関する立論を検討する際にはその立論が如何なる論者の関心に依る

ものであるかの吟味が前提になるといえ、それを欠く場合には右に挙げた区別に関する混同がもたらされることになるのではないかと思われる。

本稿は、科学研究費補助金基盤研究（B）「わが国実定公務員法制の抜本的改革に向けた理論的研究」による成果の一部である。本研究ではその一員である渡辺教授にも多大の学恩を受けている。大阪市大在職中のことどもと併せ記して感謝を申し上げますと共に今後も益々の御活躍を祈念したい。