



<論説>行政法及び行政行為の本質

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 村上, 義弘 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24729/00002303">https://doi.org/10.24729/00002303</a>

# 行政法及び行政行為の本質

村 上 義 弘

本稿において取扱かおうとする問題は正しく行政法学における基本問題である。私が行政法を専攻しはじめたとき、最も自戒したことは「公法と私法」とか「行政法の本質」あるいは「行政行為の本質」とかの基本的問題を決して概念的、理念的に取扱うまいということである。その理由は、具体性をもたない抽象理論を弄することは何の実益もなはいばかりか現実を遊離した理論の迷路にまよい込み遂には何の実をも得ずに混乱に陥り行きづまるのが明らかだと思つたからである。しかし今ここに——抽象的であるか、実際的にであるかは問わないとしても——このような基本問題に最初の自戒を押切つてまでも取組もうとするのは次のような理由からである。

私が今まで発表した主な論文は「行政行為の不行為に対する司法的救済」(経済研究二号・三号)「抗告訴訟の提起の要件」(同五号)「公法上の義務確認訴訟」(同七号)「抗告訴訟の訴訟物」(同一四号)「租税法律関係の特質」(同一六号)等である。そしてこれらの各テーマについて一応結論らしい結論を導きだしたのもあれば、殆んど結論らしい結論を導き出し得なかつたものもある。しかしその何れにせよ不安定なドグマの上に立っているという不安があった。そし

てその間常に私をとらえた疑問は行政法及び行政行為の本質は何かということであった。

問題を具体的に提起してみよう。先ず行政行為の司法的救済で取り上げたテーマは簡単に云えば給付的行政について処分が羈束的なものならば人民の給付をなすべき申請に対して行政庁が不作為のままであるとき、裁判所によって給付を命ずる判決が為し得るのか否か。そして多くの疑問を残しつつも一応我が国行政法学において従来から認められている「特定の行政行為を要求する権利」という積極的公権を根拠に肯定的な結論を下した。しかし疑問は残った。即ち行政法関係において法の定める一定の要件事実が発生すればそれによって直ちに国民と国家の間にかかる権利乃至法律関係が生ずるのか。行政法をそのように実体法的にとらえて問題はないか。この場合行政処分の積極的な意味はどのように理解するのか等々。そこで問題を自分なりに解決するつもりで「公法上の義務確認訴訟」と題する前掲の論文を物し、羈束的行政法関係といえども、一定の事実の発生のみによって権利乃至法律関係は発生するのでない。私法関係においても原則として意思表示という法律行為があつて始めて権利乃至法律関係が発生するのであつて、行政法関係においても同様である。即ち行政庁の意思表示たる行政行為があつて始めて権利乃至法律関係が発生するのである。従つて単に法律の定める要件のみを充足することによって給付請求権というものも発生しない。法の定める要件を充足した場合にも国民の給付請求権、行政庁の給付義務というような権利義務関係は発生しない。しかしそのような場合、行政庁は給付行政処分をなすべき法律上の地位にあるという点を確認訴訟によって確認してもらえないかという結論を下した。しかしこの論文において私にとって重要だったとは、この結論でなく副次的に問題とした行政行為の性格についてであつた。ここで私は始めて行政行為を私法の法律行為と本質的に同質であるという立場をとる端緒を自らつくつた。それ以後は右の行政行為の不行為に関する問題と相前後して研究していた拡告訴訟の本質に関する研究についても、ドイツその他の諸国における多くの学者並びに我が国に於ける諸先輩学者の陥つた過ちと同じ過ち、即ち行政法理論を先進学たる私法持に民法及び民事訴訟法学によりかかつて立てようとする

る態度に傾斜していった。そしてこのような基本的立場に立って、或いは又これを押しすすめて物したのが「抗告訴訟の訴訟物」という論文であった。しかし、このような基本的立場に立って行政法関係を理解し、又更に研究を進めようとしたのであるが、租税法関係に関する権力関係説と債権債務関係説の論争をとり上げ研究するに至った時、その両者の理論的対立は、単に瑣末な、末端の法解釈の問題でなく行政法関係の本質的な理解の相違にあるということを知るに至った。かくして私は自らの今までのドグマティックな理論的立場に深刻な反省を加えざるを得なくなった。即ち行政法は行政庁の意思表示（即ち行政行為）或いはその他の法律要件事実の発生によって国家と国民の間に権利又は法律関係を生ぜしめる実体法なのか、或いは国家権力を前提とし、その国家権力が行使されるために必ず準拠しなければならぬとされる手続法なのか。或いはそのいづれでもない、実体法、手続法という概念では律し切れない特殊な法領域なのか。又そのそれぞれの理解に依じて行政行為はどのように理解されるべきか。更には又抗告訴訟は如何、疑問は止まるところを知らない。しかしこの問題を解決せざば私の研究は一步も進まない。とってこの問題を解決するには先ず我が国行政法学の母国たるドイツの行政法学の成立過程を詳しく検討してみなければならぬし、国家権力の問題と関連して国家学、国法学の研究もしなければならぬし、更には又比較法的研究も必要となってくる。しかしこれらの問題は現在の私の研究能力、学力をもってしては短日時に解明しうるものではない。そこで本稿では問題の研究にとりかかるスタート・ラインを引く意味で問題意識を整理し、研究方法を確定するため、私の現在における知識のみを基礎とし、再びドグマティックな仮説を立て主として我が国の行政法学に於ける理論（それも極く部分的にはあるが）検討してみようと試みた。この意味で本稿は私自身にとって重要な意味をもつ論稿であるが、自らの研究成果を発表し、何程か学界に寄与するといった類のものではない。単に下書き、覚書等とみられるべきものであろう。ただ、かかる論稿を敢て発表した所以は、諸先生、諸学兄の御批判を得て、自らの問題意識、研究方法の正否を確かめてみたいからである。諸先生諸学兄の御教示と忌憚なき御批判をお願いする次第である。

(註) 本文に挙げた以外に行政行為の公定力、執行力、公権、公法契約、抗告訴訟の本質、抗告訴訟と当事者訴訟の相違、抗告訴訟提起の要件、又抗告訴訟における立証責任等々の問題はすべてこの問題に関連してくる。

## 二

私の問題とするところは端的に言って前節にも言及したように行政法は手続法なのか実体法なのか、あるいはそのいずれでもない法体系なのかということである。手続法(形式法)、実体法の概念は民事訴訟法学においてしばしば用いられるところであるが、必ずしも法学一般に通用する確定した概念内容をもっているものとはいえない。しかし私はここでは主として訴訟法学でいわれる概念と類似したものを観念している。そこで参考に民事訴訟法学に於けるその概念をみてみよう。兼子博士は実体法(materielles Recht)と形式法(formelles Recht)(手続法と同義、後述参照)の概念を次の如く説明しておられる。「実体法は訴訟事件の実体、中味を成している社会関係若くは生活関係を規律の対象とする内容をもった法規であり、訴訟において事件を解決する裁判の規準として適用されるものである。即ち裁判がどんな内容の判決をするかを定めるのである。これに対して形式法は事件の処理の方法形式を定める法規であり、訴訟のやり方の準則として訴訟主体である裁判所及び当事者が遵守すべきものであり、訴訟手続に關するところから手続法(Verfahrens Recht)と呼ばれる。即ちどんな方法で裁判するかの定めである。そこで対等な私人間の生活関係に關する民事事件については、事件の実体を規律するのが民商法でいわゆる私法であり、これを審判する民事訴訟の手続を規律するのが民事訴訟であるから両者が実体法と形式法の關係に立つ法律の体系である」(兼子一、実体法と訴訟法、三頁)。

勿論私法においては実定法上、実体法たる民法、商法と手続法たる民事訴訟法とが完全に分離されていて右の説明は極めて明確にあてはまる。即ち右の説明を私の解釈によって敷衍すれば、私法(民事訴訟法も含めて)においては

制度的に、又学理上次のような法的論理構成をとる。「法律関係（後に出てくる法律関係という言葉と區別する意味で法領域といつてもよいと思われる―筆者）において一定の生活関係が存在するとこれについて法的保障のある一定の効果が発生することになる。そしてこの効果を法律効果といいこの法律効果を生ずる生活関係を法律要件という」（我妻榮、民法総則（民法講義Ⅰ）一九六〇七頁）。即ち実体法たる私法においては、法的観点からみて孚当と思われる生活事実がある、それに対して一定の法的保障即ち法律効果が生ずるのである。例えば二当事者の意思の合致という事実があれば債権債務関係が生じ、一方に或いは双方に請求権という法的保障即ち法律効果が発生する。これを主観的に見れば権利であり、客観的にみれば法律関係である。換言すれば、私法においては個々具体的に法律要件が規定してあり、その要件を個々具体的に充足するような事実が発生すれば法律効果即ち権利乃至法律関係の発生、変更、消滅がその事実の発生したときに実体法上生ずると観念されるのである。そしてこれを訴訟との関連で見ればこのように実体法上の法律要件を充足して生じた権利乃至法律関係がその要件事実発生するときから実体法上成立しており、その既存の権利乃至法律関係を確認するのが裁判だとされているのであり、その裁判の方法形式を規律するのが手続法たる訴訟法なのである。

ところで私法のこのような論理構成と対比して行政法体系はどのような論理構成をとるのか。即ち行政法は実定法上手続法と実体法は分離していかないけれども、その中には実体法と手続法が含まれており、行政行為はその実体法上生じた法律関係を確認する裁判判決にも比すべき行為とみるのか、行政法は原則として民法と同じ実体法であって、行政行為は私法の法律行為と本質的に同じものであるとみるのか、或いは行政法は原則として手続法であって、国家権力を前提とし、その発動を制約するためその発動の形式方法を定める手続法とみるのか。又これらのいずれにも属しない別な法概念で把握すべきなのか。

右に上げた諸類型の中で最後にあげた手続法的解が或いは最も奇異に聞えるかも知れない。そこでこの類型の検討

から始めてみよう。

行政法についてのこのような把握の仕方は或いは突飛に聞え、このような観念は洋の東西、古今をとわず全く問題にならないとする論者があるかも知れない。しかし私を見るところでは必ずしもそうではなく、或る意味ではなお現代においても無視することはできないと思われるのである。その点を我が国の行政法理論の発生過程を再検討して論証してみよう。

まず公法の特質に関する穂積八束博士の所論及びこの問題に關しての美濃部博士との論争をみてみよう。

穂積博士は公法の特質について次のように論ぜられる。「社会公同団体ノ組織ハ権力關係ト對等關係トノ二要素ニ由リテ成ルコトハ蓋何人モ争ハサル所ナリ個人各々獨立對等ニシテ之ニ連鎖スルノ権力ナケレハ社会的団体ヲ為ササルハ明白ナリ其団体ノ大小ヲ問ハス服従ナケレハ団体ナシ……全体ト其分子トノ間ニ一定ノ秩序アリ以テ社会ヲ成スナリ秩序ハ服従ヲ意味ス之ヲ自働的ニ謂ヘハ権力ナリ之ヲ受働的ニ謂ヘハ服従ナリ……ギルケノ一派ハ公法ヲ解シテ団体ト分子トノ關係ヲ規定スル者ナリト云フハ稍近シ惜ラクハ今一步進メテ団体ト分子トノ間ノ關係ノ特質ハ何ナリヤヲ問ハサルナリ予ハ其關係ノ特質ハ権力服従ニ在ルコトヲ信シ以テ公法ノ特質ヲ解スルナリ所謂私權關係ハ對等ノ關係ナリ對等トハ権力服従ニ非サルノ義ナリ普通ニ民法ヲ解スル者或ハ債權ハ人カ人ニ對スル権力ナリト為スナリ是レ誤見ナリ所謂請求權ハ権力ニ非サルコト民法ノ大家ゾーム慣手ノ鋭筆ヲ以テ論弁明析疑ヲ存スル余地ナシイエリング亦權利ノ觀念ヲ一新シ旧來ノ権力主義ヲ排斥シ多数ノ賛同スル所トナレリ權利ハ利益ナリ権力ニ非ス公力ニ依リテ保護セラレル利益タリ権力ハ意思ノ發動ナリ

學者ハ……公法ハ國家ト一私人トノ關係ヲ規定シ私法ハ私人相互ノ間ノ規定ナリト為ス者アリ予カ主持スル所ト似テ非ナリ社会ヲ経緯スル総テノ権力カ國家中心ニ歸一シ個人相互ノ間ハ全然平等ナルコトハ國家ノ進化ノ大傾向ニシテ之ヲ現実ニスルハ國權ノ天職ナリ……」(「公法ノ権力關係ノ規定タルヲ論ス」穂積八束論文集一七九頁以下)。又「公法ハ

権力関係ノ規定タルヲ説明ス」という論文に於いて「人ハ人ニ対シテ権利ヲ有スルモ権力ヲ有セス請求スルコトヲ得ヘク命令スルコトヲ得サルナリ権利ト請求トハ私人ノ能力ニ存ス私法ハ即チ之カ規定タリ権力ト命令トハ国家ニ属ス公法ハ即チ之カ規定タリ私法ハ権利関係ヲ規定シ公法ハ権力関係ヲ規定ス」(同上二八四頁)と。そして「公法ノ特質」という論文において権力について「政治的ニ組織セラレタル社会ニ於テハ必ス意志ノ法律上ノ価値ニ差等アリ否意志ニ強弱上下ノ効力ヲ分ツ社会的組織其物ヲ指シテ国家ト称スルナリ一切平等ナラハ権力ナシ権力ナケレハ国家ナシ権力ノ存在ヲ否認スルハ国家ノ存在ヲ否認スルナリ」権力トハ強キ意志ナリ相手方ノ意志ヨリモ法律上ノ価値強キ意志ナリ他人ノ意志ヲ強制拘束スルコトヲ得ルノ義ナリ」権力関係トハ優劣ナル意志ノ交渉ナリ平等関係トハ優劣ナキ意志ノ交渉ナリ」(同上六〇四ノ五頁)と。

右のような穂博士の主張に対して美濃部達吉博士は「穂積先生の『公法ノ特質』を読む」という論文において次のように反論しておられる(美濃部博士の上掲論文は参照することができなかったので以下の引用はすべて穂積博士の『公法ノ特質』ニ付キ美濃部博士ノ駁論ニ答フ(前掲書六二三頁以下)という論文の中の引用による)。即ち「『公法は権力関係の規定なり私法は権利関係の規定なり』と云ふことは穂積先生の兼ねて熱心に主張せられる所で……」先生は権力と権利を以て相反対した觀念として之を以て其の凡ての説明を一貫しようとしておられるようであるが不幸にして余輩は其理論を了解するに苦しむのである」竊かに思ふに公法は権力関係の法則なりというのは警察国家の専制的思想の遺物である。法治国の下に於ては公法上の関係は決して権力服従の関係といふような語を以ては之を尽すことを得べきものではない……」若し国家臣民との関係を以て単純なる権力関係と為し国家が随意に自己の意志を以て臣民の意志を強制束縛し得るものとするならば公法は全く存在の余地がない……」公法は権力関係の法則なりといふことが其自身に於て矛盾の思想であると思ふ詳しく云へば若し権力関係の規定であるとするならば取りも直さず全く公法の存在を否定するのではないかということを疑ふものである」公法は権力関係の法ではなくして権力制限(寧ろ否認)? の法である



権力服従の關係を変じて權利相對の關係となすの法則である……公法は権力關係の法なりといふよりは權利關係の法なりといふ方遙かに穩当なるものである」法律上の権力は常に權利であつて権力は單純なる事實の状態を脱して法律上の關係となる以上は常に權利となるなるものである」と。

この論争について私の立場から論評を加えてみよう。美濃部博士は穂積博士の所説を批判して公法關係は権力關係なりとする事は警察國家の專制思想の遺物であり取りも直さず全く公法の存在を否認するものであるといわれているが、しかし穂積博士とて公法關係は何も法の規制を受けない裸の権力關係であると云つておられるのではなく、右に引用した「公法は権力關係の法ではなく権力制限の法である権力服従の關係を変じて權利相對の關係となすの法則である」という美濃部博士の言を指して「博士カ論文ノ後段ニ至リ始メテ博士ノ公法ノ定義ヲ得テ欣喜ニ堪エス……博士ニシテ確實ニ此ノ定見主義ヲ維持セラルナラハ予カ前後ニ博士ノ叙述ニ大ナル矛盾アルコトヲ非議シタルハ或ハ字句ニ抱泥スル卑劣ノ反馭トシテ見ラルルモ其責ヲ辞セサルヘシ」として賛同しておられるのである。とすれば穂積博士がその論点の中心を権力におき権力の必要性を強調しておられ、美濃部博士が権力の法に規制せられ根拠づけられるべきことを強調しておられてその主張の力点を異にしておられるけれども（そしてこれは当時にあつて重要なイデオロギーの相異とみられるべきことであるが）両者に公法關係の理解につき左程其本的な相違はないとみられるのである。

ただ兩者の間にある相違は権力（關係）と權利（關係）の觀念についての見解の相違であつて、この点が問題なのである。この兩者の相違について穂積博士は比較的明確に意識しそれを基礎に論じておられるのに対し、美濃部博士は権力といえどもそれが法的に規制されておればもはや権力でなく權利であると説明しておられるのである。ただ穂積博士とて権力と權利の相違ははっきり意識しておられたにせよ「権力トハ強キ意志ナリ相手方ノ意志ヨリモ法律上ノ価値ノ強キ意志ナリ他人ノ意志ヲ強制拘束スルコトヲ得ルノ義ナリ」権力關係トハ優劣ナル意志ノ交渉ナリ平等関

係トハ優劣ナキ意志ノ交渉ナリ」といつておられる点からみてもわかるように必ずしもこの区別を法的、制度的に分て説明しておられるとはみられない。そこでこの区別を明確にするために私法でいわれる権利とは如何なるものかをみてみよう。

先にも述べたように私法領域においては一定の生活関係が存在するとこれについて法的保障のある一定の効果が発生する。この効果が法律効果（権利乃至は法律関係）でありこの効果を生ずる生活関係が法律要件である。換言すれば私法においては個々に権利関係を生ぜしめるべき法律要件が規定してあり、その要件を充足するような事実が発生すれば法律効果即ち権利もしくは法律関係の発生、変更、消滅が実体法上生ずると観念されるのである。即ち私法上の権利というものは法律の定める要件を個々具体的に充足してその法律の効力として、その個々の法律の規定を根拠として生ずるものである。そしてこれを訴訟法との関連でみればこのように個々に法律の要件を充足して生じた権利乃至法律関係がその要件事実の発生したときに実体法上成立し、その既存の権利乃至法律関係を裁判によって確認し執行するという段階的な論理構成をとるのである。

このように私法に云われる権利の意味をみると、権力といえども法に規制されておれば権利であるといわれる。美濃部博士の権利観念は私法にいう権利からは程遠いように思われるのである。かくて、穂積博士が右のような私法でいう権利と権力を区別して論じておられたとすれば——その区別を単に意志力の強弱というような非法律的な説明をされている点問題はあるが——穂積博士の方が論理的に一貫しておられたとみることができる。

勿論美濃部博士の右の理論は明治三十七年頃に述べられたもので、その後博士はたえず行政法理論を發展して行かれ、公法と私法の区別についてもその理論を深めて行かれた。その發展過程をたどることは別の機会に譲るが、ただ私の注意を引くのは昭和一〇年に発表された「公法と私法」という論文で、ケルゼンの純粹法学を批判して居られる個所に次のような所説がみられる点である。即ち「国家は決して単純な實力を以つて臣民を支配するもので

はなく、国法上に臣民を支配する権利を保有するのである。其の点に於いては現代の法治主義の時代も旧時の専制主義の時代も同様であつて、唯異なる所は其の権力の範囲が専制時代に於いては頗る広汎であり、其の行動に於いて自由であつたのに反して、法治主義の時代に在っては其の権力が成文の法律に依つて拘束せられ法律の根拠に基づいてのみ発動し得ることを原則とするに至つたことに在る。其の権力が国法上の権利であることに於いては専制時代に於いても敢て現代と異なる所は無かつたのである」と。このように述べておられる所を見ると、或いはこのような認識が、博士の更には日本の行政法の基調となつており、尚現在もその影響を完全に抜け出ていないのではないかと疑うのである。

従つてこれを要するに穂積博士のこれらの所論及びその反論を通じて窺い知る美濃部博士の考え方は「公法は権力関係の法ではなく権力制限の法である」という点において一致しておられる点からみて、公法は国家権力を前提としてその発動の形式方法を規制する手続法であるという私の立てた仮設はこの両博士の所論にある程度あてはまるのではないかと思えるのである。

しかしここで国家権力はアプリアオリロ、超法的に前提とされているのか否かという問題がでてこようがこの点について私は容易に説明はできないが、それは憲法によつて与えられている行政権、もしくは行政権力とみてよいと思われる。かくいへば憲法によつて与えられているものならば権利ではないかという反論があるかも知れないが、たとえ法に根拠をもつにせよそれが包括的なものとして極めて抽象的に与えられている場合はたかだか権能であつて、その行使について法律は制約乃至規制を設けているに過ぎない——即ち個々具体的に法律関係発生要件たる法律要件を規定しているのみるべきでなく、その行使の形式方法を規定しているとみるべき場合その法は手続法とみるべきだろうと思われる。

ところでこのように国家権力を前提とし行政法はその権力の行使の方法形式を定めるものであるとみる手続法的理

解が具體的制度的にどのように理解されるべきかを検討してみよう。

行政法のこのような把握の仕方は、行政關係において國民の受忍を強制する行政作用即ち命令的行為などを説明するには或程度適合すると思われる。例えば租税關係を例にとつて説明を試みてみよう。租税法は租税の賦課徴収の形式を定める手続法であるとみる。その定める形式方法に従つて行われる行為、賦課も徴収も権力の発動であるから私法的觀點に立つてみれば、私法でいう権利、即ち個々具體的に法律要件を充足して、個々の法を根拠とし、その効力としての諸求権によつてなされるものではない。換言すれば私法の觀點からすれば法的秩序に則つて行われるのではない。即ち権力によつて、(私法の觀點からすれば)事實上徴収されるに過ぎない。しかしこの徴収は國家権力の発動であるから(実體)法的權利の行使として行われたものでないにしても私法的な保護又は保障はない。ただ徴収が違法な場合即ち権力発動の形式方法を定める手続法に違反する場合にのみ行政上の、即ち行政訴訟により、或いは私法上の、即ち不法行為に対する損害賠償請求事件として保護を受ける。即ち反面からいえば國家権力の発動は個々具體的に実法上の請求權として行われるものでないが——即ち私法秩序に則つて行われるものでないが——それ故に國家の場合に限り私法を適用しない(適用するとすれば權利の行使としてでなく強制的に徴収された場合は不法行為として訴えることができる)ということによつて行政作用の実効性が保たれることになる。このような法的論理構成は、被告訴訟の要件を權利侵害に限定する行政裁判制度、或いは違法な行政行為に対する救済を不法行為に対する救済としてとらえようとする旧來のイギリスの制度の背景として存するのではないかと推測される(伊藤正巳「イギリス公法の原理」五三頁以下、特に五九、六〇頁参照)。

行政法をこのように理解する仕方に於いては行政行為の概念は決定的重要な意味をもたないかも知れない。それに関連して行政作用は行政権力の行使として行われるのでなく、個々具體的に法の定める権限に基づいて行われるのであり、それが行政行為であるという異論があるかも知れない。しかし、しからばその権限は何かとの問いに対し、も

しその説明が、法の定める内容を宣言しもしくは執行する権限だとすれば、それは法定の要件事実の発生によって既に法律関係が発生しているという考えを前提としてみるとみられるのであり、具体的な事実に面して法律関係を形成する権限だとすれば、それは行政行為を法律行為と本質的に同一視しているものであり、いずれもそれは既に次節に述べる行政法の実体法的理解に立っているということができよう。

先にも述べたようにこの理論に立っても、行政作用の命令的行為については説明が可能なのであるが、次のような場合をどのように説明するかが問題である。行政作用によって実体法的権利を発生せしめたり消滅せしめたりすることが屢々あるが権力によって如何にして実体法的権利を創設したり消滅せしめたりすることができるか。勿論権力はオール・マイティだといって了えばそれまでであるが、恩給権、特許権、鉱業権、漁業権等々に実体法的権利が、行政法は原則として手続法であり、権力の発動の形式方法を規定する方法であると理解した場合、実体法なくして如何にしてかかる実体法的権利を発生せしめうるか。恐らくこの点がこの立場を貫くに当って最も説明に窮するする点ではないかと思われる。

### 三

次に行政法の実体法的理解について検討を加えてみよう。実体法的把握の仕方には二つの可能性がありうることは先に述べた。即ち行政法は実体法であって、その個々具体的に定める要件事実（この要件事実の中には行政庁の意思表示たる行政行為は入らない、単なる事実）が発生したときに国家と国民の間に法律関係が発生するという見方（租税債権債務がこの立場に立つと推測される）と、同じく実体法的観点に立つが行政行為に重点をおき、行政行為と法律行為とは本質的に同一とみ、行政庁の意思表示たる行政行為（これも要件事実には相違ないが）があったとき国家と国民の間に法律関係が発生するとする見解である。

先ず後者の説から検討してみよう。我が国の学説でこの立場に立って行政法関係を説明しておられると推測されるものに田中二郎教授の次のような説明がある。「公法関係は法律によって規律される関係であるという点においては私法関係との間に本質的な差異はない。公法関係はしばしば権力関係と呼ばれるがそれは単なる事実上の権力支配の関係であることを意味するのではなく、いわゆる本来的な公法関係において、行政権の主体に法律上優越せる地位が承認されていることを端的に表現するにすぎない。それは法律上に承認された関係、すなわち、法律関係であり、権利義務の関係であることにおいて私法上の法律関係と別段の差異はない。ただ私法関係においては私的自治の原則が認められて権利の発生、変更、消滅が、原則として、私人の自由な意思によって決定されるのに対して、公法関係、特に権力関係においては、権利義務の発生、変更、消滅が、原則として、法律の定めるところにより、行政権の主体の一方的な行為によって決定される点に著しい特色がある」(行政法総論二一七、二一八頁)と。

ところでこのことは敷衍すれば、次のように説明しておられると解釈される。即ち、私法関係においては法律関係(権利の発生、変更、消滅)は原則として私人の自由な意思により——即ち自由な意思表示もしくは二当事者の意思表示の合致という事実により法律要件を充足することにより——法律関係が発生するのに対して行政法関係においては行政庁の一方的な行為(意思表示)により法律関係が発生するということである。しかしこのことは法理論的には本質的な差異はない。一方は原則として法律要件を、私人の自由な意思の合致という事実としているのに対し、一方は一方的な意思表示のみを法律要件としているにすぎず、又私法においての法律要件は私的自治の原則から二当事者の意思の合致ということが重要な要素となっているが、そのみには限られず、種々雑多であり単なる事実のこともあり、一方的意思表示が法律要件となっていることもしばしばある(例えば民法五百四十条以下の契約の解除権)。とすれば、両者は法律関係の変動を生ずべき法律要件の主要な類型に大きな違いはあるけれども、両者とも実体法であり、行政法関係においては主として一方的行為(意思表示)が法律要件となって法律関係の発生、変更、消滅を生

せしめるということになる。

このことを田中教授が「法が法律関係の形成実現の過程において行政権の意思の優越性を認めている場合で、これを権力関係又は支配関係と呼ぶ」（前掲書二一頁）と云っておられるとすれば法的にはこの表現は必ずしも妥当ではなく、法律関係を形成せしめる法律要件が主として当事者の一方的意思表示にかかわしめられているだけということになる。このことの論理的帰結は行政行為は一方的な意思表示によって法律効果の発生する法律行為ということになり、行政行為と法律行為は本質的に同じものであるということになる。

しかし、このように行政法を実体法とみ、行政行為を私法の法律行為と本質的に同一とみる理解の仕方では行政法関係をすべて合理的に把握できるであろうか。その点を次に検討してみよう。

この点については私がここで詳しく論ずるまでもなく兼子仁教授の「行政行為の公定力の理論」において詳細に論ぜられている。その要点とそれに私見を加えて簡単に述べてみよう。

即ち今右に述べたような論理過程を経て実体法により実体法上形成された権利乃至法律関係はあくまで実体法上の観念的なものであって、それが法の世界において現実に実効性（乃至実在性即ちそれが強制的に執行され、或いは対世間的に——国家に対しても国民一般に対しても——通用力）をもつためには、法の世界において実在化されなければならない。私法制度においては、この実体法上の権利又は法律関係を実在化する手続が裁判なのである（尚、山本戸克巳「訴訟法学に於ける権利既存の観念」末川還曆三九七—三八頁参照）。しからは行政法関係においてこのような国家と国民の間に実体法上生じた権利乃至法律関係を実在化するものは何か。この点制度を異にする私法と同一に論ずることはできない。

そこで我が国の行政法学においてはこれを行政行為の特殊の効力として行政行為は公定力、拘束力、有効性の推定、自力執行力等をもつと説明される。しかしその根拠は何か。この点について田中教授の説明をみてみよう。「一旦行

行政行為が行政庁の一般的権限に基づいてなされたときは、一応、行政行為の要件を具備した適法の行為であるという推定をうけ権限ある行政庁の職権による取消がなされるか、一定の争訟手続によって争われた結果、行政庁又は裁判所による取消がなされるまでは行政行為は相手方はもちろんその他の第三者をも拘束する力を有するものとされる。この点に関し、オット・マイヤーは官庁の意志表示の法律上の価値は、個人の法律行為のそれとは根本的に異なるものとし、官庁がその一般的権限の範囲内で規定したときは、それによって同時にその行為の有効性の特別の要件が具備されていることを自ら確認するものであり、この自己確認及び行為の実効性はより強い権限によってのみ打破され得るものであるとし、ここに行政行為の特色を認めている。フォルストホフも行政行為は如何なる場合にも国家権威の表明であり且そのようなものとしてその尊重を要求する。従って行政行為の有効性を信頼した者は法の保護を受けるに値するといひ、瑕疵ある行政行為も疑わしい場合は有効であり『推定は有効性のために語る』ものとしている。その説明の仕方は、人によってまちまちであるが、瑕疵ある行政行為も原則として、瑕疵あるが故をもって直ちにその効力を否定されることなく、その取消のあるまでは有効な行為として尊重されなければならないことは、学説判例の一般に承認するところとなっている」(前掲書二七五〜六)と。

ここで田中教授はオット・マイヤーとフォルストホッフの説明を引用しておられるが、マイヤーは周知の如く、行政行為を法律行為よりはむしろ判決と同質とみたのであり、従ってその説をここに引用されることは全く不適當であり、又フォルストホフは田中教授の引用されている前後で「行政は規範的状况への絶対的服従関係にあるのではなく、規範的拘束によって排除されないところの自己存在性をもって規範的状况に対立する。行政行為はそれが規範からの流出物であるからでなく、国家的権威が通用力を与えるが故に通用する」(E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 6 Aufl., S. 199.)と述べているところからみても明らかのようにフォルストホッフの行政法の理解の仕方は前節に述べた行政法の手続法的把握に近いふしがあるのである。そうとすれば、この説明も行政法を実体法的



に理解するこの立場の説明にはならず結局一般に学説判例が認めているが故に存在するという極めて実際的な説明に帰着する。

最後に行政法は実体法であり、行政法の定める個々具体的要件が事実の発生（この中には意思表示たる行政行為は含まない）によって充足されるとき、権利乃至法律関係が発生すると理解する類型を検討してみよう。しかしこれも勿論私の問題意識からする仮設的類型であって、このような理論を正面から主張された学者は殆んどない。しかしこのような理論が全く現実の行政法学から遊離したものでないことは以下述べる諸学者の記述からも又租税債務関係に於いて論じられている理論からいっても明らかである。

先ず再び田中教授の説いておられるところをみてみよう。

「人民の権利義務が抽象的には既に法律によって定められており、行政はただこれを具体的の場合に特定人に対し、法律の定めに従って現実、共体的な権利義務の定めをなすに止まる場合がある。これは抽象的な法律の定めを具体化し執行するに止まるから行政は法の執行として行なわれるといつてよい。人民に権利義務を課し、その自由を制限する等、人民に不利益を課する行政作用については、法律にその根拠を有することが必要であるだけでなく、この内容についてまで原則として法律にその一般的基準を定めることが要請されるのであって、これらの場合には行政は法律の具体的執行として行なわれる。租税法律主義の原則はその代表的な例で、課税物件（課税の対象）課税標準、税率、納期納税義務者等のすべてが法律の定めるところで行政はただこの法律の執行に当るに過ぎない」（前掲書三〇頁）と。この説明から直ちに行政法関係は一般に法の定める要件事実の発生のみによって権利乃至法律関係が発生し、行政はその執行に当るだけであると読みとるのは田中教授の前の行政行為に関する説明からみて行きすぎであろうと思われるが、行政法関係の一部限られた部分において右に述べた理論構成が可能な場合があると思われる。

その他例えば人が公権特に積極的公権について語るとき、とりわけドイツにおけるように行政庁に対し給付をなす

べき義務が義務づけられているとき、それに対して給付を為すべきことを要求したが何らの処分もなされない場合、公権を根拠に給付判決を求めることができるとする事例（拙稿「行政の不行為に対する司法的救済（続）」『経済研究』三〇八〇頁）では、少くとも行政法関係のある部分では行政法をここに述べるような実体法と見做すことができるのではなからうか。しかしかく解釈した場合、行政行為の積極的な意味はどのように理解すべきか。田中教授の右の説明から推論して、行政行為は（狭義の）法的行為ではなく単なる事実上の執行行為とみるか否か。この点イギリスに於ける次のような事例は注目すべきであろう。即ち「国家扶助法や産業国有化を行なった諸法律の如きは個人の福祉に必要な一切の財物、サーヴィスをすべての者が獲得できるようにする積極的義務を国家ないし地方団体に課するに至ったものである。……かような積極的義務の制定法による創造は、個人と国家（地方団体）の間の、新しい権利義務の創設を意味する。これらの新しい権利義務の確定、執行に任ずるものが特別裁判所（それは政府部省や地方団体であることもあり、また行政委員会であることもある）である。特別裁判所の行なう作用は制定法によって既に創造されている既存の権利、義務の確定、執行であり、その故に『司法的』作用であると、その性質上観念される」（デニング著、山田幸男訳「法と自由」訳者あと書き、一四二頁）。しかしイギリスにおいても行政法関係がすべて右のように理解されるのではないことは勿論であって、このような領域に限ってである。そして右に引用した説明で注意を引くことは、実体法上の既存の権利の確認に当るのは普通裁判所ではない、我々の観念からすれば行政庁であるという点であろう。従って右の説明を私なりの立場から要約すれば、このような行政法関係では法の定める要件が個々具体的な事実によって充足されるとき、実体法上権利乃至法律関係が発生し、行政行為は、その実体法上の権利を実在化する裁判判決だということになる。

しかし先にも述べたように行政法関係の一般的把握にこのような理論を拡げることができないであろう。何故ならそのように理解することは行政の自由裁量の領域は全く否定されることになり、このことは実定法の規定の仕方から

みても恐らく無理であろう。従ってこのような把握の仕方は、行政法の限られた部分においてのみ、理論の立て方如何で可能であり得るといふ指摘に止める。