

公法的規律の根拠と内容

塩見 政幸

はじめに

1 公法的規律の根拠

- (1) 公法に関する最近の学説の動向
- (2) 公法的規律の根拠に関する学説
- (3) 考察
- (4) 小括

2 行政行為の効力

- (1) 行政行為の効力の種類 — 公定力の内容
- (2) 規律力
- (3) 取消訴訟の排他的管轄・通用力
- (4) 不可争力
- (5) "公定力にもとづく権利主張制限"
- (6) 無効な行政行為

3 行政救済法の改善策

- (1) 取消訴訟の排他的管轄（公定力）の廃止論
- (2) 当事者訴訟の活用

むすび

はじめに

＜公法的規律の根拠＞

かつての行政法学の通説であった公法私法二元論が影響力を失い、多くの行政法の教科書には、公法の特質に関する記述がそれほどなくなった状況にある。櫻井敬子教授・橋本博之教授は、「戦後の行政法学は、・・・公法・私法二元論を古色蒼然としたものとして否定し、これを克服することに強い関心を払ってきた。通説的見解は、こうした文脈の中で公法の特質を可能な限り希薄化し、公法と私法の同質性を論証することに腐心してきたのであり、公法の特質について積極的に言及し、公権力の必要性・有用性を正面から論ずること、あるいは行政が究極において目指すべき公益（公共の福祉）概念の内在的探求を行うことは、半

ば意図的に回避されてきたようにみえる。学説においては、かつての二元論を想起させるため、公法という言葉に対する心理的抵抗感があったほどである」と指摘する¹。

ところで、立法学（法政策）の立場から行政法を眺めている筆者にとっては、行政法規を立案する場合、私法には通常みられない公法的規律を行う根拠や規律内容は重要な問題である。すなわち、法令の解釈の際には、法令に公法的規律を行う規定があるなら、私法が適用されず、当該規定が適用されることになるのに対して、立法の際には、公法的規律を行う規定を置く場合には、私法とは異なる取扱いをする根拠等を考える必要があるということである。例えば、行政行為のような相手方の意思にかかわらず一方的に権利義務を決定する行政活動を認める根拠やその内容はどのようなものかという問題である。そして、公法的規律の根拠が公益（公共の福祉）のためと言っても、私人の権利を制約する理由付けにも、行政活動を規制する理由付けにもなるもので、もう少し具体的な理由付けを考える必要もあろう。このような問題を考える際、櫻井教授・橋本教授の指摘にある「公権力の必要性・有用性」「公益（公共の福祉）概念の内在的探求」を基礎にしなければならず、公法の特質を理解することは有用なことだと考える。

このような筆者の問題意識は、大橋洋一教授の学問的表現を借りるなら、「制度設計学としての行政法学の意義を高く評価する視点からは、基本理念としての公法モデルなり私法モデルの機能、その区分法を明らかにしておくことの重要性は以前にも増して高まっていると考える。新たな公法の創造に向けた基礎研究の必要性を強く認識する次第である」²というものであろうか。

もちろん、公法の特質そのものを論ずることは筆者にはできないが、最近の学説を参照しつつ、公法的規律の根拠等を検討したいと思う³。

<国民主権モデルにおける法律の機能>

なお、公法的規律の根拠等を検討するに当たって、従来から模索を続けている法律の機能についても併せて論じたいと思う。筆者は、立法実務にとって重要な概念である法律事項（法律で定めるべき事項、あるいは法律で定めることがふさわしい事項）との関係で法律の留保の問題を検討した際、高橋和之教授の国民主権モデルにおける「立法（＝憲法の下において始源的規律を行う最高位の法規範である法律を制定すること）」と「行政（＝法律の執

¹ 櫻井敬子・橋本博之『行政法（第5版）』（弘文堂、2016年）6頁。

² 大橋洋一「制度的理解としての「公法と私法」」『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）2頁。

³ 「公法」の定義には諸説あり、厳密に公法の意義・範囲を確定することは困難であるが、本稿では「公法的規律」を、公益を図るための法令による行政活動に係る規律という意味（イメージ）で議論を進めることとする。これは、公法と私法の区別の基準として従来から説かれている主体説、権力説、利益説等をアバウトに統合したイメージである。

行)」との意義に関する見解や、政治を「統治－コントロール」図式で捉える場合における立法権行使の内閣に対するコントロール機能に関する見解から、行政の分野における法律の機能を行政の民主的コントロールと考え、法律の留保に関する筆者なりの考えを示した⁴。

しかし、立憲君主政モデルでは、憲法以前に行政権というものが存在し、法律を待たずに行政活動の根拠があった（公権力があるのは自明のこと）と考えるのに対して、国民主権モデルでは、憲法が行政権を創設し、行政活動は法律の存在を前提とすると考えるので、「行政権のあらゆる行為が究極的に法律に根拠をもつ必要がある」という命題は、法律の機能について、行政活動の統制という側面とともに、行政活動を生み出す側面（特に公益を図るため私人の権利義務を一方的に規律することなどの公権力を生み出す側面）も考慮する必要があるのではないかと考えるようになった。また、高橋和之教授が説くケルゼンの「法の段階構造」（＝様々な法規範が授權・受権関係を通じて上下関係を形成している様子）から考えても⁵、行政活動は上位の法律・命令から妥当根拠を得ていることについて十分考慮する必要を感じた。

なお、小早川光郎教授も、夙に「とりわけ法律の規定は、侵害留保原理が誕生した当時の立憲君主制のもとではともかく、国民主権原理にもとづいて国民代表機関たる国会を“国権の最高機関”とする現行憲法のもとでは、単に行政活動の自由を“制限”するにとどまらず、むしろ当該行政活動を“根拠づけ”、あるいはその行政活動をして“法律の執行”たらしめる意味をもつと考える余地もないではない」⁶としているが、筆者と同様の問題意識であろうか⁷。

もっとも、行政の分野における法律（公法？）の機能を、行政活動の授權と統制であると大括弧に考えることは、取り立てて新奇なことではないであろう。本稿では、（国民主権モデルにおける）行政活動の授權という側面にも着目して、法律が公権力を生み出す実質的根拠、生み出す公権力の内容等を検討したいと思う⁸。

⁴ 「学説における「立法の意義」・「法律の留保」と立法実務における「法律事項」』『立法と調査』332号（2012年9月）48頁以下。「法律の留保についての学説と実務の乖離」『青山法務研究論集』第12号（2016年12月）1頁以下。この中では、「ある行政活動について、根拠規範、規制規範、組織規範の有無、規律密度を総合考慮して民主的コントロールができているなら、その行政活動に法律の根拠があると考えるのである。それにより、高橋和之教授の「行政権のあらゆる行為が究極的に法律に根拠をもつ必要がある」という理念としての命題が、現実的なレベルで達成できると考える」とした（後者の拙稿13頁）。

⁵ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第4版）』（有斐閣、2017年）5頁以下参照。

⁶ 小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）117頁。

⁷ 前掲の「法律の留保についての学説と実務の乖離」における論述は、法律の留保に関する論考のため、行政活動の統制という側面が強く出た表現であった。行政活動の統制の重要性は言うまでもないが、行政活動が法律により授權されていることも忘れてはならない。

⁸ 法律の機能の行政活動（公権力）を生み出す側面という点、根拠規範であるように考えられるかもしれないが、根拠規範が従来論じられていた場面とは異なる場面での議論であると考え。すなわち、行政活動を行うに当たって必要とされるという意味の根拠規範は、法律の留保の議論－それは行政活動の統制という観点からの議論－の中で考えられてきた。特に、国民の権利・自由を制約する行政活動には根拠規範が必要とする侵害留保説に見られるように、行政活動（公権力）は法律以前に存在し、

1 公法的規律の根拠

(1) 公法に関する最近の学説の動向

公法的規律の根拠に関する学説を概観する前に、公法そのものに関する最近の学説の動向を簡単に述べると次のとおりである。

ア 公法私法二元論の否定 — 行政に関する特有の法理の探求

塩野宏教授は、「公法と私法—その学説史的考察」において、明治時代以来の公法と私法の学説の歴史を考察し、(執筆当時の) 公法・私法論の現状として、「行政法解釈学における公法概念の比重が低下していることは、おそらく、学説の一致して認めるところであろうし、それはまた、日本の行政法解釈学が意識的に辿ってきた道でもあった。しかし、それがある段階までに至ると、行政法は行政に関する国内公法である、という、行政解釈学の基本的前提もゆるがすに至る」とし、「昭和 30 年代の公法・私法論批判論、行政私法論・・・

その後展開されている行政法の範囲論は、まさに、法現象の分析、問題発見のための場の探求とみてよいであろう。そのような意味において、行政法解釈学における、従来のような意義の公法・私法論は、使命を果たしたと思われるのである」とする⁹。

このようなこともあり、「公法私法にこだわらず、行政と私人の間に生ずる法現象を考察し、そこに行政に関する特有の法理を探求しようとする立場」¹⁰が主流になったようである。この点、前田雅子教授は、「従来の行政法学では、伝統的行政法学における公法私法二元論に代わり「行政特有法論」の視座、すなわち、行政法の特質はあらかじめ内容的に確定されるものではなく、行政にかかわる法現象、行政過程全体を広く視野におさめ、行政に特有の法を探索してその意義・特質を明らかにするという視点で行政法をとらえてきた」とする¹¹。

ただ、小早川教授の「公法私法二元論をとらない立場での、「行政法とは、行政に関する特有の法を指し、ここにいう行政とは、行政権の帰属者たる行政府の活動をひろく指す」・・・というような行政法のとらえ方は、今日、かなり広く受け入れられているように見える。ただし、何がそこにいう“行政に関する特有の法”であり、何がそうでないか、の問題は、なお存在する」¹²という指摘は、重要であると考ええる。

法律はあくまで行政活動の統制のために必要とされるという発想である。これに対して、筆者がここで問題にしたいのは、行政活動（公権力）は法律によって生み出されるという側面での問題である。確かに、同じ法律の規定が行政活動（公権力）を生み出すとともに根拠規範として行政活動を統制する側面を持つこともあろうが、両側面は観念上区別して議論すべきと考える。なお、法律による「授権」という用語は、根拠規範の意義で用いられていると考えるので、「行政活動（公権力）は法律によって生み出される」という表現を用いることにする。

⁹ 塩野宏『公法と私法』（有斐閣、1989年）136頁以下。

¹⁰ 塩野宏『行政法Ⅰ（第6版）』（有斐閣、2015年）57頁以下参照。

¹¹ 前田雅子「行政法のモデル論」『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、2011年）29頁。

¹² 小早川光郎「行政法の存在意義」『行政法の新構想Ⅰ』（有斐閣、2011年）19頁。

イ 新たな公法概念の模索

最近、高木光教授は、「公法」という言葉を用いることが適切かは考え方が分かれるところであった。現在の行政法学界で指導的な学者の多くは適切でないという立場であるが、筆者を含め、「公法の復権」をめざす学者も増えつつある」とする¹³。

また、櫻井教授・橋本教授は、「旧来型の公法・私法二元論を採用することはできない」としつつ、「しかし、だからといって、公法領域と私法領域のあいだの差異を否定することは、現実に対する正しい認識を誤らせるものである。一方は、巨大な権力・強力な権限を持つ行政機関と私人の関係に関わる法律群（公法領域）であり、他方は、あくまでも私人間の関係を規律する法律群（私法領域）であって、認識論のレベルにおいては、この2つの法領域は、それぞれに独自の特徴を有していることを、なお認めざるを得ないからである。・・・今後の課題は、新たな視角にたって公法概念を捉えなおし、再構成することであろう」とする¹⁴。

(2) 公法的規律の根拠に関する学説

公法的規律の根拠については、抽象的には、公益を図るためであり¹⁵、具体的には、個別行政法規の目的（制定理由）を達成するためであろう。筆者が求めるのは、その中間のいわば行政法総論レベルの公法的規律の根拠である。これは、冒頭の櫻井教授・橋本教授の指摘の中の「公益（公共の福祉）概念の内在的探求」とも言えよう。このようなものが存在するかどうか明らかでないが、一応、このような問題意識で学説を概観したい。

ア 公法私法二元論を前提とした伝統的学説

＜田中二郎教授の見解＞

田中教授は、公法私法二元論を前提に、わが国の現行実定法において公法又は公法的規律を設けている理由として、「その一つは、国民の共同体としての国の存立を全うし、社会の秩序を維持し、公共の福祉を保持し増進するという国の使命を適正・迅速かつ確実に実現するため、国その他の行政主体に公権力の主体として優越的地位を認め、その公権力の行使については、特殊の性質・効力を肯認するなど、私法とは異なる公法又は公法的規律を設ける必要があるということであり、その二は、国その他の行政主体についても、原則的には、私人相互間の関係と同様に、私法の適用を認めることにしながら、公共の福祉の実現という国の使

¹³ 高木光『行政法』（有斐閣、2015年）58頁。

¹⁴ 櫻井・橋本・行政法 8頁以下。

¹⁵ 公益については、多くの論考がある。筆者は、抽象的レベルの公益については、「個々人の利益に共通な利益、あるいは、個々人の対立する利益の調和として成立する利益というように、あくまで個人の利益と結合した利益と観念すべきであろう」とする高橋和之教授の見解に依拠する。高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017年）215頁注5参照。

命を達成するために、必要な限りにおいて、私法に優先して適用されるべき特則としての公法又は公法的規律を設ける必要があるということである」とする¹⁶。

＜杉村敏正教授の見解＞

杉村教授は、公法私法二元論を前提に、公法と私法の区別として、「法律関係の当事者の一方に公権力の行使とこれに伴う特殊な効力を認める法、および、行為自体は、対等当事者間で行なわれる性質のものであって、公権力の行使たる行為ではないが、とくに、それが国家または公共団体の行政であることに鑑みて、公益保護の見地から、私人相互間の利害調整の見地を超える特殊な規律を定める法を公法と解し、これに対して、私人相互間の利害調整を規律する法を私法と解すべきであろう」とする¹⁷。

杉村教授は、「法律関係の当事者の一方に公権力の行使とこれに伴う特殊な効力を認める法」の部分については、その箇所では公法的規律の根拠をあげていないが、行政行為の公定力の根拠について「行政目的の早期実現、行政法関係の安定性の維持にある」とする¹⁸。ここから考えれば、杉村教授の権力関係と非権力関係における公法的規律の根拠は、田中教授の支配（権力）関係と管理関係における公法的規律の根拠と同趣旨であると考えられる。

イ 行政活動の統制という観点から公法的規律の根拠を具体化した学説

＜高木光教授の見解＞

「公法の復権」を目指す高木教授は、「行政法的思考」が重視するのは、三権の1つである行政権の行使を公正妥当なものにするための「法規範」である」とし、「自由主義的国家観」が「行政法的思考」の出発点とする¹⁹。

¹⁶ 田中二郎『新版 行政法 上巻（全訂第2版）』（日本評論社、1974年）75頁以下。田中教授は、公法関係を、①国、地方公共団体等の行政主体が公権力の主体として人民に対する支配（権力）関係と、②国、地方公共団体等が、公の事業又は財産の管理主体として人民に対する場合で、公共の福祉を保護する必要から、特殊の法的規律に服せしめる管理関係に区分する（同書79頁参照）。上記の公法又は公法的規律を設けている2つの理由は、それぞれ支配（権力）関係と管理関係に対応するものである。

¹⁷ 杉村敏正『全訂行政法講義 総論（上巻）』（有斐閣、1969年）20頁。杉村教授は、「国家または公共団体が私人に対する優越的な意思の主体として行う公権的行政」（権力関係）と、「財産権または事業の主体として行なう私経済的行政」（非権力関係）との区別があるとする（なお、杉村教授は、田中教授の主張する公法上の管理関係は、「非権力関係における公法法規の規律する領域の量的差異を質的差異に転化するもの」であるとして、その概念の必要性を批判する。）。杉村教授が公法とするものには2種類あるが、それぞれ権力関係と非権力関係に対応するものである。同書54頁以下参照。

¹⁸ 杉村・講義209頁。

¹⁹ 高木・行政法6頁以下参照。なお、高木教授は、「公共政策学」の一分野としての「行政法学」においては、効率的な政策実現という観点が重視されていると思われる。筆者はこのような観点を軽視するものではないが、本書は、より「古典的な」行政法的思考にしばって解説する道を選んでいる」と

そして、高木教授は、行政をその性質によって「租税行政」「規制行政」「給付行政」「私経済的行政」の4つの類型に分類した上で、「法によってどのような統制がなされることが重要か」について、「第1の「租税行政」と第2の「規制行政」においては、「奪い過ぎないように」「しつけが厳し過ぎないように」統制することが最も重要である。「行政権の過大な行使の抑制」という表現が用いられる。もっとも、近時は、第2の「規制行政」において、「行政権の過小な行使の是正」がそれと並んで重要であるということが意識されている」「第3の「給付行政」においては、「不公平にならないように」統制することが最も重要である。「給付における平等」という表現が用いられる」「第4の「私経済的行政」においては、「無駄がないように」統制することが最も重要である。・・・また、取引をする相手に対して「不公平にならないように」統制することも重要であろう」とする²⁰。

ウ 行政活動(公権力)を生み出す観点から公法的規律の根拠を具体化した学説

行政活動(公権力)を生み出す観点からの公法的規律の根拠というのは、筆者の独自の造語であるので、正面からこのようなことを論ずる学説は見当たらないが、学説の行政法の存在意義、行政法の特色、規制の根拠などに関する論述の中から筆者の問題意識に関係するものをあげてみたいと思う。

<阿部泰隆教授の見解>

阿部教授は、行政(法)の存在理由として、①紛争・被害の予防・簡易な解決作用、②社会の無秩序な発展の制御・よりよい社会への誘導、③生活必需サービス等の直接供給と供給確保、④資源の再配分・弱者の保護をあげている²¹。

<小早川光郎教授の見解>

小早川教授は、義務付け型手法において行政処分による法律関係の規律・確定という仕組みが広く用いられていることの根拠・理由について、①私人の義務の迅速な履行を確保するため、②政府の政策及び方針を確実に実行するため、③行政機関が法的側面も含めて事態の進行を把握・主導し、適時に適切な措置がとれるようにするためとしている²²。

<宇賀克也教授の見解>

する(同書4頁)。従来の行政法学説も基本はこのような行政法的思考を基に組み立てられており、高木教授は、それを明確にして論述を進めていると思われる。

²⁰ 高木・行政法9頁。

²¹ 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣、2008年)2頁以下。

²² 小早川・行政法の存在意義14頁以下。なお、小早川教授は、権能縮減型手法においても②③の理由付けが援用できるとしている(同書16頁以下)。

宇賀教授は、行政法規違反の行為の民事上の効力という項目の中で、不動産取引の仲介業を例にあげ、民事紛争を事前に予防するために行政的規制が行われるとして、「行政法の大きな存在意義の1つは、民事紛争の事前予防である」とする²³。

＜大橋洋一教授の見解＞

大橋教授は、規制活動を規律する行政法という項目の中で、行政制度が必要とされた理由に立ち返り、行政法の基本的特徴として、①権力性を特徴とする法、②防御権の体系としての法、③紛争予防を目的とした法をあげる。

そして、①の権力性を特徴とする法の中では、「公共の秩序を維持するために最低限必要な規制活動」「国家機構を担うための費用調達」などの「最低限の国家活動については、その円滑な遂行が不可欠と考えられ、一定の場合には、市民の意思に反しても実現できるという（民法の原則からすれば）例外的な取り扱い（＝権力的活動）が認められた」とする。

また、③の紛争予防を目的とした法の中では、公害防止、食品衛生などを例にあげ、「行政法には、市民相互間の紛争を事前に防ぐ趣旨のものが少なくない。行政法が「予防司法」と呼ばれるゆえんである。」「市民生活を守るための行政介入の例はきわめて多い。時間の観点から見ると、行政による介入は民事法が対象とする紛争の局面よりも早い段階に組み込まれている。この点に着目するならば、行政法の仕組みは紛争予防のシステムであると捉えることができる」とする²⁴。

＜中原茂樹教授の見解＞

中原教授は、行政の存在理由・行政法の特徴という項目の中で、種々の行政活動の具体例をあげ、行政の仕組みの特徴として、「課題について、個々人の問題として放置するのではなく、社会全体の問題として（すなわち、私的な問題にとどまらない公的な問題として）捉え、国家機関が公共の福祉ないし公益の観点から管理するという点」「法的紛争や犯罪が起きてから事後的に対応するのではなく、公益に反する事態が生ずるのを防ぐため、あらかじめ国家機関が介入する点」「訴訟手続ではなく簡易な手続によって事案が処理される点」をあげた上で、「公益にかかわる様々な事柄について、第一次的には行政機関が法に照らして簡易な手続で判断・決定し、それに対して不服がある者が訴訟で争うというのが、行政の基本

²³ 宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第6版）』（有斐閣、2017年）70頁。

²⁴ 大橋洋一『行政法Ⅰ（第3版）』（有斐閣、2016年）9頁以下。なお、②の防御権の体系としての法の中では、「行政に対して市民の自由をいかにして守るのか、そのために行政権の行使をどのように制限するかという視点が中心に置かれてきた（近代行政法＝自由主義型行政法）。具体的には、行政を法律という基準に拘束し、違法な行政活動を中立的な第三者機関である裁判所により是正することに最大の関心が払われた。このことから、「近代行政法は防御権の体系である」といわれる」とする。これは、前述のイの行政活動の統制という観点から公法的規律の根拠として位置付けられる。

的な仕組みである」とする²⁵。

(3) 考察

ア 公法そのものに関する学説について

公法そのものに関する学説について、解釈論のレベルでは公法私法二元論は従来から批判があるように採用できないと考えるが、櫻井教授・橋本教授が指摘するように、認識論のレベルにおいては、公法領域と私法領域は、それぞれに独自の特徴を有しており、新たな視角にたって公法概念を捉えなおし、再構成することが必要であるとする。

問題は、新たな視角である。筆者のように、行政法規を立案する際の公法的規律を行う根拠や規律内容を模索する立場からは、行政活動の統制という観点と行政活動（公権力）を生み出す観点から、公法的規律の根拠を実質的・具体的に示されることが期待される。それは冒頭にあげた「公権力の必要性・有用性」「公益（公共の福祉）概念の内在的探求」が具体的に提示されることであろうと思う。公法私法二元論が影響力を失ったゆえに、公法的規律の根拠を実質的・具体的に示す必要性が逆に強くなったと思う。

イ 公法的規律の根拠に関する学説について

＜公法私法二元論を前提とした伝統的学説について＞

田中教授があげる公法的規律が行われる理由は、筆者の問題意識からすれば、抽象的な理由付けにとどまっているように思える²⁶。ただ、支配（権力）関係における公権力行使の理由付けと、管理関係における私法と異なる特殊の法的規律の理由付けが区別して掲げられている点は、法律の機能には行政活動（公権力）を生み出す側面と行政活動の統制という側面がある筆者の問題意識に参考になる論述である。もっとも、筆者は、管理関係に対する杉村教授の批判が当たっていると考えるので、杉村教授の権力関係と非権力関係における公法的規律の根拠（田中教授の支配（権力）関係と管理関係における公法的規律の根拠に対応するものである）が妥当であるとする。

＜行政活動の統制という観点から公法的規律の根拠を具体化した学説について＞

²⁵ 中原茂樹『基本行政法（第3版）』（日本評論社、2018年）25頁以下。

²⁶ 塩野教授は、田中教授の管理関係論に関して、「田中の管理関係論においては、公益による私法的規律の排除は語られていてもそれでは公益とはなにか、公共の福祉の内容如何については、一般論としても個別論としても取り上げられていない。それは、理論的には、おそらく、公益の具体化は、行政法通則上の問題ではなく、個別行政作用ごとに、具体的に考えられるべき事柄とされているものと考えられる」としている。塩野宏「行政法における「公益」について」『日本学士院紀要』第64巻第1号（2009年）26頁以下。

高木教授の主張する自由主義的国家観を出発点とする「行政法的思考」については、従来の行政法学説もこれを基本として組み立てられており、行政活動の統制という観点での公法的規律の根拠は従来から説かれていた。高木教授の見解は、行政活動の統制という観点から、各行政分野における公法的規律の根拠を具体的に示していると考ええる。

＜行政活動(公権力)を生み出す観点から公法的規律の根拠を具体化した学説について＞

行政活動の統制という観点からの公法的規律の根拠とは異なり、行政活動(公権力)を生み出す観点からの公法的規律の根拠については、正面から論じられていないが、上記の学説を参考にすれば、民事紛争の事前予防、最低限の国家活動の円滑な遂行、簡易な手続による事案の処理等ということであろうか。

これは、田中教授や杉村教授の説く公法的規律の根拠よりは少しは具体化されているが、行政法総論レベルの公法的規律の根拠はこのようにことに尽き、あとは個別行政法規の目的的分析のレベルでの議論となるのであろうか。筆者としては、個別行政法規の目的の類型化等により行政法総論レベルの公法的規律の根拠が提示されることを期待したい²⁷ 28。

(4) 小括

以上の検討から、行政活動と公法的規律との関係を極めて概略的に示せば、次の表のとおりである。ここでは、行政活動の統制に係る高木教授の論述を基に、行政分野と行政活動統制の有無・理由を記載した上で、それぞれの行政分野で用いられる主要な行為形式とその権力性の有無について記載している²⁹。

²⁷ 筆者は、立法学の講義の中で、公共性(公共の福祉)について、実定法の目的規定などから帰納的に考えて、公共性の内容を把握することを主張しているが、このようなことが個別行政法規の目的的分析のレベルでの議論であると考ええる。

²⁸ 阿部教授は、「これまでの行政法学においては、行政法が存在することを当然の前提としているので、行政法は本当になぜ必要なのかと聞かれると、まともに返事はできず」としつつ(阿部・解釈学Ⅰ4頁)、同書の冒頭で行政法の存在理由を論じている。阿部教授が政策法学も重視することから、筆者の問題意識に指針を与える論述が冒頭にあるのであろうか。

中原教授は、その著書『基本行政法』の特色として、行政法学を学ぶ読者の立場に立った解説を行うとしている。そして、教科書等において自明の前提として特に説明されていないために、初学者に正しく伝わっていないものがあるとする。同書の第1講が行政の存在理由・行政法の特色の中で種々の例を挙げ、行政活動の機能と正当化の理由を解説しているのは、行政法学を学ぶ読者の立場に立った解説という意味で重要であるとともに、立法に当たって公法的規律の根拠を考える際の参考にもなり得るものである。

²⁹ それぞれの行政分野の意義については、塩野・行政法Ⅰ8頁、高木・行政法9頁参照。また、それぞれの行政分野についての主要な行為形式については、櫻井・橋本・行政法124頁以下の「行政契約の意義および例」等を参照。なお、給付行政の行政分野については、行政行為と行政契約がセットとして用いられることも多く、権力性の有無等について検討すべき点が多いので、別の機会に論じたい。

行政分野	規制行政	給付行政	私経済的行政（準備行政）
主要な行為形式	行政行為	行政行為＋行政契約	行政契約
行政活動の統制	○	○	○
行政活動統制の理由	行政権の過大行使の抑制	給付の平等	経済性・透明性
権力性	○	△	×

もちろん、個別行政法規を見れば、種々であるが、上記の表は、行政法総論レベルで公法の概念を認識することに資するのではないかと考える。

ところで、高木教授は、公法と私法の区別の基準について、ドイツの **Maurer** の整理として、権力説、利益説、帰属説、修正帰属説を紹介し、「**Maurer** によれば、第 3 の「帰属説」が支持者を増やしているが、第 1 の「権力説」もなお有力であり、第 2 の「利益説」は、補足的に用いられているにとどまるという」とする³⁰。

筆者は、行政分野における法律（公法？）の機能を、行政活動の統制と行政活動（公権力）を生み出す（授権）としているが、内容的には、利益説と帰属説を統合したような考え方に共感を覚える。そして、それは、管理関係に関する規律も公法とする田中教授の見解や私経済的行政に関する規律も公法とする杉村教授の見解に通ずるものであろう。「公法の復権」を目指す高木教授は、公法と私法の区別に関して、「わが国で久しく「克服すべき」対象とされてきた田中二郎の「三分説」の「復権」が有力な選択肢であろう」³¹としているが、筆者の上記の思考過程に照らしても妥当な見解だと思う。

以上の検討から、行政活動（公権力）を生み出す観点からの公法的規律の根拠については

³⁰ 高木・行政法 228 頁以下。各説の意義については、次のとおりである。

権力説＝行政主体が、「公権力の主体」として、私人に対して活動する場合には、公法によって律せられ、そうではなく、私人と「対等の立場」で活動する場合には、私法によって律せられるとするもの。

利益説＝公益の実現を目的とする規範が公法、私益の実現を目的とする規範が私法とするもの。

帰属説＝国家その他の公権力の主体にのみ適用される規範を公法とし、私人を含めたすべての法主体に適用される規範を私法とするもの。

修正帰属説＝「帰属説」における国家その他の公権力の主体にのみ適用されるという基準に代えて、国家その他の公権力の主体がその固有の資格において活動する際に適用されるという基準を用いるもの。

³¹ 高木・行政法 227 頁。なお、同書 229 頁注 13 参照。筆者にとっては、学生時代に学んだ田中教授の「三分説」が、公法と私法の認識論としては、「復権」ではなく、そのまま生きている。厳密な定義をしようとすると種々議論が生ずるが、公法の内容を、行政活動（公権力）を生み出すこと（授権）と行政活動を統制すること（統制）と大掴みに理解するのは、いつの時代でも通用するのではないかと考える。その上で、その内容を深めることが今後の課題であろうと思う。

更に検討を深める必要があると考え、後半では、公権力の代表的な発現形態であるとされる行政行為の効力について、現時点で法技術的検討（立法的な制度設計）をすると仮定して、その根拠は何か、どのような内容の効力とするかという問題について考察し、解明の手掛かりにしようと思う。

また、2004年の行政事件訴訟法の改正により、公法上の当事者訴訟を活用すべきとする立法者のメッセージがあるとされているが、活用の前提として、公法の範囲を議論する必要がある、その観点で再度公法の範囲を検討したい³²。

2 行政行為の効力

塩野教授は、「行政行為の諸効力及びその連動性は、行政の法的活動にとって論理必然的なものではなくして、立法者が採用した実定法上の制度である。・・・現在の立法者は必ずしもこれらを法技術的に検討した結果採用したものではなく、従来の行政法学理論を前提として制定されたものがあることにも注意しなければならない」とする³³。

許可、認可等の行政行為は、行政法規の立案において多用されるものであるが、その意義、効力等については、従来の理論に基づいて理解され、取り立てて疑問とされることはないと思う。ただ、筆者のように、法律により行政活動（公権力）が生み出され、生み出される行政活動（公権力）の内容についても立法政策であるとする立場からは、塩野教授のこの指摘は重く、従来行政行為に備わっているとされる公定力などの効力が現在でも法的に妥当するかどうかを改めて検証する必要性を感じる。行政行為の諸効力、特に公定力の問題については、多くの学説が論じており、筆者が付け加えることはないが、立法政策の妥当性という観点で行政行為の効力の根拠などについて検討したい³⁴。

³² 2004年の行政事件訴訟法の改正と公法私法二元論との関係については、高木光『行政訴訟論』（有斐閣、2005年）92頁以下参照。

³³ 塩野・行政法Ⅰ178頁。

³⁴ 塩野教授は、夙に「かくして問題の焦点は、かかる制度の存在根拠に移ることになる。もっとも、この点については、実は、まだ、十分に論議が深められていない状況にあり、ここでくわしく論ずる暇はないが、その作業は、権力の技術化と名づけることができるように思われる。すなわち、明治憲法の下では、公権力は、そのことだけで、権力性を保持し得たのであるが、ここにおいて、権力が、自覚的に一つの法的道具として、取り上げられ、その限りにおいて、その道具の合理的あり方が、問題とされるに至った、といえるのである」としている（塩野・公法と私法279頁）。その後、学説でも、公定力の実質的根拠について論議が深められたと思う。その最近の論議を踏まえて、改めて立法政策の妥当性を検討するというものである。

また、塩野教授は、「いわゆる公定力は、それ自体としては、大きな権力、いいかえれば、行政庁の意思の優越性をもたらすものではない。しかし、それが、不可争力、さらに場合によっては、執行力と結合することによって、権力性が露わになるのである。そこで、かかる効果＝権力性を有する行為の範囲をいかに画するかが、立法論、解釈論共に問題となるところであるが、ここでは、そこまでは立ち入らない」とする（同書281頁）。

(1) 行政行為の効力の種類 — 公定力の内容

従来、行政行為の効力として、公定力、不可争力、執行力などがあるとされてきた。そのうち、公定力の内容については、特に議論がある。

まず、公定力に関する判例を見ると、昭和 30 年 12 月 26 日の最高裁判決は、「行政処分は、たとえ違法であつても、その違法が重大かつ明白で当該処分を当然無効ならしめるものと認むべき場合を除いては、適法に取り消されない限り完全にその効力を有するものと解すべき」とし、昭和 39 年 10 月 29 日の最高裁判決は、更に詳細に、「かかる行政庁の行為は、公共の福祉の維持、増進のために、法の内容を実現することを目的とし、正当の権限ある行政庁により、法に準拠してなされるもので、社会公共の福祉に極めて関係の深い事柄であるから、法律は、行政庁の右のような行為の特殊性に鑑み、一方このような行政目的を可及的速かに達成せしめる必要性と、他方これによつて権利、利益を侵害された者の法律上の救済を図ることの必要性とを勘案して、行政庁の右のような行為は仮りに違法なものであつても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによつて権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととしたのである」とする。

中原教授は、後者の判決について、「これは、行政処分の公定力に関する判示である。ただし、「適法性の推定を受け」という部分は、公定力の根拠を取消訴訟の排他的管轄に求める現在の一般的な理解・・・と整合しない。すなわち、現在の一般的な理解では、行政処分について、内容的に正しいと推定されるのではなく、内容的に正しいか否かについて争いがある場合に、その争い方が取消訴訟に限定されているため、取消訴訟（または職権取消し）によつて取り消されない限りは、有効として取り扱われることになる。しかし、それ以外の部分については、現在でも公定力に関する説明として妥当すると考えられる」とする³⁵。公定力の内容の一般的な理解は、このようなものであるが、最近の学説では、公定力の内容について更なる分析が加えられている³⁶。

学説の当否には踏み込むことはできないが、高木教授の「行政処分の「権力性」は、「手続法（訴訟法）」的な側面についての「公定力」「不可争力」のほか、「実体法」的な側面についての「規律力」について語られることになる」³⁷とする論述に沿って、ここでは行政行為の効力として規律力、公定力（取消訴訟の排他的管轄／通用力）、不可争力を認める根拠などを検討することとする³⁸。

³⁵ 中原・基本行政法 285 頁以下。

³⁶ 高木・行政法 125 頁以下参照。

³⁷ 高木・行政法 126 頁以下。なお、塩野・行政法 I 159 頁以下参照。

³⁸ 以下の論述の中の学説の引用の部分は、論者によつて「公定力」の内容が異なることがあることに

(2) 規律力

ア 意義

宇賀教授は、規律力の意義について、「行政行為の特色は、当事者間の合意によって効力が発生するのではなく、法令に基づく行政庁の一方的な行為によって法効果が発生する点にある。したがって、相手方の意思に反しても、一方的に相手方の権利を制限したり、相手方に義務を課したりすることができる。これを、行政行為の規律力ということがある」とする³⁹。

イ 根拠

課税処分や違法建築物の除却命令を考えれば、一々相手方の意向を聴いて行うなら、行政目的が達成できないのは明らかであり、規律力の実際の必要性は理解できる。もう少し詳しく述べるなら、民事紛争の事前予防、最低限の国家活動の円滑な遂行、簡易な手続による事案の処理等を、行政活動（公権力）を生み出す観点からの公法的規律の根拠として考えるなら、規律力の必要性の説明はできると思う。

ところで、規律力については、行政行為の当然の効果又は属性と考えられているためか、その法的根拠については、あまり論じられていない。ただ、宇賀教授は、「民主主義社会において、このような規律力を持った行政行為という行為形式を用いることが認められるのは、行政行為が国民（住民）代表議会の定める法律・条例に基づくものであり、行政行為を用いることについて、国民・住民の事前の同意を擬制できることにありと説明できると思われる」とする⁴⁰。

規律力をはじめ、権力性とは、ある意味、法の本質である強要性の表れであり、立憲君主政モデルにおいても、国民主権モデルにおいても存在する。ただ、立憲君主政モデルでは、行政活動は法律を前提とせずに存在するので、行政活動の権力性は国家（君主）の権威から説明された。もっとも、国民の権利を制限し義務を課すことについては、法律の根拠が必要であるとされていた（侵害留保説）。これに対して、国民主権モデルでは、行政活動は法律を前提として存在するので、行政活動の権力性は、法律により根拠づけられるものである。その説明としては、民主主義の下では統治者と被統治者が同一であり、法律の制定により両者の間で「合意は拘束する」という関係が生ずるという考え方に基づく宇賀教授の見解が妥当であるとする⁴¹。

留意されたい。なお、執行力は、かつては行政行為の効力とされていたが、現在では、行政行為を認める法令とは別の法令を根拠として一部の行政行為にのみ認められるものと解されているので、本稿では取り上げないこととする。

³⁹ 宇賀・行政法概説 I 316 頁以下。宇賀教授は、規律力を行政行為の特色として論じている。

⁴⁰ 宇賀・行政法概説 I 317 頁。

⁴¹ 阿部教授は、「もっと前から法治国家のルールが適用されている行政機関と私人の関係において公権力や優越性といった説明をするのはおよそ時代錯誤である。現行法は、公権力という言葉を用い

ところで、筆者は、公権力を、公益を図るため私人の権利義務を一方的に定めるものと理解するので、規律力は権力性の発現であると考え、この点について学説では議論がされている。例えば、塩野教授は、「一方的法関係の形成は民事関係においても存在・・・することを前提として、規律の概念は権力性の要素から外すべきであるという見解があり、これがむしろ現在の一般的理解であると思われる」「しかし、民事関係においては、これは法律行為の一般的属性ではないのに対して、行政行為はその行為の一般的属性としての規律力が語られているのであって、ここに、行政行為の権力性を認めることができるように思われる」とする⁴²。また、宇賀教授は、行政行為と一方的な認定に基づく行為によって権利関係を変動させる契約解除の差異について、「行政行為の規律力の立法政策上の正当化根拠を国民・住民の事前同意に求める以上、事前の同意の有無により、契約解除と行政行為の差異を説明することは困難であろう」とし、両者の差異は、行政行為が取消訴訟の排他的管轄に服する結果として、その規律力の通用力が認められる点にあるとする⁴³。さらに、阿部教授は、「たしかに、侵益的行政行為は、合意によらず、一方的に義務を課することができる効力を有する。しかし、それをわざわざ、規律力とか権力とか説明することには、種々の問題点がある。私見では、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。何とか力という説明をする方がかえって混乱すると思う」、「日本では、行政には「一方的な法律関係の形成」をする力が認められている場合が多いが、それはこのような実定法の制度的反映である。行政が法律に基づいて行う行為というだけで、当然に備わる効力ではないことに留意すべきである。それにもかかわらず、行政行為に規律力が備わっていると説明すると、規律力を否定する立法を妨げやすい面がある。規律力は実定法の産物だと考えると、立法論におい

ているので、そうした誤解を招く。解釈論として、ここでの公権力も、単なる技術概念で、裁判所の前では対等だという説明は可能であるが、立法に当たっては、行政が優越しているという誤解を招く「公権力」とか「抗告」という用語は率先して撤廃すべきであった」とする（阿部・解釈学Ⅰ79頁以下）。たしかに、「公権力」には伝統的に上下の命令服従のイメージあり（高木・行政訴訟論106頁以下参照）、それを前提とした阿部教授の指摘は、理解できる。しかし、立憲君主政モデルにおける公権力ならともかく、国民主権モデルにおける公権力に上下の命令服従のイメージが妥当するかは定かでない。なぜなら、国民主権モデルでは、公権力は、主権者である国民の代表である国会において制定された法律により生じ、国民が公権力に服することは（擬制ではあるが）「自分たちが作ったルールに従う」と考えることができるからである。イメージによる例で正確性はないが、旅客機に搭乗した際「～の行為は法律により禁止されている」という安全に関するアナウンスがあるが、これを、「お上」が作った法律による禁止の権威づけと考えるのではなく、安全性確保という公益のために自分たちが作ったルールの遵守と考えるのである。「公権力」という用語の「権力」の部分にウェイトをかけるか、「公」の部分にウェイトをかけるかの違いであろうか。

⁴² 塩野・行政法Ⅰ155頁以下。

⁴³ 宇賀・行政法概説Ⅰ320頁。

てはこれを否定するのに何ら支障はないことに留意すべきである」とする⁴⁴。

学説の当否に踏み込むことはできないが、筆者は、行政行為を、公益を図る必要がある場合に私人の権利義務を一方的に定めるため創設された法技術であると理解するので、規律力は、行政行為の本質的な属性であると考え⁴⁵。言い換えれば、取消訴訟の排他的管轄（通用力）としての公定力や不可争力は、行政事件訴訟法の改正により廃止することも理論上は可能であるが、行政行為という法技術を認める以上規律力はなくならないと考える。

また、規律力の権力性については、次のように考える。法の本質の強要性から考えた場合、一方的に権利義務を決定するという行政行為の規律力とは、公権力の行使の代表的な発現であるようにも思えるし、事実、「行政事件訴訟法にいう「公権力の行使」とは、法令に基づいて、行政庁が一方的に権利義務関係を形成しあるいは変動させる行為を指す」⁴⁶と考えられている。このようなことから考えれば、規律力が権力性の要素に含まれると考えてもよいのではないかと思う⁴⁷。

(3) 取消訴訟の排他的管轄・通用力

ア 意義

取消訴訟の排他的管轄とは、行政行為の効力を争うには、もっぱら取消訴訟によらなければならないということである。その結果、従来、行政行為の公定力とされてきた、行政行為は、取消訴訟によって取り消されない限りは、有効として取り扱われる効力を持つことになる。

小早川教授は、公定力の概念に関しては、実体法的な捉え方と手続法的な捉え方を区別する必要があるとして、「たとえ瑕疵があっても実体法上その本来予定された法律効果を生ずる、つまり瑕疵があっても有効であるとし、それを行政処分の公定力として捉えるのが、ここでのいう実体法的公定力概念である。しかし、前述の例のように立法が一定事由の存在を要件としつつ行政庁の行為により一定の法律効果を生ぜしめるものとしている場合、その事由が存在しなければそのような法律効果は生ずべきではない（その行為は関係者に対して拘

⁴⁴ 阿部・解釈学 I 77 頁以下。

⁴⁵ 表現は異なるが、前述の「行政行為はその行為の一般的属性としての規律力が語られているのであって、ここに、行政行為の権力性を認めることができる」とする塩野教授の見解と同趣旨と考える。

⁴⁶ 高橋滋『行政法』（弘文堂、2016 年）330 頁。

⁴⁷ 筆者も、規律力は、法律により根拠づけられると考えるので、「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」とする阿部教授の見解に共感を覚えるが、従来からの議論の用法に従った方が、読者に伝わりやすいと思い、行政行為の規律力という用語を使用している。ただ、阿部教授のいう「規律力がない行政行為」については、その内容はどのようなものか、どのような場面で用いられるかという疑問がある。

宇賀教授の行政行為と契約解除に関する論述については、理論的な批判はできないが、行政行為が「法の段階構造」において法律・命令の執行と位置付けられること、公益のために法律により認められた法技術であることに差があるのではないかという思いはある。

束力をもつべきではない) のであって、実体法上生ずべきでない効果が実体法上生ずるというのは、いかにも無理な構成である」「当該行為により一定の規律をなすことを是とした行政庁の判断が、それと異なる他の関係者の判断に優先し、その結果、当該行為による規律が、真に有効に生じているかどうかはともかく、有効に生じているものとして関係者間に通用するとの考え方が成り立ちうる。これが手続法的な公定力の捉え方、つまり手続法的公定力概念であり、それは、法学上の概念としてはさきの実体法的公定力概念よりも受容しやすいものと言うことができる」「したがって、行政処分 of 公定力とは、"その処分による規律を関係者に対して通用せしめる力"、あるいは"その処分による規律を承認すべきことを関係者に対して強要する力"と定義されることになる」とする⁴⁸。

なお、宇賀教授は、行政行為の性質について、「行政行為とは、行政庁が法令に基づく一方的な認定に基づく行為で私人の法律関係を具体的に規律する行為形式であって、取消訴訟の排他的管轄に服する結果として、その規律力の通用力が認められるものということになる。この説明の場合、立法政策として取られた取消訴訟の排他的管轄という法制度によって行政行為の規律力の通用力が基礎づけられることになる」とする⁴⁹。

イ 根拠

行政事件訴訟法が制定された当時は、行政行為の公定力が先に存在し、それに応じた「取消訴訟」が設けられたとされているが⁵⁰、現在では、取消訴訟を定める行政事件訴訟法の存在が公定力の根拠であるとされる。問題は、その実質的根拠である。

塩野教授は、公定力の目的として、①紛争処理の合理化・単純化機能、②紛争解決結果の合理性担保機能、③他の制度的効果との結合機能をあげる⁵¹。

その他、行政目的の早期実現、行政法関係の安定性の維持をあげる学説もある。例えば、杉村教授は、「もし、行政行為の適法性・妥当性について疑のある場合に、権限ある行政機関または裁判所による取消をまつまでもなく、何人も、その行政行為の拘束力を否認しうるとすれば、行政行為はその効用を発揮せず、行政行為による公益の実現は遅れ、行政法関係は無秩序におちいるおそれがある。この意味において、行政行為の公定力の合理的根拠は、行政目的の早期実現、行政法関係の安定性の維持にあるということが出来る」とする⁵²。

さらに、高橋滋教授は、取消訴訟の排他的管轄が設けられた立法政策的背景として、①法律関係の早期安定、②国民（第三者）の信頼保護、③国等を被告とするメリットをあげ、詳細に

⁴⁸ 小早川・行政法（上）268頁。

⁴⁹ 宇賀・行政法概説 I 320頁。

⁵⁰ 高木・行政法 264頁参照。

⁵¹ 塩野・行政法 I 161頁以下。

⁵² 杉村・講義 209頁。

論じている。そのうち、①の法律関係の早期安定については、「行政行為は、法令に基づくものであるとしても、行政庁の一方的な判断で行われるものである。その意味において、構造上、行政行為については法的紛争が生じやすい。かつ、行政行為は一個の行為であっても、関連する他の法律関係に影響を与えることが多く、一度紛争が生ずるならば、その解決に必要とされる行政のコストは大きなものとなる。そこで、行政行為(処分)が関与する法律関係を早期に確定させ、その後の行政運営の円滑な推進を確保する目的において、出訴期間制限等の制約を伴った取消訴訟の利用強制が制度化された、と考えることができる」とし、②の国民(第三者)の信頼保護については、「行政行為によって形成された法律関係には、時間の経過とともに第三者が新たな当事者として登場してくる場合が多い。その場合、行政行為が公権力の行使として行われたことを認識している第三者は、当該行為が適法に行われたことを信頼したからこそ、行政行為によって形成された法律関係に新たに関与する判断を下したものと考えられる。そして、このような第三者に対して、出訴期間制限の付されていない民事訴訟(例えば、所有権確認・土地明渡請求訴訟)が提起されることがあり得るとするならば、行政行為の適法性に対する第三者の信頼は損なわれ、行政行為により形成された法律関係につき新たに当事者として関与しようとする第三者はいなくなるであろう」とする⁵³。

＜公定力の根拠について疑問を呈する学説＞

これに対して、公定力の根拠について疑問を呈する学説もある。例えば、櫻井教授・橋本教授は、「通説的見解は、「行政行為に公定力が認められるのは、法律上取消訴訟が設けられているからである」という形式的な説明にとどまっており、より根本的に、このような法制度の実質的合理性について正面からこたえるものではない。この点、たとえば、紛争の合理的解決に資するとか、法治主義の維持に便宜であるといった説明がなされるが、十分に説得的とはいえないであろう。現在、公定力は、過去の行政法理論の延長上に、脆弱な根拠に基づいてかろうじて認められているにすぎない」とする⁵⁴。

また、阿部教授は、小早川教授のいう実体法的公定力については、瑕疵があっても有効と捉えるものであり法治国家違反としつつ、手続法的公定力についても、「関係者は、処分に対して、争訟を提起して、適及的に瑕疵ある処分の効力を消滅させることができるのであり、それまでの間も、処分による規律を関係者に強要できるなら、それは違法行為に従わせることで、法治国家違反であることに変わりはない。そうすると、手続的公定力なるものも、行政処分と決まれば、行政訴訟などのルートを取らないと救済されないというだけのもので、公定力があるから、行政訴訟のルートを取らなければならないのではなく、行政訴訟

⁵³ 高橋・行政法 51 頁。

⁵⁴ 櫻井・橋本・行政法 85 頁。

のルートを取らせるから、他の方法では救済を求めることができないというだけで、公定力なるものを論ずるのは、混乱を生ずるだけである」とする⁵⁵。

以上のように、公定力に関しては、学説でも争いがあり、筆者が結論を出せる問題ではないが、後述の(5)「公定力にもとづく権利主張制限」や3(1)取消訴訟の排他的管轄（公定力）の廃止論の箇所では筆者の感想を述べることにする。

(4) 不可争力

ア 意義

行政事件訴訟法第14条は、出訴期間の制限を規定しており、これを行政行為の効力として見れば不可争力という。すなわち、不可争力とは、一定期間を経過すると、私人の側から行政行為の効力を争うことができなくなる効力をいい、形式的確定力ともいわれる⁵⁶。

イ 根拠

出訴期間は、行政処分によって形成された法律関係を早期に安定させることを目的としたものであり、行政目的の円滑な実現という政策に資するものである⁵⁷。

高橋滋教授が取消訴訟の排他的管轄が設けられた立法政策的背景としてあげた前述の①法律関係の早期安定と②国民（第三者）の信頼保護は、不可争力の根拠ともいえる。確かに、通用力と不可争力とは概念は別であるが、高橋滋教授の論拠にも表れているが、両者合わせて行政法関係の早期安定等を目指すものと考えられているのであろうか。

<出訴期間について疑問を呈する学説>

阿部教授は、出訴期間の存在理由への疑問符という項目の中で、「出訴期間は原則として不要であり、必要な場合に特別に個別に規定を置けばよい（アメリカ流の制度）。例えば、都市計画決定とか用途地域の指定替えは、今は処分とされていないが、これを前提に土地利用関係が形成されていくので、短期に決着を付けるのがよく、これこそ都市計画関係訴訟の制度を置いて、出訴期間を置くべきものである」とする⁵⁸。

しかし、出訴期間の制限を個別法で定めることについて、塩野教授は、「取消訴訟の排他性と出訴期間を、現在のように原則として常に結合して働かせるかどうか、立法に際しての検討課題になる」としつつ、出訴期間の存在や期間を個別法が定めることについては、合理

⁵⁵ 阿部・解釈学Ⅰ78頁以下。

⁵⁶ 櫻井・橋本・行政法91頁。

⁵⁷ 高木・行政法249頁。

⁵⁸ 阿部・解釈学Ⅰ167頁以下。なお、詳細は、阿部泰隆「期間制限の不合理性」『民事司法の法理と政策 下巻』（商事法務、2008年）5頁以下参照。

的な基準を見つけることが困難であり、国民に分かり難いとする⁵⁹。

このように様々な見解があるが、筆者は、法的安定性の要請⁶⁰とともに、資料の散逸や記憶の消滅（行政機関における担当者の異動）の防止といった公益に関する訴訟を適正に追行する観点からも、出訴期間の制限をなくすことには慎重にならざるを得ないと考える⁶¹。また、後述のように行政行為には裁判に準じた決着をつける機能があると考えるので、いつまでも確定しないとするのは妥当ではないと考える。ただ、一応出訴期間を定めたとしても、以下の(5)や(6)で述べるように、「正当な理由」により出訴期間の制限を外す場合を検討してもよいのではないかと考える。

(5) "公定力にもとづく権利主張制限"

小早川教授は、「取消手続の排他性の仕組みは、行政に関する争いの処理を、特別に定められた不服審査及び抗告訴訟（特に取消訴訟）の手続に集中させようとするものであるが、行政処分に不服な関係者にとっては、その権利主張の方法が制限されることになる。そして、取消手続の排他性に対応するこの権利主張制限が関係者に対してもつ意味は、不服申立期間ないし取消訴訟の出訴期間の定めや、ときには取消訴訟に関する不服審査前置の定めが、取消手続の利用を制限していること（これは、言い換えれば行政処分の不可争力の問題である）により、いっそう現実的なものとなる。取消手続の利用についてのこれらの制限は、それ自体としては、行政処分の公定力ないし取消手続の排他性とは区別されるが、しかし、それを前提にしてはじめて効果を発揮するものであり、したがって、これらを含めて、以上の制限を"公定力にもとづく権利主張制限"として捉えることができる」とする⁶²。小早川教授は、通用力と不可争力をセットにして"公定力にもとづく権利主張制限"と捉えている。

この章の冒頭で紹介した「現在の立法者は必ずしもこれらを法技術的に検討した結果採用したものではなく、従来の行政法学理論を前提として制定されたものがあることにも注意しなければならない」とする塩野教授の指摘のように、かつての行政法学理論では行政行為には公定力（通用力）や不可争力が備わっており、それを前提に"公定力にもとづく権利

⁵⁹ 塩野宏「行政事件訴訟法改正論議管見」『法治主義の諸相』（有斐閣、2011年）323頁。

⁶⁰ 法的安定性の要請は、行政機関の便宜の側面もあるが、早期に救済を与え既成事実の累積を防止し原告である私人の権利救済にも資する側面もあると考える。宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第6版）』（有斐閣、2018年）128頁参照。

⁶¹ それでは、出訴期間（の長さ）をどうするかの問題がある。筆者には、解答を提示することはできないが、客観的出訴期間の1年に一本化することも考えられよう。なぜなら、現行の行政事件訴訟法では、主観的出訴期間を6か月・客観的出訴期間を1年としているが（第14条第1項・第2項）、主観的出訴期間は、2004年の改正により3か月が6か月に延長されたことにより、客観的出訴期間の1年と併存する意味が却って薄れたように思えるからである。ちなみに、住民監査請求は、原則として、当該行為のあった日又は終わった日から1年を経過するとできないとされている（地方自治法第242条第2項）。

⁶² 小早川・行政法（上）292頁以下。

主張制限"を認める現行の行政事件訴訟法が制定されている。問題は、法技術的に検討した場合、行政行為に"公定力にもとづく権利主張制限"を認める立法政策が妥当であるかである。この点については、高橋滋教授が取消訴訟の排他的管轄が設けられた立法政策的背景としてあげる、①法律関係の早期安定、②国民（第三者）の信頼保護を図る必要がある行政行為には、"公定力にもとづく権利主張制限"を認める合理的な根拠を有するものとする。

ただ、このように考えると、行政行為の中に、①法律関係の早期安定、②国民（第三者）の信頼保護を図る必要がないものがあるなら、"公定力にもとづく権利主張制限"を認めなくともよいのかという問題が出てくる。処分性の拡大に伴って、行政行為の周辺的な行為について、公定力（通用力）や不可争力といった標準装備をもたない処分を認める見解その他取消訴訟の排他的管轄を適用しない見解⁶³があるが、行政行為そのものであっても、通用力や不可争力を認めないことがあるかという問題である。

後に3(1)で紹介する日弁連案は、基本的に公定力や不可争力を認めないが、「行政決定の名あて人に対する利益処分に関して名あて人以外の者が提起する是正訴訟」などについては、例外的に出訴期間の制限を認めている（第19条第2項～第4項参照）。日弁連案が例外としてあげる行政決定等については、早期安定等を図る必要性があることは理解できる。逆に考えると、行政行為であっても、早期安定等の必要性がなく"公定力にもとづく権利主張制限"を認める必要のないものもあるのであろうか。また、同じ行政行為であっても適用される場面によって、早期安定等の必要性に差異が出ることもあろうか⁶⁴。

このように法技術的に検討した場合、行政行為には通用力と不可争力がセットになった"公定力にもとづく権利主張制限"があるとの従前の常識も疑ってみる必要があるのではないかと考える。しかし、後述の日弁連案のように取消訴訟の排他的管轄（通用力）を廃止するといった現行の行政事件訴訟法の仕組みを根本的に変革することには躊躇を覚える。なぜなら、思考の背景に「法の段階構造」がある筆者にとっては、行政行為は、法定立として、私法行為とは異なる公的な決定と考えられ⁶⁵、また、訴訟において結論が出るまでの間、法令により所管行政を執行する権限を与えられた行政機関の判断を優先させることは常識的であるとするからである⁶⁶。

⁶³ これらの見解については、高木英行「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄」『東洋法学』第57巻第1号（2013年）51頁以下参照。

⁶⁴ 阿部教授は、前掲「期間制限の不合理性」において、種々の事例に関し早期安定の必要性について疑問を呈している。

⁶⁵ 高橋和之教授は、司法権の法的性質の定義という項目の中で、「法の執行は、同時に上位の法の枠内での法定立でもあると理解される」とする（高橋和之・憲法訴訟58頁）。これは、「法の段階構造」の説明でもある。行政行為について言えば、公益を図るため制定された法律に基づいて、具体的状況に応じた公益を図るための一定の決定を行うというものであろう。筆者は、このように行政行為を捉えるので、公定力（通用力）を限定しようとする学説の動向には反することになるが、通用力については肯定的に考える傾向がある。

⁶⁶ 櫻井教授・橋本教授は、公定力の根拠に関して、「公定力が認められる根拠について、かつては、行政

筆者には、現行制度を基本的に維持しつつ、取消訴訟で争うなら「正当な理由」の柔軟な解釈⁶⁷により出訴期間の制限を外すこと（通用力は認めつつ不可争力を認めないこと）や、当事者訴訟の利用も検討に値するように思われる。

(6) 無効な行政行為

従来、無効な行政行為には公定力や不可争力がなく、「公定力にもとづく権利主張制限」が及ばないとされている。高木教授は、「取消訴訟の訴訟要件として「出訴期間」がある。出訴期間が過ぎてから提起された取消しの訴えは「却下」される。たとえ、行政処分が違法であったとしても、裁判所によっては是正されることはなくなる。この状態になることを「行政処分の不可争力」と表現することがある。出訴期間は、行政処分によって形成された法律関係を早期に安定させることを目的としたもので、行政目的の円滑な実現という政策に資するものであるが、「法治行政」の理念ないし「法治国原理」からは疑問がないではない。そこで、「公定力」が認められない「無効の行政処分」については、「不可争力」も認められないものとされている。その理由づけは、「無効の行政処分」は「取り消すまでもなく無効」であり、その「無効」を前提とした各種の主張は、裁判所に「取消しを求める」ものではないから、「出訴期間内に取消しを求めよ」という制約には服さない、ということになる。このように「無効の行政処分」には「取消訴訟の排他的管轄」は及ばないのである」

行為には適法性の推定が働くからであるという説明がなされた。この見解は、国家は正しい処分を行うものであるという公権力に対する信頼が背景にあり、一種の権威主義的な考え方であるといえる。しかし、行政庁の判断が正しいという論理必然性はなく、今日、このような国家権力に対する権威主義的な考えをそのまま維持することはできない」とする（櫻井・橋本・行政法 85 頁）。筆者が本文で述べた見解は、行政機関の判断が正しいという権威主義に基づくものではなく、法令により所管行政を執行する権限を与えられた行政機関の方が私人と比較して知見、判断力が高い可能性が大きいことを前提として、訴訟において結論が出るまでは、その判断を優先させるというものである。(2)イで述べた筆者の公権力に対する考え方及び(3)アの小早川教授の見解参照。

なお、中川丈久教授は、「行政処分権限に期待されているのは、裁判に似た、決着をつける機能である。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つけられた状態となることを期待しようというのである」としつつ、「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」とする（中川丈久「行政法体系に置ける行政行為・行政処分の位置付け」『行政法学の未来に向けて』81 頁・84 頁）。

⁶⁷ 大橋教授は、「正当な理由」の解釈を通じた柔軟な権利救済という項目の中で、「災害、病気、けが、海外出張など、一般人の視点から見て期間遵守を求めることが期待できない場合には、正当な理由があるものと認めるべきであろう。・・・」としている（大橋洋一『行政法Ⅱ 第3版』（有斐閣、2018 年）52 頁。阿部教授も、前掲の「期間制限の不合理性」13 頁以下で同旨のことを述べている。）出訴期間の制限を外す「正当な理由」の解釈論としては、大橋教授のように、期間遵守の期待可能性に着目して解釈することが妥当である。筆者が本文で述べた「正当な理由」の柔軟な解釈は、通用力と不可争力がセットになった「公定力にもとづく権利主張制限」を認めることの必要性に着目したもので、出訴期間の制限を外す「正当な理由」に係る解釈論の枠を超えるところもある。これは、出訴期間の制限に対する批判的な学説の趣旨を考慮して、通用力は認めつつ不可争力を認めるべきでない場合があった際の便宜的な対処である。

とする⁶⁸。

＜無効な行政行為の効力＞

確かに、判決で行政行為が無効であると判断された場合、公定力や不可争力といった効力が生じないのはそのとおりである。しかし、行政行為が無効であると判断される前にも、何らの効力を持たないのであろうか。

通説的見解では行政行為が無効となるのは重大明白な瑕疵があるときとされるが、誰から見ても明白な重大な瑕疵であるなら、行政行為を行った行政庁にも明白であり、実際に重大明白な瑕疵をもつ行政行為が行われることは極めて稀なことである。芝池義一教授は、「通例、重大な違法性をもつ行為の例として挙げられるものは、行政庁の権限外の行為、行政庁にまったく意思のない行為、書面によるべきものであるにもかかわらずこれらによらない行為、相手方の申請を欠く要申請行為、告知されない行為、法律上要求されている理由付記や聴聞を欠く行為、法上・事実上実現不能な行為、内容の不明な行為などである。もっとも、実際に行政行為がこのような違法性をもつことは、まずない」とする⁶⁹。

また、行政手続法により、不利益処分を行う場合には、聴聞等の事前手続を行う必要もあるので、無効とされるような不利益処分が行われることは制度的に稀なことである。さらに、わが国のように行政指導を多用する行政スタイルがあるところでは⁷⁰、不利益処分を行うことは慎重であり、不利益処分を行う場合には相当の検討を経て行うであろうから無効とされるような不利益処分が行われることは運用上も稀なことだと推測される。

このように行政行為に無効とされるような瑕疵があることは例外的であると考えた場合、無効とされる瑕疵があるかどうかを、私人が判断することができるか、あるいは私人に判断させてよいかという問題がある。次に掲げる杉村教授の論述は、このような問題を意識したものである。

もちろん、行政行為に重大かつ明白な瑕疵が存在しているため、その行政行為が無効であるという実体法上の問題と、その行政行為に重大かつ明白な瑕疵があると判断し、その効力を否認する権限が、公の機関に留保されているか、それとも、何人も、これについて判断し、そ

⁶⁸ 高木・行政法 317 頁。

⁶⁹ 芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』161頁。芝池教授は、これに続けて「実際上問題となるのは、例えば理由付記や聴聞が行われたがそれが不完全であったという場合である。このような場合にも、重大な違法が認められる余地はあろう。また、根幹的な要件事実が存在しないのに存在すると誤認して行われた場合や、行政行為の内容が例えば比例原則に著しく反しているような場合も、重大な違法があるといえる」とする。芝池教授がここであげる例は、瑕疵の程度の問題であり、無効とされる瑕疵であるかどうかを私人が判断することは難しいと考える。

⁷⁰ 大橋・行政法 I 269 頁参照。

の効力を否認することができるかという手続法上の問題とは、別箇のものである。そして、この点については、行政行為は、正当な権限ある行政機関または裁判所によって、その無効であることが確認されるまでは、その効力の無視を許さない力をもつという学説もある。行政行為の無効原因である瑕疵を重大かつ明白な瑕疵に限定しても、なお、事実上、行政行為にこのような瑕疵が存在しているか否かについて、処分行政庁とその他の者との間に判断を異にすることはあり得るから、右の学説は、これら両者の間における判断の相違によって生じる行政目的の実現の遅延・障害を防止するという点において意味があるが、反面、行政客体の行政行為に対する信頼保護を過度に重規するとともに、行政客体の権利・自由を過度に侵害するおそれをもつ⁷¹。

行政法における法治主義の重要性から考えれば、杉村教授の見解が基本的に妥当であると思われる。また、現行の行政事件訴訟法は、無効な瑕疵と取り消しうべき瑕疵のカテゴリカルな区別を前提として、無効確認訴訟を法定しているので、解釈論としてはこのように解すべきと思われる。しかし、改めて法技術的検討をするなら、(3)で述べたように公定力を手続法的公定力（通用力）と考えたうえで、取り消しうべき瑕疵と無効となる瑕疵は程度の違いであり⁷²、両者をカテゴリカルに区別することは難しく、私人がその区別を判断することも困難であると考え、上記の無効であることが確認されるまでは、行政行為の効力の無視を許さない力をもつという学説も考慮に値するものだと考えられる。先に(5)で述べた通用力は認めつつ不可争力を認めない場合の一つとも言えようか。

なお、櫻井教授・橋本教授は、「具体的な紛争局面において、ある行政行為の瑕疵が「重大」かどうかを判定することは、それほど容易ではない。実際、取消事由たる瑕疵と無効事由たる瑕疵の区別が問題となるのは、取消訴訟の出訴期間経過後にやむを得ず提起されることの少なくない無効等確認訴訟において、無効事由として主張されている瑕疵がそれに値するかかどうかという形で現れることが多い。このことを前提に、行政行為が無効か否かは、当該行為に係る法的安定性・第三者の信頼保護等の要請と、出訴期間を徒過した原告の司法的救済の必要性について、事例ごとに具体的な利益衡量により決するほかないという考え方

⁷¹ 杉村・講義 222 頁注①。

⁷² 取り消しうべき瑕疵と無効となる瑕疵をカテゴリカルに区別することは難しいと考えるので、無効となるのは、瑕疵の内容や程度、行政行為が瑕疵をもつに至った原因や背景、瑕疵ある行政行為の名宛人が置かれる法的状態等、もろもろの状況を総合的に比較衡量して「公定力にもとづく権利主張制限」を適用することが正義に反すると認められる特段の事情があるときであると考え。これは、行政行為の無効について最近注目されている具体的価値衡量説（＝瑕疵の内容や程度、行政行為が瑕疵をもつに至った原因や背景、瑕疵ある行政行為の名宛人が置かれる法的状態等、もろもろの状況を総合的に比較衡量しながら、個々の事案ごとに無効か否かを判断する手法）に共感を覚えるからである。小川一茂「重大明白な瑕疵」『行政法判例百選（第7版）I』（有斐閣、2017年）167頁参照。

もあり得よう」⁷³とするが、筆者の考え方と通ずるものであると思う。

＜無効確認訴訟の必要性＞

このように、行政行為が無効となるのは、もろもろの状況を総合的に比較衡量して特段の事情があるときと考え、無効と判断されて初めて、「公定力にもとづく権利主張制限」が否定されると考えるなら、出訴期間の制限を外すものの取消訴訟と基本的に同じ訴訟類型として構成すればよく、無効確認訴訟という訴訟形態を認める必要性には疑問が出てくる⁷⁴。

ところで、行政行為が無効と判断される場合、当事者訴訟あるいは民事訴訟で行政行為の無効を前提とした審理が行われることは認められている⁷⁵。そして、現行の行政事件訴訟法第36条は、現在の法律関係を争ったのでは救済が十分でなく、特に無効の確認を求める必要のある原告に限って無効確認訴訟を提起できると定めている。

しかし、同条の規定する「無効確認訴訟」か「現在の法律関係に関する訴え」の区分の基準については、従来から、その交通整理に批判が加えられている⁷⁶。この点、判例は、「無効確認訴訟」か「現在の法律関係に関する訴え」のいずれが当該紛争を解決するためにより直截的で適切な争訟形態であるかによって決定されるべきとする直截・適切基準説を採っているとされている⁷⁷。直截・適切基準説は、無効確認訴訟について、出訴期間の延ばされた取消訴訟としての実質をもつことを重視し、紛争解決機能の面から解釈しようとする見解であるとされる⁷⁸。このようなことから、無効確認訴訟という独立の訴訟形態を認める必要性については、なお疑問を払拭することができない。

以上、無効な行政行為に関して、筆者が疑問とするところを述べたが、従来から種々の議論があり、筆者が取り扱うことができる問題ではない。学説において、公定力概念の純化、無効原因についての具体的価値衡量説、無効確認訴訟における直截・適切基準説などの最近の判

⁷³ 櫻井・橋本・行政法 94 頁。

⁷⁴ 現行の無効確認訴訟は、「時期に後れた取消訴訟」と呼ばれることがあるが（塩野宏『行政法Ⅱ（第5版補訂版）』（有斐閣、2013年）219頁、櫻井・橋本・行政法 322頁、高木・行政法 319頁）、正面から「時期に後れた取消訴訟」として再構成することを検討しようとするものである。ただ、行政行為が無効となるような瑕疵がある場合は、権利侵害の程度が大きい、私人にとって瑕疵が分かりやすいなどの理由で、出訴期間内に出訴される可能性が高いのではないかとも思われる。なお、現行法の解釈としても、出訴期間内に無効確認訴訟が提起されたときは、取消訴訟として扱われるとされる（塩野・行政法Ⅱ 222頁、宇賀・行政法概説Ⅱ 306頁）。

⁷⁵ 櫻井・橋本・行政法 322頁以下。行政行為に重大な瑕疵があっても、原則として、通用力を持つと考える筆者の立場からは、当事者訴訟あるいは民事訴訟で行政行為の無効を前提とした審理が行われることが認められるのは、行政機関の判断を優先させる必要性がなく通用力を認めることができない

ような「重大かつ明白な瑕疵」がある例外中の例外の場合であろうか。このように、瑕疵の程度、態様によって、通用力は認めるが不可争力を認めない場合、通用力と不可争力両方を認めない場合を区別することも論理としては可能であろうが、議論を複雑にする側面もあろう。

⁷⁶ 塩野・行政法Ⅱ 216頁参照。

⁷⁷ 塩野・行政法Ⅱ 219頁、宇賀・行政法概説Ⅱ 313頁以下。

⁷⁸ 櫻井・橋本・行政法 324頁。

例・学説の動向を踏まえた新たな法技術的検討が行われることを期待したい。

3 行政救済法の改善策

2では、行政行為の効力について、現時点で法技術的検討（立法的な制度設計）をすると仮定して、その根拠や内容について考察したが、行政行為の効力についての法技術的検討（立法的な制度設計）のためには、行政救済法を併せて考察する必要がある。行政救済法の全般的な考察は筆者にはできないので、行政救済法について提案されている改善策等について検討する。

(1) 取消訴訟の排他的管轄（公定力）の廃止論

"公定力にもとづく権利主張制限"を認める現行の制度を抜本的に見直すべきとする見解がある。例えば、日本弁護士連合会が2003年3月に公表した「行政訴訟法（案）」（以下「日弁連案」という。）では取消訴訟の排他的管轄（公定力）を廃止することを提言している⁷⁹。

ア 日弁連案の趣旨

日弁連案は、取消訴訟の排他的管轄（公定力）を廃止し、行政決定の違法は、是正訴訟（行政決定の違法の確認を求める訴訟及びその是正のための作為又は不作為を求める訴訟）でも民事訴訟でも争うことができるとしている。（第3条第1項、第7条参照）

その理由として、日弁連案の基となった「行政訴訟改革要綱案」（2002年11月作成）の解説では、「行政の行為に不満があり、国民が裁判所を通じて救済を求める場合、従来のように行訴法に定めた訴訟があればそれを活用することを行訴法が強制し、活用してみれば裁判所がその要件を極めて狭く解釈して却下するという、国民の立場からするととんでもない立法、司法による行政擁護の状況から早く抜け出す必要がある。そのためには、まず、行政訴訟の提起が民事訴訟の提起を妨げず、国民がそのいずれの訴訟形式をも選択できることを確保すべく、いわゆる取消訴訟の排他的管轄（公定力）の考え方を廃止せねばならない」とする。

イ 日弁連案に対する疑問

＜提案理由について＞

この提案理由は、取消訴訟の処分性や原告適格といった訴訟要件が厳格で訴えが門前払いされる現状の問題点から、いきなり取消訴訟の排他的管轄（公定力）の廃止を提案してい

⁷⁹ 日弁連案に関しては、日本弁護士連合会のホームページ（行政訴訟手続）参照。

るようにも思える。しかし、これらの要件が緩和された場合において⁸⁰、取消訴訟の排他的管轄（公定力）を廃止する理由は何かという疑問がある。

＜公定力の否定論について＞

この提案の大きな根拠として公定力の否定論がある。

日弁連案第7条の是正訴訟の説明として、「是正訴訟においては行政決定の違法確認が本則となる。違法な行政決定は最初から最後まで無効であり、それを確認することが是正訴訟の基礎である。違法な行政決定が有効であるということはなく、是正訴訟は形成訴訟として構成されるものではない。・・・違法な行政決定の効力は無効であり、いかなる効力も存在しない。したがって、違法確認判決がなされた行政決定は勿論効力を有しない」とする。これは、行政行為は取消訴訟によって取り消されない限りは、有効として取り扱われるとする公定力を正面から否定した規定であると思う。

難問であり、感想のようなことしか言えないが、次のような疑問がある。

まず、2(5)で述べたように、行政行為（少なくともその一部）には、「公定力にもとづく権利主張制限」を認める現行の制度で争うことがふさわしいものがあると考える。

日弁連案も、是正訴訟について、出訴期間を原則として廃止するが、「行政決定の名あて人に対する利益処分に関して名あて人以外の者が提起する是正訴訟」などについては、例外的に出訴期間の制限を認めている（第19条第2項～第4項参照）。日弁連案が例外としてあげる行政決定等については、早期安定等を図る必要性があることは理解できる。しかし、出訴期間を設けることは、行政決定に不可争力を認めることになり、違法な行政決定は最初から最後まで無効であるとする日弁連案の基本的な考え方との関係が説明しにくくなるのではないだろうか⁸¹。

また、違法な行政決定は最初から最後まで無効であるとするが、是正訴訟や行政決定を争点とする民事訴訟の結論が出ない間、行政行為の違法性はだれが判断するのであろうか。筆者は、2(5)で述べたように、訴訟において結論が出ない間、行政機関の判断を私人の判断に（暫定的に）優先させ、行政行為を有効と扱うことは、法的安定性の観点からみて妥当なことであると考える。

＜行為訴訟か法律関係訴訟か＞

現行の取消訴訟は、紛争の原因となる行政行為を争ういわば行為訴訟である。これに対し

⁸⁰ 2004年の行政事件訴訟法の改正により、当事者訴訟の活用や原告適格の拡大につながる改正があった。また、判例・学説において、解釈上、処分性・原告適格の拡大を図る努力が行われている。

⁸¹ 実質的には同じかもしれないが、行政決定には「公定力にもとづく権利主張制限」を認めるべきものとそうでないものがあると説明した方が素直ではないかと思う。

て、日弁連案に理論的に貢献した阿部教授は、行政処分に対する救済システムのあり方という項目の中で種々の検討を行った上、「行政行為について違法と無効の区別をなくして、私法行為と同じく、法律関係を争う訴訟として構成する方がよい」とする⁸²。

一方、芝池教授は、行為訴訟としての取消訴訟の特質と機能という項目の中で、「取消訴訟は、行政の行為を対象とする故に、行為訴訟に数えることができるが、この行為対象性については、それが行政法における行為思考に対応するものであり、また、適法性統制・早期権利保護・紛争の一举解決の実現を可能にするものであることを指摘できる」とする⁸³。

学説の当否に踏み込むことはできないが、現行の取消訴訟のように行為訴訟とすることに共感を覚える。その理由は、次のとおりである。

第一に、筆者は、法律の留保について、芝池教授のように行政の行為に着目する思考方法を採るので⁸⁴、行政法の法制度や法理論は行為に着目して組み立てられているとする行為思考との対応性の論述に共感を覚える。

第二に、前述のように、筆者は、行政行為を、公益を図るため制定された法律に基づいて、具体的状況に応じた公益を図るための一定の決定と捉えるので、行政行為を裁判に準じた形で公的権威をもって一応の決着をつけるものと位置付ける中川教授の見解に共感を覚える。それゆえ、もし行政行為に不服があるなら、上級審が下級審の判決を審査するのと同様に、裁判所が行政機関の判断である行政行為を審査すべきと考えるのである。

<行政事件訴訟法の根本的変革について>

日弁連案は、取消訴訟を中心とした現行の行政事件訴訟法の仕組みを根本的に変革するものであるが、一般的に言って、根本的変革にはいろいろ乗り越えるべき課題があり大きなエネルギーが必要である。日弁連案の意図するところは、現行の仕組みを基本的に維持しつつ、前述のような出訴期間の制限の見直し、あるいは次に考察する当事者訴訟の活用などで対処できないのであろうか⁸⁵。

(2) 当事者訴訟の活用

2004年の行政事件訴訟法の改正により、当事者訴訟の例として、公法上の法律関係に關す

⁸² 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）60頁以下。

⁸³ 芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、2008年）36頁以下。

⁸⁴ 拙稿「法律の留保についての学説と実務の乖離」12頁以下。

⁸⁵ 高木教授は、2004年の行政事件訴訟法の改正に際して、塩野教授の「段階的改革論」を支持し、基本構造を維持した改正を行うべきとしている（高木・行政訴訟論 43頁以下参照）。筆者は、1で述べたように、認識論としての公法私法二元論は存続すると思うので、公法私法二元論を基に構築された抗告訴訟と当事者訴訟の二本立ての行政事件訴訟法の基本構造は、今後とも維持されるのではないかと推測している。

る確認の訴えが明示され、当事者訴訟の活用を図ることとされた。その趣旨は、「行政の活動・作用が複雑多様化したことに伴い、典型的な行政を前提として「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」を対象としてきた取消訴訟を中心とする抗告訴訟のみでは国民の権利利益の実効的な救済をすることが困難な局面への対応の必要性が指摘されている。行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点からは、確認訴訟を活用することが有益かつ重要である。確認訴訟を活用することにより、権利義務などの法律関係の確認を通じて、取消訴訟の対象となる行政の行為に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じ、実効的な権利救済が可能となる」というものである⁸⁶。

そして、当事者訴訟の活用のための訴訟類型の選択の平易化等の改善策等については、すでに多くの論考がある。改善が行われれば、前述の日弁連案の趣旨も達成できることとなるであろう⁸⁷。

以下では、当事者訴訟を活用するための改善策等について検討する。

ア 当事者訴訟の活用の趣旨

国民の権利救済の実効性を高める改正の趣旨については、何ら異論はない。ただ、筆者は、法の支配（根底においては国民の権利を守る原理である。）をよりよく実現するため、司法による行政活動の統制の拡充という側面からも歓迎すべきであると考ええる。その理由は、以下のとおりである。

高橋和之教授は、国民主権モデルにおける法の支配の構造として、「法の段階構造」を前提として、下位の法形式は上位の法形式に自己の根拠をもたねばならず、上位の法形式に違反してはならないとの原則が確立されたとする。その上で、「下位の法形式を上位の法形式の「執行」と捉えると、法定立機関と法執行機関が分離されていることが重要である。そして、下位の法形式が上位の法形式に違反していないかどうかを、中立的な第三者機関としての裁判所が審査することにより、法の支配の実現が期されているのである」とする。また、司法権の意味について、「三権分立は、法の支配の制度化のための原理であり、そうだとすれば、立法が法定立（法律の制定）作用であり、行政が法律の執行であるのに対し、司法とは法の「執行」における争い（下位規範が上位規範に反していないかどうかの争い）を裁定することを核心とする作用と捉えるべきことになる」とする⁸⁸。

⁸⁶ 行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」。

⁸⁷ 阿部教授は、是正訴訟に一本化するあるいは民事訴訟との併合を認めることを本来的に目指すものの、公法上の当事者訴訟の活用に関して、「このような改革が行われた以上は、それが立法的には妥当でないにしても、実務的にはそれを活用する工夫をする必要がある。つまりは、実体公法の復権を工夫する必要がある」とする（阿部・解釈学 I 71 頁）。

⁸⁸ 高橋・立憲主義 409 頁以下。なお、宍戸常寿教授は、日本国憲法における裁判所の機能は、①争訟裁決と②法的統制にまとめられるとし、②の法的統制は、行政裁判や違憲審査権の行使を通じて、法の支

筆者は、高橋和之教授の「行政権のあらゆる行為が究極的に法律に根拠をもつ必要がある」という理念としての命題を達成するため、法律の留保に関する論述の中で、できる限り多くの行政活動を（法律の根拠がある）「法律の執行」とすることを試みた。

そして、法の支配を及ぼすためには、「法律の執行」とみることができる行政活動について、司法の統制を及ぼすことが必要となる。しかし、取消訴訟だけなら、処分性、原告適格等の訴訟要件が厳格に解釈されていたため、本案の審理に入らず却下される事例が多いとされていた⁸⁹。そこで、公法上の法律関係に関する訴訟である当事者訴訟を活用し、行政訴訟の門戸を広げることにより、国民の権利救済を図るとともに、法の支配の実現にも資することとなるように期待するのである。

ただ、当事者訴訟を活用すると言っても、確認の利益などの訴訟要件をクリアしなければならない。高木教授は、訴訟要件についての判例による法創造への期待という項目の中で「理論上は、憲法論の助けを借り、当事者訴訟を「活用」することによって、局面を打開することが不可能ではないはずである」としつつ、「しかし、制度改革の成果を予測するに当たって人的側面を無視することはできない。・・・わが国の平均的裁判官が、政治・行政に対する遠慮、秩序維持優先等の「司法官僚的メンタリティー」から脱却するにはなお紆余曲折が予想される。そこで、訴訟類型の制度設計に当たっては、関係当事者にとってできるだけ「紛れのない」ものをめざし、法律に具体的な定めを置くことを基本方針とすべきであろう」とする⁹⁰。行政事件の訴訟要件の判断については、政治・行政との関係で司法の守備範囲をどう考えるかという裁判官の意識に影響されるところも大きく、高木教授の人的側面に関する指摘は、重要なものであると考える。筆者は、行政事件の訴訟要件の審理において、政治・行政に対する遠慮から慎重に判断すること（＝本案の判断をしないこと＝裁判所の守備範囲としないこと）については、民主主義の観点からは理解できると考えるものの、裁判所の仕事が、私人の権利救済を図るとともに、上記の高橋和之教授や穴戸教授が論ずるように法の支配の維持に奉仕することでもあるとの意識を裁判官が一層高めることにより、行政訴訟の門戸が広がることを期待する。

イ 訴訟類型の選択の平易化

従来、取消訴訟の訴訟要件としての処分性については、日弁連案の提案理由にもあるように、厳格に判断され訴えが門前払いされているとの批判があった⁹¹。また、判例・学説で問題

配の維持に奉仕する機能であるとする。穴戸常寿等『憲法学読本（第2版）』（有斐閣、2014年）308頁参照。

⁸⁹ 櫻井・橋本・行政法 252頁。

⁹⁰ 高木・行政訴訟論 64頁以下。

⁹¹ 学説の中には、個別実体法を立案する際、立法者は処分性を考慮していないとの論述がある。個別実

とされている種々の行政活動の処分性の有無について、私人に判断させるのは無理があるように思われる。そこで、私人の権利救済のため、訴訟類型の選択を平易に行うことができる方策を検討する必要があるが、学説において次のような提案がある。

まず、齋藤浩教授は、訴訟選択に関して、「当事者、国民の選択に任せ、裁判所は当事者が選択する訴訟類型で救済できればそれでいき、他の訴訟類型の方がより当事者の求める救済となるならそれを選択して救済する、いわば、「逆補充性」の立場で審理を進めるべきである。今の行訴法とその運用である補充性使用は原告を救済しない方向での努力である。この「逆補充性」使用は実効的救済への努力である。このような実効的救済への努力は、日弁連が 2003 年以来主張し続けている是正訴訟の精神に近づくのではないかと考える」とする⁹²。

また、櫻井教授・橋本教授は、抗告訴訟と実質的当事者訴訟との関係について、「抗告訴訟と実質的当事者訴訟の振り分けが問題になるケースでは、原告の権利利益の実効的救済を図るという観点からみていずれが合理的といえるかという、機能的アプローチによって判断することが有用である」とする^{93 94}。

このような提案は、現行の行政事件訴訟法の仕組みを基本的に維持しつつ、私人の権利の実効的救済に資するものであると考える。

ウ 職権主義の充実

従来、当事者訴訟については、当事者訴訟に準用されている規定の意義の乏しさなどの理由で、当事者訴訟と民事訴訟を区別する意義に疑問を持たれていた⁹⁵。

しかし、通常の民事訴訟における弁論主義であると、訴訟追行の巧拙で結論が左右されることもある。行政活動に関する訴訟は、公益に関する訴訟であり、法の支配の実現に資する機能もあることから、ある程度職権主義による結論の（相対的）正しさを確保することが重

体法の立案過程を顧みると、法律の目的達成のための許可制等の規制手法、計画手法、契約手法等の法的手段が全体として合理的であるなら、行政行為、行政計画、行政契約などの個別の法技術が用いられることになる。処分性の有無を考慮して法的手段を変更することはないように思われる。また、処分性の有無は、取消訴訟の対象として救済を与えるかどうかの問題であり、権利救済の観点から訴訟法上検討すべき問題であり、実体法の立案の際考慮すべき問題でないとも考えられる。それゆえに、訴訟法の分野において、処分性の拡大や当事者訴訟の活用により行政訴訟の門戸を広げることを期待するのである。

⁹² 齋藤浩「行政訴訟類型間の補充性について」『立命館法学 2011 年 4 号（338 号）』45 頁。

⁹³ 櫻井・橋本・行政法 354 頁。

⁹⁴ 抗告訴訟と実質的当事者訴訟との関係についての機能的アプローチと後述のエで紹介する当事者訴訟と民事訴訟との関係についての機能的アプローチを推し進めて考えるなら、訴訟選択の問題は、私人の権利救済と公益の実現を図るため最も適切な訴訟類型が選択されるべきとするのであろうか。解釈論の枠を超えるところがあるが、私人にとっては、権利救済されれば訴訟の形式は問わないのであろうから、権利救済を図る柔軟な考え方である。

⁹⁵ 宇賀・行政法概説 II 375 頁。

要であると考え。この点について、塩野教授は、「取消訴訟においては弁論主義になじまない要素があることは否定できない。ここで問題となっていることは、公益の実現のために発動される行政行為が適法になされているかどうか、というまさに公益に関係することなのである。その意味では訴訟の帰趨を当事者にまかせてしまう弁論主義は取消訴訟に相応しくないといえそうである。あくまで客観的な真実の究明を、法律による行政の原理を実現させる方向で当事者もそして裁判所も協力すべきではないかという議論も十分成立する」とする⁹⁶。

現行の行政事件訴訟法においては、職権証拠調べの規定（第 24 条）が当事者訴訟に準用されている。実際は、職権証拠調べはほとんど行われていないようである。ただ、塩野教授の「実際にも、この規定を働かして、職権証拠調べをするという例をあまり聞くことがないが、この規定の存在を前提とした訴訟指揮によって、当事者に立証を促すことがあるということである」という論述に留意しなければならない⁹⁷。

また、宇賀教授は、「実質的当事者訴訟活用論の立場からすれば、職権証拠調べが実際にほとんど行われていないから実質的当事者訴訟と民事訴訟を区別する実益がないとすべきではなく、職権証拠調べを積極的に行うべきということになろう」⁹⁸とするが、筆者も、職権主義の充実という立場から賛成である。

また、職権主義を充実することにより、行政主体と比較して訴訟追行上の能力に劣る私人の立場を強くし実質的に当事者対等に資する側面もあると考える⁹⁹。上記の職権証拠調べも運用次第で当事者対等に資するが、2004 年の行政事件訴訟法の改正により、審理の促進・充実という観点で、裁判所が、行政庁に対して、処分・裁決の理由を明らかにする資料の提出等を求める釈明処分の特則が新設され（第 23 条の 2）、当事者訴訟についても準用されているが（第 41 条第 1 項）、同様に当事者対等に資するであろう。

エ 公法の範囲

当事者訴訟を活用するためには、当事者訴訟が認められる場合を明らかにしなければならない。春日修教授は、「裁判例が整理され、当事者訴訟により救済を求めることができる場合が類型化・明確化されて初めて、当事者訴訟の活用可能性が開かれるようになるものと思われる」とする¹⁰⁰。

⁹⁶ 塩野・行政法Ⅱ152 頁。

⁹⁷ 塩野・行政法Ⅱ153 頁参照。なお、日弁連案においても、行政決定の違法を争点とする民事訴訟においては、是正訴訟の審理の規定を準用するので、職権証拠調べの規定は当該民事訴訟にも適用になる（第 3 条第 5 項、第 37 条参照）。したがって、公益確保の最低限の保障はあると思う。

⁹⁸ 宇賀・行政法概説Ⅱ376 頁。

⁹⁹ 宇賀・行政法概説Ⅱ223 頁。

¹⁰⁰ 春日修「当事者訴訟の歴史的展開」『愛知大学法学部法経論集』208 号（2016 年 9 月）63 頁。

この点に関連して、「改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会報告書」29頁以下に「公法上の法律関係に関する確認の訴えに関する主要な裁判例」として、当事者訴訟のうち確認訴訟について、公法上の権利、義務、地位等に区分して一定の類型化が行われているが、当事者訴訟全般にわたって更に詳細な類型化が行われることを期待したい¹⁰¹。

ところで、宇賀教授は、当事者訴訟と民事訴訟との区別に関する機能的アプローチについて、「当事者訴訟と民事訴訟の区別は、当事者訴訟に適用される手続規定を適用することが当該紛争の合理的解決に資するかという観点から両訴訟を区別しようとするものである。・・・24条（職権証拠調べ）の規定は公共性の高い訴訟において、証拠の提出を当事者任せにせず、裁判所が自らのイニシアティブで証拠調べを行うことにより適正な審理を期するためのものであるから、証拠調べにつき当事者主義を採ることが公益に照らして問題があるような場合は、当事者訴訟と解し、24条の規定を準用すべきことになる」とする¹⁰²。

この機能的アプローチを採るにしても、結局は、「公共性」「公益」の有無・程度により、当事者訴訟と民事訴訟を区別するものである。当事者訴訟を活用するためには、かつて公法上の権利義務として論じられていた公権、公義務等を再検討するとともに、1で論じた「公益（公共の福祉）概念の内在的探求」をすることによって、公法の範囲を具体的に確定することが必要であろう¹⁰³。

むすび

本稿においては、立法学（法政策）の立場から公法的規律の根拠・内容を解明することを目指し、行政行為の効力、行政救済法に関する若干の法技術的検討（立法的な制度設計）を試みた。その際、筆者の能力を超える行政法学プロパーの問題に踏み込んでしまった。

『公法と私法』という表題の書籍は、筆者の知る限り、美濃部達吉教授、田中二郎教授、塩野

¹⁰¹ 高木教授は、当事者訴訟について、「四条前段の訴訟の他、憲法に直接基づいて損失補償を求める訴訟、命令又は条例の無効確認訴訟、土地利用計画の違法確認訴訟、行政指導に関する書面の交付を求める訴訟、特定の土地の指定区域等該当性確認訴訟、届出有効確認訴訟、国又は公共団体によって侵害された生活環境、名誉・信用等の回復を求める訴訟などを例示することを検討すべきであろう」とする（高木・行政訴訟論 50頁参照）。また、大橋教授は、当事者訴訟について、①処分ではない行為形式に対する行政訴訟、②公法上の権利、義務を争う訴訟、③処分の無効を前提に公法上の権利、義務を争う訴訟、④形式的当事者訴訟の4つがあるとする（大橋・行政法Ⅱ 272頁）。同様に、櫻井教授・橋本教授は、公法上の確認訴訟の基本パターンとして、①処分性の認められない行政の行為につき違法であることの確認を求める訴え、②行政の行為を直接争うのではなく、原告の権利義務関係に引き直した上で、原告の権利・義務・法的地位等の確認を求める訴え、③行政処分が無効であることを前提に、現在の法律関係（原告の権利・義務・法的地位等）について確認を求める訴え、の3類型があるとする（櫻井・橋本・行政法 357頁）。

¹⁰² 宇賀・行政法概説Ⅱ 374頁。

¹⁰³ 1(4)で示した表のように、公法の範囲の大枠を示すことはできても、具体的な公法の範囲を示すことは簡単ではない。例えば、私経済行政の分野である国や地方公共団体の私法契約について、国や地方公共団体がその所有する土地を私人に売却して、私人が代金を支払わないときは、民事訴訟であろうが、契約の際の入札資格に不当なものがあるとするときは当事者訴訟になるのであろうか。

宏教授という各時代の行政法学の第一人者が執筆している。次世代の学説により、筆者の問題意識にも応えるような現代に相応しい公法概念を提示する『公法と私法』が著されることを期待して結びとしたい。