

論 説

二十一世紀における行政法学発展の新しい動向

城 仲 模

はしがき

壹、現代行政法学の重点素描

貳、新世紀における行政法学の展望

結語

はしがき

本稿の目的は、学界において関心の高い行政法学上の諸問題を論じることではなく、近代法治国家における行政法学の可能な発展について広く論じることにある。

ある法学が、未来、どのように発展するかを正確に予測することは容易ではなく、特に行政法学のようなあらゆる法分野に関係する法学について、総論にしろ、各論にしろ、これから100年の発展を予測することは極めて困難である。しかしながら、M.H. エイブラムズが「鏡とランプ」⁽¹⁾のなかで示唆してくれたように、過去の発展を回顧し、現在の事象を把握することによって、未来を予測することも不可能ではないと思われる。

ドイツやオーストリアの公法学者が重要な論述をするときに、19・20世紀における行政法学発展の軌跡を詳しく取り上げることが多いのも、その

(1) M.H. Abrams, *The Mirror and the Lamp*, London, Oxford Univ. Press, 1971.

ためである。⁽²⁾わが国の行政法学者陳新民氏が「ドイツ行政法学の先駆者—⁽³⁾ドイツ十九世紀行政法学の発展」で論述した19世紀は、ドイツ行政法学の萌芽、発展について最も重要な時期であった。また林紀東氏は20世紀の前半に「⁽⁴⁾五十年来の行政法」と「⁽⁵⁾五十年来の中国行政法」を書いている。前世紀の後半に、私も「⁽⁶⁾四十年来の行政法」で、1950年から1990年に至る、国内外の行政法学、法治行政、法制等、理論面及び実務面における発展について論じたことがある。行政法学の歴史をみることは、単なる過去の回想ではなく、行政法学を認識する上での必要かつ最適な教材を得ることであり、又将来の発展を予測するためにも役立つのである。

本稿は、2000年12月24日に第4回東亜行政法学会学術総会の閉会式で行った学術講演の原稿と、翌年7月3日に最高行政裁判所と高等行政裁判所の裁判官に対する専門講演の原稿に加筆したものの一部である。

(2) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* 1. Band. 3. Aufl. München u. Leipzig, 1924, s. 26ff; Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Bad Homburg V.D. Höhe, Berlin, Zürich, 1966, s. 80ff; Ernst Forsthoff, *Lehrbush des Verwaltungsrechts*, 1. Band. 9. Aufl. München u. Berlin, 1966. SS. 17~39, 39~56;; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. München, 1995, s. 12ff.; Hans J. Wolff. Ott Bachof, RorStober, *Verwaltungsrecht I*, 11. Aufl. München, 1999. SS. 92~161; Ludwig Adamovich, *Handbucyh des Österreichischen Verwaltungsrechts*, Erster Band: *Allgemeiner und Formalrechtlicher Teil*, Wien. Springer Verlag. 1954, s.33ff.

(3) 陳新民「憲法体制と法治行政」(『城仲模教授六秩華誕(還暦記念)論文集(二)行政法総論篇』、三民書局発行、1998年)、1頁以下。

(4) 林紀東「五十年来の行政法」(上)(『法律評論』27巻6期、1961年)、3~8頁、同「五十年来の行政法」(中)(同誌27巻7期、同年)、2~6頁、同「五十年来の行政法」(下)(同誌27巻8期、同年)、2~5頁。

(5) 林紀東「五十年来の中国行政法」(『張金鑑先生六秩華誕(還暦記念)論文集』1962年)、115-120頁。

(6) 城仲模「四十年来の行政法」(『法令月刊』41巻10期、1990年)、64頁以下。そのほか、翁岳生『我が国における行政法四十年来の発展と海峡兩岸四〇年(上)』、1994年に掲載、『法治国家の行政法と司法』月旦出版社、1994年、267頁以下。

壹、現代行政法学の重点素描

ここでいう「現代」とは、1950年から現在に至る約50年間をいう。この時期には、法治主義が発達した国々⁽⁷⁾では、行政法学の内容が進化充実し、成熟期に入った⁽⁸⁾。

この50年の行政法学の軌跡は、法系や国の事情の違い、又は法学者が各々重視する問題関心によって、様々な側面から描写することができる。「行政法は政治、社会、経済と法学のからんだ蜘蛛の巣である（administrative law is a tangled web of political, social, economic and legal strands）⁽⁹⁾」と言われている様に、膨大な行政法の内容を整理して、より具体的かつ明確に、その発展の軌跡と趨勢を探り出すことは、容易なことではないが、以下、筆者の関心から整理した重点を幾つか挙げておきたい。⁽¹⁰⁾

1. 固有体系としての行政法学の確立。

百年余前、オットー・マイヤー教授が、行政法学は行政学から独立し、独自の法学の一分野として確立されなければならないと力説したように、行政法学が独自の法学の一分野として確立することは、ここ数十年の間、公法学者の一致した願いであり、目標であるとともに、今日の行政法学発展の軌跡でもあった。⁽¹¹⁾

(7) Francis Fukuyama, *The Great Disruption: Human Nature and the Reconstitution of Social Order*, New York, Free Press, 1999, p.

(8) 詳しくは、前掲「四十年来の行政法」69-77頁参照。

(9) Harlow and Rawlings, *Law and Administration*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1984, preface. xxiv

(10) 詳しくは、前掲「四十年来の行政法」及び『法治国家の行政法と司法』を参照。

(11) Vgl. Wilfried Fiedler, *Effektiver Rechtsschutz durch die Exekutive?* (Aufgaben und Funktion der Verwaltung in neueren Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts) in: *Entwicklungstendenzen im Verwaltungsver-*

行政法学の重要な発展⁽¹²⁾としては、第一に、公法理論の深化が見られたことである。各種法系との学理上の交流と法制上の相互参照・融合が行われたことが公法理論の深化を促したことは疑いない。また、行政の独立自主に関する学問的枠組みの構築、行政主体の定義と位置付け並びにその優越性理論に関する研究と反省や法による行政という原理の現代的意義などの問題が公法理論の深化に寄与したし、その意味では、公法と私法の役割分担、公法人と私法人の制度上の区別、行政事件の観念と公法体系との関連、立法権と行政裁量の問題、行政処分の司法審査、地方自治の本旨なども注目すべき事柄である。

第二に、憲法と行政法とのより緊密な提携が生まれたことである。

オットー・マイヤー教授は、名著「ドイツ行政法」第三版の序言で、「憲法は失われても、行政法は永遠に存在する (Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht)」と述べた。この名言は、当時、大きな反響があり、支持された。当時はドイツ・ワイマル憲法が制定された直後で、新旧憲法は君主制から共和制へと重要な原理の変更があったにもかかわらず、それに伴う大きな社会的変化は見られなかった。また法政思想にも革新的法原理の出現が無かったため、専門性、技術性を持つ行政法は、その法体系のまま継続的に適応することとなった。しかしながら、最高位の基礎規範たる憲法の根本原理に重大な変化が生じた場合、行政法も憲法原理の転換に伴って変化すべきである。行政法は憲法の試金石とされ、具体的な憲法と称されるようになった。ドイツや日本において、50年前の基本法や新憲法が公布された後、行政法学、法制と実務においては、根本的な転換が行われたことから証明されている。以上からも分かるように、憲法の基本精神、原則、規定等が、行政の諸法規の中でどのように反映されるのか、また、公法や行政法を如何に憲法の基本原理と結びつけて、運用す

hrensrecht und in der verwaltungsgerichtsbarkeit, (Gesamtredaktion: GeorgRess), 1990, s. 321ff.; Wolff. Bachof. Stober, aaO. SS. 147-170

(12) 詳しくは、前掲「四十年來の行政法」、72頁参照。

るかは、現代の法治国家において要求される課題である。もしこれらを放棄した場合、その法治国家は、紙上の民主主義や紙上の法律と言われるような形式的な法治主義に留まってしまう可能性がある。

第三に、給付行政関連の法規の整備と新規化が進んだことである。

現代の法治主義が福祉国家として機能するために、国民に対して憲法に規定された各種の社会権の実現を積極的に行う給付行政という概念が生まれた。この給付行政あるいは保障行政ともいわれるが、これに関連する事柄を規定する法規は、主に公法に属するが、時には私法によって定められていることもある。例えば、1、社会保険2、サービス3、供給（水、電気、ガス）と交通手段4、経済援助5、預金銀行と公法上の福祉機構6、文化施設（歌劇場、博物館）7、各種競技の挙行等。

第四に、行政法の判例政策（Politique jurisprudentielle）

英米は判例法の母国であるが、ヨーロッパ大陸でも、フランスの行政法は殆ど判例法からできている。特に行政法一般原理、行政行為法、行政契約法、国家賠償法、行政訴訟法等は、学理研究の成果ではなく、国家行政裁判所が長年積み重ねてきた判断の集積によるものである。フランスの著名な行政法教科書の巻末に「判決決定索引」が殆ど附されていることも決して偶然ではない。この50年来のドイツや日本の行政法学の発展も英、米やフランスに深く影響されて、事例研究が最も重要な行政法学の研究方法となっている。

第五に、行政訴訟が行政法学の最重要部分となったことである。

形式的法治国家の時期には、行政訴訟は、行政機関が違法に人民の権利を侵害したとき、「列挙規定（Enumeration sprinzip）」の枠のなかで消極的、受動的救済の役割を演じるにすぎなかった。その後、実質的な法治主義が求められるようになって、行政訴訟は依然として消極的に人民の自由権利を保護するにすぎなかったが、次第に主導的に行政機関の不法行為（違法と不当）に対して「概括条項（Generalkausel）」で受理の範囲が決まるまでに進歩した。社会的法治国家の理念が普遍的に重視されるようにな

ってからは、英米法系の司法国家も、大陸法系の行政国家も、全力を挙げ、行政訴訟制度の第一要務を民権保障にあるとし、法制上更に精密な整備や改革を行い、民刑事訴訟制度と同様に、独自の法理基礎をもつ新しい公法の裁判手続の規範を設けるに至った。

2. 行政法の一般理論と各論

行政法は、行政権を主な規律対象としているが、行政権の作用が及ぶ範囲は広範で、その対象も複雑であり、特に国ごとの差異が大きい。そして行政法学の発展も比較的緩やかであり、未だに統一した行政法典が誕生していないだけでなく、行政法の一般原理や原則を整理された形で見つけ出すことも容易でない。だが、法治政策を確実かつ穏便に執行するため、各種の法制の整備について、各国は相当効果を挙げている。その中でも、日本とドイツ、フランスが最も著しい成果を挙げている。法による行政の要求を貫徹するためには、公務員の素質の良否とか、行政裁量制度の全体構造の未完成などの要素に直面せざるをえず、法実証主義又は実証法学は尚相当に発展する余地が残されている。行政法総論の内容をどうすべきかに関しては、依然として結論に至っていない。フランスの Jean Rivero 教授は、その著書「フランス行政法」(1980)の7分の3を行政裁判に割いているが、André de Laubadère 教授は、「行政法論」(1980)の中で、「行政司法」について、4分の1強しか頁を割いていない。しかしながら同書は、「行政機構と行政機能」が2分の1程の割合を占めている。これは英米の行政法教科書とも大きな違いがある。米国学者の重点は行政過程、委任立法、裁決手続、国会監督、司法審査などで、その内容は殆ど行政手続法から引き出されている。英国の行政法の内容はドイツのものと似たところがあり、例えば David Foukes 教授の「行政法」(5版、1982)は、行政機関、立法と行政、行政命令、行政手続、審判裁判所、権限踰越、権限濫用、自然正義或いは公平、理由つきの強制、法律の錯誤、司法審査、行政上の契約(The Contracts of public procedure)、行政上の不法行為責任と行

政監察使などである。ここ数年、ドイツで流行している Hartmut Maurer 教授の「行政法総論」では、行政裁判を専門的に論じていない。Hans Peter Bull 教授の「行政法総論」は、全体359頁の中で、法規命令や地方行政命令について紹介しているのは1頁足らずである。Norbert Achterberg 教授（著作）と H. V. Erichsen 教授（編者）、それぞれの「行政法総論」では「行政組織」の章を置いているが、日本の遠藤博也教授の「行政法スケッチ」（1987年）と兼子仁教授の「行政法総論」（1983年）は、「行政組織」を重視していないのが特徴的である。大陸法系の行政法総論で、最も注目されている特別権力関係理論は、注目された状況のまま全盛期を迎えたが、次第に疑問視され、修正を受け、緩和にまで至った。法律階層理論の構成については、特に行政命令の制度が未だに完全には発展しておらず、様々な学説があり、各国でも混乱していることから、次第にこれらをまとめようとする動きが出て来ている。また、行政処分概念の明確化と理論の進歩、成熟化などについては、現代行政法学の変遷の中で大きく進展を遂げている。

行政法各論の部分について、日本行政法学者、和田英夫教授は、第一篇「侵害行政」で、租税行政法、公用負担法を、第二篇「規制行政」で、警察法、経済行政法、環境行政法を、第三篇「給付行政」で、公企業法、社会保障行政法、資金補助行政法を、そして第四篇「助長行政」で、開発行政法、都市計画法、文化教育行政法などが含まれるというような編成を建議している。遠藤博也教授はその「行政法Ⅱ（各論）」（1977）で、第一篇「行政組織法」には、国家行政組織法、地方自治法、機能的な行政組織法、公務員法が含まれ、第二篇「生活行政法」には、警察法、公企業法、経済行政法、社会保障法が含まれ、そして第三篇「生活環境行政法」には、公共施設法、都市計画法、開発行政法、環境保全法が含まれるというような構成を採っている。いかに行政法総論と各論の内容を編成すべきかについては、行政法の（一）総体発展の適切な把握、（二）研究方法と理論構造の分析、（三）人民、公務員、法曹の行政法に対する知識論上の深さ、

(四) 行政法学に対する批判と反省、(五) 現代法治主義における普遍的な認知と実践、(六) 特に行政法各論に対してより整理されており、それは民法各編が総則編に、債権各論が債権総則に、各種の物権が物権総則に、刑法各論が刑法総則に対するように、その地位の重要性は、「行政法各論は行政法総論の試金石であって、総論の具体化である」と言われている⁽¹³⁾。従って、その進化の変遷の原動力、スピード、幅、質量の中身は、自然に公法学界の注目される焦点の一つとなった。

3. 秩序行政法から給与行政法への推移⁽¹⁴⁾

今日に至るまで、行政法は消極的な維持から積極的な創造革新へと変身して、統治と管理の思想から給付とサービスの作業に取り組んでいる。つまり法治国の行政の単純任務は、次第に複雑で無限の社会国の行政責任に変わりつつあり、また日々増加している。両者はある確実な(相互消長の)緊張関係にあるが、相互に補完する関係にもあるから、絶対に自己矛盾したり、排斥したりすることはない。行政権は、次第に拡大し、社会統制作用の主体(主導者)的地位を占めるに至った。しかしながら、この時期の行政権の拡大は百数年前の行政権の拡大とは内容が大きく異なり、過去の政府権限の拡大は本質的には支配の観点から人民の反応を考慮することがなかったが、現代の政府権限の拡大は民主の力によって支持され、その本質はサービス或いは授益にすぎない。即ち、行政法発展の動向は、消極的に社会の病態を排除するだけでなく、民主、法治、福祉の方向に向かって進み、政府は国民社会権の充実や利益の積極的な求めに責任を負ものである。それ故に、行政活動の方式と行政の法律的行為の形式はいずれも多様な選択態様が示されており、行政法の発展をより複雑にしている。

現代行政の目的、内容と手段は、いずれも多元化を示めしており、行政権の影響範囲も次第に広がっている。資本主義社会の高度発展の結果、人

(13) 詳しくは、前掲「四十年来の行政法」72頁参照。

(14) 詳しくは、前掲「四十年来の行政法」74頁参照。

民の生活は自律調整の機能を失ったから、必然的な悪害—例えば価格の独占、配分の不均衡、労資の対立、保育、養老、養護の欠如、公害、自然災害、人為災害などをもたらす。それ故、政府は介入して、人民を保護する責任を負わなければならない。蓋し種々の近代化行政措置に関する人民と政府との関係は依頼と依存の関係にあり、公権力に対する「他律性」が特に高いからである。行政作用の中で、新しく発展して来た行政計画、行政指導、行政契約、行政調査、行政過程などは有機的に結合しているが、これは今日の行政法の新たな課題である。現代の行政は過去の消極的自由権（政治性）の強調から、積極的な社会権（経済性）の取り組みに重点を置いている。

貳、新世紀における行政法学の展望

民事法、刑事法の分野は、人類の社会生活、文化程度、倫理道德などと密接な関連を持っており、二百年たっても、その基本的構造はあまり大きく変わっていない。行政法学の分野は、行政法学の発展の遅れや、憲政思潮、民主自由平等、人権保障、政治組織、社会環境と科学技術の急速な変化などに影響され、変動しやすい。本論文では、過去の実験や広範な角度から帰納的に整理してみたが、極めて複雑な未来における行政法学の動向を全て正確に予測することは容易ではない。新世紀における行政法学の発展に対する、新しいテーマ、中身、展開、創見の研究は、総合的に推敲しなければ、真実の答えを捉えることはできない。以下、行政法学の発展の主な動向を挙げておく。

1. 「民主化」と「積極行政」の最深化

今日我々が言う民主とは、「人民は主人であり」、「国民主権」、「主権は民にあり」、などを意味するに他ならない。人類の歴史を遡って見れば、「民を本とする思想」とか「民主意識」は、古い文明の国々の著作の中で

既に言及されている。⁽¹⁵⁾

ここで論じる「民主化」は、人類が数千年の帝王の専制、寡頭、独裁、権威、極権統治の後、二、三百年来次第に個人主義、自由主義、平等原則、開放の社会、多数決原理による少数意見の尊重、人民参与、法による統治と責任政治など理性的な措置によって示された政治の意識形態で、我が国の憲法も、主権は国民全体に属すると掲げている。その具体的な意味は、国家は人民が共有し、政治は人民が共同に統治し、福祉は人民が共同に共有する（第1条と第2条）、これは民主化の明確な宣誓でもある。

アメリカ全国民主基金会総裁 Carl Gershman は「政治制度」、「政軍関係」、「民間社会」、「社会経済発展」、「政治リードの構造」及び「国際環境」などは民主制度を強化し、民衆（特にエリート）が民主のゲーム規則⁽¹⁶⁾に対する決定的な影響を深化すると述べている。従って、行政法学と行政法律に関する研究設計において、これらの問題について、緻密な法律を制定し、グローバルな民主化の発展と安定を確実ものとしなければならない。

行政法学のこれまでの発展史を振り返ると、19世紀中葉後期の約 8、90 年間、欧日は成権官僚の影響を受け、行政権優越性の特質が徹底的に現れている。この時期の行政法は、「消極的行政」の学理と環境に置かれ、消極的・防止的・閉鎖的理論の開発と憂患意識がその基本の構造である。⁽¹⁷⁾

(15) 薩孟武『政治学』1957年増訂新版、167頁以下。梁啓超『先秦政治思想』台湾中華書局、1966年第4版、29-36頁。張金鑑『西洋政治思想史』三民書局、1973年、69-75頁。（古本）莊子、在宥篇（人民本性に順応する）、管子、牧民篇、「政之所興、在順民心、政之所廢、在逆民心」、鄧析子、執事篇、「目貴明、耳貴聰、心貴公、以天下之目視、則無不見；以天下之耳聽、則無不聞；以天下之智慮、則無不知。得此三術、則存於不為也。」Chung-mo Cheng, aa0. (Der ideelle Hintergrund Chinas) S. 91.

(16) Carl Gershman and H.M. Tien, Conference Report: *Introduction, International Conference on Consolidating the Third Wave Democracies-Trends and Challenges*, Institute for National Policy Research, Taipei, printed by Evergreen International Corporation in Taipei, Aug. 1995, pp. 6-8.

が、全盛期の半ば以後に出版された行政法学の名著や教科書から、「積極行政」或いは「給付行政」「福祉行政」へと転換する情勢が見られるようになる。それ故に、教育、科学、文化、経済、労働者、農漁牧業、交通電気通信、国民住宅の建設、社会福祉、環境保護、消費者保護、知恵財産、厚生医療保健、公共安全と消防、国土開発利用、災難救助、資金賃借等、次第に行政法制の焦点となり、ある種の積極的、実務的に対処する雰囲気⁽¹⁸⁾となっている。だが、各国の成果は、必ずしも同様ではない。先進国の一員として、この方面では、我が国はドイツ、フランス、イギリス、アメリカや日本諸国とは殆ど比較にならない。この格差を如何に縮めるかは、本世紀における行政法学界、政府と立法部門が担わなければならない任務である。

2. 「法治社会」の価値と信念の持続

法治とは、国家の立法機関が人民の公意を集めて法律を制定して、法律を以って国家を統治することである。国家或いは法律は人間の制度で、人の願望と要求から由来し、法治の根本理念は「制度」を建てることに⁽¹⁹⁾ある。法治は民主を実践する方法と手段であって、それ自体は目的で

(17) Ernst Forsthoff, aa0. (Lehrbunch) SS. 57-77; Walter Jellinek, Verwaltung-srecht, Verlag Dr. Max Gehlen, Berlin, 1966, SS. 87-98; Wolff . Bachaf. Stober, aa0. SS. 108-128; 鶴飼信成『行政法の歴史の展開』154-190頁。

(18) Ernst Forsthoff, aa0. SS. 34-39; Ernest Forsthoff. (Rechtsstaat in Wandel) aa0. SS. 27-56 (Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates) und SS, 111-128 (Die Daseinsvorsorge und die Kommunen), K. Stern, aaO. SS, 588-599, 599-627 : Ludwig K. Adamovich und Bernd. Christian Funk, aaO. S. 9f. 中富公一「社会国家の理論から産業社会国家の理論へ—E. フォルストホッフの現在国家分析の検討—」(「法政論集」149、名古屋大学、室井力教授退官記念論文集、1993年、277-294頁参照。

(19) See also Franz Neumann, *The Rule of Law-Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Berg Publishers 1986, (…the state and the law are neither ereations of God nor institutions of the devil; that they are neither super-nor sub-human institutions, but that they are simply human institutions

(20) 法治社会の形成は、立憲主義の下で憲法を最高規範とする法階級秩序を遵守しなければならない、それ自身はある種の規範集団である。⁽²¹⁾ 法治は人々が約束し合って社会生活を営む方式の選択であって、既に極めて高い価値を持つ文化体系の一環をなしている。世界の国々を見ると、例えば社会の富強穩固の英米独仏日或いは衰弱動搖のエジプト、インド、パキスタン、中南米が、法治を尊重し、実行しているかどうかということに関連があるように見える。

法治理念は、時代や国々の移り変わりと共にその定義内容も変化するようだが、⁽²²⁾ 主観的な人の統治を避け、法の安定と妥当性を達成しようとして、国家機関が公平合理的、協和的に政治要務を処理することについては、殆ど異論は出ない。⁽²³⁾ 人の生命には限界があるが、社会は不朽であって、人の喜怒哀楽は、変化が激しくて予想できず、また常軌もない。それ故、近世以来法治理念は常に治国の宝として捧げられて来て、また過去の「人治（人による統治）」に対する現代人の覚悟とも言えよう。⁽²⁴⁾

法治社会の構築は、現代の国家が長く統治して、久しく安定を続ける最も有効な方法であることは、先にも述べた通りだが、その法的規範面と実質的内容面において、(一) 実質的な国家組織と機能の発揮、(二) 憲政実施の際必要且つ最低限度の法治命令（法制）の整備、(三) 法による行政の原則の遵守、特に行政手続上正当な法の手続の遵守、(四) 法階層構造

springing from the wills or the needs of men.) p. 28.

(20) See also P.P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford University (Clarendon) Press, 1990. PP. 400-411.

(21) See also H.W.R. Wade and C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University (Clarendon) Press 7th Ed, 1994, p. 24.

(22) ヘルマン・ワレンナー（大川睦夫訳）「法治国家における立法の義務について」『法政論集』149、名古屋大学、室井力教授退官記念論文集、1993年、510-519頁。
大橋洋一『行政法学の構造的な変革』有斐閣、1996年、30-37頁。

(23) 城仲模「民主の真諦と法治の真意」(『人事管理』20巻8期(236)、1983年、6頁。

(24) 城仲模、「憲法文化と法治社会の汎論」576頁。

或いは法規範階層秩序の中の「法律」と「命令」との間の明確な制度化の必要、(五) 立法者の執行者は「法は寛大に制定されて、厳格に執行されるべき」の法理の正確な把握、(六) 立法機関の行政機関への包括的な授権の禁止、(七) 訴訟を受けもつ司法人員は審判の時、中立を持ち、実質的な独立を果し、客観的な公正裁判者の役割を果すべきである。(八) 違憲審査制を確立して、法秩序の中で憲法の最高地位を確保する、ということには注意しなければならない。⁽²⁵⁾ 法哲学者 Helmut Coing 教授は西洋から発展して来た法は、欧州文化の要素でなければならぬと主張し、Adolf Laufs 教授は更に、法は人類文化の重要な構成部分であると強く主張している。⁽²⁶⁾

有名な社会分析家である Francis Fukuyama 教授は *The Great Disruption* 一書で、法治社会は西洋文明の最も誇り高い成就であると主張しているが、これは正に名言である。法治社会には欠陥が無いという人はいないだろうが、法治社会の主体価値観と信念は、未来変動の世の中でも、必ず持続する。⁽²⁷⁾

3. 国会権限の膨張における「立法政策」の重要な役割

分権、民主、法治主義の下で、国家の存立や政治経済社会文化の発展に関して、国会は枢要の地位を占め、人類が福祉を求める今日、国会の権限は質量ともに拡大し、行政法制に重大な影響を及ぼしていることは言うまでもない。当然、それに付随して起こる立法の責任も重大なものとなる。⁽²⁸⁾

(25) See also A.W. Bradley and K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 12th Ed. Longman, London and New York, 1999, pp. 103-112. 城仲模「憲法文化と法治社会の汎論」577、585-6 頁、同注 (35)。

(26) 城仲模「憲法文化と法治社会の汎論」581頁、同注 (26)。

(27) See A.W. Bradley and K.D. Ewing, *ibid.* pp. 111-112. 台湾における法治社会の価値と信念などの問題については、李宗薇、陳碧祥（司会者）『国人法治觀念認知程度之調査研究』法務部（保護司）委託研究（執行単位—国立台北師範学院）2000年3月。

(28) Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, 1991, pp. 319-320.; Bradley

過去、我が国は「非常時期」を口実に戒厳令を發布し、独裁専制の恐怖統治が行われた際の「複数の国会」を経て、立法院を唯一の国会とするという歴史を歩んできた。現在我が国の国会は、形式的には国会の形をとっているが、実質的には尊厳を失い、国会の元々の機能を果せてはいない。恐らくこのような政治現象は、歴史の流れの中で次第に消えて行くであろう。

法治国家の国務の推進、政策の形成と問題の解決には、「立法方針」、「立法計画」、「立法経済」の選択項目と選択の決定が必要である。それ故、ある種の統治行為であると同時に、高レベルの立法目標と政策の宣言でもある⁽²⁹⁾。国事経営管理や社会生活を営む上で、時として複雑で処理し難い問題が発生することがある。政治担当者は速かにこれらを発見、調整分析し、事実の真相を確実に理解し、解決方策を提出し、重点原則を形成し、現代国家の通例である立法技術を厳格に遵守し、具体的な法案を起草し、法定手続によって、国会へ法案を提出し、立法手続を完了することが求められる。この中で、例えば、正当団体の立場、利益団体の圧力、専門家や学者の意見、社会与論の反映、業者の組合の介入、外国の立法の参考、与論調査の動向及び選挙人の強引な介入等、様々な事が政策に影響を及す。だが、決め手は国会という立法機関である。国会の構成員は完全な政策制定者とは言い難いが、少なくとも立法政策の最後の決定者としての役割は果たしている。彼等の法制文化の意識、学識の修養、立法政策をどう把握

and Ewing, *ibid*, pp. 54-79.

(29) 立法あるいは立法政策は、当然「合憲秩序の拘束を受けなければならない」(Sie steht in der Verfassung, nach der die Gesetzgebung an die "verfassungsmäßige Ordnung gebunden" ist.) Werner Maihofer, *Gesetzgebundswissenschaft*, in: *Gesetzgebung*, (Gesamtredaktion: Günther Winkler, Bernd Schilcher) *Forschung aus Staat und Recht* 50, Springer Verlag, Wien. New York, 1981, S. 23.; Siehe auch dazu Theo Öhlinger, Harald Kinderman, Herbert Ent, in: *Methodik der Gesetzgebung-Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*. (Gesamtredaktion: Theo Öhlinger) *Forschungen aus Staat und Recht* 57, Springer-Verlag, Wien. New York, 1982, S. 26ff, 43ff, 213ff

するかについての広汎な視野、行政法制度に対する認識と自己の職務責任に対する慎重尊大な態度は、未来の立法の方向性とその質に影響を与える⁽³⁰⁾。例えば、我が国では始めから司法が西洋法律学の主幹であると誤認され、行政法や立法政策は重視されなかった。長年、法律案の起草、その芻議、初稿、草案から立法が完成するまで、殆ど行政実務経験者或いは司法の仕事に従事する者及び政策的な決定権は持つが、法律専門の訓練を必ずしも受けているとは限らない高級官僚が、非常態の立法を認識して、責任を担うが、その後、それを法治観念も立法起草もはっきりと理解しない⁽³¹⁾国会議員に審議させる。その時、立法者の基本態度は、祖先から歴代伝来して来た「立法は厳格に、執行は寛大に」の政策によって、個々の法律には「備えて用いず」という観念が満ちあふれ、結局は法律は殆ど道德や倫理と等しく変わらないものとなった⁽³²⁾。我が国の法律においては、その絶対多数を占めている行政法、理論体系、構造部分と意味内容などによく誤りや当をえないことがある。執法者が法を適用するとき、或いは立法の要求が現実を遙かに超えていたとか、強烈にボイコットされたとか、或いは人民の隠れた悩みに配慮するとか、それぞれの事案ごとにその事情を斟酌配慮し、選択によって寛大に対処している。このため法律効果は殆ど予測できず、法律の遂行も他の国では見られない抵抗と困難に直面した⁽³³⁾。やがて、立法と執行の分権原理も全く働かなくなった⁽³⁴⁾。

立法政策の良否は、国民の民主法治の信念、現代社会の普遍的知識、政府の各級公務員の専門知識と敬業精神及び国会議員の広い視野による専門

(30) Vgl. auch Volkmar Götz, Hans hugo Klein und Christian Starck (Herausgegeben), Die öffentliche Verwaltung Zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle-Göttinger Symposion. C.H. Beck'sche Verlag, München 1985, s. 354 ff.; auch Theo Öhlinger, aaO. S. 97ff, 116ff. また立法政策論に関しては、阿部泰隆『政策法学の基本指針』（行政法研究双書）弘文堂、1997年、42-43頁。

(31) 城仲模『基礎理論』39頁。

(32) 城仲模『基礎理論』42頁。

(33) 城仲模『基礎理論』40頁。

(34) 城仲模『基礎理論』42頁。

判断と折衷能力に基づいている。先進諸国を見ていると、立法政策や立法技術に対する自信及至全体法制公信力の権威構築やそれを尊重する態度は、実に羨ましい。日本は19世紀半ばの明治維新以来、公法の体制について、全面的に泰西主義を採用し、ドイツの法制を学んで成功した模範であると言えよう。逆に我が国の場合、近年海外各地に留学した若い学者達が徐々に帰国して、各自の留学先の国々の学理経験や実務の採用を主張するが、各々が自己のものを堅持して、互に譲り合わない。一つの公法制度についても多方推敲して、最後に最新、最高標準、最厳格、最理想の各種の立法例を採択して、多いと少ないとにかかわらず、全てのものを熔炉に入れて溶かしてしまう。このように、矛盾しあったものを無理やり一つにした法律を制定し、或いはある国の制度を丸写しにして、我が国に移植適用すれば、高いレベルの立法政策を保てないばかりか、優れた立法手続も⁽³⁵⁾無い。又、立法院の法制局は成立して既に3年が経つが、様々な理由で、設置された機能は未だ十分に発揮されていない⁽³⁶⁾。その結果、国民全体、法を執行する行政機関及び法律を適用する司法機関は重大な損害を被っている。これらは、世紀の始めの今日において、行政法学を研究し又は関心を持っている人達が更に注目を傾けなければならない課題である。

4. 「法律による行政原則」の変容と推移

「法による行政原則」は行政法学の基本原則であり、その地位は民法の信義誠実の原則あるいは刑法の罪刑法定主義に相当するものである。如何なる行政法学教科書も、これについて必要な説明が無ければ、単なる雑談書と評価される。今日に至るまで、上述の民、刑法上の主要な指導原理は、時代の変遷によって実質的な内容について重大な調整が行われている

(35) 最近の立法例は行政手続法である。羅伝賢「当前立法亟待改正的缺失」(蘇永欽主編『国会改革—台湾民主憲政的新境界』財団法人新台湾人文教育基金会、2001年10月) 370頁以下。

(36) 羅伝賢、前掲書、370頁以下及び380-387頁。

が、行政法は政治経済社会の動態と依存関係にあり、政治経済社会が常に急速に変化するものであれば、当然、この変化は、発生した事例に対して行政法を如何に適用されるかということに対して影響を与えることになる。⁽³⁷⁾世界情勢の流れと国情の差異によって、「法律による行政」の名称と訳し方もそれぞれ異なる。ドイツでは *gesetzmäßige Verwaltung*（行政は法律に適合すべきだ）、オーストリアは *Legalitätsprinzip*（法適正原則）、⁽³⁸⁾フランスは *légalité administratif*（行政の適法性）、英米は *rule of law or administration (government) according to law*（法の支配、法〔または法律〕による行政）、日本は「法律による行政」と呼ばれている。そのため、学理上、如何にその制度の意味を解析するのか、或いは行政、個々の司法の事件を審理判決しているうちに、示される意味も、時として不一致の見解が現れる。⁽³⁹⁾例えば、何が「法律の留保」であるのかについては、

(37) 修訂新版の公法書籍、Christoph Degenhart, *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht.* (schwerpunkte Bd. 13) (16, neubearbeitete Aufl.) C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, SS 120-130 (Fall 37-, ibid. pp 105-112; 我が国における関係文献は、法治文武。陳敏「行政裁判所裁判の専門研究（行政院国家科学委員会専門研究計画成果報告）」、1987年12月（行政裁判所における、法による行政の裁判に関する研究）、1-14頁。石世豪「法による行政—行政法学の終局的な挑戦—ラジオ、テレビの行政コントロールの研究を例として」中華民国行政法学会印刷、1999年12月、64頁以下。また、「法による行政の原則の実践—回顧と展望」（「新世紀台湾法制的展望」に掲載）台湾法学会編集印刷、2001年10、104-108頁参照。

(38) オーストリアは、その法治主義の歴史的発展の先進性と行政法が早期に学理研究を行ってきた成果から、「法律による行政」の用語について、初めから独自に普遍的に「適法性原則（*Legalitätsprinzip*）」と称し、Siehe dazu L.K. Adomirich und Bernd Christian Funk, aaO, S 98ff. 103-111. フランスと似ている。また、オーストリア憲法第18条1項は、「他のすべての行政は、法律の根拠があるときに初めて執行することができる（Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.）」それ故に、学者は「法律国家（*Gesetzesstaat*）」と称している。Siehe Ludwig Adamorich, *Handbüch des Österreichischen Verwaltungsrechts*, Erster Band, Allgemeiner und Formalrechtlicher Teil, Wien, Springer-Verlag, 1954, 5. 15

(39) オーストリアにおいて、基本権の角度から実質的な「法律留保」の学説思想起源を探究し、批判した70年代の傑作は、Karl Korinek, *Gedanken Lehre vom*

(一) 列举された立法事項留保理論、(二) 侵害留保理論、(三) 権力作用留保理論、(四) 全部留保理論、(五) 完全全部留保理論、(六) 国会留保理論、(七) 一般法律留保理論、(八) 特別法律留保理論、(九) 社会権留保理論、(十) 重要性理論、などのようなものが学説上挙げられる。しかし、その根本的な精神には大差無く、行政は客観的に存在する法規範を遵守しなければならない。逆に言うと、政府の行政行為は法規範の拘束を受けなければならない。⁽⁴⁰⁾ ドイツ古典にある「法律による行政原則 (Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)」をオーストリア、スイスなどのヨーロッパ諸国ではこのままの言葉を使用し、日本でも百年来これを意味通り訳している。我が国はここから半世紀以上遅れ、客観的な政局も昔と異なることから、「法による行政」と訳した。1949年5月23日公布施行されたドイツ連邦共和国基本法第20条第3項後段で「行政権と司法権は法律と法の拘束を受けるべきだ (die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden)」とあるが、上述の法適合性 (Gesetzmäßigkeit) も時代に合わせ、法適合性 (Rechtmäßigkeit) に書き換えることは可能なのか。法律と法は、まったく異なる法概念ではなく、法律自身は法の一部分であって、法 (規範) は当然 (実定) 法律を含む。西ドイツ基本法が制定された際、二者を並列したのは、自分達はこれらを区別するという表明の意図があったのかもしれない。さもなければ、法意識と法理論から言えば、単純に「Rechtmäßigkeit」と規定すれば意味としては十分である。また、古典の「法律による行政」には、「法律の優位」⁽⁴¹⁾

Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, Abgedruckt in Max Imboden ua (Hrsg.), Festschrift für Adolf J. Merki, Wilhelm Fink Verlag, München 1970, 171ff.; auch in K.. Korinek, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit. Forschung aus Staat und Recht 134, Springer Wien · New York, 2000, SS. 1-15参照。

(40) Christoph Degenhart, aaO. S. 120.

(41) Zum Detail siehe auch: Badura · Ehlers · Erichsen. Ossenböhl · Papier · Rudolf · Rübner, Allgemeines Verwaltungsrecht, (Herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen) 11. ne-ubearbeitete Aufl. Walter de Gruyter · Berlin · New York, 1998, SS. 191-200, S. 32ff · Reinbert Schauer, Handlungsmaßstäbe der

（Vorrang des Gesetzes）と「法律の留保」（Vorbehalt des Gesetzes）の二つの意味がある。前者に対する異論は少ないが、後者に関しては意味および内容に関して様々な学説があり、論争の焦点になっている⁽⁴²⁾。

今日でも、以下に挙げる各事項は、「法による行政」の原則の例外である⁽⁴³⁾が、権利保護に基づき、学会も実務界も次第に厳密に適用する傾向があるように思われる。すなわち、（一）統治行為、（二）裁量行為（特に暖益性の給付行政と服務行政）、（三）非常事態理論の下での行政機関の権限踰越行為、（四）特別権力関係の下での行政権客体の行為（半世紀以来、緩めるべきだと主張する者が極めて多い⁽⁴⁴⁾）、（五）公法上の契約行為と行政法上の合同行為、の事項である。

また、時代の流れと共に、法によらない行政が正当化される傾向が次第に強まっているが、この中には一般的に拘束されないものと、具体的な法律（法規）に直接に拘束されないものが含まれる。その際、「実質法治

Verwaltung, in: Grundriß der Verwaltung-Gslehre, Herausgegeben von Karl Wenger, Christian Brünner und Peter Oberndorfer, Böhlau Verlag Wien-Köln, 1983, S. 318; L.K. Adamovich und B.-C. Funk, aaO. SS. 402, 395-397; W. Hoffmann-Riem · E. Schmidt-Aßmann · G.F. Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts (Grundfragen), Nomos Verlag, Baden-Baden, 1993, SS. 131 und 147.

(42) 許宗立『法與国家權力』（台大法学叢書71）、1992年、117頁以下参照。

(43) 城仲模『基礎理論』13頁参照。

(44) Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 2., überarbeitete Aufl., J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tü-bingen, S. 224f.; Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, aaO. S. 121. 286f. 313f.; Christoph Degenhart, aaO. S. 130f. 室井力「現代行政法の原理」勁草書房、1975年、294頁以下（公務員法における特別権利関係論の破綻）、室井力編『現代行政法入門』（1）第4版、法律文化社、1995年、61頁以下、藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）』改訂第三版、青林書院、1995年、69頁以下、阿部泰隆『行政法のシステム（下）』有斐閣、697頁以下、塩野宏「行政法Ⅲ」有斐閣、1996年、197頁以下。我が国の行政法総論の教科書は、この問題について、多少論述し、批判している。司法院大法官の解釈においては、187号から、201号、243号、266号、295号、298号、312号、323号、338号、368号、378号、382号、396号、412号、430号と436号などは、明らかに行政法学上特別権力関係を緩和している。

国」の原理から言えば、これらのものは依然として、行政法上の一般法律の原則に拘束されるべきである。例えば：(一) 法律によっても国民権利を侵害してはならない領域が憲法で明文規定されているとき、(二) 法規⁽⁴⁵⁾では如何に規範すべきかが定められていないとき、(三) 時代遅れの法であって、未だに修正、廃止されていない場合、強行に適用させようとするれば、明らかに社会通念や国民感情に不適合があるとき、(四) 法定の内容が不明確で、顕著でないとき、(五) 法律、法規相互間に競合、衝突或いは抵触関係があつて、如何に適用の優先順序を決めるべきかについて疑いがあるとき、(六) 法規が新しい解釈や新しい判決と一致しないとき、(七) 法が具体的に禁止し、制限した範囲外の許容される領域、(八) 明らかに悪法であるとき(「法」であるかどうか、法論理上、非常に争議がある)、(九) 行政指導、行政調査、行政計画、その他行政とかかわりのある事実行為の中で規範されておらず、法規によって処理されるべきもの、即ち、それなどの法律関係は次元の地位にあるもの、及び一時的な補助金の給与など、(十) 国家が私法上の主体の地位に立ってなした行政或いは行為であつて、即ち国庫行政の中で私法に支配される領域、(十一) 又、①) 国民権利の救済事項、②) 行政官僚が広汎かつ過度に立法過程に参与した結

(45) 近年、国内憲政体制が迅速に形成されて、民主自由の風潮が正確に学習、認識を経ることなく、流行りだしたが、法制的整備は複雑であるため著しく遅れている。例えば、選挙罷免法制に関して、「総統副総統選挙罷免法」35条1項で、「政党と候補者は、以下の選挙経費の寄付援助を受けてはならない。一、外国団体、法人、個人或いは主要なメンバーが外国人である団体法人。二、大陸地区の人民、法人、団体或いはその他の機構、或いは主要なメンバーが大陸地区の人民である法人、団体或いはその他の機構。……」とあり、明確であると言えよう。しかし、中央民意の機関(立法委員)或いは県知事の選挙について、もし中国からの「政治」資金が流れ込んだら、どう対処すべきか。現行の公職人員選挙罷免法(45条の2)或いは台湾地区と大陸地区の人民関係条例は、「大陸地区の人民、法人、団体……」が候補者又は政党に選挙経費を負担した場合の規定が欠けている。立法上のミスといわなければならない。当該選罷法は去年修正されたばかりだが、以上に述べた事項について、やはり考慮に入れなかった。従って、国家を危険な立場にさらしている。

果、国会が法案起草につきコントロールする能力を失うなど、の二つの場合、「法律による行政」を堅持すべきか否か、学界も留保的な態度をとっている⁽⁴⁶⁾、などが挙げられる。

5. 行政法の「法律体系の中での位置付け」

行政法は、その時代の政経社会の様々な変化に強く影響される。百数年来、学者達は「試行錯誤」から、理論や解説実務を作り上げようと努力し、行政法の影響を伝統的な民法、刑法などとはっきりと区別することを希望してきた。これは、公権力である行政が法的規範、節制、監督を受ける必要があるという特殊性を際立たせるためである⁽⁴⁷⁾。結果的に行政法学は国家学、官房学、国法学、政治学ないし行政学から、区別されたが、行政法学をその周辺の学科と区別し、独立の法科学とする努力は、絶えることは無かった⁽⁴⁸⁾。前世紀以降、行政法学が期待していた法典化は、オーストリア行政法の四大法典—行政手続法、行政罰法、行政強制執行法とその施行法の制定分布（1925年）によって曙光がきざした。その後、チェコ、ポーランド、スイス、スペイン、イタリア、アメリカ、日本といった多くの国々が次々に行政手続法を制定したが、我が国は1999年2月に公布され、2001年元旦から施行されている。また、以下のような4種の注目すべき発展がなされた。すなわち、（一）前世紀の後半期、行政法もまた公法と私法の二元的対立が次第に模糊として来たこと⁽⁴⁹⁾、（二）行政の「法組織形

(46) 以上で述べたことは、「法による行政」が現代民主立憲国家の完整或いは絶対な法則ではないことを説明し、（多数の）国家と国家が次第に国境をなくす条約を締結するとき（例えばEU）、当該法則とその重点（例えば法律留保）が、どうなるべきか、この世紀の初めに、公法学会が直面すべき重大な課題である。このことについて、呉庚、前掲「法による行政の原則の実践」96-108頁は、異なった角度から論じている。

(47) 鵜飼信成、前掲『行政法の歴史的展開』、151頁以下。

(48) 鵜飼信成、前掲『行政法の歴史的展開』、81頁以下。

(49) Vgl.zum Detail siehe auch: L.K. Adamovich und B.-C. Funk, aaO. SS. 38-43; Dirk Ehlers, in: Allgemeins Verwalt-ungsrecht (Hrsg.) H.-U. Erichsen,

態」、「法行為形式」及び「法救済手段」が急速に多変化と多様化を示してきていること、(三) 各種の主な特殊な行政法の基準法化(例えば、教育基本法、科学技術基本法、工地基本法、公害対策基本法〔日本〕、言論基本法、農業基本法、国税基本法、中小企業基本法〔韓国〕、労働基準法、環境基準法、公務員基準法の起草など)、(四) 分裂国家が統合された後、創新的な法制規範の試み、国家間の例えば、ヨーロッパ連合 (EU)、金融制度、経済体、貿易の流れ、環境保護政策、科学技術基準、文化交流、国境出入管制の解除などにおける大規模な法制の整合、⁽⁵⁰⁾ 難民の収容と安頓、外国労働者の安置と教養、⁽⁵¹⁾ グローバルなインターネットの相互通信によって国境を越える活動の活発化から新しい行政法制が求められていること。⁽⁵²⁾

ここ十数年来、民主法治進歩の国家では、行政機関による公権力行使の制限、公共業務の民間委託と行政事務の複雑化の傾向が顕著化して来てい

aaO. SS. 34-62; 宮崎良夫「西ドイツの行政法」、「行政法学の動向と特色」(雄川一郎、塩野宏、園部逸夫編『現代行政法大系 I』有斐閣、1973年) 253頁以下、藤田宙靖、前掲『行政法 I (総論)』39頁以下。

(50) 大橋洋一『行政法学の構造の変革』有斐閣、1996年、287-291頁、38頁、177頁参照。

(51) Vgl. dazu auch Matthias Pechstein, Christian Koenig, Die Europäische Union, 3. Aufl. MohrSiebeck, Tübingen 2000, SS. 1-27, 282-305; Thomas Oppermann, Europarecht 2. Aufl., Verlag C.H. Beck, SS. 73-101, 101-177, 823-906; Dirk Ehlers, aaO. SS. 75-79, 80-99. Siehe auch Deutsches Recht zur Verwirklichung der Europäischen Union, I. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, §§ 23, 45, 50, 52, 76, 88; Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12. 3. 1993; Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Regierungen der Länder über die Zusammenarbeit in Angelegenheiten der Europäischen Union in Ausübung von § 9 des Gesetzes vom 12. März 1993 Über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union. Siehe noch dazu Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. II. Mohr Siebeck, 1998, (Literaturauswahl) S. 325ff., Europäisches Gemeinschaftsrecht (S. 331f), Erläuterungen I und II, Rn. 16-93

(52) 大橋洋一、前掲書、314-324頁参照。

る。結果的には、伝統の公法関係、私法関係と公私法混同などの一体化現象が起こっている。特に EU の発足に伴い、今後如何に発展するのか、予測し難いことから、国家間の信用と信頼関係の構築に基づき、協商、条約及び相互尊重（Interogansabsprachen,-verträge und-respekt）によって、各事例の実務的な解決・判決などにより、経験を累積することを通して、行政法系は体系的に明確化され⁽⁵³⁾と考えられる。

上述したように、行政法は、確かに法律科学の中で、伝統的な分類によって分別することができていない独特かつ新しい種類の法律的地位を確立した。しかしながら、新世紀の前半期においては、行政法は再び整頓整理の段階を迎えるであろうと思われる。以下述べることは、行政法学にとって時代の変化につれて、新たに修正や制度の整備が必要なものである。

（一）憲法と「法律」による行政の要求とに適合するため、公権力の行為⁽⁵⁴⁾に対して、やはり厳格に規律し、監督しなければならないこと（公権力性が次第に下がる表徴）、（二）数多くの私的経済行為（国庫行為）に対して、憲法保障に関わる民権事項に関して、必ず学理或いは解釈上維持保護すべきこと、（三）行政の負担が軽減され、かつ単純な私法の適用で解決できるならば、なるべく行政から「手放す」べきである（私権法律関係が又向上⁽⁵⁵⁾の象徴である）こと⁽⁵⁶⁾。そして、その体系的発展が示された結果として、行政法は憲法、民法、刑法、民刑事訴訟法、商法、国際法などと同様に、独自の体系を形成したが、ここから更に、（一）国際間の多辺結盟関係、条約、協定等主権国家の国会によって議決された後、遵守すべき国際行政的な性質の行政法、（二）憲法と直接臨接して、単純な公権力に関する行政法、（三）単純な公権力に関する行政法、（四）公権力を主体として、私

(53) 大橋洋一、前掲書、3-16頁。

(54) Siehe Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, aaO. Rn. 74-207; vgl. dazu Otfried Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, Verlag C.H. Beck, München 1999, S. 13f. SS. 95-106 und SS. 153-166.

(55) Vgl. auch Dirk Ehlers, aaO. SS. 63-71.

(56) 大橋洋一、前掲書、9-13頁。

法関係を適用する煩雑で膨大な行政法規の類別、(五) 行政法と離れ離れの社会、経済、財税行政法、といった類別を構成するが、これが将来「行政法」の新しい学理体系であろう。

6. 行政法の発展とその綿密化

行政法学はヨーロッパ、英米、共産国家、日本などにおける法系の発展、背景の差異から、各々が異なった様相を呈している。⁽⁵⁷⁾ ドイツは学説理論に、一方オーストリアは実務応用に偏重しており、フランスは判例によって理論学説を構築し、イギリスは natural justice と common law のような伝統法と司法によって時代に適応する行政法を展開する。アメリカはイギリスの法理を承継すると共に、厳密に「行政手続法」(APA) を適用する。本来共産主義の国家であるロシアと中国は、法律と司法制度に対して、その客観的な存在、その社会秩序と公平正義の維持保護に対する価値を認めないことから、現在は恐らく行政法学の啓蒙期にあるのであろう。

百年来、日本行政法の主流学説と学理の主幹は、ドイツの後を追っていたが、その間、1945年後の一時期、戦後特殊な憲政背景の下で、大幅に法律思想と司法制度を改造しようとして、⁽⁵⁸⁾ 日本の行政法学の発展に、次第に⁽⁵⁹⁾ 百家争鳴のような局面を誤ってもたらすこととなった。

以上に述べたように、近代各国間の行政法学の変遷は、(一) 伝統行政

(57) 城仲模、前掲「世界各主要国家之行政法的発展與特徴」、詳しくは、田中二郎、原龍之助、柳瀬良幹編『行政法講座第一巻』有斐閣、1996年再版、雄川一郎、塩野宏、園部逸夫編『現代行政法大系 I』有斐閣、1983年。

(58) 鶴飼信成、前掲「英米の行政法理論の限界」191頁、伊藤正己編『現代法（外国法と日本法）』岩波書店、1966年、290頁以下参照。

(59) 園部逸夫『日本行政法、行政法学の動向と特色』（『現代行政法大系 I、現代行政法の課題』）121-146頁、劉宗徳、『行政法基本原理』1998年、37-80頁。遠藤博也『実定行政法』有斐閣、1989年、兼子仁『行政法総論』筑摩書房、1983年、塩野宏『行政法 I、II、III』第二版、有斐閣、1996年、下山瑛二『現代行政法学の基礎』日本評論社、1989年、成田頼明『行政法序説』有斐閣、1984年、村上武則『応用行政法』有信堂1995年、阿部泰隆『行政の法システム（上）（下）』有斐閣、1992年。

法学の類型、（二）国家民主法治文化の程度、（三）公法学に対する基本態度、（四）研究方法の取捨などの要素に影響されたことが分かる。だが、行政執行と司法裁判の実務界の立場から、このような現象を見て、依然として懸念することがある。それは国会の立法政策や法制技術が当を失したり、機能しなかった場合である。そのため、法律が互いの矛盾、衝突、重複、競合したり、明らかな錯誤や関連法令が適合的でないというような状況が発生すれば、法律を執行或いは適用する人々はどう対処すれば良いのか戸惑い、国民もこの立法瑕疵についてより重い損害を被ることになるからである。

7. 行政法の「一般法律原則」の地位の向上又はその競合した時の解決

「立憲」は現代国家の動向であって、「憲法」があれば、必ず「法治国」の憲政体制を採用する。法治主義の導入は、行政権が立法権—法律（法）の拘束を受けなければならないことを宣誓する。

行政法学上、「法源」に関する検討は必要な前提である。⁽⁶⁰⁾ 一般的に言えば、憲法、法律、命令、自治法規、国際条約、習慣、判例解釈、国内外の重要な学説及び事例は、直接または間接的法源になる。法治国から言えば、オーストラリア憲法18条1、2項で「全ての国家行政は、法律の根拠

(60) 大陸法系国家の行政法総論の権威ある著作は、伝統的著作であろうと、最新の著作であろうと、詳しく法源の制度的規範作用を論述する。それは行政法学を研究するための重要な門鑑であって、これが明確でないと、行政法学の深奥さを知ることができないからである。Blaise Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Helbing und Lichtenhahn, Deutschsprachige Ausgabe der vierten, vollständig überarbeiteten Auflage des Précis de droit administratif 1992 (Übersetzt von Elisabeth Gasser-Wolf), S. 56ff.; Jean Rivero, Droit Administratif, 1980, 兼子仁、磯部力、小早川光郎編集翻訳『フランス行政法』東京大学出版会、1982、54ページ以下、Hartmut Mauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. Verlag C. H. Beck, München 1995, s. 58ff.; H.J. Wolff, O.Bachof, R.Stober, aaO. S. 317ff.; L.K. Adamovich und B.-C. Funk, aaO. s. 216ff.; Walter Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, s. 65ff.; 田中二郎『行政法上巻』新版全訂第2版、弘文堂、1995年、55ページ以下、塩野宏『行政法I』45頁以下。

がある時に始めて行うことができる」「各行政機関は、その権限の範囲内で、法律に基づいて命令を公布する」と規定して、西ドイツ基本法20条3項で「行政権と司法権は法律と法の拘束をうけるべきだ」としていたが、1994年修正された後のドイツ基本法同条項で「行政権と司法権は法律の制限をうけるべきだ」、20条の1で「国家は立法をもって、法律と法の規定を根拠として、行政と司法を経由して、合憲秩序の範囲内で自然の生活環境を保障する責任を負う。」とそれぞれ規定している。オーストラリア、ドイツの行政法学界は我が国の通称「法による行政」に対して、初期は「法律による行政 (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)」の用語を使っていたが、ここ数十年は法による行政 (Rechtmäßigkeit der Verwaltung)」の用語も混用している。⁽⁶¹⁾ フランスは1958年に定められた第五共和国憲法では「適法性の原理 (principe de l'égalité)」は明定されていなかったが、各種の憲法或いは行政法権威の論述と文献の中で、行政が形式的な法律と各種の実質的な意味における法令規則などによるべきことを認めている。日本は19世紀の末からドイツの公法原理を大量に移入した後 Otto Mayer の創見を「法律による行政」と訳し、新憲法の中では言及されておらず、「法治国」の言葉も使われていないが、全盤の法律思想が欧陸 (ドイツ) 化に傾いていることからドイツと同様に実質的な法治国の信念と制度の意味を持つと解するべきである。

以上のような簡潔な分析からも分かるように、行政が「法」に拘束されるべき時代的意義とは、その法源の幅については、憲法或いは法律に明文で禁止或いは制限されていない限り、実定法の範疇を越えるべきで、即ち、形式的な意味の「法律」以外に、その時代に許容される各種の「法規範」をも含むべきである。その中身は当然フランス、ドイツで重んじられている「行政法上の一般法律原則」(principes généraux du droit administratif 3 Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts) の援用を排除して

(61) Siehe W. Antonioli, aaO. s. 108; K.Wenger. P.Oberndorfer (Hrsg.), aaO. s. 318; Walff. Bachof. Stober, aaO. s. 426f.; H.-V. Erichsen (Hrsg.), aaO. 5. 20.

はならない。⁽⁶²⁾

行政法上の一般法律原則とは、行政主体が行政目的に適合するため、法規によっても解決されない具体的な事件に、性質相当な法理を選択、援用する、所謂法的価値を持って、行政法全ての領域に適用する事のできる法律の原則である。その淵源は、憲法の抽象理念（例えば人としての尊厳）⁽⁶³⁾か、繰り返し使われていて既に慣習法の確信が形成されているもの（例えば自然正義）、国内外の学説、判例（例えば信頼保護）と法理の当然の援用（例えばものごとの本質）等である。当然、行政法各論の単行法律の中でも次第に明文を以て規定され、一般法律の原則（例えば明確性の原則）となっている。現代行政法の主体には法定公権力を持つ行政機関とその事務の委託を受けた団体又は私人が含まれる。適応性、日常性、現代性、自発性、積極性と主動性を特徴とし、具体的な事件の処理を経て、行政目的と公共利益の衡平の達成を目的とする。その由来は従来の秩序行政の他、次第に焦点が民衆の生存、生活など社会権の積極的な維持保護と受益行政、服務行政などの活動に移り、その作用は全体性、統一性、継続性、形式性と専門性、技術性の傾向が強い。その手段は弾力性に富む裁量作用を用いて、公権力的な命令、強制（支配関係）或いは非権力的な各種の任意の措置（管理関係）をなす。その客体は極めて広汎で拡張され、全ての人或いは団体の各社会生活の面と国家生存経営防衛と秩序の維持保護などが含まれる。⁽⁶⁴⁾

以上で述べたのは、ただ一般的なものであって、「行政」とは何かと聞かれれば、国別の進化の状況によって異なった判断をしなければならない。現代の立法について、国会議員の良否や彼等の定期改選と有権者の判

(62) Blaise Knapp, aaO. S. 19f.; Jean Rivero, ibidem pp 80-83, 神谷昭『フランス行政法の研究』有斐閣、1965年、299ページ以下。H.-V. Erichsen, aaO. S. 173ff.; H.Maurer, aaO. S. 69ff.; Wolff. Bachof. Stober, aaO. S. 336ff.

(63) 注 (62)。

(64) 城仲模『行政法專輯（一）』1990年、32頁。

断、政党政治の争い、政党利益の略奪配分、伝統の国会議事文化等の束縛、また国際社会の急速な変化に対する対応などの要素があるため、その立法政策が客観的で公正、的確なものであることには期待されなくて、法案の審議も時間がかかり、更に国会組織の機能効率の低下で、立法機能は理想的な目標を達成できていない。このような状況の下で、更にその他の必要な措置が無く、ただ「法律」による行政の処方箋⁽⁶⁵⁾しかなく、それで法治行政が成功すると思えば、まさに大間違いである。

21世紀に入ってから、積極行政の下での給付行政、サービス行政、社会保障行政などの事項は膨大複雑であって、またこの時期において、生物化学技術、インターネット、交通コンピュータ、デジタル電子産業、知的財産、国内外の国境の境、或いは法律の適用、国際地域経済、文化、金融、貨幣組織联合体（例えば世界貿易組織 WTO）、欧州同盟（EU）、欧州経済共同体（EEC）、アジア太平洋経済合作会議（APEC）、地域衝突、或いはその他の事務事例が文化、科学、法律、政治、経済、社会など各領域に跨るような想像も及ばない事態の展開に戸惑っている。又、立法の不足、法律の欠如（Lucken des Gesetzes）、法規の不明或いは官庁における実務的な判断解釈も乏しい状況であり、参考にならない。このような状況の下で、国家の客観情勢は急速に発展しているにもかかわらず、法律制定の速度は依然として遅く、従って両者間の溝は拡大する一方で、多くの事件が解決を待っている。通常、このような時は、行政機関は、現実⁽⁶⁶⁾に直面して、「裁量」の中から「適法性」の方法を探すしかないのである。新しい世紀にお

(65) Vgl. H.-V. Erichsen, aaO. SS. 193-196.

(66) Jean Rivero, Droit Administratif, ibid. pp. 86-94; L.K. Admovich und B.-C. Funk, aaO. SS. 115-120; H. Maurer, aaO. SS. 120-125; H. Wolff · O. Bachof · R. Stober, aaO. S. 446f.; 458f.; H.-U. Erichsen (Hrsg.), aaO. SS. 204-207 · Richter. Schuppert; aaO. S. 30f.; Herbert Hofer-Zeni, Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle, Forschungen aus Staat und Recht 56, Springer-Verlag, Wien · New York, 1981, SS 2-8 · 田村悦一『自由裁量とその限界』有斐閣、1967年、266-271頁、塩野宏『行政法 I』2版、有斐閣、1996、68-71頁、室井力『行政の民主的統制と行政法』日本評論社、1989年、14-18頁。

いて、民衆は国会に対して、過去のような固執と信頼を持っていない。民衆は民主法治（文化）について相当に教育されており、社会団体とマスコミも事理や法理を宣伝していることから、自然的にある種本質的な国民の法律感情を形成している。行政機関も「行政法の一般法律原則」を採択援用する頻度が増え、更に、借用性、輔佐性、解釈性乃至抽象性、法治教育性の作用を担って、行政法の一般法律原則が諸法源の中に占める地位を顕著に向上させている。⁽⁶⁷⁾行政法の一般法律原則とは、例えば、正当手続き、公共性、比例原則、必要性、合理性、恣意の禁止、不当連結の禁止、行政の自己拘束、法の安定性、事情変更、聴証の開き、行政目的、立法目的、平等原則、公益原則、誠真と信頼保護、期待可能性の適用、経験法則、事例の正義、明確性の原則、便宜原則、考量すべき原則、理由の強制的な説明、公平処理の原則などである。行政法の一般法律原則は、学会の研究によって、そして、法曹実務と行政公務機関によって、多用されるようになってから、その法源としての役割が求められることが多くなった。また近年、我が国司法院大法官の解釈によっても頻繁にその法理論が引用され、行政法学研究の重要な課題の一つになっている。だが、当該原則とは何か、その範囲の射程はどこまで及ぶか、各原則の意味、内容について、客観的な認識論上ある程度の共同の理解があるか否か、各々の事例に援用された場合の法律効果について、救済を必要とする時、双方の当事者はどのような理由を提供するか、又、諸原則の間の競合、衝突、矛盾或いは実務の援用上発生した妥当かつ穏当でない状況において、適用の優先順序が決められない場合、如何に解決すべきか、ということに関して、立法で明定するのは問題処理の迅速な方法であるが、容易な作業ではなく、明確な基準もない。こんな時、関係機関の解釈、乃至司法機関の判決を最後の権

(67) 「一般法律原則とはすべての成文法の欠如を填補することに意義ある」(Die allgemeinen Rechtssätze dienen dazu SS. 84-87; Jean Rivero, *ibid.* pp. 80-83; 神谷昭、前掲『フランス行政法の研究』313-33頁。H.-U. Erichsen (Hrsg.), *aaO.* S. 174ff.

威認定の準則とするなど、期待されている。他方、学会は熱心に資料や文献を幅広く収集し、比較分析して、学術的論理的に推敲、比較し、研究結果を発表し、最も堅実な法律確信を形成することが新世紀における行政法学の期待される大きな役割であるかもしれない。⁽⁶⁸⁾

8. 「法制進展」と「時代進歩」との間隙の拡大

国家が法治行政を行うため、完備な法律制度がなければならない。今日、法制によって規範されるべき事項は、昔の農、商、一般工業時代とは比較にならない程多く、例えば、精密工業、電子、エネルギー、コンピュータ通信、インターネット、生物化学科学技術、優先科学、生命科学技術、移植医術など高科学技術化の事項の研究開発コントロール、また出入

(68) 1789年フランス人権宣言第16条で、権利の保障のない、権力分立のない社会は、憲法があるとは言えないと規定している。その後、自由主義の伝統理念の下で、すべて社会生活上必要があるか又は衡平合理的の要求に応じて、その後成立した国家行政裁判所の判決例によって、世界でもっとも顕著な「行政法の一般原理」の法制度を立てた。この原理自身は、憲法と同等ではなく、法律でもなく、判例法の地位があるとも限らないが、学会では「実質法」(droit positif)の法価値を持ち、憲法と同じ価値を持つと思う人さえいる。行政に対して拘束力を持って、行政行為がこの原則に違反した場合、取消することができ、人民がそれ故損害を蒙ったとき、国家賠償を求める原因ともなる。(Jean Rivero, *ibid.* pp. 80-81)。城仲模編『行政法の一般法律原則 I・II』三民書局、1994年、1997年は、20余の原則を提出したが、最近、台北大学の陳愛娥教授と第3冊の編纂を進めている。その中で検討している重要な一般原則は、以下のものである。即ち、效能原則、補充性原則、授權明確性原則、授權禁止と再授權禁止原則、個案法律禁止原則、デュー・プロセス・オブ・ローの原則、資料公開原則、永續發展原則、行政民主主義原則、自分で自分の罪を証明しない原則、行政罰の一事不二罰、立法上の不遑及原則、不当騷擾禁止原則の具体化の適用、原処分不停止執行原則、行政指導上の任意性原則、最大経済原則 (wirtschaftliches Maximalprinzip)、経済節約原則 (wirtschaftliches Sparsamkeitsprinzip)、予測をできる原則 (Berechenbarkeitsprinzip)、アメリカメディア法則の中の公平原則、汚染者負担の原則、わが国行政法上の公平合理原則などである。一般法律原則の適用、競合衝突矛盾、適用上の優先順序、又は原則違反のときの法律効果などの問題については、陳愛娥、「行政法の法源としての『法律原則』」『城仲模教授還暦記念論文集』(二)『行政法総論篇』65ページ以下。

国管理、税務、外国労働者、知的財産など法律関係の定立や修正、或いはその他の国と国との間の連盟関係の法制の制定と随時の検討修正などだけでも、行政は頭が一杯であるのに、それにも増して国民、特に e 世代新人類がデジタル時代における行政主体への期待から、まさに「完了する日がない。」⁽⁶⁹⁾ と言えよう。

以上で述べたのは、時代の進歩の現象の一部であって、もし伝統的な秩序行政、給付行政、服務行政とその他の福利、保障制度及び今後急変する地球村の現象を加えれば、人類の智慧で予測するのは、「複雑すぎて、分らない」としか言えないだろう。ここでいう「法制」は、法秩序の構造の中で、国会によって制定された法律の階層の事である。法制は国会専属の立法権の重要な機能の一つであって、古代ギリシャ、ローマから中古世紀の「黒闇時期」、文芸復興時期、近代自然法学派、社会法学派など、今日に至って、法治主義、立法権の所属と法制作用などの問題は、無数世代の法哲学者、例えば、F.Suarez, H. Grotius, B.Spinoza, J.Locke, G.W. Leibniz, Montesquieu, J.J. Rosseau, I.Kant, F.C. von Savigny, R.von Jhering, R.Stammmer, R.Laun, L.Nelson, G.Radbruch, H.Kelsen, R.Pound らは、生涯をかけて研究して、各時代にあった重要な学理と創意を提出したが、恒久性を持つ普遍的な価値の共鳴は得られなかった。⁽⁷⁰⁾ その理由は、以下のことにあるだろう。つまり、法的「本質理論」はただ思想上の推論の仮設であって、人類各時代の社会法規範現象の「実際の応用」はまた別であって、両者は併行的であり、完全に融合できるとは限らないからである。今日においても、立法機関が法律を制定する時、様々な難問に会う。

(69) 法治行政は整備された法律によって維持されることは、争いのない事実である。だが、行政自身の問題性とその重い負担、立法過程の中の政策方向と技術採択については、なお大きな論議を残している。阿部泰隆『政策法学の基本指針』弘文堂、1997年、55-107頁、275、313頁参照。

(70) 各時代の法哲学者の法思想について、Vradsimir Kubes Theorie der Gesetzgebung Forschung aus Staat und Recht 76 Springer-Verlag, Wien・New York, 1987, S. 17ff.; S. 215ff.

例えば、90%以上の法案は、行政官僚機構〈行政機関〉によって提案され、議員によって自主的に提案されることは稀であって、その数は恐らく一桁しか無いだろう。官僚が用意した各々の法案について、国会議員が各種の法制審議の専門能力を以ているかどうか、時間や熱意があるかどうか、議事規則の良否、専門家が立法審査に関与する機会、立法準則 (legistische Richtlinien) がその時代の法思想に適合しているかどうか、官僚行政エネルギー、人民の遵守する意欲及び立法技術の要求を含んでいるかどうか、政党政策と利益の考慮、選挙人による圧力、国家財務の負担能力、国際相談協定、法制内容が憲法、行政法の関心を持つ人としての尊厳と人権について、遵守しているかどうか、法制定の客観精神、立法目的、法的安定性、法的妥当性、法的可能性と経験法則を十分に考慮しているかどうか、概括条項或いは列举規定間の採択と調和、立法経済原則が綿密に考慮されて、瑕疵危険を避けられているか、法律氾濫 (Gesetzesflut) を引き起こしていないか、法律競合、衝突、抜け穴の避免、法律用語が適格であることが認同される程度に至っているかどうか、法律更新の頻度など、立法に関する多くの問題が我々は抱えている。⁽⁷¹⁾我が国の立法院における、この3年間の5会期の統計数字を挙げてみよう。第1から第4会期まで審議を待っている法案は政府と立法委員の提案がそれぞれ205件と679件で、第5会期はそれぞれ268件と254件 (委員の各別提案、少数の数箇条で完備な法案ではない)、この会期通過した法案は合計48件である。数字はものを言い、人々に法案の進み具合と真実の状況を教えてくれる。つまり、国会における立法の質と量が学理が求める程度の理想的な線に達することは、ユートピア的な考え方であって、現実的ではない。⁽⁷²⁾しかしながら、と

(71) Zum Detail siehe auch ; Günther Winkler, Gesetzgebung und Verwaltungsrecht, in ; Gesetzgebung, (Günther Winkler und Bernd Schilcher : Gesamtedition) Forschungen aus Staat und Recht 50, Springer-Verlag, Wien · New York, S. 101ff.; Ludwig Adamovich, Probleme einer modernen Gesetzestechnik, in dasselbe Buch, S. 204ff.; Friedrich Lachmayer, Legistische Richtlinien als Metanormen des Rechtes, in dasselbe Buch, S. 213ff

にかく、「生活上の原動力が立法の原動力であることがはっきりしなければならぬ（die Dynamik des Lebens soll anscheinend zur Dynamik der Gesetzgebung werden⁽⁷³⁾）」ことが、今日の民主法治社会におけるささやかな願望であろう。

以上の簡単な分析でも分かるように、時代の進歩の速さと法制整備の複雑さと緩やかさの間隙は国によって異なるが、拡大する方向にある。

9. 行政法学「研究対象」と「研究方法」との再調整

行政法学の研究は、法系の類別、その時代背景、国家の民主法治の実施状況と研究者自身の学習経験、認識とが大きく関わっている⁽⁷⁴⁾。行政法学の研究は、法学の方法を主導しているが、その方法がそれぞれ異なっていて、また行政法は憲法の具体的な実践を任務として、憲法も特に政治に影響される性格を持っていることから、行政法を研究する際に隣接法学以外の社会、自然科学に触れなければならないかもしれない。従って、本節の論述については、謙遜誠意の心を持ってこそ述べることができるものであろう。警察国家時期、専制権威が特徴であって、民を治める法律が有っても、官を治める法律はなかった。せいぜい外敵に抵抗して国家を保護するため軍隊を使用し、社会を維持保護して、治安を確保するため警察を使用することぐらいであった。法治国家時期、法制が多くて、公権力を監督する力が明らかになり、法律は制式な行政の主な根拠となって、「管理」にかかわる法律関係や関与行政の中身がなお頻繁で、この時期の末まで続き、人民にとっては、この時期は依然として消極行政の特色が漂ってい

(72) Fritz Ossenbühl, Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, (Hrsg. H.-U. Erichsen) aaO. S. 195.

(73) Günther Winkler, Gesetzgebung und Verwaltungsrecht, aaO. S. 105; Vgl. auch Thomas Fleiner, Entwurf und Gesetzesnormen, in: Gesetzgebung, aaO. S. 139ff

(74) 園部逸夫「日本行政法、行政法学の動向と特色」（『現代行政法体系Ⅰ』現代行政法の課題）、121頁以下、特に135-146頁。城仲模、『基礎理論』938-944頁。

た。給付国家時期、「給付」の觀念、生存照護が行政任務に用いられ、その内容は供給行政、社会行政と助長行政を含み、類別から言えば、教育文化と科学技術、交通、経済、社会福祉と環境保護、衛生措置など五大項目に跨がる。人民の生命は無価で、生存条件と生活品質は国家の責任と思われるこの時期において、行政に含まれる範囲の事項は無限に拡大し、また深化する傾向にあり、行政の技術にかかわる事項は精密となつて、行政機関の任務と職能も急速に成長している。⁽⁷⁵⁾ 新世紀の到来は当然に実質法治国と給付国家との総合理念を意味し、法制などの措置を受け継ぎ、更に地球村の理性的な協力の紀元へ入るべきである。

行政法の研究対象は、以下のように推測、整理することができる。

過去の政治、法律、財政、経済、社会学等「社会科学」の重視から「自然科学」の広範な領域（例えば光ディスク管理条例、科学技術基本法、電子サイン法、個人情報コンピュータ処理法、DNA 採様法、臓器移植条例など）あるいは精神、人文面の法制度の積極的な定立（例えば文化遺産保存法）が求められているが、人類が我を忘れて物の世界へ入り込まぬよう注意しなければならないであろう。

「民間関与」、「合作国家 (Kooperativer Staat)」、「公営事業あるいは公共事業民営化 (Privatisierung Öffentlicher)」、「公私協力」の理念を積極的に整合して、行政法各論の中の重点に取り入れて（例えば、公営事業の民営化に関する条例、交通建設に関する民間関与の奨励に関する条例、民間関与の公共建設の促進に関する法）、民主と法治との間に強固な一体関係をもたらす。このように、政府の一部の業務を民間に委託して、事業を協力開発することが普遍的に大量に展開されれば（行政検査の業務を民間に委託処理をするという法令はすでに長期間行政院で研究されている）、行政法の形式的、実質的な内容が厳しいものになる。従って、その基準法と各別の立法事項について、前もって速やかに準備しておくべきであろう。⁽⁷⁶⁾

(75) 城仲模『基礎理論』901-902頁。

(76) Siehe Christian Brünner, Aufgaben der Verwaltung, in: Grundriß der Ver-

予防行政、事前行政、積極行政にかかわる法律とその措置を伏先的に行うべきであり、特に少年犯罪、治安、環境、交通などの民生法案について必要である。前もって告知され、説明されれば、正当な手続もよく理解でき、事後の紛糾を避け、全面的な経済利益の目的（例えば行政手続法、後天免疫欠乏症群防治条例、921大震災住建条例）を達成できる。

特殊な状況或いは新しい情勢の下での行政は、時代に応じるため、とりわけて急速な立法を避けられないが（例えば2000年コンピュータ通信争議処理法、代替策実施条例、煙害防治法）、綿密に評価して慎重に立法すべきである。というのは過剰な立法、法体系と秩序の混乱、ゴミのような法令の制定などが、司法審理の重荷にならないようにし、そのために立法の経済とその量を特に注意すべきである。⁽⁷⁷⁾

国家の境界の突破、国家間の協力合作の維持は今世紀において、人類の重要な期待の指標である。行政法の国際化も必然的な動向である。⁽⁷⁸⁾ 国家公権力の主導と監督のもとで、国際間における、科学、技術、経済、交通、文化教育、メディアなど人類の生存条件と生活品質に影響をもたらす事項

waltungsleh, (Hrsg.) Wenger · Brünner · Oberndorfer, aaO. S. 133ff.; Gerhart Holzinger, Verwaltungsreform, dass. S. 379ff. 陳嬰琴『經濟法理論與新趨勢』中原大学財産法律叢書（五）、翰蘆出版公司、2000年増訂版、237-239頁、522頁以下。

(77) Theo Oblinger, Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen. (Skizzen zu einer Grundfrage der Gesetzgebungstheorie) in: Methodik der Gesetzgebung—Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, Theo Öhlinger (Gesamtredaktion), Forschungen aus Staat und Recht 57, Springer-Verlag, Wien · New York, SS. 21-29; auch Herbert Ent, Gesetzgebungsökonomie, in: dasselbe Buch, aaO. S. 50ff.

(78) 行政法の国際化の結果、伝統行政法と行政法学に与える衝撃は「限りなく大きい」と言えよう。国家の存在意義、主権学説とその堅持、憲法の支えている立国方針、行政法の諸基本原則など、大きな影響を受けている。人類は、智慧、能力を尽くして、これらの前例ない大変動に対応し、法治思想の変遷の問題を解決しなければならない。詳しくは Stefan Kabelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß, *Jus Publicum* 36, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, S. 1ff. 参照。

の交流（例えば、衛星ラジオテレビ法、民間航空法、航空機の不法奪取を禁止する（ハーグ）条約、外国人投資条例、経済社会の発展に関して政府が外国から借金し保証する条例）を促進して、直接的または間接的に世界平和の願いを叶えなければならない。

我が国における外国行政法の吸収過程は前にも論述したが、本国の諸々の特殊な環境にも拘らず、各国の学理や制度の差異も比較することなく、ドイツ或いはその他法治先進国家を模範とするやり方（例えば行政手続法、労働基準法、各種の福祉法など数え切れない）は、反省され、且つ修正されるべきであろう。行政法は実践が大切であり、本国の国民と政府との関係は密接であるが、我が国の客観的な条件は、ドイツ、オーストリア、フランス、イギリス、アメリカ、日本などの国々の法治基礎と全く異なっている。今後、他国の学理を研究学習して、他国の法制を移植する時、我が国法制間の有機的な相互関係、受容可能な確率、時機が成熟段階に至っているかどうかなど、前もって实际的な研究調査、又は評価する必要がある、特に我が国の行政法学研究の成果も次第に高水準に達した今日、これはより重要性を増している。列車に乗り遅れないため、またその他色々な理由のために、我が国が法治主義を学習する歩みを崩したり壊したりしないことである。

行政法学の研究方法については、各国も各説も比較的一致した学理理論はない。行政法は経済社会と密接な関連を持つことから、歴史学や社会学の研究方法を手放したことが無い。ここ八十年来、ウィーン学派の純粹法学が各国で流行し、実証法学或いは概念法学が勢いを得て、制定法をほぼ万能のものとして捧げ、主流学説の一つとなった。我が国の法学教育もまた司法法を正当として、理論の解釈を教授の旨として、実務の実例研究や判例解釈の存在を軽視する嫌いがあり、関連する社会科学或いは自然科学に対する考慮までは及んでいない。法哲学、法理学或いは行政法学の方法

(79) 葉俊栄『行政法案例分析與研究方法』三民書局、1999年、2-8頁、11-12頁。

Siehe dazu Vladimir Kubes, *Theorie der Gesetzgebung*, aaO. SS. 282-286.

論については、専門の研究者に限られており、また国家試験の科目でもないため、法学学術界においても重要視されてない。法律体系における行政法の地位が次第に上がっていることは前にも述べたが、このような具体的な公法が新世紀において重要な役割を演じているから、今後、行政と司法の実務的経験の帰結により関心を傾けるべきで、演繹的な学理の部分については、あまり智慧や精力や精神をかける必要は無いだろう。「現実」と「理想」とのバランスをとることは容易でないが、人類が複雑な難問に直面して、その解決のために避けられない時は、取捨選択をしなければならない。前世紀ドイツの Gustav Radbruch、アメリカの Roscoe Pound は社会法学派として、社会現実面の重要な意義を重視するよう呼びかけているが、特にアメリカの Karl N. Llewellyn を筆頭とするリアリズム法学が提出した観点は「法律は社会目的を達成する手段であって、その自身は目的ではない、従って、如何なる法規もその目的と予見される効果によって検証されなければならない。」というものであった。司法は法律を創造することができるから、裁判所の裁判の実務判決を特に重視している。現代の法学は明らかに機能分析法を採用して、社会「現実」の必要と「現実」問題の解決の側に立ち、過度に「理想」に偏ったり、「正義理念」を誤解したりはしない。⁽⁸⁰⁾

我が国の法学発展から言えば、比較研究と社会研究の方法は非常に重要である。我々は優れた法治の文化伝統がなく、行政法学理、法制と実務についての研究整理は多少成果を上げているが、系統的な学説を自主的に創造するまでには至っていない。我が国の自信と国格についてはまだ論争中であり、不確定な状態で、政治運営、社会秩序と倫理関係は、まだ不安定

(80) 陳適庸『現実法学之形成以及思想方法之研究』自費出版、1981年、II、III、20-29頁、50-54頁、174-180頁、186-187頁、楊日然『法理學論文集』月旦法学系列、1997年、121-129頁参照。K.N. Llewellyn, in: *My Philosophy of Law, Credos of Sixteen American*, Published Under the Direction of the Julius Rosenthal Foundation, Northwestern University, Boston, Mass. Boston Law Book Co. 1941, pp. 183-197.

な状況にある。従って、行政法学の世界的な観点の他、その他の社会科学、自然科学の方法と成果の領域、関連ある本国の司法判決、議決或いは解釈の範疇などにも、学ぶべきである。なぜならば、これらは全て社会力 (social forces) の真正の函数であるからである。

行政官僚の世界或いは司法人員は公正、合理、理性の基本的な教養が必要であり、立法と行政の目的を真に理解して、公益、誠信と信頼保護などの原則を理解していなければならないが、問題は我が国において、これらのものの法価値を十分に理解できる現実実務的な文献が不足していることにある。そのため、前述行政法の一般原則の継続的な追跡について、他国の司法判決を収集、分析し、より新しい行政法学の典範を開拓研究することは、意義があるであろう。

10. 「より周密な権利保護制度」に対する期待

人権保障は「世界人権宣言」(1948年12月10日)の主軸の思想であって、また現代化国家が憲政を実施する際最も重要な核心をなす内容でもある。「権利」が侵害されたとき、適当な保護救済制度がなければ、権利があるとは言えない。従って、権利保護の制度は開豁且つ明確でなければならない。前述の宣言はこれに依て、第8条で「人々はその憲法或いは法律の賦与する権利が侵害されたとき、国家の管轄裁判所で数な救済を受ける権利をもつ」と規定している。前世紀において、各国は国情の発展によって、その成果は異なる水準のものとなっていたが、権利を周密に保護することは、人類が心から祈念するもので、法治国家が人民に対して尽くすべき保護義務でもある。それ故、民主法治の進歩した諸国の憲法或いは国法典章において、綿密で詳細な制度設計がある。

フランスは1800年から行政権内部で国議院 (Conseil d'Etat) と地方県参事会 (即ち第一審の行政裁判所、Conseil de préfecture) を設置して、行政裁判権を立てた。判例政策の実施を堅持して以来、馬車馬のように当該国の行政法を現代公法学理論の構築へと向かわせた。フランスには行政訴訟の

前置制度が置かれていないが、完備された異議申立 (recours gracieux 恩恵の訴) と上級機関への不服申立 (recours hierarchique 階層の訴)、行政賠償責任制度の権利保護ルートの系統がある。これは世界で初めてのものであり、体系的にも整備され、成果も良好で、国民の信頼を得ていることから、行政法の母国と賞賛されている。⁽⁸¹⁾

各国において権利保護の全体的な制度保障は、理論の演繹や論理的な思考だけで設定されることは殆ど無い、多少その国の歴史の移り変わりと相まって、徐々に設定される。フランスの行政裁判の範囲は最も広くて、ドイツでは財經の争訟を私権を審理する裁判所に管轄させる。我が国は今でも（オーストラリア）ドイツの制度を模倣しているが、選挙、罷免訴訟などは普通の司法裁判所によって審理される。日本では第二次世界大戦前後、ドイツ式の「行政国家」体制（二元争訟性）からアメリカ式の「司法国家」体制（一元争訟性）に転換された。⁽⁸²⁾ 行政権の裁判或いは司法権の裁判のどちらに帰属しても行政争訟は、基本的人権に関する憲法の保障、分権主義の基本理念、法治国を構築する基礎理論、「行政国家」「司法国家」の制度概念の帰属、公法と私法の二元論説、司法審査、行政救済制度の終極目標等、重大な公法課題の論争に関わる。しかしながら、行政権について事中もしくは事後の審査監督、或いは違憲、違法審査をして、人民の権益を保障し、国家行政権の合法的な行使を確保することは、全ての課題の期待するところであるはずだ。⁽⁸³⁾

(81) Cf. Jean Rivero, *Droit Administratif*, ibid. pp. 77-80, 144-149, 203-223. (訳本) 阿部泰隆『フランス行政訴訟論』神戸法学双書、1971年、はしがき、1頁、20頁以下と42頁以下、滝沢正『フランス行政法の理論』有斐閣、1984年、7-28頁。

(82) 田中二郎『行政争訟の法理』有斐閣、1954年、4-14頁、原田尚彦「行政訴訟総説」(『現代行政法大系4』) 有斐閣、1983年) 103-113頁。

(83) Vgl. Bodo Pieroth und Berndhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 16. Aufl. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, S. 254ff.; Peter Caesar, *Die Reform des Justizsystems der Bundesrepublik Deutschland als Beitrag zur Modernisierung des Rechtsstaates*, in: *Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit* (Hrsg.) Rainer Pitschas, Duncker&Humboldt · Berlin, S. 17 ff.; W.B. Lockhart · Y.

現代、普遍的に認められた「人権保障の至上」の価値観の台頭によって、そして各国の権利保護諸制度進化から、行政救済の内容はより豊富、綿密になる一途である⁽⁸⁴⁾。例えば、行政機関自身の自律的な反省措置、階層監督審査或いは司法機関の他律的な審査制度など、各国の特殊な政治環境、文化背景と法律諸制度体系の差異があるから、当然それぞれは異なった発展ルートを辿り、それは同じプロセスですすむように強要することはできない。しかし影響が深遠で無視することのできない重要な理論については、採決された明確な制度として定めなければならない。

以下の問題は、必ず本世紀中に、各国が権利保護の措置を改造する際、直面しなければならない大きな問題である。

(一) 分権原理の下で、行政権独立性の保障。⁽⁸⁵⁾ (二) 分権原理の下で、司法権の限界（古典の問題は新しい情勢に直面する、司法の受動性、政治的中立、法院は公益の判断をしなければならない、立法と行政の目的、政策を理解しなければならない、立法上益々多くなってくる不確定法律概念について、行政権は相当な裁量権を持つ、科学先端技術やその他の「統治行為」に属する事件も少なくない。⁽⁸⁶⁾ (三) 行政争訟における概括主義或いは

Kamiser · J.H. Choper · S.H. Shiffrin, *The American Constitution—Cases—Comments—Questions*, 7. ed. West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1991. pp. 1-62.
 雄川一郎『行政争訟の理論』有斐閣、1986年、3頁以下、142頁以下、室井力『現代行政と行政救済法』（杉村敏正編『行政救済法Ⅰ』有斐閣、1990年）1頁以下、南方博『行政争訟総説』（現代行政法大系4）3-8頁、高田敏「法治主義と行政訴訟、憲法訴訟—実質的法治主義と包括的権利救済原則」（『蘭部逸夫先生古稀紀念・憲法裁判と行政訴訟』有斐閣、1999年）385-397頁、原田尚彦、前掲書、113頁。

(84) 蔡志方『行政救済法新論』元照出版公司、2000年、3-6頁、8-12頁、同『行政救済と行政法学（Ⅰ）』三民書局、1993年、101頁以下、同氏の博士論文「権利保護の機能の強化、我が国の行政訴訟制度のあるべき方向を論じる」台大法研所、1998年を参照。陳清秀「行政訴訟法」植根法学叢書、2001年、1頁以下、21頁以下と51-59頁。

(85) 宮崎良夫『行政争訟と行政法学』（行政法研究双書）弘文堂、1991年、1頁以下。

(86) 田中二郎、前掲『行政争訟の法理』131頁以下、蘭部逸夫『現代行政と行政訴訟』

は列挙主義、或いは折衷制⁽⁸⁷⁾の採決。(四) 各種の訴訟類別に対する謹慎の採択、集団訴訟 (Verbandsklage) の採択の評価も含まれる。⁽⁸⁸⁾(五) 行政作用の新興、複雑、BOT (建設、運営、移転 Build-Operate-Transfer) の普遍化、国家公権力の瘦身化 (瘦身国家 Schlanker Staat)、行政任務私法化、⁽⁸⁹⁾「やせた行政 (lean administratirn)」の衝撃。(六) 如何に手続き経済 (Verfahrensökonomie) と裁判機能の経済化 (Ökonomisierung der Rechtsprechungs-funktion) の目標達成するか。⁽⁹⁰⁾(七) 行政訴訟は「行政処分」からしか出発できないのか、「行政立法」も普遍的に司法審査に委ねられるか。⁽⁹¹⁾(八) 「暫くの権利保護」をどう設計して、新しい時代の社会正義観

訟』弘文堂、1987年、66-78頁、戸松秀典「裁判権の限界」(『現代行政法大系4』) 169頁以下、晴山一穂「司法権の限界」(『行政救済法1』) 17頁以下、宮崎良夫『行政訴訟の法理論』三省堂、1984年、1頁以下、田中館照橋『行政裁判の理論』有斐閣、1987年、176頁、674頁以下。

(87) 小早川光郎『行政訴訟の構造分析』東京大学出版会、1983年、51頁以下。

(88) 小早川光郎、前掲書、243頁以下。

(89) Reiner Pitschas, Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit als “Ökonomisierung” des Rechtsstaates? Verfassungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Eckwerte der Modernisierungsdiskussion, in: Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 129, Duncker & Humbolt · Berlin, 1997, SS. 59-61; 程明修「経済行政中『公私協力』行為形式的発展」視野、ドイツ・ミンスター大学台湾学人季刊発行、Verein der Taiwanischen Studenten in Münster、台湾同学会第四期、2000年5月、3-9頁、15-18頁、Rainer Pitschas 原著、黄鉦堤訳「ドイツ行政法総論の改革」(『憲政時代』24巻1期、1998年7月) 174頁以下、186-187頁。陳櫻琴、前掲書、237-249頁。

(90) Michele Albertini, “Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates”, Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Stämpfli Verlag AG Bern · 2000, S. 240f.; 313ff.; 330ff.; 412f. Rainer Pitschas, aaO. S. 61ff.; 蔡志方「行政救済與行政法学(二)」三民書局、1993年、319頁以下。

(91) Gellhorn and Byse's, Administrative Law, Cases and Comments (9th ed.) by: Peter L. Strauss · Todd Rakoff · Roy A. Schotland · Cynthia R. Farina, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. 1995. pp. 1113-1119; L.K. Adamovich und B.-C. Funk, aaO. SS. 424-428; Karl Korinek, Grundrecht und

に合わせるべきか。⁽⁹²⁾(九) 行政訴訟における事実認定、挙証責任、公益判断と法律適用は、裁判官の高難度の解決能力を如何に一挙にあげるのか、⁽⁹³⁾事実行為の争訟救済問題。⁽⁹⁴⁾(十) 原告適格の論争は訴訟の類別によって終局的に定着される可能性。⁽⁹⁵⁾(十一) 「訴の利益」理論の研究の再深化を制限する。⁽⁹⁶⁾(十二) 行政訴訟は有償で裁判費を徴収しているかどうか。

これらは、行政法学の客観的、理性的、超然的な角度に立って過去及び現在において、行政法学の発展史上重大な諸問題から、本世紀における行政法学の可能な進化と定位を探求し、推測する。ただ、行政法学は未だ成長、調整の段階にあり、世の中の変化や進歩は速やかで、各国の学界は、理論家にしろ、実務家にしろ、全て自己の処する大環境が育てた独特な見

Verfassungsgerichtsbarkeit, Forschung aus Staat und Recht 134, aaO. S. 243ff.; 323ff.; 田中館照橘、前掲書、57-64頁。

(92) Klaus Finkelburg und Klaus Peter Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl.; C.H. Beck Verlag, München 1998, SS, 1-25; S. 481ff. (Ausländerrecht, Asylrecht, Baurecht, Fachplanungsrecht, Umweltrecht, Beamtenrecht, Schul- und Prüfungsrecht und Sozialrecht, Straßenverkehrsrecht, Der Einfluß des Europarechts auf vorläufige Rechtsschutzverfahren vor deutschen Verwaltungsgerichten)、陳計男『行政訴訟法釈論』2000年、725頁以下、蔡志方『行政救済與行政法学 (一)』137-147頁、陳清秀『行政訴訟法』植根法学叢書2001年度版、569頁以下。

(93) 宮崎良夫『行政訴訟の法理論』三省堂、1984年、177頁以下、263頁以下。高木光『事実行為と行政訴訟』有斐閣、1988年、16-25頁、淡川典子「行政訴訟の審理」(杉村敏正編『行政救済法』) 203-213頁掲載。

(94) 伊藤眞「訴えの利益」(『現代法大系 4』) 242頁以下。宮崎良夫、前掲『行政争訟と行政法学』148頁以下。同、前掲『行政訴訟の法理論』57頁以下。法務省訟務局・行政判例研究会編『行政関係判例解説』ぎょうせい、2000年、57頁以下。蔡志方、前掲『行政救済與行政法学 (一)』114-131頁。

(95) 園部逸夫『現代行政と行政訴訟』弘文堂、1987年、146頁以下、宮崎良夫、前掲「行政争訟と行政法学」153-180頁。同、前掲『行政訴訟の法理論』114頁以下。小早川光郎、前掲『行政訴訟の構造分析』263-294頁。前掲『行政関係判例解説』60-61頁。

(96) K.Finkelburg. · K.P. Jank, aaO. SS. 235ff., 471-474.; 陳計男、前掲『行政訴訟法釈論』311頁以下、陳清秀、前掲『行政訴訟法』295頁以下。

解によって、21世紀の行政法学の新しい青写真を絵き出す。ドイツでは、10年来、数多くの専門家と学者、例えば W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, G.F.Schuppert, Rainer Pitschas, Winfried Brohm, Friedrich Schock, Udo Di Fabio, Rolf Stober, Hartmut Bauer, H.Schulze-Fielitz, P.J. Tettinger, Hans-Heinrich Trute, Edzard Schmidt-Tortzig は、行政法学が新しい障壁に直面しており、新しい情勢に応じるためには、考え直して、新しい方法を応用し、新しい観点を加えて、新学説を創立しなければならないと考えた。そのため、「合作国家」、「瘦身国家」、「予防国家」、「コンピュータ資本社会」、「リスクのある社会」、「公私協力行為形式」、「管理の解除」、「民営化」、「新行政釈義学」、「現代化国家の行政機能と任務の転折」、「情況的法治国（Situativer Rechtsstaat）論」、「合作式の社会国が距離を保つ社会的法治国に変わる」、「国際（政、経文化等）連盟関係論」、「行政契約は行政行為の新核心論である」の展開など様々あり、創意も十分工夫されている。⁽⁹⁷⁾ 日本では、この十年二十年來、ドイツの学界と類似した新発展がみられる。例えば、遠藤博也、塩野宏、室井力、

(97) Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.) *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Grundfragen, 1993; W.Hoffmann-rien (Hrsg.) *Regorm der Justizverwaltung* (Ein Beitrag zum modernun Rechtsstaat, 1998;) E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee—Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen SystemBildung*, 1998; ders. *Zur Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrecht*, Die Verwaltung 1994; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilitat des Verwaltungshandelns*, 1994; dies, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1995; W.Brohm, *Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshundeln*, DVBl. 1994; Udo Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994; Finkelnburg/Jank/A.Hamann (Mitarbeit), *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, (4.Aufl.) 1998; Rainer Pitschas (Hrsg.) *Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1997; W. Blumel/R. Pitschas (Hrsg.) *Reform des Verwaltungsverfahrenrecht*, 1994; M.Pechstein/C.Koenig, *Die Europäische Union*, 2000; Otfried Hoffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999;

今村成和、兼子仁、園部逸夫、和田英夫、下山瑛二、田中館照橋、阿部泰隆、村上武則、小剛高、芝地義一、成田頼明教授らは、法学におけるドイツの影響から逃れようと⁽⁹⁸⁾、行政法学界で学術新創論を提出した。例えば、憲法学、基本権利維持保護論、法律関係学、公権利理論、行政行為論、行政行為形式論から行政法学の新しい出発点を講じ、行政過程論、行政領域論、特殊法論、私法特別法論、行政公共性論、給付国家行政法学論、市民公法論、行政特有法論などの研究方法新論点によって、伝統的な学説、著書の古い範疇を抜け出した時代に適応する学理を探し出そうとしている⁽⁹⁹⁾。このような新論説の試みは、特別な時代背景の影響があるが、法学の理論根拠と実務の経験の累積によって、重要な部分を選択して研究し続ける必要は確かにあるだろう。

結論

先進諸国の最新行政法学の文献論著を大量に研究した後、21世紀の冒頭から、行政法学は転型期の混迷模索の処遇に陥っており、様々なアイディ

(98) 近100年来、日本行政法学者が研究して書いた書物と論文は、ほとんどドイツ法と密接な関係を持っている。英、米、仏の行政法を研究する学者以外、大部分の学術的な著作は、直接或いは間接に「ドイツ」に言及し、学問上の正当性を示している。行政法学会もこのような事実をあえて否定しない。例えば、綿貫芳源は、明治憲法の下において、行政組織と行政裁判制度がドイツの強烈な影響を受けた(『講座』28ページ)としている。また芝地義一は、明治憲法が認めている法治主義は、即ちドイツの「法律による行政」の原理である(前掲書、45ページ)とする。

(99) 第二次大戦後の十数年間、日本行政法学会はいっきに30冊以上の行政法教科書が出版されて、世界各国の中でもあまり見られない光景でした。常識のある人々は、このままでは、行政法学の精密でかつ深化な研討が次第になされなくなるのではないかと懸念し始め、田中二郎、原龍之助、柳瀬良幹を編輯代表として、8、90名の教授を集めて、各分野をそれぞれ担当して、『行政法講座』計6巻の巨作を出版した(1956-1966年間)。その後、雄川一郎、塩野宏、園部逸夫合編の『現代行政法体系』計10冊(1983-1985年間)を出版した。これらは日本行政法学界のもっとも輝いた貢献である。

アもあちこちから出て来て論争している「改革の時代」と言えるだろう。前世紀の末の最後の十数年間、公法学界における賑やかな改革運動は、必ずその密集的な研究発展が続けられるはずで、このような現象も必ず本世紀の初頭から暫くの間行政法学の特徴になるはずである。行政法学はここから今後一体どのように発展して行くのか。民主政治の落實、法治社会の実践、人民權益の保障、生活幸福の増進である。行政法学は政治に近い法律学で、法治主義の設計士で、人権擁護の行動者と人民生活の幸福の供与者であって、人類社会の生活の一部であるべきで、常に変化し、変更される高尚な理想を持つ応用科学である。従って、一旦実社会の現状から逸脱すれば、政府と人民との間の高度な密接と合理妥当に適用することができず、その存在意義が疑われる。今日に至っては、既に「統治者」と「被統治者」との区別が無く、過去の一方的な高権行政と社会配分責任は、「行政パートナー」と「責任パートナー」(Verwaltungspartnerschaft und Verantwortungsschaft)に変化しているため、行政法学上重視している「安定性」と「弾力性」(Stabilität und Flexibilität)の両者の間の取捨と釈釈は、政策制定と個案適用上最も適当な裁量がなされなければならない。

行政法学は人類の政治社会の発展の必要性から誕生した。この200年以来、それと密接な関係のある諸種の重要な要素は、驚くほど速く変化し続け、最近の知的財産権の国際化、経済のグローバル化、環境保護の普遍的価値化、地球村での事項の地域的な整合、生命科学技術の突破、電子商務インターネットのコンピュータ通信の伝達等、行政法学発展の重点を次第に浮き彫りとした、環境行政法、経済行政法、社会行政法、科学技術行政法と地域性国家聡明新行政法学などは、本世紀の行政法各論の主体になるはずである。

今日、行政法学の学理が尚不確定な状態にある台湾において、我々のすべき事は、自国の方針と内容に適合するものを適格に探し出すことである。同様に、そのまま局勢の変化を期待したり、他国の処方箋を丸写しするよりは、自分の智慧や学識を使用して、適当な判断して、学理と実務の

上での突破と創造を試みる方が良い。アメリカの有名な行政法学者 Strauss, Rkoff, Schotland, Farina は1995年含著の「行政法」第九版の序文で、「もし政府の行動がよく間違った方向（道）へ進んでいたら、『政府の行動を停止し』たほうが、より適当ではあるまいか」と述べた。行政法学の歴史の変遷を見れば、あらゆる時代にも、その世の問題を解決する新しい意見や学説があり、この時代の行政学の一員として、諸先輩方の残した先例の上に、新しいものを創立するべきである。行政法学者と実務家の考え方は異なり、前者は論理的な理論演繹し、後者は事例の分析帰結を重んじる。しかし、両者とも後世に役立つよう責任を持たなければならない義務があることでは一致している。法律哲学の素養と事件裁判を客観的に判断できる思考力、歴史の反省修養と発展の予測能力を身に付けて行政法学の新しい典範を立てるならば、行政法学の発展至上、必ず深遠な影響をもたらすであろう。