

# 行政法学における「公法と私法」の 区別とその基準に関する一考察

庄 司 実

## 目次

はじめに

- 一 公法と私法の区別の目的
- 二 公法と私法の区別の基準
- 三 公法と私法の区別の前提となる行政法学における「公法」の意義 — その(一) —
- 四 公法と私法の区別の前提となる行政法学における「公法」の意義 — その(二) —
- 五 公法と私法の区別の前提となる行政法学における「公法」の意義 — その(三) —

## はじめに

わが国において、行政法が法律学の一分科としてまだ確立されていなかった時代に、行政法を法律学の一分科として体系づけようとする試みが絶えず展開されてきたことはよく知られてきていることであり、そのような体系づけの

ためにあらゆる角度から考察が加えられてきたのである。

しかし、果たして、行政法が法律学の一分科として確立したといえるであろうか。

本稿では、行政法学の分野の中でも、「公法と私法」の問題にしぼって、そして更に行政法上において公法・私法の概念は三つの観点から用いられているという立場から標記の論点を明らかにしたいと思う。即ち、第一に、行政法の概念を定めるために、「行政法」として何を研究するのか、就中、行政法学の対象とする行政法の範囲を限定する上で、「公法」という言葉が用いられているということ、第二に、行政の主体としての国家と国民との間の特定の關係について、適用されるべき法規の決定の標準として、公法・私法の概念が用いられているということ、第三に、行政法上において公法・私法の概念は、訴訟手続と裁判管轄の区別を示すものとして用いられているということ、といった以上の三点から、そこには、如何なる「概念」や「理論」が前提となつているのか、あるいは、如何なる角度から如何なる論法や方法論が講ぜられているのか、検討することとする。

## 一 公法と私法の区別の目的

行政法上において、「公法と私法」の区別の問題について考える場合、法を「規範」として捉えるか、法を「事実」として捉えるかによつて方法的混淆が生じてくる。<sup>(1)</sup>

そこで、本稿では、法を「公法と私法」とに二分する場合、法を「規範」として捉え、法規範を以つて、公法と私法とに二分することから始めることとした。従つて、その分類が實際起り得るものであるとすれば、その分類の目的は一体如何なるものであろうか、何のために公法と私法とに分類するのか、検討する必要がある。

まず第一に、このような前提に立つて、わが国において「公法と私法」とを区別する目的について触れられている

学説上の見解を紹介することから始めたいと思う。

(イ) 田中耕太郎教授の「公法と私法との区別の目的」は、「このような困難および理論の紛糾は何に原因するか」というと、或いは公法および私法の区別は国家的法律観の色彩をもつこと、或いは法実在は無限の多様性をもち、それを一定の標準——しかも論理的に正確でない標準——をもって公法・私法に二分しようとするのは各々の場合にきわめて、困難であること、或いは学者が何が公法および私法であるかの伝統的観念を重んじること、すなわち学者は両者の区別に関し一方理論的な標準を求めながら、他方他人の学説を攻撃批判しようとする場合には、われわれが法的常識からある法を或いは公法或いは私法のどちらかに属させているところの事実を援用することにあるのである。<sup>(2)</sup>と主張される。即ち、その目的は、法の事実を明瞭に認識することにある。<sup>(3)</sup>従って、われわれは、このような指摘によつて、「法とは何か」を真剣に考えざるを得なくなつたといえよう。

(ロ) 佐々木惣一教授の「公法と私法の区別の目的」は、田中耕太郎教授が強調する「法の事実を明瞭に認識する」点とは異なつて、「法律の観念を明らかにする」点にある。即ち、「公法、私法ノ区別ニ就テハ諸説紛々トシテ未タ一二帰セス。卑見ニ依レハ之ヲ明ニスルカ為メニ先ツ注意スヘキコトアリ。此ノ区別ハ現今ノ法律観念上存スル所ノモノニシテ、絶対ニ永久ニ存スルヤ否ヤヲ問ハサルモノナルコト即チ是ナリ。」<sup>(4)</sup>と主張される。このように、佐々木教授は、「法律の観念を明らかにする」ことを「公法と私法の区別の目的」としている。

(ハ) 美濃部達吉教授の「公法と私法の区別の目的」は、「唯少くとも現代の国家の法に付いて観察すると、其中に公法と私法とを觀念上に区別することは国法を明にする上に於いて缺くべからざる必要である。」<sup>(5)</sup>と主張される。美濃部教授は、法を觀念上のものとして捉え、「公法と私法の区別の目的」は、「国法を明らかにすることにある」と強調される。

[註]

(1) このような捉え方は、柳瀬良幹『行政法に於ける公法と私法』（昭和一八年、有斐閣発行。）二頁、あるいは、尾高朝雄『法と事  
実』（昭和二四年、朝倉書店発行。）一―四頁のアプローチに近い。

(2) 田中耕太郎『法律学概論』（昭和四三年、学生社発行。）二九四頁。

(3) “法とは何か”の詳細な検討については別の機会にゆずることとする。尚、参照。渡辺洋三『法とは何か』（一九八四年、岩波  
書店発行。）二頁以下。

(4) 佐々木惣一『日本行政法論総論』（大正一〇年、有斐閣発行。）三四頁。

(5) 美濃部達吉『公法と私法』（昭和二〇年、日本評論社発行。）二頁。

このような考え方については、その分類方法としては一応意味のあるものとして受け止められるのではあるが、し  
かし、“その考え方の対立は一体何に起因するのであろうか”ということが問題となるであろう。蓋し、この問題は  
極めて難解な問題でもあり、就中、宮沢俊義教授は、これらの見解の対立について、甚だ、公法と私法とを二分する  
ことの意味を取り違えていることから論議の的になっているとして、その分類の目的に再考を促す意味で次の如く主  
張されている。即ち、「私はその何よりの原因はその問題に関する論議においてつねに見られる方法的無反省とそれに  
もとづく方法的混淆にあるのではないかとおもふ。」「この主題を取り上げたのは、この種的方法的無反省乃至方法的  
混淆がひとり公法・私法の区別に関する論議のみならずひろく法律学―ことに公法学―における論議を支配している  
事実にかんがみ、この主題を機縁として法律学―ことに公法学―の考え方における方法的反省の必要性を強調したい  
と思ったからである。」と主張される。従って、この考え方によれば、その分類の目的とするところは、“法律学の対  
象としての法の事実を明らかにすることにある”と改めて強調されるのであった。

ここでいう“公法と私法とを区別する目的は何か”という問題については、右の如く見解が対立しているのではあ

るけれども、ここでは、「法の事実を明らかにすることにある」ということを前提に、法の事実を正しく認識して行くために、法の事実の本質としての経験内容を重視しなければならぬであろう。

そこで、「行政法における公法と私法」について考える上で、公法と私法の観念は如何なる場合に用いられているか、ということが問題にされているのである。従つて、その観念を知り得るための手だてとして、法を二分する目的に触れることとしたのである。

(6) 宮沢俊義「公法・私法の区別に関する論議について」(『国家学会雑誌第四九卷九号』一六・一七頁)。

(7) 柳瀬・前掲註(一)一—三頁。

## 二 公法と私法の区別の基準

ここでは、主として「公法と私法とを区別する基準」について扱うこととなる。従つて、その区別の目的が「法の事実を明瞭に認識して行くことにある」とすれば、「その区別の基準は一体何を基礎として、その区別を行い得るのであるか」、という問題が生ずることになるので、この観点から考察することとする。

この問題については、とくに「理論上の側面」から、及び「制度上の側面」から考察すべきであるとされる。夙に、宮沢教授によれば、即ち、「しかし、そこで一ばん重要なことは、一般に法秩序を構成する諸々の法規をその論理的性格にもとづいて公法に属するものと私法に属するものとに区別することが可能であるかという問題と、特定の実定法秩序においてなんらかの技術的な必要にもとづいて公法に属する法規と私法に属するそれとが区別されているかといふ問題を明確に区別して考えることではないかとおもふ。かりに前の問題を理論的な(あるいは本質的な)区別の問題といひ、後の問題を技術的な(あるいは制度的な)区別の問題と呼ぼう。」これらの二つの区別は原理的に互ひ

その性質を異にする<sup>(1)</sup>。」と主張される。従つて、この考え方によれば、公法と私法との区別を、理論上の区別の基準に求めるものと、制度上乃至技術上の区別の基準に求めるもの、との二者について認識し得ることが可能である、とされるのである。換言すれば、その区別の基準については、理論上の点から、或いは、制度上の点から考えなければならぬ、とされている。

然らば、「理論上の区別」とは一体何か、「制度上の区別」とは一体何か、という問題が生ずるが、これについて宮沢教授は次の如く主張されている。即ち、理論上の区別とは、『法秩序を構成する諸々の法規をその論理的性格』に基づいてなされる区別であり、制度上の区別とは、『特定の実定法秩序においてなんらかの技術的な必要にもとづいて』なされる区別である、と主張されることは右に述べた如くである。更に教授は付言して次の如く説明される。即ち、「理論的な区別は理論的な要請にもとづく区別である。それは經驗的な制度とは論理必然的な関連はない。法については色々な理論的な区別が可能である。法を憲法・民法・刑法などの諸部門に分けるのは多くの場合理論的な区別である<sup>(2)</sup>。」と主張される。

この考え方に対しては、多少疑問があるとして田中二郎教授は次の如く反論されている。即ち、「第一の疑はそこで理論的な区別とは何かの問題に付てであり、之と関連して第二の疑は理論的な区別と技術的な区別とが原理的に異なるものであり、論理必然的な関連がないものとすれば、其の所謂理論的な区別を主張することによつてだけの価値があるうかの点に付いてであり<sup>(3)</sup>。」と主張される。このように教授が懐いている疑問の中で、何よりもまず理論的な区別の問題を類型的概念の問題として把握すべきであるとして、次の如く主張される。即ち、「私は特定の時に於ける実定法に於て何も公法又は私法として居るかの問題と区別して、ある種の法律關係に對して与へられる類型的概念としての公法私法の区別あることは之を認めなければならぬと思ふ<sup>(4)</sup>。」と主張される。

かくの如く、「公法と私法とを区別する標準」については、制度的乃至技術的な区別に対しては何等疑問が生ずることなく首肯せられているのではあるけれども、理論的な区別に対してはそれを認めることは問題があるとしてそれに代えて類型的概念としての区別を認めるべきであるとされるのである。しかし、田中二郎教授の主張される類型的概念としての区別について、その類型的概念とは一体如何なるものをいうかの説明がとくに不明瞭であるため、以下には専ら理論的な区別を一つの標準として理解せざるを得ない。従って、類型的概念を認識していくことは誤謬を伴うところであり、ただ理論的な区別については、実定法の明瞭化の手段として用いられることがあることにも留意する必要があると考える。<sup>(5)</sup>

(1) 宮沢・前出二註(6)一九頁。

(2) 宮沢・同右、一九一—二〇頁。

(3) 田中二郎「最近の文献に現はれた行政法上の諸問題(二)」『国家学会雑誌第四九卷一二号』九一—九二頁。此の論文は先の宮沢教授の論文に対して、その論文を挙げて論議されたものである。

(4) 田中・同右、九二頁。更に、教授は悉く、次の如く主張される。即ち、「公法と私法との区別は、時所を超越した法そのものの区別ではなく、特殊の政治的・経済的・社会的地盤の上に実際上の必要に基づいて生成し発展してきた区別にすぎない。いいかえれば、法現象のなかに、それぞれ実際上の必要に基づいて生じた、異なる法的規律の類型が見出されるに注目し、法の類型として公法と私法との区別が認められるのである。」(田中二郎『新版行政法上巻』昭和五四年、弘文堂。七二頁。)と主張される。

(5) 参照。宮沢俊義「公法と私法」『法学論叢第五四卷五号』八一—八二頁。

ひとえに、「公法と私法とを区別する基準」に関しては、理論上の側面から、或いは、制度上の側面からの区別が重要である如く見えるけれども、このような考え方から、それを基準として区別することに何等かの実益があるとするれば、果たして、どちらの側面からの区別が正鵠を得ているかどうか吟味する必要があることになるのであるが、この

点については、とくに、「制度上乃至実定法上」の区別が意味のあるものとして受け止められているのである。<sup>(6)</sup>即ち、公法と私法との区別については、制度上乃至実定法上の区別が裁判管轄の区別の問題として把握されることもあり得る、とされるのである。<sup>(7)</sup>

殊に、「公法と私法とを区別する目的」と、「公法と私法とを区別する基準」とのこの過程は、「法秩序の形態と機能とを理解するために必要である」と考へるとすると、<sup>(8)</sup>行政法における公法と私法を認識するためには、法を二分することの「目的」と「基準」との過程を前提条件としなければならぬことになる。換言すれば、「行政法学の対象としての公法」の構造が観察され得るためには法を二分することの「目的」と「基準」とを認識することから始めなければならないことになる。従つて、法を二分することの「目的」と「基準」は連続性を伴うものとして認識してきたところである。つまり、その「目的」と「基準」は、法の事実を認識する分野として観察したところであつて、概して、法の事実を認識することは、制度上認められている法を観察することにあると考へられる。

(6) 殊に、制度上乃至実定法上の区別が意味あるものとして受け止められている例としては、南博方「公法と私法の区別の標準」(『ジュリスト学説展望』三〇〇号)七四頁、川西誠「公法における私法の適用」(『公法研究第一七号』九九頁、がある)。

(7) この点に関して、とくに強調される例として、宮沢・前掲註(5)一八頁、美濃部達吉『行政法撮要上巻』(昭和二〇年、有斐閣)五九頁、佐々木惣一・前出(註(4))三六頁、がある。

(8) 参照。井上茂『法秩序の構造』(昭和五〇年、岩波書店)三九—一四〇頁。

### 三 公法と私法の区別の前提となる行政法学における「公法」の意義 — その(一) —

ここでは、「行政法学の対象としての公法」と題して扱われてきた問題について、それは「一体如何なる意味を持

つのか、ということについて観察しようとするものであり、この点については、従来から関心の対象とされてきたところでもあり、現在においても、行政法とは何であり、如何なる範囲までをその対象とすべきか、疑問視されてきたところである。<sup>1</sup>このような点に鑑み、行政法学の対象としての公法<sup>2</sup>として扱われてきた行政法<sup>3</sup>を観察していく場合、次の如き点に留意する必要があると考えられる。

第一に、行政法学の対象としての公法<sup>4</sup>が、行政法の範囲を決する上で重要であるとすれば、行政法の範囲を決することは、如何なる点から出発しなければならないのかの点に遡る必要性を見落してはならぬことになる。就中、この問題については、行政法とは何か<sup>5</sup>ということを決する上で重要な意味を持つ、としても、それを説明するためには、何等かの手だてを講じなければならないことになり、つまり、行政法の範囲を決する上で、何が一体、行政法の性質とするところなのか、を確認する必要がある。何故ならば、行政法を研究して行く場合、それが法律学の一分科として把握するためには、公法・私法の観念を用いることによって、他の学問と共通したものと捉えるのではなく、行政にだけ特有な法を導き出すことに観察の視点が置かれてきたからである。

第二に、この点に関連して、行政法学の対象としての公法<sup>6</sup>が行政法の範囲を決する上で見落してはならぬこと他の一つは、行政法の法源について、行政法には包括的な成文法典が存していないこと<sup>7</sup>。行政法においては、全国画一の法は極めて少なく、地方により異なった法が数多く存していること<sup>8</sup>との状況の下、行政法の学問は何をしようとしているのか<sup>9</sup>即ち行政法学の目的とするところは何か<sup>10</sup>ということについて顧みる必要があるということである。

第三に、行政法学の対象としての公法<sup>11</sup>は、わが国における現行法下において、制度的乃至技術的側面から、行政裁判所制度が認められていた時代と異って、現在の制定法上認められている裁判管轄乃至訴訟手続を決定するため

の標準として、民事事件と行政事件とに分けて考える上で、公法と私法の概念が必要であるということである。以下には、専ら、このような観点から考察を加えることとする。

(1) 成田頼明『行政法の意義と範囲』『法学教室(第二期)第一号』(一九七三年)八〇頁。柳瀬・前出三註(一)一八頁。

(2) 参照。柳瀬良幹『行政法教科書(再訂版)』(昭和五二年、有斐閣)・九一、〇頁。

#### 四 公法と私法の区別の前提となる行政法学における「公法」の意義 —— その(二) ——

「行政法学の対象としての公法」は、まず第一に、行政法の範囲を決するために、行政法の性質を明らかにすることに意義があるとされているので、この点から考察することとする。

その第一には、行政を積極的に定義づけ、国家目的を実現するための作用と解する説であつて、所謂積極極説というのがこれである。例えば、佐々木教授によれば、次の如く主張される。即ち、「行政とは、国家が、その目的を達成すべき現実の状態を惹起することにさし向けて、行う活動をいうのである。故に、行政概念における中心概念は、その活動の目標が、国家の目的を達成すべき現実の状態を惹起することに向けられる、という点にある。この点により、国家の作用たる他の二作用の立法及び司法の概念と区別される。」と主張される。或いは、織田萬教授によつても、この説について問題とされたところで、それによれば、即ち、「多数の学者は種々の仕方に依り立法行政司法三権の実質上の区別を求むることを努めたが、結局満足すべき解決を得るには至らなかつた。余輩の信ずる所に依れば、積極的に行政権を定義すること換言すれば他の兩権と区別すべき本質を区別することは不可能であつて、消極的に其の区別を見て、行政権は立法権にも司法権にも帰属せざる一切の国家活動を包括するものなりと言ふを以て甘んぜざるを得

ぬ。立法権と司法権とに至つては、其の特質に留意して實質上の定義を与ふるに敢て困難ではない。乃ち立法は法規を作ることを目的とする国家作用であり、司法は法規の精神を宣明して之を維持するが為めに行はるる、国家作用である。行政権には這般の特質の見らるべきものがない。<sup>2)</sup>と主張される。

その第二には、行政を消極的に定義づけ、国の作用から、立法と司法とを差し引いた残りの作用であると解する説であつて、一般に、控除説と呼ばれているのがこれである。例えば、柳瀬教授によれば、次の如く主張される。即ち「これに依つて行政を定義すれば、行政とは立法を除く国の作用のうち民事及び刑事の作用以外のもの」<sup>3)</sup>「ただ消極的に国の作用中から立法及び司法を除いたものをいう」と主張される。或いは、田上教授によつても主張される。即ち、「行政法学の対象としての行政法は行政に関する法の中で、行政に固有なものに限られる。行政は立法及び司法に対する国の作用の一種である」<sup>4)</sup>と主張される。

従つて、このような考え方によれば、行政法の性質を明らかにする上で、行政に定義づけをすることが支配的になつてゐることに留意すべきであると考えられる。

- (1) 佐々木惣一『日本行政一般法論』(一)。(昭和二十七年、有斐閣。)五頁。
- (2) 織田萬『日本行政法原理』(昭和九年、有斐閣。)二八頁。
- (3) 柳瀬良幹『行政法教科書(再訂版)』(昭和五二年、有斐閣。)六頁。
- (4) 田上穰治『再全訂行政法総論』(昭和三九年、有信堂。)二頁。

以上が、行政法の性質を知るための行政の觀念についての位置づけに関する学説であるが、然らば、行政法学の対象としての行政法を認識する上で、積極説、消極説のうち、どちらを優遇すべきかの問題に立ち寄らざるを得ないこ

とになる。従つて、ここでは、その問題に触れることとする。

例えば、原田尚彦教授は、その問題の選択について次の如く主張される。即ち、「わが国の通説的見解は、行政についてその内容を積極的に定義することをあきらめ、まず立法と司法につき定義を与え、行政とは国家作用のうち立法と司法を除いたものと定義するにとどまる。」とされ、「この消極説は、内容が空白であり、それゆえ、定義としてはナンセンスのようでもある。」積極説は、たしかに行政の特徴の一端を明示している点で正しい核心をもち、この点が消極説にはない長所となつてゐる。だが、その内容はなおいぜん抽象的であり、多様な分野にわたる行政の作用のすべてを必要かつ十分に包摂し切れてゐるかどうかは疑わしい。この点では、積極説も消極説も、結局定義としては五十歩百歩であり、率直にいつて優劣はつけ難いようである。」と主張される。従つて、この考え方によれば、そのどちらの説についても肯定できないものとされている。

或いは、中村彌三次教授も行政の観念に関して、積極説、消極説のどちらも肯定できないことは、教授自身が主張される機関態様説から明らかである。<sup>7)</sup>

このように、行政法の性質を明らかにするための見解は、積極説、消極説、機関態様説の如く主張されるのではあるが、殊に、積極説は、国家作用を法秩序の論理構成として立法・司法・行政とに分つことは、理論上の本質として、このように分類したいという理想を述べているにすぎないので、先にも述べた行政法学の任務とするところからいつて、その説は、ここには受け入れ難い問題として考えられる。ここで、行政法学の任務とするところを今一度触れて見ると、それは、行政法学の対象としての行政法が現在の制度上認められてゐる法規を觀察して行こうとする点に止まるとされるのである。従つて、その任務とするところは、決して理想を追求しようとする学問ではないから積極説を肯定することは困難であるという点に到着するので、原田教授、或いは、中村教授の見解もこの点から積極説と

いう考え方を受け入れ難いものとするれば、それはそれなりに意味があるものとして留意する必要があると考えられる。消極説については、先にも述べた如く、国家作用のうち、立法・司法を差し引いた残りを行政として捉える考え方であつて、従つてこの考え方は、理想から事実を創出しようとする積極説と異なつて、それとは反対に行政の事実を確認することから出發している点に、その特色を見い出すことができるのである。故に、行政法学の対象とするところは、行政に関する法としてのその法規であらねばならない、と導き出されるのである。従つて、消極説が行政の事実を確認することから出發している点に特色があるとすれば、そのことが行政法の性質を知る上で正鵠を得ているかどうか吟味しなければならぬことになるが、行政の事実を認識して行くことは、行政法学の対象として扱ふよりも、寧ろ、行政学の対象として扱われているところである、と柳瀬教授が明瞭に捉えられている。<sup>80</sup>

このように考えると、行政の觀念を明瞭に把握して行くことは、積極説よりも消極説の方が正鵠を得ているように思われる。とすれば、消極説は何のために用いられるのか、という疑問も生じることになるが、その理由については、改めて述べるまでもなく、少くとも、行政法の性質を知るために重要な意味をもつものであるが、或いは、この点については次の如き理由によるものであることにも十分留意する必要がある。即ち、行政の觀念について、積極的に觀察するよりも消極的に觀察することの方が、行政法学の対象としての行政法を法律学の一分科として体系づけるために用いられてきた、ということである。<sup>81</sup>

従つて、行政法の性質を知るためには、まず、行政の觀念の事実を確かめることが重要であり、それに基づいて行政に関する法としての規範を觀察して行くことこそが行政法学の任務として考えられるところで、或いは、行政の觀念の位置づけに関しては、行政法学の対象としての行政法が法律学の一分科として体系づけるためにその觀念が用いられたと見ることも可能である。何故ならば、法が存するという觀念と法体系が存するという觀念とは同一に認識

されるべきでない<sup>10)</sup>と仮定して考えると、法が存するという観念はそれが法体系に果して妥当するののか、という点において問わなければならないことになり、法体系が存するという観念を知るためには法が存するという事実を認識する必要があるという点に係るからである。

就中、行政の観念の事実を認識して行く上で、右の点に注意を要するとともに、それを国家作用に焦点をあてて観察して行く場合、その観察方法として、理論上の側面としての、或いは、制度上の側面としての観察方法があることも併せて留意する必要がある。これに関して、例えば、佐々木教授は次の如く主張される。即ち、「国家は、前述の如く、幾多の作用を幾多の機関により行うのであるが、国家は、その個々の作用を行う毎に、これを行う機関を定めおく。故に、国権の機構を知るためには国権の作用の種別を知る必要がある。国権の作用の種別は、種々の点を標準として考えられ得るものであるけれども、ここにする説明のために必要なものとしては、先ず、国家という性質より考えられる作用の種類、及び、国家の制度より考えられる作用の種類の一つがある。前者を国家理論上の種類といひ、後者を国家制度上の種類といひ<sup>11)</sup>。」と主張される。或いは、清宮教授の見解によれば、即ち、「法学的見地より国家作用を見る場合、更に二つの見地があり得る。一は理論的考察或いは可能的考察、他は制度的考察或いは現実的考察である。前者は、特定の制度に関係なく、純粹に理論上の見地よりするもので、特定の国家の法律上国家の作用となされるものをその対象とする<sup>12)</sup>。」と主張される。従つて、このような考え方によれば、矢張り、行政法学の対象としての行政法の範囲を決する上で極めて重要なものとして斟酌する外はないことになる。

(3) (6) 原田尚彦『行政法要論』(昭和五五年、学陽書房) 四一五頁。

(7) 中村彌三次『憲法行政法』『大衆法律講座第九卷』(昭和二〇年、非凡閣) 三二一—三二二頁。

(8) 柳瀬良幹『行政学の対象』『元首と機関』(昭和四四年、有斐閣) 二四四—二四五頁。

- (9) この点についての詳細は、例えば、田上稷治『市原昌三郎『行政法上巻』(昭和五五年、法学書院。)』三—四頁、がある。
- (10) 参照。井上・前出註(8)七五頁。
- (11) 佐々木惣一『日本国憲法論』(昭和九年、有斐閣。)二四—二四頁。
- (12) 清宮四郎『法の定立、適用、執行』『国家作用の理論』(昭和四五年、有斐閣。)四頁。

さて、「行政法学の対象としての公法」は、「一体如何なる意味をもつのか」ということについてたちかえつてくるのであるが、「行政法ハ公法ナリ」の命題の下に、行政法の範囲を決するために、公法・私法の觀念が用いられてきた、ということに留意する必要がある。

夙に、美濃部教授は、「行政法ハ公法ナリ。」「法律学ノ一分科トシテノ行政法ハ行政ニ特別ナル法ヲ意味シ、隨テ行政作用ノ規律トシテノ公法ノミヲ包含ス。」と主張される。即ち、この考え方によれば、「行政法ハ公法ナリ」という命題は、行政法が法律学の一文科として確立するために、行政に特有な法を導き出すための手段として用いられるとされることである。

そこで、行政法が法律学の一文科として確立されるためには、その命題が果す役割は一体何か、を真剣に考えなければならぬ、ことになる。就中、この問題を考えるにあたっては、その命題が法体系として機能するものでなければならず、それが法体系として機能的に用いられるためには、何等かの目的を所有するものでなければならぬことになる。

この点に関して、柳瀬教授は極めて簡略に次の如く主張されている。即ち、「故に此の意味の行政に特有なる法を言ひ得るためには二個の要件が充たされなければならぬ。第一はそれ等の法が内面的に統一ある一体をなせることであり、第二はそれが国の他の作用に関する法と原理を異にする独特の法系をなせることである。若し第一の要件が具は

らなければ行政法学は一個の学問として成立し得ないこととなるべく、若し第二の要件が具はらないときは、行政法学そのものは成立し得るとしても、之を特に行政法学として法律学の他の分科から独立せしむることは意味のないことになるであろう。<sup>(14)</sup>と主張される。従つて、この考え方によれば、行政法学の目的とするところは、行政法が機能的役割を果すために、行政に特有なる法という一つの法体系の内的視点から考察する法律の認識にあることになると思われる。

- (13) 美濃部・前出二註(7)五二―五三頁この点に関して、杉村章三郎教授は次の如く主張される。即ち、《行政法ハ政府ノ行政作用ニ関スル法規ニシテ公法的特色ヲ有スルモノノ全体ヲ云フ。行政法ハ行政作用ニ関スル法規全体ヲ指示スルモノニ非ズ。政府ガ私人ノ立場ニ於テ適用ヲ受クベキ法規ハ行政法ニ非ズ。行政法ハ行政作用ニ関スル法規中行政ニ特有ナル法規ノミヲ云フ。而シテカクノ如キ行政法規ノ特殊性ハ行政法ヲシテ法律学ノ一分科トシテ基礎付クルモノニシテ之ヲソノ公法的特色ト云フ》。(杉村章三郎『日本行政法講義要綱』、昭和一七年、有斐閣。八頁。)と主張される。
- (14) 柳瀬・前出一註(一)二二頁。

以上の如く、「行政法学の対象としての公法」の意味するところは、行政法の範囲を決するために、行政法の性質を知ることから出発し、そこから、その性質として把握されている行政に特有なる法を導き出すための手だてとして公法・私法の觀念が用いられていることは疑いなくところである。これが、ここでいう研究対象としての第一の意味するところであり、更に、行政法学の対象としての行政法が法律学の一分科と確立されるためには、行政に特有でないものは全て排斥されなければならない、と考えられるから、殊に行政法の範囲を決するにあたっては、一般に、

× × × × × × × ×

実質的意義の行政として、又は、形式的意義の行政として論じられるところである。

夙に、織田萬教授の見解によれば、即ち、「行政権を實質上の意義のものと形式上の意義のものに區別するのが普通の見方である」<sup>15</sup>とされ、従つて、このことは、「行政法の唯一の目的が行政権の作用の研究と密着している以上は、劈頭に行政権の何物たるかを明かにして置かねばならぬ。而かもそれが行政法の範圍を明辨するが爲めにも必要である」<sup>16</sup>とされるのである。

或いは、佐々木惣一教授の見解によれば、即ち、「先づ國家ノ作用ヲ作用自身ノ性質ヨリ觀察シタルモノヲ其ノ實質的概念トス」<sup>17</sup>、「次ニ國家ノ作用ヲ制度上ヨリ觀察シタルモノヲ其ノ形式的概念トス」<sup>17</sup>とされ、後者については、更に、「之ヲ単ニ作用ノミヨリ觀察スルモノヲ客觀的概念。」とするものと、「又之ヲ作用ヲ行フ國家機關ノ構成並地位ヨリ觀察スルモノヲ主觀的概念。」とするものとに分けて國家作用の概念に關する説明を行つてゐる。<sup>18</sup>

従つて、このような考え方からは、言うまでもなく、行政法の範圍を決するために、行政法の性質を知る前提として、実質的意義としての行政から、或いは、形式的意義としての行政から、行政の觀念としての事實を認識して行くことにある、とされるのである。このことはまた、「行政法学の對象としての公法」<sup>19</sup>が、このような状況の下に蓄積された知識として行政法の範圍を決することも無論可能であるが、しかし、そのことが全ての學者に等しく關心の對象として把握されてきたか、という点、必ずしもそのように特徴づけられていない、と考えられる。従つて、実質的意義としての行政と、形式的意義としての行政との、どちらが、行政法の範圍を決する上で重要なものであるか、を考へなければならぬであらう。

この如く、以上の二つの見解は何れも実質的意義としての行政と、形式的意義としての行政とに分けて考えられてゐるのであるが、そのうち、行政の範圍を決するにあつて、その後者の立場から觀察していることは疑い入れない

ところである。即ち、織田教授は、「形式上の見方は専ら国家機関の区別に基づいて為さるゝのであって行政機関の運  
転に任ず一切の権力は悉く行政権の觀念の中に総括せられ、其の権力の内容如何は全く考量の外に置かれてあるが故  
に、それは誠に了解し易い見方である。」と主張される。<sup>19</sup>或いは、佐々木教授は、「之ニ対シテ行政ハ帝國議會ノ參與ニ  
依テ行ハルルモノヲ除外シタル残余ノ一切ノ作用ナリトス。故ニ實質上ノ概念タル行政ニ非サルモノヲ含有ス。」と主  
張される。

このような考え方に対し、磯崎辰五郎教授と柳瀬良幹教授は次の如く主張される。

磯崎辰五郎教授によれば、即ち、「国の行政の概念には客観的又は実質的と主観的又は形式的との二つがあることが  
わかる。」「客観的觀念において行政とは、国が法の下にその目的を達成すべき現実の結果をひき起すことを目標とし  
て行う作用である。」「主観的觀念において行政とは、国が内閣その他の行政機関によつて行ふすべての作用を包括的  
に見ていう。ここにいう行政はこれを行ふ機関に着眼していうのであり、その作用の性質如何はこれを問わない。」と  
主張される。<sup>21</sup>

柳瀬良幹教授によれば、即ち、「右の如き議會・裁判所・政府が担当すべきものとしての立法・司法・行政の觀念  
の外に、それと並んで、現に議會・裁判所・政府が担当しているものとしての立法・司法・行政の觀念を生ずる。そ  
してこの意味の立法・司法・行政の觀念は、前の意味のそれが作用の実質的性質に依る区別であるのに対し、作用の  
性質とは關係なく、これを担当する機関の相違に依る区別であるため、通常前者を立法・司法・行政の実質的又は客  
観的意義というのに対し、その形式的又は主観的意義と呼ばれる。」とされ、従つて、現在における制度上の立場から  
そのように主張されている。<sup>22</sup>

このような考え方は、概ね、国家機関の権限分配の一権能を示すものとして把握される問題でもある。<sup>23</sup>即ち、この

ことは、現行法上、「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」（日本国憲法第四・条。）、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」（同上第七六条一項。）、「行政権は、内閣に属する。」（同上第六五条。）、と規定されている条文を見ても、右に述べた見解の意味として認識し得ることが可能である。従つて、行政法学の対象としての公法を考えるにあつては、行政法の範囲を決するために、右の点をも充分留意すべきであると考えられる。

(15) 織田萬『日本行政法原理』（昭和九年、有斐閣発行。）一七頁。

(17) (18) 佐々木斐閣発行。）二六頁。

(19) 織田・前掲註（15）（16）一七頁。

(20) 佐々木・前掲註（17）（18）二六―二七頁。このことは、実質的概念に対する形式的概念の特質を述べたものである。

(21) 磯崎辰五郎『行政法（総論）』（昭和三〇年、青林書院発行。）一一三・一五頁。

(22) 柳瀬・前掲註（3）六一―七頁。

(23) 参照。宮沢俊義『立法・行政両機関の権限分配の原理』（憲法の原理）（昭和四二年、岩波書店発行所収。）一一四頁。

行政法上において、公法・私法の観念が用いられるのは、行政法学の対象としての行政法の範囲を限定する意味で公法という観念が用いられるのであつて、例えば、鶴飼信成教授の如く、「このようにして行政法は、行政に関する法であるが故に、一箇の統一体をなすのではなく、それに固有の原理によつて整理されることによつて、従つて行政に関する法の中のあるものは、行政法の領域から除外されることによつて、はじめて統一的な性格をもつた法の一分科が成立すると考えられたのである。」<sup>24</sup>とされ、即ち、行政法学の対象としての公法は、行政に関する法の中でも、その全てを対象とするのではなく、私法を除いた「行政に特有なる法」である公法を対象とするのである。

このように、行政法学は、行政に関する法の中でも、「行政に特有なる法」である公法を対象とする場合、行政法が行政に関する法であるが故に、行政の意義について再認識する必要がある。従って、行政というものが行政法より先に存しているか否かについては問題がある。例えば、柳瀬良幹教授によれば、「行政と行政法との関係については行政が先で行政法が後であるとするのが先ず今日普通の考であるように見える。即ち行政法より先に行政というものが先ず存在していて、行政法はこの既に存在している行政というものについてそれは如何にあるべきかということ而定めたものであるというのが先ず今日普通の考であるように見える」とされ、「併しこの考は果して正しいであろうか。行政というものは果してそのように行政法より先に既に存在しているものであるうか。これが先ず考えなければならぬ問題である。」とされる。このような問題意識に立って、教授は、次の如く主張される。即ち、「行政というものは行政法より先に存在しているものではなく、行政法の結果として始めて存在するに至るものであり、何が行政というものであるかということは行政法より前に既に定まっているものではなく、行政法の結果として始めて定まるものであるが、このことから生ずる結果の第一は、それ故に、行政というものであり得るものは行政法の規定に合致したものに限り、そうでないものは行政というものではあり得ないことである。」とされ、行政法の学問において行政というものは、「行政法が行政というものとなしているところのものである。前に述べた如く、或るものが行政というものであるということは行政法の規定を当嵌めた結果始めてわかるのであり、即ち行政法は如何にあるものが行政というものであるかということ定めた法であるから、従ってその中には当然にこれが行政というものである、此の如く、規範たる行政法が、これが行政というものであるとして示しているところのものであり、即ちその内容たるものであるから、従ってそれは、その性質は明かに一つの観念であって、事実ではなく、従って又、その性質上、他

の觀念との間に論理上の関連を有するに止まり、他の事実と因果の關係に立つことはないものであることは明かである。<sup>28)</sup>と主張される。

柳瀬教授は、右の如く、「行政というものは行政法より先に既に存在しているものではない」ことについて主張されるのであるが、行政法が行政に関する法であるためには、藤田宙靖教授が指摘される如く、行政というものが法規範を前提として成立し得るものであり、<sup>29)</sup>行政法と行政がどちらが先に存在し得るものであるか否かについては、その間に見解の相違はない。唯、柳瀬教授の場合、行政法学の対象としての行政法の範囲を限定する意味で、行政法を法学の一分科として体系づける際に、行政というものが行政法より先に存しているか否かについて、それらの作業を通して問題とされたのである。

(24) 鶴飼信成『行政法の歴史的展開』（昭和五七年、有斐閣発行）八一頁。

(25) 柳瀬良幹「行政と行政法」『元首と機関』（昭和四四年、有斐閣発行所収）二四九頁

(26) 柳瀬・同右、二五一頁。

(27) 柳瀬・同右、二六一頁。

(28) 柳瀬・同右、二六二頁。

(29) 藤田宙靖『行政法学の思考形式』（昭和五三年、木鐸社発行）二〇五頁。

## 五 公法と私法の区別の前提となる行政法学における「公法」の意義 —— その三 ——

「行政法学の対象としての公法」は前に述べた如く、行政法は、行政に関する法の中でも、私法を除いた「行政に特有なる法」としての公法を意味するものである。従つて、このことは、行政法の性質を知る上でも重要であり、行

政法上において、公法・私法の観念がどのような場合に用いられているか、という基準を見極める上でも重要である。就中、行政法の性質を知ることは、前に述べた如く、行政に定義づけを与えることが支配的になっており、あるいは、「行政法ハ公法ナリ。」の命題の下に、行政法の範囲を限定する上で密接な関係をもっていたのである。それ故に、行政法学において、既存の行政法上の公法・私法の観念を観察しようとする場合、そこには、如何なる「概念」や「理論」が前提となっているのか、且つ又、如何なる角度から、如何なる論法や方法論が構ぜられているのか、深く追究されなければならぬところである。このことは、藤田教授の見解にも示されるところであり、それによれば、即ち、「およそ、ある「概念」や「理論」の意味内容を理解し、それを評価するに当っては、それが、どのような視角から、どのような論理的次元・方法的次元において述べられているのかについての明確な検討が先行せねばならぬことは自明であり、まして、このような概念や理論を、自らのものとして運用・発展せしめようとする際には、このような前提は不可欠である。」<sup>〔1〕</sup>と主張される。

〔1〕 藤田・前出四註（29）七頁。

然らば、「行政法学の対象としての公法」が行政に特有なる法を以って認識せられるのは、果たして、形式的乃至主観的内容の面において意味をもつものとして解せられるのか、それとも、それとは反対に、実質的乃至客観的内容の面において意味をもつものとして解せられるのか疑問が生ずるところである。そこで、本稿では、これらの点に関して、行政法の範囲を限定するために如何なる方法を用いて考察されてきたのか、二つの側面から考察を加えることとする。即ち、一つは権利義務の關係から、二つは裁判規範説からである。

第一の「権利義務の關係」については、権利義務と法關係とが問題とされるところであり、夙に、田中耕太郎教授

によつて主張されるところである。それによれば、即ち、「権利および義務は法関係の全部ではないが、その中核をなす<sup>2</sup>」、「法関係の中核は権利および義務、すなわちある者に法律上積極的に附与される一種の力およびある者に消極的に負担せられる拘束にある<sup>3</sup>」、「法律関係とは法の規律するところの、人と人との間の生活関係をいう<sup>4</sup>。」と主張される。従つて、権利義務は法関係の中核をなすものであり、法関係は法の規律の対象としての生活関係を示すものと解される。それ故に、行政法の性質を知るためには、形式的内容としての一種の権利義務の關係と、法以前の生活關係として把握されている実質的内容とをどのように捉えるか、によつて行政法を法律学の一分科として体系づける試みがなされたのである。従つて、以下には、前者が後者に先行するという假定に立つて、形式的内容としてのそれを把握するために、まずは、公法・私法の区別の基準を生活關係に置く學說から紹介することとする。

その基準を生活關係説に置く學說として、佐々木惣一教授と渡辺宗太郎教授の見解がある。

佐々木教授によれば、即ち、「現今ノ人類ハ法律觀念ニ於テ法ノ性質ニ依テ公法、私法ノ區別ナルモノヲ思考シ、此ノ前提ノ下ニ法制ヲ立テ法律生活ヲ営ム<sup>5</sup>」、「法ハ共同社会ニ於ケル人類ヲ規律ス。而シテ今日ノ法律觀念ニ依レハ人類カ政治団体ニ所屬スル者トシテ生活スルト然ラサルトニ依テ、之ニ關スル法上ノ取扱ヲ異ニストセラル<sup>6</sup>。」と主張され、「人類ノ政治団体ニ所屬スル者トシテ生活ヲ政治的生活ト名クルコトヲ得。政治団体ニ對シテ普通ノ社会ヲ民事会社ト云ヒ、又普通社会ニ所屬スル者トシテノ人類ノ生活ヲ民事生活ト云ハン<sup>7</sup>。」「政治団体ニ所屬スル者トシテノ人類ノ生活ヲ規律スル法ヲ公法ト云ヒ、民事社会ニ所屬スル者トシテノ人類ノ生活ヲ規律スル法ヲ私法ト云フ<sup>7</sup>。」と主張される。従つて、このような考え方によれば、法以前の生活關係（政治的生活・民事生活）を規律する法の対象の差異によつて、公法と私法とに分類されるものとして解される。

あるいは、渡辺教授によれば、即ち、「社会生活に於ける人の行為を規律する法の見地に団体的見地と個人的見地

との区別を生ずる。法に公法私法の区別を生ずることは、法の見地にかかる区別あることに基因する。」「従て公法とは、これ等政治団体の維持発達に直接に必要な生活関係、換言すれば、これ等政治団体の所屬者としての生活関係、即、所謂政治的生活関係を規律する法をいひ、私法とは、かかる政治団体の維持発達に直接関係なき生活関係、換言すれば、かかる政治団体の所屬者としての立場を離れたる人の生活関係、即、所謂民事的生活関係を規律する法をいふ」と主張される。従つて、この説くところも右の見解とほぼ同様に、公法と私法の区別の基準を生活関係に置く見解として解することができる。

以上要するに、「權利義務の關係」については、生活關係説を形式的内容の意味として捉えるべきではなく、それを実質的内容の意味として捉えるべきであり、このような考え方が可能であるとすれば、それについては、実質的意味としての生活關係を規律する法の対象の差異、換言すれば、生活關係に関する規律の仕方相違によつて、公法・私法を区別しようとする点にある。あるいは、「權利義務の關係」は法律關係の中核をなす、といわれるところから徐ろに、それは法律が発生する以前の生活關係を法を以つて加工しようとするものである。

然らば、これらの点から考えなければならないことは、「權利義務の關係」が行政法学の対象としての公法即ち行政法の範圍を限定する際に、法を公法と私法とに二分するその区別の基準を生活關係に置く考え方が行政法学の任務とするところに妥当するか否か、問題となる。

結論から先に述べれば、本来の公法・私法の区別の目的は、法の事実としての法規を明瞭に捌く点にあるから、行政法学の対象としての公法即ち行政法の範圍を限定する形式的乃至主観的内容の面において、直ちにそれらの見解に同調することは極めて困難である。蓋し、「權利義務の關係」は法律關係の中核をなす、という命題からは、辛うじてそれらの見解も一応意味のあるものとして鑑みることが出来る。

- (2) 田中耕太郎『法律学概論』（昭和四三年、学生社発行。）三三、八頁。
- (3) 田中・同右、三三五頁。
- (4) 田中・同右、三三三頁。
- (5) 佐々木惣一『日本行政法論総論』（大正二〇年、有斐閣発行。）三四頁。
- (6) 佐々木・同右、三六頁。
- (7) 佐々木・同右、三七頁。
- (8) 渡辺宗太郎『日本行政法上』（昭和二二年、弘文堂発行。）七・八頁。
- (9) 佐々木惣一『法の根本的考察（二）・完』（『京都大学法学論叢』一〇卷）一〇頁。

次に、右と関連して、公法と私法との区別の基準を「公権力の現われ」に置く学説を紹介することとする。

わが国において、その基準を「公権力の現われ」に置く学説として、藤田宙靖教授の見解がある。それによれば、即ち、「公権力の行使」とは、いうまでもなく行政庁による公権力行使の意であつて、ほぼ「行政行為」概念に該当する。「そこでは最も「権力的」なるもの、「高権的」なるもの、の私的権利主張行為との対比が問題の核心となるのであつて、従つて具体的には例えば警察下命、課税処分、公用収用等、最も典型的な「負担を課する行政行為」が表象されていると考へて良い。以下特に断りなき限り、「公権力の行使」ないし「行政権の公権力行使」とは、このようなものを意味する<sup>10)</sup>といわれ、即ち、公権力の行使は、「権力的」なものと「高権的」なものを含むものと解されるところであり、強ち、行政機関による権力の行使を意味するものとして推測される。さらに、公権力の問題の所在については、「この「行政権は司法権と同様法を宣言し得るのか、それとも個々の私人と同等なのか」という問題は、我国行政法学にあつても亦、昭和三〇年代に入つてから、主としていわゆる行政行為本質論を中心として、かなり明確な形で提起されたところであつた。」「一面、我国における「公法原理」探究の更に高次元の発展を示すもの

でもあった。」と主張される。従つて、このような考え方によれば「公権力の現われ」なるものを規律する法が公法であるとするならば、あるいは、「高権的」なるものを規律する法が公法であるならば、行政に関する法の中でも、「行政に特有なる法」の範囲を限定する上で、公法・私法区別の問題と強く結びつくことになる。即ち、公法と私法との区別の基準として、公権力の行使と私的権利主張とを以つて俊別しようとしたものである。

尚、現行制度上、「公権力」の表現を認めている法規として行政不服審査法と行政事件訴訟法がある。

行政不服審査法ではその第一条第一項で、「この法律は、行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによつて、簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする。」と規定している。

行政事件訴訟法ではその第三条第一項で、「この法律において「抗告訴訟」とは、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう。」と規定している。

右の如く、「公権力」という表現は、現行制度上認められているが、ここにいう「公権力」の表現は、生活関係説と同様に、法以前に存在し得ると言えるのか否か、ということである。制度上認められているこれらの表現は、「行政行為が何らかの形で発付されると、一般に、行政手続は完結する。」<sup>12</sup>との考え方からは「公権力」なる表現が法以前に存在し得ると言うことは到底不可能に近いと言わざるを得ない。従つて、「公権力」という表現は、法以前に存在し得ると断定することは不可能に近いと判断する外なく、法によつて認められて初めて存在し得ると断定するほうが寧ろ妥当であらう。

(10) 藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張』（昭和五三年、有斐閣発行。）五―六頁。

(11) 藤田・同右、二頁と三三頁。

(12) 南博方・小高剛『注釈行政不服審査法』（昭和五年、第一法規發行。）二二頁。

第二に、わが国行政法學上において、第二次世界大戰後、公法と私法の区別の基準に關して、「裁判規範と行為規範」の作業を通して行政法の理論體系の再構築がなされようとしている。そこで、その区別の基準を「裁判規範と行為規範」に置く學說を紹介することとする。

この考え方は、わが国において、最近の動向として注目されており、殊に、高柳信一教授によつて主張されている。その説くところによれば、「裁判規範の體系としての近代私法」と「行為規範としての公法」といつた「規範の構造の相違」に着目した「二種の法の分化」に注目されている<sup>13</sup>。教授のこのような考え方は、「行政の裁判所による統制」という主題の中で扱われており、これについての考察態度としては、「近代国家における行政に対する裁判的統制の基本原理はそもそもいかなるものであり、またいかにあるべきかを理論的に把握することから始め、それによつて得たところの上に立つて、それが現代において、いかなる新しい課題に當面し、いかなる修正を強いられているかを探究すべきであると考え<sup>14</sup>。」とされ、それらを探究するために、「近代国家ないし近代公法の基本原理に遡り、そこから既存の法理、法制度を理解しな<sup>15</sup>。」ことによつて、「法理、法制度の擬制的道具的側面を徹底的に見抜く」ことであるとされている。従つて、このことが、法理、法制度の擬制的道具的側面を「新課題の解決のために自由に駆使するための基本的前提<sup>16</sup>」であるとされるのである（ここにいう「法理、法制度とは」、「行政国家特有の『公法』の觀念」、「行政行為の公定力」の理論及び『抗告訴訟』の制度等」をその一例としてあげている）。また、教授によれば、「近代国家において、前述のごとく、行政は法によつて拘束されることになつたのであるが、行政の法による拘

束のされ方をみようとする場合、われわれは、まず、近代国家における二種の法の分化に注目せざるを得ない。<sup>17)</sup>即ち「公法と私法の区別の問題として論じられて来たもの」に注目せざるを得ない、とされている。それ故に、高柳教授の考察態度としては、「必ずしも従来の理論及び理論史の問題設定の枠組にとらわれる」ことなく、教授独自の角度から新理論形成をめざそうとしているのである。<sup>18)</sup>

(13) 高柳信一「行政の裁判所による統制」(雄川一郎・高柳信一編『現代の行政(岩波講座現代法4)』昭和四一年、岩波書店発行所収。)二六・二六八頁参照。

(14) 高柳・同右、二六〇頁。

(15) (16) 高柳・同右、二六一頁。

(17) (18) 高柳・同右、二六二頁。

以上、要するに、高柳教授流の「公法と私法の区別」は、「行政の裁判所による統制」という主題の下で、「公法と私法の分化」を通して、「行政国家的法理法原則の再検討」を試みようとしているのであるが、これに対して、藤田教授の批評的考察がある。即ち、それによれば、「差当り教授の指摘にほぼ全面的に賛同するものである。」<sup>19)</sup>としながらも、「しかし、これら行政法学的レヴェルでの諸提言の前提として、教授が精力的に展開される「近代公法の基本原理に基づく理論体系」なるものには、私の見るところ、いくつかの決定的な理論的難点が存在し、教授の意図される「法理・法制度の擬制的道具的側面を徹底的に見抜く」作業自体、いわば自己偽目的なものに止まっていると評さざるを得ぬもののように思われる。」<sup>20)</sup>と説いている。さらに、「教授の展開される現代行政法学の「理論体系」は、かくて、卒直かつ客観的にその論理構造を見る限り、一面で現存の法現象の客観的認識論としては、方法の混乱に基づ

く著しい理論的欠陥を内蔵するものであり、他面、あるべき法状態を根拠付ける実践論的根拠論として見るときも、そこには、ある種のドグマの少なくともも投にも似たものが、潜在しているように思われる。しかも教授の理論体系は前者として機能すると同時に後者としても機能すべきことが、全く無批判的に前提されているものようであり、これらの結果、そこに展開されているのは、論理構造としてはいわば、教授が徹底的に批判される伝統的な「行政国家のドグマ」を単に内容的に裏返したに過ぎぬ「司法国家のドグマ」の体系でしかないように思われる<sup>21</sup>とされ、われわれに「ポレミック」な印象を与えている。このようにして、「教授の作業の意図自体がこのようなドグマの構築にあるものとは、私も亦想像するものではない。教授の行なわれる行政法学的レヴェルでの指摘に、結果的に多大の共感を覚え、かつ、真に理論的に揺ぎのない、学問としての行政法学の確立を希えばこそ、敢えて右に、教授の理論体系に対するポレミックを試みた。」<sup>22</sup>とそれに対する理由を述べている。

このような、藤田教授の「ポレミック」な試みは結局、「公法と私法の分化」を通して、「法理・法制度の擬制的道具的側面を徹底的に見抜く」こと自体、必ずしも行政法学の確立に繋がらない、と説いている。しかし、このような試みは、従来から盛んに論議されてきた行政法における公法・私法の觀念に対する不備を補うために、あるいは、行政法学のより一層の確立に向けての斬新的な検討であることは自明の通りである。

(19) 藤田・前出四註(29)二〇頁。

(21) 藤田・同右、二八頁。

「裁判規範」と「行為規範」の区別が「公法と私法の分化」に繋がるといふ高柳教授の判断は、反面、従来の思考を軽視したものと云わざるを得ない。

そこで、昭和初期以降に考察されてきた裁判規範・行為規範観を招介することとする。

夙に、末弘巖太郎教授によれば、「元来法律が社会的事実として人々の意識によつた最初の形式は主権者の命令としてであるか又は裁判官の遵守すべき裁判規範としてである。」「後者の本領は飽くまでも国家机关に向つて執務上の準則を示し与ふるの点に存する。」「かくの如く、裁判規範たる法律は主として司法機関に向つて其の行動上の準則を指示することを目的とするものであつて、民法も実に其の一例に外ならないのである。」と主張される。このように、私送、とくに民法は「裁判規範たる法律」と捉え、そのねらいは、「司法機関に向つての行動上の準則を指示すること」にあるとされるのであつた。従つて、私法は、司法機関に向つての行動上の準則を示すもの、として捉えられ、裁判官の遵守すべき裁判規範が私法である、と捉えられた。

また、わが国において、「裁判規範」なる考え方は、「法の三重構造」の中で捉えられるようになった。<sup>24</sup> 例えば、広濱嘉雄教授は「法の三重構造」について次の如く主張した。即ち、「規範のうち、人間の社会生活における態度上の要求たるものを社会規範といひ、法理学の対象たる法は之に含まれる。かく限定した法を、他の社会規範から區別し、かつ、その全貌を明かならしめんがためには、之を全体的に把握せねばならぬが、全体の把握の道は立体的考察に向つてのみ通じている。法を立体的に見ると、組織規範・行為規範・裁判規範の三重構造を有する総合体である。」<sup>25</sup> 「行為規範が、未来に現在の支配性格を有する動機づけ規範であつたのに対し、裁判規範は、過去に現在の支配性格を有する跡片附け規範であり、生活関係の秩序規範である。而して、裁判規範の論理構造は仮言命題であるから、評価判断の規準として働くのみであつて、裁判規範そのものに評価力があるわけではない。」<sup>26</sup> このように、「裁判規範としての私法」は、「法の三重構造」の中にも表明されるようになった。

尚、裁判については、次の如く定義されている。即ち、それは「具体的事件に関する法の宣告」であるとされ、訴

訟手続を以つてする法の宣告<sup>(27)</sup>である」とされている。

唯、裁判の觀念については、兼子一教授が主張される如く、それを明瞭に抑えるには可成りの勇氣を伴うものであり、その觀念を普遍的なものとして認識することは甚だ困難な問題であるとされている。<sup>(28)</sup>

(23) 末弘巖太郎『民法講話(上巻)』(昭和三年、岩波書店発行。)八、一、一、一六頁(傍点筆者註)。

(24) 殊に、広濱嘉雄『法理学』(昭和二年、日本評論社発行。)一五頁以下。尾高朝雄『実定法秩序論』(昭和四年岩波書店発行。)一三頁以下。尾高教授の「法の三重構造」は、『共同体、中でも国家の法秩序は、常に行為規範・強制規範・組織規範の三重構造を有する。』(尾高・同上、一六頁。)となつてゐる。

(25) 広濱・同右、一五頁。

(26) 広濱・同右、二〇頁。尾高教授と広濱教授の「法の三重構造」の違いは、裁判規範と強制規範の表現の差異にあるが、捉え方としては、裁判規範の意味とほぼ同様に解されている。

(27) 美濃部達吉『行政裁判法』(昭和四年、千倉書房発行。)一一四頁。

(28) 兼子、『裁判法』(昭和四年、有斐閣発行。)一頁。

行政法学の確立をめざす高柳教授流の「裁判規範」を以つて公法と私法の区別の基準としようとする考え方には、藤田教授の“ボレミック”を試みがあるけれども、このような一連の試みは、従来の考え方に對する不備を補うための最近の動向として注目されるところである。その意味で、一九世紀後半の行政裁判制度の確立とともに、行政法は、公法の一部野として認知された<sup>(29)</sup>と言えるし、“公権の觀念も承認され、これを前提に「公法」の体系化が試みられた”のである。

それ故に、行政法上における公法と私法の区別の問題は、行政法を法律学の一学科として確立するために、法を

分することの目的である。法の事実を明瞭に認識することと、現在の法の觀念の所在を明らかにすることとを分けて考えざるを得ないのである。

(29) 村上淳『近代法の形成』(一九七九年、岩波書店發行)一九三頁。