

行政立法と法律の根拠

—— 法律の法規創造力の原則の意義 ——

松戸 浩

一 序

二 行政立法に対する法律による授權の位置づけ

三 法律の法規創造力の原則の独自の意義

四 行政立法の性質に係る若干の論点

五 結び

一 序

近時我国では、行政手続法に於ける命令策定手続の整備や、行政事件訴訟法の改正の際に公法上の確認訴訟の活用が想定される例として行政立法を契機とした紛争が挙げられる等、行政立法に対する統制強化の動向がみられる一方^①で、従来行政立法に対する統制手段として中心的に論じられてきた、法律による行政の原理からする法律の授權の問題は、これらに比べ、やや後景に退いているようにみえる。これは授權法律による統制では必ずしも十分ではないことが意識されるに至ったことからくる帰結であるともみられるが、他方でかかる統制手法は依然として、行政立法が論じられる際に屢々挙げられているところでもある。そして我国学説ではこの四半世紀の間に、この問題につき伝統的になされてきた説明に対し修正を迫る問題提起が少なからずなされている。

本稿はこれらの問題提起を踏まえつつ、行政立法に対し法律の授権が求められることの意義を再検討するものである。

(1) なおこの点に就いては検討を要する。例えば、芝池義一『行政救済法講義』(第三版)一六九頁以下、同「抗告訴訟の可能性」自治研究八〇巻六號九頁以下(また、同「抗告訴訟に関する若干の考察」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』六八頁以下を参照)。

(2) この語に就いては周知のように議論のあるところであり(例えば参照、平岡久「行政立法」『行政立法と行政基準』四頁以下)、本稿で後述する点とも関わることから用語の選択自体慎重であるべきところであるが、今日なお一般的とみられることから、右の諸点を留保しつつ、本稿ではこの語を用いることとする。

二 行政立法に対する法律による授権の位置づけ

一 後述するように近時は異論も多いものの、我国学説では一般的に、行政活動を一般的抽象的なものであるか個別的具体的なものであるかによって区別し、前者に就いては法律の(専権的)法規創造力の原則から、後者に就いては法律の留保原則から、夫々法律による授権の要請を導いていた。しかし現在でも広くみられるかかる図式は、田中博士が法規概念に一般性の要素を導入したことにより、法律の法規創造力の原則と法律の留保原則とが分離したことをその基礎としている。従って例えば美濃部博士や柳瀬博士のように、法規概念から一般性の要素を放逐した論者にあつては、行政立法と行政行為に同一の法律の授権に係る原則が採用されることにもなつていた。^①

二 またここで注目されるのが、法律の留保に関する我国のこれ迄の学説史分析には、右の区別が支配的であつた時期に於ても、行政立法と行政行為との区別を意識せずに立論を行なうものがみられることである。^②ここでは先ず、

法律の留保に関する我国学説史分析の先駆として広く知られ、且つ今日に至る迄の右学説史の枠組の基礎を形成したものと見える、宮澤教授の所説を取り上げる。

(1) 宮澤教授はその論稿『法律の留保』について「(國家學會雜誌七〇卷八号一八頁以下〔宮澤「憲法の原理」三五七頁以下に再録。以下引用は後者に拠る〕)に於て、最初にO・マイヤーの叙述を紹介した上で、《一定の事項について、行政の「自由」が否定され、その活動が法律にもとづくべきものとされることをVdG〔Vorbehalt des Gesetzes・松戸註〕とて》と述べるが、これは行政法学で法律の留保の定義として一般的に説かれているものである。続いて教授は次のように述べている。

《トオマは、形式的意味の法律によつてのみ定められる事項の全体が、オット・マイヤー以来、VdGと呼ぶところのものを形成するという。／要するに、一定の事項を—全部の事項をではなく—議會の行為としての法律—行政権の行為としての命令ではなく—の所管事項と定めることが、VdGの意味であり、こういう言葉使いは、ドイツの公法学では、ほとんど確立されているといえる。／日本についていえば、明治憲法に関する穂積・上杉理論において大権事項に対立させられた意味における立法事項*が、ほぼ右にのべられたオット・マイヤー流のVdGに当るといえるようにおもわれる。》(以上、宮澤三六一頁以下・傍点原文、傍線松戸)

また右の*を付した箇所には、《この理論によれば、明治憲法では、一定の事項は、法律に留保され、天皇の命令でそれを定めることは許されない。しかし、それ以外の事項は、天皇の大権に留保され、法律でそれを定めることはできない。前者は、立法事項であり、後者は、大権事項である。》との註が付されている。

ここで注目されるのは、一定事項に就いて法律の所管事項とし、行政命令による規律を排斥することが法律の留保の内容として理解されていることである。即ち、右に挙げた箇所に於て問題とされているのは、或る規律事項に対する法律と行政立法との関係であつて、行政活動一般に対し法律の根柢が要求されるべきかということではない。続い

て VdG 21 VG (Gesetzesvorbehalt) との関係を論じている箇所でも、《メルクルの言葉は、オット・マイヤーの VdG の存在理由が、一定の法定立を法律に留保するとともに、—いや、それよりもむしろ、—それ以外の法定立を行政権のために確保しようとすることを指摘したものと解される。その解釈によれば、VdG の役割は、³まさに指摘されたように、立法事項・大権事項に関する穂積・上杉理論が日本でもった役割と似ている。》と述べていることも (宮澤三七〇頁)³、同稿に於ける教授の問題関心が何処にあるかを示している。

なお、マイヤーは行政による一般的規律と個別的規律を区別した上で、前者には法律の法規創造力の原則が、後者には法律の留保の原則が夫々妥当するものとしている。⁴ 宮澤教授は《一定の事項を：：議会の行為としての法律—行政権の行為としての命令ではなく—の所管事項と定めることが、VdG の意味であり》、《日本についていえば：：立法事項が、ほぼ右にのべられたオット・マイヤー流の VdG に当る》と述べているが、かかる叙述は、マイヤーによる法律の留保の理解とは明確に異なるものである。

かかる論定は、同稿で援用されている日独の諸論稿の多くが専ら法律と行政立法との関係を問題としていることによっても裏付けられる。即ち、右に挙げた箇所教授の援用するトーマの「(法律の) 留保」を標題とする所説⁵は、被援用箇所では一般的抽象的規範の「留保」を問題としており、個別的行政活動に対する法律の根拠の要請に就いては「狭義の法律による行政の原理」として、これと区別されるべきことを明言している。⁶ また先に挙げた註に挙げられている穂積八束・上杉慎吉の論稿の当該箇所も、立法権と命令権夫々の範囲を扱う中で立法事項と大権事項の区別を論じるものである。

(2) また、我国に於ける法律の留保原則の学説史分析として屢々引用されている塩野教授の論稿⁸でも、教授は法律による法規創造力の概念と法律の留保の概念を区別した上で、《行政権が行動するに際していかなる場合に法律の根拠が必要となるか》という意味での《法律の留保の概念だけをとりあげ》ると述べつつ、右の穂積博士等の立法事項

説を、田中博士をはじめとする『市民的侵害留保説』に先行するものとして位置づけている。また、法律の法規創造力の原則と法律の留保原則との区別を維持しつつ、右の塩野教授の見解と同様に、立法事項説と侵害留保説等を後者の範囲に係る学説として並列に挙げる所説も存在する。⁹⁾

三 以上のように、これ迄の法律の留保に関する学説史研究には、行政立法(法規命令)に対する法律の専管事項に関する検討を法律の留保の枠内で論じているものが少なからず存在する。ここで問題となるのは、かかる検討を、個別の行政活動も含めた行政活動に対する法律の授權の範囲を問題とする法律の留保原則の問題に投影することが適当であるか、ということである。尤もこの問題の前提として、法律による授權を一般的抽象的行政活動に対するものと個別具体的行政活動に対するものとで区別する従来からの一般的理解が適切であるか、という問題が存在する。以下では、これらの問題に就いて検討することとする。

(1) この点に就いては参照、松戸浩「法律の法規創造力の概念に就いて・統」藤田宙靖博士退職記念『行政法の思考様式』一四三頁以下、一五三頁以下。なお同稿でも述べたように、田中博士自身は「法律の法規創造力の原則」の語は用いていない。また、本文で述べた美濃部博士の所説は改説後のものである。

(2) 法律の留保原則が法律の法規創造力の原則から区別されることを明確に自覚した上でその学説史分析を行なうものとしては、我国に於ては高田敏「わが国における法治行政論の生成」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』四七五頁以下がある。

(3) 宮澤教授は、法律の留保がイデオロギー性を持つという教授の指摘を補強するものとしてメルクルの所説を援用する本文での引用箇所につき、〈すべての国家権力の活動は、法律にもとづかなければならない〉と述べて(宮澤三七二頁)、VdGの存在意義を否定する周知の結論を導出している。しかしメルクルは、教授によって援用された箇所(Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 101, 164f.)に就いて、完全な法律の留保は全行政が法律を基礎としてのみ行使される場合であり、法定立が立法機関にのみ認められるのであれば法から自由な行政は排除されるとして全部留保説を説くものの、非公権的国家活動に対する法律の根拠としては法律形式を採る予算による同意で足りるとし、また正統性原理の観点から立法に対する行政の従属を説くものの、メルクルの正統性原理は法段階説と結

が付いて説明されており (a. a. O., S. 167ff.)、我国実定法秩序に於ける法律と行政立法夫々の所管事項を論じる教授の所説を補強するものとして援用することには疑問の余地がある (参照、柳瀬良幹「公法上に於ける契約の可能及不自由」『行政法の基礎理論第一巻』二五三頁註二二、二六一頁註六)。

なお宮澤教授による右の結論に対して近時なされた問題提起として、石川健治「二つの言語、二つの公法学―『法律の留保』の位置をめぐって」法学教室三三二号五五頁以下、巨理格「法律の規律密度と委任命令」法学教室三三三号五八頁以下。

- (4) 参照、松戸「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理 (三)」愛大法経論集一五七号八二頁以下。また、同「法律の法規創造力の概念について」法学六七巻五号二三八頁以下。前者で述べたように、マイヤーがこの点を明確にするのは『ドイツ行政法第一巻』(第三版)に於てであるが、宮澤教授が援用されているのも同書第三版である (宮澤三六二頁註一)。

- (5) R. Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzässigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in : Anschütz-Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 221f.

- (6) この点につき参照、松戸「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理 (二)」法学六五巻三九四頁註一六。

- (7) 穂積八束『憲法提要下巻』六六一頁以下、上杉慎吉『憲法述義』四八七頁以下、六一四頁以下。

- (8) 塩野宏「法律による行政の原理―法律の留保を中心とする―」ジュリスト三〇〇号七二頁以下 (『法治主義の諸相』一〇五頁以下に再録)。

- (9) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ』(第二版)二九頁以下。大橋洋一『行政法』(第二版)二七頁以下も同様に立法事項説と侵害留保説等を並列に扱っているが、大橋教授は後述するように、法律の法規創造力の原則の固有の意義を否定している。

三 法律の法規創造力の原則の独自の意義

一 我国学説では行政活動に対する法律の授権の問題に就いて一般的に、一般的抽象的な行政活動たる行政立法 (法規命令) には法律の (専権的) 法規創造力の原則が、個別的具体な行政活動たる行政行為には法律の留保原則

が夫々妥当するものとしてこれを説明してきた。しかし我国で論ぜられているかかる図式は、—用語は異なるもの—と同じく両原則の区別を説くマイヤーが彼固有の立法・行政の区別及びこれから帰結される命令・処分①の区別を背景としてかかる区別を帰結したのと異なり、かかる背景を捨象したのみならず、一部の論者を除き、必ずしも命令・行政行為に性質的区別を認めただのものではなく、行政活動の対象の特定性に着目したものである結果、マイヤーの所説の一部のみが借用されたものとなっている。

そして、両原則の区別が専ら行政活動の対象の特定性に係るものとみる場合には、抑々両原則を区別する必要はないのではないか、という論定にも行き着きうる。その証左が、近時増えつつある、法律の法規創造力の原則の変容乃至従来原則の下で説かれてきた内容の法律の留保原則への吸収を説く議論であるが、以下ではこれを検討することとする。

二 対象の特定性による授權原則の区別に就いては、具体的規範は一般的抽象的規範からも導出可能なものであるから、これによっては法律の法規創造力の原則と法律の留保原則とを区別できないとする根本的な疑問が森田教授によつて呈されている。② 明示はされていないものの、次に挙げる両原則の相対化乃至法律の留保原則への一本化を説く所説は、これを前提としているように思われる。

(1) 近時の少なからぬ所説は、特定の行政立法の定立に法律の授權を要求するという意味での法律の法規創造力の原則に就いて、かかる要請は法律の留保の原則の内容に含まれるものであるとして、右の意味での法律の法規創造力の原則の独自の意義を否定している。③ その結果、行政立法（法規命令）に対する法律の授權の問題は法律の留保原則の中で扱われることになる。この場合、従来法律の留保原則は主に行政行為を対象とするものとしてその内容が理論的に深化されてきたところ、これを行政立法に適用することによる問題は生じないのか、という点が問われうる。

(2) (a) 第一に、法律の留保原則は従来、単なる立法権と行政権との間の権限分配を定めるルールに留まらず、行政主体に対し私人の権利利益の保護を図る為の原則であるという性格づけも併せてなされてきた。^④ その結果、同原則によって特定の行政活動に対し要求される法律上の根拠規定は行政訴訟に於て、当該行政活動が侵害する利益の内容乃至当該行政活動によってその利益を侵害される私人の範囲を判定する為の主要な基準ともされてきたところである。^⑤ これに対し、法律の法規創造力の原則は、特に我国通説のように私人の権利義務に関する規範の定立を立法権に独占させるといふ内容を有するものとされる場合には、法律の留保原則も有する権利利益保護機能を併有するとはいふものの、この「権利利益保護機能」に就いては十分な精査が必要であると思われる。

法律の法規創造力の原則は一般的抽象的規律を行なう行政立法を対象とする為、行政訴訟に於けるかかる基準の提示は必ずしも念頭に置かれていたとはいえない。^⑥ 抑々法規命令は基本的には、取消訴訟をはじめとする抗告訴訟の対象とはならない。他方で法律の法規創造力の原則が有するとされる、裁判所に於ける判断基準の定立を立法権に独占させるといふ要請は、行政権に対し私人の権利利益を保護するものとはいいうるものの、法律の留保原則の有する権利利益保護機能とは異なっている。

即ち、私人の権利利益への侵害を行政権の専断に委ねず立法権の判断を通すことを求めるといふ点では法律の法規創造力、法律の留保の両原則は共通しているものの、前者は裁判規範の創設を立法権に独占させると共に、委任の範囲内で行政権によって定立される規範もまた裁判規範となる。これに対し、法律の留保原則の下で行政権が行なう活動は裁判規範とはならず、法令により審査される対象に留まる。^⑦ 換言すれば、法律の法規創造力の原則は、裁判所も拘束する一もとより憲法法律に適合するかの審査はなされる一基準の定立を行政権に委ねる際に問題となるものであるのに対し、法律の留保原則は、対象となる行政活動の性格はそのままに、ただ同原則の範囲内では当該行政活動の

根拠乃至判断基準となる法律が必ず存在することを要求するものであるという相違がある。

(b) 第二に、法律の法規創造力の原則に就いては、争いのある法律の留保原則と異なり、一般に、憲法四一条に由来するものと説かれている⁸⁾。尤も、同条は「立法」作用を国会に独占させる趣旨であるところ、法律の法規創造力の原則に関連して我国通説はこの「立法」を、行政主体と私人との間の権利義務に関する一般的規律と解してきた。しかし大石教授が説くように、《直接または間接に国民を拘束し、あるいは国民に負担を課する新たな法規範》たる《「法規」の定立が国会の独占的排他的な権限に属すると考える場合、その「法規」以外の法規範：について国会の排他的権限をいうことはできない。：「国民の権利義務を定める規範は法規である」という命題と「法規は国民の権利義務を定める規範である」という命題：の間には大きな差異がある：国民の権利義務を定める規範は、法規の一部を指示するにすぎない⁹⁾》。教授の述べるように、同条によって国会のみが規律すべきものとされる対象は「行政主体と私人との間の権利義務に関する」ものに限定されるものではなく、また仮に同条にいう「立法」を「行政主体と私人との間の権利義務に関する」ものに限定する場合には、憲法典の他の規定に定めのある場合を除いては、国会には他の事項につき—例えば、少なからぬ論者が民主的統治構造との関係から国会による規律を求めている、国家に於ける重要な事項等—その独占的排他的規律を語ることが出来ない、ということになる¹⁰⁾。

他方で、国会のみが定めることの出来る規律は、それが「行政主体と私人との間の権利義務に関する」ものであるか否かにかかわらず、（委任が禁じられているものを除き）法規命令たりうる。抑々法規命令は、行政機関に対する法律の委任があれば、規律内容の如何を問うものではない¹¹⁾。そして、前述のように、法律の法規創造力の原則は、裁判所も拘束する基準の定立を行政権に委ねる際に問題となるものであるところ、国民の権利義務を定めるものであるか否かを問わず、法規命令は裁判規範となりうるものである¹²⁾。従って、法律の法規創造力の原則は、その枠組を変え

ることなく、通説の説く「行政主体と私人との間の権利義務に関する一般的規律」以外の、立法府のみが定めるべき規律も対象とすることができ、これは憲法四一条の解釈とも適合的である。

ここで注目されるべきは、この場合、法律の法規創造力の原則と法律の留保原則とで、対象とする行政活動に相違が生じる余地が出てくることである。⁽¹³⁾ 従来の法規概念の「行政主体と私人との間の権利義務に関する規律」への限定は「主観性」⁽¹⁴⁾乃至「実益」⁽¹⁵⁾に囚われたもので、前述のような意味での権利利益保護機能を有する後者の原則には親和的なものである。これに対し、前者の原則はこれらには囚われず専ら、立法府が規律を独占すべき事項は何か、という見地からその対象が決せられることになる。同じく権利利益保護機能を有するといっても、法律の法規創造力の原則のそれは前述のように裁判規範の創設に係るものである為、法律の留保原則に於ける侵害留保説や権力留保説のように主観的契機を必ずしも重視する必要はないからである。⁽¹⁶⁾

(c) 第三に、法律の法規創造力の原則の独自の意義を否定し、特定の行政立法の定立に法律の授權を要求するという要請は法律の留保原則の内容に含まれるとするのであれば、法律の授權が要求される行政活動の範囲は行政立法であれ行政行為であれ変わらないものとなる筈である。即ち、法律の留保の対象に就いては学説が分かれているところ、右の見解を取るのであれば、行政立法に就いてもその採用する説に対応して法律の授權が求められる範囲を論ずべきこととなる。現に、法律の留保原則につき本質性理論乃至重要事項留保説を取る論者⁽¹⁷⁾はかかる構成を採用している他、法律の留保の対象に関する所説の夫々に就いて規範制定への応用を試みる見解も存在する。⁽¹⁸⁾これに対し、同様に伝統的意味での法律の法規創造力の原則の独自の意義を否定する藤田博士は、法律の留保原則に就いては権力留保説を取りつつも、⁽²⁰⁾法規命令と行政規則の区別に就いては、《伝統的な通説によれば》と断りつつも、法律の専権的法規創造力の原則に従い、《直接国民の権利・義務に変動をもたらし、法律の授權の下にのみ定立され得るもの》を法規命令、

《そうでないもの》を行政規則としており、権力留保説の適用はみられない。⁽²¹⁾

なおこの点我国の伝統的学説は、法律の留保原則では侵害留保説を取りつつ、行政立法に就いては右のように、侵害留保説と異なり私人の権利義務の変動一般を法律の授権が必要な対象としている。ここには、法主体間の権利義務に関する定めを法(法規)としその定立を立法権に独占させるという周知のテーゼがその背景にあるところ、これは行政活動に対する条件を設定するという法律の留保原則には収斂されない要素であり、曾てはこの要素を意識した説明がなされていたのであるが、この図式に囚われないことが、近時の法律の法規創造力の原則の独自の意義を否定する所説の前提になっているといえる。

(d) 第四に、法律の法規創造力の原則の独自の意義を否定する見解の支えとなっているのは、同原則による法規命令と行政規則との振り分けに問題がある、というものであり、これには幾つかの内容がある。なおその内最も著名なものとしては、同原則の鍵概念たる法規概念の歴史的制約性及びこれに起因する「立法の範囲の狭さ」に対する批判があるが、これは本稿では扱わない。⁽²²⁾

(i) その一は、同原則により、通説によれば、行政主体と私人との間の権利義務に関するものであるかという規律内容を基準として法規命令が区別される一方で、かかる内容を持たなくとも、法律による行政機関への規範定立の委任がある場合には、当該規範も法規命令となるということから、法規命令と行政規則との区別には《内容的な要素と形式的な要素が結合し合っており》、《わが国の伝統的な「法規命令」概念には、…この二つの問題が同時に混在しているため、その理論的輪郭が不明瞭になっている》という指摘である。⁽²³⁾

尤もかかる図式は、憲法学に於ける実質的法律と形式的法律との区別に就いてもみられるものである。即ち、規律内容に着目する法規概念によって議会の定めるべき事項が実質的法律の対象とされると共に、議会が規律範囲を任意

に定めることが出来る場合には、「任意的法律」(fakultatives Gesetz)として、実質的法律に含まれない事項であっても形式的法律の対象とされうる。⁽²⁴⁾ この場合、法律には異なる由来によるものが《混在》することになるが、このこと自体は、議会が排他的に規律すべき事項を設定することの意義を否定するものとはならない。従って右の藤田博士の指摘は、法律の法規創造力の原則に従い法規命令と行政規則を区別することを否定するものとはならないといえる。

(ii) また抑々藤田博士は、「規、律、内、容、の、如、何、に、応、じ、た、立、法、権、と、行、政、権、の、間、で、の、権、限、の、振、り、分、け」(傍点松戸)や《そのメルクマールとして国民(私人)の権利・義務に変動を及ぼす一般的規律か否か》を取ることも自体は必ずしも否定しておらず、⁽²⁵⁾ これらの従来法律の専横的法規創造力の原則の下で語られてきた図式が法律の留保原則の下に移行したに過ぎない。これに対し法律の法規創造力の原則にとりより深刻なものと考えられる疑問は、同原則の内容自体が、法規命令と行政規則とを振り分ける機能を果たしているとはいえないというものである。例えば平岡教授は、従来の法規概念を私人の権利義務を規律対象とするものとみる場合、例えば私人に直接向けられる行政作用を規律対象とする訓令通達類も《内容的に見れば「私人の権利義務に関する」ものであり、「私人の権利義務に関する」事項を規律対象とするものである》と、具体例を挙げつつ指摘した上で、⁽²⁶⁾ 《「私人の権利義務に関する」内容をもつかどうかという基準によって規範制定についての「法律の留保」の妥当範囲を明らかにすることはできない》と述べている。⁽²⁷⁾ また、振分基準に対する批判には至らない場合でも、従来の基準では行政立法の現状を説明することが困難である、という認識は広く共有されている。例えば塩野教授は、《行政内部の統制を図るために制定されるものであるから、法律の根拠を必要とせず、かつ、外部効果は、本来有しないはず》の、解釈基準、裁量基準、給付規則、指導要項といった《行政機関の行動基準》に就いて、その外部効果を持つ可能性を論じている。⁽²⁸⁾ 同様に芝池教授も、《法規命令または行政規則としての一貫した性質を備えてい》ない《変種》として、行政内部的な規範であり法律の授權が

不要とされてきたにも拘らず《多かれ少なかれ国民の権利義務に係る》裁量基準等を挙げている。⁽²⁶⁾ 抑々現在の概説書で行政規則に就いて論ずる箇所では、行政規則が私人に対しても何らかの法的意味を有する場合があることに論及するのが通例となっている。

尤も、立法実務は「国民の権利義務に直接的な関係があることを「本来の法律事項」とした上で法律の形式による必要があるかを判断していることから、従来理解されてきた内容での法律の法規創造力の原則が抑々法律事項の劃定基準を立法の際に提供出来ないものという訳ではない。右の学説の指摘は、或る規範が私人の権利義務に（直接）関係するか否かにつき立案者の側での判断と学説による判断とが乖離していることを表明したものと見える。

(iii) 以上の点との関係で想起されるのは、個別的行政活動の次元での行政指導を巡る議論である。行政指導も伝統的には私人の法的利益に影響を及ぼすものではなくそれ故法律の授権は不要であるとされてきた一方で、私人の法的利益に實際上重大な影響を及ぼす場合もあることから、例えば規制の行政指導に就いて法律の根拠を求める見解もみられたところである。ここでも、伝統的理論によれば特定の行政活動に対し一定の基準により法律の授権が要求されつつ、その対象とはされない行政活動に就いて、実質的にはこの基準を充たす場合があるのではないか、という問題提起がなされている。しかし通例は、行政指導が私人の法的利益に實際上重大な影響を及ぼすことが認められても、そのことから法律の留保原則の意義が否定されるという主張はなされていない。かかる状況に就いては寧ろ右のように一部では、法律の授権が要求される場合と実質的に同様とみられるケースに就いて法律の授権を要求する―従って従来の枠組を拡張するという対応が主張されてきたところである。このように、行政活動に就いて法律による授権を要する範囲を確定する基準として私人の権利利益への侵害乃至関係性を取った場合に、この確定基準と整合性のつかない事象は他にもみられるのであり、法規概念乃至法律の法規創造力の原則に特有のものではない。従って、先に挙

げた訓令通達・裁量基準等に就いての指摘は行政立法に留まらず、個別的行政活動に対して私人の権利義務への関係性を基準として法律の授権の範囲を劃する場合一般に就いて妥当することになる。また前述のように、行政規則の私人に対する法的意味が問われるのは一般的なものとなっているが、この場合、それでもなお依然として、私人の権利義務への関係性を基準とする法律の法規創造力の原則が一般的に維持されていることをどのように説明するか、という問題が提起されよう。

この点に対する回答として先ず考えられるのは右の基準を変更することであるが、これに就いては法律の留保原則の範囲の問題として従前から議論されていることであるので、それに譲る。ここでは、右にみた現在の学説の状況を理論的に整合的なものとして説明することは出来るのか、出来るとすればそれは如何なるものであるのか、を検討することとする。

(iv) 平岡教授は、先に挙げた問題は、従来の法規概念が規範の規律対象に着目した概念であったことに由来するものであるとして、「私人の権利義務に関する」を規範の効力に着目したものとして再構成した上で、法規概念を「私人の権利義務に関する効力を持つ規範」と定式化することにより、上記の問題に対する対応を示している。そして右の効力は議会立法に由来するものであるので、この定式によれば、議会立法による授権の有無によって法規命令(教授のいう行政立法)と行政規則とが区別され、先の訓令通達類は議会立法の授権に基づいて制定されるものではないので、内容的には私人の権利義務に関するものではあっても行政規則に分類されることになる。⁽³⁾

かかる説明は、規範の規律対象に着目する法規概念による法規命令と行政規則の分類に就いての前述の問題点を回避しうるものといえる。またこの説明は、行政指導に就いても敷衍することが可能である。

しかしこの場合、教授も述べるように、私人に対する効力は授権法律によって与えられるものであるので、私人に

対する効力に着目して法律による授權の必要な行政活動を予め判断することは出来ず、それ故法規概念は私人に対する効力に着目して構成したとしても、法律の留保原則の基準として使用することは出来ない、ということになる⁽³²⁾。しかしかかる指摘は、行政立法法に対してのみならず、個別的行政活動に就いて、先に述べた問題を回避する為に、私人の権利義務に関する内容を持つとするのではなく、私人の権利義務に関する効力を持つ行政活動に対しては法律の授權を要するとした場合にも、同様に妥当するものである。この場合、個別的行政活動に就いても、侵害留保説や権力留保説のように私人に対する関係性に着目した法律の留保原則を取ることは出来ない、ということになる⁽³³⁾。

他方で特定の行政活動につき法律の授權を要求するという要請を放棄しないのであれば、授權の範囲を劃する為の基準はなお求められるのであり、以上述べてきたことを前提とした場合に考えられる基準とは如何なるものであるのか、が問題となる。

三 従来の行政法学にあつて行政活動が「私人の権利義務に関する」乃至「私人の権利利益を侵害する」ということは、行政活動の内容から客観的に判定されるものと考えられてきた、ということが出来る。これに対し先にみた平岡教授の指摘は、かかる従来の行政法学の考によつては説明の出来ない事象を挙げた上で、法規概念は立法者による授權があれば行政立法法には「私人の権利義務に関する」効力が認められるべきことを含意する、ということ述べたものである。ここでは確かに、法律の授權の必要な行政活動の範囲を「予め」決することは出来ない。尤も、抑々行政立法であると行政行為であるとを問わず、行政活動の効果は先天的に導かれるものではなく、実定法規範によつて初めて与えられるものであるところ⁽³⁴⁾、行政活動の「私人の権利義務に関する」効果や「私人の権利利益を侵害する」効果も法律が認めるが故に存在するものである。そうであるならば、従来の法律の法規創造力の原則乃至法律の留保原則を、先に挙げられた問題を回避しつつかつ法律の授權の必要な行政活動の範囲を決する要請に応えるものとして

理解する為には、或る行政活動につき「私人の権利義務に関する」効果や「私人の権利利益を侵害する」効果を持たせようと立法者が意欲する場合には法律による授權を要求する―従って立法者の行為規範をも設定する―原理であると再構成することができよう。⁽³⁵⁾ その際、何が「私人の権利義務に関する」場合であるか、或いは何が「私人の権利利益を侵害する」場合であるかの判断権は第一次的には立法者にあるのであって客観的には決せられるものではない。しかしこれは、立法者が授權の要求される行政活動の範囲を全く自由に決定出来るものとは異なり、この点に関する立法者の判断にお一定の枠をはめようとするものである。

この場合、訓令・通達類や行政指導は、立法者がかかる効果を賦与しない旨の判断をしたことの表われということになる。これらの行政活動が私人の法的利益に實際上重大な影響を及ぼすと考えられることからくる問題点は依然として存在することになるが、行政活動の私人に対する影響には様々な態様のものが考えられるところ、法律の法規創造力の原理乃至法律の留保原理が、その確定を立法者の判断に委ねるものとする原理であるならば、かかる問題は行政活動の私人に対する影響に着目する両原理に内在的なものといえる。予めの判断でない点が両原理とは異なるものの、抗告訴訟の対象たる「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められている」行為であるか否かの判断に当たり、一般的に法律の根拠の有無が探究されているが、⁽³⁶⁾ この場合にも、同様の構図乃至内在的問題がある。⁽³⁸⁾

(1) この点に就いては参照、松戸「法律の法規創造力の概念について」法學六七卷五号二三八頁以下。

(2) 森田寛二「法規と法律の支配(一)」法學四〇卷一号六三頁以下。

(3) 藤田宙靖『行政法Ⅰ』(第四版改定版)五三頁以下、同『行政と法』『行政法の基礎理論上巻』三四頁以下、大橋・前掲二二頁以下(また同二五九頁以下では《法律の留保原則も、行政の行為形式とは連結していない》と述べられている)。「法規概念」が行政機関

による規範制定に就いての議会による授權の要否を決する機能を有することを疑問視するものとして、平岡久『法規』に関する若干の考察』『行政立法と行政基準』一一八頁以下。実質的意味の法律に関する議論を法律の留保に含めるものとして、宇賀・大橋・高橋滋編『対話で学ぶ行政法』三九頁以下（大橋発言）、大橋『法律の留保』法学教室一四五号二八頁、松本和彦『法律による基本権の保障（一）』大阪学院大学法学研究二三卷一六〇頁以下。松本教授の論稿はドイツ学説史分析での言及である。また、法命令の定立を行政行為等と原理上の差はない行政機関の行為と位置づけつつ、法命令・行政行為の両者につき「規律に関する法律の留保」を説くものとして、山本隆司「開かれた法治国」公法研究六五号一六五頁以下。法律による（専権的）法規創造力の原則と法律の留保原則とが「ほぼ同義語」であると説くものとして、曾和俊文・山田洋・巨理編『現代行政法入門』三七頁（巨理執筆）。その他、法律による法規創造力の原則を独立に立てず、行政立法に対する法律の授權の問題も法律の留保の下で扱う論者は少なくない。

なお、法律の法規創造力の原則を独立に立ててはいないものの、法律の留保原則の中で一般的規範の定立と個別具体的な行政作用とで異なる説明をする所説には、実質的には両原則の区別を維持しているとみられるものがある（例えば、稲葉馨『行政法と市民』二九頁以下）。

(4) 藤田『行政法Ⅰ』（第四版改定版）八五頁。

(5) (i) この結論自体は原告適格の判断につき保護規範説をとる論者が屢々述べるところであるが、特に法律の留保原則との関係でこれに言及するものとして、例えば、藤田『行政活動の公権力性と第三者の立場』『行政法の基礎理論上巻』二二六〇頁以下。また行政訴訟と法律による行政の原理（法治主義）との密接な関係から行政訴訟を「法治主義を基準とする裁判」として捉えると共に行政訴訟での権利は《法治主義に直接由来する権利—いいかえれば、法治主義そのもののコララー—として法律によらない制限・剥奪が禁止されるような私人の権利自由》であると説くものとして、小早川光郎「集团的訴訟」『行政訴訟の構造分析』二四七頁。その他、法律の留保原則の積極的意義に就いては論定を留保するもの、この問題に言及するものとして、芝池『行政決定と第三者利益の考慮』法学論叢一三二卷一・二・三号一〇四頁以下。

なお藤田博士の右論稿中法律による行政の原理と原告適格との関係に就いては、大貫裕之「いわゆる受忍義務についての「整理」」東北学院大学論集法律学五九号一四頁以下のコメントがある。

(ii) なお近時の最高裁判決は取消訴訟に於ける処分性の判断の際に、法体系全体の解釈から当該行政活動の法律上の根拠を探究しており、必ずしも当該行政活動に対する法律の明文の根拠を求めている訳ではないとされる（参照、山本「判例から探究する行

政法 処分性(1) 法学教室三三二一〇頁以下、大久保規子「処分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリスト一三一〇号二〇頁以下。食品衛生法違反通知最高裁判決につき、角松生史「判例研究」法政研究七二巻二号八九頁以下)。また塩野教授も、《行政処分性の所在の認定と法律の留保の理論の意味における法律の根拠とは別の問題である。法律の根拠があるからといって、当該行為が当然に公権力の行使であるということにはならないし(農地法八〇条に基づく農地の売払い―最大判昭和四六・一・二〇民集二五巻一号一頁)、逆に、法律の留保理論上の法律の根拠がないからといって、当該行為に処分性がない、ということにはならない(予算補助による国の補助金の交付決定。》と述べている(『行政法Ⅱ』(第四版)一一〇頁)。確かに取消訴訟の対象となる行政活動の範囲の決定乃至処分性の認定は法律の留保原則とは別の基準によって判断されるものであるが、そのことは理論的には必ずしも、同原則によって法律の根拠が要求される行政活動につき、これを取消訴訟で争う際に、当該法律の根拠を処分性の判断基準とすることを否定することを帰結するものではない。また法律の留保原則は、同原則の対象外とされる行政活動に就いて法律の根拠が存在することを否定するものではないので、《法律の根拠があるからといって、当該行為が当然に公権力の行使であるということにはならない》という命題は、必ずしも右に述べたことを否定するものとはならないと思われる。塩野教授の挙げる右最判で問題となった農地の売払い及びこれに先行する農林大臣の認定も、最高裁の理解では、私法上の行為乃至内部的な行為とされており、抑々法律の留保原則の対象となる行政活動ではない。

換言すれば、処分性の判断は法律の留保原則の対象であるかの判断とは別異になされうるものの、そのことは、同原則―但し、侵害留保説や権力留保説のように私人への影響に着目するものに限る―に附随する権利救済機能を否定するものとはならない。法律の留保原則により行政活動の内容に着目して―尤も本文で後述するようにこの点には注意が必要である―当該行政活動の為に根拠規範が用意されている場合、これは処分性の(更には(i)でみたように保護規範説をとる場合には原告適格の)判断につき重要な考慮要素の、一とされるものである(法律の留保論と処分性との積極的関連に言及するものとして、中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ」神戸法学年報一四号一六八頁)。

なお、「処分性の判断は法律の留保原則の対象であるかの判断とは別異になされうる」ものの、取消訴訟に於ける処分性の判断の際に法体系全体の解釈から当該行政活動の法律上の根拠を探究されている前記の近時の最高裁判決の事案に就いては、取消訴訟ではなく確認訴訟によるべきことも提唱されているところである(例えば高木光「行政訴訟論」八〇頁、同「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト一二七号一八頁)。

- (6) 尤も、法律の留保原則の場合も、同原則の妥当する全ての領域でかかる基準が提供されるべきことが要求されている訳ではなく、場合によっては手続規範等によっても同原則の「法治主義的保護」機能が充たされることもありうるものとされている(藤田「警察法二条の意義に関する若干の考察」『行政法の基礎理論上巻』三八六頁以下)。
- (7) もとより公定力の認められる行政行為の場合には、取消訴訟以外の訴訟の受訴裁判所は、当該行為が無効でない場合には、当該行為が有効であるとの拘束を受ける。
- (8) これを詳細に論ずるものとして、小早川『行政法上』八七頁以下、特に九〇頁以下。
- (9) 大石眞「立法と権限分配の原理(二・完)」法学四三巻一号五七頁以下。なお同所に引用されている、佐々木惣一「法律・命令と法規」公法雑誌一卷一號五頁を参照。
- (10) これに対し、憲法四一条の実質的意義の法律の意義として述べられるところは、法律に言及する他の憲法の諸条文から導かれるのであって、同条の立法権に固有の意義は語られていないとして、本文に述べた二重法律概念の解釈を同条の解釈に持ち込む必要はないのではないかと、とする指摘が存在する(中川「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革上巻』三三四頁以下)。
- (11) この点につき参照、藤田『行政法Ⅰ』(第四版改定版)二八八頁以下、平岡「行政立法」『行政立法と行政基準』八頁、同「法規」に関する若干の考察(前掲書所収)二二九頁以下。
- (12) 平岡『法規』に関する若干の考察一二五頁以下。尤も同所で教授も述べるように、《実際に裁判基準として機能する場が与えられるかどうかは訴訟制度いかによって、とりわけ許容される「客観訴訟」の範囲によって異なる》。
- (13) 行政立法の裁判規範性に就いてはまた、野口貴公美「行政立法手続の研究」一九五頁以下。但し、法律の留保原則につき本質性理論乃至重要事項留保説を取る場合には、法律の法規創造力の原則と同一の範囲の行政活動を対象となしうる。
- (14) 平岡・前掲一三頁。
- (15) 大石・前掲五九頁以下。
- (16) これに関係して、平岡・前掲一二三頁註二三(但し、議会及び議会立法への「法律の留保」の妥当に就いて)を参照。
- (17) 宇賀・大橋・高橋編・前掲四〇頁以下(大橋発言)に於ける行政立法の扱いを参照。

- (18) 平岡・前掲一四二頁註四〇。また、毛利透「行政概念についての若干の考察」ジュリスト一二三二号一三六頁以下は、我国憲法學說多數説が取る実質的法律概念に就いて、権力留保説の適用を示唆する。
- (19) また、註(3)で挙げた曾和・山田・巨理編『現代行政法入門』(巨理執筆)も、行政立法に就いても、法律の留保原則での叙述(三三頁)と同様に、侵害留保説を一貫して適用している(三六頁以下)。
- (20) 藤田・前掲八六頁以下。
- (21) 同右二八七頁以下。
- (22) なおこの批判には、議会の有する排他的所管事項の範囲に関する問題と、議会が規律することの出来る事項の範囲に関する問題とが混淆しているものが少なからずみられる。
- (23) 藤田・前掲二八七頁以下。また、森田・前掲四六頁以下。
- (24) 実質的法律と形式的法律との「二重法律概念」に就いては既に多数の論稿が存在するが、専管事項と競管事項との区別を、我国での具体的事項を挙げつつ意識的に論じる近時の論稿として、赤坂正浩「立法の概念」公法研究六七号一五五頁以下がある。
- (25) 藤田「行政と法」『行政法の基礎理論上巻』三五頁。
- (26) 平岡・前掲一一三頁以下。
- (27) 同右二二〇頁以下。行政立法手続の対象劃定の際にも同様の問題がありえたことにつき、常岡孝好編『行政立法手続』一三八頁以下。
- (28) 塩野『行政法Ⅰ』(第四版)九三頁以下。
- (29) 芝池『行政法総論講義』(第四版補訂版)八六頁以下、一一九頁以下。
- (30) 「内閣提出法律案の整理について」(昭和三八年九月一三日閣議決定・参照、内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局百年史』二二九頁)。
- (31) 平岡・前掲一一四頁以下、一三六頁以下。
- (32) 同右一一八頁以下。
- (33) 権力留保説に関しては平岡教授のコメント(前掲一二三頁註二一)を参照。
- (34) 例えば参照、藤田「行政行為の分類学」『行政法学の思考形式』(増補版)一〇九頁以下。

(35)

(i) ここでの「私人の権利義務に関する」乃至「私人の権利義務を侵害する」効果は、規範定立の際に予め立案者により想定されるものである。なお平岡教授は行政行為の権力性につき、《何らかの判断の結果としてすでに行政行為であることが肯定された、あるいは取消訴訟の対称性が肯定された結果》としての権力性と《いかなる行為を：行政行為として扱うべきか、または、：取消訴訟の対象とすべきか：という問題に関して語られる》権力性とを区別し、後者を《帰属決定のための権力》と称するが〔書評 岡田雅夫「方法論としての行政行為概念」法学雑誌三四卷一号一四三頁以下〕、右の効果はかかる《帰属決定のための権力》と同様の位置付けを持つものである。

なお右の平岡教授と同様の問題関心を持つものと考えられるものとして、権力留保説に対する批判に対し《行為》と《法的に正当化された行為》との区別を説く藤田『行政法Ⅰ』（第四版改定版）八八頁註四。

(ii) 堀内教授は《行政規則が法律形式を備えた場合解釈論上ここに「権利命題制定」という立法者意思を読み取りうる》と述べつつも、《法律形式が常に「権利命題」を内容とするわけではな》いと指摘している（堀内健志『立憲理論の主要問題』二五頁以下。なお同所で援用されている、O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd, 1. Aufl., S. 93f., 3. Aufl., S. 66f.も参照）。本文で述べたことは、法律の形式をとる規範が常に「私人の権利義務に関する」効果を持たせようとする立法者の意欲の表われであることを含意するものではない。

(36)

例えば最判平成三年三月八日民集四五卷三号一六四頁（漁港鉄杭撤去訴訟）のように、裁判所による後行的審査はありうる。

(37)

例えば参照、司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』一九頁以下。なおこの点に関する近時の最高裁判決の動向につき、山本「判例から探究する行政法」法学教室三三二号一〇七頁以下、三三二号六七頁以下、三三三三号四一頁以下、三三五号四七頁以下の該当箇所を夫々参照。また、註(5)(ii)を参照。

(38)

なお規範に示された名宛人も当該規範の定立者の意思を示すものとして当該規範の妥当範囲を判断する上での指標たりうるが（森田「法律の概念」声部信喜・星野英一・竹内昭夫・新堂幸司・松尾浩也・塩野宏編『基本法学四』九二頁以下）、平岡教授の述べるように〔「法規」に関する若干の考察〕一三八頁以下）、告示の場合に難点がある。

四 行政立法の性質に係る若干の論点

以上、法律の法規創造力の原則と法律の留保原則の夫々に就いて述べられてきた議論を手掛かりに、両原則を区別する意義を検討してきた。他方で、前者が後者に吸収されるものと考えられる所説は、行政立法と行政行為との間に、法律の授權対象としての観点からは性質上の差異がないことを前提としているといえる。以下では、この点に就いて若干の例をとりあげ検討することとする。

一 行政立法と行政行為との間に差異があることを前提とした我国行政法学に於ける議論として蓄積があるのは、取消訴訟の対象を巡るものである。ここでは行政立法と行政行為との区別が、取消訴訟の対象を劃する上で重要な基準となっている。

取消訴訟の対象を巡る議論は争訟法上の次元のものであり、本稿で問題とされている法律の授權に係る実体法上の行政立法と行政行為との区別とは必ずしも対応するとはいえないが、以下の叙述の限りでは、かかる相違を考慮すべき場面はないといえる。

その際両者の区別の主要なメルクマールとされているのは、行政活動が特定の私人の権利利益を個別具体的に規律する内容を有しているか否かであるが、問題は、かかるメルクマールが単に行政活動の対象の特定性に着目したものであるか、或いは行政立法と行政行為との間に性質上の差異を認めるものであるか、である。

(1) 従来から、《一般的行為に当たるかどうかは行為の形式ではなく実質によって判断される》として、条例や告示等でも実質的にみて具体的処分に当たる場合、それ自体が国民の具体的な権利義務に直接法的変動を起す場合には処分性があるとされてきた¹。詳細には美濃部博士の次の叙述があるが、右の見解がその延長上にあることは明白であ

る。

《省令・廳令・府縣令等命令の形式を以つてする行政廳の行爲が違法である場合に、命令も亦法律の所謂行政廳の處分に該當するものとして、これに對し行政訴訟を提起し得べきや否やに付いては、命令が直接に現實の法律的效果を生ずる場合と、命令に依つては唯對象的の定めを爲すに止まり、其の命令に基づく行政行爲に依り始めて現實の法律的效果を生ずる場合とを區別せねばならぬ。後の場合には命令に依つては未だ權利の毀損を生じないもので、其の命令に基づく行政行爲あるを待つて始めて行政訴訟を提起し得るに反して、前の場合には別段の行政行爲あるを待たず命令によつて直接に權利を毀損せらるるのであるから、其の命令自身が法律の所謂行政廳の處分に該當するものとして、これに對して直ちに行政訴訟を提起し得べきものと認めねばならぬ。》

またこれに対応する叙述として美濃部博士は別所で、立法によつて一定内容の權利義務が定められ、別段の行政行爲を待たず人民は法律の定めによつて直接權利義務を賦与乃至課せられる場合と、立法によつては法の基準のみが定められ、この基準に従つて行なわれる行政行爲等によつて一定内容の權利義務が定められる場合とを區別し、前者の例として無届出版の禁止や第二国民兵役の定めを挙げている。⁽³⁾これらの叙述では、私人の權利義務の変動につき立法・命令のみで完結する場合と、これに続く行政行爲があつて初めて完了する場合との區別が注目されているのが、明瞭に看取しうる。

(2) これに對し判例では、下級審裁判例中に右の枠組に従いつつ医療費値上告示⁽⁴⁾、米穀の政府買入価格を定める告示、保育所廃止条例に処分性を認めたものがあるもの⁽⁵⁾、最高裁は条制制定行爲に就いてであるが、最判平成一八年七月一四日民集六〇卷六号二三六九頁に於て、名宛人の非特定性を考慮して当該行爲が抗告訴訟の対象となることを否定している。⁽⁷⁾尤も同判決の調査官解説に示されているように、⁽⁸⁾同判決は抗告訴訟の対象につき一般的に要求されている要件に由来する先の枠組を否定している訳ではなく、寧ろこれに名宛人の特定性という要件を加えたものとみる

ことができる。^⑨

(3) なお美濃部博士の右の叙述は立法行為に続く行政行為の有無に着目したものであるが、ここでは立法行為のみによって私人の権利義務が定められるか否かが問題とされているのであって、規律対象が一般的抽象的であるか個別的具体的であるかによって命令が行政訴訟の対象となるか否かが決せられている訳ではない。即ちここでは立法行為と行政行為との間に性質上の差異があることが前提とされており、規律対象の範囲によって両者が区別されている訳ではない。^⑩先にみた告示等に処分性が認められる場合としての「それ自体が国民の具体的な権利義務に直接法的変動を起す場合」という叙述や右の調査官解説はこの点を意識したものと捉えることが出来る一方、例えばこの度の行政事件訴訟法改正の際の行政立法に対する司法審査のあり方を巡る議論に於ける、《行政立法はある程度抽象的な定めをして、後に処分等の形で具体化されるものを予定しているものなので、どのタイミングで紛争をとらえて司法判断をするとかいうタイミングの問題が重要になってくる》等という発言は、^⑪右の美濃部博士の見解や告示等に処分性が認められる場合に就いての先に挙げた従来からの説明とは稍懸隔をなすものである。

二 先にも挙げた告示は、その性質に就いても、行政立法や行政行為等様々な行政活動たりうるとされるが、その内行政立法(法規命令)であるか否かの区別は、処分性の有無の判断に際して問題となると共に、私人に対して法的拘束力を有するか否かという点でも問題となるものである。後者の点で、物価統制令に基づく統制額の告示や課税要件を定める告示等につき学説は、法令の内容を補充するものであることを理由に、法規を定立する行為であり法源性を有するとしている。^⑫ここでは、法令の内容を補充するか否かという性質面に着目して、告示の分類がなされている。古くは美濃部博士も、《法律ガ或ル事項ニ關スル規定ヲ命令ニ委任スルトキハ、其ノ事項ニ關シテハ命令ガ法律ノ地位ニ代ハルモノニシテ、其ノ命令ハ實質上法律ノ内容ヲ補充シ、命令ニ從フコトガ即チ法律ニ從フ所以タルナリ。故

ニ委任命令ハ或ハ之ヲ補充命令ト謂フ。》、《委任セラレタル事項ニ付テハ委任命令ノ規定ガ法律ト同様ノ効力ヲ有ス。故ニ委任命令ヲ以テハ、其ノ委任ノ限度ニ於テ憲法上法律ヲ以テ定ムルヲ要スルモノトセラレタル事項ヲモ定ムルコトヲ得ベク、又法律ノ効力ノ發生、變更消滅ヲモ來サシムルコトヲ得ベシ。》と述べているが、右の告示に係る見解はその延長にあるものといえる。

三 以上のように、取消訴訟での処分性や告示の法的拘束性の判断の際には、立法行為と行政行為との間に性質上の差異があることが前提とされてきたといえる。問題は、このことが法律の授權との関係で如何なる意味を持つかである。後者では、告示が法令の内容を補充するものであるか否かが法的拘束性判断の際の指標となつているところ、行政立法たる告示の場合には、法律では諸般の事情により見送られた規律を告示が行ない、且つこの規律は法律によるものと同等とされる—これは告示に限らず法規命令一般にいえるものである—という関係がある一方、法律と行政行為との間にはこのような関係はない。この場合に行政行為は、処分性の検討の際にもみたように、授權法律の定める基準に従い、国民の具体的な権利義務に直接法的変動を起すものの、この行政行為による規律は法律と同等のものではなく、裁判規範とはならず、また私人との関係でも適用場面を限定される。このように、同じく法律の授權と述べられてきたものであつても、行政立法に対するものと行政行為に対するものとは、授權法律と行政活動との関係が異なつたものとして理解されてきたといえ、前者を対象とする法律の法規創造力の原則は後者を対象とする法律の留保原則になお吸収し尽くせない要素を持つているものと思われる。

(1) 塩野『行政法Ⅱ』（第四版）一〇一頁、雄川一郎『行政争訟法』六九頁、田中二郎『新版行政法上巻』（全訂第三版）三二六頁、杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』一〇頁（但し条例は除く）、原田尚彦『行政法要論』（全訂第六版）三七一頁。行政立法が取消訴訟の対象となるかが問題となつた判決例の判例評釈にこの旨を述べるものが多いことは、これが学説上一般的な理解となつてい

の表われであるといえる。また、藤田・前掲三七〇頁以下、芝池『行政救済法講義』(第三版)三二二頁以下。条例に就いては異論がある(山田洋「行政判例研究」自治研究八一巻一號一三六頁、園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』一九頁以下(山田執筆)。他方積極説として、秋山義昭「法令に対する抗告訴訟」雄川・塩野・園部編『現代行政法大系五巻』六四頁以下)。

(2) 美濃部達吉『日本行政法上巻』九二四頁以下。同旨、同『行政法撮要上巻』(訂正五版)五九三頁。

(3) 美濃部『日本行政法上巻』九頁以下。また別所でも、《法律的効果が直接に法規に依つて發生し、法規の下に於いて更に別段の意思表示あることを要しない場合》と《法規の下に於いて、…或は行政権の意思表示に依り、…定められた法律的効果を發生するものとして居る場合》とを区別している(一五五頁)。同旨、同『行政法撮要上巻』(訂正五版)八頁以下、同「立法、司法、行政(一)」國家學會雜誌四五巻九號九頁以下、同「立法行為の性質(一)」國家學會雜誌四六巻四號二頁以下、同「立法行為の觀念と其の行政又は司法行為との區別(一・完)」國家學會雜誌四六巻七號四九頁以下、五六頁以下。

(4) この点につき例えば参照、研究会「医療費値上げの職権告示停止決定に関する法律上の問題点」ジュリスト三三七号二八頁以下。

(5) 判決例を含め、行政立法の抗告訴訟対称性を巡る諸問題に就いては、秋山・前掲五五頁以下、平岡「行政立法」『行政立法と行政基準』六六頁以下、行政訴訟検討会第二九回、第三〇回議事録 (<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shou/kentoukai/gyouseisoyou/dai30/30gijiroku.html>) を参照。

(6) これを指摘するものとして、増田稔「時の判例」ジュリスト一三三五号一六頁、野呂充「判例解説」受験新報二〇〇六年一月号一七頁。

(7) なお県令の「処分性」を問題としたとされてきた最判昭和三四年六月二日民集一三巻六号六三九頁を取消訴訟の対象に関する判断を示した先例とすることは必ずしも適當ではないことにつき、神橋一彦・別冊ジュリスト一六八号一八頁以下。

(8) 増田・前掲。なお解説は抑々、条例制定行為を抗告訴訟で争うことを問題視している。

(9) なお同判決の枠組からは、建築基準法四二条二項のみなし道路の一括指定に処分性を認めた最判平成一四年一月一七日民集五六巻一号一頁との整合性をどのように説明するかという問題が生ずるものと思われる(同一括指定の処分性に疑問を呈するものとして、金子正史「二項道路に関する二、三の法律上の問題」『まちづくり行政訴訟』八〇頁以下、同「時の判例」法学教室二六四号一三〇頁以下、荏原明則「判例批評 民商法雑誌一二七巻二号一三三頁以下、山本・前掲法学教室三三五号五四頁以下)。

(10) この点につきなお参照、美濃部『日本行政法上巻』一一頁以下。詳細にこの点を論ずるものとして、同「立法、司法、行政(一)」

一頁以下。美濃部博士によれば、立法行為が法の内容を決定するのに対して、行政行為は、既に法の内容・基準が定められておりその基準に従って法を作るに留まる点で、立法行為と区別される。尤も博士自身、自由裁量行為のように右の基準によっては立法行為と行政行為の区別が難しい場合があることを認めている（「立法行為の性質（一）」一四頁以下）。

なお美濃部博士は立法行為と行政行為とは法を作るという点で性質上の差異はないと述べているところ、本文での「性質上の差異」はこれとは意味が異なる。

(11) 第二九回行政訴訟検討会に於ける事務局説明（注（6）参照）。また第三〇回同検討会に於ける事務局と水野・塩野・芝池委員との議論も参照。

(12) 田中「行政法総論」三六五頁、同「新版行政法上巻」（全訂第三版）一六四頁、同「法律と命令」田中・原龍之助・柳瀬編「行政法講座一巻」二五七頁、藤田・前掲二八六頁、金子宏「租税法」（第二三版）九五頁。なお、田中「告示の性質」『法律による行政の原理』三〇一頁以下、同「経済統制法の法源の種類及びその特殊性」（前掲所収）一七一頁以下。

(13) 美濃部「憲法撮要」（改訂第五版）五三六頁。なお、中川「行政活動の憲法上の位置づけ」一六七頁以下。

(14) 美濃部・前掲五三八頁以下。

(15) なお参照、美濃部「立法行為の概念と其の行政又は司法行為との區別（二・完）」五六頁以下。

(16) この点に就いては、前述三款二(2)(a)を参照。

(17) 参照、山本「訴訟類型・行政行為・法関係」『民商法雑誌』一三〇巻四・五号五〇頁以下。

五 結び

以上にみたように、行政立法に対する法律の授權の要請に就いては従来法規概念を軸として論じられてきたところ、これを行政行為に就いての法律の留保原則と同列に扱う見解が、最初は同原則の学説史研究に於てみられ、続いて理論的見地から、右の要請に就いて法律の（専権的）法規創造力の原則の独自の意義を疑問視し、これを法律の留保原

則に吸収する所説が近時屢々みられるようになっていいる。本稿は、かかる所説に内在するとみられる諸論点につき若干の分析を行なうことにより、なお法律の法規創造力の原則に独自の意義が見出されるか否かの問題を明らかにすることに努めたものである。

主に O・マイヤーによって提唱された両原則の区別はそのとる立法・行政概念を前提としたものであった為、同概念から離れて継受された両原則の区別につき、内容的観点からの疑問が呈されるのは当然の帰結であつたともいえる。他方でマイヤー流の立法・行政概念をとらない場合であつても、《法律の委任は、憲法によって国会の権能とされたものを、国会が行政権に与えるもの》¹⁾という叙述をはじめとして、法規命令の定立を立法として捉える見解はなお多くみられる。以上にみた行政行為に対する法規命令の相違はこれに由来するものといえ、このようなものとしての法規命令に対する法律の授權を、行政行為に対するものと同列に論じることが出来るかは、なお検討を要するものと思われる。

或る国家行為を立法活動か行政活動かに分類し、そこから解釈論上の帰結を導くことは概念法学のようにもみえ、また近時は行政立法を法律の変種としてではなく行政の行為形式の一として捉えるべきことを提唱する見解も現われているが、本稿での分析は、かかる分類が今日に於てもなお桎梏として散在し無視することの出来ないものであることを示していると思われる。

(1) 宮澤(芦部補訂)『全訂日本国憲法』五七五頁。

(2) なお、宮澤「立法の委任について」『憲法の原理』一三〇頁。

(3) 大橋「行政立法手続の比較法研究」法政研究六二卷三・四号八頁。