

資 料

行政法総論 (1)

—行政法の基礎理論について—

手 塚 貴 大

- 一 行政と法
 - (一) 行政の意義
 - (二) 行政上の法律関係 (以上、本号)
 - (三) 行政法の展開
- 二 行政法の基本原理
 - (一) 法律による行政の原理
 - (二) 適正手続の原理
 - (三) 行政法上の諸原則
- 三 行政作用法
 - (一) 行政の行為形式と行政過程
 - (二) 行政行為
 - (三) 行政基準
 - (四) 行政計画
 - (五) 行政指導
 - (六) 行政契約
 - (七) 行政上の一般制度
- 四 行政手続および情報公開・個人情報保護
 - (一) 行政手続と法
 - (二) 情報と法

本稿は、いわゆる行政法総論に関する重要事項について、概括的な解説を試みるものである。特に、行政法の理論体系としては、行政作用法、行政救済法、行政組織法が識別されるところであるが、本稿では行政作用法の概要、そして行政組織法の骨格部分にごく簡単に触れることとしたい。そして、行政法の解釈論について出来るだけ理解が容易なものとなることを企図していることに加えて、政策論的な側面についても叙述することとした。何故なら、

行政活動は法律に基づいて行われるが、法律上の公共政策を実施することを意味し、さらに、そうした政策の内容上の合理性を確保する論理の（一端の）提示も必要と考えられるからである。さらに、議院内閣制のもとにおいては、そうした公共政策自体、（政治に主導権がある場合もあろうけれども）行政官僚により企画立案されるので、かような政策論は尚更必要であると考えられる。勿論、叙述の中には不十分という評価を受けるものも含まれているであろうから、そうした諸点については、今後、機会を見つけて修正をかけていきたいと考える。また、本稿の論述は多くの先行研究に拠っていることは言うまでもないが、性質上脚注は一切省略した。ご海容を賜れば幸いである。

一 行政と法

（一） 行政の意義

1 現代国家と行政—行政の存在意義—

（1） 行政活動の実態

現代社会の行政活動として、如何なるものが想定されるか。中央省庁が霞が関に存在し、県庁、市役所、町役場等はわが国に散在している。そして、それらは日常的に見聞きするものではある。

こうした行政活動の担い手は公共政策を実施し、国民の生活を支えるものである。例えば、中央省庁を例として参照すると、財務省は、予算編成、税制、国債・国有財産管理、関税、国際金融等を幅広く包含する活動を行っており、他省庁についても同様に幅広く業務を行っている。ここで着目すべきは福祉国家、社会国家という国家像であって、かかる国家は、社会のインフラストラクチャーの運営の運営を行い、我々国民の生活水準の維持・向上に多方面から貢献している。そのすべてを簡単には纏めきれないが、警察、国防・外交にはじまり、道路、橋梁、国公立の学校、社会保障制度の公的運営等がそ

こに含まれるわけである。以上に挙げた諸制度・諸施設を瞥見するだけでも、行政活動と我々との密接な関係は判明するし、行政活動がなければ、我々の日常生活は円滑には営まれることはなく、現在のような生活水準を維持することは到底できない。ここに行政の存在意義がある。

(2) 現代国家における行政活動の比重—消極国家と積極国家—

以上の行政活動に係る行政像の直截な帰結からは、現代社会におけるその重要性、不可欠性、さらには広範囲性等の属性を認めることができる。行政活動のありようは時間軸で見た場合、決して普遍的ではなく、今日のような行政活動のありようは唯一のものではない。この点、行政活動の史的展開を踏まえる必要があろう。

さて、ここで着目すべきは、そうした国家が担うべき役割、国家活動の守備範囲の変化である。そもそも近代国家の誕生としては、国王の専制的支配に対する市民革命が契機となったのであり、それはフランス革命、アメリカ独立革命である。その結果、国民が権利主体として国家と対峙するという国家体制が生まれ、国家は国民の権利を守りながら国家権力の行使を行う必要が生じるということになった。その中で、国民には人権が保障されることとなった。その際、重要であるのは、職業選択の自由、私有財産権のような経済的自由権の獲得である。かつての絶対王制のもとで、従来、国民は生産手段を持たず、土地に縛られ農業に従事していたわけであって、革命の成就を通じて、そうした土地への拘束から解放され、自ら生産手段を所有し、自らが望む場所で経済活動を展開することが可能となった。国民がかような自由を享受するべく、国家ができるだけ国民の行動に介入するべきではないと考えられた。そして、国家は警察、国防、外交等の必要最小限度の役割を担うべきとされたのであった。

しかし、経済活動が自由になったため、そうした経済活動を首尾よく行い富を蓄積できた者と富を持たない者という形態で、社会階層の二極分化が生じたわけである。さらには産業革命を通じて、農業ではなく、大規模な工場

工業が発展し、工場主である資本家とそこで雇用される労働者との間で経済力に関して溝が生じることとなった。確かに、法的には形式上平等な存在であるはずの国民が経済力および社会的地位に関して、新たに不平等が生じるようになった。これでは、近代法の成果である国民の平等は実現されないことになる。

そこで、かような社会における溝を国家の活動を通じて埋める必要性が認識されたのであった。国家は、所得再分配を行い、富者から貧者へ財政等を通じて富を移転させる。さらには、憲法上社会権が承認され、国家が積極的に国民の生活に介入し、その生活水準を上げるべく、様々な公共政策を実施することとなった。そうした経緯もあって、例えば、我が国では、20世紀までは国家活動は拡大の傾向を見せるのであった。ところが、21世紀は以前より続く財政赤字等をきっかけに、規制緩和、民営化といった国家の役割を縮小させる行政改革も行われた。さらに、そうした財政問題を契機とした国家活動の後退は、貧困問題の再登場によってまた対応を迫られている。以上のように、国家の役割は決して減少するわけではなく、簡単に言えば、経済社会の諸事情により、拡大、縮小を繰り返すという揺り戻しを伴いつつ存続するといえよう。とはいえ、こうした国家の公共サービスの提供に係る幅は一度拡大した場合に、縮小の方向に改めて舵を切ることは難しいかもしれない。公共政策の内容は法律に規定がなされるところ、利益的な内容の政策を廃止することは国会の代表者の判断に拠るところ、その判断には国民の意向が反映されることになることを直視して、そうした見方もできることになろう。加えて、公共政策には財政的基礎が必要であるところ、税収が不十分である場合には、国債発行を通じて財源調達を行うことも可能であるという事情も以上のようないわば後退的制度改正を困難にする要因として挙げることができよう。したがって、行政活動の内容を決定づける制度的要因として（財政）民主主義を挙げることができるのであって、ここで憲法と行政活動との密接な結合の一端を見出すことができる。さらに踏み込んで言えば、公共政

策はそうした政治的判断により構築される傾向があるため、場合によっては、憲法との整合性という点で問題を持つ制度が法律上出来上がる可能性もある。この場合は司法審査のプロセスにおいて（違憲判断という形態での）裁判所による消極的な政策形成がなされることもありうるし、そして、行政各領域に係る官庁のレベルでなされる法律案の作成過程において、官僚により憲法との整合性を意識しつつそうした作業が行われることも当然である。

さて、この積極国家（社会国家）のもとでは国家の役割（特に行政）は拡大し、非常に多くの活動がなされており、それは我々の生活水準を上げるために、積極的な評価を与えることができる。ところが、その反面でそうした事象は行政権の肥大化と消極的評価が与えられることにもなりうる。ここで行政権の肥大化と言っても、それだけ多くの公共サービスが国民に提供されることであり、そのこと自体は必ずしも悪ではない。問題は、そうした公共サービスの提供の必要性が失われたにも拘わらず、提供が継続したり、必要以上に提供がなされ、他に皺寄せが及んだりすることであって、それは不必要な行政活動がなされることによって国家財政に悪影響が及んだり、種々の既得権が発生し、政策決定に不合理な点が生じかねないこと等である。

行政活動の実態について、さらに議論を進めよう。ここで着目すべきは行政各部である。一応行政権は内閣に属し（憲法 65 条）、内閣が行政各部を指揮監督することにはなる（憲法 72 条）。しかし、官僚による政策の企画立案作業の重要性には着目すべきである。すなわち、内閣総理大臣に法案提出権が認められるが（憲法 72 条）、政策に係る専門知識を基にその原案を作成するのは行政各部の官僚である。これは、内閣が大枠を示し、詳細かつ技術的な部分について原案作成を官僚が行うというそうした役割分担である。

2 行政の意義

以上のような現実の事象としての行政活動は大まかに把握することはできる。例えば、中央省庁の存在とその業務内容、さらには地方公共団体の組織の内実を念頭に置けば、差し当たって十分な行政像を観念しうる。ところが

行政法理論の観点、すなわち行政を法的側面から眺める場合に、わが国では行政の意義についても改めて考える必要がある。ここで理論上の行政の意義が問題となる。この問題については、大きく分けて2つの立場がありうる。一つは、控除説（消極説）である。すなわち、国家権力から立法と司法を除外したものというものがそれである。この立場は、歴史に沿うし、非常に多様な行政活動を言葉で余すところなく説明し、定義づけることは容易ではないという事情にも応えうるものである。しかし、これでは、なお不十分と考えることもできるのであって、その場合には、次の積極説に与することになる。それによると、「法のもとに法の規制を受けながら、現実具体的に国家目的の積極的実現を目指して行われる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動」というものが考えられる。すなわち、控除説では、学問的な分析対象を明確な定義づけを行わないままで不十分ということであって、そうした問題に応えることを試みるのが積極説である。とはいえ、積極説にも批判はある。すなわち、積極説が述べるところは、他の統治権力の定義と重なるところがあり、必ずしも行政権の定義を首尾よくしているとはいえない等である。

いずれの立場に与するかは、論者によるのであろうが、控除説が目下の通説であると言えよう。行政の意義をどのように解するとしても、行政法理論の説くところは、行政活動に対して適切な法的統制を及ぼすということであり、行政の定義を完全無欠に確立することなくしても、それは十分に可能であろう。少なくとも、行政法の次元においては、控除説に与し、それに基づいて理論構築を行うことは可能であろう。

但し、別の考え方もありうる。先ほどの控除説を改めてみると、その立場を強調すると、特に、他の国家権力との関係で、行政の領域を殊更に広く確保し、行政が独自にその権限を行使することが可能な領域がそれだけ確保されることに繋がるという指摘がある。この考え方は、立法、司法、行政の関係を極めて並立的に捉え、相互に不可侵な領域を構築することに繋がるとい

う。その際、行政は他の二権力に包摂されない広大な領域を包摂することになる。これでは行政に対する国会による民主的な統制という現行憲法の考え方とは必ずしも整合性を持たないということにもなりうる。したがって、三権を並列的に捉えるのではなく、国会による行政の統制を重視した、いわば垂直的な関係が観念されるべきとも言えるのである。具体的には、行政の役割は、憲法、法律によって決定されるべきであり、また、いずれの機関の権限か不明である機能は国会に帰属するという考え方もありうる。

これに関連して、行政の機能としては、国会の制定した法律を執行するというものが挙げられる。これが“決定－執行”の図式（議会による決定＝法律の制定、行政によるその執行）である。しかし、現実の行政の役割は単純な法律の執行には尽きない。この点、例えば、憲法73条各号を参照すると、行政権の帰属先である内閣は、法律の執行には止まらない種々の役割を担っている。特に着目すべきは、“國務の総理”（73条1号）であって、これは行政事務の統轄に尽きない、国政全般に対する配慮と対応を内閣が行うと解される。したがって、内閣が執政権を行使し、行政各部が法律を執行するという関係が見出されるのである。

そもそも、国会と内閣との関係についての伝統的な議論のありようとしては、国会による内閣の統制が考えられていたのであり、換言すれば、内閣自体が純然たる執行機関と考えられていたわけである。この立場の指向するところは、国会中心の国政運営である。確かに、国会が国民の代表者により構成されるわけであるから、彼らが国政の中心として重要政策の決定を行うという国会像は首肯できるものであるけれども、しかし、国会は多数の議員による構成される合議体であり、適時に合意形成を行うことは難しいと考えられるため、現実には、性質上、国会にそうした役割を期することは困難である。そこで、内閣が重要政策の企画立案、国政の舵取りを行うのが合理的である。加えて、前叙の伝統的議論によれば、内閣はともかく、行政各部に対する国会の統制のありようについては議論が不十分だったのであり、実質的に国政

に重大な影響を与えてきた行政各部に対して実効的統制を行う必要もある。ここで着目すべきは、分担管理原則（内閣法3条）とセクショナリズムである。分担管理原則は、それを狭義に捉えたと、内閣は行政各部で矛盾衝突が生じた場合の総合調整のみを行うことができ、そうでない限り主任の大臣は独自に各個の行政事務を執行するという考え方である。戦後においては、内閣は存在しつつも、各省大臣に各個の事務を分担管理させるとすることにより、戦前のいわゆる国務大臣の単独輔弼制（明治憲法55条1項）と同様の状況の創出が企図された。これでは、内閣が行政各部に指揮監督を実効的に行うことが困難となり、国政の舵取りは困難を極め、場合によっては既得権保護の制度の改廃も難しくなるかもしれない。これがセクショナリズムである。そこで、首相のリーダーシップを確立し、内閣を補佐する機関を設け、行政各部への実効的指揮監督を可能にする必要がある。目下、いわゆる中央省庁改革を通じて、そうした行政機構が整っていると言えよう。

3 行政法の存在意義

行政の意義を如何に解そうとも、我々に対してなされる行政活動がまったくのフリーハンドで行われるわけではない。一見すると、我々に対して公共サービスが柔軟かつ適宜に与えられることを重視するのであれば、むしろ、何らの枠組みを設けなくて、行政に自由に行政活動を行わせるのが良いとすら言えるかもしれない。しかし、以上のように考えるのは正しくない。行政活動は我々に公共サービスを与えるものである以上、それが合理的な内容であり、適正な形で与えるということが必要である。例えば、行政活動がまったくのフリーハンドであれば、行政の独断に従って、特定の人々にだけそうした公共サービスが提供されるかもしれない。そうした公共サービスの原資は租税であろうから、納税者である我々はそうした行政活動を認めないであろう。では、合理的な内容で、適正に公共サービスが提供されるための枠組みは何か。それは法である。すなわち、行政活動について法の枠を当てはめることが必要である。それが行政法であって、行政活動を法的に規律するも

のであり、この法的規律の必要性を認識することが行政法においては極めて重要であると言える。さらに言うと、行政活動は多様であって、公共サービスの提供というよりは、一定の経済活動を行政の許可制のもとに置くことによって、経済秩序を維持するという制度もありうるところである。この点、行政法の機能として行政統制を挙げることができる。すなわち、行政統制法の機能を担う第一次的な法は法律である。国民代表議会である国会の制定する法律によって、はじめて私人の権利を制限し、義務を課するような行政活動が行われうる。すなわち、法律により行政に対してそうした権限が与えられるのである。

以上をもう少し敷衍しよう。行政活動は我々にとって生活を支える存在であるので必要不可欠であるけれども、行政活動を仔細に見ると、我々の権利を制限し、義務を課するようなものがある。こうした行政活動をフリーハンドに委ねておくと、人権保障という憲法の要請との関係で重大な問題が生じる。この点、憲法の参照が有意義である。例えば、自由権としての人権があるが、自由な内面・外面の活動を無制限に許せば、社会の中で人間の衝突が生じ、紛争は絶えず、秩序は維持できない。そこで、行政による自由への介入が求められるわけであるが、この場合の行政活動の属性は自由の制限となる。そこで、憲法で承認される人権の至高性を直視すれば、それを制限することにもまた何らかの制限が必要であることになる。この行政活動に対する制限を課する制度が法律ということになる。すなわち、我々の自由を制限することは、合理的な必要性のもとに許されるわけであるが、その制限に係るルールは決して行政のみの判断に拠るのではなく、法律という国民代表議会の制定した規範である点が重要である。

よく参照される代表的な例を使用する。例えば、飲食店営業を営もうとする者がいるとする。この者をAとするが、Aは職業選択の自由が保障されているため（憲法22条1項）、どのような経済活動を行おうが自由であると考えられる。ところが、食品衛生法51条によると、「都道府県は、飲食店営業

その他公衆衛生に与える影響が著しい営業・・・であつて、政令で定めるものの施設につき、条例で、業種別に、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない」とされ、同 52 条 1 項によると、「前条に規定する営業を営もうとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない」とされる。したがって、これらの規定を併せ読めば、飲食店営業は許可制のもとに置かれているということができ、完全な自由のもとに置かれているわけではない。では、何故、こうした規定が置かれているのか。一に、そもそも職業選択の自由が保障されているといっても、人権論によれば、完全無制約に人権保障がなされるわけではなく、公共の福祉の制約のもとに置かれているわけである。すなわち、仮に、飲食店営業にまったく規制を配備しない場合には、不衛生な状態で調理がなされた食品が店頭に並ぶかみしれず、それを購入した消費者は健康を害し、場合によっては生命すら危険な状況に置かれかねない。そうであるならば、いくら自由といっても他者の健康・生命の安全との兼ね合いで、換言すれば、完全なる自由ではなく、その他の大衆に不利益を及ぼさない範囲でそうした自由が保障され则认为られるべきであろう。但し、その際、公共の福祉という名目に着目するのではなく、複数の人権相互間の調整を行うという視点により人権制限が正当化されるのである。要するに、それは、社会に存在する多くの人間の権利をまったく無制約にすると社会の秩序維持が困難になり、ある者の権利行使によって他者の権利に大きな悪影響が生じる可能性もあるので、それを防ぐという意味である。さもなくば、公共の福祉という名目のみによって容易に人権制限がなされることになってしまう。二に、こうした規制を民法、刑法を通じて行おうとするとどうなるであろうか。民法によるとすれば、それは、私人間での紛争解決のための規範であるから、そうした不衛生な食品により健康・生命の被害が生じた場合に、その損害賠償を求めるということが考えられるが、そうした被害が生じること自体が問題であつて、事前に極力防止する必要がある。この場合民法による事後的救済に着目した

規制では不十分である。また、刑法は、私人に対する刑罰権の行使を規律するものであるため、不衛生な食品を消費者に提供して前叙の被害が生じた場合には、当該業者に刑罰を科すことも考えられるが、(刑罰による威嚇を通じた抑止効果は勿論あろうけれども) これも既に被害が生じてしまっている。いずれの設例も被害の事前予防は困難であることが分かる。したがって、民法、刑法も社会における秩序の維持には大きく貢献する点では行政法と共通した機能を持つと言えるが、この場合には、業者の経済活動に対する事前規制およびその監視が必要となるのであって、ここに民法、刑法とは異なる存在意義を行政法は有すると言えよう。そして、以上に見るような社会に対する規律付けは、一般的抽象的法規範の定立をなす立法府、具体的争訟に法適用を行うことによりそれを最終的に解決するそうした司法府もそれを行うことにはその性質上適さず、行政府のみが首尾よく行うことができると考えられるので、行政府の存在意義も同時に論証するものであると言えよう。

また、納税義務(=課税庁の側から見れば、租税債権となる)について、私人は法律に基づきかような義務が生じるわけであるが、それが履行されない場合には私人の財産から強制力を以て納税義務の充足を図る必要がある。その際、課税庁が逐一自己の租税債権を充足すべく裁判所に訴え、勝訴判決を勝ち取った後で、執行官に強制執行を委ねたのでは、租税債権の実効的かつ効率的充足を期することは難しい。そこで、私法上の債権のように、納税義務につき司法的執行により充足をなすのではなく、自身で自己完結的に租税債権の充足が可能であるほうが、その性質上望ましい。こうした行政法上の義務の履行確保を図るためには、独自の制度があったほうがよいことになる。これも行政法の存在意義を論証する重要な一例といえることができる。

4 行政活動の類型

ここで、行政活動の実態の類型化を行うこととする。現代国家における行政活動はその質量ともに膨大である。改めて言うと、中央省庁を例として挙げれば、行政分野ごとに省庁が設置・編成されていると言えよう。適宜挙げ

ると、法務省、財務省、総務省、外務省、文部科学省、農林水産省、厚生労働省、経済産業省、環境省、国土交通省、防衛省があり、それぞれが法律に基づいて設置され、所掌事務が配分され、具体的権限も法律に基づいて与えられているわけである。そうした個別法律をすべて通覧することは不可能であるが、行政法理論においては、かような広大な行政活動を性質あるいは内実に応じて分類を行うことがある。

一に、規制行政であり、私人の権利を制限したり、義務を課したりする行政活動である。こうした行政活動については、その性質上法律の根拠を必要とする。

二に、給付行政であり、私人にサービスを提供する行政活動がそれにあたると。例えば、補助金の交付、各種の社会のインフラ整備もこれに含めてよからう。これは性質上法律の根拠を特に要しない場合もあるが、法律の根拠に基づいて行われる場合もある。

三に、調達行政であり、行政活動に必要な手段を調達するそうした行政活動を指す。ここに含まれる典型例としては、官庁の建物、備品の調達等がそれである。そこでは行政と私人との間の契約という法形式が採用されている。勿論、行政が一方当事者となってなされるものであるから、これについても一定の規制がかけられていることがある。

以上に見たように、行政活動は多様であり、行政活動の内容・性質に応じて法による拘束の度合いは異なる。但し、いずれも法の枠内で行われるべきことに変わりはない。行政活動の役割として社会管理機能が言われることがあるが、これは行政により社会が円滑に推移するように課されたものである。そうした社会管理機能は、場合によっては、私人の権利を制限し、義務を課するものであるため（例、規制行政、不利益的な行政活動）、それは法の枠内で行われねばならない。さらに給付行政であっても、その給付される資源が適正なものであり、一部の私人に対して不合理な形でかかる資源が与えられたり、逆に与えられなかったりすることはあるべき行政活動ではない。した

がって、これも法の枠内に行政活動を措くことによって回避できるわけである。以上の一部の諸例を見ても行政法は行政を拘束しつつ社会管理機能を發揮させる媒体として存在意義を有するのである。要するに、学説の指摘するところでは、公共サービスの提供による国民の生活水準の向上、経済秩序の維持といった総じて社会秩序の維持を指す、いわば行政の重要な役割としての社会管理機能があるのであって、こうした社会管理を行うのは行政のみではないが、逆に、行政による社会管理の必要性を承認することに行政法の存在意義はある。

さらに、行政を拘束する法については、単に法による拘束を指向するのみでは不十分であり、とりわけ憲法に適合する法律が制定され、それに基づき行政活動がなされる必要がある。つまり、これは憲法の価値に基づく法律による社会秩序の形成を行政が担っていることを意味する。

5 行政法の体系

行政活動に法的な枠組みをはめることの重要性は既に示した。そして、その枠組みの中心をなすのは法律である。そこで、そうした行政活動を法的な枠組みで拘束し、そうした法的な拘束のもとでの行政活動を議論するのが行政法であると言えよう。この行政法の視点からすると、換言すれば、行政活動を法的観点から眺め、分析する際の整理としては、通常以下の分類がなされることがある。

一に、行政作用法である。これは、行政活動が行われる際に、その根拠となる法であり、行政活動の基準となる法である。行政活動は法律に従って行われなければならない、例えば、行政活動が具体的に実施されるための要件とその効果が規定されることになる。そこで、行政作用法においては、行政活動の根拠となる法律と実際に行われる行政活動との関係が議論される。行政活動では、私人に対し複数の仕方では、行政法理論に照らして言えば、行政の行為形式が投入されるわけであるが、そうした行政活動が法律に拘束され、法律の枠内でなされることが求められる。特に、権力的な性質を有する

とされる行政活動と法律との関係は重要である。何故なら、権力的な行政活動が私人に対して持つ法的影響力は重大であり、私人の権利義務関係に対して一方的かつ直接にその消長に影響する。

また、行政活動はそうした権力的な性質を有するものだけではなく、また私人に対して法的な拘束力を持たない行政の行為形式もある。いずれ触れるが、例えば、行政指導は特定の行政目的を実現するべく私人に対して一定の作為・不作為を求める“お願い”に過ぎない。その他にも行政計画もあるが、このうちにも法的拘束力を有さないものがある。こうして、行政活動は複数の行政の行為形式を投入し、最終的な行政目的の実現が企図される一連のプロセスをなす。行政作用法は複数の行政の行為形式に着目し、それを規律する。そして、このプロセスに着目して行政活動を法的に整序する理論的枠組みが後述する行政過程論である。

二に、行政救済法であって、これは、行政活動に伴って、私人に生じた権利侵害を回復することに係る法である。前叙のごとく、行政活動が法律の根拠に従い、その範囲内にある場合には問題は生じないが、場合によってはそうした枠内に留まらない行政活動が行われる可能性もある。その場合には、本来であれば行われたであろう行政活動がなされたのと同じ状態が創出される必要がある。こうした事態のために、行政救済法が存在する。行政不服審査法、行政事件訴訟法、国家賠償法がその中心になろう。行政不服審査法は、行政による自己統制であって、行政活動のいま一度の見直しが行政自身によって行われることを予定する。行政の自己統制であるため、その意義が問われうるものであるが、近時の法改正により手続の中立性が増した。行政事件訴訟法は違法な行政活動の排除・是正を目的とし、国家賠償法は、違法な行政活動によって生じた損害を金銭の形態での賠償を目的とするものである。特に、行政事件訴訟法に基づく救済制度が重要であり、訴訟要件、審理のあり方について特色ある議論がなされている。従来わが国では訴訟要件の充足可能性は低く、違法な行政活動を訴訟で争うことが困難であったが、判

例・学説の展開、重要な法改正を通じてそうした傾向は是正されつつある。

三に、行政組織法であり、これは、行政機関に関する法である。如何なる行政機関を設置し、どのような事務を所掌させるかという点については法律で規定されることになる。これは、言うなれば、行政機関法定主義である。なお、戦前は官制大権が妥当し、行政機関のありようは天皇に決定権があるとされたところである。そして、行政組織のあり方は、私人の権利義務には直接影響することはないけれども、その構造、仕組みの如何に応じて、行政内部での政策立案の動態とその高度化の実現、意思決定の合理性、憲法の要請という諸点について問題が生じる可能性がある。また、具体的な行政活動に係る権限の所在も明確でなければならないが、それも行政組織法と関係がある。

以上のように、行政活動については、作用、救済、組織のいずれの局面においても、法律に服する。これが基点としての法律による行政の原理であって、活動は法律に違反してはならず、もし、違反した場合には是正可能性があり、行政活動の担い手は法律に服するべきであるという考え方である。

以上のように、行政法の体系は凡そ3領域にわたる法領域から構成されるのであるが、それらを通覧すれば、行政活動の担い手、そしてその構造、そして、行政活動の具体的態様とその統制原理、さらに、行政活動を通じて私人の権利侵害が生じた場合のその救済方法という枠組みが提示されている。換言すれば、そこにあるのは、行政活動の適法性を保つための枠組みである。

(二) 行政上の法律関係

ここでは行政と私人との間に観念される行政上の法律関係について論述を行う。特に、行政上の法律関係の性質、特色が重要である。そして、行政と私人との間の法律関係の構造について若干述べる。行政上の法律関係は、行政と私人との間の権利義務関係ということになるが、行政に権限を与え、私

人に権利を与え、そしてまた私人に一定の義務を賦課する種々の法規範がある。また、特に法律により与えられた行政の権限については私人間の法律関係に見られない属性を示すものもある。さらに行政上の法律関係の当事者として、私人があるが、行政の側を見ると、そこに一定の特徴を備えた組織がある。ここではそうした行政活動の担い手の基本構造、類型に触れることとする。

1 行政法の法源

法源とは、法の存在形式とされることがあり、裁判に際して判断基準となりうるものである。行政法においても、次のような法源があるとされる。

一に、憲法である。これは、国の最高法規であって、内閣、地方自治に関する規定が置かれ、行政法の重要な法源であると言えよう。例えば、法律に基づき、人権を制約する行政法規が配備された場合には、その合憲性は憲法問題である。さらに、法律の執行は平等でなければならず、その点で憲法 14 条 1 項は行政活動を拘束する。そして、行政法の領域における紛争については、税務行政における遡及立法についてなど、合憲性が問われることがある。そもそも、行政活動の根拠となる法律は、憲法との整合性を持つ必要があり、(いわゆる侵害行政分野においては特にそうである) そうした法律に基づく行政活動はなされる必要がある。これが後に見る実質的法治国家の実現に繋がる。

二に、条約である。国家間の文書による合意であり、行政法の領域における条約とされるものがある。例えば、国家間で課税権を条約により相互に制限し、国際的二重課税を回避することにより、国際投資に係る意思決定に課税が歪曲的影響を極力与えないようにされることがある。

三に、法律である。これは、特に個別的な権力的行政活動を可能とするためには不可欠な法形式であり、加えて、行政法の基本原理である法律による行政の原理が実現されるためには、法律と行政活動との整合性が問題となるわけであるから、行政法の法源の中でも最も重要性が高い。

四に、行政基準である。行政基準は、法規命令および行政規則を包括する。法規命令は、法律の個別具体的委任が必要ではあるけれども、法規たる性質を有する規範を行政の判断で制定するものである。これは言うなれば行政立法である。したがって、法規命令は行政法の法源と言える。ところが、行政規則は法規命令とは異なる性質を有する。この行政規則は、例えば、行政が執行の平等を担保するべくあらかじめ制定する行政による事案処理のマニュアルである。換言すれば、行政による独自の法解釈であって、それに基づき行政上の事案処理がなされる。そうであるから、行政規則は行政内部での規範であり、その枠内での拘束力を発揮する。したがって、私人に対する拘束力は生じず、裁判所は行政規則を基準に裁判を行うことはない。とはいえ、行政の執行は行政規則である通達に依拠するのであるから、行政実務においては、この通達の果たす役割は非常に大きいとされる。

なお行政規則についてもいわゆる外部化現象に言及され、あたかも行政規則が私人に対して法的拘束力を発揮するかのように見える場面があるが、行政規則が法規命令と同性質のものとなるとは解されない。

五に、条例である。これは地方公共団体の議会が制定する一般的法規範であって、住民代表による議決で制定されるわけであるから、その性質は法律と同様である。地方公共団体も統治団体であるため、地域的限界はあるにせよ、条例による地域の秩序形成がなされることになる。条例制定権があることにより、当該地域の実情に即した秩序形成が可能となるわけである。その典型例として公害条例が挙げられる。わが国の行政においては、地方公共団体で条例を通じて採用された政策が国の全国的な政策として改めて採用される例もある。その典型例としては情報公開条例が挙げられる。

条例の制定が地方公共団体にとって重要性が高いわけではあるが、この条例は制定した地方公共団体内での効力を有することになり、ここに地域的限界がある。さらに、法律の範囲内で制定可能であるとされ（憲法 94 条）、上位の規範である法律に反する内容の条例は制定されえない。こうした妥当性

の調整は国法秩序の段階構造からすれば、当然必要であるが、法律の範囲内という文言の解釈によっては条例制定権の範囲は不合理に狭くなりうる。この点、かつては法律先占説が妥当していた時期もあった。この説は、法律が既に制定されている事項については、条例を制定することはできないというものである。これも一つの解釈かもしれないが、条例制定可能性は大きく減少する。そこで、別の解釈が必要になるが、有力であるのは、仮に、法律がある事項について制定がなされていたとしても、法律が条例の制定を許容するという趣旨目的を有しているならば、条例の制定は可能であるとする立場である（最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）。こうした解釈を通じて、上乗せ条例、横出し条例といった法律よりも厳しい規制を配備したり、法律で規制がかかっていない事項について規制を行うことが可能となる（最判昭和53年12月21日民集32巻9号1723頁、福岡高判昭和58年3月7日行集34巻3号394頁）。法律の趣旨目的に応じて条例で制定可能であると解釈する必要性に基づき、地方公共団体の内部における特殊性に配慮した秩序形成機能を条例が担うことができるのである。

六に、行政先例法である。明文の規定があるわけではないが、一定の行政活動がある程度の期間行われ、私人がそれを適法であると確信を得ているという事態がありうる。このとき、当該行政活動が行われるべきであるとの行政先例法が成立すると考えられうる。問題となるのは、こうした行政先例法の成立要件の充足可能性である。特に、法令に違反するそうした行政先例法の成立の可否も問題となりうる。ただ、一般論として、法律による行政の原理が支配する行政上の法律関係においては、行政先例法の成立可能性は限定的でありうる。

2 行政上の法律関係の特色

(1) 権力性

次に、行政活動が法律に服するという点を前提に、行政と私人との間の法律関係について見てみることにしよう。これを括り出して論ずる意義が、行

政法の法律関係の特色にあり、それが、権力性である。

行政と私人との間の法律関係を私人の側から見てみると、私人は行政に対して権利を持ち、義務に服する。いずれの権利を持つかは、また後程見るとして、ここでは義務に着目することとしたい。この点、私法においては、権利義務の形成については、法律関係の当事者間での意思表示に拠ることになる。例えば、A および B という私人が存在し、両者間での売買契約を設例として考えてみる。A が売り主、B が買い主であるとした場合、A が売り主たりうるのは、B が A より物を買うという意思表示をなし、A も B に対して物を売るという意思表示をなすからである。すなわち、A と B との間で意思表示が一致したからと言える。逆に、B は A から物を買う意思を持たないにも拘わらず、A から物を売りつけられるいわれはない。このように、当事者間の法律関係の基点は意思表示とその一致である。

以上のような図式は行政と私人の間では必ずしも妥当しない。先の設例に立ち返ると、自身の望む営業を行うことを希望して営業許可を求めたとしても、行政から許可が得られるか否かは、法律上の許可要件を充足するか否かにかかっている。そして、何より許可申請者が許可を希望したにも拘わらず不許可となった場合には、申請者は不満を覚え、従いたくないと思ったとしてもその不許可に従わざるを得ない。そして、典型的な侵害行政である課税を設例として考えれば、この点はなお明確になる。すなわち、ある納税義務者に対して課税処分が行われると、その課税処分の内容に従った納税義務が当該納税義務者に生ずる。これが納税義務を増額させるものであるとしたら、納税義務者は通常苦痛を感じるであろう。要するにそのような重い税を納付したいとは考えない。そこで、そうした税を支払いたくないと考え、納税を拒否するとする。もし、それが許されるとするならば、課税の実効性はなくなる。それ故、法律上は仮に不本意であっても納税義務を履行しなければならないのである。このように、行政活動は、たとえ相手方に不服があったとしても、相手方は取り敢えず従わざるを得ない場合がある。これを私法

との対比でみてみると、私法では法律関係における当事者の独立対等という特徴があるが、行政上の法律関係においてそれは必ずしも妥当しない。これが、まさに、権力性ある行政活動の承認であって、相手方の意に沿わない内容の権利義務関係を創出することが行政には認められているのである。このような特殊な権限を法律に基づいて行使することが許されているのが行政であり、非常に強力な手法であると言えよう。しかし、もし、私人がかような自身の意に沿わない、自らに不利益な内容の行政活動を無視することができる場合には、行政による事前規制の意味は失われることになる。そこで、こうした手法の必要性は承認できるとしても、権力性ある行政活動への規律を配備する必要性もまたあることになろう。これが、行政統制の手法の開発が求められる所以である。勿論、あらゆる行政活動に権力性があるわけではないし、また行政活動はその属性を根拠に権力性を当然に、そして必然的に備えるわけではない。要するに、行政活動の権力性は、法律に基づき初めて生み出されるものであり、それは権力性ある行政活動を行うことが特定の行政目的を実現するために合理的であるという立法者の判断に基づいているのである。

(2) 公法私法二元論

なお、この関連で触れるべきは、かつての通説である、いわゆる公法私法二元論である。この理論は、言うなれば、法体系の二元的な把握であって、公法と私法との間における適用原理の違いを承認する理論であった。すなわち、私法においては、前叙のごとく法律関係の当事者間の独立対等を基本原理とすると解する一方、公法においては国家の優越性が承認されるとするのである。したがって、公法の領域においては前叙の私人に対する強力な効力を持つ行政活動も当然に許されることになり、例えば、いずれの触れるところの行政行為について承認される公定力の論証根拠として、そうした行政活動に係る適法性の推定も語られるところであった。この適法性の推定とは一定の形式を整えてなされる行政活動に誤りが生じるはずはないというドグマ

であり、今日の行政法理論においては承認されるところではない。したがって、公法における国家の優越性、行政の優越性が認められる部分があるとしても、それは法律に基づいて与えられた権限の行使に伴う現象であって、先験的にそうした優越性なるものが認められるわけではない。こうした優越性は、伝統的には、国家による社会形成の要請には適合的であるとは考えられ、その結果公法関係における国家の優越性の承認することとなり、逆に、法律関係の当事者の独立対等を基底とする私法原理の適用排除をもたらしたのであった。

以上の議論は第二次世界大戦後の一定期間について行政法学説のうち支配的な地位を占めていた。ところが、判例上は必ずしも以上の公法私法二元論が堅固な位置を有していたわけではない。それを以下の実例を通じて示すこととしよう。一に、国税滞納処分の実施に際し、その無効が争われた事案において、その対象となった財産の所有権が被処分者に帰属しないことについて、税務署長が登記の欠缺を主張する第三者に該当するか否かという観点から判断がなされたことがある(最判昭和 35 年 3 月 31 日判例時報 223 号 20 頁)し、二に、農地改革に際して、自作農創設特別措置法に基づく農地買収処分には民法 177 条が適用されないとしたものもある(最判昭和 28 年 2 月 18 日行政事件裁判例集 4 巻 2 号 210 頁)。この判例は、農地買収処分に際して形式的に登記の有無に着目して農地買収を実施することの当否を問題とするが、一見公法関係への私法の適用を排除したものであるようにも思われるところ、結局登記の所在ではなく真実の所有者が判明した場合には当該者に対して農地買収処分を実施すべきことを言うのである。とするならば、この判例は、例外的事案が問題となったケースであって、原則的には民法 177 条の適用は肯定されると解することもできよう。

なお、実定法において、公法の特異性を認めるかのような条文が散見されるが(例、会計法 30 条)、それは公法領域における前叙のごとき先験的特異性、私法との関係における異質性を根拠とするのではなく、制度設計上の合理的

配慮のもとに配備されたものと考えらるべきである。

(3) 特別権力関係論

また、これに関連して、特別権力関係論とその克服についても触れておこう。この特別権力関係論とは、端的には、国家と一定の關係に立つ者と国家との間には法治主義の適用が排除されるとされる理論であって、例えば、公務員、在監者、国立大学の学生等について適用されると考えられた。この理論によれば、国家と在監者との關係では、法律の根柢なく人權の制限が行われたり、それを訴訟で争うことができないことを帰結する。今日では、こうした考え方は、法的な根柢のないドグマとされており、排除されるわけであって、特別権力關係の克服がなされた。今日では、法治主義、裁判所による司法審査の徹底が言われており、かようなドグマは存在余地を有さない（最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁）。

さらに言えば、今日においても法律上の仕組みとしての権力性を持つ行政活動はなお存在する。これもあくまでも行政目的を実現するための合理的判断としてかような権力性ある行政活動が採用されると構成すべきである。さらに、行政活動においても行政と私人との対等性が出現する場合はある。その典型例は、行政と私人との契約締結可能性であって、行政活動の一つとしての行政契約に現れる。ともかく、行政活動は今日において権力性のみならず、非権力性をもその特徴としている。

3 行政活動の担い手

(1) 行政機関の概念

行政活動が行われるには、当然その担い手が必要であり、それが行政組織である。既に触れたが、財務省、総務省、経済産業省、都道府県、市町村のような行政組織が存在しており、そうした組織により行政活動は担われる。ここでは、行政組織の構造について簡単に触れておきたい。その際、特に、鍵となるのは、行政機関と行政庁である。

実のところ、行政法の領域において、行政機関と呼ばれるものは2種類あ

る。一に、一個の組織としての行政機関（例、財務省、総務省、経済産業省）であり、これは容易に理解できる。そして、二に、行政機関の中にある個々のポスト（例、財務大臣、財務事務次官、国税庁長官）である。後者については、法律に基づき、具体的な行政権限の行使が可能である場合には、行政庁と呼ばれる。前者の意味での行政機関は、端的には、後者の意味での行政機関の集合体とも言えるわけである。そして、後者の意味での行政機関は、行政組織の中で階層制を形成しており、端的には、上命下達の関係にあり、一体性ある行政活動を可能であるようにされている。

そして、先の行政庁であるけれども、法律により行政活動を行う権限を与えられた行政機関であり、例えば、許可権限を有する行政機関が行政庁である。これには、そうした行政庁が一名の者によって担われる独任制のそれ、さらには複数の者からなる合議制のそれがある。特に、後者の行政庁については、政治的中立性、高い専門性が要求される等の理由で行政委員会という形式をとり、内閣からある程度の独立性が認められていることがある（これがいわゆる行政委員会の合憲性の問題である。憲法 65 条では、行政権は内閣に属すると規定され、内閣からある程度の独立性を有する行政庁についてはその合憲性が問題となる。但し、まったく独立しているわけではないし、憲法 65 条には“すべて”の行政権が内閣に属するとは書かれていない等の理由で合憲であると一般には考えられている）。

次に、補助機関に触れよう。これは、行政庁を補助する行政機関であり、例えば、財務大臣がその事務を執行するとしても、すべてを財務大臣の独力で行うことはできないため、財務事務次官、官房長、各局長等が補佐する必要がある。こうした諸機関を補助機関と呼ぶのである。

そして、執行機関があるが、これは行政庁が決定した事項を執行するわけである。例えば、税務署長が行う滞納処分を実際に執行するのが執行機関としての税務職員である。

(2) 行政機関相互の関係

行政機関相互間の関係であるが、上命下達と言いうる。すなわち、上級行政機関の判断に従い下級行政機関は行政活動を具体的に実施する。これにより、組織としての行政機関の統一的・一体的な行政活動が担保される。後に見るように、訓令または通達を通じて、そうした上級行政機関の判断は貫徹される。

次に、委任・代理に触れておく必要がある。法律に基づき与えられた権限を行政庁は行使するわけであるが、同じく法律の根拠に基づき、自身の権限を他の行政機関に委任することがありうる。委任の結果、当該権限は委任先の行政機関に移譲される。これは法律により与えられた権限が行政の判断に移譲されるために、委任自体についても法律の根拠が必要とされるのである。他方、代理は、権限の委譲を伴うことなく、本来権限を与えられた行政庁ではなく、他の行政機関が当該行政庁に代わって権限の行使を一時的に行うことを意味する。

専決・代決の区別もあるが、必ずしも明確ではない。一般に、専決は、上級行政機関の権限を下級行政機関が恒常的に（専決規定に基づく等して）代わって内部的に処理する作用を指し、代決は臨時的・一時的にかかる作用がなされることを指す。

(3) 内閣

内閣は合議制の行政機関であり、憲法 65 条により、立法権、司法権との識別がなされるべく、内閣に行政権は帰属することになる。内閣は、首長としての内閣総理大臣および一定数の国務大臣により構成される。内閣の下に中央省庁により構成される行政各部が置かれ、国務大臣が各省の主任の大臣として各省大臣に就く。行政各部は内閣の統轄の下に置かれるので、内閣の意思決定に基づき、行政各部の活動が展開されるという構図が出来上がる。したがって、法律の執行を行政権の内実と見た場合、内閣のみが法律を執行するわけではなく、行政各部を構成する行政機関も法律の執行を行うことになる。

内閣の意思決定は閣議に基づき行われ、そこでは内閣総理大臣の國務大臣任免権をベースに、内閣総理大臣のリーダーシップが発揮されることが期待される。つまり、内閣総理大臣は行政の長として自身の判断に基づき行政各部にそれを浸透させることができるのである。なお、行政権は内閣総理大臣に帰属するのではなく、合議制の機関である内閣に帰属するとされており、そうしたこともあってか、前叙の閣議は慣習上全会一致が予定されており、閣議は非公開で高い秘密性が維持される。

実は、このような内閣総理大臣のリーダーシップの発揮はそう容易ではなかった。わが国では、いわゆる分担管理原則が妥当している。この原則の意味するところとして、2つある。まず、一に、内閣がすべての行政活動を担うのではなく、行政各部が各個の行政分野を担当すると解する立場がある。これは、内閣という一つの行政機関のみで質量ともに膨大な行政活動を担うことにはそもそも無理があり、それぞれ専門性ある組織が行政活動を行うということを意味するわけで、言い換えれば、分業による効率性の追求なのである。そして、そうしたことに尽きず、二に、内閣は行政各部との関係で総合調整のみ行うことを意味するとする立場がある。要するに、行政各部を構成する各省が法律により割り当てられた行政活動を行い、内閣としてはそれに具体的な指揮監督を行うことはなく、ただ、例えば、そうした各省間で権限を巡る衝突が生じ、関係省庁間での調整を要する場合にのみ内閣が調整を行うというわけである。分担管理原則の意味内容としていずれに与すべきかであるが、ここでは前者の意味を分担管理原則が内包するものとしておきたい。仮に、後者の意味内容を採った場合には、内閣総理大臣のリーダーシップを期待することは不可能となる。加えて、これと前叙の全会一致制が結合し、閣議にかけられた案件を担当する主任の大臣が、内閣によりその意向とは異なる意思決定がなされそうであるならば、反対の意思を示してかかる意思決定を否決することが可能となる。そして、かかる場合には、明治憲法のものと採用されていた國務大臣の単独輔弼制と変わるところはなく、“首相は

同輩中の首席”という事態が生じかねない。これでは、憲法が想定する内閣像、内閣総理大臣像とは整合しないと言わざるを得ない。

ここで改めて内閣総理大臣のリーダーシップの必要性に触れておこう。従来の国政においては議会が行政に対して民主的統制を及ぼすことに主眼が置かれていた。しかし、現代の行政国家のもとにおいては、行政各部（に属する各省）が実質的に政治を主導する傾向がみられること、そうした分立する各省間での総合調整がなされがたく、限られた資源の有効な配分ができないこと等が直視され、そうした役割を国会ではなく性質上内閣が採るべきであるという見方が出てきた。要するに、内閣総理大臣が政治の中心として、行政各部に対する指揮監督を行うというトップダウン型の統治が必要であるとされたのである。勿論、現行憲法上内閣総理大臣のリーダーシップは予定されていたとも言いが、実際にはその制度的基盤が十分整備されてはいなかった。

そこで統治機構改革が実施され、内閣官房の機能強化、内閣府、そして内閣府に置かれる経済財政諮問会議をはじめとする重要政策会議の設置といった一連の作業がなされた。特に、内閣府は国家行政組織法の枠外に措かれ、中央省庁よりも一段格上の存在と見做される。そうした成果もあって、政治主導の国政運営が可能となっている。勿論、統治機構改革のみではなく、予め先行して実施された衆議院の総選挙における小選挙区比例代表並立制の導入といった選挙制度改革の効果も大きいと思われる。何故なら、特に小選挙区制においては1名の候補者のみが当選する仕組みがあり、その候補者の背後にある政党の選択、すなわち政権選択の選挙となる傾向が生じるからである。

(4) 中央省庁

これは行政各部を構成する財務省、総務省、外務省といった行政機関を指す。こうした諸機関は内閣の指揮監督のもと所掌事務をとることになる。内閣の構成員である国務大臣が主任の大臣として各省庁の長となっているので

あり、かかる仕組みを通じて内閣の意向が中央省庁に伝達される。これらは国家行政組織法により基本構造が定められ、各省設置法に基づく所掌事務と内部組織の骨格が形成される。

(5) 地方公共団体

憲法上、国のみではなく、地方公共団体も統治機構であり、行政活動を行うこととされる。地方公共団体には、普通地方公共団体と特別地方公共団体がある。まず、普通地方公共団体は、都道府県および市町村がある。地方公共団体については長および議会が重要である。長は執行機関であり、議会は議決機関である。地方公共団体については、国とは異なり、二元主義が妥当し、長および議会についてそれぞれ住民の直接選挙が実施される。また執行機関多元主義が妥当し、教育委員会、選挙管理委員会等のように専門性、政治的中立性が要求される行政領域については、長の直属部局ではない別の組織が配備される。

地方公共団体は、国との関係では、対等とされており、自治事務と法定受託事務を担う。従前国との関係で地方公共団体の行政活動は従属性が強いとされており、例えば、(既に廃止された)いわゆる機関委任事務については、地方公共団体の機関に特定の事務が委任され、その執行に際しては、地方公共団体の機関は国の下級行政機関であった。こうした制度のもとにおいては地方の独自性を持った政策を行うことができないので、地方自治法を改正し、「国においては国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立つて行わなければならない施策及び事業の実施その他の国が本来果たすべき役割を重点的に担い、住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本として、地方公共団体との間で適切に役割を分担する」(地方自治法(以下、自治法)1条の2第2項)として、国と地方との対等性を基本としつつ、次のような制度の採用がなされた。一に、地方公共団体の事務の再編であり、

前叙の自治事務と法定受託事務の二本立てとされた。かつての自治事務は、公共事務、団体委任事務、行政事務と三分類あったが、それを廃し、加えて、機関委任事務は地方公共団体の事務執行の独自性を失わしめるものとして、法定受託事務とされた。ここで自治事務とは、法定受託事務以外の地方公共団体の事務であり（自治法2条8号）、法定受託事務とは、法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであつて、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの（自治法2条9項1号。いわゆる一号法定受託事務）、法律又はこれに基づく政令により市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、都道府県が本来果たすべき役割に係るものであつて、都道府県においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの（同2号。いわゆる二号法定受託事務）である。二に、いわゆる関与法定主義の導入を行った。これは、要するに、国が地方の事務執行に関与する場合には、法律の認める態様を以てそれを行うべきことを意味する。したがって、機関委任事務制度のもとにおける国の一般的包括的指揮監督権は観念しえない。関与の形態としては、助言又は勧告、資料の提出の要求、是正の要求、同意、許可、認可又は承認、指示、代執行等がある（自治法245条1号～3号）。これらは法律又はこれに基づく政令によって行われる（自治法245条の2）。そのうち一部は地方自治法自体を根拠として行われる。自治事務については、助言又は勧告、資料の提出の要求、是正の要求、協議が関与の基本類型とされ、法定受託事務については、それに加えて残余のものが含まれる。

なお、法定受託事務については、その執行のありようについては、国の利害が関係しているため、代執行の余地が認められている。この代執行制度は、大臣が高等裁判所に都道府県知事を被告として訴えを提起し、理由がある場合には期限を定めて該当の事務の履行を命ずる裁判を行ったにも拘わらず、

それがなされない場合には大臣が代執行を行うことができる。

次に、特別地方公共団体として、特別区、一部事務組合、広域連合、財産区等があり、以下に逐一見ておく。

特別区は、都の区部を指し、基礎的な地方公共団体とされ、都が一体的に処理すべきとされる事務を除き、市町村が処理する事務を特別区が処理することとなる。

一部事務組合は、複数の地方公共団体がその事務の一部を共同で処理するために設置されるものであって、一定の事務を複数の地方公共団体で処理することが効率的である場合があり、かかる要請に応えるのが一部事務組合であり、例えば、消防、学校、ごみ処理等の実績はある。

広域連合は、組合の一類型であって、個々の地方公共団体で実施するよりは、一定の広がりを持った地域を単位として、実施したほうが望ましい事例がある場合に生成される。例えば、後期高齢者医療広域連合があり、これは、後期高齢者に係る公的医療保険を地域保険たる国民健康保険から切り離し、独立した保険制度として仕組んだものである。後期高齢者医療制度が市町村よりも広域で実施されるため、保険財政への貢献が期される。

財産区は、市町村、特別区が、その有する財産または公の施設を管理・処分するために設置される法人格を持つ団体である。これは、学説によると、市町村合併を円滑にするべく、その財産等の管理処分を円滑化するために使用されるという。

(6) 公共組合

公共組合は、組合を設立し、一定の公的事務を独立して実施させる必要がある場合に利用される。例えば、健康保険組合、土地改良区、土地区画整理事業組合等がある。

また、地方公共団体には議会もあり、議会の条例制定権が“法律の範囲内”で行使可能である旨は既に触れた。その際、できるだけ条例制定権の範囲を広く認める立場に立って解釈することが、地方の独自性に着目した政治を可

能とするものであって、それがいわゆる地方自治の本旨に適う。

(7) 独立行政法人

わが国の行政組織には特別の法律の根拠に基づき設置される特殊法人があった。これは、戦後行政の既得権の象徴である官僚の人事慣行（天下り）に対応するべく、外郭団体として設けられたということもできるとして、特殊法人の改廃が議論されることになった。そこで、こうした特殊法人についても、存在意義を常に問い、改廃を行うこと、さらには、行政作用における企画と執行の分離が望ましいという考え方のもと、従前の特殊法人の多くを、改めて独立行政法人とした。これにより独立行政法人通則法に基づき、主任の大臣の承認のもと中期計画を策定し、それをベースに事業を行い、中期計画期間ごとに事業の評価を行うというサイクルが確立された。

また、従前旧文部省の施設等機関であった国立大学についても、新たに国立大学法人として設置された。これは、独立行政法人と同性質であるが、特殊性に配慮して国立大学法人法に基づいて運営が行われる。さらに、地方独立行政法人もある。