

福祉国家主義行政法理論に おける「公法と私法」の展開 (一)

松 本 昌 悦

は じ め に

新たな闘志をもって、福祉国家主義行政法論の解明に着手したのであるが、本稿は既稿「行政法における公法と私法」の論底に基づき、その発展的展開を試みるものである。いざ、この作業を進めてみると誠に難解至極である。しかし、何としても、なし遂げたい課題の一つであり、拙論をかえりみることなく、続けてゆきたいと思う。

目 次

(一)、序 説

——問題の所在——

(二)、福祉国家主義行政法の意義

(三)、福祉国家主義行政法における公法と私法の理論的展開 (その一)

(一)、序 説

——問題の所在——

「公法と私法」の問題は、ローマ法以来の最も古い問題であり、同時にまた、つねに新しい問題として提起されて来た。現に、最近に至って、ドイツないしフランスにおいても、またわが国においても給付主体 (Leistungsträger) としての公行政の活動の生活配慮 (Daseinvorsorge) として特

色づけられる多種多様の社会的・経済的・文化的役務の領域への拡張に伴って、公法と私法をめぐる従来の伝統的な理論に反省を加え、新しい観点から理論的に再編成する必要に迫られて来たことが Molitor, Siebert それに Forsthoff 等によって述べられている。¹⁾

しかしながら、「公法と私法」の概念は、行政法学としての法学理論のワケの中においてのみ解決を求められるべきものでなく、その時代的・歴史的社会的構造、権力構造、それに政治的イデオロギーの下に政治的・社会的経済的諸要因に最も敏感に相応して変動する性質を有するものであり、その普遍的理論ないし基準を求めることは困難であると考えられる。従って、その見解も立論も様々となる。

ここで、私見をもって「公法・私法」の問題を展開するのは、現段階における（むしろ現時点での）福祉国家主義法理論の基盤の上においてである。しかれば、福祉国家主義法理論なる法概念とは何か。しかし、私には、この定義が明確には出来ない。先ず福祉国家なる概念自体不明瞭である。従来、福祉国家理論はしばしば論じられて来た。それは法学理論のみにおいてではなく、むしろ経済学、あるいは政治学理論の領域においてその多くが見られた。しかし、それらは、現代国家現象の極めて一局面のみをとらえ、そこから国家形態を推論し、福祉国家理論の定義づけを行なうものであった。しかしここで福祉国家論の説明の社会科学的方法論の是非を問題とするのではない。唯、福祉国家主義行政法論とするとき、現代資本主義国家法（現代法）の全構造を通じて、行政法領域を巨視的に把握する自らの姿勢を明らかとしておきたい。この前提において、市民的自由と民主主義の政治制度の下において、国民一般の最低生活の保障が為され、そこでは社会保障が完備され、完全雇用もしくは、それに近い状態が実現され、良好な労働条件が確保され、更には重要産業の国有化と私企業の活動とが妥当して存在しうる混合経済の経済制度が行なわれ、それらによって、国民全体の貧富の懸隔ができるだけ狭められ、不平等な所得分配を是正するために累進課税や低所得者に対する減免税の措置がとられ、かくし

て、国民の福祉を増進する国家を一応福祉国家と想定しておこう。この福祉国家の下における（またそれへの進展の過程の下における場合を含めて）行政法制度を福祉国家主義行政法と呼んでおきたい。

更にここで、二、三の法律学者の代表的「福祉国家論」の定義概念を少しく参酌したい。

先ず、私法学者の渡辺洋三教授は「社会保障の充実・発展ということは、現代国家の重要な一側面であり、日本がその面で立ち遅れていることはだれも否定できない。あるべき姿としての理想的な福祉国家を頭に描き、日本において現に存在している事実としての福祉国家の現実とのずれを指摘することにも、それなりの意味はあろう。……。そもそも、あるべき姿としての福祉国家と言う如き国家形態がありうるのか。あるいは、福祉国家の理念などというものがあるのか。それはありえない。現にあるものは、福祉政策であり、福祉政策の理念である」²⁾とされ、この福祉政策は、現代国家が、国家独占資本主義の段階において展開するさまざまな政策のうちの一つの政策であるとする。

これに対し、山田幸男教授は公法学者の立場から、「福祉国家 (Welfare state) の観念が成立つのは、その特定の国の社会保障体系が或る標準に達している場合であるか、あるいは、その国の行政機能が変遷し、行政は、単に秩序の維持という消極的作用に限定されることなく、人民の福祉のために、積極的に社会保障を行ない、国民経済を指導統制し、重要企業の国営などを行なう場合であると、いってよいであろう」とされる。

更に、野村教授は、労働法学者としての側面から、Wilensky および Friedlander の「社会福祉」概念をそれぞれ紹介され、前者においては「社会福祉とは、住民のすべてあるいは、或る部分の経済状態、健康、能力等を維持し、改良する役割を果たすところの、秩序だてられた社会的援助のある制度であり、かつ作用であり、かつ綱領である」³⁾とし、そして、後者においては「社会福祉の目的は、人間を経済的な窮乏から守り、健康及び生活状態をかなりの水準にもち上げ、市民として当然な機会均等の権

利を保障し、思想及び行動の能う限り最高度の自由・自主を確保する」とされる。かくして教授は、資本制社会では、資本の私有制から生ずる利潤・利子、あるいは土地・家屋などから生まれる所得で人々が「豊かな生活」を為しえない状態の下では、「豊かな生活」を追い求める人間としての要求は、働く機会を求めることであり、そこで人間らしい豊かな生活を営みうる賃金その他の労働条件をかり得るより他に途はない。……然るに、高度福祉国家という場合には、何よりも社会福祉の充実とすることにあるであろう、³⁾ とされる。

福祉国家論の遠因は、E・C・ライシャワーの諸論文における「近代化論」に始まる。即ち、そこで近代化と言うことは、一個の生活様式からまた別の生活様式と言うものに、社会的変遷の過程をとらえて、定義づけるものである。とにかく、人間は次々と技術変革をとおして生活様式・社会様式を変えてゆくものである。しかし、この近代化の文言の定義に「民主主義」は入れられるべきではない。また、「合理主義」と言うことも必ずしも近代化のなかに含めるものと考えべきでない。なぜなら、かつて、ナチス・ドイツでは工業技術的には非常な進歩を見、その意味で近代化された国家であったが、ヒトラーにおいては、その行為行動は、誠に非文明的・非合理的でむしろ前近代的な考え方であったと言われる。⁴⁾ 更に同じように、1960年の日米社会科学者会議（箱根で開催）において、J・W・ホール教授（ミシガン大学）は、「近代化」の概念的諸基準として、次の如く例示する。

(一)、比較的高度なる都市化。(二)、普及した読書能力。(三)、比較的高度な個人当り所得。(四)、広汎な地理的および社会的移動性。(五)、経済の領域の内部における、比較的高度の商品化と工業化。(六)、広汎な、しかも浸透性をもったマスコミ・メディア網。(七)、近代的な社会的・経済的過程への、社会成員の広汎な参加とかかわりあい。(八)、社会成員の広汎なかかわりあいを伴う、比較的高度に組織された官僚制的政治形態。(九)、科学的知識の成長に基づくところの、環境に対してますます合理的

かつ非宗教的に対応していこうとする個人の志向。⁵⁾ そして、社会変動の原因を「多くの相互関連的な要因を包含するもっとも複雑な過程」であるとして、「近代化」をとらえようとするものである。

かくの如き、「近代化論」と言うべきもののその典拠とされるものが、W.

W. Rostow 教授の *The Stages of Economic Growth* 「経済成長の諸段階」であると言われる。即ち、この中において、社会発展の諸段階は、「伝統的社会」——「離陸のための先行条件」——「離陸」——「成熟への前進」——「高度大衆消費時代」と言う如く、五つの段階を経るものとされる。然るに、この発展過程の構図において、先ず前近代的伝統的社会から「伝統的」地主階級の地域的利害や植民勢力等に反抗するナショナリズムが示され、第二段階から第三段階への進展には、農業生産性の革命的増大などが示され、更に経済活動の全面的拡大、そして第五段階では、労働者の都市における人口比率の増大、耐久消費財の生産と大規模なサービスの普及、そしてこの段階において福祉国家の出現を見る、⁶⁾ とするものである。

要するに、以上の如き諸点から、福祉国家の観念は、導出されることとなったのであるか（現在までの私の研究段階では、明確な肯定は出来ない）。ともかく上記の如き「近代化論」の中に、現代福祉国家論の勃興の直接の基因、契機があったとするにしても、すでに、1930年代のアメリカ、イギリスにおいてとられた経済政策には、その中核をなすものには完全雇用政策と社会保障制度がとられたものであった。いわばこれらの施策は資本主義の体質そのものの改造をなすものであった。すでにそれは一つの福祉国家への方向づけであると言われた。即ち、封建社会の経済体制、経済活動の極めて不完全、不自由性と言うことに対し、その中核を「自由放任」の経済体制とし、自由競争、利潤の追求、資本の私有をかかげて、資本主義は登場した。

ここで冗漫に過ぎると思うが、一言その歴史的記述を試みたいと思う。

いわゆる資本主義社会のもとで実現された経済発展は、極めて顕著であったが、ここでは「繁栄と貧困」と言う奇妙な現実を現出するに至った。

生産者からの生産手段の分離を生じ、生産手段は多額の資本を所有する資本家によって専有されることとなった。そして、そこにおいては、資本家と労働者の区別を生じ、生産の規模の拡大と、進展とともに、その懸隔は深められた。

1930年代において、世界恐慌と大不況に見舞われたものであったが、まさしく、資本主義諸国は危機に直面した訳である。世界は、この恐慌の收拾に対処して、ほぼ二方向に対策が図られた。その一方向はアメリカ、イギリスの行なったもので、前者は、ルーズベルトの、いわゆるニューディールの実施であり、これをもって、その不況の克服を図った。即ち、その政策は、強大な国家権力を用いて経済への積極的な干渉を図り、完全雇用の実現、労働条件の維持、農産物価格の維持、社会保障制度の確立等に亘る広範なものであった。また後者では、失業保険の拡充等にその意図が見られた。そして今一つの方向では、ドイツ、イタリア、日本のとった方向であり、資本主義の矛盾を、その国民経済の枠内において解決を求めるのではなく、むしろ外国侵略によって解決を図るものであった。⁷⁾

また労働者の保護立法として、年少労働者・婦人労働者の労働条件を保護するべく目的をもって成立したもっとも古い法律は、1802年に制定を見たイギリスの「徒弟の健康および道徳に関する法」であった。もっとも、労使間の雇用契約における「契約自由の原則」に対する例外をなす最初の「工場法」と言える。更に1847年の「10時間労働法」は、成年男子労働者をその対象とするものであり、穀物条例の撤廃が行なわれて、「自由放任」の経済体制の最中における立法であった。産業革命の開始がおくれたドイツやフランスにおいては、最初の工場法の成立では、前者は1839年であり、後者は1841年であった。わが国において工場法の成立を見たのは、1911年(明治44年)であったが、それ以前1881年(明治14年)においてすでに政府部内において「職工条例」制定の議運が起こり、1887年に最初の工場法試案が出されたが、当時の資本家団体の反対に出合って制定の運びには至らなかった。ともかく最初の工場法は極めて程度の低いものであり、常

時 10 名以下の小工場ではその適用から除外され、12 時間労働の制限においても、15 歳未満の年少工、そして女工に限られていた。また当時極めて深刻な問題を提起した女工の深夜業を禁止する条項も、紡績資本家の強烈な反対に遭遇して撤回されることとなった。⁸⁾ しかしこうしたことも、後進資本主義国である日本が、それらの犠牲の下に、低劣な労働条件をもって、製品の原価を引き下げ、海外市場への進出を図ったものである。かくて、この犠牲も、貿易伸張・富国強兵の名分の下で正当化されていたと言えよう。このことはまさに、先進資本主義国の産業が、後進国の産業から脅威を受けることともなった。即ち、工場法の高い水準の諸国は、低い水準の諸国による脅威を受ける結果となった。したがって労働条件の十分な保護をなす為には、国際的な協定が必然的に要求されるに至る。そこで、1919 年のヴェルサイユ平和条約第 427 条では、労働者保護の原則として 9 項目をかかげている。⁹⁾

以上の如く今日の福祉国家の概念は、それが西欧諸国において見る場合、意識的に形成されて来たものではなく、むしろ長期間に亘る社会改革の歴史的沈澱の結果であると言える。換言すれば、福祉国家を支えている政治理念が国民の間で支持を得ているものであり、(例え国民の最大公約数として支持を得ているものか否かは一応別論として)、資本主義的産業文明の弊害をとりのぞく個々の対策の積み重ねとして存在しているのである。

ところで、日本国憲法においては、第 25 条において、その第 1 項、第 2 項を通じ、国民の最低文化生活権の保障規定が置かれている。そして国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めねばならぬことが綱領的ではあるが、定められた。即ち、この条項が、我国において福祉国家論の多く論ぜられることとなった最も有力な一つの原因となったことは確かであろう。然し唯、用語上の問題にのみ留まるかも知れないが、「福祉国家論」に極めて類似する「文化国家」、「社会国家」の理念は、すでに明治憲法下において説かれていたこと

は事実である。即ち、ワイマール憲法を、その主たる原型として、資本主義の高度化進展にともなう社会経済生活の矛盾を修正し、克服するためには、国家の社会経済に対する積極的関与が必要であり、治安の維持といわれる消極的目的によって国家目的が限定されず、進んで社会経済に対する積極的関与を国家が行なうことを要請されるべきものである、と言う主張の存在があったのである。¹⁰⁾

かくの如き文化国家、社会国家の理念が、全く同義において福祉国家の理念とされているか否かは、ここで即断を許さるべきものではないが、日本国憲法は、前述の第25条を始め、第26条（教育を受ける権利）、第27条（勤労の権利義務、勤労条件の基準、児童酷使の禁止）、第28条（勤労者の団結権、団体交渉権、その他団体行動権）、そして第29条（財産権の保障、及び私有財産の公共のために使用しなければならぬ義務）等において、福祉国家の理念は、前面に強く示されることとなったと言えよう。これらの憲法規定の意義について、関係法令との関連において明らかにし、憲法解釈を行なうことは、もとより重要なことであろう。しかし、福祉国家の理念が、社会経済に対する積極的関与と言うことから、行政法理念、即ち、福祉国家主義行政法理念の理論的ないし実体的追求に先ず至らねばならぬ。

- 1) Vgl. Forthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 7 Aufl., 1958. 成田頼明「行政法における「公法と私法」の問題をめぐる判例の推移」公法研究, 第22号, 77ページ。私稿「行政法における公法と私法」中京商学論叢, 第12巻第3号(2), 15ページ。
- 2) 渡辺洋三「現代福祉国家の法学的検討」(1), 法律時報, 第36巻第4号, 7ページ参照。
- 3) 野村平爾「福祉国家論」の問題性, 法律時報, 第36巻第4号, 13ページ参照 (H. L. Wilensky and C. N. Lebeaux, Industrial Society and Social Welfare. W. A. Friedlander, Introduction to Social Welfare, 1961.)。
- 4) 桜木澄和「現代における「近代化」法(I)」中央評論, 第16巻, 第3号, 54~55ページ参照。なお, E・C・ライシャワーの論文として, 「近代史の新しい見方」, 朝日ジャーナル, 1962.10, 「近代化ということ」, 文芸春秋, 1962.

9, 等である。

- 5) 桜木澄和, 前掲, 56ページ参照。
- 6) 桜木澄和, 前掲, 57ページ参照。
- 7) 木村健康, 社会思想読本, 258~259ページ参照。
- 8) 木村健康, 前掲書, 261ページ参照。
- 9) ヴェルサイユ平和条約第427条は, 労働者保護の原則として, 次の如く9項目があげられている。
 - 1, 労働は単に財貨または商品として取り扱われてはならない。
 - 2, 使用者または労働者が一切の適法なる目的のために団結しうる権利。
 - 3, その時代とその国において適当と思われる生活程度を維持するに足る賃金。
 - 4, 1日8時間, 1週48時間の労働。
 - 5, 日曜日を含みかつ24時間を下らない毎週1回の休日。
 - 6, 児童労働の禁止, 年少労働者に対する教育の継続と身体の正常なる発達
の確保。
 - 7, 同一価値の労働に対する男女同額の報酬。
 - 8, その国に居住する一切の労働者に対する公平なる経済上の取扱い。
 - 9, 監督制度の確立, とりわけ婦人の参加。
- 10) 山田幸男, 行政法の展開と市民法, 116ページ参照。

(二), 福祉国家主義行政法の意義

19世紀の基調をなすものは, 個人主義であった。Adam Smithが自由放任の理論を主張し, John Lockeが個人の権利と財産権の不可侵性を高説したのは, まさしく, 19世紀の政治哲学を提唱するものであった, と言われる。¹⁾ Darwinの適者生存の理論は, Spencerの不具者, 愚者等の生存を扶助すべきでないとする論理を創説させた。

Common Lawは, このような背景をもとにして, 財産権の自由, 契約の自由, 身体の自由を強調したのであり, こうした自由への国家の干渉は考慮の外におかれた。自由放任主義の成功は, まさしく国家が何もしないという点に存したのである (The Very Success of Laissez-faire was its undoing)^{1) 2)}。このような状況の下においては, 国家権力の不当な干

渉より国民の権利、自由を守るべく目的を有し、私益と公益との調整をその使命と為すべく、「行政法」の成立を可能とする余地は全くないものと言える。しかし、19世紀後半に至って、産業革命の成熟は、都市の人口集中現象を招来し、住宅・疾病・煤煙などの社会問題 (Problems of housing, disease, and Smoke) を惹起するに至った。³⁾ かくて人道主義の理念は、児童の長時間労働の禁止と工場衛生・安全の主張を為すものであった。従って、それらの諸問題に対して行政的な干渉は不可避的となり、ここにおいて公益を理由とした私益の制約が始められるに至った。労働者階級への選挙権の拡張は、失業・疾病・老齢の給付を内容とする社会保障制度への途を拓き、欠乏よりの自由は、財産権の不可侵よりも、より重要であると考えられた。そして今世紀、今日に至っては、私企業の増加と発展は、公益を理由とする国家干渉を必要ならしめ、イギリスでは重要産業国有化によって、アメリカにおいては各種の規制委員会によって、この必要が満されるに至っている、と言われる。そしてイギリスにおける通貨、そして原材料の不足は、経済統制立法を招来することとなり、天然資源殊に土地の維持改良のためには、都市田園計画法が制定されるに至り、ここに公益のための私有財産の制限が行なわれるに至ったのである。そしてかくの如き、公益のための私人の権利自由の制限は、すべて議会制定法によって行なわれて来たものであると言われる。即ち、19世紀の契約自由の原則は、多分にして権利濫用の結果を認めることとなった。Common Law はもとより、「権利は義務を伴う」ことの趣旨の下に判決は下されたが、しかしこれは、絶対的「契約の自由」のワクの中に留った。そしてここにおける判決の拘束性は、裁判官をして自由に法を定立することを許さない。即ち裁判官が目的的な判断を行なうにおいて、先決例の拘束性と言う一定の限界を越えることは許されなかったのである。従って、裁判官は、権利は義務を伴うという意味においては、「消極的」義務を課しうるに止められていた。しかし、議会制定法は、かくの如き拘束はなく、社会経済的条件に即応して、公益と私益の両面から権利義務の具体的調整が行ないうるに至った。

議会制定法は Common Law では求め得なかった「積極的義務」を個人に課すことを得た。そして議会制定法は更に、国家や地方公共団体に対しても「積極的義務」を課すこととなった。例えば前者では、医師は効率的なサービスの提供を義務づけ、この義務違反には、医師登録の取消が行なわれうる。また後者では、国や地方団体は疾病、老齢の給付や人民の生活に必需な財貨、そしてサービスを確保する責任を明確にした。

然らばここで現行のその代表例を示すならば、Agriculture Act, 1947; Agricultural Holdings Act, 1948; Agricultural Marketing Act, 1949; Agriculture (Miscellaneous Provisions) Act, 1949 (農地関係の諸法)。National Health Service Act, 1946 (国民医療法)。National Assistance Act, 1948 (国家扶助法)。Electricity Act, 1947 (電力法)。Transport Act, 1947 (運輸法)。Coal Industry Nationalization Act, 1946 (石炭産業国有化法)。Coal Industry Act, 1949 (石炭産業国有化法)。Pensions Appal Tribunals Act, 1949 (年金上訴特別裁判所法)。Housing Act, 1936 (住宅法)。Town and Country Planning Act, 1947 (都市田園計画法)。New Towns Act, 1946 (新都市法)。Acquisition of Land (authorisation Procedure) Act, 1946 (土地取得手続法) 等をあげる。⁴⁾

我国において明治憲法の下では、ドイツにならって司法裁判所の外に、行政裁判所を設けた。即ち、法を公法と私法との分野に劃し、公法分野より生ずる争いは、行政事件とし、司法裁判所の管轄の外におくことを意味した。そして、このことは、明治憲法の下で公法と私法とが別個の法体系として、二元的に存在することを前提として立論されたものであった。ここにおいて、公法の観念は、国家ないし公共団体に対して、多かれ少なかれ、個人とは違った特殊の法的地位を認め、それによって、国家又は公共団体を一方の当事者とする法律関係を私人間のそれとは異なった法的規律に服せしめようとする意図に基づくものであった。しかしながら戦後、現行憲法の制定に伴って、英米法の基本原則、即ち「法の支配」(Rule of Law) の移植、導入に従って、いわゆる司法国家体制の確立が為され、行

政裁判制度は廃止され、行政分野の争いは全て、司法裁判所の審査に服することとなったのである。従って、国家無責任の制度は廃止され、国家の賠償責任は、憲法上においても明記されるに至った。⁵⁾

かくの如き、明治憲法より、現行憲法への移行に伴っての制度的転換は、公法と私法の一元化の現象を呈するものであった。それらの移行の経緯を少しく論証する必要がある。

即ち我国において、戦前における天皇制権力と明治憲法のもとで、すでに私法に対立する公法原理（ここでは行政法原理）が、制度上においても確立していたと言える。その概略は、(一)、行政権と国民とは法的において、対等な関係になく、対等な立場で争い得ないこと。(二)、行政庁には広汎にわたる自由裁量が存し、法律による行政のたてまえは実質的にくずれ、形骸化されていたものである。(三)、行政処分は司法審査をうけることなく、その意味で実質的に裁判により権利救済のみちはふさがれていたものである。(四)、従って、唯一の権利救済は、司法裁判所と別個の、またそれ自体一つの行政権に所属する機関にすぎない行政裁判所への出訴のみに限られていたこと。(五)、その際、出訴事項が極めて少数のしかも財産権に関する事項に限定されており、精神的自由権に至っては、全く、救済される余地はなかったこと（明治23年法律106号行政裁判法においては、争いうる行政処分を、租税、水利土木、土地、営業の事項に限定されていた）。(六)、私法原理と異なる公法原理が学説判例を通じて構築されており、行政行為には、私法原理の適用を拒否したものである。そして、その公法原理として主に、公定力理論、自力執行力論、自由裁量論、特別権力関係論、そして国家無責任論、公権論等々が論ぜられたものである。⁶⁾そしてこれらの公法原理、公法制度は、天皇制絶対主義権力を支えるための基本装置的役割を果たしたものと言える。そしてこの前市民法的公法原理は、その後に到来した我国の資本主義の展開の中で、日本社会の近代化の過程のなかにおいて、当時のいわゆるブルジョアジーの要求を反映して、多少ともその修正の要求があらわれたものであった。しかしそれは政

府、貴族院の反対にあって実現されることはなかったが、その社会的必要性として存したものであって、やがて、大正期以降の資本主義発展に伴う近代化・自由主義化の動向が、たとえ天皇制のワク内に留まるものではあったが、行政法制度の一定の限度における近代化、即ち市民法化を解釈を通じて持たらしめたものであった。かくて、私法原理の導入が阻まれていた行政行為に、一定の限度で私法原理が及ぶことをみとめる解釈論が展開されるようになったのである（損害賠償理論）。そして、私法と公法との区別を絶対視せず、むしろ相対化し、国や地方団体の優越的法主体を制限する法思想が学説や判例のうえにも出て来た。そして自由裁量論、無効と取消の区別等の国民の権利救済の観点より新しい法技術的構成もこころみられるに至った。⁷⁾ 即ち、例えば旧行政裁判制度のもとでは、行政庁の違法処分により、国民の民法上の権利が侵害された場合においても民事訴訟をもって直ちに争うことはなかった。司法裁判所は、民事の先決問題として行政事件を審理しうる主義を採用していたのであるが、行政行為はその公定力によって、適法の推定をうけていたもので、結局、司法裁判所では、行政裁判所の取消判決を待たねば民事をも処理することができなかつたのである。たとえば、土地の非所有者が地租をとられた場合に、不当利得返還請求権で司法裁判所に訴えたとしても、行政裁判所の課税処分取消判決がなければ審理され、救済されることはなかった。しかしこの場合、行政処分の有効・無効と言う問題は、司法裁判所においても審理され、無効の場合なれば、判決を下すことが出来ると言う解釈論が展開された。然らば、行政処分が無効なる場合においてはじめて私法原理および私法手続が全面的に適用されるのであった。例えば、何ら正当なる権限なく他人の土地に公立学校を建てた場合に、土地明渡請求権については判例も学説もこれを認めた。かくて取消と区別されて無効と言う技術概念がつくり出されたのは、民法法律行為論の、そして、ドイツ公法学の技術的輸入であったにしても、ともかく、私法原理と民事救済の範囲をひろげるという目的を実現するための一つの手段であったとされる（渡辺洋三「現代福祉国家の

法学的検討」36巻4号, 12ページ, 注記参照)。

そしてこうした要請に即応して出現したのが美濃部博士の行政解釈理論であったと言われるのである。しかるに、この新しい解釈論は、主に行政行為のうちの非権力行為に向けられていたと言うことである(即ち、財産の管理、鉄道、病院等々の経営においては、経営主体が国、地方団体あるいは、一般私人であるとを問わず、その法律関係に原則的に区別はない。従って、この種の領域においては、公法・私法の区別は相対化する)。かくて、美濃部博士は、公法と私法がある程度において特殊の原理に支配せらるることは真実であり、それがために、この区別を為すことが実際上において必要性あるものであるが、しかし、公法も私法も等しく法であり、人と人との間の意思及び利益の規律たることにおいて共通の性質を有するものであることはもちろんであるから、両者の区別を余りに極端視することは誤りであり、ある程度において両者が共通の原理によって支配せらるるものなることを否定してはならないとされて、公法と私法の共通性と関連性を詳細に指摘されるものであった。美濃部博士によれば、先ず「公法関係も私法関係も共に権利義務の関係であることにおいて共通の性質をもっているものであり」、第二に「権利義務の内容及び種類においても公法と私法とは、大部分共通であり」、第三に「その法律原因においても両者の間、多くは共通であって、公法又は私法にのみ特有な法律原因は、比較的限られており」、第四に「法主体について、公法人と私法人の、法の目的たる利益について公益と私益の、法客体たる物について公物と私物の法の規律を受ける企業についての公企業と私企業の区別が認められうる」が、しかし「これらにおける公私の区別は、必ずしも公法と私法との区別と相一致するものではない」とされる。従って「従来における学説がとかくこれ等の公私の区別をもって直ちに公法と私法との区別であるとなし、公法人の法、公益の法、公物の法、公企業の法は常に公法であり、これらが私法の規律に服することは無いものと為す傾向があるけれども、それは明らかに誤りであって」これらは何れも公法と共に私法の規律にも服するものであ

ると強調するものであった。⁸⁾

かくの如く、美濃部博士を代表する公法と私法の共通性を強調し、従来専ら、公法の特殊固有の規律に服すると考えられた領域に、私法的規律の適用を認める考え方は、その後の学説・判例に対して多大なる影響を与えて来た。

この点に関して渡辺洋三教授は、こうした新しい解釈論の社会的基礎は、天皇制のワク内における当時のブルジョア化の要求であった。そもそも、私法を中心とする市民法原理は、資本制経済の正常な運行を担保する基本的な法原理である。その市民法原理に服さない行政権の存在は、資本の合法則的な経済活動にとって攪乱的要因となるものである。行政権の恣意を抑え、その予測可能性を担保することによってこれらの攪乱的要因をなくすることは、統一的な資本制経済秩序の発展にとって必要なことである。かくて、資本制経済の発展に必要な限度では、公法原理は否定され、行政行為のなかでも私企業の行なう行為と同様な非権力的行為は、私法原理をとりいれざるを得なかったのである。従って、当時の絶対主義権力の中における、代表的行政法理論（公法原理を認める古典的理論）に対して、相対的に一定の進歩的意味をもっていたことについては否定出来ない。そして同時に、天皇制のワク内において、ブルジョア的改良を意図したブルジョアジーの立場を反映したものであり、そこには本質的な限界があった。⁹⁾ と言うことをいみじくも指摘している。

かくて、私法と公法の関係において、両者の共通性を一方において強調しながら、しかもなお且つ、両者の差異は決定的な意味をもつものとして理解されていたものである。

昭和期への移行において、戦時ファシズム体制の確立は、この新時点での行政権の強化・優越性をあらためて要求されるに至った。いわゆる経済構造においては国家独占資本のなかにあり、独占資本と権力の癒着は戦時統制経済を基軸として早急に進展が見られたのである。ここにおいてはブルジョア的改良行政理論は、その終焉をきたし、同時に私法制度の変化・

社会法・経済法の登場、そして私法の公法化と言った諸現象をもたらし、それらは、行政法領域をいちじるしく拡大させ、行政権の国民生活への干渉の度合を高め、且つ積極的たらしめたと言われる。

しかし、現行憲法の成立に当たって「天皇制と言うワク内において」と言う限界がとり除かれたときには、美濃部理論の型態は、その姿をより明白にするに至った。即ち、明治憲法のもとにおいて、新しい理論であった美濃部理論は、現行憲法の下に至ってはすでに改革を迫られねばならぬに至った。美濃部理論は、確乎として特殊公法領域の存在を主張し、新憲法のもとにおいても行政行為の司法審査を拒否したのであった。即ち「新憲法の下においても、いわゆる司法権は専ら民事及び刑事の裁判を意味し、裁判所もその憲法上の権限としては、本来民事及び刑事についてのみ裁判を為すの権を有し、その他の事件については、法律の特別の規定によってのみ裁判を為し得べき権限を有するものである、とされる。

この立場に対して、田中二郎博士は、美濃部理論とは異なって、司法裁判所の司法審査権限を直接憲法からひきだし、その権限が一切の法規上の争いにおよぶことを当然とした。田中理論は、その理論的基礎を美濃部理論に負っていると言われる。即ち、明治憲法より現行憲法に移行して、美濃部理論はもはや、これに対応し得ず、この理論を基に田中理論として、その指導的役割を担うこととなったのである。

さて、実定法制度において、現行憲法の誕生と共に、行政裁判制度の廃止と言う大変革が為された。これまで明治憲法の下においては、行政裁判所と普通裁判所の分立が為され、二元化が為されていたが、現行憲法下においては、行政事件もすべて、司法裁判所の審査に服することとなった。いわゆるこの行政国家から司法国家への転換が、私法と公法の一元化と言う外見の様相を呈するものであった。従ってここでは、公法原理（行政法原理）のすべての内容にわたる具体的検討が為された訳ではない。しかしまた、制度上からも、私法と異なる公法領域の存在をまったく否定して来た訳ではない。即ち行政事件について、その特殊性を認めて、民事訴訟法

に対する特例として行政事件訴訟特例法（昭和23年）を定め、行政処分の取消又は変更を求める訴訟のほか、公法上の権利関係に関する訴訟は、民事訴訟法によるほか、この特例法の定める特例によるべきものとして来たものであった。即ち、公法関係は、それが公益目的をもつかぎりにおいて、私法関係と異なる規律をうけ、異なった法原理に服するものであると言う考え方がとりいれられたのである。（もっとも、その後において、この行政事件訴訟特例法に代わって、第40国会（昭和37年5月16日）法律第139号として、行政事件訴訟法が公布され、昭和37年10月1日より施行された。従来のわずか12カ条からなる特例法に代わって、5章45条よりなるかなり充実したものとなり、かなりの諸点にわたって、大きな改革が見られた。一例を示せば、従来においては訴願前置主義がとられており、法令で訴願をすることが出来る場合には、その訴願に対する裁決を経た後においてでなければ、出訴することはできないものであったが、これを訴願前置主義は原則として廃止し、国民が行政庁の処分に不服がある場合には、国民の選択によって、不服申立を為すことなく直ちに訴出出来るし、不服申立と同時に、裁判所に出訴することも出来るし、あるいはまた不服申立を提起し、その裁決があって後、裁判所に出訴しうることにしている。ともかく行政事件訴訟法は、行政事件の種類をできるだけ分類し、その形態を明らかにする定義規定を設け、それらの訴訟に適用または準用される規定の範囲を明確にしている。そして同時に、明治23年に法律第105号として制定された訴願法も、72年間の生命に終止符をうって、行政不服審査法として生れ代わったのである)¹⁰⁾。

しかし一方において、かくの如き行政法制度の改革等による近代化、即ちその進展に伴って、新しい範囲が認識されるに至ったのである。即ちこれを、福祉国家主義への方向付けとしての行政法理論である。消極的な秩序維持に止まることなく、積極的に社会保障を行ない、国民経済を指導・統制し、さらに公共性ある企業を国営することによって、人民の福祉を実現することを目的とする行政を、私見では、定義的に、福祉国家主義行

政¹¹⁾と述べて来た。

この点については、項を改めて、更に附言したいと思う。

- 1) 山田幸男「行政法の展開と市民法」4ページ参照。
- 2) J. A. G. Griffith and H. Street, Principles of Administrative Law, 1952, pp. 1~2.
- 3) J. A. G. Griffith and H. Street, op. cit., p. 1.
- 4) 山田幸男「行政法の展開と市民法」, 7ページ参照。
- 5) 私稿「行政法における公法と私法」, 中京商学論叢第12巻第3号(2), 16ページ。
- 6) 渡辺洋三「現代福祉国家の法学的検討」(1), 法律時報, 第36巻第4号, 9~10ページ参照。
- 7) 渡辺洋三, 前掲, 10ページ参照。
- 8) 田中二郎「公法と私法」, 法学セミナー, No. 29, 3ページ参照。私稿「行政法における公法と私法」, 中京商学論叢第12巻第3号(2), 21ページ参照。
- 9) 渡辺洋三「現代福祉国家の法学的検討」(1), 法律時報, 第36巻第4号, 11ページ参照。
- 10) 行政事件訴訟法, 行政不服審査法については, 行政争訟として, 別の機会にとり上げなければならないと思っている。
- 11) 私稿「福祉国家主義における基本権保障の本質及びその保障理念の理論的展開」, 中京商学論叢第12巻第1号, 88ページ。「行政法における公法と私法」, 中京商学論叢第12巻第3号(2) 22ページ。

(三) 福祉国家主義行政法における

公法と私法の理論的展開 (その一)

生活に困窮する者が、国家ないし公共団体に対して、その生活の保護を求める権利を「保護請求権」と呼ばれている。¹⁾ 昭和25年、現行の生活保護法が成立するに至り、始めて、この権利が「権利」として認められたのである（わが国においては、立法論上並びに政策論上において、多年にわたって、保護請求権の否定が支配的であった。昭和21年、旧生活保護法が公布されるに至っても、なお厚生省当局は、頑強に保護請求権を否定した

ものであった)。この生活保護法は、日本国憲法第25条の生存権規定の趣旨に基づいて成立したものであり、その理念の具体化法の一つである。そして、憲法本条の「健康で文化的な最低限度の生活」を保障することを、法の目的として明規した。即ち国民主権主義国家体制の下で、全ての国民の福祉の増進を図るべく、国家任務の方向が、明示されたものである。更に、前述した如く、憲法第26条、第27条で、教育を受ける権利・義務、勤労の権利・義務、勤労条件の基準、児童酷使の禁止等の規定が設けられるに至り、国民の福祉増進の意図が示されたのである。即ち、国民の福祉を国の政策を通して実現し、それらを立法をもって積極的に企図するのを福祉国家主義の国家とするならば、現行憲法下の我国も、一応この方向を志向しうるものと言えるであろうか。

今日、福祉国家主義と呼ばれる思想形態は、個人福祉の保障を個人の責任に任ねるものではなくて、国家の行為を通して社会的に保障していくことにある。それ故、自由放任主義的な福祉国家主義と今日の福祉国家主義との間には、本質的な差異があることを知りうる。即ち、今日の福祉国家が意図するところは、消極的には、窮乏と貧困の防止、疾病の防止と治癒、大量失業の回避、低賃金、劣悪な労働条件及び、その他の搾取からの労働者の保護、腐敗した生活条件、貧民街の廃止、無知、文盲の除去、浮浪者の保護、比較的大きい形態の不平等及び特権の徹廃であり、積極的に、衣食居住の生活、教育、医療がより改善されることである。これは、厚生、労働、建設などの広汎な分野にわたる国家権力によって、個人の尊重を図るものである。いわば、福祉国家への推進は、現行憲法の基本原則、即ち個人尊重主義への国家義務の必然である。もとより、この国家義務が、福祉国家を目的とする個人尊重主義への意味概念であるかぎり、我国における過去の公的救助義務主義の概念²⁾に相応するものではあり得ない。なぜならば、公的救助義務の背景をなす論拠は、封建的救貧観、即ち国家公益主義、絶対主義的国家観による国恩的観念であり、その概念の淵由と次元とを異にするものだからである。

公的救助義務の論理は、かくの如く、封建的・絶対主義的国家概念の下で、隣保相扶・親族相救の淳風美俗觀に無縁ではない状況の下で作られた。いわば地縁的にも血縁的にも、人民相互の情誼に依存せしめられており、人民福祉の国家責任は、その情誼に代替せしめられていたのである。その後、民主・個人尊重主義を基本原理とする憲法の現出の下で、この国家責任が、本来の意味で、国家義務として自覚せしめられるに至ったのである。

要するに、福祉国家は、完全な社会保障体系の確立によって達成される。社会保障は、その国の社会的・政治的・経済的条件によって、異なるけれども、おおむね社会保険と社会扶助の制度を通して為されるものである。ここに社会保険とは、勤労者・使用者及び国家の三者の負担において保険給付などの費用を賄うものであり、社会扶助とは、租税収入により扶助料などの費用を賄うものである（わが国の場合、社会保障の方式として、社会保険によるものと、社会扶助によるものがあるが、前者の場合として失業保険法・厚生年金保険法・健康保険法・国民健康保険法・労働者災害補償保険法などがあり、後者の場合として、生活保護法・児童福祉法・社会福祉事業法などがある）。然らば、ここで我国の社会保障が完全に充実されているか否か、具体的に理論並びに実際の両面から検討しなければならないと思うが、しかし、例えば、一例として、生活保護法をとりあげて見ると、それが日本国憲法第25条の「生存権」の実現の趣旨を受けて制定されることから、茲惠的救貧法的性格でないことは、十分考えられ、同法第69条に「実施機関の行なった処分の訴え」を裁判所に提起出来ることから推論して、被保護者が同法の扶助を「権利」として認めることと解される。しかし一方、第77条では、民法上の扶養義務が生活保護法の扶助に全面的に優先することが規定される。この点についてイギリスの場合、夫婦間の扶養・親の子に対する扶養の義務のみが *National Assistance Act* (1948. ss. 42—43) の扶助に優先するに留まり、しかも又、国民保険法の給付をうけている者に対しても国民扶助法の適用があるとされる。³⁾

まさに我国の場合とは、この一例のみからしても相当の差異が認められる。

ともかくも、これらの具体的事実を一つ一つ検討して、その結果、イギリスを始め北欧3国の福祉政策と比較することによって、今日の我国の福祉国家の是非を問うこと自体誠に無意味である。従って、我国の場合、一応現段階では誠に不完全なものであるにしろ、社会保険と社会扶助の二手段をもって、社会保障の体系的充実が除々に遂行されていることに着眼し、福祉国家への方向をたどっていると考えて然るべきであろう。

さて、かくの如く、福祉国家における国家の目的が、積極的に社会保障を行ない、国民経済を指導・統制し、さらには公共性ある企業を国営化すること等によって、人民の福祉を実現するにあるとするならば、それは行政機能の変遷と言うことに具体化されよう。然らば、「給付者としての行政」、即ち「積極的」行政機能は、具体的には、社会保障に関するものの外、水道・ガス・電気・運輸・教育などに対する関与である。

かくして、こうした福祉政策のより高度な展開が為されるならば、それは行政法の拡大、行政権の拡大強化を必然的に伴う。しかし、社会保障・社会扶助の拡充を図る本来の福祉国家主義の下では、この「積極的」行政機能は、何ら司法的統制の縮さないし古典的法の支配の崩壊を意味するものではない。それは更に通常けねんされる労働者権の制限、治安立法の増大、政治的反動の強化等の諸現象に必ずしもむすびつくものではない。福祉政策の理念と、行政権の拡大と言うこととの結合は、基本権保障の完全化と基本権保障のための基本権の実定化現象とに照応されうる概念である（この点に関して、独断の境を出ないかも知れぬが、基本権保障のための基本権の実定化現象が拡大され、形式的抵抗権の範囲が拡大され充実されることとなるとの私見に立って、始めて、人間尊重を中心価値とする民主主義秩序の達成をその本質とする福祉国家主義行政法理論の実質的実益を見出すのである。従って、抵抗権（実質的）発動に伴ってけねんされる「国家のアナーキー化」への危険、あるいは法的安定性に対する危惧は、極

めて広範囲において縮小されることとなる。私稿「基本権保障の本質と抵抗権の理論」(早稲田法学会誌, 14巻, 148ページ)。

従って、福祉政策を展開する権力は、同時に人権を制限し、平和運動を抑圧し、植民地の民族独立運動を軍隊で圧殺することをもちとわぬ国家権力であると断定する論理は早計であると言わねばならぬ。

ところで、公法と私法との問題の正面からの論及に立ちもどるが、福祉国家主義的行政理論への指標として、「公共の福祉」をその基調とする行政機能の拡大のもとに田中理論は、更に変遷を見るのである。このことについては、田中博士の著書「行政法総論」(昭和32年)において、明確に認められるところである。そしてまた「公法と私法」(法学セミナー第29号)においても、田中理論の今日の立場の外輪はとらえうるところである。その立論を私稿「行政法における公法と私法」(中京商学論叢第12巻第3号(二))からふりかえって見たいと思う。

公法または公法関係の特殊性を絶対的なものとなし、私法または私法関係との間に本質的な差異があるように考えるのも決して正しいとは言えない。しかし、また他面において、公法と言うものは、一般的な私法的規律に対する単なる特則であって、特別の定めのない限り、一般的な私法的規律が支配すると言うような考え方も、現行法の解釈論としては、論理の飛躍といわねばならない、とされる。これに対して、正しい解答を求めるためには、実定法上、何故に行政権と私人との関係について私人相互間の関係と異なる法的規律が認められなければならないか。及び何故に、行政事件について特殊の手續を認めなければならないかの理由を探究する必要がある。即ち、対等の私人相互間の関係については、私人の自由と平等を保障し、私人の自主自律に委ねておいてよい。私法は、かような意味での私的自治の原則を建前としつつ、私人相互間の経済的利害の調整を目的としたものであり、私法の保障または実現の手續としての民事裁判は、このような関係をそのまま手續上に反映して当事者の自主自律に委ねることを建前としている。ところが行政権の主体と私人との間の関係については、こ

れと同様に考えることはできない。第一には、公共の福祉の実現という行政目的の達成のために、一面において、行政権の発動を法律によって、羈束しながら、他面において、法律関係の形成・実現の過程において、行政権の意思の優越性（行政行為の公定力）を保障し、且つ、これに関する争訟についても、公定力をもった行政行為に対する抗告訴訟として、その手続上の特殊性を認めなければならない。第二に、それ以外の関係についても、公共の福祉の実現と言う行政目的の達成のために、当事者間の利害調整を目的とする私法の適用を排除して特殊の法的取扱を認める必要のある場合もある。この法的な特殊性の認められるべき場合に、二つの場合を区別すべきことが明らかとなる。即ち、その一つは法が法律関係の形成・実現の過程において行政権の意思の優越性を認めている場合で、これを権力関係または支配関係といふことができる。権力関係と言っても、法の羈束する法律関係である点においては、私法関係との間に本質的な差異があるわけではないが、対等の当事者間の利害調整を目的とする私法の規律の一般に親しまない分野と考えることができる。これに対して、その二は、法が公共の福祉の実現という行政目的の達成に第一義的意義を認め、そのために特殊の法的取扱を認めようとする場合で、これは、管理関係と呼ばれている。これは、規律対象の実質からいえば、私法のそれと異なるわけではなく、ただ特定の行政上の関係について、その公共性に注意して特殊の法的規律を認めようとするにすぎない。従ってこの種の関係については、実定法上、特殊の法的規律の存しない限り、一般的な私法的規律が支配すると考えることができる。

かくて、公共の福祉の実現という行政目的の達成のために、法的な特殊性の認められるべき場合、権力関係と管理関係を区別し、前者については、対等当事者間の利害調整の見地から設けられた私法原理にはなじみにくく、特別の規定が存しない場合でも、行政に固有の法原理が支配するものとし、後者については、本質的には、私人が当事者である場合と性質を異にするものであるから、原則として私法の規定が一般法として妥当し、

行政についての特別な定めは、その特別法と認められるべきものであるとされるものである。基本的には、かかる立場に立ちながら、福祉主義行政の発達に伴って、新しい局面にひらけつつある管理関係の分野について、その公法的特色をひろく認め、フランスの行政法の「公役務」の概念をそこにとり入れることによって、これを公法上の当事者関係として理論構成をしようとする新しい学説が見うけられる。⁴⁾

以上の如く、現在における支配的学説は、田中理論あるいは柳瀬理論に代表されるところに基づくものであるが、それは、実定法上の公法・私法の区別の必要を認め、伝統的な公法・私法の二元論を前提とする基礎の上に築かれており、なお、近時このような正統派学説に対して鋭い批判を加え、公法と私法の二元的対立はもはや認められなくなったとか、国ないし公共団体を当事者とする行政上の法律関係の特殊性を認めるにしても、それは、民主主義政治原理の下における合理的・近代的な法律関係に再構成されるべきである、と言う如き一元論的見解が有力に述べられるに至った。こうした見解を代表するものに、今村教授、渡辺洋三教授などがある。それらは必ずしも同一理論ではないが、ほぼその共通とするところは、国や公共団体は、そのような特別法の規定が設けられている限度においてのみ特別の法的取扱を受けるに留まり、私法が一般法として当然に適用される。つまり、行政上の法律関係は、私法原理を基底とした公法的特殊性の承認される関係とみるべきであって、公法は、一般私法に対する特別法としてのみ理解されるべきものであるとされる。⁵⁾

こうした見解については、新しい考え方の一つの方向を明示するものであり、従来における通説的見解に対し、その方法論的反省を促すものであるとされ、それなりに多大なる意義が認められるとされるが、現行実定法の解釈論として、即座に、かくの如き論理がそのまま妥当するものであるとは必ずしも即断しかねるのではあるまいか。

ここで成田理論に、その解釈を求めるならば、現行憲法の下においては、行政権の優越性は、憲法上否認されたし、裁判制度も統一されはした

が、田中教授も指摘されるように、そのことから直ちに「現行憲法の下においては一般法としての私法に対する特別法としての行政法——極端ない方をすれば、個々の行政法規の集積——が存するのみで、行政に特殊固有の法原理をもった行政法と言うものは、解消し去ったと考える」ということができるのであるか。たしかに、民法の中には、一般的法思想の表明と見られる規定が存在し（例えば民法第一条に規定される、信義誠実の原則、権利濫用の禁止など）、この種の規定は、法の総則 (allgemeiner Teil des Rechts) と目されるが故に、行政上の法律関係にも直接適用があることは認めなければならないにしても、民法規定の全てが一般的法思想の表明であるわけではなく、対等の人間の法的取引に関して、相互の利害を調整する見地から設けられた規定が大部分であることも、同時に認めなければならないであろう。この種の規定は、行政法を支配する厳格性及び権威とは直ちに両立しないであろうし、また、行政においては、法的取引における諸原理の適用を認むべき当事者間の内的親近関係も存在しないから、これらを直接に適用する共通の地盤を欠くといえることができよう。即ち、殊に権力関係における高権的行為に民法の意思表示や、法律行為に関する規定を適用する場合に妥当するのではないであろうか。この関係において、Forsthoff の表現を借りるならば、民法への過剰な執着を放てきることが要請されると言うのである。⁶⁾

また、管理関係については、至極一般的に、原則として私法が一般法であると言う命題は認めるにしても、特別の規定が設けられていない場合に、特別規定が存在しないと言う理由だけで、直ちに、全面的に私法の規定の適用をうけると解釈するのが、合理的であるかどうかは疑問である。また、特別な規定の設けられていない場合でも国民全体の負担によって公共の福祉を実現する給付主体 (Leistungsträger) としての行政の特殊性にてらして、解釈上私法の規定の適用を認める場合とは異なった処理の仕方をしてしなければならない場合が少なくないのではなかろうか、と言うことである。こうした行政主体の特殊性を強調する考え方に対しては、あるい

は、「官僚主義の拠点となりかねない危険性」をはらむものとして非難の対象とされるかもしれぬが、かかる批判に対しては、今日、行政主体の特殊性を背後で支えている権力や公益の本質が、もはや過去において、官僚主義的権威主義を支えていた権力や公益の本質とは異なったものであることを成田頼明教授は指摘されるものである。

ここで再び、公法と私法との関係をなるべく並列的にとらえて、論点を整理したいと思うのである。

即ち、行政上の法律関係のうちにおいて、私人相互間では見られぬ特殊固有の法的規律及び法律原理の支配する関係と、国又は、公共団体等の行政権の主体が一方又は双方の当事者であっても、私人相互間の関係におけると同じ法的規律及び法律原理の支配する関係とがある。前者、すなわち、行政に特殊固有の法を一般に公法といい、その支配する法律関係を公法関係というのに対して、後者、すなわち、本来、私人間の私生活関係を規律することを目的とする法を私法といい、その支配する法律関係を私法関係という。⁷⁾

然らば、わが国の場合、国又は公共団体等の行政主体が当事者である場合においても、同様の性質を有する関係は同様の法規により規律するのが適当であるから、国又は公共団体が私人との間に売買・賃貸借・請負等の契約を締結するような場合には、原則的には、私人相互間の関係と同様、私法規定の適用を受けるべきものとしており、その限度内であれば、ここで特別の考察を必要としない。

これに反して、国又は公共団体は、行政権の主体として、特殊の立場をもっているので、国又は公共団体が公権力の主体として命令強制をなす場合はもちろん、公共の福祉を実現するために事業を經營したり財産を管理したりする場合においても、特殊固有の法的規律を設け、特殊の原理が働くべきものとしていることが多い。普通、これらの法を公法といい、公法の規律する法律関係を公法関係と呼んでいるが、これについては、どのような場合に、どのような法的規律が存するかを明らかにしなければなら

ぬ。

- 1) 小川政亮「権利としての社会保障」85ページ。
- 2) 公的救助義務主義の概念は、天皇制絶対主義の下において、生活困窮者の保護は、国家ないし公共団体の義務であるとする論理であるが、この概念は、国民の側から救済を受けるとする保護請求権の概念と必ずしも照応されたものではなく、封建的救貧観の下で立論された。
- 3) 山田幸男「行政法の展開と市民法」, 121ページ参照。
- 4) 成田頼明「行政法における「公法と私法」の問題をめぐる判例の推移」, 公法研究, 第22号, 82ページ参照。
- 5) 渡辺洋三「現代福祉国家の公法的検討」, 法律時報(第36巻第4号より第36巻第10号)では、行政法は、一般法たる私法の特別法であるとの前提の下に、更にほとんど特殊公法の存在の否定に近づくものである。
- 6) 成田頼明「行政法における「公法と私法」の問題をめぐる判例の推移」, 公法研究, 第22号, 83ページ。
Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. S. 161.
- 7) 田中二郎「行政法総論」, (法律学全集), 199ページ参照。

(未 完)