

# 行政法と権利義務についての覚書

岡山大学名誉教授

岡 田 雅 夫

## 1 はじめに

わが国行政法学（以下通説ということにする）はいつまで「行政法とは何か」という、じつに実り少ない問いを問い続けるのだろうか。この問いに終止符を打つべくこの覚書は書かれる。端的にいおう。私の通説に対する疑問は、たとえば建築基準法を解釈するのに、建築基準法が行政法であることを認識する必要があるのかということである。行政法解釈学を始めるにあたって「行政法とは何か」を問うということは、個別に存在する行政法令を行政法として分類しなければ、個別法令の解釈はできないと考えているということを含意しているはずだから。

そのような通説の思考の仕方について私の見通しを記しておこう。今日に至るまで日本行政法学は、行政法（それはとりあえず国及び地方公共団体がかわる諸法令の集合）を、民法と同次元の実体法として理解している。この思考方法が日本の行政法学を、公法私法二元論にしばりつけ、行政法学を極めて難解なものにしている元凶なのである。

このような日本行政法学の思考方法を批判するのはなかなか厄介な仕事である。なぜなら通説は、行政法が実体法であることを自明の前提にしており、いかなる論証作業も行っていないからである。たとえばいきなり次のように言明される。<sup>(1)</sup>

国家には、市民社会の秩序を維持するために私人の同意を要せずに、命令、禁止等により、私人に一方的に義務を負わせたり、その権利を制限する権限が認められる…<sup>(2)</sup>

行政法をいくらかでも学んだことがある者には、ここではおそらくたとえば建築基準法の改築命令のようなものが念頭に置かれているのだろうと考えることができるが、初めて行政法を学ぶ者には、ここではいったいいかなる義務が論じられているのか想像できないのではないかと思う。なぜこのことに思い及ばないのか、私には理解できない。いずれにせよここでは、特定の法律を指示することなく、国家が「私人に一方的に義務を負わせたり、その権利を制限する」という実体的な行為をすることが当然のこととして述べられている。そしてここから一挙に公法私法二元論が論じられる。それはたとえば次のようである。

…地方議会議員の報酬請求権の差押えが可能かどうかについて、最判昭和53・2・23民集32巻1号11頁・行判34事件は、地方議会の議員は、特定公職との兼職を禁止され（地方自治法92条）、当該普通地方公共団体と密接な関係

<sup>(1)</sup> 本稿では手がかりとして特定のテキストから引用するが、それはいま私の手元にあるからであって、それ以上の意味はない。その基本構造において他のどのテキストも変わりはないからである。

<sup>(2)</sup> 宇賀克也『行政法概説Ⅰ第4版』2頁

のある企業から隔離される（同法92条の2）ほかは、一般職公務員に課せられているような法律的拘束からは解放されているのであって、議員の報酬は、一般職公務員の「職務上の収入」とは異なり、公務の円滑な遂行を保障するために議員の生活を保障すべき必要性はないと判示している。

このように、ある権利の融通性を考える場合には、個々の権利について実定法の定めにより（厚生年金保険給付を受ける権利は、譲渡し、担保に供し、または差し押さえることができない旨法律に明記されている。厚生年金保険法41条1項）、また規定のない場合には、その権利の認められた目的を考察して、個別に判断していくしかない。<sup>(3)</sup>

この一文は、かつて公法私法二元論によって公権の不融通性が説かれていた<sup>(4)</sup>のに対して、今日では、個別規定に基づいて「その権利の認められた目的を考察して」解釈すべきこととされ、公法私法二元論なる一般論はもはや通用しない、ということが主張されている。

この考え方にはまったく異論はないが、そのことと行政法とどんな関係があるのだろうか。ここで論じられているのは民事法の解釈論（たとえば地方議会議員の報酬請求権が民法147条の適用を受ける債権に該当するかどうか）であって、行政法のそれではない。なぜ「行政作用法を対象とする」<sup>(5)</sup>テキストで、特別職とはいえ地方公務員である地方議会議員の勤務関係が論じられるのか。公務員の勤務関係はいかなる意味で「行政作用」なのか。論者によれば、それは「行政資源取得行政」なる分野に属する作用と説明されるが<sup>(6)</sup>、それは本来の行政作用の裏付けをするものであって、「市民社会の秩序を維持するために私人の同意を要せずに、命令、禁止等により、私人に一方的に義務を負わせたり、その権利を制限する権限が認められる」作用とは異質のものである。

「市民社会の秩序を維持するために私人の同意を要せずに、命令、禁止等により、私人に一方的に義務を負わせたり、その権利を制限する権限が認められる」法関係の議論から、一挙にこれとは異質な地方議会議員の報酬請求権の問題に話題が転換される。この二つの言明をつなぐ媒介項は、次の二つの方法的理解にかかっている。その一つは、「行政法」を「行政」に関する法として理解したこと。建築基準法を執行するのは「行政」機関であり、地方議会議員を採用するのも「行政」主体たる地方公共団体ということでそのような理解が導かれる。いま一つは、第一のそれと密接に関連するが、行政法を、権利義務関係を規律する実体法として認識したこと、である。建築基準法においては建物を建てる自由（権）という権利が、地方議会議員については報酬請求権という債権

---

<sup>(3)</sup> 宇賀前掲書63-64頁

<sup>(4)</sup> 古典的な公法私法二元論は、公法上の権利を「公権」なる概念で捉えて、これには民事法の適用はないとしていた。その公権たるや、選挙権や基本的人権があげられたほか、議員の歳費請求権、報酬請求権などがこれに当たるとされていた。公権だから選挙権や基本的人権に融通性がないというのは論外だが、議員の歳費請求権や報酬請求権が債権であることは否定できない。それを選挙権や基本的人権と十把ひとからげにして公権と称し、これに民事法の適用を認めないという態度は、法解釈以前の問題である。

<sup>(5)</sup> 宇賀前掲書2頁

<sup>(6)</sup> 宇賀前掲書128頁

が問題となっているということ。ここには深刻な論理無関心が存在している<sup>(7)</sup>ように思われるが、以下においてそれぞれについて問題点を明らかにしよう。

## 2 わが国行政法学が行政法を実体法として理解する論理

さきほどの疑問、すなわち、行政法とは何かを論じる際に、一方で建築基準法や道路交通法が、他方で地方議会議員の報酬請求権が取り上げられるのかについて考えてみたい。一方は、「市民社会の秩序を維持するために私人の同意を要せず、命令、禁止等により、私人に一方的に義務を負わせたり、その権利を制限する」作用であり、他方は、地方議会議員と地方公共団体との債権債務関係であって、内容的には全く異質の法関係である。この二つの領域は、通説の論理の中でどのようにして行政法の問題になるのだろうか。自明のこととして説明されていないが、いずれも「行政」と「私人」<sup>(8)</sup>との間の法関係として同質の行政法関係として論じようというもののようである。しかしそんなことが法解釈論として論理的に可能であろうか。少し検討してみよう。

建築基準法を例にとろう。先の叙述を念頭に置けば、建築主が建築をした建物が法令に違反している場合、行政は「市民社会の秩序を維持するために私人の同意を要せず」建築主に対して建物の修繕あるいは除却を命じることができる。これによって、建築主は行政に対して建物の修繕ないしは除却の義務を負うことになる（同法9条1項）。ここに行政と私人の間に権利義務が形成されたと見るのである。他方、地方議会議員の場合は、選挙によって選出され、議員として地方公共団体と一種の雇用関係に入る。ここに地方公共団体＝行政と議員との間に法関係が形成される。

通説の思考形式によれば、いずれの場合も、行政と私人の間に法関係が形成され、当事者の一方が行政であることからこれらの法関係を行政法関係と見るものと思われる。<sup>(9)</sup>

周知のように通説は、「行政法」を「行政」に関する法であるとし、長い論争の末到達した「行政」とは、形式的意味における行政、「行政権」のことだとの理解<sup>(10)</sup>のもとに、行政権の作用をコントロールする法が「行政法」だとする。この定義の不思議は、それがいかなる法令をも前提せずになされていることである。少し考えてみよう。「行政法」という名称をもつ法律は存在していない。存在しているのは建築基準法であり、地方公務員法である。建築基準法に「行政」の語が登場する

<sup>(7)</sup> たとえば一方の権利は基本的人権であり、他方のそれが債権であるのに、何の論証もなく同列に論じること。また行政主体についても、前者が行政「機関」であり、後者が「法人」たる地方公共団体であるのに、ここでも無媒介に同列に論じられる。このような態度は伝統的行政法学に共通してみられるものである。

<sup>(8)</sup> 「私人」という概念も、とても不可思議な概念である。法律上の根拠について言及した学説を寡聞にして知らない。にもかかわらず、これほど行政法学において活躍する概念も珍しい。民法を出発点として考えるならば、それは「人」（含む、法人）でなければならない、と思うのだが。後に見るように、実体法としての行政法を構築するためには、公法私法二元論に依拠せざるを得ない通説にとっては「人」では困るのである。

<sup>(9)</sup> 「見るものと思われる」などとあいまいな言い方をしたが、このような説明をしている論述は皆無だから、私の推測に他ならない。

<sup>(10)</sup> 宇賀前掲書1頁

のは、同法の執行主体である「行政庁」に関する規定があるが、それは同法によって定義されている（同法2条35号）。地方公務員法には「行政」の語は登場しない。いったい何法を解釈するために、「行政」とは何かを問わねばならないのか、私にはまったく理解できない。

このような理解から何が生じるか。それは法解釈学に論理的混乱をもたらす。こういうことだ。建築基準法の場合も地方議会議員の場合も、その法的当事者はいわゆる行政権に帰属するとされる。建築基準法の場合には都道府県知事その他の行政機関であり、地方議会議員の場合は地方公共団体である。しかしよく考えれば、一方は行政機関であり他方は地方公共団体という法人である。通説によれば、これらはいずれも行政法関係だということになり、だからこそ前述のような議論がなされるのである。しかし、行政機関と私人の間に形成される法関係と法人である地方公共団体と私人の間に形成される法関係が、どのようにして同質の行政法関係として理解し得るのだろうか。

通説が行う論証手続きは次のとおりである。それは行政法関係を権利義務関係として捉え、その権利義務の帰属主体を「行政主体」<sup>(11)</sup>として理解する。そのことによって建築基準法の行政機関も、地方公共団体も行政主体に吸収され、いずれの法関係も行政主体と私人の間に形成される法関係となるわけである。この論証手続きの特徴は、特定の法律の条文を根拠とせずに行われていることである。いずれにせよ、通説が行政法を権利義務に関する法＝実体法として理解する必然性はここにある。つまり個別法に基づいて解釈する限り結び付けようがない領域を、見事に行政法関係として総括することができるというわけである。<sup>(12)</sup>

いずれにしてもこのような思考過程を経て、通説は行政法を権利義務に関する実体法だと認識していると思う。

### 3 行政法は権利義務に関する法か

通説の思考形式の問題点を考察してみよう。建築基準法に基づいて成立する法関係と地方議会議員と地方公共団体との間に成立する法関係を、法解釈の視点から分析すると次のようになる。

後者からみよう。この場合は、いったい何法の解釈をしているのかじつはよくわからないのだが、問題とされているのは、議員の報酬請求権が差押の対象となるかどうかである。差押の対象となることを免れる債権は、当該債権が生活の糧となっているものである。ここでは議員の報酬がそのような債権であるかどうか問われている。ところでこの債権はいかなる法関係のもとに発生するのか。報酬請求権が問題となっている以上、そこには債務者がいるはずであり、それはいうまでもな

<sup>(11)</sup> これも融通無碍な概念である。それは建築基準法においては、法人格を持たない行政機関として現れ、地方公務員の雇用者としては法人格を有する地方公共団体として現れる。

<sup>(12)</sup> 通説の頭の中では論理が逆かもしれない。行政法を実体法として構想するから、建築基準法に基づいて成立する法関係は権利義務関係でなければならず、権利義務関係であれば、その権利義務の帰属主体は行政主体でなければならない。

く地方公共団体である。両者の法関係は何によって成立するのか。特別職公務員である地方議会議員には地方公務員法の適用はない（同法4条）。議員が報酬請求権を取得するのは、選挙によって選出され、議員としての資格を取得したうえで、報酬条例に基づいてである。特別職とはいえ公務員である以上、当該地方公共団体との間に一種の雇用関係が成立しているとも考えられるが、ここでは、議員と地方公共団体との間に債権債務関係が成立していることは間違いなく、その限りで民法上の法関係と同質の法関係が成立しているといつてよい。だからこそこの債権に民事執行法の差押えが適用されるか否かが問題とされているのだ。いずれにせよここでは、報酬請求権が民事執行法の差押の対象となる債権か否かが問われているのみであって、行政法固有の解釈問題は存在しない。なぜこれが行政法学で議論されるのか理解しがたい。

では建築基準法の場合はどうか。問題となる命令は、建築基準法第9条に根拠を持つ。それによれば、「特定行政庁は、建築基準法令の規定又はこの法律の規定に基づく許可に付した条件に違反した建築物……については、当該建築物の建築主……に対して、当該工事の施工の停止を命じ、又は、相当の猶予期限をつけて、当該建築物の除却、移転、改築……を命ずることができる」。

さてここにはどのような法関係が成立しているだろうか。まずは建築主が建築物を建築している、あるいはし終わったという事実があるが、その前に、建築物を建てる許可（法律の用語は確認である。同法6条1項）を得ている。確認済証の交付を受けた後でなければ建築物の建築は許されない（同法6条14項）からである。そして建築物が法令に違反したという事実があると、これに対して特定行政庁は一定の命令を発することになる。

ここには三つの局面がる。第一は建築の許可（建築確認と確認済証の交付）。第二には建築工事の実施。第三は違法建築物に対する命令、である。第二の局面は事実すぎないからここに法的問題は存在しない。第一と第三の局面では、特定行政庁と建築主との間に法関係が形成されるように思われる。ここに通説のいうような法関係＝権利義務関係が発生するのであろうか。

まずは建築確認の局面。いうまでもなく建築主が確認申請をして、建築主事の確認を受ける（同法6条1項）。さていかなる法関係が成立するのか。建築基準法を解釈する限りでは、確認がなされ、確認済証が交付されたら、建築主が申請どおりの建築物を建築することができる、という状態（自由の回復）が発生し、それで終わりである。申請どおりの建築物がたてばそれよし、建築物がたてられなくても一向に構わない。ここにはいかなる権利義務も形成されない。もちろん建築確認の申請がなされながら、申請が放置されている場合、あるいは申請が法律の要件を充足しているにもかかわらずこれが却下された場合には、申請人は一定の行為（建築確認処分をすべきこと。あるいは却下処分を取り消すこと）を求める法的地位にある。これが考え得る法関係である。ここに権利義務が存在しないことは明らかだろう。

命令の場合はどうか。上述したように建てられた建築物が法令に違反していると判断されると、特定行政庁はこの建築物に対して、違反状態をなくすために必要な措置をとるよう命令を発するこ

とができる。この命令が発せられると、建築主にはたとえば除却義務が生じる。建築確認の場合と異なりここでは確かに義務が生じるのである。

なるほど行政庁が発する命令によって私人に義務が生じているように見える。これで行政法も実体法であると考えられることができるだろうか。義務が生じている以上これを実体法的関係でないといふことはできない。ただこの義務は、行為主体たる特定行政庁の意思によるものではなく、建築基準法が定めているものであって、民法法のそれとは法構造を異にする。<sup>(13)</sup>

建築基準法の場面ではいかなる法関係が形成されるか。その答えは明らかだろう。建築確認によって形成されるのは、法律によって禁止されていた建築の自由の回復である。ここには、民法法でいう権利（債権あるいは物権）は発生しない。建築物が法令に違反する場合に除却命令が発せられれば、確かに建築主に実体的な義務が発生する。しかしこの義務の履行を求める行為主体は特定行政庁である。いうまでもなく権力能力者ではない。義務の履行が自主的になされない場合には、債務名義を必要とせず法律（行政代執行法）に基づいて強制的実現がなされることになる。いずれにせよここには、民法法を対比できるような法関係は存在しないといわなければならない。

生活保護法ではどうか、といわれるかもしれない。この領域は、「市民社会の秩序を維持するために私人の同意を要せずに、命令、禁止等により、私人に一方的に義務を負わせたり、その権利を制限する権限が認められる」法関係とはいえないので、通説がこの領域を行政法だと論証するのは困難なように思う。給付行政法論が展開されているが、生活保護法が行政法であるとの論証はまともにはなされていない<sup>(14)</sup>がそのことはここでは問わないでおこう。生活保護法が行政法であることは間違いないから。<sup>(15)</sup>

生活保護法は、すべての国民に健康で文化的な最低限度の生活を保障すべく、条件を充足したものに生活保護を支給するものである。同法24条は国民から保護の開始の申請があったときは、保護の要否等を決定しなければならないと定める。申請者と行政庁との間の法関係に関する規定はこれだけである。保護の開始の決定がなされた場合、両者の間にいかなる法関係が形成されるか。生活保護法の解釈に関する限り、いかなる法関係も形成されない。生活保護の開始決定があれば、申請者は毎月一定額の生活保護の支給を受けることとなり、あたかも生活保護法によって債権を取得す

---

<sup>(13)</sup> その意味で、次のように論じるのは疑問である。「行政行為の一般的特色は、当事者間の合意によって効力が発生するのではなく、法令に基づく行政庁の一方的な行為によって法効果が発生する点にある。したがって、相手方の意思に反しても、一方的に相手方の権利を制限したり、相手方に義務を課したりすることができる」（宇賀前掲書304頁）と。この行政庁の行為は民法の法律行為とは次元の違うものである。行政庁は法人格を持たず、意思を表示する権限はないから。

<sup>(14)</sup> 宇賀前掲書3頁および109頁以下。

<sup>(15)</sup> 私の理解では、ここには行政目的があり、その目的を実現するための要件が定められ、これについての判断権が行政庁に付与されているのだから。

るかにみえるが、保護の実施機関の決定は、申請者に受給資格を認めただけであり、保護の実施機関は何らかの債務を負うわけではない。くり返して言うがこれは生活保護法の執行過程での議論である。かくしてこの領域でも、国民と行政との間に権利義務関係は生じることはない。

## 4 「行政法」とは何か

以上みてきたことから何がいえようか。それは、通説が「行政法」を極めて非論理的に定義しているということだ。地方議会議員の雇用関係についての議論は、いかなる法律に関する議論なのか、報酬請求権の非譲渡性ということであれば、それは民事執行法の解釈の問題であって、行政法で取り上げるべき問題ではない。多くのテキストで取り上げられている、租税滞納処分にして民法177条が適用されるかどうかに関する議論も同様の理由で行政法の問題でないことは明らかである。

これらの問題はかつて公法私法二元論の主要なテーマとして熱心に論じられてきた。なぜこれらの問題が公法私法二元論の中で論じられるのだろうか。この点も通説は掘り下げた説明をしないので、私の理解に基づいて検討しておこう。

前述したように国税徴収法も行政法である。私の理解によれば「行政法」とは、法律が行政機関に対して、当該法律が定める要件についての判断権を付与するものであり、国税徴収法もその要件を満たしている。そしてこの次元でいえば、行政法を定義するのに、公法私法二元論は全く必要がない。けだし法律の構造が異なるのだから。それにもかかわらずなぜ通説は公法私法二元論をもち出すのか、いや持ち出さざるを得ないのか。それは滞納処分の差押の対象となる土地の所有権の帰属に関する法関係まで行政法の視野に入れるからである。

もう少しわかりやすい例をとろう。あるテキストは次のように論じる。

国家が国民に対して有する租税債権と、私人が私人に対して有する貸金債権は、いずれも同じ金銭債権であるが、前者は国家が租税権力に基づいて強制的に賦課・徴収することのできる権利であり、後者は当事者の合意に基づいて発生する権利であって、自力救済の禁止を前提として裁判所を通じてのみ強制的な取立てが許されるにとどまる。<sup>(16)</sup>

租税法を執行するのは担当行政庁であり国家ではないなどという細かい議論は措いておくとしても、発生した租税債権に関する問題を含めて租税法の視野の中で考えれば、公法私法二元論は避けることはできない。たとえば租税債権の消滅時効が問題となるように。

我々は何を議論しているのだろうか。租税債権の性質について議論しているのか。発生した租税債権はもはや所得税法の関心の外にある。われわれは、租税法、たとえば所得税法が行政法なのかどうかを議論しようとしているはずである。所得税法が執行されれば、この法令は用済みである。発生した租税債権はそれとして所得税法の対象とはならない。もちろん任意的納税がおこなわれな

<sup>(16)</sup> 橋本博之＝櫻井恵子『行政法第3版』8頁

ければ、強制執行という問題が生じるが、それはもはや所得税法ではなく国税徴収法の守備範囲に属する問題である。

公法私法二元論は克服済みだ、とするのが最近の通説的理解といってよいと思う。しかし本当にそうだろうか。通説のように、行政法を実体法として、つまり行政法関係を権利義務関係として理解する限り、公法私法二元論は逃れようがないはずである。行政主体論、行政行為論、行政契約論はいずれも公法私法二元論を前提にした理論に他ならない。

## 5 通説の論理的禁じて

なぜ通説は、行政法＝実体法という図式から免れることができないのだろうか。その秘密は、行政法の基盤を形作る「権力性」を論証するための方法として必要だからである。皮肉なことに通説はその行政法理論をつくり上げるために公法私法二元論を必要とするのだ。公法私法二元論によってしか、行政法の権力性を論証できないからである。

次の叙述を手がかりに検討しよう。

行政行為は、私人間における典型的な行為形式である契約と対照をなす。契約は、対等な私人間の法律関係にかかわり、契約自由の原則が妥当するので、契約の内容は当事者が自由に決められるのが原則である。これに対し、行政行為は、行政主体と私人の法律関係にかかわり、行政庁が私人に対して公権力を行使する場面において、一方的行為としてなされる特別の行為形式である。<sup>(17)</sup> (傍点は引用者)

引用文中の「公権力」はどのようにして論証されるか。それは私人間の法律関係を規律する民法との対比によってである。行政行為の権力性の論証は少しばかり複雑である。まずはこの引用文のような方法で、行政行為は公権力が行使される場面で用いられる行為形式であることが言明される。この次元では、私人、つまり「公権力の担い手ではない」主体と対比することによって、行政主体が公権力の担い手であることが主張される。これで論証は終わりである。お分かりいただけるかと思うが、民法との対比をとおしてしか行政法の権力性は論証できないのである。そのためには行政法は民法と同次元の、すなわち権利義務関係の法体系でなければならない。通説が行政法を権利義務に関する法だと主張せざるを得ない所以である。したがって通説が、公法私法二元論を克服すれば、通説の行政法理論は崩壊せざるを得ない。

公法私法二元論の克服を主張する通説にとって、行政行為の公定力の論証はじつに困難な作業である。多くの論者の努力にもかかわらず、行政法の権力性の象徴たる行政行為の公定力は、ついにトートロジーを脱することができなかった。そしてようやく到達したのが、取消訴訟の排他的管轄論である。次のように論じられる。

…公定力については、取消訴訟を定める行政事件訴訟法の存在にその根拠を求めるといって、形式的な思考によって

---

<sup>(17)</sup> 橋本＝櫻井前掲書77頁

これを正当化するのが現在の通説的見解である。すなわち、立法者が取消訴訟という訴訟類型を特に設けている以上、処分に何らかの違法があるときにはもっぱらこの手続の利用を想定しているとみられることから、それ以外の訴訟類型で処分の有効性を争うことは原則としてできない、と考えるわけである。<sup>(18)</sup>

取消訴訟の排他的管轄論による説明は、それなりに説得力があり、現在のところこれに異論を唱える論者を私は寡聞にして知らない。じつにみごとな考え方だと思う。ただしここには論理的禁じ手が用いられていることを指摘せざるを得ない。それはこういうことである。そもそも行政行為は、通説の理解において間違いなく実体法上の概念として構成されている。実体法としての行政法の中心的概念である。その効力である公定力を論証するのに、手続法である行政事件訴訟法を用いることは論理的に許されないと思う。行政行為の公定力は実体法、例えば建築基準法の中で、あるいは国税徴収法の中で論証されなければならない。通説は、建築基準法を解釈する上で、建築確認や除却命令が行政行為であるとはどういう意味を持つのかを明らかにすべきである。違法であっても取り消されるまではこれに従わなければならない、というのはすでに建築基準法が執行された後の話である。除却命令は一方的になされるといってみても、それは法律が行政庁にそのような権限を与えているからであって、除却命令が行政行為だからではない。行政機関が建築基準法を執行する場面——それこそ建築基準法の解釈の場面だが——で、行政行為はどのような役割を果たすのか、私にはまったく理解できない。

## 6 おわりに

行政法は権利義務に関する法ではない、というのが本考察によって得られた結論である。このような考えに立てば、わが国行政法学が展開する行政法総論は無用の長物と化す。

行政法とは、行政手続法制をのぞけば、「行政機関」に法律が付与した権限行使に関する法である。建築基準法の構造は次のとおりである。まず目的規定がある。同法は国民の生命、健康および財産の安全の確保のため建築物の建築を規制する。そのため建築物の建築について基準を定め、この基準を充足した建築物のついでのみ建築を認めることにしている。建築主の申請がこの基準を満たしているかどうかの判定は、行政機関たる建築主事に委ねられている。これが行政法の基本的な構造である。生活保護法についても触れておこう。目的はいうまでもなく、すべての国民に健康で文化的な最低限度の生活を保障することである。そのために生活保護の給付基準を決め、この基準を満たした申請者に生活保護を支給する。基準を満たしているかどうかの判定は行政機関（同法19条）が行う。これらの法律群をどうして「行政法」なる名称で呼ぶのか。それは第一に法律が「行政機関」に判定権限を付与しているからであり、この判定をめぐる紛争を争う場合、行政争訟法制（行政不服審査法及び行政事件訴訟法）によるからである。

<sup>(18)</sup> 橋本＝櫻井前掲書90頁。なお参照、宇賀前掲書326

建築基準法を解釈するのに、公法私法二元論は不要である。この法律の執行に当たって、民法と同質の法関係（権利義務関係）は生じないからである。建築確認処分を行政行為だと認識する必要は全くない。同様にこの法律の執行に際して公定力など問題になりようがないことは明らかだろう。

行政契約は、どの行政法の解釈において問題となるのだろうか。私には想像すらできない。行政手法として契約を利用することを否定しているのではない。しかしそれは契約である以上、契約当事者は権利能力を持つ国または地方公共団体でなければならない、権利義務が生じる以上、特別の規定がない限り民法の適用があるのは当然である。

蛇足を加えておこう。行政法の執行後、紛争が生じたらどうするのか。ここでは行政争訟法制について論じるのが目的ではないので詳しくは触れないが、建築基準法に関していえば、94条以下において紛争解決手続に関する規定を置いている。96条では取消訴訟が言及されているが、そのような規定がなくとも、行政処分が、法律が付与した判断権の行使である以上、その違法性を問うのは抗告訴訟しかないはずである。建築基準法はそのことを明示的に明らかにしているが、他の行政法令も同様に解すべきであることはいうまでもない。

\*本稿は、「岡山行政法実務研究会」での講演原稿をもとにしたものである