

講演

【法学部講演会】 戦後行政法学の承継と超克

南 博 方*

はじめに
田中二郎先生のプロフィール
田中行政法の3主軸
行政の積極的定義
行政行為論
行政訴訟論
戦後行政法学の承継と超克

はじめに

只今は、盛大学院法学研究科長および高橋教授からご丁寧なご挨拶、ご紹介をいただき、ありがとうございます。また、このように大勢の学生さんにご聴講いただき、感激に堪えません。賞味期限はとくに過ぎ、消費期限すら切れようとする私（こればかりは、偽装できません）を、この伝統ある法学部講演会に講師としてお招きいただき、心から感謝申し上げます。

私は、1984年（昭和59年）一橋大学教授に就任し、1993年（平成5年）停年により退官するまで、9年間行政法講座を担当しました。在職期間は短期でしたが、有能な教授陣に接し、優秀な学生さんに恵まれ、私の生涯で最も充実した時期でした。

一橋大学の行政法講座は、田上穰治先生が開設され、二代目が市原昌三郎先生、三代目が私です。昔から「売家と唐様で書く三代目」といいます。これは、創業の苦勞を知らない三代目が、道楽・遊芸に耽り、家屋敷を売ってしまうが、さすが道楽・遊芸で鍛えただけに、「売家」の字だけは唐様の立派な書体で書いてあ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第7巻第2号2008年7月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学名誉教授・筑波大学名誉教授

るという意味です。私も、三代目でお家を潰してはならぬと思い、教育・研究に励みました。

田中二郎先生のプロフィール

私は、1950年（昭和25年）、（旧制）東京大学法学部法律学科に入学しました。当時の大学は、今と違い3年制で、私は、2年生と3年生の2年間、田中二郎ゼミに属していました。ご存じのとおり、東大は、官僚養成校でしたから、田中行政法ゼミは、最も人気のあるゼミでした。

田中先生は、1906年（明治39年）7月14日、兵庫県高砂市阿弥陀でお生まれになりました。高砂は穴子の産地です。先生は、「高砂の阿弥陀だなんて。やーだ」と娘が嫌がるのだよと苦笑しておられました。当時の高砂の辺りは、辺鄙でのどかなところでしたが、天皇機関説の美濃部達吉や古寺巡礼の和辻哲郎など多くの偉人を輩出しました。私は、田中先生のお母さまのご葬儀に参列しましたが、村の人々は、口々に「こんな鄙びたところにこそ、田中さんのような偉い人が生れたのだ」と自慢していました。

2006年7月、田中先生生誕百年記念会が盛大に催されました。私は、光栄にも、「田中先生の思い出」と題して話す機会が与えられました。その中で、公務員の争議権に係る全農林警職法事件（最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁）の審理で先生が辛酸を舐める苦労をされた話をしました。ちょうど最終合議が終わり、裁判官室にお戻りになった直後に先生にお会いしました。このときほど不機嫌で、陰しい、憔悴し切った先生のお顔を見たことはありませんでした。後年、先生は、「もう一度刑法を勉強し直してこいと言って、六法を机にほうり出した裁判官がいたのだからね」と苦笑されていました。

田中先生は、戦後行政法学の大成に努められるとともに、日本の行政制度に全く無知な占領軍との折衝に当たられました。その範囲は、行政組織、公務員制度、地方自治、租税制度、行政訴訟など行政法の殆どすべての分野に及んでいます。官僚には横柄で、傲慢不遜な占領軍も先生には敬意を表して、謙虚にその意見に耳を傾けたといえます。

田中行政法の3主軸

田中先生が樹立された行政法理論は、あたかも「法律」のように通用し、下級審はじめ最高裁判例に大きな影響を与えました。法学者は亡くなると、その著作物は価値が無くなるといいます。美濃部達吉先生の日本行政法も、我妻榮先生の民法講義もそうでした。

私は、一時期、国税不服審判所審判官の職にあり、審判官時代に新村出編「広辞苑」相続税事件の審理に当たりました。この事件は、著作権の帰属・著作権の評価に関わる税法上非常に興味ある事案ですが、広辞苑の場合、新村先生が亡くなって以後、売行きが急増しました。このような例外もありますが、法律書の場合は市場価値が急落するのが普通です。その中にあって、弘文堂から出版された田中先生のいわゆる「みどり本」は現在まで36刷に及んでいます。田中先生没(1982年・昭和57年)後、25年以上経過して、田中行政法が未だに広く読まれていることは、田中学説の永続性・不滅性を示すものといえるでしょう。

田中行政法を貫く主軸は、人によって異論もあるでしょうが、私は、①行政概念の定義、②行政行為論、③行政訴訟論の3つであると考えています。

第1の行政の定義については、ドイツのフォルストホフ(Forsthoff)と同じく、積極説を採用されました。すなわち、「近代国家における行政は、法の下に法の規制を受けながら、現実に国家目的の積極的実現をめざ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である」と定義されました(「行政法総論」22頁 有斐閣 1974年。以下「総論」という)。

第2の行政行為の定義については、最狭義説をとり、「具体的に、ある法律関係を規律するために、法に基き、行政庁が支配権または優越的な意思の発動としてなす行為」を意味し(「行政法講義案」128頁 有斐閣 1949年。以下「講義案」という)、このような行為についてのみ公定力その他の特殊な効力が認められると説かれました(「講義案」132頁以下)。「総論」では、やや異なった表現がとられていますが、基本的には、変わりはないと思います(「総論」262頁)。

第3の行政訴訟の中心をなす取消訴訟の訴訟物については、「行政庁の第1次的判断を媒介として生じた違法状態の排除」であると説かれました(「新版行政法上巻」293頁 弘文堂 2002年)。

このように、行政を積極的に定義し、この意味での行政の行為のうち公定力を有する行為のみ行政行為と呼び、行政行為によって生じた違法状態の排除を、行政訴訟の目的とされることにより、論旨一貫した行政法体系が築かれたのです。

行政の積極的定義

田中先生による行政の積極的定義のメルクマールは、国家目的の積極的実現と形成的国家活動の2点といえます。この意味で、田中先生は、行政の定義について、控除説（行政とは、立法と司法とを除いた残余の国家作用であるとする説）でなく、目的説に近い積極説をとられました。田中先生が控除説によらず、積極説に近い（国家・公益）目的説をとっておられたことは、私の学生時代教科書として使った1949年（昭和24年）出版の「行政法講義案」にすでに現れています（「講義案」14頁）。

ところで、先生の積極説に対しては、司法が立ち入ることができない行政固有の領域を作るものであるとの強い批判があります。しかし、それは司法権の範囲・限界に関わる問題であり、かつ、控除説によれば、立法と司法を除く残余の国家作用がすべて行政権に属することになり、行政権の無限の肥大化をもたらすことになりかねませんから、積極説に対する批判としては当を得ないといわなければなりません。

1955年（昭和30年）ころ、コロンビア大学ロースクールのW.ゲルホーン（W. Gellhorn）教授が東大客員教授として来日されました。ゲルホーン教授は、アイゼンハワー大統領顧問を務めるなど、世界的に著名な行政法学者です。早速、スタッフ・セミナーが設けられ、私も特別に参加が許されました。

当時の田中学説は、水戸黄門の印籠よろしく、これを示すだけで土下座平伏せざるを得ないほど権威がありました。セミナーの参加者は、ことごと、「田中教授の説によれば」とか、「行政法の権威・田中教授によれば」と言いました。ゲルホーン教授は、そのたびに不快感を示し、「田中先生は大元帥陛下（generalissimo）か」と私に耳打ちされました。余計な話ですが、軍人勅諭に「朕ハ汝等軍人ノ大元帥ナルソ」という言葉がありました。そこでは、大元帥は「タイゲンスイ」と読まなければならない、「ダイゲンスイ」と読むとぶん殴られたものでした。また、

アメリカでは、「オーソリティ（Authority）という言葉は、教授に対しては使わない。強制通用力を有する最高裁の判決か行政決定に対してしか使わない」とも言われました。私は、教授の説に同感するところが多く、その言動に憧れていましたので、「スモール・ゲルホーン」とあだ名されました。なお、一橋大学大学院出身で、現在、大活躍中の中国人民大学教授・楊建順博士は、中国では「小南」と呼ばれています。

ゲルホーン理論の特色は、行政も司法も、国民の権利領域に介入する規制作用であり、証拠に基づく事実認定、正確な法の解釈、法の包摂（当てはめ）を経て決定を行う行為であることからみれば、行政も司法も変わりはないとされたことです。権利領域への介入とその決定過程からみて、行政と司法の同質性を強調する考えは、田中理論にはないもので、私はゲルホーン理論に深い共感を覚えました。

日本では、一般に、アメリカでは、憲法に適正条項（Due Process Clause）があるので、行政は適正手続に従って行うことが要請されると解されています。しかし、アメリカやイギリスでは、条項の有無が問題ではなく、条項の背後にある自然法的原理として、権利介入行為には適正手続の法理が要請されます。このことを教えられたことも新鮮な驚きでした。

日本で行政手続法の制定が遅れた原因のひとつは、そもそも行政もまた司法と同じく権利介入と過程形成の作用であることの認識に欠けていたことでしょう。田中先生の行政の定義に権利介入過程の指標がなかったことは、多分に時代的背景によるものであったとしても、田中理論の限界を感じざるを得ません。ちなみに、日本では、手続と過程とはしばしば混同して用いられていますが、手続（procedure）とは、ある事柄を達成するために依るべき方式や仕方をいい、過程（process）とは、ある事柄を達成するために行われる一連の行動、作業、システムを指すもので、両者は異なる意味であることに留意してください。

行政行為論

行政の行為には、最広義から最狭義まで多種多様のものがありますが、上に述べたように、田中先生は、「行政法講義案」において、最狭義説をとり、「具体的

に、ある法律関係を規律するために、法に基き、行政庁が支配権または優越的な意思の発動としてなす行為」と定義されました（「講義案」128頁）。「行政法総論」においても、表現こそ異なれ、基本的には、行政行為を優越的な意思の発動として捉えられています。

田中先生の行政行為論の特色は、3つあります。第1に、行政行為を民事法律行為にアナロジーを求め、行政行為に意思の要素を導入し、意思表示を要素とする法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為とに大別されたこと（「総論」295頁）、第2に、行政行為に特有の効力として、公定力、すなわち、仮に行為が違法であっても、有効に関係人を拘束する力（田中説によれば、「行政行為が違法の行為であるに拘らず、職権ある機関による取消のあるまで、一応、適法の推定を受け、相手方はもちろん、第三者も国家機関も、その効力を否定することを得ない効力」）を有するとされたこと（「総論」321頁）、第3に、行政行為の無効概念を定立し、行政行為の瑕疵が重大で、その瑕疵が外観上明白である場合に、無効となり（重大明白説）、無効の行政行為には公定力は存在しないと説かれたことです（「総論」339頁）。

第1の行政行為を意思表示を要素とする行為とみる考えは、行政行為は国・公共団体の行為であり、国・公共団体の行為は行政機関の行為であり、行政機関の行為はつまるところ人の行為に帰するということから出発し、人の行為の中で法的に重要なものは意（意思・意欲）の発現作用ですから、民法の意思表示を要素とする法律行為概念にアナロジーを求め、法律行為的行政行為の概念を形成し、これを中核として行政行為論が展開されました。

夏目漱石の「草枕」の冒頭に、「智に働けば角が立つ。情に棹させば流される。意地を通せば窮屈だ。兎角に人の世は住みにくい」とあります。さすが、漱石は、哲学者だけあって、この簡潔な文章の中に、人の精神作用に知情意の3つの態様があることを見事に説いています。このように、民法では、行為は内心の意思の外部的表示として捉えられますから、意思と表示との一致の有無が法律行為の効力を左右し、意思の欠缺の場合は無効、意思に瑕疵がある場合は取消原因とされます。

しかしながら、行政行為は、ゲルホーン教授の言われるように、事実認定、法

の解釈適用を経て、結論に至るその形成過程からみれば、判決類似の法執行（法適用）行為であります。法執行行為であればこそ、民事法律行為には認められない公定力・確定力・執行力などの特殊の効力が認められ、かつ、行政行為により形成される法律関係（権力関係）には民法の意思表示の規定の適用が全面的に排除されるのです。その意味において、先生が、行政行為に意思の要素を導入されたことには疑問を感じざるを得ません。

第2の公定力理論、すなわち、行政行為の適法かつ有効な推定力は、もともと司法を拘束するための力ではなく、国と国民との関係において、国民がみだりに行政行為の効力を否認することを阻止するために構成された理論と思われまゝです。したがって、公定力は、国と国民との間の実体法上の効力であります。にもかかわらず、田中理論は、これを救済法の対象とし、救済法上の行政行為概念と同一視されたところに疑問があるといわなければなりません。

第3に、田中先生は、行政行為の無効論につき「外観上明白説」をとられました。「外観上」の意味が、一般人たる国民の目から見てというのであれば理解できませんが、法の専門的素養のある裁判官が、一般人と同様の立場において外観上明白という意味で使われていたとすれば、司法審査権を著しく制限するもので、賛同しがたいのです。私は、行政行為の（重大明白）無効には、行政行為の拘束力から国民を開放する基準としての無効と、司法審査の深度を画する基準としての無効とを区別すべきであると解しています。前者は、国・公共団体と国民との間における無効であり、後者は、司法と行政との関係（役割分担）における無効です。司法審査の深度を画する基準としての明白性は、一般人の目から見た外観上一見明白ではなく、裁判官としての法的視点からする客観的明白でなければならぬと解されます（客観的明白説）。

最判平成4年10月29日（民集46巻7号1174頁）は、伊方原発訴訟において、いわゆる「判断過程審査方式」をとり、「原子炉の安全性」を争点とする科学技術訴訟においては、裁判所の審査は、行政庁の「調査審議及び判断の過程に看過し難い、過誤、欠落」があるかどうかの審査に限られると判示しました。この判決が、重大説（重大な瑕疵があれば、その瑕疵が明白でなくても、無効となるという説）をとったものか、重大明白説（重大な瑕疵だけでは足りず、その瑕疵が

明白でなければならぬとする説)をとったかについては争いのあるところですが、私は、重大明白性の立場に立つものと考えています。なぜなら、ここにいう明白性の要件は、司法審査の深度を画する(すなわち、行政の専門技術的事実認定には過度に踏み込み得ないとする)限界を示す基準だからです。

行政訴訟論

田中先生の行政訴訟論の特色は、第1に、取消訴訟を行政訴訟の中心に据え、その対象を行政庁による行政行為とされたこと、第2に、行政訴訟の訴訟物を「行政庁の第1次的判断を媒介として生じた違法状態の排除」であるとされたこと、第3に、実体法上の行政行為概念を救済法にも導入されたことであります。

第1に、日本では、三権分立の三権といえば、立法、司法、行政の三権を指しますが、アメリカでは、立法、司法、執政の三権を指し、憲法には「行政」(Administration)という言葉はありません。アメリカでの「執政」(Executive)とは、高度の政策決定を行う連邦、州の執政部を意味し、このような執政部の長官の行為については、原則として司法審査の対象にならないとされてきました。

この執政と行政との違いが、占領軍には理解できなかったのでしょうか。英文日本国憲法は、行政権の訳としてExecutive powerの語を当てています。平野力三農林大臣の追放処分執行停止仮処分を認めた「平野事件」が発生したとき、占領軍は、およそ大臣処分に対しては裁判所に出訴できないようにすべきだと強硬に主張しました。田中先生は、日本では、高度の政策決定のみならず、些細な決定(例えば、バス停の移動など)まで大臣処分とされているので、大臣処分に対して行政訴訟が提起できないとすると、およそ行政訴訟を否定するに等しいと反論されました。1948年(昭和23年)の行政事件訴訟特例法において、大臣処分に対しても行政訴訟が認められ、今日の行政事件訴訟法に至っているのは、先生の功績にほかなりません。

第2に、行政訴訟の訴訟物について、通説は、取消訴訟の訴訟物は行政行為の公定力の排除、すなわち、違法ではあるが有効な拘束力から関係人を解放することにあると解してきました(公定力排除説)。これに対し、田中先生は、訴訟物は行政庁の第1次判断を媒介として生じた違法状態の排除にあるとの見解をとら

れました（違法状態排除説）。この見解は、まからずや洋品店に対する課税事件である、いわゆる「まからずや事件」（最判昭和42年9月19日民集21巻7号1828頁）を機縁として構成されたものです（田中二郎「行政法理論における『通説』—抗告訴訟の本質を中心として—」公法研究30号198頁）。

人間としての先生は、カリスマ性は全くなく、カキ氷がお好きな気さくな方で、親戚同然に親しくしていただきました。しかし、法律論を交わしたことは、公的な場を除いては記憶にありません。ただ一度だけ、この「まからずや事件」判決について、私の意見を聞かれました。「まからずや事件」はやや特異な事件なので、問題を一般化してその問題点をお話することにします。

納税者の申告に誤りがあった場合、課税庁は、更正を行います。第1次更正（当初更正）を不服として取消訴訟が提起され、その審理中、隠し所得が見つかり、第2次更正（再更正）がなされた場合、第2次更正に対しても取消訴訟を提起する必要があるでしょうか。それとも、第2次更正に対する取消訴訟を提起するまでもなく、第1次更正に対する訴訟の中に自動的に第2次更正に対する不服が含まれることになるでしょうか。含まれないとすれば、第1次更正に対する訴訟は第2次更正によって訴訟の対象を失い、却下されることになります。

最高裁第3小法廷は、第2次更正によって、第1次更正は消滅したとして、訴えを却下しました。これに対し、田中反対意見は、租税訴訟は、申告額を上回る課税処分により生じた違法状態の排除を目的とする訴訟であるから、第2次更正は当然自動的に第1次更正の取消訴訟に含まれると解されました。これが、自動投入説・自動落込み説といわれるものです。もっとも、横田正俊裁判長は、田中説に理解を示し、「今回は、従来考えに従って判決することにし、学界その他の反響を見ることにしよう」と言われたそうです。

この「まからずや事件」が、取消訴訟の訴訟物に関し、田中先生が違法状態排除説をとられる契機となりました。田中理論は、訴訟物の観点から構成されたものですが、私は、実体法的観点から、更正と再更正との関係について、いわゆる「逆吸収説」を唱えました。

裁判例は、従来から、再更正によって、当初更正は消失し、当初更正は再更正に吸収されるという「吸収説」の立場をとっています。「まからずや事件」最高

裁判決も「吸収説」の立場に立っています。これは、根っ子となる当初更正をも訴訟の対象とすることによって、一体的審理を確保するためです。これに対し、国税庁は、再更正は当初更正に増差税額を上積みするもので、再更正によって当初更正が消滅するわけではないとする「段階説」をとっています。当初更正が再更正によって消滅するとすれば、当初更正によって差し押さえた税額まで消滅してしまうからです。

そこで、私は、再更正をしても、当初更正により確保した税額が消滅することはなく、しかも、当初更正に対して訴えが提起されている場合には、再更正に対する訴えを提起するまでもなく、再更正に対する不服は当初更正に対する訴訟に含まれるとする理論構成を考えました。

更正は、いわば税額を入れる1個のエラスティックな器です。更正の器は、増額の場合は拡大し、減額の場合は縮小します。しばしば、「当初」、「再」、「再々」、「第1次」、「第2次」更正と称されますが、それは更正の時間的順序を示すにとどまり、更正に複数あるべきでなく、常に単一でなければなりません。裁判例は、吸収説をとっていますが、発想を逆転して再更正が当初更正に吸収併合されるという考えはとれないものだろうか。そう考えれば、当初更正によって押さえた税額は消失せず、かつ、田中説を実体的にも補強することになるのではないだろうか。これが、私の「逆吸収説」でした（南「更正処分の性質」続判例展望90頁1973年、同「租税争訟の理論と実際」所収117頁 弘文堂 1975年）。

私は、田中訴訟物理論が妥当と考えていますが、ただこの理論を進めると、必ずしも公定力を有しない行為であっても、およそ違法状態を形成する公権的行為であれば、取消訴訟の対象としてよいことになります。違法状態は、公定力を有する行政行為でなくても形成可能だからです。

最近の最高裁判例は、未だ公定力が生じていない段階でも、相当程度の確実さをもって公定力ある後続行為がなされ得る状態にある場合、行政計画（第2種市街地再開発事業計画につき、最判平成4年11月26日民集46巻8号2658頁）や行政指導（医療法に基づく病院開設の中止勧告につき、最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁、病床数削減勧告につき、最判平成17年10月25日判時1920号32頁）につき処分性を認め、取消訴訟の対象となると判示しています。最近

の新聞報道（2007年12月5日読売夕刊）によれば、浜松市土地区画整理事業計画の処分性の有無を争点とする行政訴訟が、大法廷に回付されることになり、土地区画整理事業計画は青写真に過ぎないなどとして処分性を否定してきた、いわゆる「青写真判決」（最大判昭和41年2月23日民集20巻2号271頁）が見直される可能性が出てきました。

救済法の観点からすれば、司法審査の対象となる行為は、適法な行為ではなく、違法な行為（ないし違法と主張される行為）であります。したがって、取消訴訟の対象となる行為は、直接の法的効果（公定力）を生ずる適法な行為ではなくても、違法判断が可能な公権的行為であればよく、あとは訴えの利益の有無の問題として論ずれば足りるのではないのでしょうか。その意味において、田中訴訟物理論および公定力なき行為にも処分性を認めた最高裁判例に同調するものであります。鳩山秀夫博士は、自説が大審院によって採用されたとき、「余ノ欣快トストコロナリ」と言われたそうですが、最高裁が公定力なき行為に処分性を認め、取消訴訟の対象としたことは、「余の欣快とするところ」であります。

公定力なき行為も取消訴訟の対象たる処分にあたることとすれば、必然的に、実体法上の行政行為と救済法上の行政行為との同一性が失われることとなります。最近の判例・学説の傾向は、行政行為概念を拡張し、これを救済法（特に取消訴訟）の対象とすることにより、行政実体法と行政救済法との乖離の現象が見受けられます。しかし、救済法の拡張が、出訴期間、執行停止制その他厳しい制限のある抗告訴訟（特に取消訴訟）の対象の拡張のみにとどまるならば、そのような制限のない公法上の当事者訴訟（行訴4条）の活用余地がそれだけ狭まることとなります。すなわち、せっかくその活用を意図したにもかかわらず、取消訴訟と本来並列的であるべき当事者訴訟が取消訴訟の補充訴訟化することとなるおそれがあります。今後の最高裁判例が実体法上の行政行為と救済法上の行政行為との乖離の方向に向かうか、公法上の当事者訴訟の制限に向かうか、その動向が注目されます。

さらに注目されるのは、科学技術訴訟における司法と行政との関係であります。周知のように、最高裁は、伊方原発訴訟（最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）において、原子炉の「安全性」のような科学的・専門技術的知見を

要する事項についての裁判所の審査は、行政庁の「調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落」があるかどうかの審査に限られるとして、いわゆる「判断過程審査方式」をとりました。ここに「看過し難い過誤、欠落」の意味については、「看過の主体」と「瑕疵の程度」の2点から考察する必要があります。看過の主体は、一般人でも、専門技術者でもなく、法的素養を具えた裁判官です。法的素養を有する裁判官の目からみてという意味ですから、この意味において、「明白性」の要件が要請されています。また、「看過し難い」とは、見逃しえない、許し難いという意味ですから、看過し難い「瑕疵の程度」は軽微な瑕疵ではなく、重大な瑕疵と解さざるを得ません。すなわち、「看過し難い過誤、欠落」とは、重大明白無効の瑕疵を指すものと解されます。

最高裁は、科学技術訴訟においては、行政の判断過程に「看過し難い過誤、欠落」がない限りは、介入できないという境界線を設けることによって、司法の行政に対する過度の介入を防ぎ、司法と行政との役割分担を図る意図に出たものと思われます。なお、本件伊方原発訴訟は、取消訴訟の形式で提起されているので、「看過し難い過誤、欠落」を取消原因と解する人もあるようですが、私のように重大明白無効の意味に解するならば、現在の科学水準に照らし、「看過し難い過誤、欠落」がある場合には、無効要件としての「明白性」の可否を論ずるまでもなく、出訴期間経過後でも訴えを提起することが可能ということになります。

戦後行政法学の承継と超克

大学在学中、五月祭に芦田均元首相が来学され、講演されました。そのとき、「自分の在学中、『止めて止まらぬものは』という試験問題を出した教授がいた。学生は、ヘラクレイトスの『万物流転』（パンタ・レイ）や鴨長明の方丈記の1節『行く河の流れは絶えずして、しかももとの水にあらず』を思い浮かべ、苦心して答案を書いていた。ある学生が答案を提出したところ、教授は、これを即座に紹介し、百点満点だと絶賛された」と話されました。百点満点の答案は「止めて止まらぬ九段の電車、乞食、株式、恋の道」でした。当時の九段坂は、今より遥かに急な坂で市電がブレーキをかけても停まらなかったといひます。この都々逸調の答案は、頭韻がすべてK音で綴られていて、秀逸です。

止めて止まらぬものは、行政法とても例外ではありません。戦後一世を風靡した田中行政法学も、時代の進展に伴い、現代の思潮に適応しなくなっている部分がないではありません。

今日の有力学説は、行政行為を市場介入行為として捉え、その着手から終結に至る過程を重視する行政過程論が勢いを増しつつあります。そのような観点から、行政行為の基礎原理や、行政行為の瑕疵論、裁量論、情報公開論、市民参画論、司法審査のあり方などについて再構築を試み、体系化する動きが活発化しています。このような動きは、大まかに言えば、法ドグマティクから法プラグマティズムへ、行為法重視から救済法重視へ、実体法から過程法へ、ドイツ法からアメリカ法への変化の現象として捉えることができるでしょう。

しかし、新しい理論も、その源流はいずれも田中理論に由来し、現象の背後にある行政の実態や行政判例はそれほど変わっていない感じがしないではありません。田中理論において評価すべきところは評価し、これを承継しつつ、それを超克するための理論の確立が、今後の行政法学に課された大きな課題であるといえるでしょう。

戦後行政法学は田中理論を抜きにしては語れないので、田中理論に焦点を当ててお話しました。何分大きなテーマなので、勢い雑駁な内容になり、申し訳ありません。

最後に、皆さんのご健闘と本学の更なる発展を祈念し、講演を終わることにします。ご清聴ありがとうございました。