

美濃部達吉に先行する行政処分論

石 崎 誠 也

本稿で引用した原文の多くは片仮名書きであるが、今日にあってはそのまま引用すると読みづらさを感じるので、引用に当たっては、片仮名は平仮名にし、漢字も新字体に変えた（送り仮名も適宜加除している）。また、拗音・促音は「っ」等の小文字とし、濁点・半濁点も付すことにした。さらに、明らかに一文が終わる場合は句点（。）を付している（但し、読点は原文のままにした）。このような引用は《》で囲んでいる。それに対し、原文をそのまま引用する場合は「」で囲むこととし、その場合は漢字も旧字体を使用することとした。

一、はじめに

①筆者は「美濃部達吉の抗告訴訟論」と題する拙い一文を発表したが¹、それについて筆者の参加する研究会（現代公法判例研究会＝現公判）で報告した際に、美濃部達吉が「抗告訴訟」という概念を重視した理由（換言すれば、戦前において美濃部達吉・田中二郎以外の行政法学説が「抗告訴訟」概念を採用しなかった理由）に関わって、美濃部達吉の行政処分論とオッ

1 石崎誠也「美濃部達吉の抗告訴訟論」齋藤誠・大出良知・菱田徳太郎・今村与一編『日本の司法 ― 現在と未来 江藤价泰先生追悼論集』日本評論社（2018年）499頁。

トー・マイヤーの行政行為の司法判決的構成との関連性を検討することの必要なのではないかという指摘を受けた。

②この問題は軽々に解答できるものではないが、抗告訴訟の性質を考察するためには避けられない課題であるので、美濃部達吉の行政処分論を再検討することとしたが、本稿はその準備作業の一つとして、美濃部達吉以前において、我が国で「行政処分」がどのように概念規定され、どのようにその法的性質が検討されてきたかを概観することとした。その理由は次の通りである。

第一に、筆者は先に挙げた拙稿525頁の注（40）で「明治11年に元老院に附議された『行政処分願訴規則案』は（……）その冒頭に『従前行政処分ニ対シ不服ノ者ハ裁判所ニ訴ヘ出ルノ成規』と記されているので、行政処分が行政裁判の対象であったことは確かであるが」と記していたが²、この時期に行政処分がどのような概念で語られていたかを検証することなく上記の結論を得ていたので、それを吟味する必要があることである。

第二に、美濃部達吉の行政処分論を考察するにあたって、美濃部達吉以前の行政処分論がどのようなものであったを知っておくことは当然に必要であるが、筆者は特に次のことに関心を持った。美濃部達吉が「公定力」概念を使った文献として明治42年（1909年）に公刊された『日本行政法』が引用されることがあるが³、明治36年（1903年）12月に発行された法政大学講義録26号所収の美濃部達吉「行政法総論」で既に「公定力」とい

2 下線を付した「が」は、拙稿において脱字であったので補わせていただきたい。

3 兼子仁『行政行為の公定力の理論（第三版）』東京大学出版会（1975年）17頁は「本書のうちに「公定力」の語が見え、これが「公定力」概念の嚆矢となったのであった」と述べている。宮崎良夫『行政争訟と行政法学』弘文堂（平成3年）209頁には「明治四二年に刊行された『日本行政法 第一巻』で初めて公定力の語を用い」と記されている。

う用語が使われている⁴。明治36年は、美濃部達吉がドイツ留学から帰国した翌年であり、彼の『オットー・マイヤー 独逸行政法』が公刊された年である。美濃部達吉がドイツ行政法学にない「公定力」という法概念をどのように着想していったかは筆者には知る由もないが、彼に先行する我が国の行政処分論において、その手がかりとなる議論があったのかどうかを調べてみたいと思った次第である（そのため、明治期の行政処分論を見るにあたって、いわゆる公定力に相当する部分をどのように論じているかにも注目した）。

③なお、本書では「行政行為」ではなく「行政処分」という用語を基本的に採用した。その理由は、当時において「行政行為」という用語が用いられる場合は行政処分のみならず行政契約あるいは場合によっては法規命令

4 『法政大學講義録第26号』法政大學（明治36年12月18日発行）の美濃部達吉「行政法総論」の36頁一行目（法政大学学術機関リポジトリ「法政大學講義録」<http://hdl.handle.net/10114/5663>）。「公定力」を含む文は次の通り。《此の如き區別（筆者注—無効処分と取消しうる処分との區別であるが、美濃部は無権限と権限超過とも言いうるとしている）を生ずる所以は官庁の処分は其れ自身に於て其の処分の完全に適法なることを証明するの力を有す。之を審査すべき職権ある官庁に於いて之を権限超過なりと認め之を取消すまでは其の処分は其れ自身の力に依りて効力を保有するものなるに因る。官庁が自ら自己の権限内なりと認めて為したる処分に対しては臣民は自ら之を審査し其の服従を拒むべき権利を有するものに非ず。然れども処分が此公定力を有するが為めには其の処分が尚お官庁の一般の権限内に在るものなることを要す。絶対に権限なき事務に付ての処分又は他の管轄区域に対する処分なるに於いては最早其の処分は官庁の処分と看做すことを得ず。一私人の行為と異なる所なきなり。》この本はいわゆる講述本であって、美濃部達吉本人が著したかは不明であるが、「公定力」という新奇な語を筆耕者が考えたとも想像しがたいので、筆者は美濃部本人が語った（あるいは書いた）ものと推測する。

なお、同講義録は民法等他の講義録も収録されており、頁番号も各講義ごとに別々に付されている一方で、美濃部達吉「行政法総論」の頁番号は、同講義を掲載した前後の講義録で通し番号になっている。

制定行為を含むものが大半で（これを本稿では「広義の行政行為」という）、今日いうところの「行政行為」に相当するものとしては「処分」又は「行政処分」という用語が用いられることが多いからである⁵。そのため原書を紹介するにあたって「行政処分」又は「処分」と表現した方が混乱が少ないと考えた。

二、明治初期の行政実務等における「処分」について

1、明治10年頃まで

（1）司法制度の変遷とそこでの「処分」の使用例

①後述するように、明治10年に法制局で「行政処分願訴規則」案が起草され、元老院に附議された。そこには「従前行政処分ニ対シ不服ノ者ハ裁判所ニ訴ヘ出ルノ成規」と書かれており、そのとき既に「行政処分」が何らかの共通理解のもとに使用されていたことが推測される。しかしながら、明治10年までの文献で「行政処分」の概念を語っているものを見出すことはできなかった。そこで、この時期に「行政処分」がどのような意味で用いられているかを、行政上の「処分」が使われている文献・史料で

5 例えば、井上密『行政法講義』和仏法律学校（明治27年）9頁は「行政行為ノ形式」として、行政令の発布、契約、処分の三大別をあげており（発行者及び発行年は国会図書館目録によるが、本書末尾に「和仏法律学校第二期講義録」と付箋が貼られている。なお本書は井上密の講義の学生による口述筆記である旨が1頁に記載されている）、織田萬『日本行政法論』六石書房（明治28年）41頁以下は、行政行為の形式的分類として、行政命令、契約、行政処分に分けている。なお、穂積八東『行政法大意』発行者：八尾新助（明治29年）は行政行為を行政規則、行政処分、監督及び訓令の三つに分けている（4頁以下）。いずれにせよ、この時期は行政処分を広義で捉えることが通例で、今日の狭義の行政行為（行政処分）に相当するものには「処分」又は「行政処分」の語が使われている。

見ることにした⁶。

②明治4年（1971年）7月（旧暦）の廃藩置県に引き続き、同年11月27日（旧暦）付けて県治条例（太政官第623）が公布された⁷。同条例では数カ所に「処分」という用語が用いられているが、県治職制には、令・権令について《県内の人民を教督保護し、条例布告を遵奉施行し、……非常の事あれば鎮台分営へ稟議し便宜処分するを掌る》と記し（コマ番号247）、また同条例中の県治事務章程に「管下總掌スル事務各款内主務ノ各省へ稟議シテ処分スヘキアリ……専任施行シヘキノ條アリ……」として、事務を上款と下款に分けて列挙している。そのうち、上款は31箇条あげ、末尾に「以上各款令参事コレヲ判決シ処分ノ法案ヲ作り主務ノ省ニ稟議シ許可ノ後施行スヘシ尤款内成規アル條ハ此限ニアラサル事」と記している⁸。下款

6 いうまでもなく「処分」という用語は我が国でも古代より使用されてきたが（日本大辞典刊行会『日本国語大辞典 第11巻』小学館（昭和49年）16頁には大宝元年五月の「太政官処分」の用例が書かれている）、慶応4年（1868年）に公刊された津田真一郎『泰西国法論』第8編（宰相の任責）の第4章でも、「其自己の處分及び政府の處分」という表現が見られる（明治文化研究会編『明治文化全集 第九巻 法律編』日本評論社（1992年復刻版）102頁）。しかし、原語は分からなかった。

7 内閣官報局『明治四年 法令全書』（明治20年）420頁以下。国会図書館のデジタル版を参照したが（コマ番号247以下）、小早川光郎編集代表『史料 日本の地方自治 1』学陽書房（1999年）60頁にも掲載されている。県治条例は「縣治職制」「縣治事務章程」「縣治官員並常備金規則」「窮民一時救助規則」からなる。

8 例えば、「第一條 部内郡村ノ制置經界ヲ釐正（りせい）スル事……第三條 一切租税ノ章程ヲ増減シ或ハコレヲ變更スル事……第五條 凶年饑歲除租減税ヲ定ムル事……第九條 社寺ヲ廃立シ或ハ其例規ヲ變更スル事……第十二條 堤防橋梁ヲ修築シ或ハ官舎ヲ營繕スル事……第二十一條 洋行之願ヲ許ス事……第二十四條 諸鑛礦ノ願ヲ許ス事……第三十一條 奏任以上ノ官員黜陟ノ事」がある。この中には、所謂立法行為または事実行為と思われるものもあるが、今日の行政処分に相当する個別具体的権力作用としての行為もある（コマ番号248）。

は16箇条あり、末尾に「以上各款令参事専任處置スルヲ得ヘシ……」と記されているが「処分」とは表現されていない⁹。

④明治4年に司法省が設置され、明治5年に制定された司法職務定制により司法省裁判所とそのもとに府県裁判所及び区裁判所が設置された¹⁰。そして翌明治5年（1872年）11月28日付け司法省第46号達により、地方官吏及び区長の違法な規則制定及び処置に対して地方裁判所又は司法裁判所に訴訟ができるとした（本達のいう「地方裁判所」は府県裁判所を指すと思われる）¹¹。その内容は、簡潔には次のとおりである。次の5項目については地方裁判所又は司法省裁判所に訴訟できる。（1）地方官吏及び戸長等が太政官布告・諸省布達に反して規則を立て、所置を為すとき。（2）地方及び戸長等が人民願伺届を壅閉するとき。（3）人民の移動・往來を地方官

9 下款の例として「第一條 戸籍編成ノ方法ニ依リ戸口ヲ總計スル事」「第三條 諸定額内出納ノ事」「第八條 犯罪モノヲ逮捕スルコト」「第十二條 水陸運輸ノタメ新ニ舟船車馬ノ願ヲ指令スル事」などがある（コマ番号249）。

10 染野義信「司法制度」鵜飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明『講座 日本近代法発達史 第二巻』勁草書房（1958年）99頁以下（111頁）。なお、司法職務定制4条で規定された裁判所には、本文記載の他に司法省臨時裁判所と出張裁判所がある（国立公文書館デジタルアーカイブ版を参照した）。

11 第46号達については木野主計「行政裁判所成立前史の研究」大倉山論集10号（昭和47年）121頁以下（特に128頁以下）、和田英夫「行政裁判」鵜飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明『講座 日本近代法発達史 3』勁草書房（1958年）85頁以下（特に102頁）、三阪佳弘「明治前期における行政事件取扱制度の一考察—明治10（1877）年起草行政処分願訴規則案を題材に」阪大法学139号（1986年）167頁以下。同達の全文は、国立公文書館デジタルアーカイブ版を参照したが、木野・前掲129頁以下にも掲載されている。同達の背景・意義について、和田・前掲105頁及び三阪・前掲102頁参照。三阪・前掲は「当時の裁判所が、司法省と未分離であり、同省の強い統制下に置かれているという限界はあるが、同達は、訴訟を認めることによって、「人民」が国家と対等な権利主体として、国家に対して権利主張を行いうる途を開いたという意味で、画期的なものであった」と記している（168頁）。

が抑制する等人民の権利を妨げるとき。(4) 太政官布告・諸省布達を地方官が隣県の地方掲示より10日を過ぎてても布達しないとき。(5) 地方官が誤解等によって、太政官布告・諸省布達につきその趣旨に悖る説得書等を頒布したとき。さらに、人民が地方裁判所又は地方官の裁判に不服があるときは司法裁判所に訴訟できる。同達は「地方官吏」という用語と「地方官」という用語の両方が用いられているが、府知事・県令がこれに含まれる。

なお、木野主計は、本布達を「地方官違法処分出訴規定」と慎重に〔 〕をつけて表現し¹²、三阪佳彦は「この布達は、「人民」に対して、初めて「地方官・区長」の違法な処分について、裁判所に訴えることを許したものである」と記しているが¹³、本布達原文には「処分」という用語は使用されていない。国立公文書館のデジタル版でのタイトルは「第四十六号地方官公布ニ悖リ人民願等壅閉ノ時訴訟不苦ノ条」とされている¹⁴。

⑤翌明治6年（1873年）10月の政変を経て、明治7年（1874年）9月2日、「人民ヨリ院省使府県ニ対スル訴訟仮規則」が布達される（司法省24号達）。これにより、院省使府県に対する訴訟は、「一般公同ニアラサル人民一個ノ訴訟」（第1条）と「人民一個ノ事ニアラサル一般公同ノ為ニ起ル訴訟ニテ行政裁判ニ帰スル者」（4条）とに分けられ、前者は「司法官ニ

12 木野・前掲（注11）129頁。

13 三阪・前掲（注11）172頁。

14 同達に引き続き、翌明治6年（1873年）2月に明治6年2月5日司法省23号布達、同年12月15日司法省布達等が出されている。前者は出訴の經由手続の改正であり、後者は司法省裁判所の裁判に不服ある者の司法省臨時裁判所への上訴の道を開くものである（和田・前掲（注11）102-103頁）。なお、木野・前掲（注11）141頁は、明治6年初期に当時正院法制局二等法制官であった井上毅起草による「行政司法権限爭議」なる法案が作成されていたとして、その全文を掲載している。その第1条に「行政裁判ノ事件ヲ以テ誤テ司法裁判所ニ訟フル者アリ……」としているが、この文書に「処分」という用語は用いられていない。

於テ受理スヘシ」とされ、後者は「先以テ之ヲ具上申稟シテ正院ノ指図ヲ乞フヘシ」とされた。これによって、従前、地方官・戸長に対してしかできなかった訴訟が太政官を除く中央行政庁（院省使）に対しても可能となったが¹⁵、むしろ重要なことは、行政官庁の措置を二つに分け、「一般公同ノ為ニ起ル訴訟」を「行政裁判」として正院の強いコントロール下に置いたことである¹⁶。また行政官府を相手とする訴訟を「人民一個ノ訴訟」と「一般公同ノ為ニスル訴訟」に分けたことにつき、木野主計は「司法裁判所とは別に、特立の行政裁判所を必要とする要素が認められる」と表し、三阪佳弘は、この背景について「明治六（一八七三）年十月の政変により、いわゆる大久保政権が成立して以降……内務省を中心とする内政機構が整備されることとなった。こうして、明治五年段階において、第四六号達が有していた既述の意義（筆者注：廃藩置県後において中央の統制力を裁判所を通じて貫徹させること）は、政府にとって、かえって桎梏となった」と記している¹⁷。

⑥翌明治8年（1875年）に大審院及び上等裁判所が設置される¹⁸。また、明治8年5月29日司法省甲第5号布達により、一条事件・四条事件ともに上等裁判所（司法裁判所）で受理することとなり（『明治8年 法令全書』1746頁）、その結果、正院の指図を受けなければならないとの規定との不整合が生じ、明治9年（1876年）司法省五号達が発され、人民による院省

15 木野・前掲（注11）135頁。三阪・前掲（注11）179頁の注（15）は、司法省24号達では「人民ヨリ官府ニ対スル訴訟」と表されたものが、司法省第25号達で「官府」が「院省使府県」に修正されたことを指摘している。

16 伊藤博文『憲法義解』が、この司法省達で「行政裁判」という概念が採用されたことを援用していることはよく知られている（岩波文庫（2019年版）119頁）。

17 木野・前掲（注11）135頁、三阪・前掲（注11）172-173頁。なお、和田・前掲（注11）105頁も参照。

18 上等裁判所は明治14年に（治罪法施行のため）控訴裁判所となり、1881年（明治14年）の裁判所構成法で控訴院に改称された。

使府県を被告とする訴訟は司法省に伺出の上、上等裁判所が受理することとされ（『明治9年 法令全書』1416頁）、さらに、司法省が四条事件と判断したものは、正院に伺出を出し、正院の指示に従うこととした。さらに同日付司法省甲六号布達で明治5年司法省46号達の取消されることとなる¹⁹。

しかし、実際の問題として、いわゆる行政処分が司法裁判所で争えたかとなるといささか疑問のところがある。三阪が指摘するように、『行政決裁録四、明治10年自三月至五月』所収「司法省伺和田海王外一人ヨリ長野県庁ニ対スルノ訴訟」受理に関する法制局議案（明治10年3月3日）で「純然タル行政処分」の用語が用いられており、これは四条の適用を受けず、「上部ノ行政官ニ具状シテ其処分ノ改正ヲ嘆願セシムル」だけとするのが法制局の意見である²⁰。その結果、「純然タル行政処分」については、司法裁判所への道が殆ど閉ざされたのではないかと推測するが、この「純然タル行政処分」が何を意味するかを示した文献は見つけられなかった。

⑦そのような経緯の後、明治10年（1877年）に、「行政処分願訴規則」案が出される²¹。その冒頭は「布告按」として「従前行政処分ニ對シ不服ノ者ハ裁判所ニ訴エ出ルノ成規ニ候處自今左ノ規則ニ據リ主務ノ官廳ニ願訴スルヲ得ベシ此旨布告候事」と記され、以下の内容は概ね次の通りである。

第1条は行政処分に不服の者は処分を受けた日の翌日から6ヶ月以内に

19 この点は三阪・前掲（注11）179頁の注17による。行政裁判とされた例として、共有山林割渡事件に関する高知県庁の審案に対する訴訟（行政決裁録3（明治10年）コマ番号300）、酒造税額に関する訴訟（同315）がある。なお、明治9年に府県裁判所が地方裁判所へ名称を変更している。

20 三阪・前掲（注11）186頁及び190頁注10。

21 この規則案は明治11年2月7日に93号議案として元老院に附議されたが、この案の作成時期については三阪・前掲（注11）に依った。三阪・前掲（注11）190頁注（5）は、明治10年2月15日から翌11年2月17日の元老院による朗読までの期間であると推定し、また前掲（注11）192頁には、明治10年12月14日に元老院の検視に付されたとある。

処分官庁に対してその改正を願請すべきこと、第2条で願請を受けた官庁は3ヶ月以内に願請採用の可否を決定すべきこと、第3条から第6条までは現行法の再審査請求に相当する規定、第7条が執行不停止原則、第8条が代理人に関する規定、第9条は願訴状に関する規定、第10条が願訴人または関係官庁の弁白若しくは書面陳述に関する規定、第11条が願訴費用に関する規定で、全11箇条である。

これは法制局で起草されたもので（当時の法制局長官は伊藤博文、法制官に井上毅・吉沢滋ら）、その理由を示した文書（『法制局考案簿』）には「行政処分」の用語が頻繁に用いられているが、処分の意味が記されていない^{22, 23}。

しかしながら、この訴願案は、周知のように、翌明治11年2月の元老院会議で支持を得ることができず廃案とされた。この会議（第一読会）において、内閣委員（山崎直胤）が《行政に関する事件は悉く行政に願訴せしむるの意なり》（18）、《この草案は欧州の如き堂々たる行政処分に非ず。軽く之を伝え、大蔵省にて受負をなすが如き事の所分を指すものなり》（19）と説明したところ、さすがに出席議員から、裁判設置の真意に反すること（20）、戸籍法では知事県令に対する訴えができること（24）、この

22 国立公文書館デジタルアーカイブ「記録材料・考案簿・法制局」（明治7年～明治10年）の「其外の件」で閲覧した。（ ）内はコマ番号である。考案簿では「行政処分ニ付キ官府ト人民トノ間ニ起ル訴訟ノ別ナキ欠典ヲ見出シタリ」（228）、「行政処分ニ係ル者ヲ處断スルノ法ヲ設ントス蓋シ更ニ行政処分ニ係ル訴訟規則ヲ要スルノ理由」（230）、「行政官ノ為シタル処分ヲシテ裁判官ヨリ改正セシムルニ至テハ行政司法ノ両權終ニ混淆スルニ至ル」（230）、「行政処分ニ付生スル争論ハ一般ノ利害ヲ慮リ之ヲ判断セサルベカラス」（230）等々である。

23 この点は三阪・前掲（注11）180頁から183頁及び飛田清隆「明治国家体制における行政訴訟制度の成立過程に関する体系的考察」法制史研究57号（2008年）123頁以下による。なお、法制局設置の経緯は三阪・前掲189頁注（1）参照。

規則は行政権が裁判権を侵すものであること（26）等の批判がされた²⁴。

結局、明治23年の行政裁判所設置までは、行政事件についても大審院及び通常の司法裁判所の管轄となる。しかし、現実のところ、明治10年以降の行政庁を被告とする大審院判決の多くは、財産法上の債務履行を求めるものが殆どで、今日目で見ても「純然タル行政処分」が審理された例はない。むしろ、太政官の指示に従わぬ訴訟であるとして却下される事例もある²⁵。

⑧その後の動きは、『行政裁判所五十年史』によれば次のとおりである²⁶。

明治11年5月9日司法省丁第13号達で上級裁判所及び大審院に対して、「院省使府県より人民に対し償還すべき条理のないものは具申するに及ばず」とされたが、同年6月29日丁第24号達でそれを取消し、償還すべき条理の有無に拘わらず全て裁判見込み案を以て具定申稟すべきものとした（5頁）。

次いで紆余曲折があったが明治12年7月29日司法省丁第19号達を以て、人民より院省使府県等に対する詞訟にして太政官の裁令を経て裁決するのは司法省から之を各上等裁判所へ指令し、各上等裁判所において右の裁決申渡をしたときはその都度その趣旨を大審院に通報せしめ、同日丁第20号達を以て、その詞訟において本人上告の節は大審院において之を受理すべきか否かを識別せしめることとした（6頁）。

明治14年8月5日司法省甲第4号達で、府県知事以上を被告とする訴訟

24 『元老院会議筆記自第90号至第100号』（国立公文書館デジタルアーカイブ）を閲読した（本文（ ）内はコマ番号）。

25 大審院明治12年7月31日申渡判決（大審院明治12年7-8月438頁）は、熊本県令に対する訴訟であるが、「本件ハ長崎上等裁判所カ其筋ノ指令ヲ得テ與ヘタル行政裁判ナルニ付本院ニ於イテ受理スヘキ限りニ非ラス仍テ上告状却下候事」としている。

26 行政裁判所『行政裁判所五十年史』（昭和16年）。文生書院『行政裁判所判決録 別巻（一）行政裁判所五十年史』（平成4年復刻版）を閲読した。但し引用頁は原文の頁数である。

は控訴院に提起せしめ、当該裁判所は其の受否に付き司法省に具状し司法省は之に意見を附して太政官に稟申しその裁定を要するものとした。受理すべきものとされた事件は同一の手続で太政官の裁定を経て判決するものとされたから結局受理・判決いずれも太政官の裁定に帰した（6-7頁）。

（2）行政決済録に見られる「処分」

以下は国立公文書館デジタルアーカイブより閲読したものである。（ ）内はコマ番号。

①日付不明であるが、敦賀県令代理から内務卿（大久保利通）及び大蔵卿（大隈重信）宛の「賞典禄課税並処分之義ニ付伺」（行政決済録二68-69）があるが、本文中に「処分」の語はない。行政決済録二所収から明治9年（1876年）と思われる。

②明治9年（1876年）12月20日上申・同26日決の法制局第195号で租税未納者につき「租税未納ノ者身代限り処分ノ儀ニ付地方廳ヨリ裁判所掛合ノ節其通牒ハ通常ノ公文用紙ヲ用イテ訴訟用罫紙ヲ用ヒルニ及ハス」の記載がある（行政決済録二359-360）。これは行政庁による租税徴収に関する訴訟は民間人の訴訟とは異なるので通常の訴訟の形式をとるに及ばずとしたものであるが、明治7年司法省24号達を援用している。

③明治9年12月23日付け法制局第237号は、外国人の狩猟（遊猟）につき、「一般鳥獸猟規則改正ノ儀既ニ先般元老院議定ノ上御發行可相成手順ニ立至り居り本件ノ如キハ其之レヲ施行スルノ一部ニ属シ候事ニシテ別段布告可相成儀ニモ無之ニ付行政上ノ処分トシテ諸向ヘ御達ノミニテ御施行可然哉」とし、「行政上ノ処分」という表現をしているが、同文書に附された文書からは外国人への狩猟免許のことと思われる（行政決議録二337以下）。

④今日と同じであるが、官吏の分限及び懲戒については「処分」の用語が用いられている。明治10年の行政決済録三号目次（2-4）には「第十五号懸官任期例處分心得箇条之内不了解ノ儀」（本文64以下）、「第五十九号廢官又ハ免職ノ者懲戒處分ノ義」（本文311以下）等がある。

（3）大審院判決における「処分」について

大審院判決については、国立国会図書館の大審院民事判決録（デジタル版）を閲読した。

①大審院判決においても「処分」という用語は頻繁に用いられているが、その概念を説明したものは見当たらなかった。大審院判例においては、むしろ今日の民法上の「処分」概念と同じ意味で用いられているものが多いように見受けられるが、今日の行政処分に相当する行為についても「処分」と表現されているものがある。しかしながら「行政処分」と表現したものは見つけられなかった。上述の行政処分願訴規則案の提出の前後である明治9年及び明治10年の大審院判決録によれば、県令・知事を被告とした事例が8件あるが、処分と表現しているものは、次のとおりである。

県令指令による田畑の寺への払い下げ処分（明治9年16号115頁）

県中属による土地払下処分（明治9年33号272頁）

滋賀県令による梁漁不許可指令に対し原告村が梁漁営業差支えなしとの判決を求めた事例であるが、原審である大坂上級裁判所はこの指令を処分と表現している（明治10年前半21号275頁）。

滋賀県令の水利措置につき原告である滋賀県令がその主張において、当該措置を処分と表現している（明治10年前半33号417頁。処分と表現しているのは434頁、449頁等。）また大審院の判決理由でも「水利ノ処分」としている（454頁）。

明治10年前半42号（561頁）は東京府権知事が内務省の命により草莽雑誌の発行を禁止した下令を争ったものであるが、この下令を発することを大審院は「内務省ノ処分」と表現している（726頁）。

県令による寺社への土地払下指令を処分と表現しているものとして明治10年64号（明治10年後半8頁）。

県令による土地払い下げ許可を当事者が処分と表現している（明治10年後半65号69頁）

他方、東京府知事による水車営業許可であるが裁判所は処分とは表現し

ていないものもある（明治9年60号560頁）。

②ところが、明治10年をすぎると、大審院判決における県令等を被告とする判決では、自由や財産権行使を制限する典型的な公権力作用は少なくなり、多くは財産上の処分または契約にかかる債務履行請求訴訟に関するものとなっており、明治14年以降は県令等を被告とするものが殆ど収録されていない。いわゆる行政裁判に関する別の記録があるのかもしれないが、筆者はそれを見つけ出すことができなかった。その存否を確認した上で、行政裁判所設置までの「行政裁判」の実情を調べることは今後の課題である。

（4）小括

この時期において、公文書あるいは判決において「行政処分」あるいは「処分」という用語は頻繁に用いられているが、その意味をある程度までも説明した文書は見いだせていない。行政決裁録においても判決においても、行政庁による「処分」の外延は曖昧であり、国民に対する指令や懲戒処分が含まれるものとなっているが、明治10年の行政処分願訴規則案が念頭においたものは、提案者は行政の措置（契約を含め）全てを指すと理解していたようである。後に述べる穂積八束の言説も併せると、それが当時の処分の共通理解であったのかも知れない。また、「純然タル処分」として念頭に置いていたものが重要なのではないかと考えるが、いまのところそれを調査する手がかりは筆者には見いだせていない。

2、明治憲法・行政裁判法制定過程での議論状況

（1）制度取調局による行政裁判法草案と行政訴願法草案

①伊藤博文が欧州視察から帰国後（明治16年）、翌年（明治17年）3月に制度取調局が設置され、行政裁判制度もその対象となる。『行政裁判所五十年史』によれば、制度取調局は法律顧問であるヘルマン・ロエスエル

とオットー・ルドルフに諮問し、5月に答申を得たとされている（10頁）。

その答申の一つが、明治17年5月にリヨースレル「行制裁判ノ目的及利害」である（同文書には末尾に「千八百八十四年五月 今村研介譯」と記されている）。その冒頭は「行政裁判ノ目的ハ臣民ガ行政廳ノ處分ニ因リ其權利ヲ毀損セラレタルトキ、之ニ對シテ裁判上ノ保護ヲ與フルニ在リ。」と書かれているが、行政処分につき、「夫レ公權利ハ行政庁ノ行法上行爲（行政處分）即検査、免許、認可又ハ其他萬般ノ裁定ニ因ルニアラザレバ決シテ起生スルコトヲ得ベカラズ。」（320頁）との記述があり、現在の意味に近い処分概念が示されている²⁷。筆者が今回知り得た限りでは、例示とはいえ処分の意味を語った最初のものである。

②同年11月に行政裁判法草案がロエスエルより行政裁判法草案が提出される。同草案は、その12条1項で「行政訴訟ハ何人タリトモ行政廳ノ違法ノ裁決及處分ニ依テ自己ノ權利ヲ毀損セラレタルトキ其事件ニ付キ願訴ノ手續ヲ經盡シタル後之ヲ提起スルコトヲ得」としているが²⁸、当然のことながら定義規定はないし、その理由説明にも行政処分の意味を説明したと

27 伊藤博文公編『雜纂 其參』秘書類算刊行會（昭和41年）318頁以下を閲読した。本文書は末尾に「1884年5月 今村研介譯」と括弧書きで記されている（1884年は明治17年である）。タイトルは「行制裁判ノ目的及利害」と記されているが、本文はいずれも「行政裁判」と表記されている。ところで、明治9年1月25日に北村泰一が藩債処分に関する正院宛上申案（大蔵省案）があるが、これは、北村が外務省及び工務省のお雇い法学師E・スミス（米人）とデビソン（英人）に依頼した「請求裁判所組立及審判」を起草させて、それを大蔵省案として正院に上申したものである（木野・前掲（注11）142頁）。この上申文に「官庁の処分」という表現があり（144頁）、条文第一章六に「行政官庁ノ処分」という表現があるが（145頁）、その定義はなされていない。

28 前掲（注26）『行政裁判所五十年史』13頁。國學院大學日本文化研究所『近代日本法制史料集 第五卷 一ロエスエル答議 五一』國學院大學（昭和57年）142頁。

ころはない²⁹。

③このロエスエル行政裁判法草案は結局は日の目をみず、その後、いわゆる法制局案（『行政裁判所五十年史』18頁は明治19年か20年という）、井上案、モッセ案等が作られ、それに修正を加えて行政裁判法案が作成されることになるが（『行政裁判法五十年史』39頁）、「行政処分」（法制局案21頁）、「行政廳ノ処分」（井上案30頁）、「行政廳ノ違法処分」（モッセ案45頁）³⁰と表現が変わりながら、「行政官廳ノ違法処分」は明治憲法の用語

29 「行政裁判法草案理由及説明ロエスエル起稿」前掲（注28）『近代日本法制史料集 第五巻』所収149頁以下。なお同書第五巻及び第六巻に行政裁判に関するロエスエルの作成した文書が収録されており、そこでも「処分」は頻繁に出てくる用語であるが、その概念や概念を推測させる例示はなかった。

30 『行政裁判所五十年史』59頁によれば、モッセ案の作成は明治22年後半期と推測している。同法案は第12条で「行政裁判所ハ法律又ハ勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シ又ハ將來許サル、事件ヲ裁判スルノ職權ヲ有スルモノトス」とつつ、13条で「國務大臣ハ行政廳ノ違法處分又ハ判決（ママ）ニ依リ權利ノ毀損セラレタリトスル場合ニ於テ人民ヨリ提出シタル訴願ヲ行政裁判所ノ判決ニ付スルコトヲ得」としていた（45頁）。その後のいわゆる修正モッセ案は14条1項本文が「行政裁判院ハ左ノ事件ニ付行政廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスルノ訴訟ヲ審判ス」とされ、後の法律106号に掲げる5項目から土地の官民有区分に関する査定事件を除く4項目が列挙されている」（54頁）。

行政裁判法案は訴願法案とともに明治23年3月15日付で枢密院に提出されているが（国立公文書館デジタルアーカイブ、枢密院御下附案・明治二十三年収録の7「行政裁判法」）、このとき既に修正モッセ案14条は下附案12条として「行政裁判院ハ法律ニ依リ行政裁判院ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス」とされており、モッセ案13条に相当する部分は原案からもなくなっている。行政裁判法案は明治23年5月1日に枢密院で決議されているが、枢密院で削除されたのは修正モッセ案15条にあった「行政廳ト一個人トノ間ニ起リタル民事ニ関スル訴訟ハ行政裁判院ノ管轄ニ属セス」であって、これはそのまま原案に記載されていたが、枢密院で抹消されている。また下附案12条は15条に変更されている。なお、このときに行政裁判院が行政裁判所に訂正されている（国立公文書館デジタルアーカイブ、枢密院決議・

となり、行政裁判法は15条で「行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス」となって、行政裁判所の訴訟対象としての「処分」という表現は消えることとなる。これは出訴事項を別の法律で定めることとした結果である。もっとも、行政裁判法は「各省大臣ノ処分又ハ内閣直轄官廳又ハ地方上級行政廳ノ処分」（17条）、「処分書若クハ裁決書」（22条）と処分の概念は用いており、その裁判の対象が行政処分であることを前提としている。

（2）明治憲法及び行政裁判法における「処分」の意味

①明治憲法はその61条で「行政官廳ノ違法処分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と規定し、「違法処分」の語を用いていることは周知のことであるが、筆者が明治憲法制定史に関する先行研究を見た限りでは立法過程でこの「処分」がどのような意味で議論されたかを知ることはできなかった³¹。

一、行政裁判法・明治二十三年五月一日決議）。『行政裁判所五十年史』は、「修正モッセ案」に對しては更に若干の修正が加へられ、聽て樞密院に諮詢された。是に於て樞密院は明治二十三年四月十五日から其の審査を始めかなりの修正を加へて同年六月十日に至って全く之を終わつた」と記しているが（61頁）、修正モッセ案14条が下附案12条のように変更されたのは樞密院に提案される前であつたようであるが、修正モッセ案14条1項の条文が明治憲法61条に採用されたからではないかと推測する。

31 筆者は明治憲法制定史を研究するものではないので、この点は専ら先行研究に依拠した。参照したものとして尾佐竹猛『日本憲政史』日本評論社（昭和5年）、稲田正次『明治憲法成立史 上巻』（昭和35年）・『明治憲法成立史 下巻』（昭和37年）いずれも有斐閣、大日本国憲法制定史調査会『大日本国憲法制定史』サンケイ新聞社（昭和55年）、大石眞『日本憲法史（第2版）』有斐閣（平成17年）、川口暁弘『明治憲法欽定史』北海道大学出版会（平成19年）。なお、稲田正次『明治憲法成立史 下巻』によれば、明治20年8月のいわゆる夏島草案では、その68条で「行政廳ニ処分又ハ命令ニ対

明治憲法制定後の初期の解説書でも、筆者が見た限りでは「処分」概念を説明しているものはなかった³²。明治憲法制定の翌年に行政裁判法が制定されているが、その初期の解説書でも同じである³³。後の伊藤博文『憲法義解』でもそれは変わらない³⁴。美濃部達吉『憲法講話』（明治45年）に

スルノ訴訟ハ特ニ行政裁判所ノ裁判ニ属ス其構成権限及訴訟規則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」とされていたが（203頁）、井上毅の「逐条意見」で「權理ヲ侵サレタリトスル者」の挿入が強く主張され（234頁）、十月草案63条では「行政廳ノ違法ノ處分ニ由リ權理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ハ特ニ行政裁判所ノ裁判ニ属ス其構成権限及訴訟規則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」とされた（275頁）。これは2月草案でも同じである（337頁）。明治21年5月に枢密院に上程された諮詢案は、「行政官廳ノ違法ノ處分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキ者ハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」となっており、これがそのまま明治憲法の条文になっている（565頁）。2月草案から諮詢案への修正がなされたのは3月3日から5日に行われた最終案作成の会議であるとのことである（400頁）。稲田によれば、2月草案は2月上旬にはできあがっていたということなので、その後修正されたことになる（稲田が指摘しているように伊東已代治文書『欠題（二月草案）』『憲法草案』の61条（国会図書館デジタル版のコマ番号65で伊東が墨で加筆修正している）。

ところで、同年2月4日に井上毅のロエスエルに対する「憲法中、行政裁判ニ於ケル條ノ簡略ナル説明ヲ予ヘラレンヲ望ム」との諮問に対し、2月9日付けでロエスエルの回答があり、そこでは行政裁判と民刑事裁判の区別の必要を強く主張しており「行政裁判所ハ憲法中、行政ノ事ヲ定メタル一章ノ内ニ之ヲ掲クルヲ以テ相当トス。通常裁判所ト同一ノ章中ニ之ヲ掲クルハ穩当ナラス」と書いている（國學院大學・前掲（注28）『近代日本法制史料集第六巻』（昭和58年）70頁以下、73頁）。

32 参照し得た文献として磯部四郎『大日本帝国憲法注釋』（明治22年）270頁以下（本稿執筆においては『日本立法資料全集別巻277号』信山社（平成15年）の複製版を使用した）、薩埵正邦（講述）『大日本帝国憲法精義』時習社（1889年）、関彦彦『大日本帝国憲法』三省堂（1889年）である。

33 参照しえたものとして、三輪一夫『日本行政裁判法講義 完』八尾書店（明治22年）、榎本秀盛・板谷兵吉『行政裁判法正解』橘香堂（明治25年）、末岡精一講述『行政裁判法 完』日本法律学校編輯部（明治27年講義録）。

34 伊藤博文・前掲（注6）117頁。なお本書初出は明治22年。

において、明治憲法61条の処分について、今日の行政処分（行政行為）概念につながる「行政処分」概念の詳しい説明がなされている³⁵。

三、学説

本章では、文献の引用頁は、それぞれの節で使用する文献の掲載頁を本文中にアラビア数字で注記することとした。

1、行政裁判法制定以前の学説

（1）井阪右三『日本行政法大意』

井阪右三が明治19年に『日本行政法大意 上編』を、明治21年に『日本行政法大意 下編』を公刊している³⁶。本書上編は我が国の行政制度沿革を概説した後（第三章）、中央行政・地方行政管轄・府県行政・郡行政及び区行政・町村行政を欧米制度を参考として論じ、下編は第一巻で平等及び自由を概説した後、集会結社規制行政、出版規制行政、租税、公用収

35 美濃部達吉『憲法講話』岩波文庫（2018年）337頁以下。なお、初版本（明治45年）でも行政処分につき同様の説明をしている（395頁）。初版本については国会図書館のデジタル版を参照した。

36 井阪右三『日本行政法大意 上編』博聞社（明治19年）及び『日本行政法大意 下編』博聞社（明治21年）。いずれも信山社による復刻版を閲読した。上編は『日本立法資料全集 別巻283』（平成15年）及び下編は同別巻284（平成15年）。信山社HPによれば、「本書「日本行政法大意」は、諸官制をもって上編となし、人民の権利と政府の職分と相交渉する諸法律を集め下編とする（本書凡例）。著者井阪右三（18??-1893）は、本書刊行当時内務省地理局属、のち神奈川県高座郡長。桜井勉（1843-1931）の序文がある。」（<https://www.shinzansha.co.jp/book/b188124.html>）。また塩野宏『公法と私法』有斐閣（1989年）が我が国で初期に公法私法に言及したものとして本書上編を指摘している（8頁）。

用、徴発、地役といういわば各論を述べており、そこにいわゆる行政活動類型に関する通則を論じているところはない。しかしながら下編第八巻を「行政裁判」にあて³⁷、次のように論じているのが注目される³⁸。

《明治九年一月二十二日第五号の達を以て司法省は更に各上等裁判所に訓令して凡そ人民より院省使府県に対する訴訟は総て行政裁判の管掌と定めたり。故に今日にては其の訴件の性質如何に拘わらず人民より府県以上の官府に対する訴訟は皆行政裁判の管掌なりとするべし。（中略）行政裁判は原来行政処分爲の爲に害を蒙りしものに非れば之を起すことなきもの（中略：筆者注、従って行政庁が契約により人民に履行を求める訴訟は民事訴訟であるとする）。行政訴訟は政府の裁可を得たる後の非れば受理することを得ず（明治十年九月二日司法省達第二十四号人民より官府に対する訴訟仮規則第四条参考すべし）。行政裁判は宣告の以前政府の裁決を浮くるを要す（同上の仮規則第三条）。既に政府の裁決を受けて宣告したる裁判は之を終審となし控訴、上告を許さず（明治十五年四月十四日司法省丁第二十五号及二十六号達）》

（2）末岡精一『行政法汎論講義』

末岡精一の講述筆記本である『行政法汎論講義』は、その総論（第一章）の第一款「行政ト立法ノ區別」において、《立法者の命令即ち法律は概して全般の法則に係り而して行政の命令は人事行為の現況に応じて適宜に処分するために発するもの即ち各個の件項を規定するものなりと伝うを得べし。然れども是れ……決して学理上明確の區別と爲すを得ず》としているところはあるが（4頁）、行為形式を論じているとことはない³⁹。

37 下編439頁以下。

38 井阪・前掲（注36）451～454頁。

39 末岡精一『行政法汎論』日本同盟法学会出版。国会図書館のデジタル版を閲読したが、発行年不明とある。148頁にイギリスの1888年州制改正の言及があるのでそれ以降のものであるが、本書の内容から行政裁判法制定

（3）大橋素六郎『行政法大意』

本書は凡例の末尾に明治20年4月との記載があり、本文冒頭に「大橋素六郎講義 板野常太郎筆記」の記載がある（1頁）⁴⁰。本書は第一編が「憲法大意」として「憲法の義解」（第一章）に続き、米仏独普英について第二章から第六章が当てられている。次いで第二編が「行政ノ通理」として第七章から第一十七章に分けての叙述がなされている。その第十三章が「行政ノ方法」であり、「第一款 命令」「第二款 処分」「第三款 契約」「第四款 命令処分ノ方式條件」「第五款 処分の監督」「第六款 処分ノ監督」で構成されている。なお、第一款の命令は、「第一法律勅令」「第二閣令省令」「第三訓令」に分けている（274頁）。

処分については「処分トハ一事一件ノ起リ若クハ起ラントスルニ當リ之ニ對スル處辨ノ方法ヲ謂フ」と定義し、命令の如く人民一般若しくは部下の官吏一般に対するものではないと付している。次いで、処分は変化窮まりない事実の発頭に應じるものであるから多様なものが存在するとしつつも、その標準的区別として、指令禁令、許可、権利与奪ノ措置、公認及び裁定、判決の五種をあげている（279頁）。最後の判決は「行政裁判ナリ」としている（281頁）。なお、大橋のいう処分には人民に対するものと部下の官吏に対するものが含まれる（280頁）。

処分の方式条件に関しては、プロイセンを参照しつつ、行政処分は法律命令の範囲内において自由になしうること（非常時にあつては法律命令の

（1890年）より前のものだと思われる。本書の大部分は英仏独の地方行政制度に関するものであり、行政裁判に関する言及はない。

40 本稿執筆にあたっては、国会図書館所蔵（デジタル版）の再版（明治21年発行）を参照した。印刷兼発行者は長尾景弼、発行所は博聞社である。大橋素六郎には、その他に著書として『欧州大勢論』博聞社（明治22年）、校閲本として『市町村制注釈』同盟書屋（明治21年）がある。後者は信山社により『日本立法資料全集 別巻609号』として復刻版が公刊されている（平成22年）。

効力も停止しうることを原則としつつも（285頁）、命令処分はその手続に自ら一定の方式条件があり、それを履行しなければその法律上の効力を有せざる事が少なくないことに注意を喚起している（284頁）。

②本書は、全体の構成といい処分に関する論述といい、近代的な行政法理論を十分に理解したものとなっている。特に、処分に関する論述は、対行政内部の作用を含む点を除けば、今日につながる明瞭な処分の定義をしたものといえる。また、「第十七章 行政ノ監督」において、裁判による行政の監督を民事裁判、刑事裁判、行政裁判、会計裁判をあげ（326頁）、特に刑事裁判には行政の腐敗を防ぐ大効ありとして、特に「人民、行政官ノ命令處分ニ抗シタル場合ノ裁判」を論じ、「裁判官ハ先ツ行政官吏ノ所爲果シテ其ノ職權内ニアリヤ否ヲ考察シ其ノ所爲若シ職權内ニアラサレハ即チ其人民ヲ以テ抗官ノ犯罪者ト爲スヲ得ス唯私人ト私人ノ爭論ト視做シテ之カ判決ヲ下ス」と述べているが（392頁）、次に述べる穂積八束との違いもあり注目される。

3、穂積八束

（1）穂積八束「行政訴訟」

穂積八束は明治22年（1889年）月に法学協会雑誌第7巻第66号及び67号に「行政訴訟」と題する論稿を発表している⁴¹。本論文の発表は明治憲法公布（2月11日）後であるが、その施行（1890年11月）前であり、行政裁判法制定の前年である。

本論文は、明治憲法施行に先立って、穂積の行政訴訟観を論じようとするものであるが、それは行政訴訟の権利保護機能を否定し《行政裁判の目

41 穂積八束「行政訴訟」法学協会雑誌第7巻（明治22年）66号460頁、同67号571頁。本論文は上杉慎吉編集・発行『穂積八束博士論文集』（大正2年12月）にも収録されている。但し、引用頁は法学協会雑誌による。

的は主として法の執行の法に適せしむることを欲するにして官府と臣民との間の曲直を判するにあらざればなり》(67号578頁)、《行政裁判は……寧ろ行政監督の便法たり。然るに之を以て臣民の権利義務の争訟をなし主権は裁判所の判決の下に検束せられ臣民の私権保護のために設けたりとするときは学理を誤るものなり》(67号578頁)とするものである。この見地から行政裁判を捉えようとするものであるが、明治憲法施行以前に於いては司法裁判所が行政処分を審理することにつき《帝国憲法に参照するに其六十一条に明に行政訴訟を司法裁判所の権限より除外するの原則を指定せり。然らば憲法其法力を生ずるの日に及びては之を司法権より分離せざるべからず。然らば未だ現行法にのみ倚頼して法理を談ずべからずに似たり》(66号461頁)と述べる。

本稿では、「行政処分」という用語を頻繁に使用しているが、その意味を明らかにしていない。しかし、穂積は本稿で行政処分についていくつかの重要な言説を行っている。

その一は行政処分を意識的に権力的作用として把握しようとしていることである。穂積は次のように述べる。《現行の習慣は未だ全く学理に伴わざるを以て被告者官府なるときは是即ち行政訴訟なりと認められ民法の規程によりて判ぜらるべき争議も行政裁判として審理さるるの恐れあり。又間接に行政処分に抗するの主旨なりと雖表面に於きて行政官を相手取らざるときは権義の伸張を全うすることを得ざるべし。(改行)蓋官府の行為は凡て公法上の行為なり。凡て命令権の作用に依るものなりと思惟するは旧来普通の説なりと雖も目下法理の進歩は其非理なるを証せり。国家は全能の大権を有す。最上の権力あるが故に其命令権を使用すると否とも亦随意なり。自ら任意命令権を棄て一私人と平等の地に立て私法の規程の下に法律上の関係を結ぶこともあるべく……》としたうえで(67巻572頁・573頁)、今の言葉で言えば非権力的行政作用をいくつか列举して《然るに官府の行為と伝へば即ち命令権の作用なりとなし之に関する争訟を行政訴訟と為して出訴するものあるは蓋し条理に反するのみならずまた私利を

謀るに迂なるものあり》と述べる（67号573頁）。それに対し、穂積は行政処分を一貫して国家の命令権の行使と捉え、それに対する訴訟は行政訴訟であるとの立場で論じている。その際、穂積は行政処分に対して国民（臣民）が訴権を有するのは、その私権が侵害された時であり、行政処分の違法（客観違法）と私権侵害を区別している⁴²。但し、市町村制の選挙訴訟のように法律による例外の存在を認めている。

第二に、穂積は命令と行政処分を意識的に区別している。穂積は《行政処分と伝ふときは行政官の行為悉皆行政裁判所に訴へらるべき者にあらず。行政官の発するところは一般の命令に対しては之が違法を議することを得ず。之れ行政処分にあらずして行政命令なればなり。処分とは一の格段なる事件に関し一の格段なる人に対するの謂いなり》と述べ、行政処分の個別具体性をその要素としてあげる（67号576頁）。穂積は、これに先立ち、なぜ「行政官ノ処分」といい「政府ノ処分」と言わないかと説明している。それによれば《此場合に於きては行政官とは特質の意義を含むものにして法律と勅令との下序に立ち臣民各個に対して政務を処分するの官府を伝ひ汎く各種の官府を指すにあらず。立法の府及政府即ち天皇の特権の作用に参ずる各官府は行政官と伝はず……法律勅令の下序に於きて直接に一個人に対し其官府の名に於きて命令し得るの官をのみ行政官と伝ふ》（67号576頁）からである。

なお、穂積は事務官（「直接ニ臣民ニ対シ処分セサル官」）と行政官も明確に区別している。穂積のいう行政官は今日の行政庁概念に相応する。

第三に行政処分の公定力に相応する効力を論じていることである。即ち、穂積は《或は違法処分に対して訴権ありと伝うを誤解して行政官の処分にして違法なるときは之に服従するの義務なしと伝う者あれども其謬見たる殆んど弁明を要せざるなり。臣民は行政処分の合法如何を判定するの

42 67号574頁で《私権を害されたりや否と伝ふは違法の外に又一種の要件なればなり》としている。

権なし。裁判所の判決以前に違法の処分なし。茲を以て何等の処分たりとも之に服従すべきの義務ある固より其所なり」と述べている（67号575頁）⁴³。筆者には、穂積のこの考えの源泉が何であるのかはまだ不明であり、さらに調査したいと考えるが、行政処分の公定性（違法であるが有効）を穂積のこの論文以前に論じたものはまだ見いだせていない。

（2）穂積八束『行政法』

本書は穂積の行政法の講義を編集したものである⁴⁴。冒頭に「法学博士 穂積八束講義 卒業生 田中文蔵編輯」と記されている。

①本書の「第一編 行政法理汎論」の第五章が「行政ノ形式」と題され（18頁以下）、「（第一）行政規則ノ發布」「（第二）契約」「（第三）行政処分」を区別して詳述すると述べている⁴⁵。また、この時点では「行政行為」という用語は用いられていない⁴⁶。

43 穂積は本文引用部分に続けて、処分不服従に対し、後に処分違法が裁判で確定したとしても、主権は抵抗の罪に問うことができるが、主権はこれを不問にすることも可能であると述べている。

44 国立国会図書館デジタル版を閲読した。国会図書館によれば、本書タイトルは『行政法、東京法学院26年度3年級講義録』、出版年は明治26年とされているが、原本に書名・出版者名・発行年が記載されているものではない。

45 穂積はその前の第四章を「行政ノ規則」と題してこれを論じ、行政の規則には「行政法規」（今日の法規命令にあたる）と「行政職務規程」の二種類があると述べる（15頁以下）。第五章では注意深く「行政規則ノ發布」を行政の形式としているが、ここでは主に行政法規を念頭に置いた説明をしている。なお、ここで穂積は行政規則の發布と行政の告示を厳密に区別し、告示は寧ろ行政処分に相当し、「或ル場合ニ関シ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルナリ」としている（20頁）。

46 よく知られているように美濃部達吉『日本行政法』有斐閣書房（明治42年）は行政作用として「行政行為」の概念を提示し、それをさらに「行政規則・行政処分・行政契約」に分節している。本文で述べたのは、かかる広義の「行政行為」概念も用いられていないという意味である。

本書で、穂積は、行政処分を《行政処分とは特定の事件に対し特定の人に向って命令することを伝い》と述べ、引き続き行政契約との違い（行政処分はそれを受ける者の意思如何に拘らず絶対的に強行する点）及び行政規則との違い（一般普通の規定であるか特定人に対する特定の命令であるか）を述べる（22頁）。また行政処分は命令の性質を有するものであり、《苟も処分と伝うときは必ず或人の自由に対して制限的の命令を行うものたらざるを得ず》として《唯命令権の作用のみを意味するなり》とする（23頁）。

さらに穂積は行政処分は種々の部類に区別することができるとして⁴⁷、それを（一）処分命令（直接二人ノ自由ヲ制限スル）、（二）判決（ここでいう判決は司法裁判所の判決ではなく、行政官が法律を解釈し特定人に適用する行為であって「裁決」という用語を使用することがあるが、その本質は判決と同じであるとしている）、（三）公証、（四）免許、（五）権利処分（行政官が一個人の権利義務を明確にする行為で、例えば個人と道路の境界を定める行為）⁴⁸をあげる（24-28頁）。それに続けて穂積は行政部内にのみ効力を有する行為はここで論じる行政の範囲外であり、論述の対象外であるとしている（28-29頁）。

これらをもって、今日的な意味での行政処分の論述を見ることができ、筆者はドイツの行政行為論をその権力性を踏まえてを最初に体系的に記述したのは穂積八束ではないかと推測するものである。

47 穂積はこの点につき《行政処分とは特定の人に対して特定の事件を命令するものなること右に陳述したるが如くなれども尚ほ詳細に之を分析して行政の形式を論ずるときは單に行政上の命令権を行うもの又は事実を認証するもの若しくは一個人の権利義務に関係せずして唯行政の目的を達せんが為め行うもの等種々の部類に区別することを得。今左に其最も重要なものを列挙説明す可し》と書いて（24頁）、本文にあげた種類を列挙説明している。

48 権利処分の存在について、穂積は明確にドイツの学説に依拠し、「コンスチテューチーブ、アクト」の訳語としている（28頁）。

②ところで穂積は、本書ではいわゆる公定力といたうような行政処分の効力（違法であるが有効）は論じていない。しかし、彼の行政処分に関するその権力性の議論をみておきたい。

本書は、「第五章 行政ノ形式」に続いて、「第六章 大権及ヒ行政」「第七章 行政裁判ノ性質」「第八章 現行ノ行政裁判法」「第九章 行政裁判判決ノ効果」を書いている⁴⁹。

穂積は「第六章 大権及ヒ行政」において、大権と行政を区別することの重要性を説き、『我国法に於ては君権と国権とを分離せずして君主の統治権は即ち国権なりとなすが故に君主は……自己固有の権力を行うものなり。従て君主は自己を補助せしむるために行政官府を設けて行政するものにして我国法に所謂行政とは畢竟政務の機関が主権の委託に因り行う所の行為を指称し君主の大権とは画然たる區別ありて存するものとす』とし（30頁）、『国家の行為は必ずしも行政にあらず。国家が其機関に委任して行わしむることが即ち行政なり』と述べる（33-34頁）。それに続き『国家が外部に対して行う事柄にあらざれば行政にあらず』として、枢密顧問が君主の諮詢に答えることや帝国議会が法律案を議決するが如きは行政ではないとする。なぜならこれらの行為は『直接に一個人の自由権利に影響を及ぼさざればなり』だからである（34頁）。

穂積が大権と行政を区別する目的のひとつは、法治主義の否定である⁵⁰。穂積は、『法律のみが主権者の命令なるにあらず。而して法律を制定するは君主大権の作用なれば行政の上に位するものは単に法律に止らずして其他尚お主権者の憲法に依るの命令あることを知る可し……法律を執行する素より行政の職分なり。乍併行政職分は啻に是に止らず。總て君主の大権に依て命令する所の事項を執行することも尚ほ且つ其職分とせざる可

49 その後は訴願の説明に2章をあてている。

50 穂積の法治主義批判については、同年（明治22年）11月15日発効の国家学会雑誌33号629頁以下の「法治主義ヲ難ス」参照。

らず》（38頁）、《元来行政は法律の為に羈束せられ法律の禁遏する所は之を行ふことを得ざるは素より論を俟たざれども然れども法律が未だ規定せざる事項に対し行政の範囲外に於て主権直接の作用に依り政治することは我憲法の明かに認承する所なり》と述べている（39頁）。

③本書は、引き続き「第七章 行政裁判ノ性質」、「第八章 現行ノ行政裁判法」、「第九章 行政裁判判決ノ効果」として、第九章までで行政裁判を扱っているが、ここでも行政処分に関する重要な言説をしている。穂積は《行政処分と伝うは凡ての行政行為を伝うに非ずして或確定したる意味を有し夫の法規を設くるが如きは処分に非るなり。例えば行政官が警察命令を発し或いは布達訓令等を発するも之を処分なりと伝う能わず。処分と伝うときは必ずや特定の人に対して特定の命令を強行するものならざる可からず。今や眼を放って近来行政裁判の実況を見るに往々訓令或いは命令の取消を目的として出訴する者あり。是れ行政処分の解釈を誤りたるの甚しきものなり。処分なるものは特別の人に対する行為なり。一般に対するものは処分に非ず。又行政処分と伝うときは命令権の作用たり。命令の性質なきものは処分に非ずして約束合意の性質を有す》（46頁）とする。

また、穂積は《我国に於ける行政裁判の法理の要》（44頁）を列記主義と権利毀損に求める（45頁）。また、穂積は行政処分と行政裁判判決の同質性を強調する。即ち《行政裁判所の判決は行政官に対して処分を為し或は之を取消す可きの条件理由となるものなり。又法律が特に裁判所に其権力を付与したるときは裁判所の判決が即ち行政の新たなる処分たることあり》として（56-57頁）、官有地と民有地との争訟における境界確定判決、租税訴訟における税額確定判決、営業免許に関し免許を与え又は之を奪う判決等を例示し、《究竟するに行政裁判と行政処分とは絶対的に反対なるものに非ず。双方共に行政の処分たり。唯行政処分は利害関係人の申立を聴かずして之を命令し又行政裁判は利害関係人の申立に依て下す所の行政処分なるの点に於て差異あるのみなりとす》と述べる（57頁）。

（3）穂積八束『行政法大意』

穂積八束は明治29年（1896年）に『行政法大意』を公刊している⁵¹。その序において、穂積は「本書は拙著憲法大意に續きて我が現行行政法の大意を簡略に述へ兩者併せて国法全書の要領を成し以て国民通読の書たらんことを欲する書なり」と述べ、さらに「法治国の行政法は各人の公法上の権能の実体法たり。茲を以て行政法は憲法と共に立憲国民の普通強化の基礎たるべく、特に中央立法に、地方自治に、参政の公権と公務とを有する立憲国民は須く国法の概要を知るべきは論勿きなり」としている⁵²。

本書は、其の第一編を「行政」と題し⁵³、第一編は「第一章 行政行為」と「第二章 人格」で構成されている。第一章は「行政」「行政行為」「行政規則」「行政処分」「監督及訓令」の五つの節に分けられている。「行政」の節では、《行政は大権及法律の範囲内に於て国家の目的を達する者なり》として憲法上の大権（天皇の親政に専属）と行政を分け（1頁）、行政を《行政は官府に由り臣民に対して発動する国権の行使たり》と定義する（2頁）⁵⁴。

「行政行為」の節では《行政は其の性質に於て国権が人民に対するの行為たり》としてかかる行為を行政行為と称しているようであるが、行政行為をその効果が行政内部に止まる行為と外部に対して国法上の関係を生じるものに二分し、前者を監督及訓令とし、後者には行政規則と行政処分があるとしている（4-5頁）。穂積が本書で述べる行政規則は今日で言う法

51 穂積・前掲（注5）。

52 序は原文もひらがな書きである。なお穂積が「法治国」理解については前掲（注50）参照。

53 第二編は「行政組織」、第三編は「行政各部」となっており、第三編は「外務」「軍事」「財政」「内政」「司法」を扱ういわゆる行政法各論である。司法を行政法各論に入れていることも特徴的であるが、行政裁判は第二編の「行政組織」で論じている。

54 傍点は原文では。（白丸）である（以下同じ）。

規命令である（6頁以下）。ここでは、「行政行為」が公権力性を有する行為として使用されているが、穂積の定義からして契約は除かれる、

本書は、上述のように第四節で行政処分を詳述するが、行政処分を《法規を執行し又之に矛盾せざる限に於て公安公益の為に特定の人に対する特定の行為を為す。之を行政処分とす》と定義する（8頁）。行政官府の行政処分権について、《行政官府が法規を發布するは性質上法律勅令を補充する者なり。故に法令の委任に因りて之を行うことを本則とす》としつつ（8頁）、それに続けて《処分権を行うは行政機関設備其の物の主たる用たり。故に既に一定の事項を其の職司と為すと伝うときは明言を待たずして其の処分権を認許する者たるべし》と述べ（9頁）、法律の留保を貫徹させていない。

穂積によれば《行政処分は個人に対し権能を与へ負担を命じ行為の自由を制限す》るものである。ここに行政処分の権力的性質と個別的性質が表されている（9頁）。行政処分の権力性については、さらにその執行力の説明において、《行政処分の権は性質上強行の権を含蓄す。処分は国権の行使たり。個人が私権を行使するの類と同じからず。権力に依りて直接強行する者たり。》と述べている（11頁）。

本書の行政処分論で重要だと思われることは、行政処分を執行処分と職権処分（便宜処分）に分けていることである（9-10頁）。

執行処分とは《特定の人に対し法則を適用する行為》で、いわゆる羈束行為のことである。執行処分にあっては《個人の権能、負担、若くは自由の制限の程度は既に法則に由りて定まれる場合に於ては行政官も事に臨み人に対して法規を解釈し事実を認定して之を執行するの外、職権を以て其の本質を便宜裁量するの余地を有せず》、《執行処分の場合は官府及び個人に共通なる法の制限あるが故に共に之に依遵することを要し。一方の違法の行為は相手の毀損するの結果あるべし。茲を以て執行処分は行政裁判の

制度に依りて之を審判するに適す》と述べる（9-10頁）⁵⁵。

それに対し職権処分（便宜処分）とは《法令の範囲内に於て職権により公安公益を按検して行ふ》処分である（10頁）。職権処分にあつては《法令は行政官府に或る政務の範囲を其の職権に委任して而して予め之に対する個人の権利自由を保障せざる場合に於ては行政官は事に臨み人に対し公安公益の爲め必用なる限度を裁量して処分す》るものであり（10頁）、《職権処分の場合は行政官府の職権の範囲に付き法の制限あるの外個人の爲めに之に対比して侵すべからざるの権利を保障せず。故に若し職権便宜の処分に於て職権を濫用し公益に反する如きあらば主として行政監督の権に依りて之を匡正するものなり》と述べる（10-11頁）。

（4）穂積八束『最近行政法学』

我が国で行政処分を具体的効果を有する権力作用として明確に定義したのは穂積八束であろうと述べてきたが、これについて、穂積八束は『最近行政法学』と題する書物で次のように述べている⁵⁶。《行政処分と云ふ詞は未だ我国にて厳格に此の意味（筆者注：穂積は、その直前で、行政処分を特定の人に対し特定の命令をなすものと定義し、一般的規律である規則に

55 原文は片仮名書きであるが、引用文中の句点は原文のままである。

56 本書は国会図書館に蔵書されてるもので（デジタル版を閲読）、手書きであり出版年も不明である。表紙裏面には「六日町区裁判所」と読める蔵書印が押されているが、それが赤線で抹消され、代わりに「最高裁判所図書館印」のスタンプが押されている。また明治35年2月受け入れと記載されているので、同月より前に書かれたものと推測できる。本書は、他の者が穂積の講演または講義を口述筆記したものとと思われる。また本書ではotto・マイヤー（マイエルと表記）について言及している（コマ番号5など）。なお、穂積八束に関する最近の研究については、内田貴『法学の誕生』筑摩書房（平成30年）及び坂井大輔「穂積八束の「公法学」（1）」一橋法学12巻1号231頁（一）平成25年）、同（2）一橋法学12巻2号549頁（平成25年）を参照した。

対する詞であるとしている）に用いられず漠然行政官のなす行為を広く指して伝うに止まるなり。而して此辞は仏、独の行政法に於いては學術の辞として一定の意義を有す。仏の *Acte administratif* 独の *Verwaltungs act* 皆茲に伝う行政処分の意味なり。……尚参考の爲め行政処分と伝う文字に付き弁明すべし。余は初めて日本の行政法を説明したるに於て此の思想を伝い表すことに甚だ困難したり。行政処分と伝う字は憲法の条文に用いたる処を見れば広く行政官の行為を指す辞たり。然るに後に独乙の行政法律が大に我内各行政の範囲に使用せられ種々なる法律命令に独逸にて所謂「ヘルフューイング」と伝うことを行政処分と翻訳し用い来りし例も多し。例之へば行政の裁判若は処分云々と伝如き法文あり。之れ裁決に対して処分と伝いしなり。独語にては「エントシャイド」（裁決）「ヘルフューイング」（処分）なり。処分とは裁決と伝うことに相對して用いたり。此區別は素より必要なる処なれども此二者を概括して伝う辞に乏し故に余は憲法の法文の用例に倣い広く裁決処分を包含して行政処分というなり。未だ學術が吾邦に發達せざる故に用語極めて不穩当なるは自ら知るなり》と述べている（コマ番号32）。

4、織田萬

（1）織田萬『日本行政法論』

織田萬は帝国大学大学院において穂積八東に師事したとされるが、フランス留学（1896年～1899年）に先立って、明治28年（1895年）に『日本行政法論』を公刊した⁵⁷。本書は、「緒論」の他、「第一編 總則」「第二編 行政組織」「第三編 行政事務」「第四編 行政訴訟」の四編からなる。行政処分を含む行為形式については、「第一編 總則」中の「第二章

57 織田萬『日本行政法論』六石書房（明治28年）。国会図書館デジタル版を利用した。

行政行為」で使われるが、同章は「第一節 實質上ノ行政行為」と「第二節 形式上ノ行政行為」に分かれ、前者は「第一 權力行為及權利行為」と「第二 公法人行為及私法人行為」からなり、後者は「第一 行政命令」「第二 契約」及び「第三 行政処分」からなる（36頁以下）。

行政処分について、《行政処分とは行政機関が権力を以て行う所の特定の事実に対する特定の行為を謂う》と述べる（48頁）、行政命令との違いをその特定性に、契約との違いをその権力性と単独性に求めている（49頁）。

さらに「命令ト処分トノ關係」との欄外見出しで、《行政処分は法律命令に定まれる一切の行政法規を執行するが為に之を行う。然れども行政法規の存せざる場合には行政機関は法律命令の範囲内に於て臨機に之を行うことを妨げず》としており（49～50頁）、その理由をそれに続けて《是れ行政処分の性質に自ら然らざるを得ざるところなり》というにとどめるのみである。次いで行政処分の種類につき、証明、裁定、命令、免許の「四種ニ細別スルコトヲ得」としている（50頁）。

既述のように、織田萬は「形式上ノ行政行為」を「行政命令」「契約」、「行政処分」に分けて論じているが、「行政命令」と「契約」について簡単に見ておきたい。

「行政命令」とは《行政機関が一私人に対して発する規則の全体を総称す。故に一の行政機関が他の行政機関より与えられたる命令を謂うに非ず》としており（41頁）、いわゆる法規命令を指すものとしている⁵⁸。具体例として、①閣令及び省令、②府県令、③郡の警察規則、④市町村条例及び規則を挙げている（44-45頁）。

「契約」については、行政機関が《行政の目的を達するが為には私法上の法人を代表して一私人と並立して合意上の関係を惹起することを得》として工事請負、物品供給契約等の私法上の契約を例示している（46頁）。

58 今日いうところの行政規則は指令又は訓令としている（42頁）。

織田は翌明治29年に同書の増訂再版を公刊しているが、内容は基本的に同じである。

（2）織田萬『増訂 日本行政法論』

織田は、欧州留学から帰国後の1900年（明治33年）6月に、『増訂 日本行政法論』を有斐閣書房より公刊しており⁵⁹、本書においても行政処分は「第一編 總則」の「第二章 行政行為」で論じられているが、行政処分は第二にあげられ、契約は「第三 契約及贈與又ハ遺贈ノ受諾」で論じられている。

行政処分に関する記述では、行政処分の概念は初版本と同じであるが、「命令ト処分トノ關係」において、『行政処分は法律命令に定まれる一切の行政法規を執行するが為に之を行う。然れども行政法規の存せざる場合には行政機関は法律命令の範囲内に於て臨機に之を行うことを妨げず』と初版本と同じ表現をしつつも（42頁）、それに続く部分で次のような変化が見られる。すなわち、初版本にあった『是れ行政処分の性質に自ら然らざるを得ざるところなり』との記述がなくなり、代わって「執行処分」と「便宜処分」の区別でこれを説明しようとする。織田は先の文に続き『故に執行処分と便宜処分との区別を生ず』として（42頁）、『執行処分は法律命令を執行するが為にするものにして専ら一個人の權利自由に関する事項につきて之を行』うものであって『執行処分の場合には法律命令の備わるありて行政官府も一個人も等しく之を遵守すべきの義務あるを以て違法の処分は多くは一個人の權利を毀損する事となり一個人は行政訴訟を提起して其の權利の救済を求むることを得』ものである（43頁）。

それに対し便宜処分は『法律命令の範囲内に於いて公共の利益の爲めにするものにして法律命令に違反せず又一個人の權利自由を制限せざる場合に行政機関の裁量に依りて之を行』うものである（46頁）。また、勅令は

59 織田萬『増訂 日本行政法論』有斐閣書店（明治33年）。

天皇大権に基づくもので、行政命令外であるとしている。

つまり便宜処分は個人の権利自由を制限するものではないから行政法規の存在しない場合においてもなし得る処分ということになる。この点に付き織田は詳しく《一個人の権利自由は法律に依るに非ざれば之を制限することを得ざるは立憲制度の神髓なり。故に此の点に付きては行政は専ら法律命令の適用に任じ便宜に従いて処分をすることを許さず。之に反して法律命令が或る事務を行政機関に委任し其の事務の範囲に在りて一個人の権利自由と相関せざるものは行政機関が公益上便宜なりと思料する所に従い其の職権を本として臨機の処分を為すことを得》と説明するのである（42～43頁）。また便宜処分に対する救済については《便宜処分は之（筆者注：執行処分のこと）と異なりて行政官府の職権の範囲内に属し一個人は之が為に利益を侵害せらるる事なきに非ざれども之に対して権利の保障存することなし。従いて若し便宜処分が法律命令に違い職権を超え又は公益に反すと認められたるときは主として行政監督の方法によりて之が変更又は取消を為す》と述べる（43頁）。

既に述べたように執行処分と便宜処分の区別は穂積八束『行政法大意』（明治29年）において論じられているものであり、織田もこの説に依拠したものである。しかしながら、明治33年本について見る限り、織田においては、便宜処分は、人民の権利を害せざる処分とみているようで、それを理由に法律の規律なくとも行政庁に委任された裁量の範囲内に於いて当該処分をなしうるということに力点があるように思われる。

この執行処分と便宜処分との区別は、裁量の有無及び裁判所（行政裁判所）統制の有無において、後の羈束行為及び羈束裁量行為と自由裁量行為の区別につながるものと思われるが、その理論的異同は別の機会に検証したい。

「行政命令」に関してはその定義は初版本と同じであるが、その例示において、「郡警察規則」が「郡令」に変わり、新たに「臺灣總督府令」が加わっている。むしろ本書では「行政命令ノ効力」と題する小見出しが新

たに設けられ、違法命令の効力が論じられている。即ち《行政命令は之を發する官府の管轄に依て其の効力の及ぶ範圍を異にす。然れども其の違由の効力を有するに至りては一なり。故に其の一たび發布せらるる以上は仮令い違法又は越権のものたりとも行政監督其の他一定の手續を以て取消されざる以上は人民は違法又は越権を理由として之が服従を拒むことを得ず。》と今日の行政処分の公定力を思わせる説明をしている（37-38頁）。またそれに続けて《又裁判所に訴えて之を争うことを得ず》と述べつつも、《裁判所は固より独立の職権を以て法律命令を解釈するが故に或る訴訟の起りたる場合に或る行政命令を違法又は越権のものとして適用せざることを得べしと雖も其の行政命令は依然として違由の効力を有するに妨げなし》と述べる（38頁）。今日の視点からすれば、裁判所が違法命令の適用を排除できるとすれば、法規命令は今日と同じようにその効力を否定することとなるし、それが訴訟における先決問題として論じられるのであれば、違法・無効判断の相対効・個別効の問題として整理できるであろうから、理論的な不徹底性を指摘することができる。しかし、当時においては、穂積がそうであったように、行政命令（法規命令）については違法であるが正式に取り消されるまでは有効という説明がなされていたことを忘れることはできない。また、次に述べるように、織田萬や穂積八束の主たる教科書では行政処分については違法な行政処分の通用力（今日いうところの公定力）が語られていないことも指摘しておきたい。

（3）織田萬『行政法 全』

織田萬の行政法については、京都法政学校よりいわゆる講述本として『行政法 全』が刊行されている⁶⁰。行政行為及び行政処分に関する叙述は

60 織田萬『行政法 全』京都法政学校。発行年について、国会図書館は疑問符付きで「M36？」としているが、本書巻末に「京都法政学校第二期第一学年講義録」と付されている。

基本的に33年本と同じであるが、《行政処分が之を為す官庁の権限に属し且つ一定の方式を具備したときは仮令い実質上違法の処分なる場合にも一定の手續に依て取消されざる以上は一私人は之に対して服従の義務を負うものとす。然れども処分は命令と殊なりて一私人は一定の処分に対しては其取消又は変更を裁判所に請求し若くは上級官庁に請求することを得。又上級官庁は行政監督権の結果として下級官庁の処分が法律命令に違反し権限を越え又は公益を害するときは一私人の請求を待たずして之を取消すことを得。若し夫れ処分を為したる行政官庁に於いて自ら進で其処分を取消すことを得るは固より論なきなり。而して總て此等の場合に於て処分の消滅あるものとす》と述べて（29-30頁）、いわゆる公定力を論じている。このような叙述は穂積八束の「行政訴訟」以来であるが、勿論「公定力」という用語が用いられているわけではない。織田はその理由を一私人に服従義務があることを簡単に挙げるのみであるが、合わせて取消権が裁判所・上級官庁・処分庁にあること及びその取消権行使によって処分が消滅することを示している。

筆者として特に感じることは、今日「公定力」と言われる行政処分の効力は行政処分の権力性の中核的表れであるにも拘わらず、穂積・織田のいずれも行政法教科書では正式に取り上げていないことであり、また、それに関連する言及があったとしても、その根拠は「権力性」あるいは「服従義務」そのものであり、少なくとも、違法な行政処分の通用力にたいするドグマティックな理由付けがなされていないことである。

5、明治22年から明治42年にかけてのその他の学説

（1）井上密『行政法講義』

本書は、国会図書館目録によれば明治27年発行とされる井上密の講義口述筆記であり、発行者は和仏法律学校である。

本書は、「行政の形式」を「第一 行政令ヲ發布スルコト 第二 契

約 第三 処分」の三つに大別し（9頁）、処分についてはそれを《処分とは権力を以て行ふ特定の事実に対する特定の行為を伝ふ。権力を以て行ふが故に処分を行う者と其の処分を受くる者との関係は不平等なり。又処分は之を受くる者の意思に関係せずして法律上の効力を有するを以て処分を受くる者の承諾すると否とは処分の効力を増減するの力なし。此二の点は処分と契約との異なる所なり》とし（12頁）、それを証明、裁判、免許、命令に細別している（13頁）。しかし、それ以上に処分概念を論じるものではない⁶¹。

（2）有賀長雄『行政法講義』

本書の総論で行為形式の分析はなく、各行政分野の叙述中心である⁶²。命令権ではいわゆる法規命令（緊急命令・執行命令・独立命令）が論じられ、具体的作用としては「執行権」と称し、説諭・警告・徴費・処罰・実力に分けているに止まる。

（3）一木喜徳郎『行政法汎論ノ部 完』

一木喜徳郎の行政法と題する単行本は手書きのいわゆる講述本として、いくつか国会図書館に所蔵されているが、ここでは『行政法汎論ノ部 完 緒論 第一～第三』によることとする⁶³。その理由は、本書本文冒頭に「明治三十三年度講義」の記載があり、その講義年が分かるものであるからである。なお、国会図書館のデジタル版では本書の原頁数が読めないの

61 国会図書館では井上密講述本である『行政法總論』東京法律専門学校（明治29年）のデジタル版も閲読できるが、行政処分を論じるものではない。発行年は本書末尾に疑問符付きで「M29?」とされている。

62 有賀長雄『行政法講義』講法会（明治31年）。信山社による復刻版『日本立法資料全集別巻454号』信山社（平成19年）を閲読した。

63 一木喜徳郎『行政法汎論ノ部 完』（緒論 第一～第三）（明治33年）。本書も手書きの講述本である。

で、以下の引用はデジタル版のコマ番号を記載する。

本書は第一編「総論」の第二章を「行政ノ活動スル形式」とし、「第一節 命令」「第二節 処分令」「第三節 公用徴収」「第四節 処分命令」「第五節 処分命令ノ強制方法」「第六節 許可」「第七節 認可」「第八節 権利設立ノ処分」「第九節 合意ニ基ク行政行為」の九節に分けている(34)。このうち、「第二節 処分令」で念頭に置かれているのは、いわゆる行政処分であり⁶⁴、第三節から第八節まではいわば各論である。

同章第四節は「処分命令（命令及禁止）」を論じるが、その定義として《処分命令とは特定の場合に特定の行為不行為を命ずる処分命令を伝ふ》と述べる(58)。また《処分命令は単に服従の義務を生ずるに止り私人は或は之により利益を受くることありといえども、其取消に依り権利を害せられたりとすることを得ず》と述べ、これは伝統的行政行為区分論のいわゆる命令的行政行為に該当するものを念頭に置いている。しかしながら、第二節の処分令において、その定義を《本来の性質より論ずれば処分令は法規を定め得る国家の命令にして裁判に属せざるものなり》としており、《此の意味にては法律も一の処分令たるあり。命令も一の処分令に過ぎざるなり》と述べるので(42)、行政作用のうち、一般的・抽象的規律をするものと個別具体的な効果を持つものを区別していない。もっとも本書で処分令の例としてあげられているのは、公会の解散を命ずる行為(43)、路傍に燈を点けて通行を禁止する行為(43)、納税の告知(44)であるので、

64 本書では「処分命令」「許可」「認可」「権利設立ノ処分」が節を分けて論じられているが、同じく一木の講義録である『行政法上巻』（これも発行年不明であり、原本の頁数も読み取れないので、国会図書館デジタル版のコマ番号を記す）では、第一編総論 第一章 行政手段ヲ論ズ」の第七節が「処分令」というタイトルであり(42)、その中で処分令についての一般論を述べた後に、処分令の種類として「一、命令及び禁止」「二、免許」「三、認可」「四、権利ノ設定及廃止」「五、公證」が説明されているので、概念としてはこの書き方がわかりやすい（なお、目次では同節は「處分法」と記されている）。

特定人を名宛て人とするものでないものがあるとしても、個別具体的行為を主に念頭に置いているといえよう。一木は、法律・命令と処分令の違いをその形式に求める。すなわち、『法律命令は一定の形式を備え一定の方法に依りて之を公布せざるべからず。処分令は之に反して処分を受くるものに対して便宜の方法を以て告知するを以て定まれりとす』と述べ、処分令は口頭によるものや単に符号に依るものもあるとする（43）。その結果、処分令の形式で法規を定めることはできず、処分令は法規に抵触することを得ず、処分令をもって法律命令を変更することもできないとしている。ここでは法規と処分令の区別がその形式から論じられているのであって、現代我々が論じる抽象的規律か具体的規律かという区分基準は前面にはでてこない。ここに法規命令と処分令の相対的同質性を見ることができる。それは法規命令も違法であっても改廃されるまでは有効であるという議論にもつながってくる。

一木の叙述で注目したいのは、いわゆる公定力について次のように述べていることである。やや長いが紹介する。

《（一）しかしながら処分令は常に法の執行に止まらざるは勿論なり。法が自由裁量の余地を存する場合には官庁は自らの利害を判断して処分を為す。（二）（中略）処分令の法規に違える場合には当然無効なりと断定することを得ず。此の場合には命令の取消に付き述べたるが如く先づ処分令が官庁の権限内に属するや否やを区別せざるべからず。官庁の権限外に出たる処分は（1）本来官庁の処分と伝ふ能わず。初めより無効たり。之に反し官庁の権限内の処分は（2）官庁は法を解釈し之を適用するの職権あれば臣民は官庁の上に立ちて其の解釈適用の当否を決定するの権なし。只法理上行政官庁の法の適用の当否を決定する機関の方法を設けたるときは臣民は此の方法を以て違法処分に対して救済を受くるのみ。若し法律上此の救済手段なきか又救済の方法を尽くしたるときは処分は正当のものなりと臣民に対して確定したるものと認めざるべからず。》（43）

このように公権力の優越性から直截に官庁の判断の優位性を認めること

が基本である。たしかに救済手段の有無を論じているが、それが決定的な理由ではないように思われる。

（4）上杉慎吉『行政法原論』

上杉慎吉は明治37年に『行政法原論』を公刊しており⁶⁵、その第三編「行政ノ行動」の第一章で行政の行動を権力作用と社会作用に分け、さらに事実行為及び私法上の行為は行政法の対象ではないとして、「行政立法」と「行政処分」を論じることとしている。行政処分には約64頁を割き、非常に詳細な議論である。ある意味では、この頃までに、穂積・織田の著作やドイツ行政法論の進展によって、行政処分の概念把握が相当に進んだということであろう。

上杉は行政処分を「行政処分トハ個々ノ場合ニ行政ノ目的ヲ達スルガ爲メニスル國家ノ權力ノ行爲ナリ」と定義し（411頁）、行政作用であることから立法及び司法と分け、さらに法規制定とも明確に区別し、法規の優位性を承認する（412頁）。他方、行政機関内部の命令処分は、それに対する服従義務が認められることにおいて行政処分とみるべきであるとし、よって、行政処分は行政機関内部に対する訓令処分と臣民に対する処分とに二分されるとする（423頁）。

上杉は上述のように行政処分に対する法規の優位性を認め、処分は法の範囲内にて行われるとしているが、必ずしも常に法律の根拠を必要とすることはしていない⁶⁶。

上杉は違法処分の効力について次のように論じている。《行政処分は固より法に抵触するを得ずと雖も法に抵触する行政処分は当然無効として拘

65 上杉慎吉『行政法原論』有斐閣書房（明治37年）

66 上杉は《吾が国憲法の定めにては法律を以てするに非ざれば之を定むることを得ず、法律の根拠なければ行政の行動すること能わずとする範囲極めて限局せられあるが故に、従って行政処分が自発的に個々の場合に独立に定め得る事項の範囲は極めて広し》と述べている（415頁）。

束力を発生せざるものと為すこと能わず。官庁は一定の権限を有す。その範囲内に於いて行政処分を為すの職権を有すとは其の権限内に於いて公正的に解釈し適用することを得るの意たり。此の職権ある官庁の決定に依る処分は処分のうちに当然に其の処分が適法たるの証明を包含す。之れ国家の意思表示の効力の私人の意思表示と異なる所以にして官庁の行政処分は常に適法なること推定せらる。臣民は之が違法を論じて服従を拒むことを得ざるなり》と述べ、適法性推定説を持ち出している（424頁）⁶⁷。また、公法上権限ある機関に行政処分の違法性を審査決定させ、瑕疵あるときはその取消または変更を命ずとしても、その決定は既往に遡ることはないとしている（424頁）。しかし、絶対的に権限外の行政庁の処分は行政処分の無効を認めている（425頁）。

上杉が行政処分の種別としてあげるのは、命令及び禁令処分（429頁）、許可（431頁）、認可（436頁）、特許（437頁）、権利廃止処分（439頁）、権利主体を設定または廃止する処分（440頁）、証明（440頁）、裁決（441頁）である。

（5）島村他三郎『行政法要論』

島村他三郎が明治43年に『行政法要論』を公刊している⁶⁸。

島村は本書第四編（337頁以下）を「行政作用編」と題し、第一章で「行政作用の範囲」を論じて、《行政機関の公法的作用の全部及私法的作用にして特殊の法規（一般私法の規定以外）に支配せらるる部分を行政作用》としているが（339頁）、第二章以下では、それを行政行為として論じている。

67 この点は、美濃部・前掲（注46）『日本行政法』が、「違法ナル行政処分モ亦原則トシテ無効ナリ」と述べるところと異なっている。美濃部はその原則を述べた上で、権限ある取消権者の制限により正式に取消されるまでは「適法ノモノト看做サルヘカラス」と述べる（169頁）。

68 島村他三郎『行政法要論』三書樓（明治43年）。

島村は広義の行政行為概念を採用し、「第二章 行政行為ノ實質的分類」において、行政行為を大きく三分類し、それぞれ二種に細分しているので六種の行政行為類型をあげている（340頁）。それは次の通りである。

- 一 法規を設定すると否とによる区別
 - （一）法規設定行為
 - （二）非法規設定行為
- 二 直接人民に関係を及ぼすか否かによる区別
 - （一）対内行政行為
 - （二）対外的行政行為
- 三 立法作用に付随するか否かによる区別
 - （一）立法附随行政行為
 - （二）純粹行政行為

島村によれば、行政処分は一の（二）、二の（二）、三の（二）に位置付く。一の（一）はいわゆる法規命令制定行為であり、さらに執行命令・委任命令・独立命令の三種に分かれる。

一の（二）はさらに①非法規設定単独行為（行政処分）と②非法規設定双方行為（行政契約）に分かれる。前者（行政処分）の特質を、島村は、一 行政処分は行政機関の行為であること、二 行政処分は法規の範囲内に於いてなされる行為であること、三 行政処分は法規を具体的に実現する行政行為であること、四 行政処分は単独行為であること、の四点をあげる（348-349頁）。今日の行政処分（狭義の行政行為）とはほぼ同じである。

さらに行政処分は、a) 依法行政処分（執行処分）とb) 裁量行政処分（便宜処分）に分かれるとしている（350頁）。

二に関しては、多数の行政行為は対外的行政行為に属し、行政法上特に研究の価値あるは対外的行政行為であると述べる（375頁）。三に関しては、純粹なる行政行為は独立命令及び非法規設定行為であるとする（358頁）。

「第三章 行政行為ノ形式的分類」では、行政処分に該当するものを次

のように分類している。(1) 認可不認可（単独行為、受動的処分）、(2) 許可不許可（単独行為、受動的処分）、(3) 特許、特許拒否、(4) 免除、猶予、軽減、(5) 裁決、裁定、決定、(6) 公證、(7) 公用徴収、(8) 命令禁止である（360頁～368頁）。これらは、我が国の伝統的な法律行為的行政処分と準法律行為的行政行為の区分法、さらに前者について命令の行政処分と形成的行政処分という区分法をとるものではないか、ここに挙げられた処分類型のそれぞれの法的性質は今日の行政処分類型とほぼ一致する。

島村の行政行為区分のもう一つの特徴は、「第二位的行政行為」という種別を設けていることである（353、378頁以下）。これに属するのは、「自動的匡正ノ目的ヲ有スル第二位的行政行為」（今日の職権取消・撤回に相当する行為であるが、島村の行政行為の概念に基づき、その対象は処分だけでなく命令も含まれる）、「訴願裁決ノ形式ニ依ル他動的第二位的行政行為」、そして「訴訟ノ形式ニ依ル他動的第二位的行政行為（行政訴訟）」である⁶⁹。

島村が命令または処分の無効について詳しく論述しているところはないが、《法規及処分の取消は反対の明文なき限り、将来に対してのみ効力を有するものなりとせざるべからず。しかしながら無効の法規又は処分（実質的成立要件を欠く）を無効なりと宣言する行政行為は反対の明文なき限り、既往に遡り其の効力を喪失するものなりとせざるべからず》と述べており（378頁）、一木達が議論したような無効と取り消しうべき処分の区別は明確には意識されていない。むしろ、「自動的匡正ノ目的ヲ有スル第二位的行政行為」を論じる節において、処分取消の遡及効が認められるのは法律に明文の規定がある場合に限られるとする。その理由について《何となれば違法の命令処分なりと雖も其の違法なりと決定せられざる以前に

69 島村の行政訴訟観は独特のものであるが、本稿ではこれ以上の検討はしない。

於いては尚お之を適法の命令又は処分と認めるべくして其の命令又は処分に依り生ぜし効力をも遡及して消滅せしむるときは行政の確実を害するものなればなり》(379-380頁)、《違法の命令又は処分なりと雖も其の違法なりと決定せられざる以前に於ては尚お適法の命令又は処分と認むべく且つ違法なりとする機関の意思表示は原則上将来に向かつてのみ其の効力を有するものと認めざるべからず》と述べていることからすれば(380頁)、無効の処分は遡及的に取消すことのできるもの、無効でない違法な処分は取消されるまでは適法であり完全に有効であると考えているように推測できる⁷⁰。

四、まとめにかえて

我が国で現在につながる行政処分の概念を初めて明確にしたのは穂積八束といえる。また、その行政処分概念にはオットー・マイヤーの影響が認められる。それ以前の実務及び判例において行政処分という用語が用いられていたとしても、その概念構成は未だ広範にして不明確であったということができる。

また行政処分の権力性を意識的に論じ、それを対外的権力作用に限定した者も穂積八束が最初であろう。その権力性は、まさに国家統治権そのものであるが、そこには行政官庁の判断(裁決)の優越性と国民(臣民)の服従義務が、特段の根拠付けもないままアプリアリに前提とされている。その点は、本文中でもしばしば述べたが、「違法処分の有効性」という、本来ならドグマティッシュな論拠付けを必要とする問題が、穂積においては、意識的にか無意識的にかは別として、論じる必要のないものとされた

70 島村は処分を取消す訴願裁決及び行政裁判判決の遡及効については述べてない。

のであろう。

美濃部以前の議論のもう一つの傾向をあげるならば、その公権力性（国民に対する優越性）における法規命令と処分の同質性である。すなわち、処分の公権力性の一つの特徴である公定性と法規命令の「公定性」がいわば同一のものとして語られていることである。なるほど法規命令の制定も行政処分も公権力の行使であり、人民はそれに対する審査権を持たないとすると、両者とも「違法でも有効」と解釈は、ともに人民の「公権力服従義務」という論理で統一的に説明できないではない。既述のように美濃部は違法の法規命令は無効であるという基本原則を押さえている⁷¹。だとすれば、公定力の根拠はその「公権力」性だけでは説明できないものであり、別の理由付けが必要である⁷²。

また公定力に相応する効力が語られるとしても、その根拠は公権力性及び取消制度・争訟制度である（後者についても、勿論それを立法政策として論じるものではない）。上杉慎吉が触れているとしても「適法性推定説」による公定力の説明がなされるのは後のことである。

今後の研究課題としたいが、オットー・マイヤーの司法判決的構成及び美濃部がドイツに学び我が国に持ち込んだ「適法性推定説」は、その妥当性は別として、公定力の解釈論的な基礎付け論理であるが、美濃部の行政処分論及び公定力論にオットー・マイヤーの学説がどのような影響を与えたを改めて考察したいと考える。

71 対比的に言えば、上杉慎吉・前掲書（注59）では、違法法規の効力について取消があつて初めてその効果が既往に遡るとの見解をとっているようであり、『一たび命令として発せられたる以上は完全に遵由の教（ママ）力（「効力」か：筆者注）を生じ人民は之に拘束せらるる』としている（405頁）。

72 なお、美濃部がいつから公定力の説明に適法性推定説をいうようになったのか、その背景が何であるかは筆者としてもさらに調査したいと考えている。手元の文献では、法政大学明治36年講義録でも、明治42年の『日本行政法』でも、公定力の語は使用しているが明確に適法性推定説を述べているところはない。

【謝辞】

本研究は2019年度～2021年度の科学研究費助成金（基盤研究C）「抗告訴訟の性質と機能の再検討」（課題番号19K01278）の研究成果の一部である。記して謝意を表す。