

平成22年8月27日・28日【A日程既修者試験問題・行政法】

[A日程既修者試験問題文・行政法]

1. 設問

行政行為についての分類論につき、伝統学説の分類論とそれに対する反対学説を比較しながら、説明しない。

2. 出題の趣旨

本設問の出題の対象範囲は、行政法総論（行政法1）中、行政作用法を中心要素である行政行為である。しかも、本設問は、行政行為の分類論について、伝統的学説である田中二郎・雄川一郎等の行政行為の分類論とそれに対する批判学説である塩野宏・藤田宙靖等の行政行為の分類論の説明をしてもらうことを意図している。この点を誤解して、行政の概念や行政行為の瑕疵等のみを説明して、肝心の行政行為の分類論の対比がなされていない答案もあった。

さて、本設問である行政行為の分類論についての伝統学説とそれに対する反対学説の比較・検討についての説明は、伝統学説の田中学説等とそれに対する批判学説である塩野学説等を説明してもらうことを、出題の趣旨としている。従って、伝統学説である田中の行政行為の分類論と塩野の行政行為の分類論を最低限、説明しなければならない。この両者の分類論を以下、対比してみる。

伝統学説の田中の行政行為の分類論は（田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』116～127頁[弘文堂]）、行為者に意志表示の発現を要素とするかにより、行政行為の種別を行い、前者を法律行為的行政行為（命令的行為・形成的行為）＝意志表示の発現がある法律行為、後者を準法律行為的行政行為（確認・公証・通知・受理）に二分し、後者には意思表示以外の精神作用の発現を要素とし、行政行為の法的効果はもっぱら法規の定めによる、というのが田中の分類論の概略である。さらに、田中は、行政行為の内容について、行政行為をその性質及び内容によって分類し、法律行為的行政行為は命令的行為（下命・許可・免除）と形成的行為（特許・認可・代理）に二分している。準法律行政行為は4分類している（確認・公証・通知・受理）。尚、詳しい説明は省略する。

これに対して、塩野の分類論は田中の分類論の批判であり、藤田、原田尚彦等も同じような批判を行っている。ここでは、塩野の分類論について言及しておく。塩野は（塩野宏『行政法1[第五版]行政法総論』115頁～123頁[有斐閣]）、行政行為の種類についてはいろいろあるとし、行政行為の種類については4区分を挙げているが（効果の観点からの分類・内容の観点からの分類・効果意思の観点からの分類・機能の観点からの分類）、これらの分類中、従来の分類論は省略し、伝統的学説を批判する機能の観点からの分類につき、簡単に整理しておく。

塩野の機能の観点からの分類は、従来の内容及び効果意思の観点からの分類は、民法の法律行為と国家と社会の二区分という基本的カテゴリーを前提としたものとし、現時点においては、すでに指摘したような問題あることや、そこで取り上げられている認可、特許等は行政の分類というよりは、私人の行為に対する規制の方法に関する法的仕組みの分類の観点が強いので、行政行為という行為形式のレベルでこの分類基準を維持することは適切ではないとし、行政過程論見地に立った行政の行為形式論の観点から、・・・行政行為の区分を命令行為・形成行為・確定行為の三分類を提唱している。この三区分は同じ呼称を使っているが、内容は大きく異なる（塩野・１１９～１２０頁）。

以上の二つの行政行為の分類論を比較・対照した論述を期待したのが本設問である。

３採点のポイント

前述した出題の趣旨からも窺知しえたと思うから、採点のポイントについては極く簡単に述べる。

採点の重要なポイントは、設問で求めている行政行為の分類論の伝統学説とその批判学説が正確に整理・検討されているかであり、この点が評価の対象となる。今回の答案はその点十分な論述はなかったことから、答案の評価も低いものになっている。尚、行政行為の分類論は行政法学の基本的項目であり、行政行為の種類・内容についての十分な理解があるか否かが、答案の採点の際の一番重視しているし、これなくして行政法を理解しているとは言えない。

以上