



<論説>行政法並びに行政行為の本質(続)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 村上, 義弘 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00002294

行政法並びに行政行為の本質（続）

村 上 義 弘

四

前稿に述べた行政法並びに行政行為の本質に関する私の仮説的な類型に照らして、次にドイツ及びフランスに於ける主な学説を私の主観的な推論をも含めて極く簡単に検討してみたい。

先ず我が国の行政法の母国たるドイツにおいて行政法学を眞に法学としての地位にまでたかめたといわれるオ・マ・イヤーの見解をみてみよう。彼は「ドイツ行政法第一巻」において行政法及び行政行為の特質を次のように述べている。即ち「法律ハ等シク凡テ其他ノ国家作用ノ上ニ在リ：法律ノ外ニハ唯一ノ眞ノ権力カ法律ノ下ニアルノミ執行權是ナリ。而シテ執行權ハ更ニ二分カレ一方ニハ司法トシテ一方ニハ行政トシテ行動スルナリ。旧時ノ国会ノ伝説ニ従ハハ司法ヲ以テ又行政ノ上ニ立タシメ、司法ハ其判決ニ依リテ行政ニ対シ個々ノ場合ニ於テ法律ヲ宣言シ、而シテ行政ハ唯単ナル事務ノ執行即チ国家ノ名ニ於ケル事実上ノ行為ニノミ限ルモノトナシタルナルヘシ。之ヲ此ク為ササリシハ甚タ當ラ得タルモノニシテ此兩種ノ作用ヲ以テ全ク独立ノモノトナシ、即チ行政ノ司法ニ対スル独立ヲ完全ニ遂行シタリ、稱シテ此処ニモ又權力ノ分立正シクイヘハ職權ノ分立、行ハル、モノトナス。即チ司法カ法律ニ従フ国家ノ作用ニ与ヘタル模範ハ行政モ亦独立シテ之ヲ実行シタルナリ。

是レ根本ノ思想ニシテ行政ノ新ナル法律上ノ形体ハ之ニ基キ定マルナリ、執行ノ二部ハ共ニ並行シテ共ニ法律ノ下ニ服ス。司法ハ判決即チ個々ノ場合ニ於ケル宣言ニ依リテ法律ヲ適用シ、之ニ依リテ執行吏ノ行為ヲ羈束ス。行政モ亦之ト等シク法律ニ羈束セラレ其必要ニ応ジテ個々ノ場合ノ宣言ニ依リテ其事務ヲ規律シ、以テ其実際ニ行フヘキ所ヲ羈束ス。其之ヲ為スハ或ハ行政訴訟ニ依レトモ其レヨリモ、遙ニ広ク又種々ノ形体ニ於イテ單純ナル行政行為ヲ以テ之ヲ為ス。行政行為ナル重要ナル觀念ハ行政ヲ以テ法律ノ下ニ司法ト並行セシメタルコトニ於テ、既ニ默示ニ与ヘラレタルモノナリ。∴此故ニ最初ヨリ其判決ト同等ノ地位ヲ有スヘキコトハ最モ強ク承認セラレタリ。二者ハ同一ノ力及ヒ効果ヲ有シ同一ノ地位ヲ有ス。其異ナル所ハ唯行政行為ノ行動ノ区域タル行政カ司法ト全ク其ノ状態ヲ異ニスルニ因ルノミ。此差異ハ外形上ニハ或ハ尚頗ル多大ナルカ如クナルヘシト雖モ、其要点ニ於テハ二者尚常ニ相一致セルコト失ハス」(美濃部達吉訳九七、九九頁)と。

しかし、この説明に關して起る疑問は、司法領域においては実定法上も、學問上にも、ほぼ完全に実体法と手続法の分離が行われているのに対し、行政法領域においてはどうかなのか。この問題は公法と私法の異同を説明しようとする研究にとっては欠くべからざるものである。オ・マイヤーは右の説明からも明らかなように行政行為も司法における判決と同質とみているが、それかといつて行政法には手続法と実体法が混在して、行政法關係においては実体法規定に基づき、單なる事實の發生のみによつて國家と國民の間に權利關係が發生し、その權利關係を手続法規定に則り裁判判決と同質の行政行為で確認するというような論理をとつてゐるとは勿論思われない。しからば行政法を一元的に國家權力を前提とし、その權力を制約するため行政の形式方法を定める手続法と見たかというに、先に引用した「法律ハ等シク凡テ其ノ他ノ國家作用ノ上ニ在リ云々」と述べてゐる点からみて、又行政行為を裁判判決と本質的に同質とみてそれを強調する点からもそうともみられない。

オ・マイヤーの行政法についての基本的立場については、ここではこのような問題提起にのみ止めその詳細の検討

は又別に試みたいと思う。ただここで断っておきたいことは、私は実体法、手続法の観念を絶対的なものと考え、それによってすべての理論並びに学説を裁断してゆこうと考えて行こうとするのではなく、行政法並びに行政行為の本質を解明するための一つの便宜的な道具としてこの観念を用いているに過ぎない。従ってこのような分析を進めながらも、行政法の本質はこのような観念で把握できない異質なものであるということを用意している。

次に私の問題意識からすれば重要なのはコルマンである。彼はドイツにおいて行政行為について始めて「法律行為的行政行為」としての観念をうち立てた学者だといわれている。しかしこの理論に立てば公定力など行政法学にとって基本的な問題を法理論的にどのように説明するかが、前稿においても述べたように、重要な問題である。この立場を表面的に理解して、行政行為は法律行為と同様に実体法上の法律関係を形成する行為だとすれば公定力の根拠はもはや、オ・マイヤーの理論を借りて説明することはできない。独自の理論を立てなければならぬ。しかしコルマンは行政行為の効力が法律からくるものでないことを理由に公定力を説明したようである（兼子仁・行政行為の公定力の理論一一九頁）。行政行為の効力が法律からくるのでないとすればそれは行政行為は法律行為と本質的に異なることを認めるものである。このことは私の立場からすればきわめて重要な問題である。従ってこの点をより掘り下げてコルマンの学説を追及するのが今後の私の重要な課題の一つである。ただオ・マイヤーが「ドイツの法律上の用語は、我々の領域においてはなお不足で欠けたものが多い。公法はその性質上思想を私法に借りることによって解説し得べきものが多く、その観念において相応するものは宜しく私法の用語を利用すべきである。私はこれを利用することに全く躊躇しなかった。何故なら公法と私法との区別はいずれの区域においても極めて明白であって、たとえ同一の用語を用いてもこれによって根本の誤謬をきたすおそれがないことを確信したからである」（オットマイヤー・ドイツ行政法初版第一卷▲三頁、訳は塩野氏・オットマイヤー行政法学の構造六八頁による）と述べ、又塩野宏氏によれば、このコルマンがオ・マイヤー学派に属するということは、上記の私の研究課題にとって甚だインストラクティブである。

次にフランスの行政法理論を簡単に検討してみよう。しかしここでお断わりしておかなければならないのは、このフランスの行政法理論に関する論述は大部分前掲の兼子仁教授の「行政行為の公定力の理論」を拠り所としている。

まずフランスに於ける初期の行政法学が行政の行為を「権力行為と管理行為」に区別して論ずるとき、この権力行為理論は行政行為を国家権力の行使とみ、行政法はその行使の形式方法を定める手続法と理解したのではないかという推測がなされうる。即ちデュフルが「権力国家による『権力行使』は法律の個別的執行行為たるべきと同時に、『権力行為』であって、これこそが『固有の意味の行政行為』であり、しかもそれは私人としての国家の『権力行使たる』『契約的管理行為』とは何ら共通なものもたない」(兼子仁・前掲書一九〇頁)と主張していたということをみるとき、このような推測は必ずしも的はずれではないと思われる(ただ注目すべきはフランスに於いてはこのような立場を主張したのは行政権の拡大に反対する人々であったことは興味深い(兼子仁・前掲書二〇五頁))

これと対照的な立場に立つのがデュギー及びその学派である。この立場に立つ人は先ず主権及び公権力なる觀念を全く否定し去る(兼子仁・前掲書二六〇頁)。既ち「『国家とは：事実上権力を担っている個人すなわち統治者のことである』。『行政官・統治者は：代表機関でもなく他の者と同様に他人である。』」(兼子仁・前掲書二六〇頁)。そして「『官吏の意思表示は現実には他の者と同様、個人のそれにすぎずそれ自身としては何ら優越性をもたない』それが客観法に沿う目的によってなされているとき：直の主観的法律状態を生ずるのである。』この意味では意思行為も実力行使も同様であって、すべて統治者の行為は客観法に適合することによってのみ正当化されると同時に、そのときはじめて法的性質をもつのである。：統治者の行為は全く個人の行為と同様に客観法からその法的効力を得るものだからである。」(兼子仁・前掲書二六〇頁～二六一頁)。

この説明を民法における先にし引用した説明「法律関係においては一定の生活関係(意思表示等)が存在すると(法の見地からみて妥当と思われるものには)これについて法律的保障のある一定の効果が発生することになる。そして

この効果を法律効果といい、この法律効果を生ずる生活関係を法律要件という」（我妻栄・民法総則一九六―六頁、但し括弧内筆者）。という説明とその説明の仕方こそ違え、本質的に同じであることに気付くであろう。かくして、その必然の結果としてデュギー及びその学派は行政行為を私法の法律行為と本質的に同質なものとするに至るのである（兼子仁・前掲書一六七頁参照）。

ところでフランスに於いてこの両者と異った理論を立てているのがオーリユー及びその学派である。しかしその学説は法思想的立場をほとんど直線的に行政法解釈の論理構成にもちこんだのではなく、行政判例を中心とする実定法的状況に即して行政権や行政行為に関する法理を構成したといわれるだけあって、その理論はかなり複雑であり、私が最初に立てた仮設的類型にあてはめて分析することは困難であり、又その説には若干矛盾する節もあるのではないかと思われる点がある。

まずオーリユーが公権力の発動を「国家法人による権利の行使」と説明するとき（兼子仁・前掲書二〇三頁）、オーリユーはこの権利をどのように観念していたのであろうか。個々具体的に法律要件を充足することによって形成される実体的な権利を観念していたのか、先に美濃部博士の所説において批判したような実際には権力と呼ばれるべきものをそれが法律によって規制されているが故に権力であると観念していたのか。しかし次のようなオーリユーの法思想的背景を知るとき、或いは後者のような見方が正しいのではないかと推測されるのである。即ち「オーリユーによれば『社团的制度』（国家をはじめとし結社・組合などをさす）の要素としては、(1)社会的結合において実現すべき仕事の理念、(2)その実現のためにその理念に仕える組織された権力、(3)その理念及びその実現につき社会的結合の中において発生する同信の表示、という三つの要素があげられる。すべての『制度』に内在的なものとして働く権力は『制度』内においては一定の理念を実現すべき手段として組織化されることによって客観的な自己制限を行い、同時に単なる実力であることをやめて、正当化された法的権力となる。そしてさらに、かような権力を行使する『制

度』自体があたかも一つの個体であるかのように人格化されるにいたる。それは、構成員の同信の表示において、その制度の指導理念が構成員一般の意識のなかで主権的状态に移りゆくことに基づく。かくして『制度』は、その永久的・継続的な生命を保障されるのである。いまこのことを国家についていえば、国民の一般意思に基づくことによつて国家法人の主張が正当化され、主権の客観的組織化のために権力分立原則と代表制とが必要視される。：オーリュエーのいわゆる『公権力的権利』の概念は、かように行政権力が客観化されるという認識に由来するものと思われ、またそのように客観化される限りにおいて『制度』の自律的活動に不可欠な『権力』が、制度の運営に携わる者の『特権』としてあらわれる、とされているのだと考えられる」(兼子仁・前掲書二二六―七頁)。これは近代国家に於ける権力の正当化であり、かく正当化される故に、又国家にあらず国家法人の権力なるが故に権力は権利だということになるのだろうか。そうとすれば前に述べた推測もあながち的はずれになっているとも思われない。兼子教授は「オーリュエー学派における『行政人格の権利』の理論が行政法(公権力的権利)と私法(私権)との本質的同質性と同時に、普通法たる私法に対する行政法の特別法的性質という認識を抱懐している点がとりわけ注目されるべきである」(兼子仁・前掲書二二頁)といわれるが、私の立場からすれば私法の権利は、個々具体的に、実体法の定める法律要件を充足して形成されるのが通例であり、私法的団体における一方的支配関係は団体成立或いは加入の際に於ける包括的同意が前提となっているのだとみるが故に、行政権のもつ包括的権力がそれが行政人格が保有するが故に権利だという見方は容易に理解しがたい。(しかも共に引用したオーリュエーの団体の内部関係に関する説明は、法的説明でなく政治学的・社会学的説明で、権力の正当化の説明としては納得できても、そうであるが故に権力が権利となるということになれば疑問である。)従つて更にオーリュエー理論の中核をなすといわれる(ベルテルミーの執行行為、デュギーの法律行為に比すべき)執行的決定について「執行的決定によつて行政は執行したいと思う権利を公に確認する」(兼子仁・前掲書二四三―四頁)といわれるときの権利というのは公権力なのではないか、そうとすればオーリュエーの立場もベル

テルミー等の理論を精密化したとはいえ、本質的にそれと異ならないのではないかとも思われる。しかし兼子教授が「オーリューのいう『執行決定』は法律行為の本質に執行名義や訴訟要件などの特殊な要素が附加されたその修正形態であると解してよいと思われる」（兼子仁・前掲書二二七頁）と述べておられるのをみると、デュギーの主張した法律行為の修正形態であるともとれるのである。或いはこの矛盾は私の誤解によるものであるかも知れない。この点その基本的立場を更に追及してみるのが今一つの私の課題である。

五

私はこの二三年来持ちつづけていた疑問を本稿において、何ら充分な準備もとのえず極めてラフに大ざっぱに書いてみた。その意図は、私の問題提起乃至は問題意識が、従来の行政法学の問題と余りにかけはなれ突飛であるが故に、こういう問題意識及びその分析方法がどこかで大きな誤りを犯していないか、一度諸先生諸先輩の御批判を得たかったからである。

本稿に於いては英米法についても若干論及したかったのであるが、複雑な英米法については、充分の準備もなく勝手気ままな論旨を展開したさすがの私も、粗雑な分析を試みる自信はまだない。（勿論フランス法について若干論及し得たのは、殆んど兼子教授の労作のおかげであるが）今後の最も大きな課題の一つである。