

法秩序・行為形式・法関係：書評・仲野武志著『公権力の行使概念の研究』

原田，大樹
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/8839>

出版情報：法政研究. 74 (3), pp.195-221, 2007-12-28. 九州大学法政学会
バージョン：published
権利関係：



法秩序・行為形式・法関係

——書評・仲野武志著『公権力の行使概念の研究』

原 田 大 樹

はじめに

評 書

本書は、仲野武志准教授（東北大学大学院法学研究科）が公刊した、知的刺激に富む行政法研究書である。^① 本書の最大の主張は、従来の日本行政法学の方法論である行政実体法の個別権への分解（主観的構成）に異を唱え、新たに法秩序・法制度に着目する行政実体法の構成方法（客観的構成）を提示したところにある。本書の特色を三点にまとめると次のようになる。第一は、研究方法上の特色として、ドイツ・フランス・イタリアの三ヶ国を取り上げた学説史・比較法分析を行っていること、またとりわけ日本の行政実体法について法（律）実証主義的立場での分析をしていることである。第二は、行政法学の特色を利害調整と捉え、

生活環境・景観といった「凝集利益」に対する裁判上の保護に関する理論的な基礎を分析していることである。第三は、行政法学（より広くは憲法・国際公法を含む公法学一般）のフォーメーションとして、法秩序ないし法律制度という新たな「基調理念」^②を提示していることである。以上のような特色から、本書の提示する問題は行政法学の様々な論点について再考の契機を与えており、読者は本書の主張を触媒として自らの行政法学の構想を熟考することができると思われる。

本書の著者の仲野武志准教授は、一九七五（昭和五〇）年生まれのまさに新進気鋭の行政法研究者である。本書の基盤となつたのは東京大学法学部卒業後の東京大学助手時代における研究活動であり、その内容の多くはすでに二〇〇二年から二〇〇三年にかけて、法学協会雑誌に五回にわたって連載されている。^③ また、本書を読み解き、著者の行政法学構想を理解するためには、現在でも公表が続いている「法律上の争訟と既得権の概念」^④と題する論攷にも注目する必要性が極めて高い。初出論文の公表から本書の刊行に至る過程では、初出論文では十分に提示されていないが我が国の行政実体法の分析が加えられている。他方で初出論文で言及があつた内容の一部は本書に含まれていない。

以上の事情から、本書評においては本書の内容を基礎としつつも、著者の行政法学構想を明らかにするための手掛かりとして必要な限りで初出論文にのみ言及された内容や「既得権」論文の記述をも対象としたい。

本書評は、冒頭で示した三つの特色のそれぞれについて、著者の主張およびその背景となった要素（とりわけ学説史・比較法研究の成果）をまず提示し、それに対する（評者の考える）理論上ないし解釈論上の意義を述べ、最後に評者の疑問や感想を記す手順をとることとした⁵⁾。評者の能力的限界から、取り上げる項目は評者が関心を持った内容にとどまる。またとりわけフランス法・イタリア法に関して評者は著者の主張を検証する基礎的知識を有していないこと、学説史研究に評者自身が取り組んだ経験がないことから、本書評の中心は本書が日本法について言及した部分（序章一節・終章）に偏らざるを得ない。

一 本書の構成と研究方法

（一）本書の構成

本書は、序章・第一章・第二章・第三章・終章の合計五章の構成であり、そのうち序章一節と終章で日本法が取り

扱われている。序章一節においては我が国の公法学の方法論の問題点が提示され、法制度ないし法秩序に着目する再構成の可能性が示される。序章二節は前近代における公権力の行使概念の検討が行われ、パンデクテン体系の成立や教会法と公法との関係が論じられており、第一章以降の学説史・比較法研究の前提をなす。

第一章「有機体」は一九世紀から二〇世紀にかけてのドイツ公法学を舞台に、公法学における主観的構成の成立までの学説の展開が扱われている。具体的にはゲルバー、ギールケ、ラーバント、イエリネク、マイヤーといった名だたる公法学者の主観法・客観法の捉え方や団体の把握方法が検討される。著者がとりわけ注目しているのは、公法学における団体・秩序の位置づけに正面から取り組んだギールケとその好敵手ラーバントとの論争であり、また行政行為発令における客観法状態を理論的に把握する途を確保していたマイヤーである。しかしこれらの客観的構成の路線は結局ドイツ公法学の主流とはならず、舞台は隣国フランスへと移ることになる。

第二章「制度」はフランスの公法学者オーリウの「制度」理論と彼の行政法理論との関係が主要な分析対象となる。著者が最も評価しているのは中期（『行政法精義』第

六版（一九〇七年）であり、その理由はこの時期のオーリウが行政実体法の客観的構成に精神的に取り組んでいるからである。それによると行政行為を対象とする越権訴訟に対応する実体法は団体の秩序を前提とする地位を規律するものであつて権利関係レベルに変動を与えず、これに対し全面審判訴訟に対応する実体法は権利関係を取り扱つているとする。しかし制度を法であると同時に事実としても捉えていること、最終的には主観化を志向していたこと、さらに後期に入ると法実証主義的なアプローチから離れたこと、著者は客観的構成を法実証主義的に行おうとしたロマーノに考察の視点を移すのである。

第三章「法秩序」はイタリアの公法学者ロマーノの「法秩序」理論と彼の行政実体法理解との関係が中心的な分析対象となる。著者によればロマーノの著作は初期と中期とで大きな懸隔が認められる。初期（『公権論』（一八九七年）及び『イタリア行政法原理』初版（一九〇二年））には主観的構成と客観的構成の間で揺れ動いていた。これに対し、中期（『法秩序』初版（一九一八年）及び『行政法講義』初版（一九三〇年））になると、客観的構成をより重視し、地位や秩序に関する法的分析が進められる。著者は中期ロマーノの法理論を最も高く評価しており、それは

制度を法的なものとして法実証主義的に考察したこと、主観的な権利と客観的地位に依拠した利益とを区別して理論化したことに理由が求められよう。ただしロマーノは、法秩序理論を行政訴訟に応用することには謙抑的であつた。本書で著者が試みてるのは、このロマーノの理論に着想を得て、我が国の行政実体法を前提に法秩序の発想（とりわけ「法的関連性」の概念）を応用するとどのような展望が開けるか、それは理論的にどのようなインパクトを持っているのかを明らかにしたところにあると思われる（終章、基調理念・二三一―二五頁）。

（二）研究方法上の特色

本書の研究方法上の特色は、ドイツ・フランス・イタリアを対象とする学説史・比較法研究を行つていゝこと、法実証主義的立場をとつていゝことの二点ある。

（1）学説史・比較法研究

前述のように本書は、一九世紀から二〇世紀初頭にかけてのドイツ・フランス・イタリアの公法学説を検討している。その目的は、法秩序ないし法制度をライトモチーフとする行政法学の理論構築のヒントを得ることにある。そのため、ドイツ法ではギールケ、フランス法ではオーリウ、

イタリア法ではローマーノに著者の熱い視線が注がれている。これに対して直ちに生じる疑問は、なぜ現在の日本法の問題を考えるのにドイツ・フランス・イタリアの古典的体系が有用であるのかということである。これに対する著者の回答は、共通の社会状況の存在と同一の方向の理論展開である(本書・一九頁)。すなわち、多元主義的潮流から、単純な「国家と社会の分離」観が仮想に過ぎず、社会は自己組織を伴う存在であることが明らかとなったという共通の社会状況に対し、公法理論は個人を社会の諸団体の一員、国家を諸団体から構成された一団体として把握する方向を示したことである。

このような著者のアプローチに対し、評者はこれを基本的に肯定的に評価したいと考える。法律学の構成のスタイルとして権利の側から出発する主観的構成と並んで、制度の側から出発する客観的構成があり得ることは以前から知られていた。しかしこれを行政法学においては試みた日本の法学者は稀少であった。著者がこの極めてチャレンジングな作業に取り組むに当たり、過去に同じ方向性を示していたギールケ・オーリウ・ローマーノに学ぶことはむしろ自然であると思われる。このような研究方法が現代の日本法の解釈論および理論に対してどのような成果をもたらすかを

検証することにより、著者の方法論の適切性を測定することが可能と考えられるので、本書評でもそのような観点から著者の学説史研究を取り上げることとしたい。他方で、客観的構成は著者が取り上げた日本を含む四ヶ国において今日、支持者を集めることができておらず、理論的な発展はこれまでなされてこなかった。なぜ各国の公法学とも客観的構成に成功してこなかったのか、その理由を明らかにした上で、それを克服する手段を尽くしての立論となっているかもまた、本書を読み進む際に注目すべき点である。

(2) 法実証主義的立場

本書のもう一つの研究方法上の特色は、法実証主義的立場からの分析であることである。それは日本法とりわけ行政実体法の分析(終章)で強く表れているものの、学説史分析の際に制度を法化し尽くさなかったオーリウよりも制度すなわち法との立場をとるローマーノをより支持するところにも現れている。このことは理論構築における社会学的要素の拒絶という形でより顕著になる。社会学的概念としての「共同利益(共通利益)」の概念を避け、法概念としての「凝集利益」を論じる部分(本書・二八九頁)はそのハイライトである。しかし、法実証主義的な立場の採用は、少なくとも原告適格論の文脈で見れば、結果的に現在の判

例理論よりも原告適格が認められる第三者の範囲を狭くすることとなる。⁸⁾本書が冒頭(本書・二頁)で行政実体法を権利関係の束に還元する方法では生活環境や景観などの凝集利益を法的考察の域外に追いやってしまうと批判したことからすると、このような帰結をもたらす法実証主義的方法に疑問がないとは言えない。⁹⁾

他方で、著者が法実証主義的立場をとる根拠として考えられる要素が以下の三点考えられる。第一に、著者の関心は公権力の行使概念¹¹⁾いわゆる処分性論にあり、原告適格の問題は付随的であることである。公権力の行使の性格は条文の根拠なしに認めることはできないとする学説の一致した立場を前提とすれば、著者が考察の基軸を実定法の条文としたことは首肯されよう(本書・三九頁註(85)¹⁰⁾)。第二に、制度・秩序に着目した法理論の構築には「事実と規範の緊張関係」(本書・はしがきiii頁、一七〇頁)が不可欠であるとの認識があると思われる。著者が客観的構成の理論構築に成功したとみるローマー¹²⁾が法実証主義路線を徹底していたこともまたこの立場の採用に影響を与えているのかもしれない。第三に、行政行為や取消訴訟を秩序構造の規律メカニズムと見る著者の立場が法実証主義的な考察を要請しているとも見うる。この点については後述する。こ

の結果、著者は原告適格の拡大のためには実体法の立法の仕方を変えるべきであると主張し、解釈論としては無理をしない立場をとっている(本書・三〇八頁)。

二 利害調整法としての行政法

本書が提示している新たな行政法観のうち、まず具体的な解釈論と密接な関係を有する点について以下では検討することとしたい。第一は生活環境利益に代表される凝集利益に対する裁判上の保護の方法として取消訴訟を位置づけたことである。第二は行政手続と司法手続の並行的な展開に注意を喚起し、両者の参加資格の問題を理論的に統合したことである。

(一)「団体なき団体主義」——凝集利益に基づく取消訴訟

(1) 著者の主張とその背景

行政実体法を個別権に分解して考察するこれまでの行政法学の方法では、個々人には帰属しない凝集利益に対する原告適格を保護規範の文理解釈によって導くことは困難であった。これに対して著者は、凝集利益に対して裁判上の保護を与えるには、その前提として(法人でない)団体の

存在を觀念する必要があるとする（本書・二八一頁）。このような団体の存在を肯定して初めて、主觀的權利と拡散的利益との中間領域が存立し、そこを取消訴訟の機能する場面があるとするのである。そして、日本法の個別行政法規に含まれる法的仕組みを悉皆的かつ丹念に分析し、不利益処分申請・異議の申出・意見提出という三つのしくみに注目して、凝集利益に基づく取消訴訟を肯定する。

この背景にはオーリウとロマーノの学説の存在が認められる。オーリウは越権訴訟を国家という団体の紀律権力を対象とする紀律法の一種として位置づけ、越権訴訟に対応する実体法は占有秩序と等質であると論じた（本書・一四二頁以下）。またロマーノの法秩序理論は、行政行為の適法性をめぐる訴訟が權利保護訴訟ではないことが実定法上明らかなイタリア法のもとで開花した（本書・二〇七頁）。いずれも個人がまず実在しその交換關係を取り扱う「權利關係」とは異なり、個人の意思とは無關係な「団体」が秩序を形成し、秩序の適正性を保つための訴訟として取消訴訟が位置づけられる点で共通する。

(2) 解釈論的帰結と理論的評価

本書の提示する凝集利益に対する裁判上の保護の議論がもたらす解釈論上の帰結の第一は、原告適格の判断方法で

ある。本書は、行政手続に参画する外延が実定法上明確な団体（關係人団（初出論文（五）・三三二頁））が觀念できる場合に、その構成員に対して原告適格を認める¹¹⁾。この考え方はいわゆる処分の効力の主觀的範囲の問題とも連動する。すなわち、第二の帰結として、行政行為の法的効果を受ける集団と取消訴訟の原告適格、取消判決の第三者効の範囲が一致することになる。従来の行政法理論によると処分は誰に対しても処分であり、それを争う人的範囲は原告適格で論ずるのが一般的な理解であった。しかしこのように解すると、なぜ処分の規律を受けないはずの第三者が行政行為の取消を求めることができるのか、理論的説明がつかない難点があつた¹²⁾。これに対し本書は、処分の主觀的範囲と原告適格とを關係人団に一致させることで、整合的な説明を可能にした。

このような本書の主張がもつ理論的インパクトは次の三点にまとめられる。第一は、凝集利益を取消訴訟で争わせることができる理論的な手掛かりを与えていることである。最高裁判例が従来要求してきたいわゆる個別保護要件の壁を越え、団体訴訟の立法によらず第三者が提起するいわゆる現代型訴訟において訴訟要件を充足する理論的な基礎となりうる途が示されている¹³⁾。第二に、行政過程への参画の

問題（手続法）と団体の形成（組織法）とを機能的等価なものとして把握する視点が示されていることである。本書では不利益処分申請と公共組合の設置とがともに行政過程への強い参画権を有する仕組みとして位置づけられている。しかし第三に、行政過程への参画と取消訴訟の出訴適格による「団体なき団体主義」（本書・三〇四頁）の構成は、実際に中間団体が存在する場合と比べて団体と個人との利益相反が発生せず、また部分利益に公益実現過程が影響を受けにくい点でも優れている（本書はこれを「透明性」の概念（本書・五三頁）で説明する）と指摘していることである。この第二・第三の問題は評者も自主規制の分析の文脈において類似の主張を試みており、共感を持った次第である。

(3) 疑問点

他方で、本書の示す凝集利益に対する裁判上の保護の議論には次の二点の疑問がある。第一は、用途地域内に上乘せして定められる地区や環境影響評価の意見書提出が可能で「都市計画対象事業に係る環境影響を受ける範囲であると認められる地域」の居住者・事業者等は凝集利益に基づく出訴資格があるとされる点である（本書・三〇二頁以下）。本書が出訴資格を認めている他の事例や認めていな

い事例と比べ、この二つは出訴資格が認められない方向に傾きそうなほどの外延であるように思われる。この二つが認められるのであれば、本書の示した考え方によってもより広い出訴資格を認める可能性があるのではないか。¹⁵⁾

第二は、拡散利益を取消訴訟によって争わせることはできないのかという問題である。本書は拡散利益の問題は民衆訴訟と整理しており、たとえ意見提出手続が実定法上準備されていても、その外延がはっきりしていなければ（また少なくとも公示が介在しなければ）取消訴訟の利用を認めない立場をとっているように見える。しかし意見提出手続は、立法者が当該利益を決定において配慮するよう要請した点では著者のいう凝集利益と同質なのではないか。また外延のはっきりしない利益であってもその享受主体が部分国民である場合や、仮に国民一般が享受する利益であったとしても民主政過程への参加の利益が問題になる場合と経済的利益が問題になる場合とは、訴訟利用の必要性に差異が認められるのではないか。これらを一括して拡散利益とし民衆訴訟に委ねてしまうのではなく、本書が示した「秩序」の考え方でさらに分析することができないか。¹⁶⁾

(二)「参画—不服申立て観」—行政手続と司法手続の関係
 (1) 著者の主張とその背景

本書は前述の通り、行政手続への参画が実定法上認められている関係人団を鍵概念として、原告適格ないし処分の主観的範囲を確定する。行政手続への参画資格と司法手続の利用資格とが一致するという本書の主張の背景には、事前参画手続と事後争訟手続とを表裏一体と捉える考え方が認められる。本書は、事前手続と事後手続の中間的色彩をもつ異議の申出の法的性質の分析を手掛かりにして、事前手続と事後手続の等質性を論証する。その上で、一体的法律状態の積極的形成に参画（行政手続への参画）しうるからこそ消極的形成（違法に形成された法律状態の修復—司法手続）にも参画しうるとする（本書・三二二頁）。ここには取消訴訟の再処分機能を重視する発想が認められる。さらに司法手続による補充のあり方として、行政手続が終わってから司法手続が開始する「通時的協働論」の理解のみならず、とりわけ法律状態が段階的に変更される場合には行政過程の途中でも司法手続の利用を認める「共時的協働論」が相応しいとする。

この主張の背景には、マイヤーのフランス行政法理解で示されている「私人による行政訴訟追行—国家意思形成へ

の参画」との見方がひとつの手掛かりを与えている（本書・九七頁）。また初期ロマーノも実体法の法的保障手段は裁判的保障だけでなく行政的保障もあるとした上で、いずれも法秩序維持が目的でその効果として個人の主観的権利利益が保護されると述べていた（本書・二一七頁）。

(2) 解釈論的帰結と理論的評価

この「参画—不服申立て観」がもたらす解釈論的な意義は次の二点にまとめられる。第一は、原告適格の判断における事前手続の存在が持つ意味が理論的に説明されたことである。本書も引用する長沼ナイキ基地訴訟（最判一九八二（昭和五七）年九月九日民集三六卷九号一六七九頁）を踏まえ、原告適格の判断に当たって事前手続の存在がひとつの考慮要素となることは学界の共通認識になっている。しかしなぜ事前手続があれば原告適格が認められるのかを理論的に説明する試みはこれまであまりなく、また事前手続に参加する資格が与えられていても個別保護要件の段階で原告適格が否定されることの理由付けもまた不十分なものとどまっていた（本書・三三五頁註（174））。これに対し本書の分析によれば、取消訴訟形式による参画手続は行政上の参画手続の補充としてのみ許され、その手続を置かない法律には司法の行政に対する干渉を防ぐ趣旨を見出す

のが判例の基本的立場とされる(本書・三二二頁)。第二は、行政過程の早期段階での訴訟利用を認めるには、実体法上の工夫が必要であることを示唆していることである。

本書は不利益処分申請の不服申立に、また異議の申出・意見提出は差止の不服申立に相当することを指摘する(本書・三一〇頁)。一体的法律状態の積極的形成すなわち行政過程における利益調整に対する「修復」として司法手続を位置づけるとすれば、行政過程をスキップする形での(直接型)義務付け訴訟・差止訴訟は著者の理論体系と整合しない。これに対して著者は、むしろ実体法上の工夫をすることで、義務付け・差止の方法と同じ機能を持つ救済手段を準備すべきと考えているように思われる。

以上のような本書の主張がもつ理論的インパクトとして次の二点が考えられる。第一は、行政行為の発令を境にする事前手続と事後手続とを一体的に把握する視点が得られることである。評者も、行政不服申立を低グレードの争訟手続としてではなく、行政過程論と行政救済論を架橋する存在として把握すべきと考えており、著者の主張に賛同したい。第二は、本書の主張が行政手続法改正案に含まれる「是正の申出」の理論的意義を考える手掛かりになり

うることである。行政手続法改正案の中には、行政事件訴訟法の直接型義務付け訴訟に相当するしくみとして、是正の申出を導入する内容が含まれている。最終報告書によれば、是正の申出は誰でも行うことができ、または是正の申出に対する行政側の応答には処分性がなくと整理されている¹⁷⁾。しかし、具体的な事例によっては処分性が裁判所によって認められる可能性は残されており、その場合には結果として従来申請型として整理されてこなかった局面で申請型の事前・事後手続が用いられる可能性がある。是正の申出は行政手続法に規定されるため、著者が主張する行政実体法の工夫とは言い難い。しかし機能的に見れば、個別の行政法規で不利益処分の申請手続を準備したのとほぼ同じ効果が認められると言えなくもない。

(3) 疑問点

この問題との関係で疑問点の一つ提示したい。それは、著者が二〇〇四(平成一六)年行政事件訴訟法改正で加わった義務付け訴訟・差止訴訟についてのどのように評価しているかということである。著者は義務付け・差止訴訟の法定により抗告訴訟の内包は極めて不均質化したと述べる(本書・五頁)。また著者の「参画」不服申立て観¹⁸⁾は、行政過程に司法過程にはない固有の意義(利害調整)を認め

まず行政過程を経るべきことを主張する見解と考えられる。このような点からすると著者の理論体系にはむしろ改正前の取消訴訟中心主義の方がフィットしており、改正法で追加された義務付け・差止訴訟¹⁹⁾や当事者訴訟の活用が著者の理論体系と抵触の要素を持っているようにも思われる。著者がとりわけ直接型義務付け訴訟を理論的にどのように位置づけるかに関心を抱いた次第である。²⁰⁾

三 法秩序・行為形式・法関係

ここでは、著者の提示する行政法理論のフォーメーションが持つ理論的な意義について次の三点を取り上げることとした。第一は著者の提示する秩序構造と行政行為概念との関係である。制度保障の文脈からは、行政行為は政策の（広義の）執行手段としての意味合いを強く持つことになる。第二は秩序構造理解の基底にある著者の「権利」「利益」理解についてである。とりわけ著者が提示する行政過程における権利・利益の類型論は、行政法理論のフォーメーションにも直接的な影響を及ぼす重大な問題を提起している。第三は著者の主張する秩序構造とそれ以外の行政法方法論との比較である。著者の主張が「法的仕

組み論」の発展的継承であることから、法的仕組み論・行為形式論・法関係論の相互比較を試みることにしたい。

(一) 秩序構造を規律する行政行為

1) 著者の主張とその背景

従来の学説によれば、取消訴訟の法的性質は形成（ないし確認）訴訟とされてきた。これに対し著者は、その前提にある実体法構造を個別権に分解する理解からすれば、取消訴訟は実質的には保護規範に基づく個別権に対する侵害行為の妨害排除を求める給付（ないし確認）訴訟²¹⁾と見ると、なぜ民事訴訟とは別に取消訴訟が設けられ、取消訴訟が権利保護訴訟を排除しているのかの理論的説明がつかない（本書・四頁）。

これに対する著者の回答は、取消訴訟に対応する実体法は一体的法律状態の形成が法律上予定されたものであり、個々の権利義務には分解できないとする理解から出発する。著者は取消訴訟を次の二つのタイプに分けて議論を進める（本書・二七二頁）。一つは、そもそも権利関係に引き直しての訴訟ができない場合である（権利に至らない利益のケース・内廊領域）。著者は、行政処分²²⁾の無効等確認訴訟における「現在の法律関係」に関係する裁判例の分析から、

第三者が関係する紛争事例においてこの種の訴訟が見られることを明らかにする。二〇〇四(平成一六)年行政事件訴訟法改正で活用が明示された当事者訴訟(確認訴訟)に

関して、確認の対象は法律関係に限られるか、行政の行為形式でもよいかという議論⁽²³⁾でもこの問題が再認識された(本書三五頁註(25))。そしてもう一つは、権利関係に引き直そうと思えば引き直せる場合である(外廓領域)。著者は、課税処分のような私権形成的行政行為や、特定者の「私権でない利益」は主観的構成も論理的には可能であるとする。従来、この種の紛争において取消訴訟の持つメリットは、行政行為の違法性だけで勝訴できるという救済面でのプラスがしばしば語られてきた。これに対し著者は、主観的構成はパンデクテン体系のような一定の体系の存在が前提であるから、行政法の場合にもそれが存在することの論証がまずは必要であるとする。

このような著者の主張の背景には、オーリウとロマーノの所説が影響を与えていると考えられる。とりわけ中期オーリウが越権訴訟と全面審判訴訟とが(占有)秩序と本権に対応する訴訟であると対比したこと(本書・一五二頁)、また後期オーリウが *police juridique* 原理を説く際

「民事実体法とのアナロジーを許さない、自己組織的現象」(本書・一六九頁)と評したことが想起されねばならない。

(2) 理論的評価

著者が主観的構成と呼ぶ従来の理論枠組によると、メタレベルにおける国家と社会の二元論の投影として、行政法関係においては行政と私人の二面関係が標準モデルの地位を得ていた。そしていわゆる「三面関係」への注目はそのモデルを維持しながら、換言すれば「名宛人」と「第三者」の区別を維持しながら、第三者の事前手続・事後手続における法的地位を高める努力を求めたものであった。しかし、名宛人が保護規範から生じる権利に対して行政活動により直接の影響を受けるのに対し、第三者はいかなる影響を受けると言えるのかを明晰に論じたものは多くなかった(本書・三〇五頁以下)。これに対し、著者は行政行為により一体的法律状態が形成される人的集団たる「関係人団」の概念を導入することでこの疑問に応えようとしている。この方法はいわば三面関係を標準モデルの地位に据えるものであり、それゆえ著者の体系の中には名宛人と第三者の区別はない。この客観的構成は、行政法の民事法に対する特色として以前から語られてきた「利害調整」機能を体系構築の前面に押し出したものと言える。⁽²⁴⁾

この著者の主張は以下の二点にわたる理論的なインパクトを内包する。第一は、主観的構成を取らない以上、取消訴訟は民主主義原理に属すると評価できることである（既得権（一）・二二三頁註（14））。関係人団に対する一律の規律として行政行為を捉えると、その機能は行政計画と類似してくることにも注目しなければならない（本書・三〇四頁）。三面関係への注目の初期段階で主張された「民主的事態解決のための契機」としての取消訴訟の捉え方²⁵に対して理論的な基盤を与える可能性がここに認められる。また、この理解は政策実現の側面から公権力概念や行政過程を把握する見方²⁶と親和的である（既得権（一）・二〇七頁をも参照）。ここに、民主的な政策選択の結果である個別の行政法規の条文構造を重視する立場（法律実証主義的立場）を著者が採用するもう一つの契機が存在する。第二は、主観的構成の私法と客観的構成の公法との新しい二元論を提唱していることである。²⁷戦後行政法学が批判の対象とした公法・私法二元論は、少なくとも方法論のレベルで言えば公法による一方的な私法の模倣の域を出なかった（本書・一五頁）。これに対し本書は、パンデクテン体系をとる私法とは異なる体系が公法にはあり得ることを主張する（本書・八頁）。それが何であるかは明言していないものの、

「教会法」が有力な選択肢とされているようである（本書・二三、四三註（120）、二〇九頁、既得権（一）・一八二頁）。

(3) 疑問点

このような著者の主張に対し直ちに生じる疑問は、全てのタイプの行政行為についてこの理論枠組が通用するのかという点である（関連して本書・三三頁註（14））。その判断の際には、著者が示唆を得たオーリウやロマーノの理論が前提にしていた法分野や実定法制度の内容を注視する必要がある。たしかに著者が問題点を指摘している妨害排除モデルに当てはまる不利益処分の名宛人や、権利構成が困難な不利益処分・許認可の第三者について、秩序構造による説明は魅力的である。しかし、許認可や給付決定の名宛人のように従来の二面関係モデルでも十分な説明が可能であった局面に対しても、秩序の理論枠組の方がより適切と言えるであろうか。とりわけ給付決定の場合、行政活動の行為規範としての作用規範と、名宛人の権利領域を画する権利規範（この文脈では「請求権規範」と言うべきかもしれない）とが基本的に一致している。この場合には著者が問題にする妨害排除モデルの説明がうまくあてはまらないのではないか。²⁸この問題を考える上では、行政過程にお

ける権利・利益がいかなるものであるかを検討することが先決であろう。

(二) 行政過程における権利・利益の類型論

(1) 著者の主張とその背景

著者によれば、国家と私人との権利領域の画し方には、既得権構成と保護規範説の二通りがある(本書・三頁)。⁽²⁹⁾ 既得権構成とは、個人の権利規範と行政活動の行為規範としての作用規範とが別々に存在する場合である。⁽³⁰⁾ これに対し、保護規範説とは、権利規範が作用規範から汲み出されることによって生じる。著者は私権に代表される国家成立に先行する既得権と、行政作用法が成立して初めて観念できる行政法上の地位とを峻別する立場に立つ。そして、行政訴訟が法律上の争訟の枠内に含まれるためには、作用規範の誠実な執行を私人が求める「法律執行請求権」では訴訟を基礎づけることができないとの理解を示す。以上を前提として著者は、ロマーノによる権利・利益の二分論及び利益の類型論(本書・二一四頁)に示唆を得て、次のような権利・利益の類型論を示している(本書・三一四頁)。

法律上の利害調整の対象となる法的利益には、私権・みなし私権、特定者の「私権でない利益」、凝集利益の三種

類がある。利害調整の対象外として拡散利益がある。これらの調整をめぐる訴訟形態として著者は、私権(みなし私権)・同士は民事訴訟(司法管轄留保事項)、拡散利益は民衆訴訟と捉えており、特定者の「私権でない利益」と凝集利益が関わる争いについて取消訴訟が用いられるとする。これに対し、一体的法律状態に組み込まれない場合の私権が存在する局面が権利保護訴訟に対応しており(本書・一六頁)、国税還付金返還請求権や公務災害補償請求権は

いずれも既得権の問題と整理する。行政実体法はこのように、行政過程における権利・利益の類型論に対応するさまざまな層から多元的に構成されており、主観的権利のみによって一元的に構成されているわけではないと本書は結論づける(本書・三一八頁)。

(2) 理論的評価

こうした著者の主張が持つ理論的意義は次の二点にまとめられる。第一は、利益の類型論を示した上で、その調整方法を法的に構成する極めて興味深い試みであることである。そしてその際、従来は脇役の座に置かれていた(権利に至らない)利益にスポットを当ててその多様性を明らかにしたことに注目すべきである。第二は、行政実体法の多元的構成の構想である。利害調整の対象となる法的利益

には含まれていないものの、本書は行政法上の権利義務の存在を認め（本書・三二七頁）、これに対応する訴訟として公法上の当事者訴訟を位置づけている。秩序構造を明らかにするとする本書の主題との関係であまりクローズアップされてはいないとはいえ、本書は行政法上の権利の存在を全否定しているわけではない。

(3) 疑問点

これに対し、次の二点の疑問点を指摘することができる。

第一は、拡散利益の取り扱いである。著者は行政訴訟を法律上の争訟の概念に収めようとする意図から、民衆訴訟的な構成に親和的な法律執行請求権を忌避する。しかし、行政法規に基づく適切な執行を行政機関に対して求める権利を私人は有しているという前提から出発する行政訴訟観もありうる場所である。⁽³¹⁾ 拡散利益を取消訴訟の対象から除外選択は取消訴訟の持つ紛争解決の可能性を縮減することにはならないか。第二は、行政法上の権利義務の取り扱いである。例えば社会保障給付を例にとれば、請求権構成をベースにした行政行為の役割を検討する素材が豊富に存在する。⁽³²⁾ また、社会保障給付は既得権と法律上の地位の二分論には馴染みにくい。著者が公法上の当事者訴訟の領域としたこの領域においても行政行為・取消訴訟の構成可能性

はなお存在するのではないか。⁽³³⁾

(三) 法秩序・行為形式・法関係

(1) 著者の主張とその背景

著者は公益実現過程に全体として法律構成を与えることで、行政実体法を法的仕組みと行為形式の二段階に分節する法的仕組み論を支持している。しかし法的仕組み論が最終的に個別権に還元する方法を取ることは反対で、法的仕組み段階において法秩序ないし制度といった客観的構成を与えることを主張する（本書・一一頁）。また「既得権」論文において著者は、行政組織法と作用法の峻別を批判し、組織法の階層秩序構造を作用法にも及ぼす構想を提示している（既得権（一）・一九六頁）。このような構想には、イタリア行政法学が持つ階層秩序論や教会法学との比較が影響を与えているように思われる（本書・二〇八頁）。

(2) 理論的評価と展望

こうした著者の見解は、これまでも行政法学の体系化の有力な方法と目されてきた法的仕組み論⁽³⁴⁾に新たな理論的展開可能性を与えるものといえよう。従来の法的仕組み論は行為形式の組み合わせのパッケージと政策目的との関係を問うことが中心課題であり、そこで語られる内容は無理を

すれば行為形式論に吸収可能なものが多かった。これに對し著者の主張は、法的仕組みとそれが念頭に置く関係人団との関連性が意識され、行為形式論では取り扱うことが難しい定型的な利害調整パターンをも取り込んだ理論化が可能となるように思われる。

他方で、山本隆司教授の「法関係論」は、本書が指摘するようにどちらかといえば「権利」構成の志向を強く持っているものの、著者の言う「秩序」の要素も取り込みうる理論枠組とも思われる。³⁵ 評者も「法関係」の中には客観的要素も取り込まれるべきと考えており、³⁶ そのような用語法はすでにマイヤーにも見られるところである（本書・一〇〇頁）。このように考えた場合の著者と「法関係論」との差異は、公法学においても個人を起点とする理論構築を行うべきかどうかの違いにあるのではないだろうか。³⁷

現在の行政法学説の主流となっている行政過程論の最大の功績は、行政活動の展開分析の際に時間的・空間的広がり³⁸の存在を意識させたことにある。法的仕組み論・行為形式論・法関係論はいずれもこれを踏まえており、その違いは行政過程時間・空間を整理する基軸として制度に注目するか、行為に注目するか、あるいは関係に注目するかの点にある。この意味でこれらは相互排他的関係に立つもので

はなく、また行政過程空間の整理の方法はこれに尽きるものでもない。³⁹ そうであるとすれば、行政法学の体系化の方法は、どのような目的で行政法総論を構築するかに大きく依存していると考えるべきであろう。法秩序を基軸とすれば行政法の利害調整機能を対象となる人的集団との関係で鮮明に描き出すことができ、法関係を基軸とすれば行政法解釈に客観法の要素と現実社会の利害状況を細やかに取り込みながら請求権に結実させていく過程を提示することができる。これに対し評者は、政策実施手法と行為形式論の二段階分節の重要性を踏まえつつも、行為形式論の理論的な発展可能性をなお追求すべきと考えている。⁴⁰ 社会問題を解決するに際しての制度設計技術を蓄積することが行政法学の役割であるとした場合、なるべく広い範囲の個別法規から共通の規律技術を吸収することができるフォーメーションが行政法学には必要となる。行為形式論には、規律の内容（政策目的）から一旦切り離れた行政活動の「形式」に注目してその実体的・手続的なルールを個別法から蓄積することにより、規律技術の高度化を可能とするメリットが認められる。さらに、行為形式は訴訟類型論とも密接な関連性を有しており、改正行政事件訴訟法で追加された訴訟類型をもより意識した行為形式論による整理に

よって行政過程全般の見通しを確保する機能をも持つ。⁽⁴²⁾

おわりに

以上のように、本書は、評者が関心を持った点をランダムに取り上げただけでも行政法の基礎理論上の極めて多くの問題群に対して新たな知見を提示している。これほど知的刺激に満ちた作品となっている背景には、従来誰も挑戦し成功してこなかった「行政訴訟の適法性維持機能」⁽⁴³⁾の観点のみから行政法理論を組み立てたことがあると思われる。しかし著者の理論的挑戦は本書によって開幕したばかりである。すでに公表が進んでいる「既得権」論文においては「司法管轄留保事項の理論」（既得権（一）・二〇九頁、なお本書・三三七頁註（190））の全貌が徐々に明らかにされている。著者の主張する行政実体法の多元的構成の全容が明らかになることを、他の読者とともに期待したい。

*本稿は、河中自治振興財団の後援により開催された第二回行政法制研究会（グランドアーク半蔵門、二〇〇七年九月八日）における報告原稿に加筆訂正したものである。同財団、研究会において司会進行を担当された亘理格教授

（北海道大学）、懇切なご教示を賜った仲野武志准教授と同研究会の参加者に心より御礼申し上げます。加えて、仲野准教授による当日の質疑応答の要約と研究会全体の感想（評者の私信による追加的な質問に対する回答も含む）を本稿に附記として掲載させて頂いているので、併せて参照頂きたい。また、本稿の着想段階において、興津征雄准教授（神戸大学）・藤谷武史准教授（北海道大学）との議論から多くの示唆を得た。記して御礼申し上げます。

（1） 仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣・二〇〇七年）。引用の際には「本書」と表示する。

（2） 二〇〇二（平成一四）年一二月に開催された第一三九回行政法理論研究会シンポジウムにおいて、著者は「新たな基調理念の模索」と題する報告を行っている。その内容は自治研究七九巻四号に掲載されている（仲野武志「新たな基調理念の模索」自治研究七九巻四号（二〇〇三年）一八一―二七頁（引用の際は「基調理念」と表示する））。

（3） 仲野武志「公権力の行使概念の研究（一）」（五）「法学協会雑誌（東京大学）一一九巻二号（二〇〇二年）一六一―二五四頁、五号八四〇―九一二頁、七号一二二七―一二九四頁、一二〇巻一号（二〇〇三年）六二―一三七頁、二号（二〇〇三年）二八八―三六一頁。引用の際には

「初出論文(回)」と表示する。

(4) 仲野武志「法律上の争訟と既得権の観念(一)

」(四)「法学(東北大学)六七卷二号(二〇〇三年)一七四—二二七頁、四号五四—五七九頁、七一卷一号(二〇〇七年)三五—七〇頁、三号三二九—三七六頁。引用の際には「既得権(回)」と表示する。

(5) 研究会においては仲野武志准教授より、評者の疑問に対する回答を頂いた。そこで、当日の議論を記録し本書の理解の一助とする目的から、本書評ではこれを脚註に記すこととしたい。

(6) このことは本書の底流に流れる現実認識としての「社会の自己組織を伴った国家と社会の分離」というフレイズ(本書・一九頁)を、ギールケ(本書・七一頁)、オーリウ(本書・二二六頁)、ロマーノ(本書・二二二頁)の三人に対する言及で用いていることから裏付けられる。

(7) 必ずしも制度の要素を強調するものではないものの、岡田雅夫「行政法の基礎概念と行政法解釈学」同『行政法学と公権力の観念』(弘文堂・二〇〇七年)二六九—二八九(二七九—二八一)頁「初出二〇〇五年」は行政法関係を権利義務関係と構成しない立場をとる。

(8) 角松生史「第二報告へのコメント」自治研究七九巻四号(二〇〇三年)二七一—三五(三三)頁。これに対し仲野准教授より、この点に関しては柳瀬良幹教授の方法論(参照、藤田宙靖「柳瀬博士の行政法学」同『行政法学の思考

形式(増補版)』(木鐸社・二〇〇二年)一五九—二七二(一七七一—一七八頁)「初出一九七二年」を強く意識しているとの回答を得た。

(9) この点で対照的なのが、山本隆司教授の提唱した法関係論(とりわけ新保護規範説)である。新保護規範説は本書とは逆に当事者間の関係への分解の路線をとり、法解釈の際には社会学的知見を積極的に導入する姿勢をとった(山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣・二〇〇〇年)二六一—三三〇頁)「初出一九九七年」、大橋洋一「法関係を基軸とした権利論の再構成—山本隆司著『行政上の主観法と法関係』自治研究七七巻四号(二〇〇一年)一二三—一三九(一二五)頁」。その結果、原告適格論について言えば総じて本書よりも新保護規範説の方が第三者の原告適格をより柔軟に認める傾向を持っている。

(10) 尤も、著者が原告適格プロパーの問題に対しても同様の姿勢を示していることに注意が必要である。本書・三三八頁註(28)では、行政事件訴訟法九条二項の「当該法令と目的を共通にする関連法令」の理解として、一括法として提出しうる法律群、ないしある法律に基づく処分の要件または考慮事項が他の法律中に規定されている場合と述べた上で、新潟空港事件最高裁判決や小田急事件最高裁判決の関連法令の解釈に疑問を呈している。対照的な見解として参照、橋本博之「原告適格論の課題」民商法雑誌一三〇巻四〥五号(二〇〇四年)六一四—六三九(六二二)頁。

- (11) 原島良成「地方政府の原告適格に関する一考察(一)」上智法学論集(上智大学)五〇巻三号(二〇〇七年)七一—九一(八八)頁は、「処分根拠法が実現しようとしている公益と係わり合いの深い提訴者の利益(法的利益とは限らない)について、それに対する適正な配慮が処分要件充足性の行政判断において求められていると言い得るだけの法律上の手がかりがあるなら、原告適格を認めてはどうか(傍点原文)と述べ、本書と親近性ある立場を示している。著者と同じく(基調理念・二〇頁)、小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」西谷剛他編・成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』(有斐閣・一九九八年)四三—五五(五四)頁の指摘(旅館業者による特別名勝現況変更許可取消訴訟)に注目した立論である。ただし小早川光郎『行政法講義下Ⅲ』(弘文堂・二〇〇七年)二五九頁では、このケースは保護範囲に関する原則的な判断方法の例外として位置づけられている。
- (12) 法律の留保理論からこの問題にアプローチするものとして参照、藤田宙靖「行政活動の公権力性と第三者の立場」同『行政法の基礎理論(上)』(有斐閣・二〇〇五年)二五四—二八四(二六〇—二六二、二八〇—二八一)頁「初出一九九〇年」。
- (13) 司法権の範囲との関係からこの問題の再検討の必要性を示すものとして、神橋一彦「取消訴訟における原告適格判断の枠組みについて」立教法学(立教大学)七一号(二〇〇六年)一一三四(四五)頁がある。理論的アプローチとして参照、亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究六五号(二〇〇三年)一八八—一九九(一九一)頁、斎藤浩他「更なる行政訴訟制度の改革について(上)」自治研究八二巻三号(二〇〇六年)三一四八(四〇)頁「阿部泰隆発言」。
- (14) 原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣・二〇〇七年)二一一、二八八頁。
- (15) この点に関し仲野准教授からは、前者については用途地域の中でさらに地域的な限定がされていること、また後者については環境影響を受ける地域は一定地域に限定できること(なお事業者アセスの場合には出訴資格は認められない)が判断のポイントとなっているとの回答を得た。
- (16) この点に関し仲野准教授からは、従来客観的構成がうまくいかなかったのは拡散利益と凝集利益との区別が十分になされていなかったからではないかとの問題意識から、凝集利益を切り出して提示することが考察の中心となっており、拡散利益を更に分析することは可能かもしれないが本書では行っていないとの回答を得た。
- (17) 「行政不服審査制度検討会最終報告」(二〇〇七年)四五—四六頁。
- (18) この点に関しては、興津征雄「フランス行政訴訟における裁判所と行政庁との役割分担の変化について(一)」民商法雑誌一三四巻三号(二〇〇六年)三八七—四二八

(四一四)頁の示す「理由の節約の法理」の分析が示唆的である。

(19) 塩野宏「行政事件訴訟法改正と行政法学」民商法雑誌 一三〇巻四―五号(二〇〇四年)五九九―六一三(六〇八)頁にいう「開放的抗告訴訟観」との関係が問題となる。

直接型義務付け訴訟の理論的基礎付けの分析として参照、小早川光郎「行政庁の第一次的判断権・覚え書き」三辺夏雄他編・原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』(有斐閣・二〇〇四年)二一七―二四五(二四一)頁。

(20) この点に関し仲野准教授からは、自身の理論体系との関係で義務付け訴訟や差止訴訟を重視していないわけではなく、例えば本書・三二四頁註(57)の建設リサイクル法のような事例では義務付け訴訟を想定することが可能なのではないかとの回答を得た。

(21) 共通の問題意識を示すものとして参照、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察」同『行政訴訟の基礎理論』(有斐閣・二〇〇七年)一〇二―一二六五(二五二)頁「初出一九八九年」。

(22) 初出論文(五)・三三四頁における「公権力の行使」ないし処分とは、規範に基づいて名宛人個人の権利を變動させる公法人の行為ではなく、法的仕組み自体の形成として関係人団の地位秩序、全体が變動することをさすにすぎない。この点に留意するのであれば、記述概念として、仕組みに基づいて関係人の地位を變動させる行政の行為と表現

することも妨げない」とする言明にも注目する必要がある。

(23) 参照、高木光「行政訴訟制度改革の意義と評価」法律のひろば五七巻一〇号(二〇〇四年)一六一―二二(一八)頁、小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』(有斐閣・二〇〇五年)一〇七頁「芝池義一発言」、永谷典雄「改正行政事件訴訟法の実務上の諸問題」法律のひろば五九巻五号(二〇〇六年)三九―五二(四八)頁。

(24) 民事訴訟とは異なる行政訴訟制度が存在する理由を考察することは、行政の存在理由を問うことに直結する。参照、小早川光郎「行政訴訟の課題と展望」司法研修所論集 一一一号(二〇〇三年)三二―六二(四九―五一)頁、大橋洋一「行政法総論から見た行政訴訟改革」三辺夏雄他編・原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』(有斐閣・二〇〇四年)一一四(五一―二)頁。

(25) 原田尚彦「行政過程と司法審査」同『訴えの利益』(弘文堂・一九七三年)一六六―一九一(二八九)頁「初出一九七二年」。ただし、この点に対しては、行政法学が持つ私人の(権利)自由保障機能を弱めるものであるとする批判(ある種の行政過程論が行政機関からの侵害に対して私人を保護する目的の(伝統的な)「行政の法律適合性の要請」を基本的に離脱しようとする可能性を秘めているとする、藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ(総論)「改訂版」』(青林書院・二〇〇五年)一三三頁の指摘が想起される)が可能であり、仲野准教授の「既得権」論文はこれに対する有

効な回答をも提示する試みと考えられる。なお著者は別稿（本書・三三七頁註（193））でも再検討を予定しているとのことである。

(26) 村上義弘「行政法と私法ならびに抗告訴訟と民事訴訟の相違について」佐藤幸治・清永敬次編・園部逸夫先生古稀記念『憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣・一九九九年）三二一—三七一（三四一）頁はこの点を憲法論との関係で論じている。

(27) この点に関する評者の見解は、原田大樹・前掲註（14）二六四頁以下を参照。より一般的に言えば、民事法に対する行政法の「差異」の強調は、行政法学のアイデンティティーの確立と行政法学内部のシステムの安定を図ることができる反面で、民事法学とのインターフェイスを閉ざすことで両者のイノベーションの機会を減少させる恐れを否定できない（原田大樹「行政法学から見た制度的契約論」北大法学論集（北海道大学）掲載予定。なお、行政上の義務の民事手続による履行の可能性の問題もこの文脈に位置づけられる。しかし本書では本格的な議論の展開はなされていないため、本書評でも取り上げないこととした。この点に関する著者の見解は既得権（一）・二二二頁及び二二七頁註（180）、これに対するコメントとして参照、太田匡彦「民事手続による執行」芝池義一他編『行政法の争点【第三版】』（有斐閣・二〇〇四年）七二—七三（七三）頁。

(28) この点に関し仲野准教授からは、給付決定に関しても

戦傷病者戦没者遺族等援護法のように三面関係になるケースがあり得ること、また全ての社会保障給付が既得権と考えているわけではなく、公務災害補償請求権は既得権である（本書・三一六頁）が、朝日訴訟判決が「権利」と呼んだ生活保護受給者の地位はもとより、（未裁定年金のような）政策的に保護される期待権も「特定者の『私権でない利益』（本書・三二四頁）に当たると考えられるとの回答を得た。前者の問題（給付決定における第三者の存在）に関して、抛出と給付の法学的な把握（その具体的な現れの一つとしての保険者自治の問題）を試みる上で「秩序」の見方には（少なくとも）問題発見的な意義が認められ、これを理論化の方向へ導く努力が必要となろう。

(29) この点に関するドイツ法の詳細な分析として参照、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会・一九八三年）一一七—一八九頁。

(30) 既得権（一）・一九五頁には、「本稿では以下『既得権』として、私権に加え、財産を除く刑事法上の個人的法益（生命、身体、自由、人格）を念頭におくこととする」との説明がある。

(31) 代表的な見解として参照、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌一三〇巻六号（二〇〇四年）九六三—一〇一七（二〇〇〇—一〇〇五）頁、小早川光郎編・前掲註（23）九六—九九、一一一—一二三頁「中川丈久発言」。

- (32) 重要な業績として参照、太田匡彦「権利・決定・対価
(二)」(三)法学協会雑誌(東京大学)一一六卷二号
(一九九九年)一八五—二七二頁、三号三四—四一一頁、
五号七六—八五五頁、同「行政行為」公法研究六七号
(二〇〇五年)二二七—二五二頁。
- (33) より一般的には、行政行為に規律される私人の実体法
的・手続法的な法的地位とそれを実現するための請求権・法
制度の二層構造理解(山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関
係」民商法雑誌一三〇巻四—五号(二〇〇四年)六四〇
—六七五(六六〇—六六五)頁)がこの局面における理論
モデルとして参照されうる。
- (34) 小早川光郎「行政の過程と仕組み」兼子仁||宮崎良夫
編・高柳信一先生古稀記念『行政法学の現状分析』(勁草書
房・一九九一年)一五一—一六五(一五八—一六二)頁。
- (35) 山本隆司・前掲註(9)二五五、三八八—三八九、四七
一—四七三頁。
- (36) 原田大樹・前掲註(14)二八〇—二八五頁。
- (37) 本書・八頁と山本隆司・前掲註(9)四七四頁の記述とが
対照的である。
- (38) 塩野宏「行政過程総説」同『行政過程とその統制』
(有斐閣・一九八九年)三三四—三五六頁「初出一九八
四年」。
- (39) 行政処分を基軸とした理論として「権力行政手続法」
が以前から提示されており(兼子仁『行政法学』(岩波書

- 店・一九九七年)八一—八三頁)、また「情報処理」を整理
概念とする理論構築も可能である(角松生史「公私協働」
の位相と行政法理論への示唆」公法研究六五号(二〇〇三
年)二〇〇—二一五(二〇四—二〇五)頁)。
- (40) この点に関する評者の見解は、原田大樹「政策実施の
手法」大橋洋一編『政策実施』(ミネルヴァ書房・二〇〇八
年刊行予定)を参照。
- (41) 塩野宏『行政法Ⅰ(行政法総論)』「第四版」(有斐閣・
二〇〇五年)八二頁、大橋洋一「新世紀の行政法理論」小
早川光郎||宇賀克也編・塩野宏先生古稀記念『行政法の発
展と変革(上)』(有斐閣・二〇〇一年)一〇七—一三〇
(一二七)頁、同「制度変革期における行政法の理論と体
系」公法研究六五号(二〇〇三年)七四—九九(八五—八
七)頁。この点に関して、研究会において斎藤誠教授(東
京大学)より、「評者が提唱する行為形式論では、解釈と
立法の境界線は、何によって引かれるのか。例えば、原告
適格を基礎づける参加手続かどうかの解釈、そして手続の
要・不要は、憲法上の権利・利益の位置づけによるのか」と
の質問を頂戴した(この趣旨及び文脈に関しては本稿附
記の仲野准教授の斎藤教授の質疑に対する応答もあわせて
参照されたい)。これに対し評者は、行為形式論は必ずし
も立法論にのみ寄与するものではなく、解釈論の場面にお
いても憲法規定の抽象性を補完して当該行為やそれが埋め
込まれた法的仕組みの解釈を誘導することはあり得ると回

答した。また原告適格論に関しては、参加手続の有無はその判断の際の一つの要素であって、この点では仲野准教授の見解とは異なる」と回答した。

(42) 行為形式論と権利保護の体系との一体的発展の重要性を夙に指摘していた業績として参照、高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣・一九八八年）二七五頁「初出一九八五年」。

(43) 制度改革期においてこの観点をより強く提示した論攷として参照、曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト一二一九号（二〇〇二年）六〇—六八（六三）頁、亘理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト一二三四号（二〇〇二年）八一—一五（一〇）頁。

〔附記〕本稿は、文部科学省科学研究費補助金（若手研究B）の助成による研究成果の一部でもある。

〔附記〕

書評会を振り返って

——質疑応答の要旨と今後の課題——

仲野 武志

(1) 正教授中心の会とあって、当日の著者(仲野)は職員室に呼び出された悪童のような心地であったが、原田大樹准教授の堂々たる報告ぶりに感心した次第である。読み手に親切というには程遠い拙著に対して、犀利かつ周到なご高評を下された原田准教授に深く感謝申し上げる。併せて河中自治振興財団及び猛暑の中お集まり頂いた先生方、とりわけ司会をお引き受け下さった巨理格教授に、心より御礼申し上げたい。

原田准教授との質疑応答は、「法秩序・行為形式・法関係」の脚註に織り込まれており、それは著者の発言内容の正確な要約である。ここでは、以上に加え、なお若干の補足を述べておきたい。

(2) 第一に、義務付け訴訟に対する著者のスタンスであるが、それが国家作用への強い干渉である点を重視すれば、〈主観的構成〉以上に〈客観的構成〉に馴染むのではないかと考えている。尤も、「判例先取り」型を標榜する以上、

建設リサイクル法に止まらず、全ての立法例を列挙する責任があるが、今のところ著者はその作業に着手できていない(管見の限りでは、例えば都市再開発法上の権利変換処分により施設建築物の所有を目的とする地上権の共有持分の義務付け訴訟を提起しうると解される(「既得権論文(五)」近刊参照)。

第二に、期待権と既得権の区別については、五八・衆・社労委二三号(昭四三・五・九)二八頁の真田政府委員答弁を意識している。尤も、立法例の横断的検討は、「既得権」論文の「債権を形成する国家作用」の章(来年刊行予定)に委ねたい。

第三に、終章第二節に示した実定法解釈論に対する具体的検証は、大いに歓迎したい。著者自ら両論併記に止めた箇所もある(本書三二八頁註(Ⅷ))外、異論がありえそうなものとしては、本書では出訴適格を否定した埋立区域内の入会操業者の漁業上の凝集利益(本書一九八頁)が考えられる。

なお、「環境影響を受ける範囲であると認められる地域」(本書三〇三頁)は、地理的外延が明示される(環境影響評価法施行規則七条一項四号)点に留意されたい。当該地

域については、行政局も注目しているようである（同局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』二三頁）。

第四に、原田准教授から実定法の調べ方に関して追加的な質問を頂いたので、ごく簡単に回答しておきたい。現憲法下の法令については衆議院の「詳細な検索（制定法律）」（http://www.shugin.go.jp/index.nsf/html/index_search.htm）及び法令データ提供システム（<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>）、旧憲法下の法令については『現行法令輯覧』を用いているが、後者が加除式となつて以降は『日本法令索引（旧法令編）』及び『議会議度七十年史（帝國議會議案件名録）』をもとに『法令全書』に当たる外ない。重要なものは現段階で悉皆的であること以上に、嚆矢となる立法例から系統的に押さえることである。とはいえ、用例は検索できても概念は検索できないため、著者自身、今も試行錯誤を続けている。例えば、凝集利益の外延を手続規定ではなく実体規定を通じて画定している立法例があるか（本書三〇八頁）については、「勘案」「配慮」「考慮」「留意」「斟酌・しん酌・参酌」「検討」「配慮」「顧慮」等の用例を洗つてみたものの、断言し得るには至らなかった。なお、最も近いのは離島住民（武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律五二条三

項）であろう（他の都道府県の種苗生産者（植物防疫法二九条二項）及び一般需要者（農山漁村電気導入促進法九条四項二号）の利益は拡散利益であるし、小規模事業者（騒音規制法一三条等）は名宛人である）。

原田准教授以外の出席者との質疑応答の要旨は、以下の通りである。発言の意図が損なわれないよう、著者による追加的コメントの部分を含めて、それぞれの質問者に目を通して頂いた。

質疑応答の要旨

(1) 「団体なき団体主義」（本書三〇四頁）というフレーズが表現として若干分り難いとの高橋滋教授（一橋大学）の指摘に対し、著者は、「前者の『団体』は法人格を有する『個』であり、国家と個人との直結を妨げる中間団体であるのに対し、後者の『団体』は凝集利益を享受する人々の集まりであり、主観的意思協同も要しない」と答えた上、「ポレミシユな表現であり、誤解を招く虞がある点は指摘の通りである」と付言した。

(2) 「ドイツにおいて、かくまで強固な〈主観的構成〉志向を生ぜしめた要因は何か」という石川敏行教授（中央大学）の問いに対し、著者は、Kroeschel論文（本書一一

八頁註(207)及びカントの影響(山本隆司『行政上の主観法と法関係』三三頁以下)に言及した上、「いまだ明晰な全体像を得るには至っていない」と回答した。これに関連して同教授から、一八五〇年以前の法状況・社会状況を含めた包括的考察の必要性についての指摘があった。

改めて補足するに、この点は各次元に亘る諸要因が複合した結果であると思われ、本書でもあえて図式的な説明を避けた次第である。

(3) 「一体的法律状態」(本書二八五頁)という語の由来に關する小早川光郎教授(東京大学)の問いに対し、著者は、「オーリウ、ロマーノはもとより、サヴィニエ、マイヤーのようRechtsverhältnisも意識した」と回答した。加えて、「ドイツではRechtsverhältnisという語が権利義務関係に還元され尽くすか否かによって二通りに用いられているが、それぞれ異なる概念として峻別されるべきであり、例えば『法関係』といった訳語の統一を図るべきではない。また小早川教授がStatusを『地位関係』と訳した(小早川光郎『行政訴訟の構造分析』一〇四頁)のは親子関係・夫婦関係のような語と平仄を合わせたためと思うが、『関係』というと主体の实在が論理的に先行するニュアンスを与えるため、本書にとっては適切でないと判断した」と付

言した。

(4) 参画手続がなくとも参画手続があるものと構造上同一の仕組みについては、当該凝集利益は出訴適格を基礎づけると類推解釈してよいとの著者の主張(本書三〇七〜三〇八頁)につき、齋藤誠教授(東京大学)から、「法律実証主義的には、あえて参画手続を設けなかった立法者意思を尊重すべきという方向になると考えられるが、そうでないとすると、その根拠としては、権利・利益の憲法上の性質によるのか、解釈により認める領域と、立法論になる領域の境界線は何によって引かれるのか」という質問が寄せられた。これに対し著者は、「この主張は出訴適格が認められる範囲を広げるための許容限度一杯の理論的妥協であるが、いまだ適切な立法例を見出し得ていない。ただ、基本権は個別主体に排他的に帰属する主観的権利であるから、凝集利益の文脈では効いてこないのではないかと考える」と回答した。

(5) 「方法論上〈客観的構成〉を選択することは必然的に社会学的考察をも要請するのではないか」という亘理格教授(北海道大学)の問いに対し、著者は、「制定法準拠主義をとる判例実務に受容され易くするため、また予測可能性を担保するためにも、終章第二節では法律実証主義的な

立場を徹底してみたが、むろん社会学的考察を否定するものではなく、今後検討する必要は感じている」と回答した。なお、社会実態から「法」を構成する方法論的選択肢を排除すべきでないという点については、山本隆司教授（東京大学）からも同様の指摘があった。

その後検討してみたところ、わが国の実定法上も、組織法と組織自体とが必ずしも一致せしめられていない（例えば内務省及び内務省の機構に関する勅令等を廃止する法律（昭二二法二三八）は「内務省は……これを廃止する。この目的のために、左に掲げる勅令（＝内務省官制等）は、これを廃止する」と規定している）ことに気がついた（本書二三一頁も参照）。これに止まらず、両教授の指摘については、今一度考え直してみたい。

(6) 山本教授からは、「私権・主観的権利が整序概念たりうるのはパンデクテン体系の構成要素となる限りにおいてである」という著者の主張（本書八頁）は論証不足であるとの指摘があり、加えて、「著者の体系において憲法（Verfassung）はどこに位置づけられるのか」、「個でない団体、パンデクテン体系でない体系というが、要するに何か」、「訴権は、行政手続参加権が法令に規定されていないと否定されるほど、行政手続の補完的位置づけに止められる軽

いものなのか」という三つの質問が寄せられた。

著者は、最初の指摘については、甘んじて受けねばならないと思っている。自身の念頭にあったのは、パンデクテン体系の思想史的基盤を追求した Cappellini 論文（本書四二頁註（104））や主観的権利概念に固有の演繹的規定能力はイギリス法にいう *right* が単なる経験的事実であるのと同好対照をなすと説く Samuel 論文（本書三二五頁註（72））——イタリア法にいう法律上の利益（*interesse legitimo*）にまで目配りした包括的な比較法研究である——などであるが、かかる関連業績の当否も含め、自らの主張に至る背景を今少し詳細に叙述すべきであったと考えている。

また三つの質問に対しては、当日、次のように回答した。第一問については、まず「憲法典上の人権規定」という意味における「憲法」ということであれば、そのみでは要件効果規範を与え切っていないので、結局のところ私権形成的行政行為の悉皆的分析——かかる作業は行政法解釈論であると同時に憲法解釈論でもある——を通じて得られた「国家作用の限界」の外に存する私権こそが、憲法に基礎をもつ人権であると考えられないように思う。

また「人が *verfassen* された状態」という意味における「憲法」ということであれば、それは第二問とも関わって

くるのであって、本書の第二・三章は、著者なりに「Verfassung」とは何か」という根本的問題に取り組んでみたものであるが、単なる学説史研究以上の付加価値を産み出しえなかった点は遺憾としている。尤も、終章第二節では、わが国の実定法という誰もが共有するテキストに即して、個別主体に排他的に帰属する主観的権利ではない「不可分利益」をリストアップしてみたつもりである。

第三問については、もとより「裁判を受ける権利」の重要性を否定するものではないが、行政手続と訴権との関係は極めて多彩かつ微妙である（例えば独占的狀態に対する措置（平一七法三五による改正前）のように確定するまで執行できない場合、訴訟手続は行政手続に埋没することになる）から、行政法における訴権を民事法における訴権と全く同列に論ずることは必ずしも妥当でないと考えている。