

許可制度の法学的再構成

土 井 翼^{*}

- I はじめに
- II 「人の本来自由な活動」の類型学
- III 許可制度の法学的再構成
- IV おわりに

I はじめに

1. 社会的現実と法概念

法は真空中に存在するものではないから、ある法概念がただ書齋のなかで発見されることもない。この意味で、法概念は常に社会的現実との関係で鍛えなおされつづけなければならない。しかし同時に、法概念は、それが法概念であるためには、社会的現実との間に一定の緊張関係をも構築しうるものでなければならない¹⁾。

そうした概念彫琢の作業は法学にとって日常的営為であるが、現在までの行政法学が実際にそうした作業を断続的におこないつづけている領域の一つとして、原子力法、とりわけ原子力発電所の設置及び運転にかかる許可制度を挙げることができる²⁾。たとえば、前世紀末に刊行されたある論文集は以下の結語とともに閉じられている³⁾。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第18巻第2号 2019年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

1) Vgl. z. B., *Christoph Möllers*, Willensfreiheit durch Verfassungsrecht, in: *Ernst-Joachim Lampe u.a. (Hrsg.)*, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Suhrkamp, 2008, S. 250, insb. 270ff.

原子力関連裁判について、法的な視点からぎりぎりのところまで切り込み、訴訟の在り方をこの種の法的紛争を解決するための場として理想的な形へ近づけることに貢献したいというのが、本書における作業の原点であった。〔……〕原子力技術〔……〕は進歩発展の著しい分野であるため、本書の記述の一部は早い段階において修正を余儀なくされることが予想される。しかしながら、当該技術の発展段階に即した本書の法的記述は、先端技術の法律問題を検討する際の基本的視点を踏まえたものであることも事実である。その趣旨から、一定の期間、本書の意義が保たれることを期待しつつ、その記述をここに閉じることにしたい。

つまるところ、社会的現実を法的なものとして認識するためにはまず法概念が必要となるが、しかし、認識された社会的現実¹に照らして法概念は常に反省の対象とされる、こうした往還運動の一齣がそこには記録されている。

本稿は、このような往還運動のなかでも法概念を反省する作業をおこなうものである。しかも、法概念を社会的現実²に照らして反省するというのですらなく、ある法概念を他の法概念との関係で把握しなおそうとするととどまるから、作業はきわめて準備的な性質を帯びる。具体的には、原子力発電所にかかるものを含む許可制度につき「法的な視点からぎりぎりのところまで切り込³」んだうえて「法的記述」をすること、すなわち、許可制度内部における差異を識別し、複数の類型をもつ制度として法学的に再構成することを、本稿はその目的とする⁴。

2. 本稿の構成

「我が国の許可制度の理解は、伝統的に、美濃部達吉が示した「警察許可」の

-
- 2) わが国の問題に対する卓越した問題意識に裏打ちされつつ、原発許可における多段階的行政手続を検討することでこの領域における画期をなした研究として、参照、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、1990年）123-168頁。最近時の重要な業績として、参照、米田雅宏「伝統的許可制度の現代的変容（上）（下）」法時90巻7号（2018年）80頁、8号（2018年）96頁。
 - 3) 高橋滋『先端技術の行政法理』（岩波書店、1998年）302-303頁。途中の改行は省略し、圏点は本稿著者が附した。

それに由来する」ものであるが、「この警察許可の範型 [が]、今では警察目的に限らず広く行為規制一般の手段として用いられている」⁵⁾。そして、ここにいう(警察)許可とは、特定の(警察)目的のために「人の本来自由な活動領域について予め禁止をしておき、一定の要件を備えると、申請に基づきその禁止を解除、つまり自由の回復を図る」仕組みである⁶⁾。許可を含む行政行為の分類の相対化が指摘されて久しい⁷⁾が、本稿は、さしあたりこの一般に共有された理解を出発点として、第1に、許可制度がその対象とする「人の本来自由な活動」とは何かという点に着目し、禁止対象にかかる差異を法学的に認識することを試みたくえで(Ⅱ)、第2に、そうした禁止対象にかかる差異が許可制度の理解にどのように反映されるのかを検討する(Ⅲ)。

結論から先に述べれば、許可制度は、その対象たる私人の活動が当該私人の支配領域内部で完結するものであるか、当該私人と他者との法取引とを含むものであるかという観点から差異化することが可能である。そして、こうした差異化に意味が認められるのは、前者については占有内部に擬似的な公共空間を創出し、あるいは環境という公共空間を破壊する(ことを介して他者の支配領域を侵害する)ということへの意識を、後者については私人間での法取引を可能とする公共空間(市場)への意識をもたらすからである。

なお、著者の能力及び紙幅の関係から検討対象から除外した事項につき先に述

4) もちろん、このような目標設定それ自体に対して疑問を付す向きもある。『許可の法的性質よりも規律内容ないし法律の規律構造こそが重視されるべきとするならば、[……]講学上の概念の先行理解(Vorverständnis)に基づく「機械的処理」は個々の実定法がもつ「緻密な構造を相対化させてしまうおそれがある」という指摘(米田・前掲註2)(下)100-101頁)の説得力に鑑みると、本稿の目的は廃屋に屋根を架すようなものとも思われるからである。しかし、以下の本文の叙述により本稿の目的が達成されるとすれば、それは「講学上の概念の先行理解」を相対化することにより、「機械的処理」を妨げるものとなる。また、本稿が抽出しようとする類型はまずは発見的な機能が期待されるものであるから、この意味でも(それに発見的な機能があると認められるかぎりにおいて)本稿の意義が否定されることはないと思われる。

5) 参照、米田・前掲註2)(上)81頁。

6) 塩野宏『行政法I—行政法総論[第6版]』(有斐閣、2015年)129-130頁[129頁]。参照、藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)191-208頁。

7) 初期の論攷として、たとえば参照、藤田宙靖「行政行為の分類学」同『行政法学の思考形式[増補版]』(木鐸社、2002年)109頁[初出1977年]。

べておく。第1に、冒頭に述べたことにもかかわらず、本稿は社会的現実の側を主體的に論じることができていない。また、第2に、本稿は学説または裁判例が言及した許可制度のみに焦点を絞ったうえで、そこから許可制度の類型化を試みること注力しており、現行法の全体を悉皆的に調査したうえでの考察もできていない。すなわち、本稿が示しえた（と考える）のは、以上に提示した類型化がありうるものであり、かつ、現行法に関する新しい角度からの考察を可能とするものであることにとどまり、それが現行法をもっともよく説明する包括的・全体的なものであるとの主張はそこには含まれない。

II 「人の本来自由な活動」の類型学

許可制度が人の本来自由な活動領域についての事前の禁止を解除する仕組みであるとすると、そこにいう「人の本来自由な活動領域」の法学的な分類が許可制度分類のための有力な視座（の候補の一つ）として立ち上がることとなる。しかるに、私人の活動の法学的な分類は様々な基準に基づいて構想することができる。たとえば、ある私人の活動がいかなる憲法上の権利に基礎づけられているかを問い、それに基づいて当該活動を制約する国家活動に対する法的規律の在り方を差異化することは可能であるし、日本の憲法学はそうした議論を実際に展開してきた⁸⁾。しかし、以下では、われわれの公法学の概念体系の中核部分を——その是非はともかくとして——規定してきた民事法⁹⁾にアナロジーを求めるかたちでの分類を試みる。

8) 関連する文献は枚挙にいとまがないが、さしあたり参照、長谷部恭男「経済規制立法の違憲審査基準」同『Interactive 憲法』（有斐閣、2006年）182頁〔初出2006年〕、宍戸常寿「財産権の憲法的保障」同『憲法解釈論の応用と展開〔第2版〕』（日本評論社、2014年）153頁〔初出2009年〕。

9) われわれの公法学の開祖の一人にいわせれば、公法学にとって民事法学は「経験豊かな姉」であるという。Vgl. *Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. 1, 1. Aufl., Laupp, 1876, S. VIII.

1. 「人の本来自由な活動」——占有と本権

ここでアナロジーの基礎とする民事法学の議論を端的に提示すれば、以下のようになる。まず、人の活動は、自身が事実上支配する対象物（典型的には土地）の上で完結するものと、そうでないものとに論理的に区分することができる。前者の典型は、自己の所有する土地に資本を投下し、果実を受容するという活動、たとえば原子力発電所の建設及び運転であり、後者の典型は、他者に対して物品を販売することで利益を獲得する活動、たとえば医薬品の販売である。そして、前者はもっぱら自己の支配する物に対する支配力の行使が問題となるのに対して、後者は他者に対する支配力の行使が問題となりうることから、(私)法学的には、前者は占有の系に属するのに対して、後者は債権（本権・権原）の系に属するというかたちで議論が構成されることとなる¹⁰⁾。

この占有と本権との関係は、民事法学の歴史全体をみても難題とされてきた論点である。この問題についてきわめて図式的に整理をすれば、一方では占有保護を仮の本権保護と位置づける見解¹¹⁾が存在し、他方では占有保護を本権保護とは独立のものとして位置づける見解¹²⁾が存在した。この根源的な論点にここで解決を与えることは当然ながら不可能であるが、さしあたり指摘できるのは、日本の民法もその202条2項で「占有の訴えについては、本権に関する理由に基づ

10) 債権と対比されるのが物権ではないことを異とする向きもあろうが、物権は自身が事実上支配する対象物の上での活動を他者との関係で正統化する権原に関わるから、ここでの文脈ではむしろ本権というかたちで債権と併せて把握すべきである。日本の民法学が物権を物に対する直接的支配権と概して理解しつつも、常にそれを権利者以外の他者との関係をにらみながら概念構成してきたことについては、さしあたり参照、拙稿「名宛人なき行政行為の法的構造——行政法と物の法、序論的考察(2)」国家132巻1=2号(2019年)1頁、43頁註203。また、本稿とは異なる脈絡においてはあがあるが、判例のなかから「権原と占有の分離」という発想を分離・抽出する議論として、参照、金子敬明「相続財産の重層性をめぐって(2)」法協119巻1号(2002年)78頁、97-112頁。

さらにいえば、一説によると、物権と債権ではなく占有と債権の原理的な分離が歴史的には先行しており、「物権と債権の峻別」の根拠はここに存する」という(木庭顕『ローマ法案内——現代の法律家のために』(羽鳥書店、2010年)80頁註4)。

11) Vgl. z. B., Rudolf von Jhering, Besitz, in: Johannes Conrad u. a. (Hrsg.), Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena, 1891, S. 406 [412]. 「ローマ法における占有保護がそれ自体として示している形態を完全に満足のゆくかたちで説明する唯一の観点は、いつてみれば、占有保護は簡易化された所有権保護である、というものである」。

いて裁判をすることができない」と宣言することで、一応は両者が異なることを前提としているということである。もちろん、占有訴訟のための専用の手続は実際には存在しないし、むしろこれを無意味なものとする判例及び学説が支配的ではある¹³⁾。しかし、捻れたかたちではあるが、近年、行政法の領域において占有と本権との区別が重要な意味をもって浮上した事件が存在したこともまた事実である¹⁴⁾。そこで、以下の検討においてもさしあたり両者は一方が他方の手段となるような関係には立たない、独立のものであることを前提とする。そして、そうした検討が一定の像を結ぶようであれば、翻ってこうした前提を採ることも

12) Vgl. z. B., *Friedrich Karl von Savigny / Adolfs, Fridericus Rudorff, Das Recht des Besitzes*, 7. Aufl. Wien 1865, S. 197ff. 「いかにして、物上の何らかの権利とは独立に特示命令により保護されるべき占有というものに至るのか」(圏点は本稿著者が附した)。

また、Maurice Hauriouは、おおまかには占有保護と本権保護に対応する紀律法の層と実体法の層につき、両者を独立の法の二つの層と観念したうえで、両者の間に機能的先後関係を想定する。すなわち、事実状態は何よりもまず回復されなければならないものであることから、最初に紀律的手法が先に行使され、事実状態の回復が達成された後に、損害が金銭的に評価され、交換的取引の問題として実体法上の権利関係が処理されるという(v., Maurice HAURIOU, Note sous C. É., 3 juin 1906, *Carteron*, in André HAURIOU (dir.), *Notes d'arrêts sur décisions du conseil d'État et du tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, t. 2, Paris, La Mémoire du Droit, 2000, repr. de l'ouvrage paru en 1929, p. 123 [127-130]; idem., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 799 et s.)。このHauriouの見解については、参照、磯部力「公権力の行使と「法の二つの層」——オーリウのデュギー批判に寄せて」山口俊夫編『野田良之先生古稀記念 東西法文化の比較と交流』(有斐閣、1983年)393頁、拙稿「名宛人なき行政行為の法的構造——行政法と物の法、序論的考察(5)」国家132巻7=8号(2019年)掲載予定・第3章第2節第1款第2項2。

13) 記念碑的な判決が、最判昭和40年3月4日民集19巻2号197頁である。「最高裁は明文の規定を無視し、しかも理由を述べない」(木庭顕「日本の民事法が抱える問題」同『現代日本法へのカタバシス [新版]』(みすず書房、2018年)215頁、219頁)。学説では、三月月章「占有訴訟の現代的意義——民法202条1項の比較法的・系譜的考察」同『民事訴訟法研究 第3巻』(有斐閣、1996年)1頁が、「あまりにも精密にこの方向性を決定づけてしまった」(岡成玄太「遺言執行者の当事者適格を巡る一局面」東京大学法科大学院ローレビュー8号(2013年)46頁、65頁註61)。しかし、「占有の次元」に独自の意義を見出そうとする議論が存在しないわけではない。参照、木庭顕『笑うケースメソッド 現代日本民法の基礎を問う』(勁草書房、2015年)、金子・前掲註10)、岡成・上掲など。

14) 同じく記念碑的な判決として、道路管理者が不法占拠者に対して占有訴訟を提起した訴訟に関する、最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁がある。この判決については、文献も含めてさしあたり参照、拙稿「公共用物上の不法占拠者の排除——公物管理権の法的性質試論」東京大学法科大学院ローレビュー9号(2014年)88頁、97-99頁。

少なくとも問題発見的な観点からは正当化されよう。

そこで、項目を改めて、こうした区別が民事法においてもつ意義を確認することとする。また、その際には、許可制度との接続を容易なものとするために、占有にまつわる活動と本権にまつわる活動のそれぞれからいかなる危険が生ずることとされており、それに対して民事法はいかなる対応策を準備しているのか、という観点をとることとする。

2. 「人の本来自由な活動」から生ずる危険

(1) 占有から生ずる危険

占有（あるいは、より一般的な概念構成によれば所有権）内部の活動から生ずる危険には様々な質のものが存在する。かねてより、また、福島第一原発事故を受けてさらに力を込めて各地で争われている原子力発電所の操業をめぐる法的問題は、基本的にはこの占有内部の活動から生ずる危険にいかに対処するかという問題である¹⁵⁾。ただし、そこでは事後的な不法行為法に基づく責任追及にとどまらず、事前の人格権に基づく操業差止めが求められているという特徴がある。そして、原子力発電所には既に行政法上の規制が課されていることがそこでは（当然のことながら）前提とされる場所、そうした規制と民事差止めの許容とは矛盾する帰結をもたらすと理解することも不可能ではない。したがって、そこでは行政規制と民事法上の規律との併存関係の是非、役割分担の要否が熱を込めて論じられることとなる¹⁶⁾。

占有内部の活動から生ずる危険のうち、もう少し単純な例を考えると、たとえば隣地間の崖の土砂崩れのような単純で小規模な占有同士の問題が脳裏に浮かぶ。すなわち、占有 A から隣接する占有 B に直接に何らかの侵害が発生した場合の

15) 裁判例及び学説の概観として、参照、原田大樹「行政訴訟と民事訴訟」自研 93 卷 11 号 (2017 年) 44 頁、45-48 頁。

16) 参照、大塚直「大飯原発運転差止訴訟第 1 審判決の意義と課題」法教 410 号 (2014 年) 84 頁、同「原発の稼働による危険に対する民事差止訴訟について」環境法研究 5 号 (2016 年) 91 頁、高木光「原発訴訟における民事法の役割」自研 91 卷 10 号 (2015 年) 17 頁、同「仮処分による原発の運転差止」自研 93 卷 9 号 (2017 年) 3 頁、原田・前掲註 15) 45-50 頁。

問題であるが、これに対しては不法行為法、特に土地工作物責任（民法717条）による対応が可能であり、通常はこれで足りる。あるいは、同様に土地工作物責任による対応が想定されるものとして、占有内部に複合的施設を設置し、そこに公衆を呼び込む場合に、当該施設の瑕疵により呼び込まれた者に損害が発生するという問題がある¹⁷⁾。

また、民事法においてさかんに議論がなされているのが、大規模施設の造成や操業に関連して当該占有が周辺に位置する小規模な占有に対して生ぜしめる危険をめぐる問題である。具体的には不法行為法における危険責任の論点がこれであり、占有内の活動から「環境の汚染・負荷を介して生命・身体・所有権など個人的法益の侵害（環境損害）が惹起されるという環境危険」を生ぜしめる危険源を設置した者が無過失の抗弁を援用することで不法行為責任を免れることに対する問題意識が学説に現れている¹⁸⁾。

以上を要するに、占有内部の活動から生ずる危険には、①隣接する他の占有、あるいは占有内部の他者に対して直接に損害をもたらすタイプのものと、②必ずしも隣接していない他の占有に対して環境の汚染・負荷を媒介として損害をもたらすタイプのものが存在する。そして、いずれのタイプについても a) 不法行為法による事後的な対応が基本的には想定されているが、②タイプの危険を発生させる占有は（論理的にはではないが事実上は）「人間と各種施設の複合体」¹⁹⁾を構成するものであることから、主観面の処理に問題を孕むことが知られ、その点に対する対処がさまざまなかたちで試みられている。また、特に②タイプについては、b) 人格権に基づく差止請求権の主張による事前の対応がさかんになされている。

17) 土地工作物責任については、参照、松本克美「土地工作物責任における〈第一次的所有者責任・第二次の占有者責任論〉の可能性(1)(2・完)」立命館法学321=322号(2008年)458頁、能見善久「土地工作物責任についての一視点——「瑕疵」と地震等自然力との競合の場合を中心として」NBL167号(1978年)6頁。

18) 参照、橋本佳幸「環境危険責任の基本構造——公害無過失責任の再構成へ向けて」同『責任法の多元的構造——不作為不法行為・危険責任をめぐる』(有斐閣、2006年)155頁、155頁〔初出2002年〕。圏点は本稿著者が附した。

19) 吉村良一「公害・環境侵害」窪田充見編『新注釈民法(15)——債権(8)』(有斐閣、2017年)678頁、680頁。

(2) 法取引から生ずる危険

本権にまつわる活動は、本権という概念そのものからして、他者との関係を想定している。この私人間の関係を取り結ぶ活動をさしあたり法取引と呼んでおくと、この法取引からはいかなる危険が生ずるのか。論点を契約の局面に絞れば、問題を対消費者契約（いわゆる B to C 取引）かそれ以外の契約（主としていわゆる B to B 取引）かにより区別することが便宜であろう。

後者については、問題は当事者間の契約が（完全には）履行されないという事態であり、これについては契約責任が機能する。具体的な対処方法は、債務者の帰責事由を問わない履行強制と帰責事由を問う損害賠償とに大きくは区別される²⁰⁾²¹⁾。さらに、こうした法制度を背後で支えるのが市場という仕組みである。すなわち、「経済的な取引の約束履行の実効確保をすべて司法や警察に求めるとするのは、決して効率的なことではない」から、市場における「評判 (reputation) のメカニズム」が重要な役割を果たすといわれる²²⁾。ただし、こうした市場も自然に維持されるものではなく、競争法などの法制度により支えられたものではある。

これに対して、後者については、当事者間の契約が履行されないという事態に加えて、事業者と消費者との保有する情報の非対称性故に後者に損害が発生する危険が存在する。もちろん、こうした危険は事業者同士の契約についても常に存在するものではあるが、事業者は相互に「比較的閉じた（クローズドな）集団の中で、繰り返し取引が行われるような状況」にあり、評判のメカニズムが有効に働く²³⁾。これに対して、消費者は一回的な取引関係に立つことが多く、かつ、

20) 両者の組み合わせ方には各国ごとに特徴があるとされ、およそ債権は強制履行できることを原則とするドイツ法と、一定の場合には損害賠償のみを認めるフランス法とが対比される。日本法は民法典起草から両者の間を揺れ動いてきたとされる。参照、大村敦志『新基本民法 4——債権編』（有斐閣、2016 年）77-81 頁。

21) この点については、先般のいわゆる債権法改正においてさまざまな議論が展開されたが、ここでは立ち入らない。文献も含めて参照、加毛明「債務不履行等」大村敦志 = 道垣内弘人編『解説民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017 年）98 頁、木庭顕「債権法改正の結末」同・前掲註 13) 124 頁、130-134 頁。

22) 参照、池尾和人『現代の金融入門〔新版〕』（筑摩書房、2010 年）28-29 頁。bona fides という概念を用いることで法学的な議論を構成しようとする試みとして、参照、木庭顕「日本の民法法が抱える問題」同・前掲註 13) 215 頁、224-243 頁。

取引の目的物についても事業者に比して十分な情報をもたない。これについては、消費者契約法が一定の契約条項の無効や、民法上の規律よりも容易なかたちでの意思表示の取消しにつき定めるかたちで対応している²⁴⁾。

以上を要するに、法取引に関わる活動から生ずる危険には、①およそ契約から生ずるタイプのもの（債務不履行）と、②事業者と消費者の契約から生ずるタイプのもの（情報の非対称性を利用した詐術など）が存在する。そして、いずれのタイプについても a) 契約責任を追及することによる事後的な対応が民法上は想定されている。これに加えて、①タイプのうち特に事業者間の反復的取引に関しては、b) 市場における評判という仕組みが、危険の発生を未然に防止するというかたちでの対応策を構成している。そして、②タイプについては、c) 契約からの離脱を相対的に容易に認め、あるいは契約条項の無効を定めるかたちの対応がなされている。

Ⅲ 許可制度の法学的再構成

1. 許可制度の諸類型

美濃部達吉は、警察許可の例として質屋、古物商、湯屋、料理屋等の営業免許、劇場、寄席等の建築許可、演劇、活動写真等の興行免許、狩猟免許、伝染病者の死体埋葬許可を挙げている²⁵⁾。これら例示された許可がいかなる警察上の危険に対応しようとするものであるのかを、Ⅱ 2. で論じたところに照らして分類すると、以下のようになる。

まず、被許可者の占有内部における活動により生ずる危険に対応しようとするものとして、劇場等の建築許可、演劇等の興行免許、狩猟免許、伝染病者の死体

23) 参照、池尾・前掲註22) 29頁。ただし、ここにいる「閉じた」というタームが精度を欠く」旨の批判として、参照、木庭・前掲註22) 233頁註22。

24) 債権法改正では消費者契約法の内容を実質的に民法に取り込もうとする提案も存在したが、各方面からの抵抗により改正法に反映されることはなかった。挫折感をにじませる立案関係者の言として、参照、大村敦志「改正債権法と市民社会」大村=道垣内編・前掲註21) 493頁、501-503頁。

25) 参照、美濃部達吉『日本行政法第3巻』（有斐閣、1914年）137頁。

埋葬許可がある。前三者はⅡ 2.(1)にいう①タイプ、特に自己の占有内部に他者を迎え入れることによる危険に対応するものであり、最後のものは②タイプの危険に対応するものである。現在でいえば、原子力発電所や産業廃棄物処理施設に対する許可も後者にあたる。また、湯屋や料理屋の営業免許もこちらの①タイプに対応するものと位置づけられるかもしれない。

そして、法取引から生ずる危険に対応しようとするものとして、質屋や古物商の営業免許がある。これらはⅡ 2.(2)にいう②タイプの危険に対応するものといえよう。

2. 許可制度類型化の含意

(1) 占有に対する制約

占有内部で完結する活動については、公権力の介入は基本的に謙抑的でなければならぬと思われる。自己が占有する領域は基本的に人格的利益たるプライバシーの対象となりうる私的空間である²⁶⁾し、占有内部で活動が完結するかぎり(2)で触れる法取引とは異なり本来的に社会的相互関連性が大きいともいえないからである^{26a)}。

起因する危険が複数存在することから、それに対する制約にも複数の類型が存在しうる。Ⅱ 2.(1)にいう①タイプのなかでも隣接する複数の占有同士の関係で生ずる問題については、上述した謙抑性の観点から、不法行為法で対処することが基本となろう。これに対して、①タイプのなかでも占有内部に他者を迎え入れる類型のものについてはさらなる検討が必要であろう。自宅に招いた一人の友人が怪我をしたという事例につき許可制が必要と考える者は存在しないであろうが、これと興行場法に基づく映画館などに対する許可制を人数の観点から截然と区別

26) 憲法 35 条 1 項は住居への侵入を受けない権利などを保障しているが、そこで想定されている実体的利益としては、財産的利益もさることながら、プライバシーの利益を中心とする人格的利益も「当然考えられる」という。渡辺康行ほか『憲法 I』（日本評論社、2016 年）292 頁〔松本和彦〕。

26a) 占有ではなく所有を概念すると、社会的相互関連性に由来する拘束に関する議論に巻き込まれることとなる。参照、仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007 年）12 頁。

することは実は困難である。大豪邸で宴会を繰り返す者につき許可制が必要とはやはり思われにくいからである。そうすると、一つの可能性としては、公衆（興行場法1条など）を集めることを企図するか否かが（われわれの直観の）基準となっていることが考えられる。これが有意味な基準であるのは、公衆が移動し、交流する空間の維持・管理こそが行政の本来的な任務の一つであると捉えられてきたからである²⁷⁾。しかし、こうした角度からの検討はこれまで十分にはなされてきていない。

むしろ精力的な検討がなされているのは、II 2.(1)にいう②タイプの危険についてである。近時、環境を公物として把握しようとする動きが公物法研究者のなかに存在する²⁸⁾。これは、占有内部の活動に対する公的規制は謙抑的たるべきだが、占有内部の活動が環境を破壊するということはとりもなおさず公共空間を破壊するということであり、したがって十分に規制の対象としうる、ということを主張するものと理解できる。原子力発電所や産業廃棄物処理施設をめぐる民事訴訟（民事差止）と行政訴訟との関係に関する諸々の議論²⁹⁾は、占有内部の活動でありながら、このような理由により公的規制が求められるという規制の構造に起因するものである。

(2) 法取引に対する制約

占有内部で完結する活動とは異なり、法取引は「本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、〔……〕公権力による規制の要請がつよ」い³⁰⁾。

27) 公共空間のイメージについては、さしあたり参照、拙稿「名宛人なき行政行為の法的構造——行政法と物の法、序論的考察(1)」国家131巻9=10号(2018年)1-3頁。

28) 「海と大地の行政法」と題する第18回行政法研究フォーラムの各報告、とりわけ洞澤秀雄「海をめぐる公物法・環境法——洋上風力発電所を中心に」論ジュリ28号(2019年)54頁、三浦大介「地熱発電の法的課題——自然資源公物論の可能性」同号62頁がそうした方向性を目にみえるものとしている。本文に記したように、こうした方向性は理解できないものではない。しかし、およそ言語活動にとり重要なのは類似性よりもむしろ差異であるとする、このような把握が的確な考察をもたらすのかは判然としにくい。同フォーラムにおける討議も懐疑的なトーンが強い(参照、大久保規子=村上裕章「討議のまとめ」同号85頁、特に86-89頁の中川丈久による質問とそれに対する解答)。

29) 註16)を参照のこと。

法取引に対する制約として典型的に想定されるのは、各種の営業許可である。これは、法取引をおこなう営業活動を許可制に服せしめることにより、ある者の活動をそもそも法取引に入る前に規制する仕組みであり、「単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限である」³¹⁾。したがって、「このような許可制が設けられる理由は多種多様であるけれども、医薬品医療機器等法の薬局開設許可（同法4条）でいえば、不良医薬品が流通することにより生ずる危険に鑑みて規制を敷くものであるといえる。これは、不良医薬品を摂取した場合の身体への悪影響に照らして、特にⅡ2.(2)の②タイプの危険（情報の非対称性に起因する危険）に対処するために置かれた規制であるが、それと同時に、①タイプとの関係で言及した市場を支えるための法制度ともみうる。すなわち、比較的閉じた集団の中で、反復継続的に取引が実施される状況において主として機能する評判という仕組みを補完するかたちで市場参加者の信用を担保する仕組みとして、許可制を位置づけることができる。

あらゆる市場を通じた法取引は、目的物がある私人の支配領域を出て別の私人の支配領域に入る前に、必ず公共空間を通過する³²⁾。このような市場と公共空間との関係、なぜ行政が経済活動に関わるのかという問題は、「市場」とか「公共空間」とかいう漠然とした表現が厳密には何を意味するのかという点も含めてなお説明すべき点である³³⁾。

30) 最判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁（薬事法違憲判決）。ただし、この説示が当時の職業社会学の標準学説と密接に結びついていることについては、参照、石川健治「薬局解説の距離制限 [本判決判批]」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ [第6版]」（有斐閣、2013年）205頁、206頁。

31) 最判昭和50年4月30日・前掲註30)。

32) 通常の物品販売についてはこのことは自明であるが、インターネットを利用したソフトウェアのダウンロード販売のようなものでさえ、公物の地下や水面下に敷設されたケーブルを通じた信号、あるいは（公物と呼びうるかがより論争的となるが）電波という物理的な経過を経なければならぬ。インターネットと公共空間との関係について検討すべき論点が多いが、まずは簡にして要を得た概観を提供するものとして、参照、大屋雄裕「「公共性」の2つの含意」三田評論1330号（2019年）28頁（<https://www.mita-hyoron.keio.ac.jp/features/2019/02-2.html> [最終閲覧：2019年5月1日]）。

IV おわりに

近時の公法学は、公法上の規制が私人の活動に対していかなる影響を及ぼすのかという点につき強い関心を有してきた。たとえば租税法上においてはかねてより、あるいは租税を私人の法取引における「空気抵抗」に喩え³⁴⁾、あるいは市場取引に対する「ひと味違う」ものの見方を提供するものと説明する³⁵⁾ことで、租税という公法上の規制に関する議論に際しても私人の行為類型への着目が必須であることが、教育段階においてすら定着し、強調されている。あるいは、行政法学が行政上の義務履行確保を中心とした行政法の実現について展開する議論は、「制裁」、「サンクション」といった概念を媒介として、(主として行政活動に対する反応というかたちではあるが)私人の行為に着目する傾向を示している³⁶⁾。もちろん、これらの議論においては、租税や義務履行確保手段といった公法上の規制が存在することにより私法上の活動にいかなる影響が及ぶのか(私人のインセンティブ)を認識し、それとの関係で望ましい規制の在り方を考える点に力点がおくものに対して、本稿の議論は、占有と本権との区別が私法において存在することを前提としたうえで、その区別に適合的な公法上の規制の在り方を提示するという点に力点をおくから、両者がまったく同一の傾向に位置するわけでもない。それでも、私人の行為類型への着目という発想それ自体については、特に本稿の独りよがりな独断というわけでもないと思われる。

本稿の議論は、今後の検討を要する方向性を提示するものととどまり、私人の

33) まず想起されるべきなのがいわゆる営業の自由論争であろう。そして、その議論を承けた憲法学においては、自由権、たとえば営業の自由が、主体 (Subjekt) の主観法 (subjektives Recht) であると同時に、ある種の公序であることが (教科書レベルでさえ) 認識及び承認されている (渡辺ほか・前掲註 26) 323 頁 [宍戸常寿])。そして、許可という行為はそこにいう主観法と公序あるいは客観法秩序とを媒介する蝶番のような役割を果たしている。この点につき基本的な着想を示すものとして、参照、木庭顕『笑うケースメソッドⅡ 現代日本公法の基礎を問う』(勁草書房、2017年) 210-211頁。

34) 参照、佐藤英明「私的取引における「租税」の意義」法教 239号 (2000年) 113頁、115頁。

35) 参照、増井良啓『租税法入門 [第2版]』(有斐閣、2018年) iii頁。

36) 網羅的な文献参照を含む近時の丁寧な検討として、参照、原田大樹「行政上の義務履行確保」法教 450号 (2018年) 58頁、65-68頁。

占有内部における大規模な活動や私人間の法取引の実態に照らした精緻化が一方では必要であり、実定行政法の多様な規律に照らした具体化が他方では求められる。すなわち、冒頭に示したような、法的な視点から得られた認識枠組みをもって社会的現実を観察し、翻って当該認識枠組み自体を反省しなおすという地道な営みがここからさらに実施されなければならない。しかし、もはやここでそうした作業の本体をおこなってみせることはできない。

※ 予備的考察にとどまる蕪雑な拙論ではありますが、多段階的行政手続の論究などを通じてご研究の出発点から許可制度の法学的考察に多くの示唆をもたらされた高橋滋先生へのお祝いとして献ずることをお許しいただければ幸いに存じます。

※ 本研究は JSPS 科研費 18K12624 の助成を受けたものである。