

山田幸男著『行政法の展開と市民法』

平 井 孝

一  
本書は、現代社会に機能する行政法の意義、つまり、行政法の市民法に対する有機的連関を理論的に明らかにするものである。本書の意図する内容については、すでに、部分的には、多くの学者によって論究されているが、現代行政法の基本的性格を、その成立基盤との対比において、かつ、このように比較法的に取扱われたことはほとんどなかったのではあるまいか。もちろん、著者もいわれるように、「沿革的にみれば、行政法は国家に関する法であり、市民法は利益社会に関する法で、両者はまったくその次元を異にするものであるという考え方が支配した時代もあったが、美濃部博士にはじまるわが自由主義的行政法の諸巨匠は、かかる二元論的構成にするどい批判を加えてきたのであった。しかし、そこでは、行政法と市民法との次元的差異を否定したとはいえず、すすんで両者の有機的連関の姿までを提示するに至らなかった」（はしがき）ということができ

よう。この意味で、著者、神戸大学山田幸男教授が、旧き革袋に新しい酒をもるの古諺のように、新しい着想をもって、市民社会と行政法との有機的関係を考究される本書を刊行されたことは、著者の追及されていた理論的分析の集大成の意義を担うものとして、高く評価されるべきである。

本書は全二篇八章三四九頁の労作であり、部分的には、法律時報その他の學術雑誌に掲載されたものであるが、この点からしてみても、本書のモチーフが多年にわたり温められてきたものであることを思い知らされるわけである。かつ、その故にこそ、本書「行政法の展開と市民法」が、山田行政法学の体系において占める地位の少からず大きいものであることを暗示されるものである。

以下、本書の内容を紹介し、若干の感想を附記しようと思う。

二

第一篇「現代行政法の展開と市民法との関係」は二章からなる。第一章は、「イギリスにおける行政法の展開」を取扱う。第一節「行政法の成立と展開」。イギリスにおいては、従来行政法を否認する意見が支配的であった（ダイシーはその典型）が、一九世紀後半のイギリス社会が、一方では産業革命の成熟・資本主義的企業の増加と発展、他方ではそのための社会問題の発生という二面をもち、後者の解決のため前者の統制の必要、換言すれば、財産権の絶対契約自由の原則に対する修正、公益のために私人の権利・自由を制限する必要を生じたこと、

そのために、司法裁判による公正というコモン・ロウの消極的機能に代って行政庁による公益・利益の調整という議会制定法の積極的機能に期待するに至ったこと、つまり、議会制定法において行政法が成立したのである。この意味で、行政法はまさにイギリス市民社会の内部的要請を担って登場したものである。ところで、このような行政法を運営する大臣・公共団体・行政特別裁判所(個人間ないし個人と国家・地方団体との間の争いを決定する)の行為は、ドノモアー報告書によれば、手続上、司法的ないし準司法的、純行政的の三種に分けられ、いずれも、行政救済、とくに行政訴訟に関連して意味をもつ。イギリス通常裁判所(高等法院)による行政のコントロールには、監視的管轄権 *supervisory jurisdiction* (モモン・ロウ上のもので、大権令状(命令)へサーシオアライ・プロヒビション・マインディマス)を中心として、無権限・手続の違背・権力の寡奪(裁量の濫用)の違法行政に対する)、と、上訴審的管轄権 *appellate jurisdiction* (制定法上のも事実問題・法律問題に対する)とがある。以上の通常裁判所によるコントロールの外に、直接、行政処分を争うものとして、衡平法上の救済手段であるインジャンクション・デクララトリ・オーダーが、挙げられる。イギリスの行政訴訟制の特色は、前述の訴訟手段による権限訴訟と法の支配(法治主義)である、とされる。

第二節「福祉国家における行政機能」では、まずイギリスに成立した福祉国家の観念的規程が二つあるとし、その一つは、社会保険・社会扶助に関する制定法の整備による社会保障体系

の完全性であり、その二は、社会化立法による重要産業・事業の国有・国营を担当する公社制度である、とされる。このような福祉国家の行政機能として、第一に社会保障関係の行政(人民の市民的権利の侵害は通常生じないサーヴィス行政)、第二に住宅・都市田園計画・新都市建設の行政(衛生・農耕方法の国家監督などの行政(土地の強制買収権力・余裕住宅の強制収用権力・計画行政につき広汎な裁量権をもつプランニング行政)、第三に重要産業・企業国有化法律によって制定された公社の行政(産業的・商業的行為者としての行政)、第四に経済統制者としての行政、第五に労使の仲裁者としての行政がある。

福祉国家の行政は、法の支配との関係で二つの問題をもつ。第一はプランニング行政などにみられる(地域指定・区域指定・立退・強制買収の処分の)広汎な裁量権で、通常裁判所はコントロールできない。第二は裁量の濫用・無権限等の右行政につき、前記通常裁判所の管轄権により出訴できる。訴訟提起をした私人は、訴訟扶助・助言法 *Legal Aid and Advice Act 1949* の援助を受けられる。この点は注目されてよ。

第三節「福祉国家における法の支配」では、第一に、福祉行政、プランニング行政の発展が、その行政の具体化にあたり自然的正義をあらわす慎重な行政手続(処分案の発表・異議申立・地方公聴会・報告書・大臣による処分案の承認ないし確認)をとり利益の保護に一面努めつつも、他面大臣の最終処分につき、なるべく裁判上もくつがえしえない方向に移行しつつあること、そしてかかる近時の立法及び裁判例の傾向は、従来

の伝統的な法の支配の観念（いかなる行政権の発動であれ、それが、統治行為でなく、そして訴の利益を充足する限りは、裁判所の統制が及ぶ）とはやや異なる思想を立法府がいだいたこととの所産であること、しかし、他面では、国家責任が事実上の承認から制定法上の承認（国王訴追法 Crown Prosecuting Act (1907)）に昇進したことにおいて、福祉国家における法の支配の強化されたことを取扱われる。

第二に、福祉国家行政の重要な担当機関たる行政特別裁判所の構成と運用、及び行政上の聴聞（土地収用・新都市の開発計画などにおける）の運用に関するフランス委員会の報告書が取上げられる。ただし第二次大戦後英国選挙民は、広汎な社会保障と広汎な経済管理を任務とする政府を選んだ結果、私権と公権の調和をはかる手続の再考が必要となったのである。

#### 第四節「公社制度の展開とその背景」

イギリスでは二〇世紀の初めまでに、水道・ガス・電気・電軍事業は、地方団体によって所有経営されるに至った。第一次大戦中、鉄道法（一九二一年）によって鉄道が四つの会社に統合され、次いで電気供給法（一九二六年）により中央電気委員会が創設され、これが国家的規模において電気の発電・供給の統制を行った。なおロンドン旅客運送法（一九三三年）により道路・地下鉄の旅客運送を調整するロンドン旅客運送委員会が、さらに一九二六年にプログラムの水準を高く維持し、商業的援助を排するため英国放送公社が創設された。以上が初期の公社 public corporation の代表的例である。一九四五年よ

り五〇年に至る重要産業・企業の国有・国営化は、第三次労働党内閣により行われた。その動機は、第一に生産の上昇に経済的率の向上、完全雇傭、第二に重要事業の調整（鉄道運送と道路運送の調整など）、第三に大規模な産業・企業の経営と社会に対する責任、に在る。公社は法人として、「経営的・経済的」公社（石炭・電気・ガス・運輸・航空）「経営的・社会的」公社（医療・都市計画・食糧）「規制的・社会的」公社（英国銀行・土地開発・原綿輸入配分）の多様な形態をとっているが、また経営の官僚化・独占による経済能率向上の動機の欠如・重要企業の調整についての政策的不十分・消費者利用者の利益保全の問題などを内包し、その解消のために、政府による政策上の統制権の強化及び料金・価格に関し特別裁判所に対する異議申立（一九四七年）・消費者会議（一九四六年）などが用意されている。かくて、イギリスにおける今日の公社の役割は、その歴史的背景から考察するとき、福祉国家の実現を目的とする社会化にある、と説かれる。

第五節「イギリス行政法の展開が示唆するもの——結論——」では、第一に、ダイシが一九世紀憲法のイギリス憲法の特徴を(1)議会の法的主権(2)法の支配(3)憲法慣習に求めたこと、そしてこのダイシ理論は(2)において議会制定法を無視した構成で普通法による支配に外ならなかったこと、その故に、イギリスの政治的・社会的・経済的条件の推移にともなう議会制定法の増大ないし最近の福祉国家化によって、ダイシの法の支配が大きく修正されるに至っていること、換言すれば、議会制定法の定め

る範圍においては、ダイシー的法の支配はもはや維持されなことを指摘される。第二に、イギリス行政法の展開によって(1)市民法の基本原理を修正するものこそ行政法であること(2)行政手続の実現により行政法は予防司法であることを認識されたこと(3)福祉国家の行政は管理行政であること(市民法への接近)(4)行政の觀念なり行政行為の定義が行政訴訟の機能面から、司法的・準司法的・純行政的行政行為となされている点が帰結され、わが国の場合と対比・検討すべきものがある、とされる。

第二章は「現代におけるわが行政法と市民法との關係」を取扱う。第一節「わが国は福祉国家といふるか」では、イギリスの福祉国家たりうるためには、社会保障体系の完全つまり社会保険と社会扶助との接近ないし統合と公企業における社会化意識が必要であるとし、わが国の現段階においてかかる福祉国家と呼びえないことを明らかにされる。福祉国家は他の文化国家・社会国家と同様法律的概念でなく、傾向的概念であって、その觀念の立て方に二つあり、広義では、積極的な国家目的の承認・行政機能の変遷、狭義では、社会保障体系の充実であるとされる。イギリスでは、どちらかといえば広義において、ドイツ・フランスなどでは狭義において考える傾向をもつ。この差異は、歴史的にみれば、産業革命を最初に経験し資本主義の成立において先進国であったイギリスは、自由放任政策の下に、個人の自由活動を尊重し、国家活動を秩序維持に限定しておくことができたのに対して、資本主義の成立において後輩であった欧大陸諸国は、国家活動をより広く限定し、国家目的の

積極的承認においてはイギリスの先輩となったことによる。終りに、法治国家としての福祉国家では、社会保障關係における人民の給付請求権を担保し、さらに、行政機能の変遷に伴う広汎な行政活動から人民の権利・自由を守ることが必要である。

第二節「私法制度の変遷と行政法との關係」では、第一に、行政法を市民法との關係において位置づけ評価することの必要なこと、資本主義の発展にともない、社会的・経済的弱者の利益の保護を目的として発生した社会法(労働法)・経済法(私的独占禁止法)以外に多くの行政法があり、それらは市民法の基本的原理——所有権の絶対性・契約自由の原則・不法行為における道義的責任の原則——を修正するものであることを認識する。第二に、市民法秩序の内部において所有権の演ずる社会的機能が変遷すること、福祉国家では所有権の絶対性が修正せられ、法律により所有権の内容を自由に定めうること、財産権(とくに所有権)の保障(憲法二九条一項)×使用・収益・処分(とくに所有権)の保障(憲法二九条一項)の自由(民法二〇六条)∥營業の自由(憲法二二条一項)の立論が可能とすれば、特許制(食品衛生法・鉱業法・ガス事業法・地方鉄道法・軌道法・道路運送法・倉庫業法・水道法等)も、所有権の絶対性の修正に外ならないこと、わが公企業をイギリスと同様私的所有権より社会的所有権への展開として把握してよい面のあることを指摘される。第三に、契約自由の原則の修正が論じられる。いわゆる附合契約・普通契約條款・標準契約なるものは、旅客運送契約・供給契約(ガス・水道・電気)・保険契約などにおいて、経済的弱者たる利用者の契約上の自

由意思を完全に否認し産業的支配者の契約意思を強制している。かかる場合の利用者・消費者の利益の擁護はまさに国家的規制（供給規程・約款の認可制、契約締結強制）による外はない。同様に、大企業と労働者との間で行われる労働契約・団体協約も労働基準法によって保障される。第四に、不法行為における主観的要件の修正として、無過失責任の採用が論ぜられる。不法行為の成立・損害の発生そのものを防止するための行政法の制定は、予防的司法の意義を示すとされる。

第三節「予防司法としての行政法の認識」では、第一に行政法の法益として(1)権力的行政作用法の法益（公共の安全と秩序の維持・利用者消費者の利益・住民一般の利益の増進）と(2)管理的行政作用法の法益（生活の配慮）とを挙げられ、これらを規律する法律の中には不法行為との関係で予防司法的性格をもつものがあること、第二に、イギリスにおける地域指定処分案をめぐる行政手続は、それが事前手続である点で予防司法的性格をもち、わが国における対応例に示唆するところが大きいことを、明らかにされる。

第四節「管理的行政法の展開と市民法との関係」では、福祉国家における管理的行政（イギリスでは、国有化企業・社会保障の公社制度において論じられた）は、ドイツにおいて、社会目的の非権力的行政作用或いは給付者行政ないし生活配慮行政と呼ばれるが、これにとらわれず、管理的行政組織法と管理的行政作用法とに分説して、わが管理的行政法の展開と市民法との関係についての試論を述べられる。まず公社等の組織形態を

(1)政府などの公の全額出資・融資によるもの（公社・公団・公庫・事業団・振興会）(2)公私混合の出資によるもの（(イ)公法人として日本銀行・金庫・研究所(ロ)特殊会社として東北開発株式会社・電源開発株式会社）(3)その他の公法人で營造物でないもの（(イ)政府外廓団体的なものとして日本観光協会・日本中央競馬会・日本自転車振興会(ロ)社会扶助・社会保険の一環をなすものとして日本学校安全会・日本学校給食会など(ハ)公共組合的なものとして鉱害復旧事業団）に分類され、わが国の公社は、イギリスとは異なり私企業の社会化でなく、政府の營造物に法人格を賦与したものにすぎず、社会化思想に欠けていること、政府の外廓団体とか私法上の財団法人の変形などが相当みうけられ、かつそれが政府補助金に依存することを思えば、制度的に疑問さらに特別の組織形態が企業会計的に運営されるべきものとされていながら、国の予算制度に服し、その限度で経営の自主性が存しないこと、その難点を指摘される。次に、社会保険に関する組織法の展開が行われ、その經理に関する諸規定から(1)特別会計法によるもの（健康保険事業・日雇労働者健康保険事業など）(2)共済組合方式のもので企業会計原則に基くもの（各種共済組合事業）(3)独立法人方式のもの（日本学校安全会などで(2)に準ずる）に分類される。管理的行政作用法の展開と市民法では、第一に公社等の公企業の利用関係は「公行政の経済的企業による生活配慮」に属し、この関係の性質を私法上の当事者関係となす。ただし、実定法上、特別の規定のある場合の外は、利用関係の性質にかんがみて、同様の法律関係は同様の法

律原理によって規律されるべきことを相当とするから、国または地方公共団体の営む事業についても、私人の営む事業におけると同様、原則として私法的な規律・原理が一般法として支配する。公企業の利用関係につき法令上特別の定めがあるときは、その適用を受ける。地方公営のガス・電気・水道の供給規程・条例は、権力関係たる行政と人民との関係を規律するものではない。郵便事業・公衆電気通信事業・日本放送協会の放送事業・公営住宅事業などの利用関係については、法律及びその委任たる命令、条例により定められる。これらの定めは、公共の福祉を理由として、普通契約條款に相当するものを直接法令の形式によって定めているもので、私法上の当事者関係に関する特別規定とみることができるとすれば、かかる行政法規は私法の特別法をなすものと立言することができるとされる。社会保険の利用関係の性質は、給付の受給要件・受給額などの保険会社の普通保険約款に相当する条令によって直接定められている意味で、当事者関係・契約関係である。保険料の強制徴収規定（失業保険・日雇労働者健康保険・厚生年金保険法）があるから、右の当事者関係・契約関係は公法上の当事者関係・契約関係である。社会扶助における受益関係の性質は、營造物利用関係として特別権力関係をなす。社会扶助においては民法上の扶養義務が全面的に優先する、とされる。

第五節「わが行政法の展開をめぐる若干の理論上の問題」結論語「では、イギリス行政法の展開によって比較法的に把握された諸問題を検討して、最後に「行政法は私法の特別法である」

ことを検証される。著者は、行政法と私法との関係につき、田中二郎教授説に同調され、次のように述べられる。「干渉行政 (Eingriffsverwaltung) においては、行政法上の特定の法益をまもるために、所有権の不可侵性などの市民法の基礎的原理を修正する規制的な権力がいわば市民法外在的に行使されるのであって、かかる干渉行政の根拠法たる行政法は、とうてい私法の特別法とはいえないからであるし、又すでにみたように、生活配慮 (Daseinsvorsorge) の管理的行政法は、その組織法にせよ、その作用法にせよ、私法の特別法とみてよい場合が通例であるからである。」(一八二頁)。次いで、行政の概念と行政行為の定義につき著者は(1)通説が行政行為を実定法上の概念でなく学問上の概念として目的論的に構成している点(2)行政行為を私法上の法律行為に類推して分類・瑕疵論を行っている点に疑問を提示される。すなわち、イギリスの行政行為の概念構成は経験主義的合理主義的思考からなされる、つまり行政行為を裁判判決との類推において(1)司法的・準司法的・純行政的と分類され、いずれも事前・事後の行政手続(聴問)を留意して行政法の予防司法的側面を強調(2)その上で行政庁の処分が法律要件の該当の事実認定・関係法令の解釈適用によってなされること(3)権力的・支配関係——許可・認可・特許などの法律行為的行政行為——については、通説・判例とも、私法規定の適用・準用を認めない点からも、法律行為という表現は行政行為に用いる必要に乏しいこと(4)行政行為の瑕疵論でも、民法のそれと異なる独自の理論構成をとっている点から、「行政行為は、私法上

の法律行為にのみ類推されるべきではなくして、裁判判決の方に類推されてよい面がある(一八四頁)と結論され、かかる行政行為を行政処分と呼ぶとき、行政処分のほか、私法上の法律行為と共通の地盤にたち、裁判判決とはまったく異質のものとして、公法契約などの公法上の法律行為があることを指摘される。

三

以上、第一篇の紹介である。第二篇は第一篇の各論的意義をもつもので、公法契約の類型的研究を行っている。しかし本書のテーマ「行政法の展開と市民法」は、第一篇において余す処なく縦横に展開され、紙面の都合で第二篇の紹介を省略するが、さして差支えはなからうかと思われる。第二篇は独・仏の比較法的精緻な考察を行っており、行政契約の現代的意義の探究にとって必須の好論である。最後に若干の感想を述べる。著

書のテーマ追及の視点の豊富さに驚ろかされて、その体系を充分に消化することができなかったが、望蜀の言を許されるならば、フランス・ドイツの社会保障の実態の詳細な議論の展開を望みたかった。市民社会として最も前衛的發展を遂げてきたイギリスとどのような偏差をもって社会保障が実施されているのかという点、そして、この点は、西ドイツにおける社会的法治国の概念(西独基本法二八条)が傾向的概念であるか否かの論議に無関係でないと思ふ。社会的法治国を実定的法概念として構成しうるならば、そのメルクマールとして何を求めるか。そこでは、行政権に対する給付訴訟・執行停止制度の強化などの訴訟制度面の検討を要請するに至るであろう。ともあれ、本書の真意を誤解して紹介したのではないかと、危ぶみつつ、著者の御寛恕を乞う次第である。

(秋田大学専任講師)