

行政法理論の方向性：第二報告へのコメント

角松 生史（九州大学）

本ファイルは、自治研究 79 巻 4 号（2003 年 4 月）27 - 35 頁に掲載していただいた拙稿の草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

一 はじめに一本コメントの課題

企画者からの依頼によると、本日の研究会第二報告では 2002 年 10 月の筆者公法学会第二部会報告¹の再吟味が主な内容となるということであった。拙い学会報告をしてしまった責任をとるつもりで引き受けたのだが、想像以上に充実した仲野報告の内容を受け、コメンテーターとしての自らの不適格を痛感している。

本コメントの内容は以下の 3 点である。まず上記学会報告のポイントを再度述べ（二）、不十分な点についての自分自身の反省（と言いつつ）を述べる。ついで、報告者の意図と外れるかもしれないのを承知の上で、仲野報告を聞いたことで上記の点について筆者が何を考えたか述べたい（三）。その上で、コメンテーターとしての本来の役割に立ち返り、仲野報告の内容に即した若干のコメント（四）を試みる。

二 拙学会報告について

スナップショットとしての行政行為に考察を凝縮させる定点的方法ではなく行政過程全体を広角的に視野におさめようとする広義の行政過程論的な方法が、近年の行政法学の主要な潮流であろうが、今回学会報告を準備する過程で、そこでいう「行政過程」とはそもそも何をさすのだろうかと考えた。「行政過程」という用語からすると、専ら行政機関の側からのみ問題をとらえているようにも思えるが、必ずしもそうではない。例えば塩野宏は、次のように指摘する。「行政行為によって権利変動が生ずるといっても、法的にはそれに先行する私人の行為が要件となっている場合が多い。これは、営業免許等の申請→許可（免許・認可）というのが、行政のごく通常のプロセスであることから明らかである」²。また、新井隆一³は、「行政行為中心主義」を「行政機関による行為を重しとし、私人の行為を軽んじた結果」とみなす観点から、以下のように述べる。「行政の営為を行政機関による行政作用の展開からのみ観ることによっては、行政における諸現象を正確に把握することはできないのである。行政における諸現象は、これを法的に考察する時は、各具体的行政関係事象について、その発生から終結に至る

¹ 角松生史『公私協働』の位相と行政法理論への示唆—都市再生関連諸法をめぐって—
公法研究第 65 号掲載予定。

² 塩野宏「行政過程総説」『行政過程とその統制』有斐閣、1989 年、26 頁。

³ 新井隆一『行政法における私人の行為の理論』成文堂、1980 年（第 2 版）、3 頁、6 - 7 頁。

まで系統的連続を保ちつつ進展する国や公共団体および行政庁と私人との間に存する法によって規制される関係における現象と見るべきであろう。それは、行政関係における私人の主体性ないし当事者性を顕現せしめることとなる。

若干敷衍するとすれば、「私人」は「私人」でありつつも行政過程の本来的・本質的な構成部分であるというのが、これら学説の問題提起ではないだろうか。「公私協働」はしばしば「現代的」現象として語られるが、許認可のような最も「古典的」な行政過程の中にも、私人は当然のアクターとして参加していた。「現代」において変わった点があるとすれば、その中における行政組織と私人との役割分担であろう。「公私協働」現象は「昔も今も」存在したのであって、違いは、その「やりかた」ということになる。

その「違い」を考えるために、学会報告では、「情報処理」という練れていない概念を持ち出した上で、都市計画の分野を例にとりつつ、次のようなことを述べた。(1)許認可システムに典型的に現われているように、私人と行政組織との従来の役割分担は、「個別具体的な情報」と、「一般的な情報・知識」との区別によっていた。私人の側は申請という形で、個別具体的な自らの支配圏に近いところの情報を提供し、行政組織の側ではそれを一般の原則（法定要件、通達等の内部規則、経験的に蓄積された専門性）によって処理するというものである。(2)しかし、現在の都市計画において、かかる役割分担は困難になっている。まず空間的に見て、数値などの一般基準を利用して都市空間を鳥瞰的に制御する手法の困難さが増している。居住者にとっての「場所」としての空間の意味づけやいわゆるアメニティなどの抽象化しにくい事項、行政組織よりも居住者にこそ認知能力の相対的優位性が認められる事項の比重が高まっているのである。(3)時間的に見ても、空間に関する例えば景観などの価値が、建築案件が現実の問題として生じたのちに初めて居住者に「発見」されるという事態がしばしばみられる。このような現象は、役割分担ラインの変容を必然とする。

しかし、上記学会報告は相当に課題を残すものであった。第一に、報告では「行政は、外界との間で情報を受け入れ→処理→出力（決定）する情報処理システムとして捉えることができる」と述べたが、行政組織を主体として考察の起点においた上で、そこへの情報の出入力という形で問題をとらえるのか、それとも行政と私人という両アクターのコミュニケーション過程こそが行政だとして関係的にとらえていくのか、立場が曖昧であった。第二に、「参加」との関係が明らかでない。本日の山下コメントは環境影響評価を「利害調整過程」としてとらえているが、拙学会報告では、「情報の収集・処理」と「利害調整」との概念の異同が詰め切れていなかった。第三に、そもそも「情報」概念に問題を残していた。「事象のもつあいまいさ（ランダムネス）を減じ、不確実性を減少させ、そのことを通じて主体の意思決定をたすける機能を果たす」という宮沢健一の定義⁴をひとまず借りたが、その直後に「(行政が) どのような情報を受け入

⁴ 宮沢健一『制度と情報の経済学』有斐閣、1988年、28頁。

れるかは、法の定める許可要件、それを受けた具体的書式等によって規定されている」と述べたことと矛盾を孕みかねない。意思決定者にとって「役に立つ」データが情報であるという定義と、「行政がどのような情報を受け入れるか」を法がスクリーニングするという後の言明とが、循環論法になりかねないのである。加えて、「情報」と「知識」との関係、「情報」と「伝達」「理解」の関係などの点を保留したままの報告になってしまっていた。第四に、「情報産出能力と情報コスト負担に着目した制度設計が我々の課題となる」と述べたが、この言明については、単なる事態の「説明」でありせいぜい立法論的な発見的意義を有するにとどまるのか、それとも法解釈論的な何らかの意義をもちうるか、現段階で筆者自身確信をもっていない。

三 仲野報告に教えられたこと

総じて、上記学会報告は行政「法」分野の報告であるはずなのに、「法的」には必ずしもなっていないのではないか。仲野報告に教えられたのが、まさにこの点である。

本日仲野には、筆者の学会報告について「問題意識において....共通する」と好意的な評価をいただいている。仮に単なる社交辞令でないとすれば、「共通する問題意識」をあくまで「法実証主義的」に構成しようとしたことが仲野報告の最大の特徴なのだろう。

主観的構成と客観的構成との区別を明確にしようという仲野の問題提起は一見常識的とも見えるが、「個」と「団体」の实在論的考察を伴いつつ進められる重厚な議論を吟味すれば、そうではないことが直ちに明らかになる。「団体」の「法的实在性」が語られる時、その言葉からともすれば連想されかねないような固定的・実体的な表象が想定されているわけではないであろう。(本日の報告の表現は若干異なるが)仲野の助手論文⁵では、「制度たる団体」という表現が用いられ、「制度および地位」が成員の存在に対して「論理的に先行」することが強調されている。団体についての素朴实在論ではなくあくまで「法的」实在が主張されていることが強調されるべきであろう。「システムか主体か」という問題設定を社会学と共有した上でシステムの側からの考察を選択し、しかしそれをあくまで「法的言語」としての「法的関連性」概念によって読み解いていこうとするのが仲野の方法と考えられる。

おそらく仲野に言わせれば、上記学会報告における筆者の「情報産出能力」「情報コスト負担」などは、「単に社会的な」概念の最たるものであろう。あくまで法的・構成的にアプローチを試みる仲野報告は、長沼ナイキ判決を「各個の原告につき排除請求権の有無を判断したというよりは、流域住民という『粹』の存在が論理的に先行する」と読み解く。そこで問題となるのは、利益の可分性・不可分性のみならず、原告達をナマの生活者としてではなく「流域住民」という構成的な法的言語によって表象さ

⁵ 仲野武志「公権力の行使概念の研究(1)」法協 119 巻 2 号 168 頁。報告の表現は若干異なる。

れる存在としてとらえるということである。法が法的言語によってのみオペレートされる場所の「閉じた」システムであるとすれば、そのような「翻訳」作業それ自体はおそらく必然である。しかし、林地開発許可最判⁶、総合設計許可最判⁷などの新たな判例の展開に照らしてみれば、問われているのは、多様な生活利益に対応できる柔軟性を備えた「開かれた」翻訳をどのように実現できるかということだと思われる。

四 コメント

以上を前提として、仲野報告への具体的コメントと質問を述べたい。

第一に、行政法学において「社会学的」ではなく「法実証主義」方法を取り、実定法の法的仕組みを考察の出発点とする仲野理論が、解釈論レベルではなく制度設計レベルでなしうる貢献は何か、ということである。また、それとも関連して、本日の報告では「地位」に関する仲野の分析が行政訴訟（なかんずく原告適格論）において果たす機能が明らかになったが、行政法学の役割は、行政訴訟にガイドラインを与えること以外にもあるだろう。そのような場で、仲野理論はどのような役割を果たしうるのか。

第二に、一般的に言って、「法実証主義」論者も、必ずしも「眼に見え手に触れうる」実定法事象の分析に自己限定するわけではない⁸。認識一般の前提としての基本範疇は当然不可欠であるし、また、個別の規範命題をそれぞれ切り離した形で記述するのではなく、構成的な概念や体系を用いて認識することは、「法実証主義」と矛盾しないだろう。構成的な読みを前提とした上での法実証主義の特質が、本日の仲野報告の基調だと思われる。その上で、以下の点を指摘したい。

(1)用途地域が「都市計画区域の断片にすぎず」、その住民の地位は「都市計画区域…住民の地位へと吸収」されるとする仲野の見解は、都市計画法の仕組みに即して、確かに説得力がある。しかし、社会学的実態に即してしてみると、例えば準工業地域では空間をさまざまな用途に利用する私人相互の利害の密接性がほとんどない一方で、一種低層住専地域では、隣接する空間利用者の利害が相互に密接に依存している。どの家も低層住宅でない限り、良好な環境が保持されないという関係が生じているのである。用途地域という同じ法的構成をとりながら、準工業地域と一種低層住専地域は、居住者の現実の利害関係に即して見れば性質が異なる。おそらく仲野は、このような相違を法的に考慮することを「社会学的」として拒否するだろう。となると、「互換的利害関係」⁹を法的に認識する余地がなくなってくるのではないか。「行為形式を含め

⁶ 最判 2001 年 3 月 13 日民集 55 卷 2 号 283 頁、参照、仲野武志「同判決評釈」法学 66 卷 1 号 135 頁。

⁷ 最判 2002 年 1 月 22 日民集 56 卷 1 号 46 頁、最判 2002 年 3 月 28 日民集 56 卷 3 号 613 頁。参照、角松生史「同判決評釈」法学教室 267 号 130 頁。

⁸ 参照、藤田宙靖「柳瀬博士の行政法学」『行政法学の思考形式（増補版）』244-246 頁。

⁹ 参照、山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣、2000 年、305 頁。但し、本文の文脈で直ちに「互換的利害関係」を語りうるかについては、より慎重な検討が必要であろう。

た行政過程全体を徹底して個々の法関係に分解」する「法関係論」について仲野は、「いったん分解してしまうことで、法的に把握しえたかもしれない全体を消滅させてしまうために、再構成の際には事実的な利益状況と照合させる以外に手がかりがない」¹⁰と批判する。しかし、この批判を前提とした仲野の「行政実体法的構成」は同時に、社会学的な細やかな利益関係を読み込んでいくことを不可能とするものなのではないか。もちろんそれは論者の予定した帰結ではあるのだろうが。

(2)仲野報告は、地区計画が「特定の街区に関わる土地利用計画としての固有名詞性」を有していることから、住民には建築確認の取消を求める地位が肯定され、他方で違法建築物に対する是正命令の発動を求める地位まではもたないと主張するが、二点疑問を感じた。(ア)「特定の街区」という物的要素における固有名詞性から関係人団という人的要素がどのような論理において導出されるのか。(イ)建築確認取消訴訟はできるが是正取消訴訟はできないという根拠は¹¹何か。

(3)法的仕組み全体と地位との「法的関連性」の種々の区別、例えば「前提関係」と「従属関係」の区別（保安林に対する林地所有者および流域住民）と、法的関連性をもたないという指摘（公正競争規約と一般消費者）は、結局のところ、古典的な名宛人と第三者の二元的区別と大幅に一致するのではないか¹²。とすると、70年代以降の行政法学の一貫した流れであった名宛人と第三者の相対化志向—行政行為の第三者効、二重効果的行政行為論等々—にあえて逆らうということになるのではないか。

上記の二元的区別との結論的親近性の背後には、おそらく「公的空間から自律した私的な空間を維持することは重要」¹³という解釈者としての「構え」があるのだろう。仲野理論のそのような前提をどう評価するかが問題となる。筆者自身のこれまでの作

¹⁰ 仲野・前掲注5・164頁。

¹¹ この点について仲野助教授から、研究会当日および後日の私信により懇切な解答をいただいた。筆者の責任で要約すれば、(ア)については、「関係人団は、現実の関係人個人の集合ではなく、個々の構成員から区別された団体としていわば物化(verdinglicht)されている」、(イ)については、「(i)法秩序の消極的変更と積極的変更との違い、(ii)裁判所の介入を認めねばならないほどであれば、当該関係人には発動を申請する地位が認められているはずであるから、申請拒否処分取消訴訟で足りる、(iii)警察法分野では公私の峻別が保たれており、いわゆる『警察介入請求権』は現行法秩序の整合的統一的解釈として矛盾がある」というものである。(ア)については、仲野報告への外在的批判としては別段、内在的コメントとしてはそもそも不適切であった。筆者の不勉強によるものであるが、当日の議論の記録として、また仲野理論の適切な理解に資する観点から、再録する次第である。

¹² 当日の議論では、仲野助教授から「法的関連性概念は、名宛人も第三者も同時に法的仕組みに意味をもつものとして取り込んでいる」という趣旨の指摘を受けた。(オーリユーの紹介としてではあるが)「行政行為の法的効果は、行政と名宛人間においてのみ対抗しうるものでありえず、常に関係人全般に対する一般的効果なのである」(「公権力の行使概念の研究(3)」法協119巻7号1233頁)とする仲野の議論を踏まえれば、本文の記述も、あくまで外在的指摘としてしか意味をもたないだろう。

¹³ 以下は、当初コメントではなく討論後の再コメントで述べた部分である。

業は、都市空間管理において「白地」をどこにおくかを問題にしていた。都市空間を私的所有権という権利の行使によって形成される空間と認識した上で、それを自律的空間とみなし公的介入をできるだけ制限するという「ものの見方」の帰結として、所有者以外の地域住民の存在が視野から消去されてしまう¹⁴こと、それが現在の都市計画の問題を生み出した一つの原因である。かかる「社会学的」認識に立って、現行都市法制の根本建前を考え直していくのか、それとも、あくまで「私的な自律的空間と公的介入」、「権利とその制限」という思考を前提的「構え」としつつ出発するのか、そこが分岐点ということになるだろう。まさにこの前提を明らかにするものとして、公表が進みつつある仲野の歴史研究に一層注目したい。

他方で仲野は、右のような思考を教条的に適用して第三者の地位を視界からアプリアリに排除するものではない。法的仕組みの中に意味を持つものとしてとりこむ志向を有しているため、理論的發展性が感じられる。但し、筆者としては、どのような法的規定が法文に挿入されれば関係者の「地位」が変わるといえるのか、例えば地域住民の地位が従属的な地位から前提的な地位に変わる「閾値」がどこにあるのかに方法的に興味を持った次第である。

¹⁴ 角松「景観保護的まちづくりと法の役割」都市住宅学 38 号 54 頁、「ドグマーティクとしての必要最小限原則：意義と射程」藤田宙靖・磯部力・小林重敬編集代表『土地利用規制立法に見られる公共性』88 頁。