

## 研究ノート

## 利益的行政行為の概念について

——戦前ドイツ行政法学を素材にして——

石 崎 誠 也

## はじめに

(一) 私は、以前に、「西ドイツにおける『二重効果的行政行為』論」という拙い一文を発表したことがある。<sup>(1)</sup>二重効果的行政行為とは、ある者に対する利益の効果と、他の者に対する不利益の効果を同時にあわせ持つ行政行為である。<sup>(2)</sup>この二重効果的行政行為という概念は、比較的新しい概念である。それは、現代社会における行政活動の多様化、複雑化に伴ない、国民生活が好むと好まざるとにかかわらず、行政活動に強く影響されるようになったことの反映でもある。もっとも、前稿においては、二重効果的行政行為という概念を、行政行為論の学説史上、どのように位置づけるかという点については、殆んど考察することができなかった。しかし、そのテーマを検討するに、いくつかの前提作業が必要であろう。そのひとつとして、行政行為を不利益の行為か利益の行為かという観点

から区別する方法の意味が改めて問われなければならないと思う。というのは、二重効果的行政行為という概念自体が、かかる観点から分類されたものであるし、利益的行為、不利益的行為という分類を理論的には前提としてゐるからである。<sup>(3)</sup>

(二) ところで、行政行為の区分は、種々の観点からこれを行なうことが可能であり、これまでも、羈束行為と裁量行為、要式行為と不要式行為、一方的行為と相手方の協力を要する行為等々、いくつかの分類がなされてきた<sup>(4)</sup>し、授益行為と負担の行為という区分も、しばしばなされてきた分類法のひとつである。<sup>(5)</sup>

しかし、最も中心的な分類方法は、行政行為の法的性質により、行政行為を法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為に分ち、さらに前者を、行為の法律効果によって、命令的行為と形成的行為とに分類する方法であった。<sup>(6)</sup>ところが、この分類の仕方には、行政行為概念そのものの再検討と相俟って、強い疑問がだされるようになっている。最近でも、たとえば藤田宙靖教授は、行政行為を意思表示と把握することに疑問を呈しつつ、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区分を重視することは正しくないと述べられる。<sup>(7)</sup>また、下山教授も、同様の指摘を行なうが、さらに教授は、命令的行為と形成的行為との区分についても、その合理性に鋭い批判を加えている。<sup>(8)</sup>

もちろん利益的(授益的)行為か不利益的(負担的)行為かという区分も、行政行為論に於て全く使われなかったのではない。<sup>(10)</sup>とりわけ、撤回及び取消論では、「人民に権利又は利益を付与する行政行為」と「人民に義務その他不利益を課する行政行為」とに分けて論じるのが一般的である。<sup>(11)</sup>また、周知のごとく、美濃部博士は、その裁量理論において、「人民に新なる権利又は利益を授與する」行政行為と「人民に義務を負はしめ又は権利を制限する」行政行為を区別し、前者は自由裁量に属し、後者は羈束裁量に属すとした。<sup>(12)</sup>

しかし、最近、かかる区分を、行政行為の手続法的考察の観点から重視しようとする考えがだされている。<sup>(13)</sup>たし

かに、国民の側からみれば、利益的行為には、申請—不作為の違法確認訴訟（あるいは義務づけ訴訟）が対応し、不利益的行為には、聴聞—取消訴訟が対応して、行政手続及び行政訴訟の基本構造に相応した分類となっている。<sup>(14)</sup> また、西ドイツでの二重効果的行政行為の概念は、行政手続法・行政訴訟法において重要な役割を果たしている。<sup>(15)</sup> 一方で、西ドイツにおける行政行為論が、それを手続法的な観点からとらえようとする傾向にあることも指摘されており、<sup>(16)</sup> それだけに、かかる分類法の持つ意味を改めて考察することが現在求められていると思われるのである。さきにあげた、二重効果的行政行為論の行政行為論学説史上の位置づけも、以上の点を踏まえなければならないであらう。

(三) そこで、以上の問題にとりくんでいく、ひとつの試みとして、「利益的行政行為」という概念の形成について、西ドイツ行政法学を対象に、若干の考察を試みたいと考えた。以前にも触れたことであるが、現在の西ドイツの行政行為論においては、不利益的行為、利益的行為そして二重効果的行政行為という区分が、行政行為の基本的分職のひとつとして定着している。<sup>(17)</sup> なかには、利益的行為と不利益的行為への大別は、実体法的にも手続法的にも基本的意義を持つ区分だとして、法律の留保の妥当性や撤回・取消論にかかわる論点と並んで、抗告訴訟の基本類型（取消訴訟と義務づけ訴訟）との対応性を指摘する見解もある。<sup>(18)</sup>

本稿で利益的行政行為の概念形成をとりあげたのは、次のような理由からである。ひとつには、兼子教授が指摘しているように、もともと不利益的行政行為を中心につくられた行政行為論から、利益的行政行為というカテゴリーがつくられてくること自体が、行政法の歴史的な展開のなかに位置づけられなければならないということである。<sup>(19)</sup> 第二に、侵害行政と給付行政というカテゴリーの分け方に対して、両領域にそれぞれ対象を持つ利益的行政行為という概念を設けることの意味が、現代行政法における行政行為論の位置づけとも関連して、問いなおされなけ

ればならないと思われるからである。<sup>(20)</sup> 第三に、以上の点とも関係すると思われるが、義務づけ訴訟制度の採用が、行政行為区分論、とりわけ、利益的行为概念に持つ意味が検討さるべきからである。

もつとも、本稿は、戦前、特にワイマール期に、利益的行为という概念がどの程度意識されていたか、いかなる意味を持つものとしてこの概念が用いられていたかを見ようとするものにすぎない。従って、上記の問題点には殆んど触れられていない。むしろ、上記の諸問題にとりくむ準備作業のひとつにすぎない。

(1) 自治研究五七卷一一号八六頁以下、一二号一一七頁以下、五八卷一号一〇二頁以下。

(2) たとえば、原子力発電所設置許可のように、電力会社に発電所設置の権利を与え(利益的效果)、他方で、付近住民に対し、原子炉規制法上の保護を失なわしめて、放射能被害その他の危険にさらすことになる(不利益的效果) ような場合である(参照、松山地判、昭五三・四・二五、行裁例集一九卷四号五八八頁)。

(3) 参照、兼子仁「現代行政法における行政行為の三分区」『田中二郎先生古稀記念、公法の理論(上)』有斐閣(一九七六年)二九九頁以下。なお、附款付行為のように、行政行為が、同一人物に対し、利益的部分と不利益的部分を同時に持つ場合もある。これも、利益的效果と不利益的效果の混合したものであり、混合的效果を持つ行政行為と呼ばれるが、これと二重効果的行政行為の概念とは区別されなければならない。

(4) 美濃部達吉『行政法撮要(上巻)』訂正第五版、有斐閣(一九三九年)、一四〇頁以下。田中二郎、『行政法総論』有斐閣(法律学全集6、一九五七年)二八一頁以下等々。

(5) たとえば、南博方、原田尚彦、田村悦一編『行政法(1)『行政法総論』』有斐閣(一九七六年)一四三頁。

(6) 参照、今村成和『行政法入門(新版)』有斐閣(一九七五年)七〇頁。

(7) 藤田宙靖『行政行為の分類学』『行政法学の思考形式』木鐸社(一九七八年)一一六頁。教授は、行政行為の国民の権利・義務への働きかけ方という視点から、「命令的行為」と「形成的行為」の区分こそが第一義的な意味を持つと述べる(同上、

一一九頁。

(8) 下山英二「行政法講義(7)」法学セミナー一九八一年二月号二一〇頁以下。

(9) 下山英二「行政法講義(8)」法学セミナー一九八一年二月号九二頁以下。教授は、命令的行為における自由権と切り離された「自然の自由」の概念や、形成的行為における「天然に有しない或る法律上の力」という表現は、現憲法構造下にあつては成立しえないものであつて、すべて基本的人権（とりわけ自由権）として理解されなければならないとして、両者の概念的区別を否定する。また、かかる区分は、いわゆる「認許」をめぐる、概念上の矛盾をきたしていると指摘する（同上、九三頁、九六頁）。

(10) 参照、兼子、前掲三〇二頁、藤田、前掲一〇九頁。

(11) 田中二郎『新版行政法（上巻）』全訂第二版、弘文堂（一九七四年）、一五五頁、一五一頁。なお、参照、南博方他編、前掲書一四三頁。

(12) 美濃部達吉『日本行政法（上巻）』有斐閣（一九三六年）一七〇—一七一頁。

(13) 兼子、前掲、三〇三頁。兼子教授は、利益・不利益・二重効果の三区分管が、一般行政法制の基本構造にかかわるものと述べる（同上、三〇二頁）。参照、園部逸夫『行政手続の法理』有斐閣（一九六九年）二四頁。

(14) 参照、兼子仁『行政法総論』筑摩書房（一九八三年）八九頁以下。

(15) 拙稿、前掲（自治研究五八巻一号一一五頁）。

(16) 雄川一郎、塩野宏、園部逸夫編『現代行政法大系1、現代行政法の課題』有斐閣（一九八三年）二六一頁（宮崎良夫執筆部分「各国行政法・行政法学の動向と特色——西ドイツ」）。

(17) 漢字で「H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., C. H. Beck, 1974, SS. 394f.; vgl. Verwaltungsverfahrensgesetz, vom 25. 5. 1976, §§ 48—49; 拙稿、前掲（自治研究五七巻一一号九〇頁）。

(18) H. U. Erichsen/W. Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., W. de Gruyter, 1981, S. 187.

(19) 兼子「現代行政法における行政行為の三区分」前掲書三〇二頁。

(20) 給付行政におけるひとつの行為形式として、行政行為が採用されていることは、一般に認められていることである。参照 Erichsen/Martens, a. a. O., S. 151; Wolff/Bachof, a. a. O., S. 370. しかしながら、本質的に権力性を伴わない行政領域における行政行為をどのように把握すべきかは周知のように議論のあるところである。従って、利益的行政行為という概念をたてるとすれば、その本質的徴候、意義、限界が問われなければならないだろう。なお、これらとは観点を異にするが、規制行政に於ける許可は、本来有している基本権の確認であって、真正の利益的行政行為(新たな権利・地位の付与が考えられている)とは区別されるべきだという議論も一時だされたことがある。W. Strickrock, *Zum „begünstigenden“ Verwaltungsakt*, in: *Staat und Bürger* (Festschrift für Willibalt Apeit), C. H. Beck, 1988, SS. 231ff.

## 一 撤回論における利益的行政行為の概念

言うまでもなく、行政行為の撤回ないし取消論においては、利益的行為と不利益的行為の区分がとりわけ重視されている。<sup>(1)</sup>特に、ドイツの行政行為論においては、撤回自由原則からその否定へと学説の動きがあるのである。<sup>(2)</sup>そこで、そこにおいて、利益的行政行為という範疇も意識的に論じられざるをえなかった。そこで、本稿でも、まず撤回論を通して、いかなる意味において利益的行政行為という区分概念が用いられていたか概観することにした。

## 一 「ルマン」の撤回論

コルマンの研究は、<sup>(3)</sup> O・マイヤーによって基礎づけられた行政行為概念の、とりわけ実体法的側面についての全面的な研究およびその体系的把握を試みた先駆的業績といえるもので、行政行為区分論（とくに、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為論の区分）や、瑕疵論（無効と取消の区別）など、その後の行政行為論に無視しえない影響を与えている。また、利益—不利益区分論自体も、やはり、一応の実体的効果に即した区分であり、その点から、コルマンの区分論は見おく必要がある。そこで、本稿も、とりあえず、コルマンの検討からはじめることにする。

#### （一）コルマンの行政行為の体系

コルマンが、その国家行為の体系を論じるにあたり、私法上の法律行為の概念を導入してこれを行なったことは、つとに知られているところである。すなわち、彼は、行政行為を公法上の意思表示と捉えて、法律行為的行政行為（rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakt）の概念を提唱しそれと並んで、準法律行為的行政行為（rechts-handlungsmäßiger Verwaltungsakt）の存在しうることも提示し、それらを事実行為、私法上の法律行為および立法行為から区別した。<sup>(4)</sup>

そのうえで、彼は、行政行為の分類は、様々な観点から可能であるとして、一方的行為と多面的行為（einseitiger und mehrseitiger VA）、申請を要件とするか否かにより自発的行為と非自発的行為（selbständiger und unselbständiger VA）、裁量の有無により、自由な行為と羈束された行為（freier und unfreier VA）というような、いくつかの分類例をあげているが、<sup>(5)</sup> 基本的分類は、行為の法的性質によるものであるとして、次のシェーマを提示している。<sup>(6)</sup>

#### A、積極的処分（Positive Verfügungen）

- 1 法決定処分 (確認—Feststellungen)
- 2 法創設処分 (Rechtsschaffende Verfügungen)
  - (a) 対人処分 (Personenrechtliche)
    - (α) 義務および負担の創設 (義務づけ処分—verpflichtende Verfügungen)
    - (β) 許可、権利および能力の創設 (狭義の設権処分—konstitutive Verfügungen i. e. S.)
    - (γ) 法関係 (Rechtsverhältnisse) の創設
    - (δ) 法状態 (Rechtslage) の創設
  - (b) 対物処分 (Sachenrechtliche)
- 3 法変更処分 (Rechtsverändernde Verfügungen)
- 4 法廃止処分 (Rechtsvernichtende Verfügungen)
  - (a) 対人処分
  - (b) 対物処分

## B 消極的処分 (Negative Verfügungen) (拒否—Verweigerungen)

注意すべき点は、第一に、法創設処分の下位区分として、義務づけ処分と設権処分を対置させていることであり、さらに、設権処分の中に、許可と権利または能力の付与とを含ませていることである。ここでは、日本の行政法学で通常行なわれているような、命令的処分と形成的処分の区別、そして、許可と下命を前者に属させ、設権処分と剝権処分を後者に属する区分はとられていない。たしかに、コルマンは、許可、権利付与および能力付与の法的性格の違いを認めているが、それは彼のシェーマの中では、基本的な区分概念とはなっていない (日本で、な



ぜ、命令処分と形成処分の区別が、かくも基本的なものとみなされたかは、検討しておく必要がある（う）。むしろ、彼の区分論は、利益的処分と不利益的処分の区分論にもつながりうる可能性を有していたとも言える。<sup>(7)</sup> むしろ

## （二）コルマンの撤回論

### ① 撤回自由原則

コルマンは、撤回（Widerruf）を、職権による行政行為の効力の除去または変更という意味で用いている。その際、処分庁自身による取消（Rücknahme）か、監督庁による廃止（Aufhebung）か、また、効力の全面的撤回か部分的撤回かを特に区別していない。さらに、行為の違法性は、撤回事由のひとつにあげられており、違法を理由とする取消と、適法に成立した行為の撤回とを特に区別してはいない。ただし、職権による撤回と申立による変更とは区別されなければならないとして、ここでは、前者のみが検討の対象とされている。<sup>(8)</sup>

さて、コルマンは、単独的行為が中心的存在である公法上の法律行為には、基本的に、撤回自由原則が妥当する<sup>(9)</sup> という。もちろん、ここにいる自由な撤回（freier Widerruf）とは、官庁がその義務に応じた裁量にもとづき、公益上必要と認めた時、当該行為を取消しうる（zurücknehmen können）ことであって、恣意的な撤回まで含むものではない。<sup>(10)</sup> コルマンは、自由な撤回を、二つに分けて説明している。

第一に、撤回権が留保されている場合である。<sup>(11)</sup> まず、このような場合には、自由な撤回が認められる。コルマンは、撤回留保の形態につき、④法律条項中の留保、⑤法律行為における撤回留保、③行政命令による撤回留保を挙げている。

第二に、前述の、一般原則による撤回自由原則である。すなわち、公法上の法律行為の中心的形態が単独行為であることによるものである。<sup>(12)</sup> しかし、この原則には、実定法上もしくは条理上、数多くの例外が存在する<sup>(13)</sup> という。

そこで、利益的行為にかかわる撤回制限論をみることにしよう。

## ② 利益的行為の撤回制限について、

コルマンがあげた撤回自由原則の例外のうち、いわゆる利益的行政行為の撤回制限と関連する点は、次の二点である。

### (a) 法律上の撤回留保規定の反対解釈

コルマンは、撤回自由原則の例外が実定法により認められることを述べたうえで、法律上、直接に撤回制限が規定されている場合は少なく、多くは、間接的に撤回制限が読みとれるとし、特に、法律上の撤回留保規定に関して、次の指摘を行なっている。すなわち、法律上、撤回留保規定がある場合、当該行政行為は、もし撤回留保規定がなければ、本来は、撤回の不可能なものであったと推定しうることである。<sup>(14)</sup>つまり、撤回権留保規定をあえて設けるのは、一般原則の確認規定ではなく、官庁への撤回権の授權規定である。従って、同一法律において、撤回権留保付の行政行為と同等のものであって、しかも撤回権が留保されていない行政行為は、撤回の制限されたものと推論でき、さらにそれは、同等の行政行為一般に及ぶとコルマンは述べるのである。また、許可に対する撤回権留保規定の存在する場合、他の設権処分（すなわち、権利付与処分および能力付与処分）の撤回制限をも推論しうる。けだし、これらの設権処分は、自然の自由の回復たる許可に比べ、より強い権利性を付与するものだからである。<sup>(15)</sup>

かかる立論のうえに、コルマンは、立法例を吟味した「全体の検討から……設権的処分 (konstitutive Verfügung) すなわち、許可、権利付与、能力付与の各処分（訳注）」は、自由な撤回に服するものではない」との、以下に説明する原則の正当性が推定しうると述べるに至るのである。<sup>(17)</sup>

## (b) 法的効果による撤回自由の例外

法的効果による自由な撤回の例外として、コルマンは、行政行為が当事者に権利を付与する場合をあげる。すなわち、「真正の権利を創設する設権的行政行為（konstitutive Verwaltungsakte）の場合にあっては、常に自由な撤回が排斥されることに、何ら疑問はない。その際、当該権利が公権であるか、私権であるかを問わない。……これらの原則は、一般にも承認されたものと言ってよいだろう。」と述べるのである。<sup>(18)</sup>

ついで、能力を付与する行政行為についても、自由な撤回の原則は妥当しないとし<sup>(19)</sup>、さらに、「許可についても、原則として、撤回できないものであることを認めなければならない」とも述べる。<sup>(20)</sup> たしかに、コルマンも、許可については、撤回制限の原則が一般に承認されたものとは言えないということを認めるのであるが、「単なる経済的利益にとどまらず、また、純粹に事実上の状態を超え、法的なものとなっている資格（*Befugnis*）が、初めから法的保護を欠き、自由な撤回に服すものとされるのは、理解しえない。むしろ、撤回問題においては、許可は一般に、事実状態もしくは義務の創設の際の（撤回）原則より、権利付与の際の（撤回）原則に、より強く従うものであろうとの推論が、資格の概念（*Befugnisbegriff*）から導かれねばならない。」と、その考えを示すのである。<sup>(21)</sup>

かくして、コルマンにおいて、「行政行為の自由な撤回は、当事者が当該行為によって権利を得ている場合には排除される」との一般的定式がたてられることになり、<sup>(22)</sup> この定式の理解に際して、「権利」とは、厳格な講学上の意味にとられるべきではなく、従って、上記定式は、「狭義の設権処分」（*konstitutive Verfügungen i. e. S.*）——すなわち、権利付与処分、能力付与処分、許可——一般に妥当するものとされるのである。<sup>(23)</sup>

このようにコルマンは、権利概念の拡大化によって、撤回論における、権利ないし能力の付与（日本では通常、形成処分にかぞえられる）と、許可（命令処分に含まれる）との区別を克服しようとしている。すなわち、彼が設

権処分という区分を設定し、権利付与ないし能力付与処分と許可との区分をその下位区分にすぎないとしたことは、許可の権利性を強めるうえでも、また撤回制限論においても重要な意味をもっていたのである。

- (1) z. B., E. Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., C. H. Beck, 1973, S. 260; Wolff/Bachof, a. a. O., S. 453; Vgl., Verwaltungsverfahrensgesetz, §§. 48-49.
- (2) Vgl., Forsthoft, a. a. O., S. 265.
- (3) K. Kornmann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Neudruck der Ausgabe Berlin 1910, (Scientia Verlag, 1962.)
- (4) Kornmann, a. a. O., SS. 13—28.
- (5) Kornmann, a. a. O., SS. 28—29.
- (6) Kornmann, a. a. O., S. 63; 参照、土橋友一郎『行政行為論』改訂版、有斐閣（一九五七年）五〇—五一頁。
- (7) 参照、土橋、前掲、五一頁。コルマン自身、<sup>(8)</sup> <sup>(9)</sup>について、義務づけ処分および負担的処分 (belastende Verfügung-en) のより表現を<sup>(10)</sup> <sup>(11)</sup> <sup>(12)</sup> <sup>(13)</sup> (a. a. O., S. 74)°
- (8) Kornmann, a. a. O., SS. 323—325.
- (9) Kornmann, a. a. O., SS. 334—335.
- (10) Kornmann, a. a. O., S. 330.
- (11) Kornmann, a. a. O., SS. 330—334.
- (12) Kornmann, a. a. O., SS. 334—335.
- (13) Kornmann, a. a. O., S. 335.

- (14) Kormann, a. a. O., S. 335.
- (15) Kormann, a. a. O., S. 336.
- (16) Kormann, a. a. O., S. 336.
- (17) Kormann, a. a. O., S. 337.
- (18) Kormann, a. a. O., S. 343.
- (19) Kormann, a. a. O., S. 345.
- (20) Kormann, a. a. O., S. 347.
- (21) Kormann, a. a. O., SS. 347—348. コルマンは、許可は、たしかに権利 (können) ではなく、自由 (dürfen) の付与にすぎないが、それは単なる事実状態とも異なる、法的な資格といいうるとしている (S. 99, S. 347)。
- (22) Kormann, a. a. O., S. 341.
- (23) Kormann, a. a. O., S. 342.

## 二 撤回制限論へ傾向

ドイツ行政法学における、行政行為の撤回自由原則から撤回制限原則への動きは、既にいくつかの紹介もあり、<sup>(1)</sup> 今更多くを語る必要はない。ここでは、本稿の趣旨に必要な限りで記することにする。

### (一) フライナーの撤回論<sup>(2)</sup>

フライナーは、基本的には撤回自由原則を否定していない。すなわち、何が公益であるかは、四囲の事情に応じて変化しうるのであり、行政官庁には、それに即応するため、もはや公益に合致しない行政処分を変更、廃止しう

る権限が認められなければならないのである。<sup>③</sup>しかし、この権限は、恣意的に行使しうるものではなく、公益上、撤回の必要性がある場合に限られる。しかも、この権限は、法的安全の見地から制限されることもあるとして、フライナーは、あらかじめ慎重な訴願手続ないし調査手続を踏まえた処分、既に所有者が建築を開始した建築許可、（別段の定めなき限り）形式的確定力の発生した税額査定、そして、法律の授權により、特定人のために権利を創設する処分をあげる。<sup>④</sup>権利創設処分の例としては、官吏の俸給・年金または傷害者年金額の査定、鉄道敷設権ないし営業権、堰建設権等があげられている。<sup>⑤</sup>

さて、警察許可に関して、フライナーは、どのような見解を持っているのだろうか。彼は、警察許可は、市民に對し何ら新たな権利を与えるものではないという。つまり、それは、申出のあった行為につき、法規に照らし、警察上の障害がないことの確認にすぎない。<sup>⑥</sup>しかし、だからと言って、警察許可が完全な撤回自由原則のもとにあると結論づけることはできない。それは、ちょうど、許可申請の拒否が、公共の福祉のために特別の理由のある時にだけ許されるように、許可の撤回もまた、特別の公益上の必要性がある場合に限られるのである。<sup>⑦</sup>ここで、フライナーが、警察許可を、先述の権利創設処分と同様の撤回制限法理に服せしめていると、にわかに断ずることはできない。しかしながら、警察許可について、その撤回可能性を厳しく制限していこうとする傾向は、概念的区別を設けているとしても、権利付与行為の撤回制限と同一の系譜にあるといえよう。すなわち、法的安全の見地から、市民の権利ないし安全を法的に保護しようとする傾向である。

## (二) W・イエリネックの区分論と撤回論<sup>⑧</sup>

イエリネックは、行政行為を「特定人に向けられた、行政の官憲的な意思表示」<sup>⑨</sup>と理解したうえで、その分類につき、①原則として再審しうる行為と、原則として再審しえない行為、②一方的行為と双方的行為と並んで、③内

容による分類を次のように提示する<sup>(10)</sup>。

まず、行政行為は、利益的行為（begünstigender Akt）と不利益的行為（belastender Akt）の二つに大別できる。この区分に関連して、彼は、不利益的行為の方がより厳格な要件に縛られること、また、いわゆる法律による行政の原理は、不利益的行為にのみ妥当するとしている<sup>(11)</sup>。

同時に、内容による分類は、別の観点からも可能だとして、イエリネックは新たな法関係を形成する行為（変更行為——ändernder Akt）と、既存の法関係を確認する行為（確認行為——feststellender Akt）の二大区分を提示し<sup>(12)</sup>、前者のうち、特に形成行為を、さらに、⑧命令（下命と禁止）、②自由の保障（許可と免除）、③設権行為（權利創設行為と權利剝奪行為）④広義の取消行為（取消・撤回を含む）⑤事実行為としての行政行為（特に侵害行為）<sup>(13)</sup>に細分している<sup>(14)</sup>。なお、イエリネックは、許可も、自由権が權利としての意味を持つ限りで、すなわち、許可の相手方が国家に対し、不作為請求権を確保する限りで、それは、權利を基礎づけるものであるという<sup>(15)</sup>。

さて、イエリネックは、撤回（Widerruf）を、行政行為の職権取消（Zurücknahme）のうち、特に相手方の意に反する利益的行為の取消にあてている<sup>(16)</sup>。さらに彼は、取消（Anfechtbarkeit）を、申立にもとづく不利益的行為の義務的廃止にあてて使用している<sup>(17)</sup>。このように、イエリネックが、撤回と申立による取消につき、それぞれその主要な問題領域を利益的行為と不利益的行為に対応させていることは興味深い。この点は、後に論じる瑕疵論における利益行為・不利益行為区分論にも関連するものと思われる<sup>(18)</sup>。

撤回自由原則について、イエリネックが、それを完全に否定しているとは言えないであろう<sup>(19)</sup>。しかし、彼は、撤回自由原則に対し、二つの定式を提示している。第一は、義務づけられた行政行為は、その撤回も自由ではないということであり、第二のテーゼは、行政行為が自由裁量によりなされるものだとしても、そこから当然に撤

回自由になるとはいえないということである。<sup>(20)</sup>そこで、彼は、撤回が制限される場合をいくつか列挙するが、そのひとつに、行政行為によって付与された公権が撤回を制限することを述べている。<sup>(22)</sup>しかし、いかなる場合に撤回を制限する公権が生じたかの確定は困難で、彼は、少なくともも行政行為が、国と個人の間だけでなく、個人と第三者間にもある法律関係を設定した時、また、利益的行為の形式的確定力が生じた時などをあげている。<sup>(23)</sup>他方、利益的行為一般について、撤回自由原則を否定しているのではなく、むしろ公権を付与しているか疑わしい場合は、撤回自由と考えられること、建築許可は、それを信頼して工事に実際に着手した時にはじめて撤回不能となることなどの考えを見ると、許可行為一般を他の設備行為と同様に扱っているとは思えない点もないではない。結局、イエリネックは、利益的行為と不利益的行為の区分を提示してはいるが、撤回論とのかかわりで、利益的行為一般の撤回制限論を打ちだすまでには至ってない。とは言え、それは、彼が撤回制限法理の強化の流れに属することを否定するものではもちろんない。

(三) 私法関係を形成する行政行為の撤回制限について

この時期、別の観点から、行政行為の撤回自由原則に反省を迫ったものとして、私法関係を形成する行政行為 (privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt) <sup>(25)</sup>がある。

私権形成という点では、公用収用のように、従来の行政行為にもこれに含まれるものが少なからず存在したが、このような行政行為が特に注目されるようになるのは、第一次大戦後の経済混乱に対処するため、一連の経済統制立法・社会立法がなされたことによる。かかる行政行為には、家賃や地代に関する契約の認可、賃貸契約の締結命令、身障者 (特に戦傷者) の雇用強制や解雇承認等があげられよう。<sup>(26)</sup>

このように、私人間の経済活動に行政が積極的に介入することによって、私人の生活が行政活動に強く影響さ



れ、またそれへの依存も強くなる。従って、ここでは、法的安定性の見地からの撤回制限が強く意識されるのである。たとえば、ビュルクナーは、私法関係にかかわる補充行為もしくは代理行為につき、行政に対する信頼保護の必要性、私法関係における法的安定性の要請、相手方または第三者の保護等を、具体例をあげて示しつつ、これらの領域における撤回自由原則の妥当性を排除している。ビュルクナーは、これらの行政行為によって市民に生じた地位を、保護に値する既得の法的地位 (*erworbene schutzwürdige Rechtslage*) として、権利と同様に自由な撤回から保護しようとするのである。<sup>(25)</sup>

(1) たとえば、田中二郎『行政行為の取消に関する一考察』『行政行為論』有斐閣（一九五四年）二五三頁以下、杉村敏正『行政行為の撤回の法理』『法の支配と行政法』有斐閣（一九七〇年）一五七頁以下、参照。

(2) F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 2. Neudruck der 8. Auflage, 1928. (Scientia Verlag, 1963), SS. 196 ff. フライナーは、行政行為の定義を、狭義では、「官憲的権限をもつてなされた、ひとつの法的効果を目的とする行政官庁の行為」とする (S. 183)。この狭義の行政行為には、通知および公証行為も含まれており、いわゆる法律行為的行政行為に対応する概念としては、行政処分 (*Verfügung*) が用いられている。つまり、行政処分とは、公行政と国民の間の公法関係を創設、変更ないし廃止する、法律行為的性質をもった官憲的処分である (SS. 183—186)。さらに、行政処分は、執行処分 (*vollziehungsverfügung*) と形成処分 (*Gestaltungsverfügung*) に分けられる。前者は、一般的な国民の義務を実現するために、不履行者に対してだされるもので、後者は、その実現のために、もともと行政官庁の関与が必要とされている法律上の命令を、個別具体的な市民の義務または権利へとすることを目的とする (SS. 186—186)。なお、参照、宮崎、前掲、二六三頁。

(c) Fleiner, a. a. O., S. 196.

- (4) Feiner, a. a. O., SS. 200—201.
- (5) Feiner, a. a. O., SS. 201—202.
- (6) Feiner, a. a. O., S. 410.
- (7) Feiner, a. a. O., S. 413.
- (8) W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1931, (Lehrmittel Verlag, unveränderter Neudruck, 1948), SS. 246 ff.
- (9) Jellinek, a. a. O., S. 246. なお、『警察官 (obligatorisch)』とは、行為に違法性および有効性が付随するという意味で、私人に侵越してはならないものであることを示す (S. 246)°。
- (10) Jellinek, a. a. O., SS. 247—261.
- (11) Jellinek, a. a. O., S. 254.
- (12) なお、イエリネックは、変更行為と確認行為の他に、拒否および混合的行為 (たとえば、附款付行為) が存在するといふ°。Jellinek, a. a. O., SS. 254—261.
- (13) たとえば、外国人の強制国外移送などがあげられているが、これらの行為には、一種の受忍命令が内在している点で、行政行為と数えられるところ (Jellinek, a. a. O., S. 258)°。
- (14) Jellinek, a. a. O., SS. 256—259.
- (15) Jellinek, a. a. O., S. 257.
- (16) Jellinek, a. a. O., S. 258, 262.
- (17) Jellinek, a. a. O., S. 262.
- (18) 後述「二六九頁以下」。
- (19) Jellinek a. a. O., S. 279 ; s. Forsthoff, a. a. O., S. 265, Anm. 1. 編沢幸雄「行政行為の職権による取消序説」早稲田

法学雑誌一五、一三六頁。但し、杉村、前掲、一六一頁を参照せよ。

- (28) Jellinek, a. a. O., S. 279.
- (21) Jellinek, a. a. O., SS. 280—282.
- (22) Jellinek, a. a. O., S. 280.
- (32) Jellinek, a. a. O., S. 280.
- (24) Jellinek, a. a. O., S. 282.
- (25) 石崎の論文に「H. Bürckner, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Theodor Weicher, 1930 ; W. Kroeber, Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes, Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, 27. Heft, Ferdinand Enke, 1930 ; W. Wilhelm, Zum privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt, in : Aktuelle Fragen aus modernen Recht und Rechtsgeschichte (Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt), Duncker & Humblot, 1966, SS. 89 ff.
- (26) Bürckner, a. a. O., S. 14.
- (27) Bürckner, a. a. O., SS. 76—80, insbe., S. 80.

### 三、イプセンの撤回論と利益的行政行為の概念<sup>(1)</sup>

#### (一) 行政行為の概念と分類

イプセンは、行政行為を、行政と相手方国民との間に公法上の法関係を定立する行政機関の宣言で、法定立行爲を除くものとしている。<sup>(2)</sup> そのうえで、彼は、行政行為を、①確認行為と形成行為、②利益的行爲（*günstiger VA*）

と不利益的行為 (lastender VA) と、二通りの観点で分類している。<sup>(3)</sup> その際、イプセンは、確認行為と形成行為の区分は、確定力理論とのかかわりで有意義であり、利益—不利益区分論は、とりわけ撤回論において最も意味のある区分であり、しかも、その明瞭さ、一般性においてすぐれた区分法であるという。<sup>(4)</sup> また彼は、この区分を法律の留保論とも関連づけている。<sup>(5)</sup>

## (二) 利益的行政行為の撤回

イプセンは、撤回を、適法な行政行為によって定立された法関係の全部または一部の、新たな行政行為による除去と定義している。<sup>(6)</sup> さて、彼も、従来の学説、判例上、撤回自由原則が一般に語られてきたことを認めるのであるが、その妥当性に、強い疑問を呈している。つまり、彼は、これまで撤回自由原則の根拠とされていたものが、十分な説得力をもちえないこと、また、撤回自由原則の例外とされているものが、次第に増えていること等をあげ、もはや、原則—例外という図式はなりたちえないというのである。そうして、イプセンは、利益的行為の撤回制限原則 (eine Regel der Unwiderruflichkeit günstiger VAe) の提唱に親近感を寄せている。<sup>(7)</sup> そこで、彼の利益的行政行為の撤回制限論について、もう少し詳しく見ることにしよう。

### ① 設権行為における自由な撤回の禁止

イプセンも、自由な撤回が否定される場合として、第一に、行政行為が権利を設定する場合を挙げている。<sup>(8)</sup> ここで、権利とは、公権であれ私権であれ、法秩序に承認された意思力で、その意思力の対象は、法益または利益である。権利は、法秩序によって承認されている点で反射効と異なる。<sup>(9)</sup> 特に公権については、それを「国家に対し、ある特定の作為、受忍もしくは不作為を要求しうる、法秩序によって承認された意思力」であるとし、いかなる場合に公権が存在するかの判断基準を、ビューラーを引用しつつ、法規の強行規範性、法規の個人法益保護性、法規の

援用可能性だとする<sup>(10)</sup>。

しかし同時に、イブセンは、次のようにいう。すなわち、公権の概念は、それが撤回制限のひとつの基準として役だてばよいのであって、それ以上に厳密な概念規定を求めるのは不要である<sup>(11)</sup>。しかも、公権の概念は、法律による行政の原理とその存立とともにするものであり、それは、自由と財産への違法な侵害を排除する自由権および基本権もまた真正の公権に含まれること、そしてまた、なによりも、自由権自身が（法律による）制限によって限界づけられることに示されているという。イブセンは、ここにこそ、撤回問題を解く鍵が存在すると述べ、撤回制限を法律留保理論と関連づける<sup>(12)</sup>。その際、彼が念頭においているのは、自由の保障たる許可を撤回制限に服せしめることにあるようである。すなわち、法律の根拠を以つてのみ制限しうる権利は、その剝奪にあたっても、当然に法律によらねばならない。権利とは、かかる意味で概念規定されねばならないというのであろう（しかし、許可の撤回制限は、改めて論じることになる）。

いずれにせよ、公権または私権は、撤回の限界をなすものであり、その撤回には、特別の法律上の根拠が必要である<sup>(13)</sup>。（なお、彼は、行政行為を基礎に、相手方と第三者との間にできた権利関係も、撤回の限界をなすものだという。それは、ビュルクナーの言うように保護に値する法益であり、近時の権利概念の拡張傾向にも合致するからである。a. a. O., S. 73）。

## ② 許可について

許可の法的性格は何か、許可によって、直接的であれ間接的であれ、公権または私権が生じるのか、この問題は、許可の撤回可能性を論じるうえで決定的意味を持つとイブセンは述べる<sup>(14)</sup>。ところで、支配的見解においては、許可は、自然の自由の回復にすぎず、権利の設定ではないこと、従って、権利による撤回制限の命題を厳格に適用

したら、許可は撤回の自由なものになされるであろうことを、イブセン自身、指摘している。<sup>(15)</sup>

しかし、彼は、許可には設権的性格 (konstitutiver Charakter) が認められるという。すなわち、イブセンは、学説および判例の中にある許可の撤回制限の流れを示しながら、許可は、厳格な意味での公権ではないとしても、自由な撤回を許さない公法上の資格もしくは地位を設定すると考えることが十分に可能だとするのである。<sup>(16)</sup> さらに、少数ではあるが、正当にも、許可が公権を付与するとの見解も存在すると指摘している。<sup>(17)</sup>

このように考えることによって、許可によって創られた法的状態は、権利を付与された法的地位と同様に、行政の侵害から保護される。むしろ、許可とその他の設権行為との違いは、ただだか、法律上の剣権規定の多寡にすぎないのである。<sup>(18)</sup>

### ③ 利益的行政行為の概念

かくして、イブセンは、許可とその他の設権行為の差異を相対的なものにすぎないとしたうえで、次のような指摘をしている。「許可と権利創設行為との構造的同質性、および、いずれの場合にも権利が生じているとの見解の採用は、根本的には、体系上の長所をもたらすことになる。つまり、撤回問題については、許可も権利創設行為も共通の上位概念である『利益的行政行為』として、検討しうることに可能になるのである」<sup>(19)</sup>

このように、彼が利益的行為の撤回制限というテーゼを提起するには、いわゆる設権行為と許可との概念的区分の克服が前提とされている。そこでは法的保護に値する利益ないし公権論の考え方が強く影響していることが伺える。特に、イブセンにおいては、行政の権限行使に限界を画すものとして、公権が語られ、法的保護利益が語られているのであり、かかる思考のうえに利益的行政行為の概念が設定されているのである。

ところでこのような立論は、先にも触れたように、撤回自由原則そのものへの疑問をますます増大させる。利益

的行為に、撤回自由原則はもはや妥当しない。いわゆる確認行為の撤回も自由とはいえない。かくして、例外は増大し、撤回自由原則は幻想にすぎなくなるのである。結局、原則—例外思考は克服され「行政および相手方のいかなる利益が撤回に対立し、あるいは合致しているのか、いつ撤回が正当な（利益）制限となり、いつ自由と財産への侵害となるのか」を吟味しつつ判断されなければならない。むしろ「撤回自由の原則より、撤回制限の原則から出発するのが正しいのではなからうか（Es wäre richtig,……）」と述べるにいたるのである。<sup>(21)</sup>

(1) H. Ipsen, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte, (Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht, Heft 26), Kommissionsverlag von Lütcke & Wulff, 1932.*

(2) Ipsen, a. a. O., SS. 47. なお、彼は、「法律行為的行政行為」という表現は、私法上の法律行為概念への思い以外、何ら行政行為概念にとって必要なものはないと言う（a. a. O., S. 9）。

(3) Ipsen, a. a. O., SS. 10—14.

(4) Ipsen, a. a. O., SS. 13—14. また、彼は、「この区分は、近年、立法や判例においても、しばしば用いられるものである」と言（a. a. O., SS. 13—14）。

(5) Ipsen, a. a. O., S. 5.

(6) Ipsen, a. a. O., SS. 16, 18.

(7) Ipsen, a. a. O., SS. 61—65. また、彼は、彼の撤回概念の規定の立場からではあるが、これまでの議論では、撤回論と取消論の混同に至らざるを得ないと述べる（a. a. O., S. 65）。

(8) Ipsen, a. a. O., SS. 66, 69.

(9) Ipsen, a. a. O., S. 67.

- (10) Ipsen, a. a. O., SS. 68—69.
- (11) Ipsen, a. a. O., S. 68.
- (12) Ipsen, a. a. O., SS. 68—69.
- (13) Ipsen, a. a. O., S. 72.
- (14) Ipsen, a. a. O., S. 74.
- (15) Ipsen, a. a. O., SS. 74—76.
- (16) Ipsen, a. a. O., SS. 76—77, S. 72.
- (17) Ipsen, a. a. O., S. 79.
- (18) Ipsen, a. a. O., S. 79.
- (19) Ipsen, a. a. O., S. 79.
- (20) Ipsen, a. a. O., S. 64.
- (21) Ipsen, a. a. O., S. 64.

#### 四 フォルストホフの総括

最後に、フォルストホフの撤回論とそこでの利益的及び不利益的行政行為の区分について、彼の「行政法教科書」に依つて、簡単にみておくことにする。<sup>(1)</sup>この教科書自体は、第二次大戦後のものであるが、そこには戦前の撤回をめぐる論議のひとつの総括がなされているように思われるからである。

フォルストホフは、その教科書の第二版で「利益的行政行為 (begünstigender Verwaltungsakt) の廃止 (Auf-



hebung) と不利益的行政行為 (belastender Verwaltungsakt) の廃止との間には、「本質的な差がある」として、利益的行為の場合を撤回 (Widerruf) 不利益的行為の場合を取消 (Rücknahme) と用語上も区別している<sup>(2)</sup>（もつともこの用語法は、第七版では変更され、適法行為の職権取消を撤回と、違法行為の場合を取消と表現するようになっている<sup>(3)</sup>。また、初版ではこのような記述はない。しかし、その議論の進め方に、利益的行為と不利益的行為との区別を重視している傾向は否定できない<sup>(4)</sup>）。

さらに、フォルストホフは、行為の職権取消に関する法準則 (Rechtsregeln) も、利益的行為と不利益的行為で異なると述べる。不利益的行為の取消は、常に可能であり、場合によっては、それが法的義務となることもある<sup>(5)</sup>。ついで、フォルストホフは、利益的行政行為の撤回について論述するのであるが、また、この第二版の段階では、利益的行為を含めて、撤回自由原則が妥当することを否定してはいない<sup>(6)</sup>。彼は、それを、行政が変転する情況に即応しなければならぬことで説明し、またこの原則は、慣習法的に確立しているともいう<sup>(7)</sup>。この原則を踏まえたうえで、いくつかの撤回制限を述べるのであるが、その第一にあげられるのは、当事者の権利及び法的状態を保護するための撤回制限である。このような制限が利益的行政行為の場合に生じるのは、言うまでもない。この場合、撤回の制限をなすのは「権利」である。もつとも、利益的行為が権利を基礎づけるのは、それが相手方国民に、何かを積極的に付与した場合であって、単なる「自然の自由」の回復にすぎない警察許可は、権利を基礎づけるものではないという。つまり、撤回制限の保護法益は、国家に何かを要求し、あるいは、何かをなしうるという意味での公権だとされるのである<sup>(8)</sup>。しかしながら、フォルストホフ自身も、市民生活が行政に対する依存度を強めるなかで、保護法益の拡大解釈によって撤回制限を強めようとする傾向があることを認めるし（彼はここで、コルマン、イブセン、ビュルクナーらを引用する）、従来の権利または法的状態という言葉では、包括しえない保護法益の存

在することも承認せざるをえないのである。<sup>(9)</sup>そこで、彼は、与えられた (verliehen) という言葉を重視しつつも、撤回を制限するものとして、法的あるいは経済的地位 (Positionen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art) という表現をとることになるのである。<sup>(10)</sup>

ところで、前述の如く、フォルストホフは、警察許可は、権利の設定ではなく、自然の自由の回復にすぎないので、依然として、撤回自由原則のもとにあるという。<sup>(11)</sup>しかしながら、許可の相手方が、それを信頼してある事業を実行に移した時、それは、もはや自然の自由の単なる行使にとどまらず、特別の実施活動 (besondere Anstalten) として、保護されなければならない。<sup>(12)</sup>これもまた、フォルストホフによれば、法的もしくは経済的に保護された地位に含まれることになるのである。

さて、行政行為の利益的效果の保護の必要性は、行政活動領域が広がり、また市民生活に一層深くかわつてくるにつれ、ますます強く求められるようになる。同時にそれは、利益的行为に対する撤回自由原則の妥当性を一層疑わしめる。かくして、フォルストホフも、その教科書第六版において、いかなる行政行為も自由に撤回しようとの原則は、近年正当な理由で克服されるに至った、すなわち瑕疵のない利益の行政行為の撤回は原則として自由ではないという結論を表明するに至るのである。<sup>(13)</sup>

フォルストホフの見解を簡単にまとめると、それは、第一に、撤回論における、利益の行政行為と不利益の行政行為の区別の本質的重要性の指摘であり、また、利益の行政行為における撤回自由原則の排除である。第二に、自由な撤回から保護されるべきものが、従来の狭義の権利から、より拡大しつつあることの率直な承認である。すなわち、行政活動が市民生活に深くかわつてくるなかで、行政行為の利益的效果一般の法的保護の必要性を認めようとする傾向である。

- (1) E. Forsthoﬀ, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, C. H. Beck, 1. Aufl., 1950 ; 2. Aufl., 1951 ; 6. Aufl., 1956 ; 7. Aufl., 1958 ; 10. Aufl., 1973.
- (2) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 210.
- (3) Forsthoﬀ, 7. Aufl., S. 239.
- (4) Forsthoﬀ, 1. Aufl., SS. 200, 202—203.
- (5) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 210.
- (6) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 211.
- (7) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 212.
- (8) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 214.
- (9) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 214.
- (10) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 215.
- (11) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 214.
- (12) Forsthoﬀ, 2. Aufl., S. 215.
- (13) Forsthoﬀ, 6. Aufl., S. 232.

## 五 ま と め

(1) これらの学説の流れから、第一に、撤回論において「利益的行政行為」という概念が意味を持つようになるに  
は、権利付与行為と許可行為の区別の相対化が前提となされていたことが指摘できる。その中心的論点は、許

可行為の撤回自由の原則の克服である。

撤回自由原則のもとでも、権利・能力の付与は、既得権として、その一方的な剝奪から保護されていた。<sup>①</sup>ところが、許可を自然の自由の回復とみ、何ら新たな権利を付与するものではないとする限りでは、許可は自由に撤回しうるものとなる。しかし、私人の側にしてみれば、許可といふ権利付与行為といつても、その効果の保護の必要性においてかわるところはない。そこで、許可行為であっても自由な撤回から保護されるべきだとの考えが提唱されるようになり、それは、「撤回にあたつては、厳格な権利概念にとらわれるべきでない」（コルマン）、「許可付与と権利創設行為との構造的同質性」（イブセン）というように、許可行為であっても、権利付与行為と同じ、またはそれに準じるものとして、撤回制限原則のもとに置こうとしてきたのである。ここで問題とされているのは、「権利」と「自然の自由」との概念的な区別ではなくして、行政行為の利益的效果の法的保護の必要性を卒直に承認するか否かである。

そのことは、ビュルクナーやフォルストホフの言う「保護に値する法的地位」という表現にも表れている。

(2) ただし、許可の撤回制限を論じるうえで、論者によって微妙なニュアンスの違いがあることも付記しておきたい。すなわち、それは許可を、権利付与行為のひとつとしてとらえようとする傾向と、許可そのものは、あくまで自然の自由の回復にすぎないといふ、許可によって私人が行なつた投資の利益、つまり、許可に伴なう経済活動の保護に重点をおく考え方である。コルマンやイブセンは、前者の傾向にたつし、フォルストホフには、後者の感が強い（まだ、ビュルクナーにも、かかる傾向がうかがわれる）。

この点を指摘したのは、本稿に記述したことからだけで結論をだすことは到底不可能であるが、いわゆる「法的保護に値する利益」の権利論的裏づけの動向にも関連するように思われるからである。この点は、改めて考察し

たいと考える。<sup>(2)</sup>

(1) S. Ipsen, a. a. O., S. 71.

(2) もっとも、撤回に對立する利益の權利論的裏づけがただちに、すべてにわたって可能であると考へている訳ではないし、まして、權利論的裏づけがなければ撤回に對抗できないと即断するつもりはない。いわば「事実上の利益」であつても、撤回から保護されねばならない場合があらう。ただそのことと、保護に値する利益の權利論的裏づけの作業とは、矛盾するものではない。

## 二 瑕疵論における、利益的行為—不利益的行為区分の意味(ヒッペル

### 「瑕疵ある国家行為の問題研究」に關連して<sup>(1)</sup>

(1) 戦前ドイツ行政法学における利益的行政行為論に關連して、ここで觸れておかなければならないのは、E・V・ヒッペルの研究である。それは、瑕疵論においても、行政行為の利益—不利益区分論が本質的重要性を有することを、鋭く指摘しているからである。目的論的解釈によつて名高いヒッペルが、その方法論に立脚して、正しい法の解釈は具体的な事実關係と法的狀態に依拠しており、一般的に決定することはできず、むしろ、各規範の基礎にある価値の実現に最も適合するように個別具体的に決定されなければならないと主張したことは、すでによく知られていることである。<sup>(2)</sup>従つて、瑕疵ある国家行為の效果の決定に際しても、一般の基準によつて無効か取消かを決定することはできず、具体的な価値關係を考慮して決定されなければならない。<sup>(3)</sup>かかる問題意識のうゑに、ヒッペルは、いくつかの具体的な価値關係の例をあげるが、<sup>(4)</sup>特に、本稿とのかかわりにおいて注目されるのは、「私人の利

益のためにする瑕疵ある国家行為の有効性」および「瑕疵の効果の、瑕疵を主張しうる可能性への從屬性」の指摘である。そこで、かかる論点における、利益—不利益区分論の位置づけを見ることにしよう。

(2) ヒツベルは次のようにいう。国家行為の実効性 (Geltung) に関する瑕疵の法的意味は、広い意味での法的手段の体系 (Rechtsmittelsystem) における瑕疵の法的位置によってのみ決定できる。すなわち、瑕疵の法的効果は、何びとかが、瑕疵に対するサンクションとして、いずれかの時点、場所そして手段で、法的意味を持つ行為をなすことができる、あるいはなすべきであるということに現れるのである。換言すれば、瑕疵の意義は、なによりもまず、瑕疵ある行為によって權利を侵害された者であり、それ故にサンクションとしての何らかの行為の本来的提起者となる者、つまり被侵害利益の担い手によって決定されるのである。<sup>(5)</sup> このことは、とりもなおさず、被侵害利益の担い手がいかなる法的手段を持つか（または、法秩序はいかなる法的手段を認めているか）が、瑕疵論の考察にとつて最も重要であることを示す。かかる観点から、瑕疵論の研究にあつては、利益的行为と不利益的行为とに区分して考察することが最も適切である。ただし、不利益的行为においては、行為の相手方の反対行動が対応し、逆に、利益的行为では、行政庁の權利剝奪行為が対応するからである。しかも、後者の場合、行政官庁は、裁判所へ訴えることなく行為しうる点で、両者の間には本質的差異が存在するのである。<sup>(6)</sup>と。

そこで、ヒツベルは、不利益的行为、利益的行为に分けて、その瑕疵論をさらに展開する。まず、不利益的行为の場合、瑕疵の効果として、抵抗権、無効、取消があげられる。彼は、国家行為の無効とは、何よりもまず、当該行為に対する国民の抵抗が認められるか否かによって決定されるべきものであり、そこでの無効の判断は、とりもなおさず刑法一一三条（公務執行妨害罪に該る）の目的論的解釈、価値解釈に依拠していると述べる。<sup>(7)</sup> 次いで、いわゆる「無効」について、それは、主に出訴期間経過後の瑕疵を主張しうる法的手段の有無、すなわち、他の訴訟

手続での先決問題や特別の確認訴訟もしくは執行手続段階で、行為の拘束力を争うるかに関わっているとして、<sup>(8)</sup>かかる意味での無効の行為とは、公序良俗あるいは具体的規範体系の持つ価値に対する容認しえない侵犯を要求するような国家行為に他ならないとする。つまり、ここでもまた、国家行為の無効は、何らかの価値と無関係に決定することはできないとされるのである。<sup>(9)</sup>

他方、利益的行為の場合、たとえば無権限官庁の行為を一律に無効と主張することはできず、私人の利益をも優越する公益が存在するか、または、瑕疵の原因が官庁と相手方国民とのどちらの責に属するのかが具体的に考慮されなければならない。つまり具体的価値関係によって決定されなければならないと、ヒッペルは主張する。<sup>(10)</sup>

(3) ヒッペルは、その瑕疵の効果を法的手段体系に位置づけつつ、そこから目的論的解釈の重要性を論拠づけようとしているのであるが、注目されるのは、その着眼点、つまり、瑕疵の効果を権利救済制度から説明しようとする、いわば瑕疵論の手続法的考察である。<sup>(11)</sup>今日では、たとえば公定力の概念は、取消訴訟の排他的管轄からのみ説明できるとの考えが有力な見解であるし、<sup>(12)</sup>さらに、無効、取消等の瑕疵の効果は、まさに手続法的区別であるとの見解もだされている。<sup>(13)</sup>本稿とのかかわりで指摘すべきことは、かかる観点より瑕疵論を考察しようとするれば、ヒッペルも述べるように、利益的行為と不利益的行為の区分がもっとも基本的な区分になるということである。瑕疵を主張するのは誰か、またそれはいかなる法的制度を通して主張されるのかは、利益的行為と不利益的行為とで根本的に異なるものだからである。また、遠藤教授が指摘するように、瑕疵の効果の現れ方は、両者で大きく異なることがある。<sup>(14)</sup>このことは、「はじめに」で述べたように、行政行為に対し利害関係を持つ国民がいかなる法的制度を通じて権利主張をしようかという、つまり行政手続—行政訴訟法全体に、この区分が基本的意味を持つことも示している。そして、瑕疵論もまた、この行政手続—訴訟制度全体の考察の中に位置づけて考察することは不可能では

ない。ヒッペルの提起したかかる視点が、その後の行政行為論、とくに利益—不利益区分論にどう反映しているのかを探ることを今後の作業のひとつの視座としたいと考え、ここに取りあげた次第である。

- (1) E. v. Hippel, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, Zweite durchgesehene und wesentlich erweiterte Auflage*, Springer-Verlag, 1960. (なお、初版は、一九二四年)
- (2) Hippel, a. a. O., SS. 63—66. 参照、田中二郎「行政争訟との関連より見た行政行為の無効と取消の区別」、『法学協会雑誌』七二卷一五頁。
- (3) Hippel, a. a. O., S. 67.
- (4) Hippel, a. a. O., SS. 72 ff. 彼は、(a)私人の利益のためにする行為であるか、(b)本質的瑕疵か非本質的瑕疵か、(c)行為の本質と社会的機能、(d)瑕疵を主張しうる可能性、(e)被侵犯規範の確定力への依存性、(f)私法的類推の許容性の限界をあげてゐる。参照、田中、前掲、五頁。
- (5) Hippel, a. a. O., SS. 93—95.
- (6) Hippel, a. a. O., S. 97.
- (7) Hippel, a. a. O., SS. 97—102.
- (8) Hippel, a. a. O., S. 105.
- (9) Hippel, a. a. O., S. 106.
- (10) Hippel, a. a. O., SS. 116 ff.
- (11) 参照、田中、前掲、五頁。兼子仁『行政行為の公定力の理論(第三版)』東大出版会(一九七〇年)一三三頁。
- (12) たとえば、原田尚彦『行政法要論』学陽書房(一九七六年)一〇六頁。



(13) 兼子仁『行政法総論』一九八頁。なお、兼子教授は、瑕疵論の手続法的考察の必要性を主張している（『行政行為の公定力の理論（第三版）』三一八頁、三四一頁）。

(14) 遠藤博也『行政行為の無効と取消』東大出版会（一九六八）二八頁。教授は、授益的行為において、職権取消が問題となる限り、無効と取消を区別する実益はあまりないと述べられる。逆に、不利益的行為の場合、相手方国民にとって、無効と取消の制度的意味の違いは大きい（もっとも、ある利益的行為が、他官庁の後行行為の要件となっていたら、利益的行為であっても、無効と取消の違いが意味を持つことはありえよう）。

(15) 注（13）参照。

### むすびにかえて

撤回論をひとつの素材として、利益的行政行為の概念形成をみると、行政行為の利益的効果の法的保護の承認という観点からまとめることができ、特に、設権行為と許可との概念的区分の克服がひとつの課題であったということができよう。かかる議論の背景には、ドイツ的な「自然の自由」の概念ないし撤回自由原則が克服の対象になったという事情が存在する。ところで、法的保護（に値する）利益という議論のたて方は、公権論の影響を感じさせて興味深い。この点は、今日の西ドイツの二重効果的行政行為論において、第三者の持つ法的利益を、原告適格論から撤回論にまで反映させようとする議論動向ともつながっているように思える。<sup>(1)</sup> もっとも、訴えの利益を基礎づける法益と、撤回から保護されるべき利益が、直ちに一致するとは結論できないと思われるが、この点で、ドイツ行政法学において、手続的諸権利を基礎づけるものとしての法益と行政権限行使に影響を与えるものとしての法益

との関係がどのように論じられているか、より詳しい研究が必要であらう。<sup>(2)</sup>

なお、利益—不利益という区分は、たしかにひとつの実体的内容に即した区分であるが、プラスかマイナスかという大きな区分である。この区分を重視しようという意見に対しては、従来の行政行為論が行なってきた効果の法的性質のより緻密な分析の成果を逆にながしにするのではないかという批判がありえよう。それへの完全な回答はまだ提出しえないが、それについては、特殊法論あるいは行政領域論に共感を覚える。すなわち、各行為の効果の実体的内容は、もちろん厳密に究明されなければならないが、それは、それぞれの領域ごとに、その特有の法原理に即してなされるべきで、そこから直ちに行政行為論全体を通じる実体法理を導きだすことには、慎重でなければならぬように思えるのである。撤回論の推移は、内に、従来の概念区分に対する反省の契機を含んでいるのではなからうか。これらの問題点も踏まえて、利益—不利益区分論の意義と限界を解明する作業を進めなければならないと思う。

(1) たとえば、H. W. Laubinger, *Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Otto Schwartz & Co., 1967.

(2) 参照、芝池義一「学会展望」公法研究四四号二七七頁。