

(要約)

行政行為の附款論

佐藤悠広

序章

本論文の主題は、行政行為の附款である。標準的な教科書では、附款の種類、附款を付しうる根拠等の問題が主に論じられているものの、「附款」という概念それ自体の説明にはあまり紙幅が割かれていない。本論文は、第1に「附款」概念の外縁を画定すること、第2に附款の法的性質を説明することを通じて、附款の本質を解明する。

序章第1節では、附款をめぐる日本行政法学の議論を概観することによって、本論文の問題意識を明らかにし、本論文の目的を具体化する。

第1に、「附款」概念の外縁について。かつて、《申請者が進路Aでの集団示威運動の許可を申請したところ、これに対して進路Bでの集団示威運動が許可された》という事案に関する裁判例を素材に、この「許可」は附款付き許可であるか否かということが学説上論じられたことがある。多くの論者はこの「許可」を漠然と附款付き許可として、あるいは特に負担付き許可として把握したが、「条件」や「負担」等の各種の附款についての通説的な定義を前提とすれば、これは附款付き許可ではあり得ない。現代の教科書では、これを「変更処分」と称し、附款付き許可とは区別されるべきであると論ずるものもあるが、「変更処分」の法的性質はいずれにせよ明らかにされていない。本論文も、申請されたこととは異なることを許可する行政行為を「変更処分」と称するものとし、これと附款付き許可との異同を明らかにし、附款の外縁を画定することを第1の目的とする。

第2に、附款の法的性質について。現代の通説では、行政行為に附款を付すことは行政庁の裁量権の行使として把握されている。そうだとすれば、附款の内容的な適法性も、常に裁量権の逸脱又は濫用の有無によって審査されることとなる(行政事件訴訟法30条)。しかし、羈束行為に付される附款については、これを必ずしも行政庁の裁量権の発現ととらえるべきではない。たとえば、裸眼視力が基準に満たない者が運転免許の申請をした場合において、この者に対し眼鏡等を使用すべしという附款(負担)を付して運転免許を与えるべきことは法律の要請であって、この場合には、行政庁(公安委員会)に選択の余地すなわち裁量は与えられていないと解すべきである。このような羈束行為に付される附款の法的性質を、日本の行政法学は説明できていない。これを補うことを本論文の第2の目的とする。

序章第2節では、この第2の問題に関して、美濃部達吉及び田中二郎の行政行為論並びにその後の行政法学の展開を概観することによって、現代の通説において附款論が裁量論

に吸収されている原因を探る。

美濃部達吉は、民法における「法律行為」の概念に依拠して「行政行為」概念を形成し、これを行政法上の法律効果の発生原因となる要件事実として位置づけた。また、とりわけ「法律行為的行政行為」は、行政庁の意思の内容に従ってその効果を生ずる行為であると説明された。そして、これに追従するように、附款は「主たる意思表示」としての行政行為に付される「従たる意思表示」と定義された。

田中二郎は、行政行為を要件事実として位置づけたものの、法律行為とは異なり行政行為は公権力の行使であるということを重視し、これが行政庁の意思表示を要素とすることを美濃部ほどには強調しなかった。しかし、附款については、田中も美濃部と同様にこれを「従たる意思表示」と定義した。美濃部も田中も、附款の適法性の問題は裁量論の問題として論じていた。

行政裁量とは、行政庁の主体的意思による判断・選択の余地を意味するところ、行政行為に附款を付すことを裁量権の行使としてとらえる見解は、要するに、附款を《行政庁の意思形成の契機》と見ているのである。そして、美濃部や田中による「従たる意思表示」という附款の定義が、このような観念の原因となっていると解される。周知のとおり、戦後の行政法学は、美濃部や田中の行政行為論に対抗し、行政行為の概念から「意思表示」あるいは「意思」の要素を切り離した。それにもかかわらず依然として附款が行政裁量の発現として、すなわち《行政庁の意思》の発現としてとらえられていることは、法律行為を模して形成されたこの伝統的な行政行為論（以下「法律行為的行政行為論」という。）の残滓であるということができる。

この認識に基づき、本論文は、羈束行為に付される附款の法的性質を説明するに当たり、法律行為論に倣ったものではない行政行為論の立場から附款論を再構成するという方法を採用する。すなわち、裁判判決を模した行政行為論（以下「裁判判決的行政行為論」という。）である。

序章第3節では、以上の分析に基づき、本論文の取り組むべき課題が設定される。

附款の外縁を画定するという第1の目的に関して、現代ドイツの標準的な教科書では、行政行為の附款の項目において、「変更許可」や「変更負担」という概念が論じられていることが目を引く。たとえば、「計画された形とは異なる形の屋根を設置すべしという負担」が建築許可に付されることがあるが、これは通常の負担とは区別される「変更負担」とであるという。このような「負担」付きの許可は、まさに上述の「変更処分」に相当する。この特殊な「負担」の概念をめぐるドイツの議論、とりわけ通常の負担その他の附款との異同をめぐる議論を追うことが、本論文の第1の課題となる。

羈束行為に付される附款の法的性質を説明するという第2の目的に関して、すでに、「裁判判決的行政行為論」の立場から附款論を再構成するという方法が選択された。このためには、「裁判判決的行政行為論」の原型を、「法律行為的行政行為論」と比較しながら描き出す必要がある。そのために、日本の行政法学、行政行為論に大きな影響を及ぼしたドイツの古典的な行政行為論を分析することが、本論文の第2の課題となる。

第1章 附款論

第1章第1節では、「変更許可」及び「変更負担」の概念を初めて提唱したドイツの裁判官ヴァイロイターの論文（1969年）を分析する。

ヴァイロイターは、『申請者が切妻屋根の建築物の建築許可を申請したところ、これに対して平屋根の建築物の建築が許可された』という設例を挙げ、これは「変更許可」であり、申請と許可との内容が（一部）合致しない場合には、当該合致しない部分は何らの法的効力を生じないと論ずる。そのため、この場合には、申請者は許可を無視して切妻屋根の建築物を建築し、この建築物が現に建築基準法令の規定に違反しておらず（「実体的に適法」である）、したがって——建築許可の内容に違反している（「形式的に違法」である）としても——除却命令はされ得ないと主張することが許されるという。このように、「変更許可」は私人の行為を規律する機能を果たさない。

「変更許可」に負担を付すことによって、行政庁はこの不都合を回避することができる。ヴァイロイターは、「負担」とは「命令効」を伴う附款のことであり、「命令効」とは『行政行為の内容を実体法上の「定め」とする効力』のことであるという。つまり、先述の例の場合には、平屋根の建築物の建築を許可するという行政行為が負担付き許可としてされることによって、屋根が平屋根であるべきことが、建築基準法令の規定と同等の実体法上の「定め」となり、これに違反して切妻屋根の建築物が建築された場合には——建築許可の内容に違反していることそれ自体を根拠として——行政庁は除却命令をすることができるようになる。

以上のように、ヴァイロイターのいう「変更負担」は、とりわけ「負担」の意義についてのやや特殊な理解を前提として形成された概念である。

第1章第2節では、この「変更許可」及び「変更負担」の概念が、学説上どのように受容されたのかを概観する。ドイツでは1976年に行政手続法が制定され、同法36条で「附款」に実定法上の地位が与えられたため、「変更許可」や「変更負担」の法的性質は、主に同条の、特に「負担」を定義する同条2項4号の解釈問題として論じられている。

行政手続法制定直後の諸学説及び現代の諸学説の総合的な分析の概要は以下のとおりで

ある。

一方で、「変更負担」を、行政手続法 36 条 2 項 4 号にいう「負担」として把握する見解はほとんど見られない。ヴァイロイターによる「負担」の定義（「命令効」を伴う附款）が共有されていないためである。「変更負担」の法的性質については、随意条件と解する説、附款の一類型としての「制限」と解する説、そもそも附款ではないと解する説が混在しており、議論は今日に至るまで決着を見ていない。

他方で、ヴァイロイターのいう「変更負担」付き許可に相当する行政行為がそもそも許容されるということや、「変更負担」に対する独立の取消訴訟は提起され得ないということ等、実際に問題となりうる主要な論点については、どの学説も同じ結論を主張する。つまり、「変更負担」が附款であるか否か、どの種の附款であるかという議論は、要するに同じ結論をどのように説明するかをめぐる議論に過ぎない（最近の学説ではクリスティアン・ブムケがおそらく同旨のことを述べている。）。

第 1 章第 3 節では、「変更負担」の法的性質に関するこのような議論のドイツにおける意義（実益）が簡単に分析され、この議論を日本に導入することは避けられるべきであり、したがって、本論文の第 1 の目的はこの段階では保留せざるを得ないと結論づけられる。

第 2 章 法律行為的行政行為論

第 2 章では、美濃部達吉や田中二郎の行政行為論に相対的に類似する、「法律行為的行政行為論」に分類されるべき諸学説が分析される。分析の切り口となるのは、第 1 に、行政行為は要件事実として位置づけられているか、言い換えれば、行政行為の法的効力は行政法上の法律効果として発生するものとされているかという問い、第 2 に、行政行為の内容と行政庁の意思とはどのような関係にあるのかという問いである（以下それぞれ「第 1 の問い」及び「第 2 の問い」という。）。

小早川光郎によれば、また序章における本論文の分析によれば、日本の伝統的な行政行為論が民法学の法律行為論から「摂取」したのは、とりわけ、《行政行為は要件事実である》という「教義」及び《行政行為は行政庁の効果意思の表示である》という「教義」であるが、このような日本の行政行為論との比較をするうえでは、ドイツにおいて法律行為論が行政行為論に及ぼした影響を分析する際にもなるべく同じ観点をとるのがよいと考えられるためである。また、特にこの 2 つの点において、第 3 章で分析される裁判判決的行政行為論との相違が際立つと考えられるためである。

第 2 章第 1 節では、カール・コルマンの行政行為論が分析される。

コルマンは、諸々の「国家行為」のうち、特に「法律行為的行政行為」を論ずることを宣

言する。これは、国家その他の公権力の主体の行う行為のうち、行為者の効果意思に対応する法的効力を生ずるものを意味する（立法行為はこれに含まれない。）。

第1の問いについて、コルマンは、法律行為的行政行為はその効力を「行政意思」の「固有の力」から引き出すのであって、法律に依拠して効力を生ずるのではないと論ずる。つまり、《行政行為は要件事実である》という「教義」は、コルマンには採用されていない。

第2の問いについて、コルマンは、たしかに、法律行為的行政行為は「行政意思」の表示であると述べている。しかし、この命題は、諸々の解釈論を「意思」という「整序概念」を用いて統一的に説明するための前置きに過ぎず、何らかの実質的な主張を伴うものと解すべきではない。実質論としては、私法とは異なり、法律行為的行政行為の実施や内容については、法律が全面的に行政庁を羈束していることが公法の原則であると強調されている。この原則的な場面においては、「行政意思」が法律行為的行政行為の内容に何らかの影響を及ぼすことはない。もっとも、法律行為的行政行為の内容が法律上一義的に確定され得ない場合には、法律が行政庁に「自由裁量」を与えているものと解され、この場合には真に「行政意思」が行為の内容を決定する。

第2章第2節では、ヴァルター・イエリネクの行政行為論が分析される。

第1の問いについて、イエリネクは、行政行為を明確に要件事実としてとらえている。すなわち、私人の法律行為と同様に、行政行為の効力は法律から引き出され、また、行政行為がされなければ法律の効果は発生しない。

第2の問いについて、イエリネクは、私人の法律行為さながらに、行政行為を、その要素となる意思表示の個数によって分類する（私人の申請＝私人の意思表示を要するか否か、というような分類）。この限りでは、イエリネクの行政行為論は民法学の方法論あるいは意思表示論の影響を強く受けているように見受けられる。しかし、「行政の法律適合性」という法治国の原理を強調するイエリネクは、行政行為の内容に行政庁の主体的意思が反映されることをなるべく避けようとするような理論構成をする。イエリネクによれば、行政の行為を規律する法律において不確定概念が用いられている場合に、当該概念の解釈の余地として行政庁の裁量が認められる可能性があるが、それは立法者が行政庁に裁量権を授権する目的であえて不確定概念を用いている場合に限られるのであって、実際に裁量権の根拠となる不確定概念は少ない。

第2章第3節では、ハンス・ユリウス・ヴォルフの行政行為論が分析される。

第1の問いについて、ヴォルフの定義においては、行政行為は「行政法上の法行為」でなければならない。行政法上の法行為とは、その法効果が「行政法規」（実定の法律であることが通例である。）に基づいて発生する行政の行為を意味するため、その一類型としての行政

行為の効力も法律効果として生ずるのである、ということになる。

第2の問いについて、ヴォルフは、行政行為は行政庁の「意思表示」と述べて、この「意思表示」には意思表示に関する諸法規が適用されないと論ずる。コルマンと同様に、ヴォルフもまた、「意思表示」の概念を「整序概念」としてのみ用いているのである。したがって、「羈束行政行為」であれば、行政庁の主体的意思が行政行為の内容に反映される余地はない。他方で、これはイエリネクと同様に、法律において不確定概念が用いられている場合には行政庁の裁量が認められ、行政庁の意思によって行為の内容が決定されることがありうると論じられている。法律上の不確定概念は3種に分類されるが、行政庁の裁量権を根拠づけるのはこのうち「類型概念 (Typenbegriffe)」と称されるものである。「類型概念」は、されるべき行政行為の「領域」のみを——「類型概念」に包摂させる形で——一定しており、この「領域」内部での具体的な行為の選択は行政庁の主体的意思に委ねられている。

第3章 裁判判決的行政行為論

第3章では、「裁判判決的行政行為論」に分類されるべき諸学説が分析される。分析の切り口となる2つの問いは本章にも引き継がれる。

第3章第1節では、オットー・マイヤーの行政行為論が分析される。

マイヤーの理論では、「国家」の概念が出発点となる。「国家」は「秩序づけられた公共団体」と定義され、公共団体としての本質上、国家の意思には「公権力」が伴うと論じられている。そして、法律、行政行為及び裁判判決は、いずれもこの「公権力」を伴う国家の意思の異なる発現形態として位置づけられる。すなわち、法律のもとで行われる私人の法律行為とは異なり、行政行為は法律に並列する。

したがって、第1の問いについては、行政行為はその効力を法律から引き出すのではない（「公権力」から引き出す。）、すなわち行政行為は要件事実ではないということになる。

第2の問いについて、マイヤーは、行政行為を4種に分類して解答を示す。行政行為には、①法律の根拠のない（法律の根拠を要しない）もの、②行政庁に一切の裁量が認められていないもの、③行政庁に「裁判官の裁量」が認められているに過ぎないもの及び④行政庁に「自由裁量」が認められているものの4種があり、このうち②及び③は「法律の意思 (Gesetzeswillen, Willen des Gesetzes)」を示す行政行為、①及び④は行政庁の意思を示す行政行為であるという。

マイヤーは、行政行為を行政法上の要件事実には位置づけないが、これは裏を返せば、行政法の法律効果は行政行為がされずとも生じうるということを意味する。この認識は、特に警察許可（羈束行為であることが通例である。）がされる場面において重要な意味を持つ。す

なわち、警察許可は、警察法上の法律効果の発生原因となる行政行為ではなく、この法律効果を^レ確認する行政行為であるため、法律上必要とされている許可を受けずに行われた私人の行為であっても、現に警察法上の諸規定に違反する態様で行われていなければ、これに対して「行政警察」上の権限は発動され得ないと論じられている。これに対して、無許可の行為は、その態様にかかわらず「犯罪」行為となり、これに対しては「司法警察」上の権限が発動されるという。

第3章第2節では、フリッツ・フライナーの行政行為論が分析される。

フライナーの理論でも「国家」が出发点となる。「国家」は「支配力」の担い手であり、立法をする権限、行政行為をする権限及び裁判判決をする権限はすべてこの一つの「支配力」から派生する。

したがって、第1の問いについては、マイヤーと同様に、行政行為は要件事実ではないということになる。

第2の問いについて、フライナーは、マイヤーのように、「裁量」に2種類のもの（「裁判官の裁量」と「自由裁量」）があるとは考えていない。およそ行われるべき行政行為が法律上一義的に確定され得ない場合には、行政庁の「自由裁量」が認められていると解され、行政庁の意思が行政行為の内容に（多少なりとも）反映されるということになる。フライナーにとっては、裁判官が損害賠償の具体的な額を認定する際に発動される「自由裁量」と、官吏の任用等の際に発動される「自由裁量」との間には程度の差しかない。

これに次いで、マイヤーの警察許可理論を分析した際と同様の問題意識のもとで、フライナーの警察許可理論も分析される。その概要はマイヤーの理論とおおむね同じである。

第3章第3節では、エルンスト・フォルストホフの行政行為論が分析される。

第1の問いについて、フォルストホフは、行政行為の効力は、法律に基づいて生ずるのではなく、行政の「固有の権威の力」から引き出されると論ずる。「権威」という概念はやや不明瞭であるが、いずれにせよ、《行政行為は要件事実である》という「教義」はフォルストホフには採用されていない。

第2の問いについて、フォルストホフは、私法上の法律行為論における「意思」の概念を行政行為論に転用することは拒絶されなければならないと断ずる。行政行為の適法性は、これを行った「官吏の精神状況」に基づいて判定されるのではなく、もっぱら法律との客観的な適合性に基づいて判定される。もっとも、行政行為の内容が常に法律によって一義的に確定されているわけではない。法律上の不確定概念のうち「価値概念」が用いられている場合には、「価値」を実現するための具体的な行為の選択が行政庁の自由裁量に、すなわち行政庁の主体的な判断に委ねられていると解される。これに対して、「経験的概念」は行政庁の

自由裁量の根拠にはならず、このときには、行われるべき行為を法律解釈によって「突きとめること」が行政庁の義務となる。

第3章第4節では、まず、以上に分析された6論者の学説が横断的に整理され、次いで、「裁判判決的行政行為論」を採用するうえで特に意識されるべき2つの問題が抽出され、これらの問題に対する本論文の考え方が示される。

第1に、裁判判決的行政行為論は、行政行為を要件事実とは位置づけず、行政行為がされずとも行政法の法律効果は生じうるということを前提とするが、このことが具体的に何を意味するかということが問題となる。本論文の分析によれば、この問題は特に警察許可がされる場面において顕在化する。この問題に関して、本論文は、マイヤーやフライナーに倣った説明を採用する。すなわち、「行政警察」と「司法警察」とを区別し、《ある活動に対して行政警察の介入を受けない私人の法的地位》は行政行為がされずとも法律に基づいて発生しうが、《ある活動に対して司法警察の介入を受けない私人の法的地位》は行政行為によって初めて発生すると考える。

第2に、裁判判決的行政行為論は、《行政行為は行政庁の効果意思の表示である》という「教義」を否定するものであるが、行政庁の主体的意思によって行政行為の内容が決定される場合があることを否定するものでもないため、行政行為の内容に行政庁の主体的意思が反映される場合とされない場合とを具体的にどのように区別するかということが問題となる。この問題に関して、本論文は、マイヤーやフォルストホフに倣った説明を採用する。すなわち、行われるべき行政行為の内容が一義的に定まらない場合に直ちに行政庁の「裁量」（行政事件訴訟法30条）を認めるのではなく、これを行政庁の行為選択の余地がある場合と法律解釈の余地があるに過ぎない場合とに区別し、「裁量」が認められるのは前者の場合のみであると考ええる。

終章

終章第1節では、日本の現行法令や最高裁判例との整合性に留意しながら、本論文の採用する行政行為論の具体的な内容が明らかにされる。

まず、「羈束行為」か「自由裁量行為」か、「形成行為」か「確定行為」という観点によって、行政行為を分類する。

特に後者の分類は、現代の日本の教科書等で論じられているものとは大きく異なる。すなわち、本論文は、行政行為がされた後の法律関係ではなく、これがされる前の法律関係に着目し、私人に対して初めて実体的な法的地位を設定する行為を「形成行為」、何らかの意味ですでに発生している私人の実体的な法的地位の存在及び範囲を確認する行為を「確定行

為」という。たとえば、恩給権の裁定は——これがされる前であっても、受給権は退職時から発生しているため——「確定行為」に含まれるが、このほかに、羈束的な警察許可もこれに分類されるべきであるというのが本論文の主張である。この主張が成り立ちうることは、最判昭和 59 年 10 月 26 日民集 38 卷 10 号 1169 頁やその調査官解説等を根拠に論証される。

以上の 2 つの観点により、行政行為が「羈束的形成行為」、「羈束的確定行為」及び「自由裁量行為」の 3 種に分類された後、それぞれの類型について、《行政行為は要件事実である》という「教義」及び《行政行為は行政庁の効果意思の表示である》という「教義」が妥当するか否かが検証される。「羈束的確定行為」は裁判判決に類似する行政行為であり、「自由裁量行為」は法律行為に類似する行政行為であり、「羈束的形成行為」は両方の性質を併せ持つ行政行為である、というのが結論の直観的な表現である。

終章第 2 節第 1 款では、この行政行為の分類に依拠して、附款の法的性質を類型ごとに検討する（ここで本論文の第 2 の目的が達せられる。）。ここでは、羈束行為に付される附款とは行政庁が法律の内容を正確に表示するために用いる道具であり、自由裁量行為に付される附款とは法律上許容された行政庁の意思形成の一部分である、と結論づけられる。

終章第 2 節第 2 款では、「変更処分」の法的性質がやはり行政行為の類型ごとに検討される（ここで本論文の第 1 の目的が達せられる。）。ここでは、羈束行為における「変更処分」とは、《行政庁によって表示された事実認定及び法律の解釈適用の結果が、私人の希望する結果とは異なるものであった》という現象に付された名称であり、自由裁量行為における「変更処分」とは、《行政庁の意思によって形成された行政行為の内容が、私人の希望する内容とは異なるものであった》という現象に付された名称である、と結論づけられる。

終章第 2 節第 3 款では、以上のような附款の本質論に基づいて、判例及び学説上実際に論じられている、附款をめぐる典型的な論点に関する本論文の解釈を提示することが試みられる。ここにおいて、「附款」という概念は、行政行為の外形の描写や現象の記述には有用であるとしても、実際の解釈論においては不要である、という本論文の結論が示される。