

〔論 説〕

規律（Regelung）と取消原理
——行政行為の効力論における実体と手続の分化——

巽 智 彦

目次

- 0. 序
 - 0. 1 問題設定
 - 0. 2 Verwaltungsakt の変遷
- 1 規律ないし拘束力——実体の契機
 - 1. 1 「下命（Befehl）」
 - 1. 1. 1 ラーバント
 - 1. 1. 2 小括
 - 1. 2 確定力（Rechtskraft）
 - 1. 2. 1 ベルナツイク
 - 1. 2. 2 レーニング
 - 1. 2. 3 小括
 - 1. 3 拘束力（verbindliche- oder bindende Kraft）
 - 1. 3. 1 O.マイヤー
 - 1. 3. 2 小括——「拘束（力）」の含意
- 2 取消原理と取消制限——手続の契機
 - 2. 1 取消原理——形式的法律力、自己証明
 - 2. 1. 1 ラーバント
 - 2. 1. 2 O.マイヤー
 - 2. 2 取消制限——実質的確定力
- 3. 結びに替えて

0. 序

0. 1 問題設定

本稿は、19世紀後半から20世紀初頭にかけての行政行為の効力に関するドイツの学説史を検討し、彼の国における行政行為の効力論の展開、および我が国におけるその受容と発展の分析の端緒とすることを目的とする。

行政行為に固有の効力の存在が疑問視されている現在においては¹、行政行為の効力論という(古色蒼然とした)論題の設定の意義それ自体にも自覚的でなければならないであろう。この点についてはまず、仮に行政行為に固有の効力が存在しないとしても、「法源」ないし「法規範」の設定という行政行為の中核的な効力²それ自体について、なお明確化を必要とする点があることが指摘されなければならない³。とりわけ、実体法関係を変動させるわけではない行為が行政行為に当たるとされる場合に、いかなる意味で「法源」性ないし「法規範」性が認められるのかは、「形成」や「確認」といった用語の曖昧さにも起因して、現在までさほど明確にされてこなかった⁴。この点を明確化することは、裏面において行政指導という行為形式の意義を明らかにすることにもなる⁵し、さらには、一方性

1 中川丈久「行政法の体系における行政行為・行政処分の位置付け」阿部泰隆古稀『行政法学の未来に向けて』59頁、87頁(有斐閣、2012)。

2 中川丈久・前掲註(1)87頁；山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商130巻4・5号640頁、648頁(2004)。

3 一つの試みとして参照、太田匡彦「行政行為——古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」公法研究67号237頁(2005)。なお、中川丈久「行政処分の法効果とは何を指すのか」石川正古希『経済社会と法の役割』201頁(商事法務、2013)；同「続・行政処分の法効果とは何を指すのか」宮崎良夫古希『現代行政訴訟の到達点と展望』195頁(日本評論社、2014)も、別の切り口からの明確化の試みと位置づけることができる。

4 この問題に関わる重要な業績として、鶴澤剛「準法律行為的行政行為の概念について」82号331頁、355頁以下(2011)。

5 参照、太田匡彦「行政指導」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』161頁、162頁(有斐閣、2008)。ドイツにおける類似の問題設定として、*Christian Ernst, Die Verwaltungserklärung – Die einfache verwaltungsrechtliche Willenserklärung als Handlungsform der Verwaltung*, 2008, S.68ff.

という特色が持つ理論的含意⁶をより具体的に明らかにすることにもつながるであろう。さらに言えば、行為形式論ないし「活動形式論」に行政法学における体系上の重要性が見いだされる中⁷、典型的な法形式である行政行為の効力論を精緻化する作業は、なお重要なものとして位置づけられるはずである。本稿はこのような問題意識から、我が国の行政法総論の諸概念を規定し、かつこの点について層の厚い議論を重ねてきた、ドイツ公法学の議論を参照する⁸。

より具体的には、以下の二点が問題として抽出される。一点目は、先に述べた通り、行政行為は「法源」ないし「法規範」であるという言明の意味、換言すれば、行政行為の実体的効力をより具体的に明らかにすることである。同様の問題は、ドイツにおいては実定法解釈の問題、すなわち行政行為のメルクマールである規律 (Regelung) の概念 (§ 35 S.1 VwVfG) の解釈の問題として早くから意識されてきたが、論者によって未だニュアンスが異なっている⁹。二点目は、この行政行為の実体的効力との関係で、

-
- 6 塩野宏『行政法 I (第6版)』155頁以下(有斐閣、2015)。中川丈久・前掲誌(1) 85頁も、一方性の要素に国家行為の「権力性」を見出す。
- 7 法形式、行為形式および手続構造の複合として行政法総論を精緻化する試みとして、山本隆司「開かれた法治国——行政法総論の基本概念的再検討」公法研究 65号 163頁(2003)。「公共制度設計論」の見地から、政策手法、規律構造および活動形式の複合をもって行政法総論を再構築する試みとして、原田大樹「立法者制御の法理論」同『公共制度設計の基礎理論』178頁、203頁以下(弘文堂、2014)〔初出：2010〕。
- 8 ただし、我が国における行政処分および行政行為概念の受容過程においては、フランス法の直接間接の影響もまた看過することはできない。参照、岡田正則「行政処分・行政行為の概念史と行政救済法の課題」同『国の不法行為責任と公権力の概念史——国家賠償制度史研究』34頁、35頁以下(弘文堂、2013)〔初出：2007〕；人見剛「ドイツ『行政行為』概念の日本行政法学への影響について——第二次大戦前まで——」高橋滋=只野雅人『東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来』65頁、67頁以下(国際書院、2012)。また、フランスのいわゆる「予先 (préalable)」の理論や、「対抗可能性 (opposabilité)」の概念も、本稿の問題設定にとって有力な補助線となり得るが、本稿では立ち入る余裕がない。
- 9 代表的な業績として Max-Jürgen Seibert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, 1989; Harald Kracht, Feststellender Verwaltungsakt und konkretisierende Verfügung – Verwaltungsakte zur präventiven Regelung, Konkretisierung und Durchsetzung gesetzlicher Rechte und Pflichten, 2002.

「違法でも取り消されるまでは有効」という命題(以下「取消原理」という¹⁰)が持つ意味を、より具体的に明らかにすることである。先行業績が看破している通り、この命題の解釈論上の意義は、その成立当初からさほど明確でない¹¹。我が国の戦後学説は、戦前学説がドイツの取消原理を肥大化させて創出した「公定力」を手続的効力に解体することで、取消原理の意義について一応の納得を得たのであるが、ドイツの戦後学説は、この問題を「規律」の概念と関わらせ、日本とはやや異なる形で処理している¹²。この二点における独日の議論を比較することで、行政行為の効力論を精緻化することが、本稿が見据える課題である。

以下ではまず、第一点目を意識してドイツの学説史における規律の概念の系譜に焦点を当て(1)、次いで、第二点目を意識して取消原理の生成過程に焦点を当てる(2)。紙幅の都合もあり、本稿ではさしあたり、この二つの問題について議論の礎を築いた O. マイヤーの所説までを分析対象とする。

0. 2 Verwaltungsakt の変遷

なお、本論に先立って、行政行為および国家行為の語意に関してあらかじめ註釈する。

既に指摘されていることであるが¹³、本稿が検討の出発点とする 19 世紀後半においては、「行政行為 (Verwaltungsakt)」の概念は行政の諸活動を包括する広義の意味で用いられ、現在の意味での行政行為に相当するものは「処分 (Verfügung)」の概念で語られていた。ラーバントは著名な論文「予算法」の段階で既に、行政行為の語を、実質的意味の法律の制定ではない国家行為一般をさす広義の概念として用いている。すなわち、予算の確定は実質的意味の法律の制定ではなく「国民代表による恒常的な

10 「取消原理」の語は、山本隆司・前掲註(7) 165 頁に示唆を得た。

11 とりわけ私人の法律行為との対比について参照、遠藤博也『行政行為の無効と取消——機能論的見地からする瑕疵論の再検討』221 頁以下(東京大学出版会、1968)；高柳信一「公法、行政行為、抗告訴訟」同『行政法理論の再構成』71 頁、107 頁以下(岩波書店、1985)〔初出：1969〕。

12 例えば *Kracht*, aa.O. (Anm. 4) S.332ff は、取消責任 (Anfechtungslast) という概念をもって、「規律」の概念と結びつけながら「取消原理」の意義を浮き彫りにしている。

13 岡田正則・前掲註(8) 40-41 頁；人見剛・前掲註(8) 67-68 頁。

統制の下での国家行政」である¹⁴とし、翌年に発行された同論文の別刷りの目次においては、その箇所に「予算内容の確定は行政行為である」との見出しを付している¹⁵。この広義の用語法は、『ドイツ帝国国法』初版においても、形式的意味の法律であっても実質的意味の行政行為であり得るという叙述¹⁶などにおいて維持され、同書の「行政の形態」の表題を第二版において「行政行為 (Verwaltungsacte) の形態」に改める¹⁷ことによって前面に押し出されることとなった。G. マイヤーも、「行政行為 (Verwaltungsact, -akt)」を、一方で行政機関相互間の行為と他の法主体との間での行為とを包括し、他方で具体的な事件に関する指令 (Anordnung) である「処分 (Verfügung)」と抽象的または一般的な事案に関わる命令 (Verordnung) とを包括する広義の概念として用いている¹⁸。

このように、行政行為の概念のもとで法律、命令、処分といった国家行為の諸類型が包括されるという状況は、O. マイヤーの件の行政行為の定義 (1. 3. 1. 2 参照) 以降、終結を見ることとなる。O. マイヤーの定義に対しては、G. マイヤー¹⁹、G. イェリネック (及び W. イェリネック)²⁰の反論があったものの、その批判の内容は、行政の活動全体を指し示す概念

14 *Paul Laband*, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen 4.Bd., 1870, S.625 (637).

15 *Paul Laband*, Unveränderter Nachdruck von a.a.O., 1871, Inhalts-Uebersicht.

16 *Paul Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 2.Bd., 1.Aufl., 1878, S.209.

17 *Paul Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1.Bd., 2.Aufl., 1888, S. X VI.

18 *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Teil.1, 1.Aufl., 1883, S.24, 26; *ders.*, 2.Aufl., 1893, S.29, 32

19 *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 5.Aufl., 1899, S.581. G. マイヤーは国際法上の行為や私法上の行為も行政行為に含めている (a.a.O., S.581f.)。

20 *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1.Aufl., 1900, S.560 Anm.1. W. イェリネックの補訂が入った *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl., 1914, S.611 Anm.2 では、フランスにおける権力行為 (actes d'autorité) と管理行為 (actes de gestion) の区別を援用して、マイヤーの行政行為概念のみでは管理行為が抜け落ち、行政法学の考察として不十分であることが主張されている。

の必要性を説くものに過ぎず、後の世代による国家行為 (Staatsakt) の概念がその問題意識を一部受け継いだと言える²¹。以下では、議論全体の見通しをつけやすくするため、ラーバントらの言う広義の「行政行為」に法律や裁判を加えた国家活動全体を呼称するものとして、国家行為の語を用いる²²。

1 規律ないし拘束力——実体の契機

ドイツにおいて行政行為 (Verwaltungsakt, -act) の概念が用いられ始めたのは、19世紀の前半であった²³。例えばフォン・ヴァイラーは、当時のフランス行政法における acte administratif の概念を明示的に参照して、司法裁判所と行政司法 (Verwaltungsjustiz) の事物管轄を画するために、行政行為の概念を用いていた²⁴。他方で、夙に F. F. マイヤーは、「行政行為 (Verwaltungsacte) の法的内容および性質の考察」を自身の著作の主要課題として挙げ²⁵、行政行為の概念に、事物管轄の配分のための道具概念としての位置づけを超えて、総論体系上の位置づけを与えることを志向していた²⁶。しかし、これらの学説においては、行政行為の効力に関する

21 意識的であったかはともかく、*Karl Kormann*, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte——Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, 1910 が、国家行為 (Staatsakt) の語を定着させたものと見受けられる。岡田正則・前掲註 (8) 41 頁も、行政行為の狭義の定義の定着について、コルマンの著作の影響を指摘する。

22 なお、国家行為という言葉は、国家以外の行政主体 (典型的には地方公共団体) の行為が除外されるような印象を与えるが、そのような含意はない。他に適切な語が見当たらないため、本稿ではさしあたりこの語を用いる。

23 *Markus Engert*, *Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt*, 2002, S.51f.

24 *Freiherrn von Weiler*, *Über Verwaltung und Justiz und über die Gränzlinie zwischen beiden*, 1826, S.41ff. 19世紀当時のドイツの事物管轄の分配に関する議論全体に関しては、*Engert*, a.a.O. (Anm. 23), S.83ff.; 玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造 (四)」*国家* 104 卷 5・6 号 297 頁、307 頁以下 (1991)。

25 *Friedrich Franz von Mayer*, *Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und -Rechtsverfahrens*, 1857, S. III.

26 Vgl. *Toshiyuki Ishikawa*, *Friedrich Franz von Mayer - Begründer der "juristischen Methode" im deutschen Verwaltungsrecht*, 1992, S.77f., 128ff., 188ff.; *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 2.Bd., 1992, S.397.

体系的な叙述は未だ見出されない²⁷。本稿の出発点は、その少し後の時代に置かれる。

1. 1 「下命 (Befehl)」

行政行為の効力に関する分析は、一方で法律力 (Gesetzeskraft) の概念をめぐる議論において、他方で確定力 (Rechtskraft) の概念をめぐる議論において開始された。この二つの議論を国家行為の効力論において統合し、国家行為による実体法の規律という現象を析出する礎を築いたのは、国法の研究において私法との連関を意識し、国法学における法学的方法論を確立した、ラーバントであった²⁸。

1. 1. 1 ラーバント

1. 1. 1. 1 「法拘束的な指令」ないし「下命」

ラーバントは、その論考「予算法」において、予算に関する検討²⁹の前提問題として、実質の意味の法律と形式的意味の法律という著名な区別を行った³⁰。曰く、実質の意味の法律とは、「法命題³¹ (Rechtssatz) の宣言、

27 F. F. マイヤーの執筆した体系書 (*Friedrich Franz von Mayer, Grundsätze des Verwaltungs-Rechts, mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung und bemerkenswerthe Entscheidungen der obersten Behörden zunächst der Königreiche Preussen, Baiern und Württemberg, 1862*) の目次および索引には「行政行為」の語は登場せず、個々の行政活動に関する分析 (例えば営業権に対する警察規制について、a.a.O., S.142) においてその都度言及があるのみである。

28 ドイツ公法学においてラーバントの果たした役割を活写するものとして、栗城壽夫「一九世紀ドイツにおけるラーバント憲法学の社会的・政治的機能」同『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』467頁 (信山社、1997) [初出: 1973年]; *Stolleis, a.a.O. (Anm. 26), S.341ff.*

29 ラーバントの予算論における法律概念の意義について参照、宮澤俊義「ドイツ型予算理論の一側面」同『憲法の原理』245頁、250頁以下 (岩波書店、1967) [初出: 1938]。

30 法律概念論争、とりわけ法命題ないし法規 (Rechtssatz) の意味内容に関する議論には立ち入らない。古典的業績として参照、堀内健志「二重法律概念学説 (その一)」同『ドイツ「法律」概念の研究序説』39頁以下 (多賀出版、1984) [初出: 1969]; 玉井克哉「法律の『一般性』について」芦部信喜古稀 [現

すなわち規範の意欲のかつ意識的な確定 (gewollte und bewusste Festsetzung einer Norm)』であり、国家意思の宣言のうち「法命題、すなわち法関係の規律 (Regelung) または裁定 (Entscheidung) のための規範を内容に持つ」もの³²、敷衍すれば、法の内実 (Rechtsinhalt) を有する、すなわち個人または国家共同体の法領域に關係を持つ規則 (Regel)³³をいう。これに対して、形式的意味の法律とは、制定に当たって議会の同意を必要とする法規定 (Rechtsvorschriften) であり、形式的意味の命令 (Verordnung) に対置される概念である³⁴。続く『ドイツ帝国国法』初版では、形式的法律概念はそのまま維持された³⁵が、実質的意味の法律の定義はより精緻化された。曰く、実質的意味の法律とは、「法命題の法拘束的な指令 (rechtsverbindliche Anordnung³⁶ eines Rechtssatzes)」を意味する³⁷。

本稿にとって重要なのは、ラーバントが法命題という要素のみでは実質的意味の法律にとって十分でないとし、「法拘束的な指令 (Anordnung)」の存在を重視している点である。曰く、「法律において明らみに出るのは常に、法律に含まれる法命題が遵守されるべき旨の下命 (Befehl) である」。

代立憲主義の展開 (下)』383頁 (有斐閣、1993)。

31 人口に膾炙した「法規」の訳語を採らないのは、「法規」の用語に付着した (時に我が国独自の) 法解釈上の含意が、国家行為に通底する要素を析出するに当たって妨げになりかねないとの判断に基づく。法命題という訳語について参照、芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』294頁 [石川健治] (日本評論社、2011)。

32 *Paul Laband*, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen 4.Bd., 1870, S.625 (627).

33 a.a.O. (Anm. 32), S.636.

34 a.a.O. (Anm. 32), S.629.

35 *Paul Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 2.Bd., 1.Aufl., 1878, S.60.

36 芹沢齊ほか編・前掲註 (31) 294頁 [石川健治] は、おそらくはラーバントの概念構成における法律制定手続との対応関係 (後掲註 (40)) を意識して、「布告」という訳を当てている。これに対して本稿では、「布告」の語でイメージされるような一般的な公示がなされるわけではない「処分」ないし行政行為との共通性を意識するために、語義に立ち戻って「指令」の訳語を当てている。

37 a.a.O. (Anm.35), S.1.

すなわち、実質的意味の法律の構成要素として、①法律において構成される法的規律 (Rechtsregel) すなわち法命題 (Rechtssatz) と、②それへの法的拘束力ある力の付与すなわち「法拘束的な指令 (rechtsverbindliche Anordnung)」ないし「下命 (Befehl)」の二つがある³⁸。①は法律の内容 (Gesetzes-Inhalt) と、②は「法律の下命 (Gesetzes-Befehl)」とそれぞれ敷衍され、立法作用の重要な点は②にあるとされた³⁹。

1. 1. 1. 2 「法律下命」と「行政下命」

ラーバントの①法命題と②「法律下命」との区別の意図が、帝国憲法下におけるライヒ議会と連邦参議院の権限配分の問題に結びついていることは、夙に指摘されている⁴⁰。本稿で注目したいのは、ラーバントが、この②「法拘束的な指令」ないし「下命」の要素を、他の国家行為にも共通する要素として分析している点である。

ラーバントは、「法律下命」(Gesetzesbefehl)に「行政下命」(Verwaltungsbefehl)を対置する。「法律下命」は、実質的意味の立法行為、すなわち実質的意味の法律の定立による「下命」であり、法規則 (Rechtsregel)を裁可する (sanctioniren)、すなわち①法命題を創出するものであるが、法行為⁴¹ (Rechtsgeschäft)ではなく、①法関係を発生させることはない。他方で「行政下命」は、①法命題を創出するものではないが、①法関係を創出し主観法としての義務を発生させる法行為である⁴²。しかし両者は、②「法拘束的な指令」の要素を共有する⁴³。さらに、後者の「行

38 ①法命題を含むが②法拘束的な指令を含まない法規範は、ラーバントの体系では慣習法 (Gewohnheitsrecht) に位置づけられる (a.a.O. (Anm.35), S.1)。

39 a.a.O. (Anm.35), S.4f.

40 新正幸「法律の確定力」同『憲法と立法過程』367頁、396頁以下 (創文社、1988)。

41 参照、石川健治「『基本的人権』の主観性と客観性——主観憲法と客観憲法の間——」西原博史編『人権論の新展開 (岩波講座憲法2)』3頁、19頁註3 (岩波書店、2007)。

42 a.a.O. (Anm.35), S.217.

43 ラーバントの体系において法行為は、①法命題の定立を含まないが②法拘束的な指令を含む法形式として位置づけられ、実質的意味の法律と②の要素を共有している (a.a.O. (Anm.35), S.1)。他方で法行為は、①法命題の代わりに主観法の定立を内容とするものであるとされており、後にフルームが整理した規律 (Regelung) としての法行為概念が、夙にここに見いだされる (さし

政下命」は、個別の事案を規律する法形式として「処分 (Verfügung)」と名付けられ、「処分」は「下命 (Befehl)」を包含する高権的意思表示であるとされる⁴⁴。処分としての「下命」は、双方向的行為たる契約と対比される一方的法行為であり、「国家権力に服する者に対して、何かを給付し、行為し、または受忍する旨を命ずる」行為であり、たとえば租税等の徴収や徴兵を内容とする⁴⁵。ここでは、実質的意味の法律と処分とが、②「法拘束的な指令」ないし「下命」の要素を共有することが示されつつ、創出されるのが①法命題であるか①' 法関係であるかによって、両者の差異が描かれている⁴⁶。

この「法拘束的な指令」ないし「下命」の要素は第二版以降において敷衍され、その内容は、法命題への法的拘束力の付与 (「法律下命」) と一方的な主観法の創出 (「行政下命」) とに共通するところの、「国権 (Staatsgewalt) に特有の作用」としての「統治 (Herrschen)」⁴⁷ないし「統治権 (Herrschaftsrecht)」⁴⁸の作用であることが示唆された。むしろ、第

あたり参照、石川博康『「契約の本性」の法理論』480頁以下 (有斐閣、2010)、堀内健志・前掲註 (30) 60頁註4)。

44 a.a.O. (Anm.35), S.220. なお、「下命」は処分の核心的な構成要素であるが、処分は「下命」そのものではない。処分は「下命」に加えて、理由の陳述 (Angabe der Gründe)、刑罰の賦課、不服申立または訴願の権限に関する教示その他を構成要素とすることがある (a.a.O. (Anm.35), S.216)。

45 a.a.O. (Anm.35), S.216. ここでの例示はいわゆる侵害行政に限られているが、当時の各論的な分析素材にはより多様なものが含まれており、処分から侵害行政以外の現象が除かれているわけではないと解される (例えば a.a.O. (Anm.35), S. 239ff. は、外交、郵便および電信、道路、銀行、貨幣および紙幣、度量衡ならびに営業を順に分析しており、第二版以降ではさらに特許および労働者保護が加わる。Vgl. *Paul Laband*, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2.Bd., 2.Aufl., 1891, S.221ff.)。このうち特許が行政行為概念に包摂される過程について参照、玉井克哉「特権許与から行政行為への史的発展—ドイツ特許制度成立過程の一断面」塩野宏古稀『行政法の発展と変革 (上)』303頁、321頁以下 (有斐閣、2001)。

46 なお、ラーバントにおける法規命令の位置づけについて立ち入る余裕はないが、処分よりも法律に近づけて捉えられていたことについて参照、松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理 (四・完)」愛知大学法経論集 158号 49頁、51-52頁 (2002)。

47 *Laband*, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1.Bd., 2.Aufl., 1888, S.514f.; *ders.*, 2.Bd., 5.Aufl., 1911, S.4.

二版以降では、G.マイヤーによる処分の類型論の進展を踏まえて、下命の語は、現代の通常用法と同様に、作為また義務は不作為義務の賦課という命令的行政行為の特質を示すものに限定して用いられ⁴⁹、「統治」ないし「統治権」こそが、全ての国家行為に共通する実体法的効力を表すものとして前面に出ることとなっている⁵⁰。

しかし、ラーバントにおいて「統治」ないし「統治権」の概念の法技術的意義が十分に敷衍されることは無かった⁵¹。「統治権」の概念は、臣民の国家に対する服従義務（Gehorsamspflicht）および忠誠義務（Treuverpflichtung）の淵源として用いられている⁵²。後者の忠誠義務の内容は刑罰による威嚇を介した消極的な（negativ）義務の付加として説明されている⁵³が、前者の服従義務の内容は敷衍されておらず、本文で述べたような「法拘束的な指令」「下命」との関係も明らかでない。ラーバントの「統治権」の概念に関する問題意識は、主として帝国と支邦国との関係ないし連邦国家（Bundesstaat）の法的把握のあり方に向けられており⁵⁴、それ

48 a.a.O. (Anm. 47), 1.Bd., 2.Aufl., S.690; 2.Bd., 5.Aufl., S.191.

49 ラーバントは第二版から処分の類型論についてG.マイヤーの著作の参照を指示する註を付加しており（a.a.O. (Anm. 47), 1.Bd., 2.Aufl., S.691 Anm.1; 2.Bd., 5.Aufl., S.192 Anm.2）、G.マイヤーは下命（Befehl）を作為義務の賦課（Gebot）と不作為義務の賦課（Verbot）を合わせた概念として用いている（*Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Teil.1, 1.Aufl., 1883, S.32f.*）。なお参照、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』282頁（有斐閣、1962）。

50 ラーバントの体系書をコンパクトにまとめた *Paul Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 1.Aufl., 1907, S.107, S. 147; ders. (bearbeitet von Otto Mayer), 7.Aufl., 1919, S.116, S.156* では、この点が顕著である。

51 この点は、塩野宏が、彼の言うラーバントの「命令と強制の理論」に即して夙に指摘した通りである。塩野曰く、「具体的解釈論としては、何をもって命令と強制の関係と見るかがより切実である。それについて、ラーバントは必ずしも明確な回答を与えていない」（塩野宏・前掲註（49）267-268頁）。

52 *Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1.Bd., 1.Aufl., 1876, S.317ff.*

53 a.a.O. (Anm.52), S.139

54 a.a.O. (Anm.52), S.56ff. 第二版以降では学界の反応を踏まえて連邦国家に関する叙述がかなり拡張された（Vgl., *Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1.Bd., 2.Aufl., 1888, S.58ff.*）のに対して、臣民の義務に関する叙述は初版から拡張されていない（Vgl., a.a.O., S.131ff.）。この論点におけるラーバント

が人民との関係で有する効力の分析には向けられていなかった⁵⁵。行政活動の各論的な分析においても、行政行為ないし「処分」の効力についての叙述はなく、実定法の構造が直接に問題とされている⁵⁶。

1. 1. 1. 3 判決下命——国法上の確定力

他方でラーバントは、法律、および処分に共通する要素としての「下命 (Befehl)」を、確認判決も含めた判決一般についても認め (「判決下命 (Urteilsbefehl)」)、それを「国法上の確定力」(staatsrechtliche Rechtskraft) という概念に結び付けた。そしてこの判決下命の説明においては、「統治」ないし「統治権」の行使としての法律下命および行政下命の説明よりも、一歩踏み込んだものが見られる。

『ドイツ帝国国法』初版において曰く、「法律が、法命題の確定ないし定式化のみならず、拘束的な力、すなわち法律に従うべき旨の下命 (Befehl) を法命題に付与することを含むのと同様に、判決も、単に具体法を確認するのみならず、同時に、原告の要請への違反の際にはこの下命に追従すること (zu befolgen) を国家権力および国家の肉体的な実力手段により強制するという強迫 (Drohung) の下、被告に対する請求権を充足する旨の下命を含む。判決の最後の構成要素、すなわち請求権の強制執行可能性の宣言に、専ら、特殊国法的機能が存する」⁵⁷。この箇所の最後に付した註において、ラーバントは「国法上の Rechtskraft」に言及する。すなわち、「『執行』の語においては、単なる行為の強制、価値ある物の奪取その他類

の所説の意義、とりわけ法人理論との関連性について参照、海老原明夫「北ドイツ連邦成立過程の法的構成——ザイデル、ヘーネル、ラーバント、ギールケ」法協 131 卷 1 号 1 頁、63 頁以下 (2014)。

55 同時期において G. マイヤーも、ラーバントが国家行為の共通の実質的要素として抽出した「法拘束的な指令」を処分の定義付けに用い、例えば課税台帳への記入等の確認 (Feststellung) ないし公証 (Beurkundungen) について、「拘束的な指令 (verbindliche Anordnung)」を含まないが為に処分の性質を持たないとしていた (*Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Teil.1, 2.Aufl., 1893, S.34*) が、処分に当たらないとされた場合には行政訴訟の対象とならないことが看取されるに留まる (a.a.O., S.55)。

56 さしあたり参照、*Laband*, a.a.O. (Anm. 50), 1.Aufl., S. 201ff.; 7.Aufl., S.216ff.

57 *Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1.Aufl., Bd.3, Abt.2, 1882, S.25*

似のものが理解されるべきではなく、全く一般的に、主観法の保全のための国家の力の提供が理解されるべきである。ここに、訴訟上の意義とは一致しない、『確定力 (Rechtskraft)』の国法上の意義が存する。国家の力は判決の背後に退き、この状況で通常は、固有の執行措置や肉体的な力の展開を必要とすることがなくとも、被告に判決下命への追従 (Befolgung) を促すためには十分である。執行措置の見込みが既に強制として作用する。これはいわゆる確認判決にも妥当する⁵⁸。こうした論旨は、第二版以降においても、「国法上の確定力」の解説を本文に格上げする形で維持された⁵⁹。

こうした「判決下命」に関する叙述は、「統治」ないし「統治権」の発現としての「下命」を、もう一段具体的な内容に敷衍している。すなわち、強制執行がなされ得るという形で被告に判決内容の履行を促す点に、典型的な「判決下命」の意義が見いだされている。しかし他方で、ラーバントは執行力のない確認判決にも「判決下命」が備わるものだと述べており、強制執行を伴わない形での「下命」も想定している。この点では結局、先に見た「統治」ないし「統治権」の発動という以上の具体的な内容は見いだされない。

1. 1. 2 小括

結局、判決に関する「下命」の説明を含めても、この国家行為一般に共通する実質的要素としての「下命」の法技術的な意義は、やはりさほど明らかではない。要するに彼の言う「下命」は、国家行為により課された義務を刑罰 (1. 1. 1. 2) または強制執行 (1. 1. 1. 3) により担保する作用という中核的な部分を除くほかは、「統治」ないし「統治権」の発動という抽象的な内容でしか説明されていない。後に訴訟法学者のハイムが、ラーバントの「国法上の Rechtskraft」概念は単に裁判の有効性を言い表しているに過ぎないと批判した⁶⁰ように、ラーバントの概念構成は未だ法技術的な緻密さに欠けていたと言わざるを得ない。結局のところ、ラーバントが国家行為に共通する実質的要素として抽出したものの中で具体的な

58 a.a.O. (Anm. 57), S.25 Anm.3.

59 *Paul Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 2.Bd., 2.Aufl., 1891, S.341f.; *ders.*, 3.Bd., 5.Aufl., 1913, 375f.

60 *Franz Felician Heim*, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils, 1912, S.69.

内容を盛り込むことができるのは、「下命」や「指令」という概念よりも、そこに付された「法拘束的 (rechtsverbindlich)」という修辭であり、この点について O. マイヤーにより精緻化が進められることとなる (1. 3. 1)。

1. 2 確定力 (Rechtskraft)

他方で、ラーバントの功績は、連邦民事訴訟法典 (CPO) の制定に向けて精緻化が進んだ確定力 (Rechtskraft) の概念を公法学の側で受け止めた点にもあった (1. 1. 1. 3 参照)。その後、公法学は確定力の概念について本格的な検討をなし、行政裁判所の判決のみならず、行政庁の行政行為にも確定力が備わるのか否かについて論争が勃発する。後に見るように、O. マイヤーの行政行為の効力に関する洞察は、この確定力をめぐる議論を通じて深まった部分がある (1. 3. 1 および 2. 1. 2)。

1. 2. 1 ベルナツィク

行政裁判所の判決には民事裁判所のそれと同じく確定力が備わるということは、早くから承認されていた⁶¹。これに加えて、ベルナツィクは、「法の宣言」 (Rechtsprechung) の概念を独自に精緻化し、行政裁判所の判決 (Urteil) に限らず、行政庁の「判断」 (Entscheidung) 一般に確定力が備わり得る旨を説いた⁶²。ベルナツィク曰く、「判断」とは、「具体的な事実を抽象的な法規範の適用事例に当てはめる」作用であり、単に外界の事実上の出来事または状況を内容とする公証 (Beurkundung) に対置される⁶³。「法の宣言」とは、「抽象的に規律された手続により、法秩序により権限を与えられた行政庁がなす、具体的法関係の意図された確定を表現する宣言」

61 Vgl. z.B. *Karl Friedrich von Gerber*, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 1. Aufl., 1865, S.178; *ders.*, 3. Aufl., 1880, S.188; *Otto von Sarwey*, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S.733f.; *Georg Meyer*, aa.O. (Anm. 49), S.52.

62 *Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft - Verwaltungsrechtliche Studien, 1886, S.114.
ベルナツィクの確定力論について参照、田中二郎「行政法に於ける確定力の理論」同『行政行為論』173頁、188頁以下 (有斐閣、1954) [初出: 1934]、遠藤博也・前掲註 (11) 99頁以下。

63 aa.O. (Anm. 62), S.7f.

である⁶⁴。これらの定義は彼の行政裁量論とも密接にかかわっており⁶⁵、それ自体重要な考察対象であるが、そこに踏み込む余裕はない。むしろ本稿において注目すべきは、ベルナツィクが確定力をいかなる効力として認識していたかである。

1. 2. 1. 1 確定力の作用

まず、ベルナツィク曰く、確定力の目的は、「法秩序が行政庁の活動のさまざまな態様の中から特別の官憲的機能としての法の宣言 (Rechtsprechung) を取り出し、特別の形式に沿って扱わせるという目的」にある。具体的には、「法律又は命令が発せられることによってそこに含まれる規範が順守され、処分が発せられることによって或種の事実状況が達成され、公証がなされることによってあらゆるところで信頼がもたらされるのと同様に、法が宣言される (Recht wird gesprochen) ことによって、存在するものとして承認された法関係は、以後取消不能なものとして存続するのである」⁶⁶。ベルナツィクがここで語る「取消不能性」は、ある国家行為が不服申立期間の徒過によりもはや取り消すことのできなくなった状態 (不可争性) を指している⁶⁷。

次に、そのような確定力の目的は、以下のような作用により達成される。「全ての法的効力は、新たな、それまでは存在していなかった命令 (Imperative) が有効になること (Wirksamwerden) にのみ存する。(取消不能または終局的な) 判断 (Entscheidung) から生じた命令は、規範に服する者すべてに対する法秩序の一般的命令、すなわち彼らの将来の行為を判断に存する結論に矛盾しないようにするという命令に存する」⁶⁸。「判断」から生じたこの「命令」は、行政庁に対して、将来の全ての判断をその命令に含まれる結論を前提としなければならないという形で作用する。この命令に矛盾する当事者の主張は、効力を有さない⁶⁹。確定力が破られ

64 a.a.O. (Anm. 62), S.64.

65 a.a.O. (Anm. 62), S.36ff. 田村悦一『自由裁量とその限界』63頁以下(有斐閣、1967)。

66 a.a.O. (Anm. 62), S.114.

67 これに対して、終局的 (entgiltig) という概念は、そもそも不服申立が不可能である状態を示すものとして用いられている (a.a.O. (Anm. 62), S.129 Anm.6)。

68 a.a.O. (Anm. 62), S.129.

るのは、当該国家行為が無効である場合⁷⁰と、当該国家行為について再審ないし手続の再開がなされる場合⁷¹に限られる。

要するに、ベルナツィクの言う確定力は、国家行為の名宛人からもはや不服申立により争われ得なくなったこと（「取消不能性」ないし不可争性）を前提に、国家行為の名宛人および当該国家行為を発した機関に対して、自身の行動に当たって当該国家行為の存在を前提として行動することを強制し、その強制に違反した行為の効力を否定する作用として理解されている。ベルナツィクが度々言及する拘束力 (bindende Wirkung) という概念⁷²も、このことを意味しているものと解される。

1. 2. 1. 2 実体と手続の混交

このような実質的確定力の作用が、民事訴訟法学における当時の既判力理論、すなわち訴訟法説の登場以前の既判力理論（いわゆる実体法説⁷³）に類似していることは明らかであろう。現にベルナツィクは、私法分野における判決から生ずるこの命令は、後訴裁判所のみならず当事者の行為を規律する⁷⁴として、判決の既判力による後訴裁判所の拘束と当事者の拘束とを同質の作用として捉えている。

しかしながら、既判力訴訟法説が当事者に対する既判力の作用を後訴裁判所の拘束の結果生ずる反射的・間接的なものに解消した⁷⁵のと同様に、ベルナツィクの言う名宛人に対する確定力の作用は、結局のところ、当該国家行為が取り消されまたは変更されないことの反射として確保される名宛人の地位を指しているに他ならない。行政行為論の文脈でこれを敷衍するならば、名宛人がもはや当該国家行為に対する不服申立手段を失っていること（形式的確定力の発生）を前提とする以上は、名宛人が当該国家行為を取り消す旨の申立てができないことは、実質的確定力の作用ではな

69 a.a.O. (Anm. 62), S.130.

70 a.a.O. (Anm. 62), S.267ff.

71 a.a.O. (Anm. 62), S.301ff.

72 a.a.O. (Anm. 62), S.115, S.116, S.118, S.130 etc.

73 さしあたり参照、異智彦「形成概念と第三者規律（四）」国家 128 号 11・12 号 1040 頁 1065 頁以下（2015）。

74 a.a.O. (Anm. 62), S.182.

75 さしあたり参照、異智彦・前掲註（73）1070 頁以下。

い⁷⁶。

1. 2. 2 レーニング

他方で、確定力の語をまた別の意味で用いる論者も存在した。レーニングは、処分 (Verfügung) を「法命題を基準として個々の具体的法関係を秩序づけるように定められた国家の意思表示の全て」と定義したうえで、その中で国家の一方的な意思表示であるものを狭義の処分とし、関連して確定力の概念に言及する。曰く、「狭義の処分は、それによって国家が、自身が承認したその統治権力 (Herrschaftsgewalt) の Rechtskraft を基準に、特定の法効果 (Rechtswirkungen) を惹起するところの、国家の一方的な意思表示である」⁷⁷。この文面からして、レーニングの言う確定力は、要するに、法律が狭義の処分の基準となるという現象を意味しており、国家が法律によって設定した一般的法規範の効力それ自体を指しているのだと推察される。このような、いわば「法としての効力」という、Rechtskraft の語にある意味忠実な語法⁷⁸は、法律に限らずもちいられる例もあった⁷⁹。こうした意味での確定力は、ラーバントの判決下命 (国法上の意味での確定力) に近い (1. 1. 1. 3 参照)。

76 Vgl. *Georg Meyer*, aa.O. (Anm. 55), S.65. なお、オーストリアでも少し時代が下った著作においては、名宛人に対する確定力の作用は形式的確定力または処分庁の拘束の問題に還元されることが示唆されているように見受けられる。Vgl. *Friedrich Tezner*, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, 1896, S.301ff.; *Josef Ulbrich*, *Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes*, 1904, 298f. とりわけウルブリッヒの著作は、文献の引用は無いが、マイヤーの批判をある程度意識しているように見受けられる (1. 3. 1. 3 参照)。

77 *Edgar Loening*, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, 1884, S.240.

78 美濃部達吉が一時期採用した「法力」という訳語も、この側面を言い当てていたものと解される (参照、オット・マイヤー原著 = 美濃部達吉訳『独逸行政法第一巻 (復刻版)』348 頁以下 (信山社、1993) [初出: 1903])。ただし、この訳語は法哲学の一部の用語法に辛うじて引き継がれたに留まる (参照、原田鋼「法力の概念について——法力論への序説——」法学新報 58 卷 1 号 21 頁 (1951))。

79 *Heinrich Rosin*, *Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen -Verwaltungsrechtlich entwickelt und dargestellt*, 2.Aufl., 1895, S.235.

1. 2. 3 小括——諸効力の混在

以上のように、確定力の語で表されている事柄には、実体的な効力から手続的な効力まで、また手続的な効力としても、行政庁の職権取消ないし撤回の制限から名宛人たる臣民との関係における何らかの「拘束」まで、様々なものが含まれていた。このように、質的に異なる問題を実質的確定力の作用として一律に説明することについては、民事訴訟法学における既判力概念の純化、具体的には訴訟法説の登場を待たずして、行政法学の内部から批判がなされることになる。その過程において、O.マイヤーは行政行為の実体的効力を析出することになる (1. 3. 1 参照)。

1. 3 拘束力 (verbindliche- oder bindende Kraft)

行政行為の効力に関する体系的な分析は、行政法総論の完成者と称される O.マイヤー⁸⁰を嚆矢として飛躍的に進められた。本稿において注目すべきは、O.マイヤーが確定力 (Rechtskraft) と拘束的効力 (bindende Kraft) とを体系上明確に区別し、前者を手続的な効力として (2. 2 参照)、後者を実体的な効力として分離した点である。

1. 3. 1 O.マイヤー

行政行為の諸効力の精緻化の作業は、まず確定力を行政行為の取消または撤回を制限する効力に純化し、そこから「拘束力」ないし「拘束性」を分化させる形で進められた。大まかに言えば、この後者の効力が戦後の「規律」の概念に連なることとなる。

1. 3. 1. 1 確定力の裁判への限定

マイヤーは、ベルナツィクの上記著作の書評⁸¹において、自身の確定力に関する理解を初めて披歴した。マイヤーは一方で、確定力を「行政訴訟 (Verwaltungsrechtspflege) に固有のもの」であるとして、行政裁判所の判決以外にも確定力を認めることを批判し⁸²、他方で、行政行為の職権取

80 *Stolleis*, a.a.O. (Anm. 26), S.403ff.

81 *Otto Mayer*, Besprechung: Dr. Edmund Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien. Wien 1886 (Manz), AöR 1, 1886, 720ff.

消ないし撤回の制限は、法律により直接規定されることもあるとして、それを司法行為ないし法適用行為にのみ結び付けることを批判する⁸³。

このようなマイヤーの理解は、確定力の概念が民事訴訟法学に由来することを重視した結果であった。マイヤーはベルナツィクに対して、「民事訴訟において確定力が有する理由付けを、行政法においては拒絶したことによって、確定力自体の本質の把握の道を自分で妨げてしまった」との批判を向け、確定力はもともと民事訴訟法学の概念であることを強調したうえで、民事訴訟における既判力の根拠を、「裁判がなされる法関係の関係人による協力」、「当事者の努力により具体法 (konkretes Recht) が浮き彫りにされる (herausarbeiten)」ことに求めた⁸⁴。換言すれば、マイヤーは、民事訴訟法学において既判力の根拠が手続のあり方に求められていることを重視したのである⁸⁵。

マイヤーのこの理解によれば、確定力の備わらない一般行政行為の効力は、他の概念によって説明せざるを得なくなる。そしてそれこそが、法律、判決等の国家行為一般と通底するところの、拘束力 (bindende Kraft) であった。

1. 3. 1. 2 国家行為一般に通底する拘束力の析出

確定力とは区別された拘束力に関する言及は、夙に、官吏の任用行為の法的性質について論じた「公法契約論」⁸⁶においてなされている。マイヤーは、一方で、ローマ法における政務官 (Magistrat) の意思表示は、単な

82 a.a.O. (Anm. 81), S.722f.

83 a.a.O. (Anm. 81), S.723.

84 a.a.O. (Anm. 81), S.722.

85 なお、マイヤーの確定力論は、民事訴訟法学との対話の上になお独自の考慮を加えたものであり、同時代に華々しく展開された既判力本質論や権利既存の観念をめぐる論争との関係を含め、それ自体非常に示唆深いものである (参照、塩野宏・前掲註 (49) 145 頁)。また、マイヤーの行政行為論に大きな影響を与えたものと見受けられるビューローの所説 (参照、塩野宏・前掲註 (49) 126 頁註 7、127 頁以下。近時の検討として、原竹裕『裁判による法創造と事実審理』8 頁以下 (弘文堂、2000)) に関しても、マイヤーの議論との関係を今一度吟味する必要があるように思われるが、これも本稿においてなし得る作業ではない。

86 *Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlichen Verträge*, AöR 3, 1888, S.3ff.

る契約の承諾の意思表示に留まらず、「一方的な、法を基礎づける行為 (rechtsbegründender Akt) であり、法律に匹敵する」ものと述べ⁸⁷、他方で、フランス法における公法上の契約において、国家官庁の承諾の意思表示は、「拘束的な判断 (bindende Entscheidungen)、行政行為 (actes administratifs)、決定 (décisions)」であり、「しかるべき方法で取り消されるまでは、拘束的である」と述べる⁸⁸。そして、この「法を基礎づける」「拘束的」な作用は、確定力ではない。行政行為としての承諾の意思表示は、確定力を有しない点で、なお判決から区別されるのである⁸⁹。さらにここでは、併せて法律、判決および行政行為の効力の同質性が述べられるに至っている。すなわち、一方で行政行為は判決と同様に拘束的で強制可能であり⁹⁰、他方で法律と同様に、その効力の根拠を自らのうちに有するのである⁹¹。

この法律、判決、行政行為の対比の論理は、続く『ドイツ行政法』に至って敷衍されることとなった。まず、マイヤーによれば、法律は、①法命題の名宛人に公権力に対して「なすべきこと (Sollen) およびなし得ること (Dürfen) の法的規定 (die rechtliche Bestimmung) を与え」、かつ②行政庁に「それに沿って行動する旨の法的拘束 (rechtliche Gebundenheit) を与える」⁹²。①が法律の外部効果、②が内部効果であり、これが著名な行政法律の二面拘束性である。

マイヤー曰く、この二面拘束性は、民法分野においても① ` 私人間の法的規定および② ` 公権力に対する拘束として発現している⁹³。すなわち、民法においては「法律の貫徹に先だって、裁判所は、事実を用いて、判決によって、当該事案において何が法であるか、具体的にいえば、関係する臣民にとって法的に有効なものは何かを確定する」。要するに、判決は「具体法 (jus in concreto)」を創出する⁹⁴。マイヤーによれば、判

87 a.a.O. (Anm. 86), S.9.

88 a.a.O. (Anm. 86), S.21.

89 a.a.O. (Anm. 86), S.22.

90 a.a.O. (Anm. 86), S.22.

91 a.a.O. (Anm. 86), S.24, S.41f.

92 *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.Band, 1.Aufl., 1895, S.81ff.

93 a.a.O. (Anm. 92), S.81.

94 a.a.O. (Anm. 92), S.95.

決の「具体法」の創出の効力は、法命題 (Rechtssatz) のそれと類似している。すなわち、判決は① ´ その名宛人に、「公権力に対して何をなすべきか (sollen)、何をなすことができるか (dürfen) に関する法的規定 (die rechtliche Bestimmtheit) を与え」、かつ② ´ 司法 (Justiz) を、この事件において出された判決に沿って執行行為を行うよう拘束するのである⁹⁵。これが行政法律の二面拘束性 (上記①②) に対応している (① ´ ② ´) ことは明らかであろう。そして、マイヤーは、この「具体法」の創出の段階の法治国における重要性に着目して、かの有名な行政行為の定義を述べるのである。曰く、「行政行為は、臣民に対してその者にとって何が法であるかを個別事例において規定する、行政に属する官憲的宣言である」⁹⁶。

以上のような論述からは、マイヤーが先に国家官庁の承諾の意思表示について言及した「法を基礎づける」「拘束的」な作用とは、行政法律や判決と同様の「法的規定」ないし「法的拘束」を与える効力であると理解することができる。実際に、マイヤーは同書の目次において第7章と第8章にそれぞれ法律と行政行為の拘束力 (bindende Kraft) という表題を付しており、法律と行政行為とが拘束力を共有することを示唆している。また、行政行為と判決とが拘束力を共有することについても、体系書の第三版において、行政行為の拘束力は確定判決と同様に「高権的な個別行為の」効力であり⁹⁷、「行政行為も、たしかにその拘束力によって、それが発される個々人の法関係を確定する」⁹⁸のだと敷衍された。

1. 3. 1. 3 マイヤーの問題提起と学界の反応

このように、国家の法行為全般に備わる効力としての「拘束力」を明確に把握したマイヤーには、既存の確定力ないし既判力に関する言説は、彼の言う「拘束力」をも含めた形で議論を展開している点で不徹底なものと映った。マイヤーは、ベルナツィク⁹⁹やレーニング¹⁰⁰に対してのみならず、

95 a.a.O. (Anm. 92), S.99.

96 a.a.O. (Anm. 92), S.95.

97 *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.Band, 3.Aufl., 1924, S.96.

98 a.a.O. (Anm. 97), S.163.

99 a.a.O. (Anm. 81), S.724f.; a.a.O., (Anm. 92), S.200 Anm.11; a.a.O. (Anm. 97), S.165 Anm.6.

民事訴訟法学者であるメンデルスゾーン＝バルトルディに対して¹⁰¹も、この趣旨の批判を向けるに至った。

しかし、拘束力と確定力とを明確に区別するというマイヤーの問題提起は、同時代の論者から即座に反応を得られたわけではなかった。1902年9月に開催された第26回ドイツ法曹大会において、「行政庁の判断 (Entscheidungen) の確定力」というテーマでの議論がなされたが、そこでの議論はなおマイヤーの問題提起に鈍感であった。一方の報告者シュルツェンシュタインは、実質的確定力の内容として、まさにマイヤーが確定力から切り離れたはずの「拘束力 (bindende Kraft)」という言葉は何の説明もなく用いていた¹⁰²し、他方の報告者ベルナツィクは、前記の著書の論旨(1. 2. 1 参照)をなお繰り返すものであった¹⁰³。また、両報告を踏まえ

100 *Otto Mayer*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, AöR 21, 1907, S.1 (27).

101 *Otto Mayer*, Besprechung: Dr. A. Mendelsohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft. Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1900. X II, 559 S. M. 12.80., AöR 17, 1902, S.318ff. (320). メンデルスゾーン＝バルトルディの判決効論については、さしあたり異智彦「形成概念と第三者規律 (五)」国家 129 卷 3・4 号 (近刊) 参照。

102 *Max Schultzenstein*, Die Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, Verhandlungen des 26. DJT, 1.Bd., 1902, S.86 (86). ただし、単なる行政庁の判断には確定力を認めない (*Schultzenstein* (Äusserungen). a.a.O., S.393) 点や、当事者からの攻撃不能性 (Unanfechtbarkeit) の問題を確定力の問題から切り離して論じた点は、マイヤーが確定力を行政庁の側からの不可変性 (Unabänderlichkeit) に限定した点と合致している (2. 1. 2 参照)。

103 *Edmund Bernatzik*, Die Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, Verhandlungen des 26. DJT, 1.Bd., 1902, S.32. このベルナツィクの報告は、マイヤーに「異例な挑発」と受け取られ、マイヤーが確定力に関する二つの講演を物し (参照、塩野宏・前掲註 (49) 27 頁註 1)、それをもとに確定力に関する独立の論考を起こすきっかけとなった (*Otto Mayer*, a.a.O. (Anm. 100), S.13)。この確定力に関する論考でも、マイヤーは実質的確定力を行政裁判所の判決に限る旨を繰り返し説いている。曰く、「判決と行政行為の違いは、・・・その効力にあるのではなく、この効力の『継続の確保 (Sicherung der Dauer)』の違いに有るのである。効力を廃止する撤回、取消、変更の権限はいずれについても存在する。しかし、判決については形式的確定力の発生により通常の方法が終局的に消滅するが、行政行為についてはそうではない。これが全てである。専らこの点に、判決に特徴的な既判力が存在しうるのである」(a.a.O., S.24)。

た討議においても、マイヤーへの言及ないし批判はあった¹⁰⁴ものの、確定力と拘束力とを分離するというマイヤーの問題意識に言及されることは無かった。

ただし、マイヤーの問題意識は全く共有されていなかったわけでもない。オーストリアにおいては、ウルブリッヒが、実質的確定力を執行機関および臣民の拘束性 (Gebundenheit) と定義しつつも実際には行政庁による不可変更性の問題を語り¹⁰⁵、それとは区別して、「国家と個々の臣民または特定の臣民集団との間の法関係に関する、しかるべき形式において発せられた官憲の宣言としての行政法上の判断 (Entscheidung) の実体的な力 (materielle Kraft)」を語る¹⁰⁶。これはまさにマイヤーの拘束力を敷衍したものと見えよう。

1. 3. 2 小括

ラーバントが析出した国家行為一般が共有する実体的な効力は、O. マイヤーにおいて、名宛人と法適用機関 (行政または司法) との二面拘束性を表す「拘束 (力)」として体系化された。とりわけ注目に値するのは、「拘束 (力)」の内部効果が、判決がもつ司法に対する内部効果と類比されつつも (1. 3. 1. 2 参照)、実質的確定力とは明確に区別された (1. 3. 1. 1 参照) ことにより、後訴訟裁判所を拘束する「既判力ではない何か」という、ドイツ民事訴訟法学における積年の議論対象と同じものが立ち現れたことである¹⁰⁷。この「何か」としての「拘束 (力)」は、次の世代によってさまざまに受け止められ、戦後の規律 (Regelung) 概念へと引き継がれていくこととなる¹⁰⁸。

104 *Gustav Seidler* (Äusserungen), Verhandlungen des 26. DJT, 1.Bd., 1902, S.387, S.391.

105 *Ulbrich*, a.a.O. (Anm. 76), S.298f.

106 a.a.O. (Anm. 76), S.299f.

107 さしあたり参照、巽智彦・前掲註 (73) 1062 頁以下。

108 重要な議論の転換を為したのは、W. イェリネック (参照、人見剛『近代法治国家の行政法学』225 頁以下 (成文堂、1993)) と、民事訴訟法学者のベティヒャー (*Eduard Bötticher*, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, 1930) である。

2 取消原理と取消制限——手続の契機

本稿のもう一つの課題は、行政行為は「違法でも取り消されるまでは有効」であるとの命題、すなわち取消原理の成立過程を洗いなおすことにあった(0. 1参照)。この取消原理は、ラーバントの叙述にその端緒が見出され、O. マイヤーにより行政行為の瑕疵論に結び付けられて完成した。このO. マイヤーの理論は、日本における「公定力」理論の淵源とみなされ、その内容の解明および批判的検討は先行業績によってかなりの程度達成されている¹⁰⁹。以下では、ラーバントの議論との連続性を確認しつつ(2. 1)、マイヤー自身が整理した実質的確定力の内容との関係に着目しながら(2. 2)、先行業績においてあまり取り上げられていない側面に光を当てることで、この命題の含意ないし射程をより踏み込んで考察する。

2. 1 取消原理——形式的法律力、自己証明

2. 1. 1 ラーバント

ラーバントは、国家行為に共通する実体的要素のみならず、国家行為に共通する手続的要素をも抽出していた。彼は『ドイツ帝国国法』初版において、法律力(Gesetzeskraft)という概念を用い¹¹⁰、法律の効力を分析した。具体的には、実質的法律力(materielle Gesetzeskraft)と形式的法律力(formelle-)とを区別し、前者を当該法律の内容に対応した効力として¹¹¹、後者を「帝国議会ないし連邦議会が法律の公布に関与するのみならず、その取り消しや変更にも法律の形式が強制されること」¹¹²として、それぞれ

109 参照、兼子仁『行政行為の公定力の理論——その学説史的研究——(第三版)』59頁以下(東京大学出版会、1971)[初出:1960];塩野宏・前掲註(49)130頁以下;遠藤博也・前掲註(11)217頁以下;宮崎良夫「行政行為の公定力(その一)——戦前における形成と展開——」同『行政争訟と行政法学(増補版)』197頁、209頁以下(弘文堂、2004)[初出:1985]。

110 Laband, a.a.O. (Anm. 35), S.5. Gesetzeskraft という言葉自体は以前から用いられていたが、明瞭な定義は与えられていなかった(Vgl., Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1.Aufl., 1865, S.145; ders., 3.Aufl., 1880, S.154)。

111 Laband, a.a.O. (Anm. 35), S.62.

112 a.a.O., S.95

理解した¹¹³。形式的法律力は、具体的には、「法律の形式によって取り消しまたは変更がなされるまでは、法律は有効として扱われる」という現象を指す。以上のような形式的法律力の説明は、第二版以降ではより整理され、「法律の形で表現された国家意思は、明確に法律自身において例外が留保されていない限りは、法律の形によってしか変更され得ない」とされた¹¹⁴。

そしてラーバントは、今一つの国家行為形態である処分についても、実質的に同様のことを述べていると見ることができる。一方で曰く、法的原因 (Rechtsgrund) の欠缺は処分を無効で拘束力なきものとする (unwirksam und unverbindlich)¹¹⁵。しかしラーバントは、その場合「上級の行政庁は、瑕疵ある法的原因が立証された場合には、処分を取り消しまたは変更しなければならぬ¹¹⁶とも述べており、処分が当然に無効となるとは述べられていない¹¹⁷。明示されてはいないものの、ここに、処分は「違法でも取り消されるまでは有効」であるという命題、すなわち取消原理の端緒を見出すことができる。この旨は、第二版において無権限の瑕疵に関して敷衍され、絶対的に無権限の場合（例えば官職ではない者のした処分

113 同様の説明は、他の学説にも共通している (*Otto von Sarwey*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1887, S.24f.; *Georg Jellinek*, Gesetz und Verordnung – Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, 1887, S.248ff.; *Conrad Bornhak*, Preussisches Staatsrecht, Bd.1, 1888, S.492f.)。イェリネック曰く、「全ての拘束的な形式的法律に共通する法的効力は、他の形式の国家行為による不可代替性 (Unersetzbarkeit) および不可破棄性 (Unverbrüchlichkeit) に存する」 (*Jellinek*, a.a.O., S.248)。明示されてはいないが、ラーバントが第二版において敷衍した自身の説明は、このイェリネックの叙述、とくに不可代替性の叙述に示唆を受けたものとも考えられる。また、*Loening*, a.a.O. (Anm. 77), 1884, S.227 は、ラーバントの形式的法律力に相当する内容を認めるが、それを単に法律力と呼び、形式的という修辭を付けることを嫌う。

114 *Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1.Bd., 2.Aufl., 1888, S.574; ders., 2.Bd., 5.Aufl., 1911, S.68ff.

115 a.a.O. (Anm. 35), S.219.

116 a.a.O. (Anm. 35), S.219.

117 瑕疵論の観点からの分析として参照、*Hans-Uwe Erichsen*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgechichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, 1971, S.187.

や、地理的に明らかに権限の無い官署の処分)を除いて、無権限の瑕疵を理由に処分は無効にはならず、当該処分は適当な手段によって取り消される必要があるとされた¹¹⁸。また、判決に関しても同様のことが、訴訟法上の確定力の機能としての取消不能性 (Unanfechtbarkeit)、終局性 (Endgültigkeit) に見出されているものと解される¹¹⁹。

ラーバントのこうした叙述は、G.マイヤーの国法学に関する体系書の記述¹²⁰を大幅に拡充させる影響力をもった。G.マイヤーは形式的意味の法律の拘束力 (verbindliche Kraft) という概念を用いて、「既存の法律を除去することができ、それ自体も法律の形式による行為により再び取り消され得る」という現象を語り¹²¹、後にこの「拘束力」は、ラーバントの形式的法律力に対応するものであることが明示された¹²²。

2. 1. 2 O.マイヤー

2. 1. 2. 1 形式的法律力から法律の優位へ

さらにG.マイヤーは、自身の法律の拘束力の概念を、O.マイヤーの法律の優位 (Vorrang des Gesetzes) に¹²³対応するものであると述べ、ラーバントの形式的法律力の概念とO.マイヤーの法律の優位の概念とが同内容のものだと位置づけた¹²⁴。O.マイヤーの法律の優位の原理は、実際に、ラーバントの形式的法律力の概念を参照している¹²⁵。

マイヤーは法律の優位の内容を以下のように説く。「古法が司法に関し

118 *Laband*, a.a.O. (Anm.59), 2.Bd., 2.Aufl., S.695 Anm.1; 2.Bd., 5.Aufl., S.196 Anm.1.

119 *Laband*, a.a.O. (Anm.59), 2.Bd., 2.Aufl., S.342; *ders.*, 3.Bd., 5.Aufl., S.376.

120 *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen staatsrechtes, 1.Aufl., 1878, S.398ff.

121 *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen staatsrechtes, 2.Aufl., 1885, S.456.

122 *Georg Meyer*, Lehrbuch des deutschen staatsrechtes, 3.Aufl., 1891, S.461 Anm.9.

123 *Georg Meyer*, a.a.O. (Anm. 19), S.503 Anm.9.

124 同様に、マイヤーの法律の優位の概念をラーバントの形式的法律力と同一と解するものとして、森田寛二「法規と法律の支配 (二・完)」法学40巻2号59頁、62頁 (1976); 大石真「立法と権限分配の原理 (一)」法学42巻4号1頁、14頁 (1978)。

125 ただし、マイヤーは形式的法律力という用語を敢えて用いていない (*Otto Mayer*, a.a.O. (Anm. 97), S.68 Anm.7, S.69, Anm.10)。

てそうであったように、憲法適合的な法律の形での意思表示は、その他の国家活動全体に関して、高次の、法的により強固な意思として妥当する。法律は破られることが無い (unverbrüchlich)。換言すれば、①この方法で形象された国家意思は、法的には他の方法によっては一切取り消され得ず、変更され得ず、無効とされ得ないし、他方で、②他の内容を持ち法律に反する既存の国家の意思表示は全て取り消される (aufheben)¹²⁶ (丸数字筆者)。さらに、後の版では、「①法律は法律によってのみ取り消され得るが、他方で②法律に違反する全てのものを取り消し、または完全に初めから効力を有さないものとするができる」(丸数字筆者)¹²⁷と敷衍され、法律に違反する他の国家行為は既存のものでなくとも無効とされ得ることも示唆された¹²⁸。このマイヤーの法律の優位の原理においては、①法律は法律によってのみ効力を否定されるという形式的法律力¹²⁹に、②法律に違反する他の国家行為 (命令および行政行為) は取り消されまたは無効とされるという命題が加味されている¹³⁰。この②の内容を明示した点にこそ、マイヤーの法律の優位の意義がある。

2. 1. 2. 2 自己証明、適法性の推定

この法律の優位の②の内容は、素朴に見れば、取消原理とは親和的でない。この法律の優位と取消原理との緊張関係を調整しているのが、著名な自己証明 (Selbstbezeugung) および適法性の推定 (Vermutung der Gültigkeit) の概念である。

一方で、自己証明の理論は、ラーバントが処分に関して述べていたことを明示的に参照して¹³¹、かつ判決との類比において説かれたものである。

126 *Otto Mayer*, a.a.O. (Anm. 92), S.72.

127 *Otto Mayer*, a.a.O. (Anm. 97), S.68.

128 マイヤーにおいて法律の優位を強調することが必要であった理由に関しては、塩野宏・前掲註 (49) 111 頁以下、特に 114 頁を参照。

129 なお、マイヤーも法律について同旨を認めている (*Otto Mayer*, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, 1909, S.158f.)。

130 その意味でまさに、マイヤーにおける法律の優位は、法律とその他の規範定立形式との間の「効力の序列ないしはいわゆる形式的効力の優劣に関する原理」である (小早川光郎『行政法 (上)』85 頁 (弘文堂、1999)。ただし、*Laband*, a.a.O. (Anm.114), 1.Bd., 2.Aufl., S.573 の時点で、すでに同旨が説かれていたと見る余地もある。栗城壽夫・前掲註 (28) 488 頁。

曰く、「法律に違反する判決は、違法 (ungültig) であり取り消されるべきである。(しかし) 取り消しがなされるまでは、判決は有効 (wirksam) なものとして扱われなければならない。判決に顕現している官憲的権力は、常にさしあたり適法 (rechtmässig) なものとして自らを証明する (bezeugen sich)。同じことが行政行為にも当てはまる。違法性 (Ungültigkeit) は無効の宣言の理由 (Grund der Unwirksamkeiterklärung) に過ぎず、無効事由 (Grund der Unwirksamkeit) では決してない。そして、無効の宣言は権限配分により指示された手段に留保されている」¹³²。同旨は、後の版で端的に記されている。曰く、私人の法律行為が違法であれば効力を失う (wirkunglos) のに対して、「官憲は自身の一般的な権限の範囲内で規定する (bestimmen) 限りで、自身の行為の特別な有効性要件が存在することを同時に証明する。この自己証明 (Selbstbezeugung) および行為の有効性は、より高次の権限によってのみ否定され得る」¹³³。

他方で、適法性の推定 (Vermutung der Gültigkeit) の概念は、『ドイツ行政法』初版における警察下命に関する分析において登場している¹³⁴。マイヤー曰く、「適切に告知された警察下命の効力は、下命を受けた者の命令の内容に応じた服従義務 (Gehorsamspflicht)、すなわち、下命が望むように行動する旨の法的に強制された義務にある。／この効力は、下命が適法 (rechtsgültig) であるという条件の下でのみ生ずべきである。しかし、この条件が充足され、下命が法的に有効 (rechtswirksam) なものとして扱われるべきかどうかという問題は、ここでは民事法上の意思表示とは全く異なって解決される。すなわち、重要なのは、下命者がそもそもこの種の警察命令権力を備えているかどうか、下命がその形式および内容に従ってこの権力の行使と考えられるかどうかである。このことは、下命が命令者の「一般的な権限」の内にあるべきだ、という形で表現される。／これが当てはまらないとすれば、それによっては誰も自身に帰属しない権利を処分することができず、事実上の効果と意図しない法的責任をもたらし得るだけであるところの、民事法上の法律行為とまさに同様に、警察命令は無効 (unwirksam) であることになる。しかし、先の前提が与え

131 *Otto Mayer*, a.a.O. (Anm. 92), S.100 Anm.7.

132 a.a.O., S.100.

133 *Otto Mayer*, a.a.O. (Anm. 97), S.95f.

134 兼子仁・前掲註 (109) 80 頁以下。

られるならば、警察命令は民事法上の法律行為とは対照的に、適法性の推定 (Vermutung der Gültigkeit) をそれ自体の内に有するのである。この推定が適切な方法で覆されない限り、警察下命は適法 (rechtsgültig) なものとして扱われなければならない、法的に有効 (rechtswirksam) なままである。少なくとも外形的には (äusserlich) そのように言える。実際には、本来は推定が問題なのではない¹³⁵。正しく表現するなら、以下のように言わねばならない。すなわち、『その適法性 (Gültigkeit) を再審査する権限』が存在しない限りは、下命はまさに法拘束的に作用し、それ自体高権的に実行され保持されなければならない¹³⁶。

次いでマイヤーは、この叙述を総論における叙述に関連付ける。曰く、「公権力の行為は全て、それが法的有効性 (Rechtswirksamkeit) を求める請求をもって外部に発せられるや否や、同時に『その適法性 (Rechtsgültigkeit) の確認および証明 (Feststellung und Bezeugung)』を包含する。民事法上の意思表示はそのようなことは不可能である。これに対して、警察国家における高権的な意思表示はそのようなことを必要としない。国家の意思表示がその適法性を要件に結び付けられるならば、この要件が存在することの確認と、意思表示の告知のみをもって、自然と証明を包含するようになるのである。結論は単純である。すなわち官憲 (Obrigkeit) は、それが適法だと思わない場合には意思を表示しない。裏面から言えば、官憲は告知によってその適法性 (Gültigkeit) を主張するのである。しかしこの主張は何ら私的な意見ではなく、それ自体が高権的性質の行為であり、それ自体が拘束的で基準的なのである¹³⁷。

135 この表現とは裏腹に、マイヤーは、「下級行政庁により確定され、または事実上前提とされたことは、それ自体が真実の推定を有し、それゆえ行政庁の行為は、反証が挙げられない限りは単純に基礎となる」(a.a.O. (Anm. 92), S.195f.) と述べる。これを行政行為の適法性の推定と見て、彼の自己証明ないし適法性の推定の理論との関連が指摘されることもある(宮崎良夫「行政訴訟と立証責任——その理論史的考察」同『行政訴訟の法理論』177頁、208-209頁(三省堂、1984)〔初出：1980〕)が、当時における証明責任論は訴訟法学においてもなお精密さを欠いており、現在の意味での推定ないし証明責任がここで論じられていると断ずることはできない。本稿ではこれ以上立ち入らない。

136 Mayer, a.a.O. (Anm. 92), S.281.

137 a.a.O., S.282. なお、マイヤーは一般的抽象的規律であるところの命令

2. 1. 2. 3 取消原理の含意

本稿にとって重要であるのは、この自己証明ないし適法性の推定の理論が、争訟取消または職権取消の可能性それ自体を狭めたわけではないことである。

一方で争訟取消に関しては、自己証明ないし適法性の推定の議論が、少なくとも明示的には、行政裁判所の手続の排他性を含意していなかったことが確認されなければならない。たしかにマイヤーは、自己証明の理論の説明に付した註において、ラーバントが法律と命令についてのみ「裁判官の審理権」の排除を語っていることを狭すぎると評し、判決と行政行為にも、特別の権限が与えられていない者の「審理権」の排除が当てはまるのだとする¹³⁸。しかしながらマイヤーは、司法裁判所に行政行為の有効性を先決問題とする事件が係属した際に、司法裁判所が当該行政行為の有効性を審理できるかという問題に関して、以下のように述べている。「司法裁判所は、自身の権限へ干渉する行政庁または行政裁判所の行為に対して、その有効性 (Wirksamkeit) を否定することで自衛する権限を有する。さらには司法裁判所は、その適法性 (Rechtsgültigkeit) が自身の先決問題として考慮される限りで、そのような行為を再審理し、その判断に応じてその違法性 (Ungültigkeit) の仮定に依拠する権限を有する」¹³⁹。その上でマイヤーは、司法と行政は同等ではなく、前者の方が優位に立つため、司

(Verordnung) にも同じ原理が当てはまると明確に述べている。曰く、「命令は執行の規律の順守に条件づけられている；しかしながら、命令は、一つの命令法 (Verordnungsrecht) しか存在しない限りで、その有効性 (Gültigkeit) をそれ自体から再び創出し、再審理の権限によって無効を宣言されるまでは有効である」。ここでも法律に関するラーバントの叙述が裏付けとされている (a.a.O., S.282 Anm.17)。

138 Otto Mayer, a.a.O. (Anm. 97), S.96 Anm.8.

139 a.a.O., S.179. マイヤーが Gültigkeit を有効性ではなく適法性の意味で用いていることは、別の箇所でも単なる Ungültigkeit を単なる Vernichtbarkeit (取消可能性) と言い換え、Nichtigkeit (無効) の概念と対置していることから明らかである (a.a.O., S.95)。それゆえ、結論としてマイヤーは、無効の行政行為に限って司法裁判所の審理権限を認めたのではなく、単なる違法性に関してもそれを認めていたものと解される。なお、この問題は、マイヤーが無効事由を絶対的無権限の場合に限定していた (a.a.O., S.95) ことと深く関わるように見うけられるが、これ以上立ち入る余裕は無い。

法裁判所は行政行為の違法性を審理できると述べている¹⁴⁰。要するに、マイヤーの取消原理は、行政行為の適法性ないし有効性を前提問題として争う訴訟を排除する含意を持たなかったのである。

他方で職権取消に関しては、彼が行政裁判所の判決についてのみ実質的確定力を認めている（2. 2 参照）ことの裏面として、通常の行政行為についてそれを制限することは想定されていなかったと言える。換言すれば、通常の行政行為についても認められる取消原理には、職権取消を制約するという含意はなかったと解されるのである¹⁴¹。

以上のように、マイヤーの自己証明ないし適法性の推定の理論は、マイヤーの体系内在的に見るならば、そもそもその解釈論上の意義はさほど大きくなかった¹⁴²。先行業績が指摘する通り、マイヤーが確立した自己証明ないし適法性の推定の概念は、我が国における「公定力」のような広汎な解釈論的含意をもつ概念としてではなく、列記主義等による争訟取消可能性の限定の下において法治国原理を形式的に貫徹するための概念として理解されるのである¹⁴³。

2. 2 取消制限——実質的確定力

なお、取消原理は、行政行為は「違法でも取り消されるまでは有効」とするものであり、その下では行政行為が取り消される可能性の広狭こそが重要な問題となる。この点にはなお実質的確定力の概念が影響している。確定力の概念によって実体的な効力が語られることがあり（1. 2 参照）、それをマイヤーが批判して「拘束力」を分離した（1. 3 参照）のは先に見た通りであるが、実質的確定力の概念にはなお手続的な効力としての意味が持たされていたのである¹⁴⁴。

140 aa.O., S.179. この点を正当に指摘するものとして、雄川一郎「先決問題について——行政行為に対する裁判所の審理権」同『行政争訟の法理』542-543頁（有斐閣、1986）〔初出：1950〕。

141 これに対して、我が国の「公定力」概念は、職権取消の制約原理として機能したことがあった。参照、遠藤博也・前掲註（11）216頁。

142 遠藤博也・前掲註（11）283頁註1がマイヤーの所説を「抽象的権力分立論」と評するのは、この意味で適切である。

143 参照、兼子仁・前掲註（109）70頁以下；塩野宏・前掲註（49）127頁以下、130頁以下。

144 *Löning*, aa.O. (Anm. 77), S.245 は、「裁判手続秩序の意味での確定力」とい

周知のとおり、戦後の行政行為論においては、①名宛人その他の原告適格者ないし不服申立適格者が当該行政行為を取り消す手段を失うという意味での「不可争力」または「形式的確定力」、②処分庁自身が当該行政行為を取消しまたは変更する手段を失うという意味での「不可変更力」、③処分庁以外の行政機関および司法機関が当該行政行為を取り消しまたは変更する手段を失うという意味での「実質的確定力」が整理されることとなる¹⁴⁵。

この整理を借りるならば、特に③の作用を認めるか否かについては、論者によって結論が分かれていた。たとえばベルナツィクは、行政行為一般にも実質的確定力を認める代わりに、その内容として②処分庁の拘束のみを観念しており、③の一部としての処分庁の上級庁の拘束は観念していなかった¹⁴⁶。これに対してレーニングやO.マイヤーは、行政裁判所の判決にのみ実質的確定力を認める¹⁴⁷代わりに、③処分庁および後訴裁判所の拘束をも想定していた節がある¹⁴⁸。ただし、当時においては②と③の作用がともに実質的確定力の名の下に一括して論じられる嫌いがあり¹⁴⁹、議論の対立点はさほど明確でない。

う語を用い、そこに国家行為の職権取消・撤回制限の含意をもたせていた。

145 嚆矢として、雄川一郎「行政行為の確定力」ジュリ 300号 86頁、86頁(1964)。

146 曰く、行政法においては上級庁の監督権の作用により、再審手続に拠らない変更可能性が広範に存在するが故に、上級庁による職権取消ないし撤回を禁じる効力は実質的確定力の内容ではない。*Bernatzik, a.a.O.* (Anm. 62), S.128f.

147 *Löning, a.a.O.* (Anm. 77), S.245; *Mayer, a.a.O.*, (Anm. 92), S.177.

148 曰く、「確定力が意味するのは、行為の存在の態様により認められ、行為の名宛人たる臣民に対する行為の拘束性 (Gebundenheit) に基づく、行為の不可変更性である」(*Mayer, a.a.O.*, (Anm. 92), S.175f.)。遅くともマイヤーが確定力に関する論考を発表した当時の民事訴訟法学の議論においては、②当該判決を発した裁判所によって変更されることがないこと(現在の用語で言えば「自縛力」と)、③後訴裁判所によっても変更されることがないこと(既判力)とがはっきりと区別されており(*Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1.Aufl., 1898, S.540ff.*)、マイヤーが③の作用を実質的確定力に含めていた可能性は大きい。

149 山本隆司「実質的確定力」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I (第6版)』150頁、151頁(2012)が指摘する、戦前の日本が不可変更力と実質的確定力とを明確に区別せずに論じていたという状況は、こうした当時の独逸の議論状況に由来すると考えられる。

なお、この議論は、オーストリアにおいては早期に実定法に結実し、ドイツとは異なる展開を見せることとなった¹⁵⁰。ベルナツィクのモノグラフは、オーストリア行政裁判所の判例の分析に多分に紙幅を割いており、彼の確定力論はあくまでオーストリア法内在的な視点から導かれたものであった¹⁵¹。他方で、同書は1925年オーストリア一般行政手続法 (Bundesgesetz v. 21. 6. 1925 über das allgemeine Verwaltungsverfahren (AVG)) の制定に大きな影響を及ぼし¹⁵²、同法は行政庁の決定 (Bescheid) について不可争力が発生した後の職権取消・撤回の要件を規定するに至った (68条)¹⁵³。こうしたオーストリア法の展開を、ドイツにおける行政行為の効力論の展開と比較することも興味深いテーマであるが、本稿では立ち入ることができない¹⁵⁴。

3. 結びに替えて

本稿は、19世紀後半から20世紀初頭にかけてのドイツの学説を検討し、

150 参照、兼子仁・前掲註 (109) 108頁以下。

151 Vgl., *Bernatzik*, a.a.O. (Anm. 62), S.119ff., 138ff. ベルナツィクの徹底的な実証主義的態度については、夙に藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張』126頁以下 (有斐閣、1978) が指摘している。

152 参照、尾上実「オーストリア行政改革における行政手続法制定の意義 (一)」自治研究 41 卷4号 95頁、126頁以下 (1965)。行政処分取消原因としての手続違反の要件 (§ 6 Abs.2 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1875) に関する判例法を見据えて展開されたテツナーの行政手続法論 (Vgl., *Tezner*, a.a.O. (Anm. 76)) も同様である。

153 学説上この規定は①不可争力を前提とした②不可変更力の発生要件に立法上の決着をつけたものと理解されている (*Rudolf Herrnritt*, *Das Verwaltungsverfahren - Systematische Darstellung auf Grund der neuen österreichischen und ausländischen Gesetzgebung*, 1932, S.112ff.)。この理解は現在でも引き継がれており、ドイツの論者がこの問題の処理のために確定力 (Rechtskraft) の語を用いるのを早くから避け、現在では存続力 (Bestandskraft) という独自の概念を用いるのが通例であるのに対して、オーストリアでは近時であっても、①不可争力の問題を形式的確定力と、②不可変更力の問題を実質的確定力の問題と呼び表している (Vgl., *Robert Walter/ Heinz Mayer*, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts*, 7.Aufl., 1999, Rn.453, Rn.458)。

154 手続の再開という視点からアプローチするものとして、児玉弘「行政行為に対する継続的権利救済に関する研究」北大法学論集 65 卷4号 795頁 (2014)。

行政行為の実体的効力が析出され (1 参照)、手続的な議論の展開の契機がもたらされる (2 参照) までの流れを概観した。

ラーバントが法命題または法関係の要素に加えて必要とした「下命」ないし「法拘束的な指令」の要素 (1. 1 参照) や、マイヤーの言う「拘束力」 (1. 3 参照) は、法治国 (Rechtsstaat) のコンセプトにおいて確かに重要なステップであった。一方でラーバントが、「下命」の要素のないものを「慣習法」と位置づけ、国家による意識的な法規ないし法関係の確定たる「下命」を実質的意味の法律の要素として抽出したのは、法律の定立プロセスにおける君主権限の制約を重要視したからである (1. 1. 1. 1 参照) し、他方でマイヤーにおいては、「拘束力」が取消原理とともに法治国原理を形式的に貫徹するものとして前面に出されるに至っている (2. 1. 2. 3 参照)。

反面、ラーバントやマイヤーが析出した「拘束 (力)」それ自体の内容、具体的には行政行為の実体的効力の内実は、未ださほど明瞭ではない。ラーバントのように、後に強制執行を控える給付判決はともかく、そのような国家の強制手段を発動させない確認判決にまで「拘束」の要素を見出すことになると、それが何を意味しているのかは判然としなくなる (1. 1. 1. 3 参照)。また、O. マイヤーの「拘束 (力)」のうちの名宛人に対する外部効果も、ラーバントの実質的法律力の概念 (2. 1. 1 参照) と同様、行為の内容に即した効力が発揮されることと同義の、抽象的な概念に留まるように見える (1. 3. 1. 2 参照)。やはり彼らにとっては、まず行政の諸活動を法の拘束の下に置くことこそが重要だったのであり、法の拘束のもとに置かれた行政の諸活動が臣民に及ぼす法効果そのものの分析は、次の世代に委ねられざるを得なかったのである。

※本稿は、2014年2月末日に東京大学法学政治学研究科に提出した助教論文「第三者規律の基層」の一部分に加筆・修正を施したものである。同論文の執筆、および本稿の公表に向けての加筆・修正作業に当たっては、財団法人野村財団からの助成を受けた。ここに記して謝意を表する。

※本研究は JSPS 科研費 15K21375 (平成 27-28 年度若手研究 (B)「紛争の画一的解決の要請の諸相」) の助成を受けたものである。