

平成21年 5月13日現在

研究種目：若手研究（B）  
 研究期間：2006～2008  
 課題番号：18730015  
 研究課題名（和文）実定行政実体法の悉皆的分析－義務付け・差止め訴訟の原告適格を中心に  
 研究課題名（英文）Comprehensive Research on Japanese Substantive Administrative Law  
 -focused on the standing of the two types of injunctive actions  
 研究代表者  
 仲野 武志（NAKANO TAKESHI）  
 東北大学・大学院法学研究科・客員准教授  
 研究者番号：50292818

研究成果の概要：「行政法」に分類される実定法は2000本近くあるが、現在の行政法学はこれらを丹念に検討することなく、抽象論に終始している。本研究は、行政の行為形式の中心に位置する行政行為のうち、最も社会的影響力の大きい私権形成的行政行為について、実定行政実体法にみられる立法例を悉皆的に拾い上げた上、いかなる要件の下でいかなる態様の形成作用が認められているかという見地から、系統的な分析結果を提示したものである。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2006年度	1,500,000	0	1,500,000
2007年度	1,100,000	0	1,100,000
2008年度	1,000,000	300,000	1,300,000
年度			
年度			
総計	3,600,000	300,000	3,900,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：行政法各論、行政実体法、行政行為論

## 1. 研究開始当初の背景

戦後の行政法学は総論に特化し、各論を切り捨ててきたが、その結果、総論の内容を今以上に豊富なものとしつつ理論的水準を高めてゆくことは極めて困難となっている。例えば、行政の行為形式のうち最も重要な行政行為についてみても、概括的・抽象的な性質論の域を出ておらず、抗告訴訟対象性を判断するに当たっても、判例後追いとどまっている。このような閉塞状況は、膨大な実定行

政実体法を煩を厭わず検討することを忌避している点に由来している。

## 2. 研究の目的

上記の背景に基づき、本研究は、多種多様な実定行政実体法上の行政行為を網羅的・系統的に分析することを通じて、行政法総論の中核に位置する行政行為論の内実を飛躍的に高めることを目的としている。特に、行政

行為の中でもとりわけ社会的影響力の大きい私権形成的行政行為について、私権の種類及び形成の態様ごとに、明治から現在に至るわが国の実定法制に内在する論理を可視化することを主眼としている。

### 3. 研究の方法

上記の目的を達成するため、本研究は、民法典の編別に依拠しつつ、すなわち各種物権（所有権、制限物権、担保物権）及び債権の順に、これを発生させ、変更し、消滅させる行政行為を明治以来のわが国の実定法から悉皆的に列挙し、いかなる要件の下でいかなる態様の形成作用が認められているかという観点から、範疇化を行っている。併せて、立法・司法行為による私権形成作用についても、比較の素材として取り上げることとした。

これを敷衍すると、物権を形成する国家作用については、占有権を形成する国家作用、所有権を形成する国家作用、用益物権を形成する国家作用、担保物権を形成する国家作用に大別することができる。

このうち、まず所有権を形成する国家作用については、所有権を発生させる作用、所有権を変更する国家作用（狭義）、所有権を変更する国家作用（広義）及び所有権を消滅させる国家作用に分かたれるところ、第一のものは、所有権を発生させる国家作用（狭義）及び土地所有権の範囲を創設する国家作用に、また第二のものは、用益物権を設定することにより所有権の内容を変更する国家作用、担保物権を設定することにより所有権の内容を変更する国家作用、土地所有権の範囲を変更する国家作用及び所有権を他の権利に変更する国家作用に、また第三のものは、所有権の主体を変更する国家作用、所有権の客体を変更する国家作用及び共有関係を形成する国家作用に細分することができる。

次に、用益物権を形成する国家作用については、用益物権を発生させる国家作用、用益物権を変更する国家作用（狭義）、用益物権を変更する国家作用（広義）、用益物権を消滅させる国家作用及び入会権を形成する国

家作用に分かたれる。

更に、担保物権を形成する国家作用については、担保物権を発生させる国家作用、担保物権を発生させる国家作用、担保物権を変更する国家作用（狭義）、担保物権を変更する国家作用（広義）、担保物権を消滅させる国家作用に分かたれるところ、第二のものは、担保物権の内容を変更する国家作用及び担保物権を他の権利に変更する国家作用に、また第三のものは、担保物権の主体を変更する国家作用及び担保物権の客体を変更する国家作用に細分することができる。

以上に対し、債権を形成する国家作用については、同様の方法をとることはできない。なぜなら、民法典は債権の種別ではなく、その発生原因に基づいて編別されているからである。とはいえ、民法上の発生原因に基づいて発生した債権を変更し、消滅させる国家作用を取り上げるだけでも十分ではない。民法上の債権の発生原因自体を形成する国家作用も存するし、また債権を民法上の発生原因に基づかずに直接発生させ、これを変更・消滅させる国家作用も存するからである。

したがって本研究では、債権を形成する国家作用については、契約を発生させる国家作用、契約又は契約に基づく債権を変更する国家作用、契約又は契約に基づく債権を消滅させる国家作用、民法上の発生原因（契約を除く）に基づく債権を変更・消滅させる国家作用及び民法上の発生原因に基づかない債権を形成する国家作用に大別することとした。

このうち、まず契約を発生させる国家作用については、贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金及び和解の各契約又は類似の非典型契約並びにその他の契約を発生させる国家作用に分かたれる。

次に、契約又は契約に基づく債権を変更する国家作用については、契約を変更する国家作用、契約に基づく債権を包括的・選択的に変更する国家作用、贈与、売買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金及び和解の各契約又

は類似の非典型契約及びその他の契約に基づく債権を変更する国家作用並びに信託を形成する国家作用に分かたれる。

#### 4. 研究成果

上記の方法により、本研究では、全ての種類の私権について、全ての態様の形成作用を拾い上げると同時に、それらがいかなる発展経路によって立法されてきたかを提示することができた。この作業は、個々の行政行為について、その実定法的根拠に根差した位置付けを可能とするものであり、抗告訴訟対象性の判断はもとより、今後の判例・立法実務を展開するための指針ともなるものである。かかる成果は、わが国をはじめとする主要先進国では初めてのものである。

本研究の分析結果は広汎多岐にわたるものであるため、その詳細を記述することは紙幅の制約から困難であるが、現行法制上の行政行為を位置付ける上で指標となるような基幹的地位にあるといえる規定は、次の通りであり、本研究においてはその性質について特に重点を置いて解明したところである。

所有権を形成する行政行為のうちでは、銃砲刀剣類所持等取締法（昭和三十二年三月十日法律第六号）第十一条（許可の取消し及び仮領置）、農地法（昭和二十七年七月十五日法律第二百二十九号）第九条（買収）、水道法（昭和三十二年六月十五日法律第七十七号）第四十二条（地方公共団体による買収）、あへん法（昭和二十九年四月二十二日法律第七十一号）第二十九条（収納）及び土地改良法（昭和二十四年六月六日法律第九十五号）第五十四条（換地処分）が特に重要である。

用益物権を形成する行政行為のうちでは、都市再開発法（昭和四十四年六月三日法律第三十八号）第七十二条（権利変換計画の決定及び認可）及び採石法（昭和二十五年十二月二十日法律第二百九十一号）第十二条（決定の申請）が特に重要である。

担保物権を形成する行政行為については、国税徴収法（昭和三十四年四月二十日法律第

百四十七号）第一百五十八条（保全担保）及び土地収用法（昭和二十六年六月九日法律第二百十九号）第五条（権利の収用…）が特に重要である。

契約を発生させる行政行為のうちでは、農業経営基盤強化促進法（昭和五十五年五月二十八日法律第六十五号）第二十七条の五（裁定の申請）、特定独立行政法人等の労働関係に関する法律（昭和二十三年十二月二十日法律第二百五十七号）第三十五条（委員会の裁定）、鉄道事業法（昭和三十九年十二月四日法律第九十二号）第二十二条の二（乗継円滑化措置等）、電気通信事業法（昭和五十九年十二月二十五日法律第八十六号）第三十五条（電気通信設備の接続に関する命令等）及び電気事業法（昭和三十九年七月十一日法律第七十号）第三十一条（供給命令等）が特に重要である。

契約に基づく債権を変更する行政行為のうちでは、

ガス事業法（昭和二十九年三月三十一日法律第五十一号）第十八条（供給約款に関する命令及び処分）、労働組合法（昭和二十四年六月一日法律第七十四号）第十八条（地域的の一般的拘束力）及び保険業法（平成七年六月七日法律第五号）第二百四十条の十一（契約条件の変更に係る承認）が特に重要である。

#### 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計7件）

- ① 仲野武志、法律上の争訟と既得権の観念（9）、「法学」査読無し、第72巻4号、2008年、33-89頁
- ② 仲野武志、法律上の争訟と既得権の観念（8）、「法学」査読無し、第72巻3号、2008年、77-142頁
- ③ 仲野武志、法律上の争訟と既得権の観念（7）、「法学」査読無し、第72巻2号、2008年、1-63頁
- ④ 仲野武志、法律上の争訟と既得権の観念（6）、「法学」査読無し、第72巻1号、2008年、34-95頁

- ⑤ 仲野武志、法律上の争訟と既得権の観念  
(5)、「法学」査読無し、第71巻6号、2007年、30-85頁
- ⑥ 仲野武志、法律上の争訟と既得権の観念  
(4)、「法学」査読無し、第71巻3号、2007年、1-48頁
- ⑦ 仲野武志、法律上の争訟と既得権の観念  
(3)、「法学」査読無し、第71巻1号、2007年、35-70頁

[図書] (計2件)

- ① 仲野武志、(株)有斐閣、公権力の行使概念の研究、2007年、339頁
- ② 仲野武志 (稲葉馨・亘理格編)、青林書院、行政法の思考様式、2007年、99-139頁

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

仲野 武志 (NAKANO TAKESHI)  
東北大学・大学院法学研究科・客員准教授  
研究者番号：50292818

### (2) 研究分担者

なし

### (3) 連携研究者

なし