

令和 3 年 6 月 14 日現在

機関番号：12613

研究種目：若手研究

研究期間：2018～2020

課題番号：18K12624

研究課題名（和文）行政行為における「物の層」

研究課題名（英文）Administrative action and possession

研究代表者

土井 翼（DOI, Tsubasa）

一橋大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：20734742

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,100,000円

研究成果の概要（和文）：現代の日本の公法学において、行政作用の直接の名宛人ではないがそこから何らかの影響を受ける者（第三者）を、当該行政作用との関係でどのように位置付けるのかは重要な理論的課題とされている。本研究は、今なお行政作用の中心に位置する行政行為について、名宛人の権利との関係ではない視座からアプローチする可能性を探るものである。そのために、一般処分及び対物処分という、そもそも名宛人と第三者の区別が成立しない行政行為を題材として日本に大きな影響を与えてきたドイツ及びフランスの公法理論を検討し、そこでの検討の結果を現代日本の実定法、たとえば許可法制に應用するかたちでの研究を行った。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、行政行為の基礎を権利の概念に求める一般的な見解とは異なる筋道がありうることを比較法的考察により論証するものであり、伝統的学説に反省を迫るといった理論的意義がある。また、こうした考察から得られた視点に基づき、たとえばCovid-19対策においてまさに問題となっている、行政機関による私人の氏名・名称の公表の適法性につき、立法府や裁判所が採用すべき具体的な判断基準を提示しえたという意味において、基礎理論の実践への還元という社会的意義も有する。

研究成果の概要（英文）：In contemporary Japanese public jurisprudence, it is an essential theoretical issue to position those who are not the direct addressees of administrative acts but are affected by them (so-called third parties). This study explores the possibility of approaching administrative act, which still stands at the center of administrative actions, from a perspective other than the relationship with the addressee's rights, from a perspective of possession. For this purpose, we examined Germany and France's theories concerning administrative acts with no definite addressee, which means one cannot distinguish addressees and third parties, such as *Allgemeinverfügung* or *dinglicher Verwaltungsakt*. We then applied its result to the current Japanese law, such as the permission system.

研究分野：公法学

キーワード：行政行為 占有

1. 研究開始当初の背景

現代の公法学において、「個別主体への排他的帰属が観念できない「不可分の利益」〔……〕の規律、換言すれば、行政作用の対象を名宛人／第三者という二分論で把握することが難しい領域は、〔……〕看過し得ない重要性をもつ」(巽智彦『第三者効の研究』(有斐閣, 2017年)368頁)、「民法を権原体系に置き換えたパンデクテン法学モデルが窮屈になる」(木庭顕『笑うケースメソッド 現代日本公法の基礎を問う』(勤草書房, 2017年)234頁註9)領域が存在する、という認識の重要性は否定しがたい。近時、こうした問題領域に対するアプローチが様々なかたちで試みられているが、とりわけ注目されるのが、取消判決の第三者効(行政事件訴訟法32条1項)を手掛かりとして「第三者規律の問題」、すなわち、行政主体の行為がその名宛人以外の者の法的地位に影響を与える作用をどのように叙述するか、そもそも行政法関係における「第三者」とは何かといった問題群を整理する議論である(巽・上掲)。本研究は、この日本行政法学の最先端の議論と問題意識を共有しつつ、(論者自身が認めるように)そこに欠けている、行為論の観点からのアプローチを試みるものである。

2. 研究の目的

本研究は、(1)行政行為の法効果には、特定私人の権利・義務への変動の有無とは独立の法的レヴェランスを有する作用(「物の層」への作用)が含まれており、そうした作用は(端的な物の支配から観念的な物の支配まで拡張した)占有概念により法学的に把握できることを個別行政法を分野横断的に検討することで論証し、かつ、(2)こうした行政行為概念の再構成に伴い、抗告訴訟を当事者訴訟とは別にもつことの意義にかかる理解も変容を被りうることを示す、という目的を設定した。

3. 研究の方法

本研究は、権利(権原)、占有といった法学一般の基礎概念を公法学に再定位することにより、行政行為はもっぱら对人的規律であるという通説の自己認識を批判し、特定個人に対する行政行為にすら一般的秩序への作用が含まれていることの法学的描写を試みるものである。したがって、日本、あるいはそこに大きな影響を与えてきたフランスやドイツにおいて、権利、占有、行政行為といった基礎概念を相互に関連付けつつ形成してきた古典的文献を再読すること、本研究と共鳴する部分のある近時の研究を検討すること、こうした作業を踏まえて行政行為の概念を占有概念を基軸として分析することが、本研究の大まかな流れとなる。さらに、行政行為概念は処分性の概念を通じて行政訴訟においてもきわめて重要な意義を有することから、権利概念に依拠しない実体法を反映しうる訴訟法ドグマティックの可能性についても、基礎的な検討を及ぼすことを予定していた。しかし、最後の訴訟法的考察については、Covid-19の流行により欧州での資料収集等が困難となったため断念せざるをえなかった。

4. 研究成果

(1)に関しては、一般処分及び対物処分を題材として、日本、ドイツ、フランスの公法理論を通じた検討を実施した(「名宛人なき行政行為の法的構造(1)～(6・完)」国家学会雑誌130巻9・10号以下)。検討の端緒となったのが、公物の公用開始行為である。通説は、公用開始行為という行政行為により対象不動産に「公物としての法的地位」が与えられるとするが、公用開始行為がいかなる意味で(私人の権利・義務を変動させる行為と定義される)行政行為であるのかは論証されていない。そのため、通説を基礎づけるいかなる理論構成がありうるか、という観点から調査を開始した。

そこでは、名宛人のない行政行為(名宛人が不特定多数の行為(いわゆる一般処分)と名宛人が存在しない行為(いわゆる対物処分))に関する日独仏の学説史的検討をおこない、こうした行為は多くの場合は即地的画定行為としての性質をもつこと、行為の即地的性質は共時的にも通時的にも不特定多数となる者の利益を対世的に確定するために便宜であること、そして、そのように関係人が不特定多数の場合には(権利義務の変動を語りえないため)行為の対象として「物の法的地位」なる概念が語られることを示した。

換言すれば、そこでは以下のことが示されたことになる。行政活動が社会制御のための活動であるとすると、その本質は特定個人の権利義務を変動させることにあるというよりも、何かしらの対象につき対世的な(社会全体に通用する)規律をする点に求められる。すなわち、法的規律を対世的に確定するための手段として行政行為を理解することが可能である。そうすると、特定個人の権利義務を変動させる行為という従来行政行為の典型と理解されてきた行為ではなく、対物処分、とりわけ公用開始行為のような公共空間の法的規律を準備する行為こそが行政行為のプロトタイプであるということが出来る。このような検討は、公物法の行政法各論、参照領域としてのポテンシャルを示すものとして好意的な評価を得た(公法研究82号学会展望)。

こうした検討は基礎理論としての性質が強いものであり、現在の日本の実定法解釈論とのつながりはそれほど強くない。そこで、如上の検討を現行実定法との関係で展開した「応用編」と

していくつかの論文を公表した。第1に、「許可制度の法学的再構成」がある。これは、許可制度と一括して論じられてきた制度をさらに内部的に識別する余地があること、その際の区別の視座となるのが権原と占有の区別であることを論じたものである。区別の視座の適用が図式的なものとなってしまったが、占有への作用としての行政行為という「名宛人なき行政行為の法的構造」論文で獲得された理論枠組みを現行法解釈論に投影したものとして好意的な評価を得た（公法研究82号学会展望）。

第2に、「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」がある。これは、本研究の遂行中に単著や重要な論文が公表され俄かに学会の関心を集め、かつ、Covid-19 流行防止のための営業自粛要請に従わない店舗等の名称公表を契機として社会的な注目も集めるに至った公表という行政作用について、名誉を鍵概念として体系的な記述を試みたものである。名誉の法的性質については私法学においても争いがあるが、本権というよりも一定の事実状態の保護を指向する点で占有と類似する点が認められる。この意味で、本権とは直接の関わりをもたない行政作用の法的描写を指向する本研究全体にとって、名誉を侵害する行政作用の体系的整序は大きな理論的課題となる。そして、法律の留保及び国家賠償請求訴訟における裁判所による統制について、具体的な判断基準を提示しえたという意味において、理論及び実務の進展に寄与しえたと自負している。この論文については、そこで批判対象とした論者から詳細な反批判を受けており（仲野武志「行政上の公表の立法例（7・完）」自治研究97巻2号86-88頁）、このことも本稿が学会における議論の進展に実際に寄与したことを示している。

(2)に関しては、3で述べたように訴訟法的検討は十分になしえなかったが故に不十分なものとならざるをえなかった。しかし、上記国家学会雑誌論文を再検討し、単著としてまとめる作業をするなかで、訴訟法上の一定の見通しを提示することはできた。さらに、当初の予定とはやや異なる角度からではあるが、行政作用の訴訟による統制について考察を進展させることができた。すなわち、地方議会の行為に対する司法審査に関して、一般的な考察を提示しえた（「地方議会に関する司法審査の方法」など）。伝統的にいわゆる部分社会の法理に対して公法学説は非常に批判的であり、個々の「部分社会」が有する特徴を捨象せずに個別具体的な考察をしなければならない、と説いてきた。しかし、一般的抽象的に「個別具体的な考察が必須である」と説くものが大半であり、実際に個別具体的な考察をするものは存在しなかった。このような学説上の欠缺は、その稀少な例外が民事訴訟法学者の手になるもの（山本和彦「審判権の限界」同『民事訴訟法の基本問題』40頁以下）であったことからみても、公法学者が民事訴訟について適切な見通しを有していないことに起因しているのではないかと、というのがそこでの仮説であった。そこで、民事訴訟法学の成果を積極的に摂取する最先端の行政法学説（巽智彦「事実認定論から見た行政裁量論」成蹊法学87号（2017年）162頁）と歩調を合わせるかたちで、民事訴訟法理論としても通用する公的作用の司法的統制の理論の提示を試みた。地方議会の自律の憲法的根拠につき権力分立以外の実質的な論拠を探究できなかったため、「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」と同様の具体的な審査基準の提示までは至ることができなかったが、地方議会の法的統制について実際に個別具体的に論じたものとして類例のない考察になったといえる。

さらに、口頭報告のみで業績の公表には至っていないが、令和元年度及び2年度はイタリア行政法の基本的な構造の習得にも特に重点をおいてきた。イタリア法が権利(*diritti subiettivi*)とは区別された正当な利益(*interesse legittimo*)という概念をもち、両者の境界確定に関して豊富な議論の蓄積をもつからである。その成果は、フランス及びイタリアの公物法を比較検討する学会報告（「公物法から共物法へ」）として結実した。なお、これらはいずれも当初の研究計画にはなかった事項ではある。しかし、国家学会雑誌論文において提示した視座が得られたからこそ達成できた成果であると自負している。

また、その他いくつかの判例評釈類を公表した。いずれも単に判例を解説するとか従来の研究をなぞるとかいった次元にとどまるのではなく、私でなければ書けない理論的考察を盛り込むように試みた。第1に、「0-157 集団食中毒原因公表事件（東京高判平成15・5・21）」は標記の事件に関する学生向けの解説という依頼原稿であったが、「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」を構想する重要な契機となった。第2に、「土地改良区が河川法23条の許可に基づいて取水した水が流れる水路への第三者の排水により当該水路の流水についての当該土地改良区の排他的管理権が侵害されたとした原審の判断に違法があるとされた事例〔最判令和元年7月18日判批〕」は、公物法に関する最高裁判例という珍しい素材について、公物法の専門家を志す者として批評したものである。執筆に際しては農学や都市工学に関する文献も渉猟し、その成果の一部を反映している。脱稿後に私法学者や法社会学者の手になる評釈がいくつか公表されているが、公法学者によるものはなお少なくそれらと相補的に読むことができる。第3に、「名張市議会嚴重注意・公表事件〔最判平成31年2月14日判批〕」は、「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」で提示した理論枠組みにより標記の最高裁判決をもっともよく説明できることの論証である。また、その執筆に際して必然的に裁判所の権限の制約という問題に立ち向かわざるをえなくなり、「地方議会に関する司法審査の方法」の発生論的な基礎をなすこととなった。第4に、「情報公開訴訟におけるインカメラ審理」は、明文の根拠なきインカメラ審理の実施を否定した最決平成21年1月15日に関する評釈である。先行研究は本決定の結論を前提としたうえで、インカメラ審理を合憲的に導入するための制度設計に考察の力点をおき、本決定それ自体の読解を重視してこなかった。しかし、本決定を内在的に貫いたか

たちで理解することにより、裁判所と国会との権力分立について重要な示唆がもたらされることを示した。この意味で、本稿も「地方議会に関する司法審査の方法」、ひいては当初の研究目的(2)の脈絡に位置づけられる重要な成果である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計16件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 2件）

1. 著者名 土井翼	4. 巻 1544号
2. 論文標題 収支報告書に架空支出が計上された場合における政務調査費および政務活動費の返還義務〔最判平成30年11月16日判批〕	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 ジュリスト臨時増刊	6. 最初と最後の頁 50-51
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 19巻2号
2. 論文標題 行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 一橋法学	6. 最初と最後の頁 119-188
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.15057/31348	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 35号
2. 論文標題 名張市議会嚴重注意・公表事件〔最判平成31年2月14日判批〕	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 行政法研究	6. 最初と最後の頁 205-229
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 40
2. 論文標題 情報公開訴訟におけるインカメラ審理	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 行政法研究	6. 最初と最後の頁 -
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 36
2. 論文標題 地方議会に関する司法審査の方法	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 論究ジュリスト	6. 最初と最後の頁 143-149
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 132巻3=4号
2. 論文標題 名宛人なき行政行為の法的構造 行政法と物の法, 序論的考察 (3)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 国家学会雑誌	6. 最初と最後の頁 1-55
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 132巻5=6号
2. 論文標題 名宛人なき行政行為の法的構造 行政法と物の法, 序論的考察 (4)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 国家学会雑誌	6. 最初と最後の頁 1-57
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 132巻7=8号
2. 論文標題 名宛人なき行政行為の法的構造 行政法と物の法, 序論的考察 (5)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 国家学会雑誌	6. 最初と最後の頁 1-53
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 132巻9=10号
2. 論文標題 名宛人なき行政行為の法的構造 行政法と物の法, 序論的考察(6・完)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 国家学会雑誌	6. 最初と最後の頁 1-40
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 469号
2. 論文標題 0-157 集団食中毒原因公表事件(東京高判平成15・5・21)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法学教室	6. 最初と最後の頁 10-14
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 18巻2号
2. 論文標題 許可制度の法学的再構成	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 一橋法学	6. 最初と最後の頁 23-37
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) 10.15057/30509	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている(また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 95巻4号
2. 論文標題 地縁団体の役員交代を求め、従わない場合は公共事業を停止する旨の行政指導が、行政手続条例の禁止する「不利益な取扱い」を課すものではなく、適法と判断された事例(広島高判平成29年2月2日)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 自治研究	6. 最初と最後の頁 126-139
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 19巻1号
2. 論文標題 土地改良区が河川法23 条の許可に基づいて取水した水が流れる水路への第三者の排水により当該水路の流水についての当該土地改良区の排他的管理権が侵害されたとした原審の判断に違法があるとされた 事例（最判令和元年7月18日）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 一橋法学	6. 最初と最後の頁 417-443
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.15057/31116	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 131巻9-10号
2. 論文標題 名宛人なき行政行為の法的構造 行政法と物の法，序論的考察（1）	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 国家学会雑誌	6. 最初と最後の頁 1-49頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 132巻1=2号
2. 論文標題 名宛人なき行政行為の法的構造 行政法と物の法，序論的考察（2）	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 国家学会雑誌	6. 最初と最後の頁 1-50頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 土井翼	4. 巻 95巻4号
2. 論文標題 地縁による団体の役員交代を求め、それに従わない場合は公共事業の実施を停止する旨の行政指導が、行政手続条例の禁止する「不利益な取扱い」を課すものではなく、適法と判断された事例	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 自治研究	6. 最初と最後の頁 126-139
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計1件（うち招待講演 0件 / うち国際学会 0件）

1. 発表者名 土井翼
2. 発表標題 公物法から共物法へ？ イタリアからの誘い
3. 学会等名 フランス行政法研究会
4. 発表年 2020年

〔図書〕 計1件

1. 著者名 土井翼	4. 発行年 2021年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 約300
3. 書名 名宛人なき行政行為の法的構造 行政法と物の法，序論的考察	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------