

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 7 日現在

機関番号：14301

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2010～2013

課題番号：22730013

研究課題名(和文) 内閣法制局審査の理論的分析 行政行為の“抵触性審査”を中心に

研究課題名(英文) Theoretical Analysis of Legislative Drafting by Cabinet Legislative Bureau

研究代表者

仲野 武志 (Nakano, Takeshi)

京都大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授

研究者番号：50292818

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,900,000円、(間接経費) 870,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、わが国の内閣法制局が政府提出法律案を審査する際に行っている、いわゆる抵触性審査を行政法学の対象に組み入れるための基礎的な準備作業に取り組んだものである。具体的には、民法の物権編に規定されている各種の私権を当事者の意思にかかわらず発生させ、変更し、又は消滅させる行政行為の立法例を時系列的に列挙するとともに、新たな立法が既存の法体系に整合するかという観点からの審査を再現し、追試することを試みた。

研究成果の概要(英文)：This research has paved the way to analyze a so-called "Inconsistency Test" utilized by the Cabinet Legislative Bureau in checking legislative texts drafted by the Governmental Departments. Focused on the legislation engendering, altering and extinguishing all kinds of the inherent patrimonial rights of the Civil Code compulsorily, it reveals how new regulations have been justified as consistent with the whole body of the existing legal texts.

研究分野：公法学

科研費の分科・細目：行政法

キーワード：行政実体法 行政法各論

1. 研究開始当初の背景

(1) 内閣法制局が行っている法令審査は、実定法学の対象をあらかじめ規定するほどの重要性を有するにもかかわらず、従来包括的な研究の素材とされてこなかった。これは、法令審査に関する資料が必ずしも十分に国立公文書館に移管されてこなかったため、資料上の制約があることに加え、多数の実定法を典型的・系統的に分析するという、本研究が考案した方法論がいまだ成立していなかったためであると考えられる。

(2) さらに、戦後の行政法学においては行政実体法を包括的に研究した業績が稀にしか現れていない。これは、“法律の洪水”と呼ばれる立法の爆発的増加傾向が定着している中、たまたま出された判例を後追いして、そこで問題となった個別法の解釈論を訴訟法的視角から深掘りする研究が多くなっているためであると考えられる。

(3) 加えて、美濃部教授によりパンデクテン体系を換骨奪胎して超実定法的に構想された自己完結的な“公法体系”に対する塩野教授による批判がなされたあと、行政法と民法との関係があるがままに考察する方法論が支配的となっているが、その考察はきわめてカズイスティーシュであり、行政法と民法の接触面を分野横断的かつ網羅的に検討し、体系的な認識が可能な理論があればそれを体系化するという作業がされていない。これは、前述した点と同じく、実定法学を標榜するにもかかわらず、行政法学が膨大な数の実定行政法と対峙していないことを意味するものである。

2. 研究の目的

(1) 本研究は、内閣法制局が行っている法令審査を公法学の分析対象に組み入れるため、まずは私権形成的行政行為に焦点を絞って、これまでのわが国に現れた立法例を逐一検討し、法令審査を追試し、検証することを目的としている。私権形成的行政行為を俎上に載せることとしたのは、行政の行為形式の中核に位置する行政行為の中でも、行政作用に先行して存在するという意味での“既得権”たる私権を侵害するものとして、社会的な影響が大きく、理論的にも最も強度の侵害作用であると考えられるからであり、これを分析しておけば、その他の行政行為については、立法に対する制約はより緩やかであることから、行政作用全体についての大まかな展望も得られることとなると見込まれるからである。

(2) 本研究にいう「私権」とは、各種の物権（所有権、地上権、永小作権、地役権、留置権、先取特権、質権、抵当権及び入会権・旧慣使用権）及び債権を指すが、このうち債権については、現在改正作業が大詰めを迎えていることから、さしあたり検討対象から除外せざるをえなかった。そこで本研究では、この欠を補うため、民法総則編に規定されて

いる前国家的な法律関係（人たる資格、法人たる資格、物たる資格及び時効の利益）もまた広義の“私権”に含めて扱い、これらを形成する国家作用をも併せて取り上げることとした。

(3) 本研究にいう「形成」とは、名あて人の意に反して私権を発生させ、変更し、又は消滅させることをいう。変更には、狭義の変更（私権の内容の変更）及び広義の変更（私権の主体の変更）がある。この用語方については、不動産登記法を参考とした。なお、国の私権については、私人が物等を占有しているにもかかわらずそれを無視して私権を発生させる作用のみを取り上げ、国の私権を変更し、又は消滅させる作用については、国家自らによる自己制限として理解し、本研究の考察対象から除外した。

(4) 本研究にいう「国家作用」とは、措置法律、裁判（形成訴訟の判決及び非訟事件の決定）及び行政処分（法律要件の効果のある行為を含む。）を指す。措置法律とは、特定の人又は物に対して適用される法律を指す。措置法律を取り上げたのは、法律の形式による行政処分だからである。裁判を取り上げたのは、形成訴訟の判決や非訟事件の決定は法律関係を確認するのではなく形成する作用である点において、司法権の核心的な内容というよりは行政作用に近い位置付けにあるからである。もっとも、研究代表者は行政法を専門としており、本研究の主眼も行政行為論を精緻化する点にあるため、裁判を取り上げるのは、行政処分との対比上必要最小限の分析を施すためにとどまる。

(5) 本研究では、各種の私権を発生させ、変更し、又は消滅させる措置法律、裁判及び行政処分の立法例をおおむねボアソナード民法の制定時にさかのぼって悉皆的に探索し、それぞれ類型に属する行政行為がいかなる理論的根拠によって正当化されてきたかを考察し、正当化根拠別に行政行為を再分類するという目標を設定した。

3. 研究の方法

(1) 私権形成的行政行為を遺漏・重複なく検討の俎上に載せるため、本研究では私権のカタログである民法の編別に準拠することとした。さらに、膨大な数の立法例を効率的に整理すべく、嚆矢となった立法例を突き止めることを第一の課題とし、これに倣った横並び立法をふるい分けた後、嚆矢となった立法例間に前法・後法関係または斜め（異分野間）の参照関係がないかを検討し、それぞれの正当化根拠の変遷をたどっていった。

(2) たとえば「地上権を消滅させる行政作用」という形式的な分類に属する立法例は、滞納処分手続における公売・売却決定、土地収用手続における地上権を消滅させるための収用裁決・権利取得裁決、譲与国有林野の返還処分、鉄道財団抵当権・鉄道財団の設定認可、北海道国有未開地の売払・付与処分の

取消処分、第二次農地改革における農地の売渡処分、特別都市計画事業における借地権の消滅処分・土地区画整理事業における借地権の目的地の不指定処分、学校施設の返還命令、小作地の強制譲渡、使用収益権の消滅の裁定、採石権の設定の決定及び地上権の消滅の裁定が挙げられる。これらは、滞納処分手続に伴うもの、いわゆる消滅収用、国公有財産の返還に伴う類型、地上権が集合物に破られる類型及び地上権が他の用益権に破られる類型に再整理することができる。消滅収用の正当化根拠は、取得収用と同一である。国公有財産の返還に伴う類型については、限定解釈をとるか、損失補償が必要と解される。地上権が集合物に破られる類型は、広義の消滅収用に分類することもできる。地上権が他の用益権に破られる類型は、他の用益権の公共性を正当化根拠としている。

4. 研究成果

(1) 所有権を発生させる国家作用として地租改正における地所名称区別等、所有権を変更する国家作用として各種の公企業の収用等、所有権を消滅させる国家作用として収用裁決等、地上権を発生させる国家作用として権利変換処分等、地上権を変更する国家作用として交換分合計画の認可等、地上権を消滅させる国家作用として採石権の設定の決定等、留置権を変更する国家作用として破産手続の開始決定等、留置権を消滅させる国家作用として担保権消滅請求の許可等、先取特権を発生させる国家作用として課税処分等、先取特権を変更する国家作用として滞納処分等、先取特権を消滅させる国家作用として消滅収用等、抵当権を発生させる国家作用として保全担保の設定処分等、抵当権を変更する国家作用として更生計画認可の決定等、抵当権を消滅させる国家作用として担保権の処理の裁定等、入会権・旧慣使用権を変更する国家作用として入会関係の整理方法の決定等、入会権・旧慣使用権を消滅させる国家作用として旧慣の廃止処分等をそれぞれ分析した。

(2) 人の権利能力を変更させる国家作用として外国人土地法に基づく勅令等、人の行為能力を変更させる国家作用として後見開始の決定等、法人を発生させる国家作用として水害予防組合の設立処分等、法人の目的を変更する国家作用として破産手続の開始決定等、法人を解散させる国家作用として各種法人の解散命令・設立認可取消し等、物を発生させる国家作用として地租改正における地所名称区別等、物を変更する国家作用として換地処分等、物を消滅させる国家作用として換地不指定処分等をそれぞれ分析した。

(3) 各々の分析結果は多岐にわたるが、代表的なものを挙げれば、次のとおりである。所有権については、所有権を変更する国家作用(広義)は所有権を消滅させる国家作用の変種であること、公企業の収用は所有権を変

更する国家作用(広義)に帰着することである。先取特権については、いわゆる国税の優先権は先取特権に外ならないこと、抵当権については、国家作用に基づく物上代位についてより詳細に検討する必要があることである。人については、WTO体制下でもある程度の対抗措置は可能であること、法人については、行政処分によって発生させられた法人は行政処分によって消滅させられるという原則がとられていること、物については、原始筆界を引き直す国家作用は許容されないこと、時効については、今時の戦争を理由として特例を認めるのは妥当でないことである。

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2件)

仲野武志、入会権・旧慣使用権を形成する国家作用、法学論叢、査読無、172巻4・5・6号、2013、355-384

仲野武志、不可分利益の保護に関する行政法・民事法の比較分析、民商法雑誌、査読無、148巻6号、2013、551-571

〔学会発表〕(計0件)

〔図書〕(計1件)

仲野武志、有斐閣、国家作用の本質と体系Ⅰ 総則・物権編、2014、437

〔産業財産権〕

出願状況(計0件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年月日：
国内外の別：

取得状況(計0件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
取得年月日：
国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等 なし

6. 研究組織

(1) 研究代表者

仲野 武志 (NAKANNO, Takeshi)

京都大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：50292818

(2)研究分担者
()

研究者番号：

(3)連携研究者
()

研究者番号：