

あとがき

1 本書は、著者がこれまで行政法総論(基礎理論)、および個別行政法(第Ⅲ部)の研究について発表してきた以下(初出①～⑥)の各論文をベースに、今回新たに書き下ろした2編の論文、すなわち第Ⅰ部「行政法概念と基本原則」のうちの第1章「行政法概念と憲法」、および第2章「憲法的法治主義の原則」を加えて、行政法総論体系の主要要素にそれぞれ対応するよう構成・配置した新著作であり、また論文選集でもある。

- ① 第Ⅰ部・第3章「行政法の『政策化』と行政の効率性の原則について—ドイツにおける行政法改革論議を参考にして」『情報社会の公法学(川上宏二郎先生古希祝賀論集)』所収、信山社、2003年
- ② 第Ⅱ部・第4章「ドイツにおける多極的行政法関係論と第三者の手続法的地位論」熊本法学第92号、1998年
- ③ 第Ⅱ部・第5章「多局的行政法関係論における『第三者』の手続法的地位論序説—行政手続法・都市計画法を中心にして」『新世紀の公法学(手島孝先生古希祝賀論集)』所収、法律文化社、2003年
- ④ 第Ⅱ部・第6章「取消訴訟における『第三者』の原告適格の基準としての基本権適用論序説—ドイツ法との比較研究」『公法学の開拓線(手島孝先生還暦祝賀論集)』所収、法律文化社、1993年
- ⑤ 第Ⅱ部・第7章「建築行政における紛争予防・実効性確保に関する法と政策」吉田勇編著『法化社会と紛争解決』所収、成文堂、2006年
- ⑥ 第Ⅱ部・第8章「国立大学法人法に関する若干の考察」日本財政法学会編『財政法講座② 財政の適正管理と政策実現』所収、勁草書房、2005年

2 新規書き下ろしの第1章は、行政法=国内公法という「伝統的公式」に代わって「行政に関する法」、または「行政に関する特殊固有の法」(特有法説)、あるいは「行政府の行うすべての活動」説と定義される今日の代表的・形式的

行政法概念において、その「本丸」たる、実質的意味の「行政」概念について消極的控除説が支配し、しかも行政・行政法概念それぞれ別個・独立に論じられるなかで、行政の形式的理解にとどまらず、従来の（新旧）積極説の基盤の上にあえて実質的意義の積極的概念の「新構成」を試み、さらに現行憲法における「行政権」（65条）概念を重ねて、その上で行政に関する「法」としての行政法概念の積極的構成にアプローチし、両者の統合をめざしたものである。すなわち、ドイツの有力学説として展開されている、実質的意義の、「行政」＝「非私的・公共」に関すること＝「公共事務の処理」＝ポリス（都市国家）説をベースに、憲法の権力分立的統治システムを基礎に行政権－行政作用を位置づけ、それに市民の「参加」「協働」という現代行政の特質を総合的に加味し、新たな統一的構成を試みたものである。すなわち「行政」概念としては、「憲法的価値の実現をめざす、政策形成的・法執行的公共事務の、市民参加・協働による総括処理」を、次いで「行政法」概念としては上記積極的行政（概念）に関する「手段的・手続的法」である、と構成した。

第2章は、行政法の基本原則（原理）である法治主義（法律による行政、法律の支配）とイギリス法の二大原則（議会主権）たる「法の支配」を、それぞれの源流、すなわちO.マイヤーの「法律の支配」とダイシーの3原則まで遡って発展過程を検証しつつ、現行憲法の下で「具体化された憲法としての行政法」の視点から、行政法の基本原則としてどのような内容の原理として再構成すべきかを、あらためて検討したものである。その際憲法学者からは、人権保障を中心にした、あるいは司法による人権保障、および憲法・法律に適合した行政の適法性原則を中心にした「法の支配」の現代版が提唱され、行政法学者からは、実質的法治国—実質的法治主義、法律の留保の「修正版」—本質性留保説にもとづく「原則授」説（重要事項留保説）や原則全部留保説（＝授権説）および規律態様（密度）論が提唱されるなかで、法の支配の「現代版」と「実質的」法治主義の「関連交錯」—「合一」という展開が大きな潮流として進みつつあることを確認した。そこでこの第2章では、憲法の枠内で憲法上の価値の実現をめざす「手続的・手段的法としての行政法」の立場から、法の支配における手続的正義ないし適正手続（憲法31条）と法治主義における法律の留保という法制度が、それぞれ両原則の主要構成内容をなしており、これを「克服」しな

いかぎり両原則の「完全な一致」はないことに留意した。その際実質的法治主義については、憲法規定の根拠づけおよびドイツ行政法、とくに H. J. ヴォルフからの「示唆」として、「憲法・法律に基づく行政の原則」(H. J. ヴォルフ)、ないし「憲法的法治主義の原則」を、そしてそのサブ原則として、法段階説による動態的法秩序の具現化である憲法を含む法律の適正執行(行政の適法性)の原則を、また憲法的法治主義の「積極面」たる「法律の留保」については法律による「適正」かつ「特定」「授權」にとって代えるべき旨をそれぞれ提唱し、もって法の支配の修正版と実質的(=憲法的)法治主義の行政法総論レベルでの「統合」を実現しうる、といえる。

第3章では、現代行政法の基本原則の1つとして、ドイツにおいてもわが国でもとくに行政法改革をリードし、かつ現行の行政法への「挑戦」としての効率性の原則が中央省庁等改革基本法などの実定法において規定され、また唱導されている。そこでこの章では、効率性の原則の各実体法上の根拠規定を検証しつつ、またドイツでは、各種行政(訴訟)手続の「簡略化」「迅速化」による「効率性」が叫ばれ、そのため行政法・訴訟制度改革の推進役を果たすべく期待されているなかで、このような傾向に対して重疊的、かつ慎重な手続を課すことによる人権保障をめざす立場からの批判があること、またわが国では、効率性の原則がその具体的内容が明らかにされていないため必ずしも実際の効果を発揮していないという意義とその課題を指摘した。

第Ⅱ部の第4章は、ドイツにおける三極的・多極的行政法関係における第三者の権利保護、原告適格の問題を、これをリードしたシュミット・プロイス教授(Schmidt Preuss)の教授資格論文を中心素材にしなが、見解の意義と課題を検討したものである。教授によれば、第三者の人権=(新)公権は、多極的行政法関係において行政庁に対して私人(第三者)が権利・利益の実現を主張するという構図ではなく、行政行為等の名宛人と第三者とは形式的「平等」の地位にありその紛争の実態は、むしろ名宛人と第三者の私人間の「対立」にあり、紛争の局外にある行政庁がこれら当事者の利益間を「調整」することによって紛争解決を行うという新自由主義的思想の法的表現というべき理論が展開されている。ただこれについては、それぞれの紛争タイプにもよるが、第三者の「法律上の利益」(公権)を訴訟の場で(原告適格として)「確認」し、その「範囲」

を拡大することを行政理論上の課題としてきたわが国の立場においては、両者は実質的平等の地位にあるといえるかなどについて根本的疑問があり、またこれらの紛争タイプの「相違」を越えて一律に論じることの困難性、および基本的二極的行政法関係と、多様化した利害関係を映し出す多極的行政法関係との「交錯」をどう統一的に「把握」するか、という問題が残されており、行政総論の一般的概念装置として位置づけることはできないと思われる。

第5章は、行政手続法第10条の「第三者」の「聴聞」規定と、都市計画法における第三者の手続的地位を体系的に考察することによって、前者においてはこの規定を根拠にして、はたして行政手続的多極的行政法関係という「独立」の法関係の「類型」が成り立つのか、後者においては開発許可等の行政行為にともなう付近住民等（第三者）に対する「生活環境」の悪化をもって、その手続法的権利主張として是認されるのか、あるいはそれは単なる「反射的效果」にとどまるのか、考察したものである。

第6章は、行政法関係における「主観的公権」は、行政訴訟の局面においてドイツ法の「権利侵害」（行政裁判所法42条2項）という規定、およびわが国では「法律上の利益」（行訴法9条1項）という規定に実定法上の根拠を持つ。行政行為等の相手方（申請者、納税者、被処分者など）については無条件に原告適格＝法律上の利益が認められるのに対して、それ以外の「第三者」の「法律上の利益」の有無の判定については、通説・判例では、法律上保護されている利益説が支持され、その上で「法律」については、処分等の根拠をなすそれに限定してきた。したがって憲法・基本権は適用されず、行政訴訟の原告適格という「入口」のところで遮られ、第三者の原告適格が「狭い範囲」に限定されてきた。そのためドイツ法における第三者の基本権の適用問題を、ドイツの判例・学説において確かめ、とくに基本法1条・14条においてその適用を確認した上で、わが国法制度・理論への適用可能性を示唆した。

第三部のうち第7章は、まちづくり法の中心をなす建築基準法第9条における、違反建築物等に対する除却命令を中心素材にして、自治体でのその執行状況を概観するに、除却命令一代執行といった正規のルートではなく、法律の除却命令権を根拠とする「是正指導」（行政指導）が蔓延しており、権限なき自治体行政と同様の「執行の欠如」という法現象を呈している。これに対する立法

政策的解決手段の探求、および正規のルートによる執行方法の課題について検討した。

第8章は、行政組織改革として独立行政法人化が進められてきたなかで、全国の国立大学を一斉に「国立大学法人」にする国立大学法人法は、もっぱら行政効率・行政の組織的減量推進の立場から独立行政法人的方向での改革であり、これに対して学問の自由・大学の自治（憲法23条）・教育基本法の立場からは、国立大学における「教育研究の特性」への配属やその「自主性・自律性」の尊重が定められつつも、大学の管理運営が学長中心に集権的に行われるため伝統的大学の自治（=教授会）のしくみが形骸化する危険性がある点を指摘した。また従来为国大法の制定による国の施設機関から「法人化」への移行に伴って、国（文部科学大臣）と法人との「法律上の関係」の不明、および国大法人の財政的基盤・自治の弱さなど、さまざまな課題を明らかにした。従来为国の施設機関から法人化への移行に伴うさまざまな課題を残すことを明らかにした。

3 本書のうち、新規書き下ろし論文（第1章・第2章）をはじめとして、第7章・第8章を除く既発表の論文（第3章～第6章）はいずれもドイツ法を「参考」、あるいは「ドイツ法からの示唆」という表現でドイツ憲法・法律・学説・判例を紹介・検討にした比較研究であり、また「疾風どとう」の時期・1989年8月からのドイツ・コンスタンツ大学への留学を起点とする、その後の数度にわたるドイツ訪問による研究・調査の「成果」の一部である。その際コンスタンツ大学での指導教授であったヴィンフリート・ブローム教授（Winfried Brohm）（1932-2012年）には、公私にわたり家族ともども大変親密なお世話をうけた。ブローム教授は「行政の現代的課題と行政法ドグマティーク」という国法学会報告（1971年）や『都市計画法の比較研究』（大橋洋一教授との共著）でわが国にもよく知られ、また大変な親日家でもあった。ここに記してブローム教授・奥様に対して衷心よりお礼を申し上げるとともに、教授のご逝去に対して、温和でかつ謹厳な教授のお姿を偲びつつご冥福をお祈りする次第である。

本書の各論文については、前著『ドイツ公権理論の展開と課題』（法律文化社）と同様に、九州大学名誉教授である手島孝先生には研究会、またはご著作を通

じて親密なご指導をたまわった。手島先生はここ数年体調をこわされ、いまは自宅静養に専念されておられるが、先生のご回復の一日も早からんことを祈るばかりである。

本書は前述のように、1993年の手島先生還暦祝賀論集所収の論文（第6章）をはじめ、ここ数十年におよぶ期間に発表・公刊された論文から成り立っており、その間の法令の改廃、判例・学説の展開については、必ずしも十分にフォローができていないわけではない。ただ、可能なかぎり各論文の水準を高め「整合性」をはかるべく適宜加筆・補正した箇所があり、そのため「ちぐはぐさ」が目立つ箇所が残っていることをお断りしておきたい。今回の出版企画に当たり、既発表の論文や草稿における手書きの加筆補正部分を正確に入力するという、大変面倒な仕事をしてくださった岩橋浩文氏（熊本学園大学准教授）のご協力に対して心より感謝するものである。

本書の出版自体は2017年3月、法律文化社社長田藤純子氏と相談したことからスタートした。この間、著者の無理難題な、さまざまな要求に対して誠実にかつ迅速に対応していただいた法律文化社の編集部員・上田哲平氏には原稿・加筆修正内容等についても貴重なアドバイスを受けた。ここに記して社・氏に対して衷心よりあらためて感謝する次第である。

こうして半世紀に及ぶ（大学での）教員生活を終える「定年・退職」に当たり、積年の課題であった行政法理論（総論）と憲法に関するモノグラフィーを出版することができて、感慨深いものがある。「学んで然る後にその不足を知る」という諺があるが、あらためて「不足」部分の多さを実感するところである。この間、変わらず物心両面にわたり支援・協力していただいた友人や妻・家族にもお礼の言葉を述べておきたい。

2018年4月 宮崎市は桜ヶ丘の自宅書斎にて

中川 義朗