

H.ケルゼンの「実体」と「力」思想を軸にした日本行政法学における公定力概念の考察

法学部法政学科 4 年

氏名 羽磨達也

指導教員 足立英彦

(2010 年 1 月 22 日提出)

## 目次

はじめに

### 第1章 H.ケルゼンの法理論

第1節 強制秩序としての法

第2節 妥当性と実効性

第3節 拘束・規範

第4節 規範・「べし」

第5節 法の規範科学

第6節 実体の排除 (1) 違法行為

第7節 実体の排除 (2) 法的義務

第8節 実体の排除 (3) 法的責任

第9節 実体の排除 (4) 法的権利

第10節 実体の排除 (5) 法的人格

第11節 実体の排除 (6) 法人

第12節 実体の排除 (7) 国家

### 第2章 日本行政法学における公定力理論の変遷

第1節 行政法学における公定力概念の導入

第2節 公定力概念の継受と定着

第3節 公定力概念への批判の登場

第4節 公定力概念そのものへの懐疑

第5節 現在の学説の状況

### 第3章 結び

## 論文要旨

わが国の行政法学では、行政行為の効力を論ずる際に「公定力」という概念が用いられる（用いられた）。この概念は日本の行政法学に特有のものであり、明治時代に美濃部達吉によって作り出され、田中二郎らによって定式化されて戦後の行政法学に欠かせない概念として判例・学説において使われるようになった。

しかし、戦後の行政法学を長く支配したこの「公定力」なる概念は現在の行政法学ではその存在意義を失いつつある。現在使用されている代表的な教科書を見回しても、行政行為の効力を論ずるくだりにおいて「公定力」という項目を立てないものや、真っ向からこの概念の存在意義を否定するもの、またこれを論ずる場合でも、「公定力」が歴史的に用いられてきた概念であることを強調し、いわば括弧付きで言及するもの、などが主流になっている。

行政法学におけるこの公定力観の変遷は一言でいうと、行政に備わった実体的な「力」として公定力をとらえる公定力観から、手続法の用意する制度によって事実上生じる効果の総体に説明の便宜として名前を付け、これを「公定力」と呼ぶにすぎない、という公定力観への変遷である。

ところで、このように法学から「実体」を排除し、法的概念のすべてを強制手続のとの関連においてとらえ直そうとした法哲学者がハンス・ケルゼンであった。ケルゼンの法思想は昭和のはじめに横田喜三郎などの学者によって日本に紹介されたのをきっかけに、日本の法学に強く影響を及ぼしてきた。本稿では、このケルゼンの思想を足がかりにして行政法学における公定力観の変遷を考察したい。第1章ではまず、ケルゼンの法理論をケルゼン『法と国家の一般理論』に沿って紹介し、第2章では、日本の行政法学における公定力概念の変遷を、「実体」と「力」の排除という思想を軸に考察する。

なお、本稿はケルゼンの「法律学からの実体化された概念の排除」という思想に着目するものであって、「ケルゼンの行政行為論」を論じるものではない。ケルゼンの行政行為論は早くから論争の種となり、しばしば批判の対象とされてきたが、本稿ではこれについて触れることはない。

はじめに

わが国の行政法学では、行政行為の効力を論ずる際に「公定力」という概念が用いられる（用いられた）。この概念は日本の行政法学に特有のものであり、明治時代に美濃部達吉によって作り出され、田中二郎らによって定式化されて戦後の行政法学に欠かせない概念として判例・学説において使われるようになった。

しかし、戦後の行政法学を長く支配したこの「公定力」なる概念は現在の行政法学ではその存在意義を失いつつある。現在使用されている代表的な教科書を見回しても、行政行為の効力を論ずるくだりにおいて「公定力」という項目を立てないもの<sup>1</sup>や、真っ向からこの概念の存在意義を否定するもの<sup>2</sup>、またこれを論ずる場合でも、「公定力」が歴史的に用いられてきた概念であることを強調し、いわば括弧付きで言及するもの、などが主流になっている。

行政法学におけるこの公定力観の変遷は一言でいうと、行政に備わった実体的な「力」として公定力をとらえる公定力観から、手続法の用意する制度によって事実上生じる効果の総体に説明の便宜として名前を付け、これを「公定力」と呼ぶにすぎない、という公定力観への変遷である。

ところで、このように法学から「実体」を排除し、法的概念のすべてを強制手続のとの関連においてとらえ直そうとした法哲学者がハンス・ケルゼンであった。ケルゼンの法思想は昭和のはじめに横田喜三郎などの学者によって日本に紹介されたのをきっかけに、日本の法学に強く影響を及ぼしてきた。本稿では、このケルゼンの思想を足がかりにして行政法学における公定力観の変遷を考察したい。第1章ではまず、ケルゼンの法理論をケルゼン『法と国家の一般理論』に沿って紹介し、第2章では、日本の行政法学における公定力概念の変遷を、「実体」と「力」の排除という思想を軸に考察する。

なお、本稿はケルゼンの「法律学からの実体化された概念の排除」という思想に着目するものであって、「ケルゼンの行政行為論」を論じるものではない。ケルゼンの行政行為論は早くから論争の種となり、しばしば批判の対象とされてきた<sup>3</sup>が、本稿ではこれについて触れることはない。

## 第1章 H.ケルゼンの法理論

ケルゼンは自らの法理論を「純粋法学」と名付ける。純粋法学の目的は法学からあらゆる種類のイデオロギーを排除することであり、そのための方針の一つとして、法学における「実体化されたもの」を徹底的に排除しようとする。ケルゼンは、法学における権利・権利主体・人格・団体・国家などの概念は「実体化されたもの」であり、これらの概念を法学において用いることによって、法学に持ち込まれたイデオロギーが隠蔽される、と考えた。そして「科学としての法学」を志向するケルゼンは、法学において用いられる法的概念のすべてを「～の場合、～がなされるべきである」という形式の命題に還元して捉えなおすことによって、これらの概念の「実体化」を排除することを試みる。

<sup>1</sup> たとえば宇賀克也『行政法概説（1）行政法総論 第3版』

<sup>2</sup> たとえば大浜啓吉『行政法総論 新版』

<sup>3</sup> たとえば田上穰治『行政法原論』、p.50

中山竜一によれば、ケルゼンにおける「実体の排除」の思想は同時代の物理学者E.マッハの唯名論の影響であり、法命題と呼ばれるこの「～の場合、～がなされるべきである」という形式の命題こそが、マッハの理論における「感覚与件」に対応するものであるという。(本稿では、中山にならって「唯名論」という語を、次のような意味で用いる。つまり、誰もがその実在を疑わないような事柄も、実は個別かつ具体的な要素の集合に過ぎず、そうした事柄は便宜や習慣によってひとまとめの名前で呼ばれているに過ぎない、と考えるような、そうした思考のスタイル<sup>4</sup>、という意味である。)

マッハは物理学における「力」や「物体」といった概念は、音・熱・光などの感覚の束につけられた名前に過ぎないと考え、物理学からこれらの概念を実体として捉える思考を排除することを主張する。権利や国家といった、法学において実体として扱われている概念を独自の「法命題」に還元することによって排除するケルゼンの法理論は、「実在を「感覚の束」に分解してしまうマッハ主義的な企てを法学において遂行しようとするもの」<sup>5</sup>なのである。第1章では、まずはこのようなケルゼンの考えを前期のケルゼン思想の集大成といえる『法と国家の一般理論』にそって簡単に見ておきたい。

## 第1節 強制秩序としての法

ケルゼンは社会というものを、その社会に属する人々にとって有害な行動を抑止させるためのもの(また、有益な行動を行わせるためのもの)として捉える。

「すべての社会の役目は、人間たちの一定の相互的行動をもたらすこと、彼らに、なんらかの理由で社会に有害とみなされる一定の行動を抑止させ、なんらかの理由で社会に有用と考えられる他の一定の行動を行わせることである。」<sup>6</sup>

そしてこの有害な行動を抑止するために、ある一定の行動に一定の制裁(sanction)を結びつける方法を用いるということが、およそ「法」と呼ばれるものに共通の特徴であるとされる。たとえば道徳や宗教は、法と同じく、殺人という社会にとって有害と考えられる行動を抑止しようとするが、これらは殺人という行動をなしてはならない、とただ要求することによってこれを抑止しようとする。これに対して法は、殺人という行動に一定の制裁、たとえば懲役や死刑を結びつけることによってこの「有害な行動を抑止する」という目的を達成する。この意味で、法の本質的要素は強制にある、とされる。

## 第2節 妥当性と実効性

ここで「法の本質は強制である」と言う場合に注意されなくてはならないのは、この「強制」とは、ある一定の行動に対して一定の制裁が規定されていることだけを指し、これによって実際に人々が心理的に「強制」を感じるかどうかは関係がない、ということである。

法によってある一定の行動に制裁が結び付けられていることをケルゼンは、法が「妥当している」と呼び、これによって人々が実際に心理的に「強制」を感じ、この行動を行わ

<sup>4</sup> 中山竜一『二十世紀の法思想』、pp.4-5

<sup>5</sup> 同所

<sup>6</sup> H.ケルゼン『法と国家の一般理論』(尾吹善人訳、木鐸社、1991年)、p.58

なくなる場合、この法を「実効的である」呼ぶ。法の属性として、法学が考察しなければならないのは、前者の「妥当性」だけであって、後者の「実効性」は社会学の考察対象である。

「妥当性は法の属性であるが、いわゆる実効性は人びとの現実の行動の属性であって、一見用語法が示唆するように、法そのものの属性ではない。法が実効的であるとの言明は、人びとの現実の行動が法規範と一致するという意味でしかない。だから、妥当性と実効性はまったく別な現象に言及する。」<sup>7</sup>

### 第3節 拘束・規範

前節では、「法が一定の行動に一定の制裁を結び付けていること」を「法が妥当している」と呼ぶことを明らかにした。では、法はいったいどのような場合に妥当することができるのだろうか。ケルゼンはこれに対して、法は、この法を表明する者がこの法を表明することを「授権」されている場合に、妥当すると答える。このことを、ケルゼンは「拘束的」という特殊な用語を使って表現する。ある法が、それを発することを授権されている者によって発せられた場合、この法は「拘束的である」と表現されるのである。

また、前節で述べたように、法が妥当していることは法が実効的であることとは無関係であるのだから、権限のある者によって発せられた法は、あまり従われない、つまり実効的でなくても、授権がなされてさえいれば、「拘束的」である。

「おとなが子供に何かをするように指図する場合、いかにおとなの力が大きく優り、いかにもその指令の形が命令形であろうとも、これは拘束的命令の事例ではない。だが、もしその大人がその子供の父親または先生であれば、その命令は子供に対して拘束的である。命令が拘束的か否かは、命令する個人がその命令を発するべく「授権」されているかどうかによって依存する。もし彼が授権されておれば、彼の意思の表明は、命令する個人がいかなる優越的な力ももたず、その表明が命令形を欠くとしても、拘束的である。」<sup>8</sup>

### 第4節 規範・「べし」

一定の行動に一定の制裁を結びつける規則が、権限ある者によって発せられた場合、この規則は「規範」と呼ばれる。規則が「規範」となる条件と、前節で述べた「拘束的」である条件は同じであり、これは法が「妥当である」条件とも重なるので、この3つの用語は同じ事態を別の観点から表現したものである。

「妥当性」という語で、われわれは規範の特殊な存在を意味する。ある規範が妥当するということは、われわれがその存在を想定するということであり、あるいは——同じことだが——その規範が、それにより行動を規律される者にとって、「拘束力」をもつということである。法の規則は、もし妥当するなら規範である。」<sup>9</sup>

<sup>7</sup> H.ケルゼン『法と国家の一般理論』、p.93

<sup>8</sup> 同、p.81

<sup>9</sup> 同、p.80

規範は一定の行動に一定の制裁を結びつけるのであるが、その際に規範はこの行動と結果の結びつきを、「べし」という表現を用いることによって表明する。たとえば、「人を殺した者には、懲役が科されるべきである」というように。

この「べし (sollen)」という表現は、ケルゼンの用語の中でももっとも特殊なものである。この「べし」について、ケルゼンの初期の著作では多くの論述が割かれている<sup>10</sup>が、『純粹法学』や『法と国家の一般理論』などの代表的な著作においては、いわば所与のものとして記述されており、それが「～がある」という、事実を述べる言明ではない、ということが述べられるにとどまっている。

「この「べし」は、人間行動が規範によって規定される特殊な意味を端的に表現する。この意味を記述するためにわれわれにできるのは、それは、ある個人が現実に関与する一定の仕方で行動する、あることが現実に関与する存在するとわれわれが言う場合の意味とは違ったものだと述べることだけである。あることが起こるべきだとの言明は、ある規範の存在と内容についての言明で、自然的実在、すなわち自然における現実の事象に関する言明ではない。」<sup>11</sup>

## 第5節 法の規範科学

ケルゼンは立法者の定めた規範だけ、つまり一定の行動と一定の制裁を「べし」によって結びつける規則だけを純粹に記述する学問を提唱し、これを「法の規範科学」と呼ぶ。立法者が定める規範は、必ずしも一定の行動と一定の制裁を結びつける形式で定められてはいないし、この結びつきも多くの場合「べし」として表現されてはいない。そこで法の規範科学は、これらを規範の形式、つまり一定の行動と一定の制裁を「べし」によって結びつける形式の言明に記述しなおすのである。

「ある共同体の法、すなわち、立法過程で法権威によって生み出される素材を、「もしかくかくの条件が充たされるなら、かくかくのサンクションが伴うべきである」という趣旨の諸言明の形で表現することが法の科学の任務である。」<sup>12</sup>

たとえば、殺人を処罰する日本の刑法 199 条は「人を殺したものは、死刑または無期懲役に処する」と定めている。この条文は「人を殺したもの」と「死刑または無期懲役」を結びつけているが、実は刑法全体を見ると「人を殺したもの」という条件節には、さらに無数の条件が付されていることがわかる。たとえば刑法 1 条「この法律は、日本国内において罪を犯したすべての者に適用する」は、199 条の「人を殺した者」に、「日本国内」というさらなる条件を付しているのであるから、法の規範科学はこれを合わせて記述して、「日本国内において人を殺したすべての者には、死刑または無期懲役が科されるべきである」と記述することになるだろう。

## 第6節 実体の排除 (1) 違法行為

<sup>10</sup> H.ケルゼン「法的方法と社会学的方法の差異について」『法学論』(森田寛二訳、木鐸社、1977年)など

<sup>11</sup> H.ケルゼン『法と国家の一般理論』、p.88

<sup>12</sup> 同、p.101

さて、以上にみてきたのがケルゼンの法学の方法であるが、この方法を使って法の分析を行うと、いったいどのような効用が得られるのだろうか。それは、法学でそれまで使われてきた概念をすべてこの「一定の行動に一定の制裁を結びつける言明」（ケルゼンは、法の規範科学によるこの言明を「法命題」と名付ける）に還元して捉えなおすことによって、既存の法学が囚われているイデオロギーを明らかにすることができる、という効用である。以下、その実践を順に見てみよう。

まずケルゼンは、法学において「違法行為」と呼ばれる禁止された行為を、法によって禁止される以前からの「本来的悪事 (mala in se)」と、法によって政策的に禁じられているにすぎない「禁止された悪事 (mala prohibita)」とに区別する思考を、非科学的な自然法論であるとして非難する。ケルゼンの方法論からは、「違法行為」とは、ただ法規範によって制裁の条件とされる行為を指す語として定義され、それ以上の意味もそれ以下の意味も持たない。

「違法行為とは法規範によってサンクションが結び付けられる条件である。ある人間行為は、法秩序がこの行為に、一条件として、帰結としてのあるサンクションを結びつけるから、違法行為なのである。(略) ある種の人間行動は違法行為だから法的サンクションを招くのだというふつうの考え方は、正確ではない。サンクションを招くから、それが違法行為なのである。」<sup>13</sup>

#### 第7節 実体の排除 (2) 法的義務

権利と義務は多くの場合に、実体化されて、すなわち法が存在する以前にすでに人々に備わっているものとして捉えられる。しかし、ケルゼンの方法論によってこれを法命題に還元して捉えなおせば、「法的に義務付けられた行動」とは「制裁の条件と反対の行動」、つまり「その行動を行えば制裁を回避することができるような行動」という意味にすぎない。また「法的に義務付けられた人」とは、制裁の条件となる行動の主体となることができる人、つまり「潜在的違法行為者」を指すことになる。

「かくして、一定の行動に義務付けられるということは、その反対の行動が違法行為であり、かかるものとして、法規範によって規定されたサンクションの条件であるという意味である。ゆえに、法的に義務づけられるということは違法行為の潜在的主体、潜在的違法行為者であることを意味する。」<sup>14</sup>

#### 第8節 実体の排除 (3) 法的責任

「法的責任」という語もまた、法命題に還元して捉え直すことによって、しばしばなされる実体化を免れることができる。この観点からは、ある人が「法的に責任を負う」という表現は、その人が制裁の対象となっている、ということの意味するにすぎない。

「人が一定の行動について法的に責任を負う、またはそれにつき法的責任を負担するということは、彼が反対の行動のさいサンクションを負担するということの意味す

<sup>13</sup> H.ケルゼン『法と国家の一般理論』、p.109

<sup>14</sup> 同、p.120



る。」<sup>15</sup>

多くの場合には、法的に責任を負う人、つまり制裁の対象となっている人は、同時に義務を負っている、つまり制裁の条件となる行動の主体である。しかし、たとえば「子どもが窃盗をした場合には、その親に罰金が科されるべし」というような規範があった場合には、義務と責任は分離しており、責任は親が、義務は子供が負っているといえる。

#### 第9節 実体の排除 (4) 法的権利

「法的権利」については、すこし複雑な構成になる。「ある人に法的権利がある」という表現は、法命題に還元して捉えられた場合、「制裁の条件の1つに、その人による制裁発動を求める意思の表明が加えられていること」を意味する。これはつまり、義務を負う人の一定の行動があっただけでは制裁が執行されず、他の誰かある人が「制裁を執行したい」という意思表示をして初めて制裁が執行されるような、そのような状況のことである。たとえば、「契約の不履行があり、かつ債権者の執行を求める意思表示が裁判所になされた場合、契約の強制執行が行われるべきである」というような規範が存在する場合、この債権者には「権利がある」ということができる。

「かくして、権利とは、サンクションが執行されるためにはその旨の意志を表明しなければならない個人との関係における法規範である。権利の主体は、サンクションに向けられるその意志の表示が、すなわち、その出訴がサンクションの一条件であるような個人である。」<sup>16</sup>

#### 第10節 実体の排除 (5) 法的人格

さて、ケルゼンは次に「法的人格」について論じているが、この章の冒頭に「実体と属性」というタイトルがつけられた短い一節がおかれている。本稿の観点からは、この一節はもっとも重要な部分であるので、少し長くなるが、詳しく見ておきたい。

「法学的思考は、一定の人間行為または不作為が義務または権利の内容を成すという洞察だけでは満足しない。何か義務や権利を「もつ」ものが存在しなくてはならない。この思想には、人間の思考のある一般的傾向が表れている。経験的に観察できるいろいろな属性もまた、ある対象ないし実体の属性と解釈され、文法的には、それらの属性がある主語の述語として表現される。この実体は新たに加わるものではない。それを表す文法的な主語は、いろいろな属性が一つのまとまりを成すという事実のシンボルにすぎない。木の葉は——緑色、なめらか、丸い、などなどの——すべての属性に加わる新たな実体ではなく、それらの属性の包括的な統一体にすぎない。ふつうの考え方では、言語の形式に規定されて、実体が「その」いろいろな属性から独立の存在をもつ一つの別個な存在にされてしまう。」<sup>17</sup>

ここでケルゼンは法学における「実体」を、文法における「主語」と関連させて論じて

<sup>15</sup> H.ケルゼン『法と国家の一般理論』、p.129

<sup>16</sup> 同、p.154

<sup>17</sup> 同、p.169

いる。日本語においては主語はしばしば省略されるが、英語やドイツ語の平叙文ではどんな文にも必ず主語がおかれる。たとえば緑色をした木の葉は、「The leaf is green.」と表現されるかもしれない。さらに、この葉が丸いならば、「The leaf is round.」と表現され、同様にいくらかでもこの木の葉の属性を記述していくことができるだろう。しかしここで、「緑色でない The leaf」、「丸くない The leaf」のように、この「主語＝The leaf」の属性をひとつひとつ取り除くことを想定してみよう。すると、すべての属性を取り除いたとき、そこには、すべての属性を取り除かれてもなお残る「主語＝The leaf」なるものが想定されていることがわかる。

この、一切の属性を持たない「主語＝The leaf」こそが、人間の思考が必然的に想定してしまう「実体」なのである。ケルゼンは、このように認識の対象を「一切の属性を持たない実体と、この実体が持つ数々の属性」に二重化して捉える思考を、原始的・神話的アニミズム思考である、とする。

「知識の対象のこうした二重化は、アニミズムと呼ばれる原始的な神話的思考の特色である。自然のアニミスティックな解釈によれば、感覚世界のすべての対象はその対象の主人である目に見えぬ精霊のすみかと信ぜられる。その主人は、実体とその諸属性を、文法上の主語がその述語をもつと同様なしかたで「もつ」のである。」

18

ケルゼンは、法学において、法的権利や法的義務の「主体」として「法的人格」を想定する思考はこのようなアニミズム的思考であると考え、これを非難する。法律学を純粋な科学に高めるためには、文法上の主語をその数々の属性の統一点にすぎないと解するよう、「法的人格」もまた、諸々の権利と義務のたんなる帰属点として理解されなければならない。

「こうして、(アニミズム的思考においては) 通常理解される法的人格も同じ意味でそのもろもろの法的権利と義務を「もつ」。法的人格とは、法的実体であって、それにいろいろな義務とか権利が法的属性として属するのである。義務と権利を「人がもつ」という観念は、実体と属性の観念を包含している。

しかし、実際には法的人格は、「その」義務や権利と並ぶ別個な実在ではなく、それらの権利や義務の人格化された統一体、あるいは——義務および権利は法規範なのだから—— 一組の法規範の人格化された統一体にすぎない。」<sup>19</sup>

このようなケルゼンの発想は、たしかにE.マッハの思想に似ている。ケルゼンが学んだウィーン大学で、その同時期に教鞭をとっていたマッハは、物理学から、感覚として現れる音や熱・光の背後に実体としての「物体」を想定する思考を排除することを主張した。<sup>20</sup>19

<sup>18</sup> H.ケルゼン『法と国家の一般理論』、pp.169-170

<sup>19</sup> 同、p.170、括弧内引用者

<sup>20</sup> 「物体が感覚を産出するのではなく、要素複合体（感覚複合体）が物体をかたちづくるのである。物理学者にとっては物体が、持続的なもの、現実的なものであるように見え、これにひきかえ、「要素」はこの物体の流動的なはかない仮象であるように見えるので、「物体」はすべて要素複合体（感覚複合体）に対する思想上の記号にすぎないということを物理学者は考慮しない。」E.マッハ『感覚の分析』、p.23

世紀末のウィーンの知的文化を形成したマッハの思想が、ケルゼンに影響を与えていることは間違いないだろう。

#### 第11節 実体の排除 (6) 法人

ケルゼンの観点からは法的人格、つまり法学における「自然人」とは、法規範以前に存在する実体なのではなく、法規範によって作り出される権利と義務の帰属点にすぎない。そうであれば、必然的に「自然人」といわゆる「法人」の差は解消してしまう。なぜなら、どちらも、権利と義務の帰属点として法学的思考が作り出したものにすぎないのであり、いわばどちらも「法人」であると言えるからである。

「もし、いわゆる自然人が一つの法人であるなら、自然人と、ふつうそれだけが「法人」と考えられるものとの間には本質的な差異はありえない。」<sup>21</sup>

そしてケルゼンは、人間の集団に法人格が与えられたいわゆる「社団」を、権利と義務のたんなる帰属点を越えた一つの「実体」とみなす思考を激しく批判する。

「社団が実在の意志をそなえた実在であるという観念は、原始人をして自然の事物に「靈魂」を付与せしめるに至ったアニミスティックな信念と同じレベルのものである。アニミズム同様、この法学理論はその対象を二重化する。諸個人の行動を規律する秩序が人格化され、次いでこの人格化が諸個人とは区別されるが、なおなんらかの神秘的な方法で諸個人から「形成される」新たな存在とみなされる。(略)かくして、その秩序は実体化される——すなわち、その秩序は一つの実体と化され、この実体が別個のもの、その秩序およびそれが行動を規律するところの人間達とは区別される存在とみなされるのである。」<sup>22</sup>

#### 第12節 実体の排除 (7) 国家

すべての法的概念を法命題に還元するケルゼンの思考は、最終的に、「国家」の実体化を解体する。この観点から見れば、国家とは前節の「社団」の大きな一種にすぎない。

「国家が純粋に法学的な見地から論じられる場合には、状況はより単純なものに見える。この場合、国家はもっぱら一つの法現象として、法人として、つまり社団としてのみ考慮される。だから、その性質は、原理的に、われわれの前述の社団の定義によって規定される。」<sup>23</sup>

この見地からケルゼンは、法学において「団体の意志」や「国家の意志」を実在として扱う学説を「原始的」思考であるとして非難し、この思考が法学に持ち込まれたイデオロギーを隠蔽するために使われていることを指摘する。

「国家の意志を一つの心理学的または社会学的実在だというのは、一つの抽象を一つの力に実体化すること、すなわち、諸個人の間で規範的關係に実体的または人格的性

<sup>21</sup> H.ケルゼン『法と国家の一般理論』、p.173

<sup>22</sup> 同、pp.189-190

<sup>23</sup> 同、p.291

格を帰せしめることである。これは、前に指摘したように、原始的思考の典型的な傾向であり、そして政治的思考は、相当な程度まで原始的性格をおびているのである。超一個人的な、つまり超人間的な存在の意志を実体化するこの傾向は、まがう方ないイデオロギー的目的をもっている。」<sup>24</sup>

ここでケルゼンの批判の対象となっているような思想は、先取りして言えば、後述の美濃部達吉の思想そのものである。次章では、この美濃部の思想と、美濃部によって生み出された「行政行為の公定力」なる概念の歴史を考察していく。

## 第2章 日本行政法学における公定力理論の変遷

第1章では、ケルゼンの法理論がいかにして法学から「実体化されたもの」を排除しようとするのかをみてきた。本章では、第1章でみたケルゼンの思想を軸に、日本の行政法学において実体化された「公定力」の概念が唯名論的に変化していく過程を考察する。

まず本論に入る前に、「行政行為の公定力」が論じられる際にならざる引用される、田中二郎『新版行政法 上巻』の定義をみておこう。

「(行政行為の公定力とは、) 違法の行政行為も、当然無効の場合は別として、正当な権限を有する機関による取消のあるまでは、一応、適法の推定を受け、相手方はもちろん、第三者も、他の国家機関もその行政行為の効力を無視することができない効力をいう。」<sup>25</sup>

これは要するに、行政の行う法律行為(行政行為)は「公定力」なる力を有しているので、この力の効果によって私人は拘束され、行政裁判所による取消訴訟の手続きを用いなければこの行政行為の効果を否定することができない、ということである。これは、私人による私法上の法律行為であれば、その成立の瑕疵を誰でも(通常の司法裁判所でも、私人間の法律行為においても)主張でき、無効な法律行為として扱えるのが原則であることと異なるのであり、まさにこのことによって「行政行為」が特徴付けられている。

仲野武志によれば、公定力の概念の変遷は2つの時代に区分することができる。第一の時代は、公定力の概念が美濃部達吉によって導入され、また判例・学説によってこの概念が肥大していく昭和30年代末までの時代であり、第二は肥大した公定力概念が分析・純化され、「法実証主義的な基礎付け」が試みられる、現在に至る「再純化の時代」である<sup>26</sup>。以下では、明治・昭和期の美濃部による導入から、順を追って見ていこう。

### 第1節 行政法学における公定力概念の導入

#### 1.1 美濃部達吉による導入

「公定力」という概念を作り出したのは美濃部達吉である。美濃部は明治42年に刊行された『日本行政法 第一巻』(有斐閣、明治42年)において初めてこの語を用いた。宮崎

<sup>24</sup> H.ケルゼン『法と国家の一般理論』、pp.296-297

<sup>25</sup> 田中二郎『新版行政法 上巻』全訂第二版、p.133

<sup>26</sup> 仲野武志『公権力の行使概念の研究』、p.15

良夫によれば、美濃部はオットー・マイヤーの著書『独逸行政法』（東京法学院、明治 36 年）の翻訳を通じて司法裁判所の審査権に関するマイヤーの理論を学び、独自の「公定力」概念の着想を得たようである（マイヤーにおいてはこのような概念は使われていない）<sup>27</sup>。もっとも、『日本行政法 第一巻』では公定力という語こそみられるものの、その意味は明確ではない。美濃部によるこの語の明確な規定は、昭和 11 年の『日本行政法 上巻』を待つことになる。『日本行政法 上巻』で美濃部はこう述べる。

「行政行為の公定力（Rechtskraft）とは、特にこれに対し争訟を提起し又はこれを取り消し得べき権能を有する者がこれを争ひ又はこれを取り消す外には、何人も其の効力を否定し得ない力を謂ふ。それは前に述べた意義に於いての拘束力とは区別すべきもので、拘束力とは一定の法律的效果を生ずる力を謂ひ、其の力は其の効果を受くる者に対して生ずるのであるが、公定力とは此の如き拘束力あることの承認を強要する力で、それは総ての官庁及び人民に対して生ずるものである。」<sup>28</sup>

以上のように公定力を定義した後、美濃部は続けて、行政には実体法や手続法とは無関係に当然にこの公定力なる抽象的な「力」が備わっており、すべての人民はこの「力」に従う「義務を負う」という考えを明らかにしている。

「例へばある人が議員として当選し当選人として決定せられ、これに対して承諾を爲せば、其の人が議員であることは公定力を以つて決せられたもので、何人もこれを正当に議員となつた者として承認せねばならぬ。」<sup>29</sup>

「凡て行政行為は此の如き意義に於いての公定力を有するもので、争訟の提起に拠るか又は正当な取消の権限を有する行政庁がこれを取消すことの外には、総ての者が其の効力を承認せねばならぬ義務を負ふものである。」<sup>30</sup>

そしてさらにこの力の効果により、行政に自力執行が認められていることや、取消訴訟が提起されても強制執行を停止する必要がないこと、行政行為の違法性の立証責任が原告に負わされることが正当化される。

この美濃部の理論をケルゼン的な観点から眺めれば、この実体的な「力」概念およびその背後にある実体的な国家の概念が、法学に持ち込まれた国家イデオロギーを隠蔽するものであることは明らかである。実際に美濃部は同時期に公刊された、自身の法哲学を明らかにする一連の著作において国家の实在性を主張し、国家の实在をイデオロギーとして批判するケルゼンの理論を激しく攻撃している。次にそれを見ていこう。

## 1.2 美濃部達吉とケルゼン

美濃部は昭和 10 年に『美濃部達吉論文集』の第 3 巻として『ケルゼン学説の批判』を公刊した。昭和 10 年という年は、貴族院議員であった美濃部が国会でその学説を批判され、

<sup>27</sup> 宮崎良夫『行政争訟と行政法学 増補版』、p209

<sup>28</sup> 美濃部達吉『日本行政法 上巻』、p.257

<sup>29</sup> 美濃部達吉『日本行政法 上巻』、pp.257-258

<sup>30</sup> 同、p.258

同時に不敬罪により告訴されるいわゆる「天皇機関説事件」<sup>31</sup>の只中であった。『ケルゼン学説の批判』はこの年の7月に公刊されているが、本書もこの騒動に巻き込まれ同年4月に発売禁止処分を受けた『美濃部達吉論文集』第1巻と同様に翌年4月に発売禁止処分を受けている。

『ケルゼン学説の批判』で美濃部は、ケルゼンの理論を「法律学の本質を誤り、これをして殆ど学問上の価値なき概念遊戯たらしむるもの」とし、「此の派の学説が我が学会に於いて少なからず共鳴者を出だして居るのを以って、我が法律学の為に甚だ遺憾とするものである。」と述べる。美濃部によるケルゼン批判をまとめると、以下のようなものである。

- ① ケルゼンの法学は「法がなぜ法であるのか」に答えることのできない空虚な理論であるが、法律学はこの問いに答えられるものでなければならない。
- ② 法が法である所以は、社会の人々の心の中に「法は守らなければならない」という心理があり、この心理が「社会心理力（社会力）」という力となって法に「規律力」を与えることによる。
- ③ この「社会心理力」は抽象的な概念ではなく「実際の社会現象」である。ケルゼンの法学は現実の社会を研究の対象から排除するが、法学は社会心理力を研究できなければならない、それゆえ実在を研究する学問でなければならない。

本稿の見地からは、②の論が非常に興味深い。美濃部の理論には「社会力」「社会心理力」「規律力」「法が法たる力」「支配力」といった実にさまざまな「力」が登場する。詳しく見てみよう。

美濃部は「法が何を定めているのか」を法の内容と呼び、「法がなぜ法であるのか」を法の実体と呼ぶ。美濃部が法の実体と呼ぶものをケルゼンは「根本規範」という概念によって法律学の研究の対象外とするのであるが、美濃部はこれを批判する。

「法の実体如何の問題を放棄して、如何にして法と法に非ざるものとを区別できようか。法の実体如何は法律学の全体を通ずる根本問題たるべきで、之を外にして如何にして法律学が成立することが出来ようか。之を度外視することは、法律学の自滅である。」<sup>32</sup>

そして美濃部自身は、この「法がなぜ法であるのか」という問いに「社会心理力」なる力をもって答える。美濃部によれば、法が法であるのはそれが「法としての効力」を有すること（*gelten* すること）によるが、この効力を持つためにはこれに何らかの「力」を与える根拠が必要である。

「法の本質はその法として*gelten*することに在る。*Geltung*が法の本質を為すもので、*gelten*しないものは法ではあり得ない。而して法の*Geltung*とは、法としての効力を有することを意味する。法としての効力を有することは、果して何に依って之を知るこ

<sup>31</sup> 天皇機関説事件については、宮沢俊義『天皇機関説事件 上巻』（有斐閣、1970年）を参照。

<sup>32</sup> 美濃部達吉『ケルゼン学説の批判』、p.16

とが出来たであろうか。それは、法の「効力」といふ語自身に依って既に推察せられ得べきが如く、或る力を備ふることではなからぬ。」<sup>33</sup>

その根拠となる「或る力」こそ「社会心理力」であり、社会の多くの人々が「守らなければならない」と思考することによって生じる力が「人間の心理を支配する力」＝「規律力」を法に与えることで法は法となる、とされる。この社会心理の力は、法に限らず道徳や言語の法則にも同じ根拠を与えるものとされ、美濃部はそのような「力」をまとめて「社会力 (soziale Kraft)」と名付ける。

「要するに、法にせよ、道徳又は文法にせよ、凡て社会的規律としてgeltenするのは、社会人心を支配する力を有するが為であって、其の意味に於いてそれ等は何れも社会力 (soziale Kraft) であると謂い得る。」<sup>34</sup>

そしてこの社会力理論から、法・団体・国家の实在説が唱えられる。すなわち、社会心理によって認められるものは「客観的に存在する」とされるのである。この場合の「实在」とは、目に見え手に触れることのできる通常の「实在」とは異なると説明され、前者は後者の「純客観的存在」と区別されるが、美濃部の用法によれば、それでもなおどちらも「实在」の語によって説明されうる。

「法は社会心理の認むる規律である。法が其の本質に於いてseinの世界に属するものであると謂つても、全然人の主観を離れて、外界に於ける客観的存在を有し、五感を以って接触し得べき事物であると謂ふのではない。それは心理の産物であって、その意味に於いては、思想上の存在を有するに止まり、五感を以って接触すべきものではない。唯その心理は各個人に特有なものではなく、社会の一般人に共通な心理であり、社会の一般人が之を侵すべからざる規律であると認識することに依って、法たる力を有するのであるから、其の意味に於いて法が客観的存在を有するものと謂ひ得るのである。」<sup>35</sup>

国家もまた同様に、社会心理による「存立の基盤」を与えられることで、「实在」となる。

「国家として一体を為し国家として戦争を為すことは、眼にみゆる現象ではないけれども、それは社会の一般心理の認識するところであり、而してその意味に於いて实在の現象である。」<sup>36</sup>

このように2種類の「实在」を区別しながら、なおどちらも同じ「实在」であるといえる、という主張は理解しがたい。長尾龍一はこの理論の危うさを、「この思想からすれば、未開社会において、万人が自然現象の背後の精霊を信ずれば、これも社会心理上の实在だといわざるをえないであろう」<sup>37</sup>と批判する。美濃部の理論が「実に素朴なアニミズムとも見

<sup>33</sup> 美濃部達吉『ケルゼン学説の批判』、p.18

<sup>34</sup> 同、p.25

<sup>35</sup> 同、pp.61-62

<sup>36</sup> 同、p.66

<sup>37</sup> 長尾龍一「美濃部達吉のケルゼン論」、『ケルゼン研究 I』、p.307

まがうような実体論」<sup>38</sup>と言われ、「眼にも見えず手にも触れえない「社会心理」や「国家」という実体についての素朴实在論者」<sup>39</sup>という批判を受けることは避けられないであろう。

### 1.3 美濃部達吉と「力」

以上のような美濃部の法哲学を踏まえて、もう一度美濃部が「公定力」なる概念を作り出したことの意味を考えてみよう。

ここで注目すべきは、美濃部が着想を得た当のドイツにおいては、「公定力」という概念やそれに類似するような考え方はなされていないということである。ドイツにおいては、日本において公定力が問題となるような場面は行政行為の効力が問題となる場面ではなく、行政裁判所と司法裁判所の管轄権の分配の問題として処理されていた。要するにドイツでは、行政行為の効力について司法裁判所で争うことが出来ないのは、端的にそれが行政裁判所の管轄に属する事項であって司法裁判所には管轄権がないからである、と説明されたのである<sup>40</sup>。

しかし美濃部は、これを「公定力」なる力の存在を根拠として説明した。もちろん美濃部の学んだオットー・マイヤーのように「行政は自らの行為の適法性を自ら確認する」と考える(自己確認説)者もドイツにはいたし、美濃部も当然その影響を受けているのだが、マイヤーにしても、自力執行力や執行不停止と結びつけてこれらを正当化する包括的な「力」を想定していたわけではない。

公定力を説く美濃部の根底にあるのは、「行政行為は国家権力の行使であって私人の法律行為、権利主張行為とは本質的に異なる」という考えである。さらにこの考えの根底を追うならば、そこでは実体としての国家の想定と、そこからくる「国家は国家であるのだから、国家権力の行使には当然に特殊な力を持つ」という思想に行き着く。美濃部は公定力の根拠として「国家意思の優勝性」を論じる。

「行政法関係は、私法関係が会社法其の他の法人法並に親族法を除くの外、概して対等者相互の間関係であるに対して、不対等者間関係であることに其の特色がある。

(略) 公法関係に在っては、国家は優勝な意思の主体 (potentior persona) として人民に対するもので、其の間関係は不対等なる関係である。」<sup>41</sup>

「国家の意思が優勝な力を有することは、主として二点に現はれる。一は其の公定力であり、一は其の強制力である。」<sup>42</sup>

この「实在」としての国家とその「優勝な力」こそが美濃部の公定力理論の根底にあるものであり、「公定力」と言う概念を用いる場合必然的に含意されているイデオロギーに他ならないのである。

<sup>38</sup> 山下威士「ハンス・ケルゼンと日本の憲法学」、『公法研究 第44巻』、1982年、p.105

<sup>39</sup> 長尾龍一「美濃部達吉のケルゼン論」、『ケルゼン研究I』、p.310

<sup>40</sup> 参照：.宮崎良夫「行政行為の公定力」『行政争訟と行政法学 増補版』、pp.209-210

<sup>41</sup> 美濃部達吉『日本行政法 上巻』、p.84

<sup>42</sup> 同、p86



## 第2節 公定力概念の継受と定着

### 2.1 田上穰治と田中二郎

以上に見てきたように「力」概念を多用する実体化思考の美濃部によって生み出された公定力は、美濃部の指導を受けた田上穰治・田中二郎らに受け継がれて学説としての地位を固め、やがて戦後の通説として不動の地位を獲得することになる。

もっとも、公定力という語はすぐに受け入れられ、広まったというわけではなかった。むしろ、戦前においては「公定力」の語を使うのは田上と田中ぐらいであったといってもよい。昭和15年の田中の「行政行為の公定力に就いて」という論文では、「往来一般に右の公定力の語が用いられて居るわけではない。けれども行政行為が右に述べたような効力を持つことは、学説上一般に承認されて居るといってよい」<sup>43</sup>と述べられている。公定力の概念が広く受け入れられ、判例にも利用されるようになるのは戦後の昭和30年代以降のことである。

さて、田中と田上の公定力論を見てみると、昭和15年の上記論文の冒頭において田中は公定力について定義を与えている。

「違法なる行政行為は職権又は相手方の申請に基づく取消あるによつて始めてその効力を失はしめ得るのであつて、権限ある行政庁の取消あるまでは何人もこれを無視し得ないのが原則である。行政行為の持つこの効力を公定力と呼ぶことが出来よう。」<sup>44</sup>

続いて二件の判例を引用した後に

「右に述べたのは唯学説判例の一例に過ぎないが、これによつて、仮令行政行為の成立に瑕疵があつても、それが行政上の争訟の提起により又は職権により取消のなされるまでは、何人もその効力を否定するを得ず、総ての者がこれを承認すべき義務を負うことが知られ得るであろう。」<sup>45</sup>

と述べている。この「すべての者が行政行為を承認する義務を負う」という説明の仕方は先に見た美濃部の説明の仕方そのままであるが、田中においては美濃部のようにそれ以上の根拠について論じることはされておらず、その根拠は不明である。

このことから分かるように、美濃部の公定力理論を受け継いだ田上と田中であるが、そのうち美濃部的な公法観を明確に受け継いで展開したのは田上の方で、田中においてはどのような思想・根拠に基づいて公定力を根拠づけているのか明らかでない。田中の公定力観については、塩野宏の言葉を借りれば、「田中先生の公定力論が、必ずしも先験的な神秘的なものでないことは知り得るのであるが、しかし、田中先生自身においても、なお、公定力論それ自体の技術化(制度を技術的に深く吟味すること)が徹底していないことは、認められなければならないであろう。いいかえれば、公定力が実定法上認められることは、いわば、当然のことであつたので、あえてその制度的、実質的根拠をさぐることをされなかつたとみることができよう。」<sup>46</sup>と言われるのである。

<sup>43</sup> 田中二郎「行政行為の公定力に就いて」『行政行為論』、p.159

<sup>44</sup> 同所

<sup>45</sup> 同、p.160

<sup>46</sup> 塩野宏「田中先生の行政行為論」『ジュリスト767号』、p.49、括弧内原文

一方で田上は、美濃部的な公法観からの公定力論を明確に展開する。田上は昭和 27 年の『行政法原論』において公定力を

「行政行為の公定力（Selbstbezeugung）とは、行政行為の適法性が法律上推定（Präsumption der Rechtmässigkeit）され、その結果、争訟の提起により裁判を以て取消され又は職権によって取消される場合を除けば、行政行為の効力を否定できないことをいう。」<sup>47</sup>

とし、その根拠を「行政行為は行政権の発動であるから、相手方たる人民を一方的に拘束し、又司法権は行政権のイニシアティブを侵すことができず、この意味で行政行為は司法判決に近い性質がある」<sup>48</sup>ことに求めているようである。

田上による公定力の根拠付けは、昭和 39 年の論文「行政行為の公定力」においてより明確に示されている。そこでは権力分立と統治権の作用としての行政行為、という二つの根拠が挙げられているが、ここでは後者が重要である。

「（行政行為に公定力があることの根拠の）第一は、公法関係において行政庁が人民に対し統治権をもち、その結果、行政庁の決定する国または地方公共団体の意思が、一方的に人民を拘束し、その権利義務を定める効力があることである。」<sup>49</sup>

「統治権は相手方の同意すると否とを問わず、一方的に命令し強制できる権能である。（略）行政行為は統治権の作用としての性質を失わないかぎり、相手方がその効力を争う場合にも一方的にこれを拘束するものと解さなければならない。」<sup>50</sup>

このように、行政のもつ実体的な「人民に対する統治権」によって公定力を根拠付ける説明は、美濃部が「国家意思の優勝性」によってこれを説明したのと変わるところがない。この点で、田上は「教授の公定力根拠論は、かつての美濃部説の枠を少しも超えていない」<sup>51</sup>と言われるのである。

## 2.2 田中二郎と通説の形成

さて、戦前においてはあまり広く使われてはいなかった「公定力」の語であるが、昭和 32 年の田中の『行政法総論』によって理論的に整理されたのをきっかけに広く使われるようになり、通説として定着するようになる。

しかし一方で、昭和 30 年代には兼子仁の『行政行為の公定力の理論』代表とする、通説となった公定力概念への批判が提出され始めた。仲野の言葉を借りれば、この時期から公定力概念の「再純化の時代」への転回が始まるのである。

## 第 3 節 公定力概念への批判の登場

### 3.1 伝統的公法—私法観の転換

昭和 30 年代の末になるとこれまでの公定力概念への批判がなされ始める。またこのころ

<sup>47</sup> 田上穰治『行政法原論』、p.49

<sup>48</sup> 同所

<sup>49</sup> 田上穰治「行政行為の公定力」、田中二郎ほか編『行政法講座 第二巻』、p.86

<sup>50</sup> 同所

<sup>51</sup> 宮崎良夫「行政行為の公定力」『行政争訟と行政法学 増補版』、p.264

から美濃部・田中・田上らの実体的な公定力論は「伝統的理論」と呼ばれるようになり、その理論の背後にある、国家の優越性にもとづく公法と私法の区別論そのものに批判が加えられるようになる。

たとえば高柳信一は昭和 38 年の「公法と私法」において、行政主体の「優越性」は法を離れたところに実体的に存在するものではなく、実定法が定めた限りにおいて、実定法の定めに基づいて存在する優越性に過ぎない、ということを主張する。

「(伝統的理論の問題点は) 公法関係が、通説の説くような意味での行政主体の優越性の契機によって特色づけられているとしても、それは実定法規の具体的定めと切り離しては考えられないのではなかろうということである。行政主体は、実定法規の定めを俟たないで、かかる意志の優越性を持ちえないのであって、行政主体が対私人関係において意志の優越性をもつとすれば、それは実定法規がそれを認めたからであり、また、その限度においてであるにすぎないと考えるべきものであろう。」<sup>52</sup>

高柳のこの批判は興味深い。「行政主体の優越性」という実体化された概念を実定法の規定に還元し、そこに宿る、法を離れたイデオロギーを暴き出す方法は、まさにケルゼンが極端なやり方で示して見せた方法論にほかならない。高柳は述べる。

「この行政主体の優越性は実定法がもたらすものである。実定法規が、行政主体に優越性を認めながら法関係を規律するとき、その法関係は、私法関係とことなる特殊性をもつ特殊な法関係すなわち公法関係になる。とすれば、公法とは実定法規が公法として定めた法関係であり、それ以上のものではありえないということになる。それはタウトロギーであり、無意味である。しかし、法治主義に忠実に考察を進める限り、公法概念にかかるタウトロギー以上の効果を与えることはできないのである。」<sup>53</sup>

ここにおいては「公法」の概念はすでに実体を剥ぎ取られ、もはや実定法の定め方の一種を指す、ただの「名前」としての機能しか与えられていないのである。もっとも、高柳においても「行政主体」「国家」といった主体そのものの実体化は免れていないし、公定力もまた、実体法から生ずる実体的な「力」として捉えられているのであるが。

ともあれ、このように公法関係における「行政主体の優越性」が実定法規のあり方に還元された以上、「公定力」ももはやその存立の根拠を失い、実定法規によって定められた法政策に過ぎないものとして理解されることになる<sup>54</sup>。

### 3.2 昭和 30 年代末の公定力批判

昭和 30 年代末の伝統的公定力論批判の著作として、昭和 36 年の兼子仁『行政行為の公定力の理論』が挙げられる。この中で兼子は、公定力概念は実体法ではなく手続法を論ずる場面において利用されるべきであることを強調した。

<sup>52</sup> 高柳信一「公法と私法」『行政法理論の再構成』、p.34

<sup>53</sup> 同、pp.37-38

<sup>54</sup> 参照：高柳信一「行政法の理論的枠組み」、『行政法理論の再構成』、p.461～

#### 第4節 公定力概念そのものへの懐疑

昭和40年代になると、これまでの伝統的な公定力観に対する根本的な懐疑が提出され始める。それらの主張に共通しているのは、「公定力」とは「行政行為の中に本来内在していて、違法な行政行為にも法的な効力を与える力」といったような「実体」であるのではなく、抗告訴訟制度とか自力執行規定等、実定法上設けられている行政行為に関する様々の法制度が適用されることによってもたらされる、いわば一種の反射的效果に過ぎないということを主張するもの<sup>55</sup>である、ということである。ここに言われる「反射的效果」という語は、上記のような、制度の結果として生じる事実上の効力を指すためにこのころから使われ始めた象徴的な語である。

原田尚彦の昭和44年の論文「行政行為の「権力性」について」は、

「今日、公定力といわれるものは、まさにこのように、取消訴訟制度が存在することの結果として、行政行為に生ずる不可争力的効果のことであり、いわばみかけ上の有効性を指すものであって、それ以上の力が当然に行政行為に具わるものとみる必要はない。」

と論じており、また藤田宙靖は、同じく昭和44年の論文「学会展望行政法」において、上記の原田論文等に言及した上で、そもそも「行政行為」という語もまた実体的なものを指すのではなく、ただ単に法律が一定の行為に一定の効果結びつけていることを「補助的に表現」するためのものであるに過ぎない、とまとめる。

「経験的に考えるならば、行政庁の意思表示という行為自体はあくまでも物理的事実なのであって、それ自体は如何なる意味をも持つものでなく、このような物理的事実が“行政行為”という法的性質を有するにいたるのは、いわば法が、このような物理的行為に、特定の法的効果を結びつけるからであるに他ならない。従って“行政行為であるが故に各種の法的効力・効果を有する”のではなく、論理的には実は、“各種の法的効力・効果が存在するが故に行政行為である”のであり、いわば、行政行為が存在するとは、実は各種の法的効力・効果が存在することを補助的に表現しただけのことに過ぎない。」<sup>56</sup>

これらのような考えは、本稿の主題である「法的概念を唯名論的に捉えなおす」という発想そのものである。「行政行為」という語を、この語に対応するなにか実体的なものを指す語としてではなく、「法律が定めている各種効果の束に名前をつけただけ」のものとして捉える藤田の発想は、ケルゼンの唯名論的思考であるといえるのである。

藤田は昭和41年の助手論文においてケルゼンの法理論に触れ、本稿のテーマである「力」と「実体」についても論じている。以下の藤田の一文は、本稿の内容を一言で要約している。

「素朴な思考はしばしば、このような（ケルゼンのいう「法命題」の）要件自体が

<sup>55</sup> 藤田宙靖『行政法Ⅰ 第4版改訂版』、p.209

<sup>56</sup> 藤田宙靖『行政法学の思考形式』、pp.15-16

法的な効力を持つ、法的効果の究極的根拠となる、と考える。例えば当事者の意思の力によって有効に契約が締結され、行政行為は官憲的な意志の表現であるから、私人の行為とは異なる優越的效果を有する、という思考の如し。しかしこれは、地上へ落ちるリンゴの中に、かかる運動を起こす特殊の“力”が内蔵されていると考える類の思考と全く平行関係にあるというべきである。」<sup>57</sup>

ここで「素朴な思考」の例として挙げられている行政行為論は美濃部の思考であろう。そして地上へ落ちるリンゴに内蔵された「力」を想定する物理学はE.マッハによって批判された思考であり、ケルゼンの法理論をマッハ的な物理学とのアナロジーで捉える発想は、第1章に挙げた中山のケルゼン論と同じものである。

ここに至って、美濃部から始まった実体化された公法理論と「公定力」はその実体を剥ぎ取られ、約半世紀を経た唯名論的な変遷を遂げ終えたと言ってよいだろう。これ以降現在に至るまで、公定力について論じられる場合は、公定力は大体においてこのような「反射的效果」として論じられることになる。

## 第5節 現在の学説の状況

以上、その発祥からおよそ半世紀をかけて変遷を遂げてきた公定力概念を眺めてきたが、最後に現在用いられている概説書における、この概念の論じられ方を概観してみよう。

まず、公定力を「訴訟制度の結果として事実上生じる効果に付けられた単なる名称」として捉える考えが最も明確に表れているのが、宇賀克也『行政法概説I』（有斐閣、平成16年）である。同書ではもはや「公定力」の語は本文中にも目次・索引にも現れず、取消訴訟の排他的管轄の項において、括弧書きでたった一度注釈されるにすぎない。

「行政行為に瑕疵があり違法であるとして争う場合、行政事件訴訟法は、原則として、もっぱら取消訴訟のルートで争うべきとしている。これを取消訴訟の排他的管轄という。その結果、行政行為は、権限ある行政庁が職権で取り消すか、行政上の不服申し立てによって取り消さない限り、有効なものとして取り扱われることとなる。（このことを、行政行為に公定力があるということもある）。」<sup>58</sup>

塩野宏『行政法I 第四版』（有斐閣、平成17年）は公定力について章を立てて論じているが、そこでは公定力が実体的な「力」ではないことが強調される。

「行政行為の最も重要なものの一つとして、行政行為の効力の問題がある。そして、その効力として、公定力、執行力、不可争力、不可変更力等があげられる。「力」というと何か物理的なものを連想させるが、これからの考察で明らかのように、特別の法効果という意味であって、力という点にこだわる意味はない。また、この力あるいは効果というのも、行政行為に当然備わるものであると初めから前提するもの

<sup>57</sup> 藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張』、pp.205-206、括弧内引用者

<sup>58</sup> 宇賀克也『行政法概説I』、p.277

また、「公定力」概念の存在意義を真っ向から否定し、この概念の使用をやめるべきであると主張するものとして、大浜啓吉『新版 行政法総論』（岩波書店、平成18年）がある。

「（取消訴訟の）「排他的管轄」とは、行政処分には取消訴訟だけが適用されるという意味でしかない。排他的管轄の規定から、実体的公定力概念を引き出すことはできない。せいぜい手続法的効力しかもち得ない。意思自治原則から引き出された「法律に基づく行政」の原理の下では、公定力の概念は、きっぱりと否定すべきである。行政処分には、取消訴訟の排他的管轄が及ぶと解すれば十分である。」<sup>60</sup>

これらの論者に共通しているのは、行政行為の違法は取消訴訟でなければ否定できない（取消訴訟の排他的管轄）と法律が規定しているのであれば、そのまま「法は取消訴訟の排他的管轄を規定している」と記述すればよいのであって、それを「行政行為に公定力がある」とか「法が公定力を認めている」といった誤解を導くような記述の仕方をする必要はない、ということである。公定力の語そのものを否定する大浜はやや極端ではあるが、上に挙げたもの以外のほとんどの概説書においても、大体において上記のような説明の仕方がされているといってもよいだろう。<sup>61</sup>

しかし逆に、橋本博之・櫻井敬子『行政法 第2版』（弘文堂、平成21年）のように、公定力の概念は現在の取消訴訟制度と切り離せないものであって、公定力の概念を廃棄するのであれば取消訴訟制度そのものが問い直されなければならない、と主張するものもある。

「公定力論は、戦前以前の権威主義的行政法学の残滓であるとして、近時の学説は、公定力の及ぶ範囲をできるだけ狭めることに努力を払ってきた。また、学説は、公定力の内容についても、これを取消訴訟の排他的管轄の効果とすることで、それがあたかも実質的内容を伴うものではないかのような説明をすることに腐心してきた。しかし、ものもとわが国の取消訴訟という仕組みは、公定力という概念を前提として立法されたものであり、取消訴訟制度をそのままにして公定力だけを有名無実化することには、おのずから限界がある。公定力を実質的に否定するならば、行政事件訴訟法における取消訴訟中心主義について、その意義が根本から問われなければならない。」<sup>62</sup>

この橋本・櫻井の意見は、公定力論についてこれまでの捉え方とは異なる見方を示すものであり興味深いだが、この意見の検討は本稿の枠組みを超えるため、ここでは触れないでおく。

<sup>59</sup> 塩野宏『行政法Ⅰ 第四版』、p.126

<sup>60</sup> 大浜啓吉『新版 行政法総論』（岩波書店、2006年）、p.198

<sup>61</sup> たとえば、芝池義一『行政法総論講義 第4版補訂版』（有斐閣、2006年）、大橋洋一『行政法 第2版』（有斐閣、2004年）、藤田宙靖『行政法Ⅰ 第4版改訂版』（青林書院、2005年）など。原田尚彦『行政法要論 全訂第6版』（学陽書房、2005年）は公定力を実体的な効力として説明する、一段階古い説明のされ方がなされているように見える。

<sup>62</sup> 橋本博之・櫻井敬子『行政法 第2版』（弘文堂、2009年）、p.91

### 第3章 結び

宮崎良夫は論文「行政行為の公定力」を次のような言葉で結んでいる。

「かつて、兼子教授は、『行政行為の公定力』は、いわば行政法学における秘境である」と述べ、「いまだにその実体は何であるかと言う問題が神秘的にすら感じられるほどの秘境」であると述べていた。それは、新進気鋭の若手研究者としての意気込みを髣髴とさせるものであったが、しかし、多くの人々が立ち入れば秘境も秘境でなくなることがある。これまで、多くのわが国行政法学者が公定力についての研究に多くの精力を注いできたが、筆者は行政行為の公定力が秘境でも何でもないとわが国行政法学が確認すべき時点に達したと思っている。」<sup>63</sup>

ここで宮崎のいう「秘境」としての公定力こそ、まさにケルゼンが法学から排除しようとした、イデオロギーの隠れ蓑としての実体化された「力」概念であったと言えるのではないだろうか。そしてこのような「秘境」が日本において長い間残されてきたのは、この概念の創出者たる美濃部達吉の実体的思考の影響であった。山下威士は1982年の論文「ハンス・ケルゼンと日本の憲法学」において、日本の憲法学が美濃部から受け継いだ実体化思考を清算しきれていないことを指摘したが<sup>64</sup>、これは行政法学にもそのままあてはまる指摘であったといえる。

しかし、現在の学説の状況を見回せば、そこには美濃部的な実体化された「力」理論の影はほとんど残っていない。日本行政法学における公定力は、美濃部に始まる実体化思考を清算し、「唯名論的」思考へと転換した。この発想こそは、まさに当の美濃部が否定しようとしたケルゼンの思考に他ならないのである。

---

<sup>63</sup> 宮崎良夫「行政行為の公定力」『行政争訟と行政法学 増補版』、p.321

<sup>64</sup> 山下威士「ハンス・ケルゼンと日本の憲法学」、『公法研究 第44巻』、p.105

## 主要参考文献

### ・全体に関するもの

- 兼子仁『行政行為の公定力の理論』（東京大学出版会、1961年）  
仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007年）  
藤田宙靖『行政法Ⅰ 第4版改訂版』（青林書院、2005年）  
藤田宙靖『行政法学の思考形式』（木鐸社、1978年）  
藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張』（有斐閣、1978年）  
宮崎良夫『行政争訟と行政法学 増補版』（弘文堂、2004年）  
宮崎良夫「行政行為の公定力」、『社会科学研究』37巻5号（1985年）  
宮崎良夫「行政行為の公定力とその意義(一)」、『社会科学研究』39巻3号（1987年）  
山下威士「ハンス・ケルゼンと日本の憲法学」、『公法研究』第44巻、（1982年）

### ・ケルゼンに関するもの

- 中山竜一『二十世紀の法思想』（岩波書店、2000年）  
長尾龍一「法理論における真理と価値」、『ケルゼン研究Ⅰ』（信山社、1999年）  
E.マッハ『感覚の分析』（須藤吾之助・廣松渉訳、法政大学出版局、1971年）  
H.ケルゼン『法と国家の一般理論』（尾吹善人訳、木鐸社、1991年）

### ・個々の学者に関するもの

- 塩野宏「田中先生の行政行為論」、『ジュリスト』767号（有斐閣、1982年）  
高柳信一「公法と私法」、『行政法理論の再構成』（岩波書店、1985年）  
田上穰治「行政行為の公定力」、田中二郎ほか編『行政法講座』第二巻（有斐閣、1964年）  
田上穰治『行政法原論』（春秋社、1952年）  
田中二郎「行政行為の公定力に就いて」『行政行為論』（有斐閣、1954年）  
田中二郎『新版 行政法上巻』全訂第二版（弘文堂、1974年）  
長尾龍一「美濃部達吉のケルゼン論」、『ケルゼン研究Ⅰ』（信山社、1999年）  
美濃部達吉『日本行政法 第一巻』（有斐閣、1909年）  
美濃部達吉『ケルゼン学説の批判』（日本評論社、1935年）