

## 第一部 研究暦と研究の基礎—ドイツ法との比較研究

### 1 私の略歴

- ・ 1942(昭和17)年8月29日旧満州奉天(現中国・瀋陽)生まれ
- ・ 父の死亡により「長男の長男」(戸籍)として祖父母が親権・養育(大分県津久見市)
- ・ 1961年九州大学法学部へ入学
- ・ 1965年同法学研究科修士課程へ入学=研究生活の開始
- ・ 1968年宮崎大学へ助手として就職
- ・ 1997年熊本大学法学部教授へ配置換え
- ・ 2002年熊本大学大学院社会文化科学研究科教授を併任
- ・ 2004年同法曹養成研究科教授へ配置換え

### 2 研究テーマの発見と研究の萌芽

- (1) 法律学への動機づけ=「社会科学としての公法学」(下部構造と上部構造との関連、上部構造のなかでの法律意識・理論・制度の特質)
  - ・ インパクトを受けたもの・主な関心対象=渡辺洋三『憲法と現代法学』(岩波書店・1962年)「法源としての憲法、制度としての憲法、およびイデオロギーとしての憲法」の区別・自立性・相互関係、
  - ・ 川島武宣ら民法学における「社会科学と法律学」モデル
  - ・ 憲法学の分野=小林直樹『日本における憲法動態の分析』・『日本国憲法の問題状況』(岩波書店)など
- (2) 研究テーマ=「人権と公共の福祉の関係」からドイツ立憲主義・明治憲法下の伝統的行政法理論(田中二郎『行政法総論』有斐閣)の克服へ
  - ・ 戦後行政法の目標=「憲法は変わったが、行政法は残る」(O.マイヤー、「ドイツ行政法第三版」序言、1924年)から、「具体化された憲法としての行政法」(F・ウェルナー、1955年)へ
  - ・ 憲法と行政法の関係=憲法に対する行政法の「従属性」・「自立性」・「逆照射」
  - ・ 憲法の民主制・基本権と行政法の法治国原理との乖離(克服)
  - ・ 処女作=伝統的行政法理論の中心であるドイツ「特別権力関係論」をドイツ行政法学の法治主義・「法規」概念との関連で位置づけた(九大法学21号掲載・1969年)

### 3 ドイツ立憲主義公法学の基礎研究

#### (1) ドイツ「公権」理論史の研究への着手

- ・ V. ゲルバー『公権論=(Ueber oeffentliche Rechte)』(1852年)—「公権」を中心とする実証主義的国法学の基礎の構築した代表的著作

- ・中世・ドイツ「3月前期」までの客観的国法(公法)秩序から、「主観的権利」がどのように導出されるか—ゲルバーは、君主の権利、官吏の権利、及び臣民の権利(自由権=反射的利益)の3分割として公式化
- ・P. ラーバント『ドイツ帝国国家法』(初版 1876年)
- ・O. マイヤー『ドイツ行政法』(初版 1895~1896年)
- ・G. イエリネック『公権体系』(初版 1892年)における国民の法的地位論(Status)
- ・国民の国家への4つの「地位」(受動的・消極的・積極的・能動的地位)—現代憲法の人権論の分類・基礎付け—いかなる意味で、「国家からの自由」が自由権=主観的権利たりうるか—消極的事実上の自由が「請求権と結合。
- (2) ドイツ行政裁判所の設立(1863年バーデン邦を嚆矢とし各ラントで設立)—その出訴権としての『権利侵害』条項の登場により、『公権』は、理論上の概念のみならず、訴訟上の権利保護の対象となる。
- ・立憲君主主義下における判例を基礎とする理論の集大成としての O. ビューラーの「公権」の3基準(強行法規+個人的利益+行政の一定の行態を援用しうる力)
- ・ビューラー『ドイツ行政裁判における公権とその保護』(1914年)

#### 4 現代・ボン基本法下の「公権論」の展開

- ・基本法第19条4項・ドイツ行政裁判所法第42条2項「権利毀損」条項の下で保護規範説=「法律上保護された利益」説の確立
- ・基本権・財産権(行政・司法に対する直接的拘束力=1条3項)からの「公権」の導出
- ・ドイツ連邦建設法・「建設法典」(1997年)の『外部=抑制区域』・「連担地域」における建築行為の「隣人」=「第三者」の公権の所在・範囲とその権利保護
- ・日本法における法理論・訴訟実務への示唆
  - \* 参照・中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』(法律文化社・1993年)

#### 5 日本法における公権問題の所在と発展

- ・総論= 行政法における公法・私法の区別(二元論)に基づく「不融通性」・「相対性」という「公権の特色」
- ・救済法=行政訴訟における「第三者」の権利保護=原告適格(行訴9条)問題として顕在化
- ・体系= 第三者の原告適格問題から行政上の実体的法律関係=第三者を含む「三極的」・「多極的」行政法関係論(シュミット=プロイス、アハターベルク、シュミット=アスマンらの理論分析、中川義朗『ドイツ多極的行政法関係論』熊本法学92号)
- ・三極的行政法関係の諸相=実体法・手続法/組織法関係/『第三者』の多様性と範囲
  - 参照・中川義朗「多極的行政法関係論における第三者の手続的地位論」手島先生古希記念論文・法律文化社、山本隆司著『行政上の主観法と法関係』有斐閣・2000年

## 第二部 現代行政法理論の課題－基礎から応用・実践へ

### 1 体系としての行政法理論の「難しさ」

- ・ 体系的理論確立のための実定法的基礎「行政法」(作用法)という統一法典なし一処分(行訴法)か行政行為(理論)か、「公権力」概念(行訴・国賠)の多義性と不統一
- ・ 最先端の「政策」の道具、行政への授権規範としての行政法規の増大(〇〇改革法・〇〇基本法)と法律にもとづく行政・「法治主義」を中心とする伝統的理論(法律による行政活動の民主的統制)との対立
- ・ 多種多様な行政法規=「法律の洪水」のなかでの体系的行政法理論の「求心力」の不在
- ・ 行政法各論=「参照領域」の高度の専門・技術性・多様性による富士山の「裾野」部分が不透明のため統一性確保が困難
- ・ かつての憲法理念の行政法理論・制度への投影による改革から、行政法から憲法理論への逆照射・充填の問題

\* 参照、手島孝・中川義朗編著『基本行政法学(第3版)』(法律文化社)

### 2 「今、行政法の風はどこへ向いて吹いているか」

#### (1) 司法制度改革・法科大学院・行政事件訴訟法改正(平成17年)のなかでの行政訴訟ブーム

- ・ 判例を中心とする「実務」の攻勢と理論の後追いの構成=総論体系としての行政法の存在意義が問われる？
- ・ 公法・私法の二元論(宝塚市パチンコ店事件最高裁判決・平成14年7月9日、「処分性」(みなし道路一括指定・最高裁平成14年1月17日判決)・小田急事件最高裁判決(平成17年12月7日)における周辺住民らの「原告適格」の一定の拡大
- ・ 行政体(行政庁)・行政行為・行政強制の「三段階構造」(藤田宙靖)という従来の公式=伝統的行政法理論の破綻？ 参考「旧医療法第30条の7・最高裁判決」(平成17年7月15日)

#### (2) 「ゆらぎのなかの行政法理論」－「戦国時代」の群雄割拠

- ・ 行政実体法から手続法・訴訟法への流れ=行政出口論における権利拡大が最大のポイント・関心事
- ・ 判例・立法・理論の自立性と相互関係－拡大原告適格・行政不服審査法改正問題

### 3 現代行政法改革の方向性

- ・ 体系として行政法理論=法実務上、法解釈上、法政策上の任務に答える「総合知」『実践知』の再定義(シュミット・アスマン『行政法理論の基礎と課題』(大田・大橋・山本訳・東大出版会))
- ・ 行政学的アプローチ=効率性・経済性(対費用効果の最大性)を至上価値とする企業モデル(品質保証・顧客志向など)の行政組織・作用への移入(NPM・PLAN—DO—SEE)をどう評価し、体系化するか。
- ・ 「法解釈学(ドグマテイク)」としての行政法と「政策学」としての行政法—両立は可能か(大橋洋一『行政法第2版』有斐閣・大浜啓吉『行政法総論新版』岩波書店などのテキスト)。
- ・ 「行政法政策学」—阿部泰隆らによる一連の研究、同『政策法学の基本指針』弘文堂
- ・ 政策法学の課題=政策目標・課題、基本原則、政策主体、政策実行組織、政策と法、政策形成の手段と手続、政策執行、政策評価、住民参加、救済制度などについて明確化の必要性

#### 4 「分権型」行政法理論の構築をめざして—理論と実務の架橋

- ・ モデル=兼子仁『自治体行政法入門』北樹出版、そのほか参照、中川義朗編『21世紀の地方自治を考える—法と政策の視点から』法律文化社、同『地方分権と政策』(成文堂)
- ・ 伝統的行政法モデル=国の行政機関による直接的執行、あるいは国の法律(政策・計画の基礎)—(条例)—地方行政機関による執行(命令・強制)—住民
- ・ 分権的行政法モデル=国・法律を基礎としつつも自前の条例にもとづく自治体の計画・政策判断と行政執行、実効性確保、苦情処理・行政救済
- ・ 自治体行政の手法=「命令・強制」・「規制・監督」から、「地域公共性」・「情報の共有」と官・民の協働関係をベースとした「協働主義的」手法
- ・ 行政の効率性・住民の福祉の増進(自治1条の2第1項)をめざしつつも、至上価値ではなくあくまで人間の尊厳=基本権の尊重を価値とする法体系との整合性=拙著「行政法の政策化と効率性の原則について」(川上宏二郎先生古希記念論文・信山社)
- ・ 行政法各論=情報法、環境法、まちづくり行政法(都市計画法・建築基準法)などの「現代的」課題

#### 5 結びにかえて— 40年間の学的、あるいは放浪的生活をひとまず終えて、

- ・ 「光陰、矢のごとし」—「少年、老いやすく、学成り難し」・「学道、けわし」
- ・ 「永遠の課題としての学」—プロセスとしての学問・目標をめざす継続的知的営為
- ・ 「職業としての学問」(マックス・ウェーバー)—「ちりとてちん」(NHK朝ドラ)における創作落語」の重要性
- ・ 「良き師、良き友、良き学生に恵まれて」=「謝謝」・「Gott sei Dank！」

- ・ 「ひとは、一代の過客にして行き交う年も、またあてのない旅人なり」(奥の細道)
- ・ 「我が人生に悔いなし」