

公法と私法

— 行政上の法律関係における私法の適用

南 博方

最終講義に当たって.....	6
学位論文のテーマ.....	6
公法と私法の区別に関する学説.....	7
裁判管轄決定の基準.....	8
権力関係と管理関係.....	9
公法と私法に共通の法原理.....	10
行政処分により形成される関係.....	11
行政上の法律行為により形成される関係.....	13
法典を閉じて心を開け.....	13

最終講義に当たって

本日、最終講義をするに当たり、多数の学生の皆さんにお集まりいただき、ありがとうございます。また、学長先生はじめ先生方のご臨席を賜り、誠に光栄に存じます。もともと、この講義は、前期講義(行政法2)を補完するため、夏期特別講義として企画したものです。ところが、平成19年8月末日をもって退職いたしましたので、図らずも本講義が最終講義となりました。本学は、私の教授生活の最後でありますから、文字どおりの最終講義になりました。

皆さんには、私の授業を毎回熱心に聴講し、行政法に多大の興味と関心を持っていただきました。毎回の授業は、私の何よりの楽しみでした。本学を去るのは寂しい限りであり、万感胸に迫り来るものがあります。最終講義の機会を与えていただきました柏木学長に、心から御礼申し上げます。

学位論文のテーマ

私は、昭和25年(1950年)旧制東大に入学し、同28年(1953年)卒業しました。しばしば「人は生きていくだけではだめで、目的を持って生きなければならない」といわれます。私も大学卒業までは、目的がありました。目的といっても、入学したい学校のことですが、幸い自分の志望する学校に入学し、卒業しました。ところが、大学を卒業すると同時に目的を失ってしまいました。どの仕事が自分に適し、どの方向に進めばよいか、途方に暮れました。

そのとき、救いの手を差し伸べて下さったのは、田中二郎先生でした。私は、学部時代2年間、田中ゼミに所属していましたので、先生に今後の進路について相談しましたところ、「大学に残って研究してはどうかね」とお勧めいただきました。先生のご推薦もあって、私は、大学院に入学しました。

大学院に入ると、当然のことながら、研究テーマを決め、論文を執筆しなければなりません。私も、テーマの選択について、いろいろ考えました。ところが、自分が書けそうなテーマは、すでに先人が開拓され、とてもその業績を超える能力も自信もありません。そこで、再び田中先生の研究室を訪れ、テーマが決まらず、悩んでいる旨を打ち明けましたところ、先生は、暫く考えられた末、「公法と私法というテーマはどうかね」と言われました。私は、一瞬絶句しました。公法と私法の問題は、羅馬法以来、法学者が追求してきた永遠の課題であります。逡巡辟易しましたが、元日弁連会長で立命館大学教授の吉川大二郎先生の「自分が仮処分を学位論文のテーマに選んだのは、人のやっていない分野だからだ」という言葉を思い出し、この難題に取り組む

ことにしました。

かくして、研究テーマは決まりましたが、先生は、「物価が比較的安いというから、バりに留学することにしたよ」と言って、旅立ってしまわれました。私は、海図なき航海に船出し、果てしなき海を彷徨するより仕方ありませんでした。もっとも、その頃の東大法学部では、私だけではなく、どの教授も弟子の論文指導はされませんでした。いわゆる「獅子は子を千仞の谷に落とす」教育が行われていました。

公法と私法の区別に関する学説

先生は、常々「問題意識を持てば、資料は自ずと向こうから近づいてくる」と言っておられました。確かにそうでした。私は、公法と私法の区別に関する入手可能な文献を渉猟し、片端から読破しました。文献の量は膨大で、例えば、ホリガー(Holliger)は17、ワルツ(Walz)は12の異なる学説があることを指摘し、その後、両者の区別に関する学説は、更に増加しています。

その代表的なものを挙げれば、①法律関係の主体が国・公共団体であるものが公法、そうでないものが私法と説く「主体説」、②権力関係に関する法は公法であり、非権力関係に関する法は私法であるとする「権力説」、③公益の保護を目的とする法が公法であり、私益の保護を目的とする法が私法であるとする「利益説」などがあります。しかし、いずれの説も一面の真理を捉えてはいますが、普遍的な基準を示すものではありません。

このように、公法と私法との区別に関する無数ともいえる学説は、複雑混迷を極めています。研究を進めるうちに、それぞれの学説には視点の相違があり、このことが整理されないまま論じられていることに気づきました。

そこで、公法と私法の歴史的分化の過程を追求しながら、次のように整理しました。すなわち、公法・私法の問題が、第1に、法の体系として論じられる場合、第2に、行政裁判所と司法裁判所とのいずれの管轄に属するかの問題として論じられる場合、第3に、国・公共団体と国民との間の行政上の法律関係に私法がどの程度適用または修正適用されるかの問題として論じられる場合の3つに整理して、論じることになりました。

法の体系の問題とは、憲法、行政法、刑法、訴訟法等は公法に属し、民法や商法等が私法に属するという場合の区別の問題です。法の体系の問題は、法理学上重要な課題ですが、上記第2、第3の場合に比べて、実定法の解釈としては実益に乏しい議論ですから、この点の説明は省略することにします。

裁判管轄決定の基準

裁判管轄の問題は、民事・刑事の裁判を管轄する司法裁判所のほかに、行政事件の裁判を管轄する行政裁判所を有する国において、民事事件(私法事件)と行政事件(公法事件)との区別の問題として現れてきます。この行政裁判の成立と発展の歴史的過程を、主としてドイツを中心に追跡したのが、私の博士論文でした(南博方「ドイツ行政裁判の史的成立に関する一考察」(大阪市大法学雑誌6巻1号40頁(1959年), 同「行政裁判制度」(有斐閣, 1960年, 大阪市立大学法学叢書14))。

授業でも述べましたように、近代以前においては、司法裁判所が民事・刑事の裁判権のみならず、行政事件の裁判権をも有していました。近代以前のフランスの司法裁判所は、中世以来の貴族によって占められ、保守的で腐敗墮落の極に達していました。更に、その有する行政裁判権を駆使して、新たに台頭してきた王の進歩的行政にことごとく容喙干渉し、司法と行政との対立抗争が絶えませんでした。しかし、時代の波には逆らえませんでした。結局、王の行政部が勝を占め、行政裁判権を司法の手から奪取し、王の行政部の下に置いたのが行政裁判所の嚆矢です。

このような司法と行政の対立は、ドイツ、日本においても例外ではありませんでした。ドイツでは、1863年行政裁判制度が導入されるまでは、普通裁判所が行政事件の裁判を管轄していました。日本では、明治4年(1871年)に裁判制度の萌芽をみることができですが、フランス、ドイツと同様に、司法裁判所が行政事件の裁判を管轄していました。ところが、ドイツ、日本でも、司法が行政を牽制する弊が生じたので、行政裁判所を司法部とは別の行政系統に属する機関として設置し、行政裁判所は、行政事件(公法事件)を管轄し、司法裁判所は、民事事件(私法事件)を管轄することとされました。このように裁判の二元主義が採られている以上、公法と私法との区別限界が問題とされたのは当然のことでした。

しかし、司法裁判所とは別に行政裁判所が設置されたのは、前述のとおり、司法と行政との対立抗争その他の歴史的事情によるものであります。歴史的な所産である以上、公法と私法との区別限界は、必ずしも不変的・固定的に決めることはできず、その国の特殊事情や時代的背景によって異なり、流動的・可変的・便宜的なものとならざるを得ません。例えば、フランスでは、行政裁判所に対する人民の信頼が厚かったことから、広く公共役務(service public)に関わる事件が行政裁判所の管轄とされましたが、ドイツや日本では、公権力の行使に係る行政処分が行政裁判所の管轄とされました。先ほどの公法・私法の分類からいえば、フランスでは利益説が妥当し、ドイツ、日本では権力説が妥当していました。

もつとも、ドイツや日本でも、基本的には権力説に立ちながらも、権利救済のために、例えば、国・公共団体が事業主体や財産権の主体(国庫)として活動するときは司法裁判所の管轄とされ、また、行政処分が無効の場合には、もはや行政処分としての実体を欠くものとして、司法裁判所の審理の対象とされ、司法裁判所の管轄の拡張が図られました。

このように、公法と私法との区別は、裁判所の管轄決定に意味があることは否定できないにしても、その区別は、不変的・固定的なものではなく、時と処により流動的・可変的・便宜的なものであると言わざるを得ません。

日本では、戦後、行政裁判所が廃止され、司法裁判所が民事・刑事の裁判のみならず、行政事件についても管轄することになりましたので、管轄権決定の基準としての公法・私法の区別は意味を失いました。しかし、訴訟方法としては、公法上の当事者訴訟(行訴4条)が定められていますので、この訴訟方法を選択する限りで、公法・私法の区別が生きているということが出来ます。

権力関係と管理関係

いささか前置きが長くなりましたが、これから本日の講義の本論に入ります。田中博士は、行政上の法律関係に権力関係(支配関係)と管理関係(役務提供関係)との2類型があると説かれています。田中博士によれば、「権力関係」とは、国・公共団体などの行政主体が優越的な意思の主体として私人に対する関係であり、「管理関係」とは、行政主体が事業の経営または財産の管理の主体として私人に対する関係をいうとされます。

このように権力関係と管理関係をを分別する実益は、「権力関係」は私法の親しまない領域であり、明文の規定があると否とにかかわらず、特殊の公法的規律または公法的原理が妥当するとされます。これに対し、「管理関係」は、本来、対等の私人相互関係と異ならないが、「純然たる私経済的な事業の経営または財産の管理と区別されるべき公共性の存する場合に限って特殊の法的規律が妥当する」と説かれています(田中二郎「行政法講義案上巻」89頁(有斐閣、第3版、昭和26年、初版は、昭和24年)。その他、同「行政法総論」214頁(有斐閣、昭和32年)、同「新版行政法上」83頁(弘文堂、平成14年))。

田中博士は、ここにいう権力関係は、W.Jellinekのいう本来的公法関係に相当し、管理関係は、W.Jellinekのいう伝来的公法関係に相当するといわれますが、W.Jellinekのいう伝来的公法関係は、権力関係から派生流出する請求権(例えば、損失補償請求や不当利得返還請求など)を指していますから、博士のいう管理関係とは範囲・性質が異

なるものと思います。しかし、田中博士が、戦後間もなく、権力関係のほかに、新たに生じてきた公法領域の存在を認識されていたことは、「管理」関係という言葉の可否はともかく、時代の先を読む学説として慧眼というほかはありません。現在では、管理関係に代えて、「給付関係」(Leistungsverwaltung)という言葉が使われ、行政法の重要な領域をなすものとして、これに関する研究の進展がみられます。

公法と私法に共通の法原理

田中博士の権力関係と管理関係との類型は、スケールの大きい大局的観点からする区別ですが、漠然としていて、実践性・有用性に欠けるという批判がありました。ドイツのギーゼ(E.Giese)という公法学者の理論は、大まかで、掴み所がありません。そのことを、田中博士に話したところ、「それが大家の理論というものだよ」と苦笑しておられました。そのとき、大家の理論は、大まかで、どのようにでも解釈でき、小家に深く考えさせるきっかけを与えるところに意味があることを知りました。

小家である私は、権力関係・管理関係という大局的な類型よりも、法律関係の形成原因に着目すべきだと考えました。すなわち、行政上の法律関係には、①行政処分によって形成される場合と、②行政上の法律行為によって形成される場合との2つの場合があり、それぞれの場合について私法の適用等の有無を考えるのが便宜であり、より実践的であると考えました。

ところで、行政処分および行政上の法律行為により形成される法律関係には、その双方に共通に適用される法理・法原則もあれば、それぞれに固有の法理・法原則もあります。

両者に共通する法原則としては、第1に一般法原則、第2に一般法制度、第3に法技術的約束があります。

第1の一般法原則とは、権利濫用禁止の法理(民1条3項)、信義誠実の原則(民1条2項)、個人の尊厳および両性の本質的平等(民2条)などです。これらは、たまたま民法に定められていますが、法の一般原則とみるべきもので、行政上の法律行為により形成される法律関係はもとより、行政処分により形成される法律関係にも当然に適用されます。

最高裁の判例も、余目町個室付浴場事件(最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁)に付き、「行政権の濫用」を認めました。裁量権の逸脱濫用も権利濫用法理の適用場面であり、これに関する判例は多数に上ります。また、判例は国の公務員に対する安全配慮義務につき当該法律関係の付随義務として信義則の適用を認め(最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁)、村の工場誘致施策の変更について信義則の適用を認め(宜野座工場誘致施策変更事件=最判昭和56年1月27日民集35巻1号35頁)、課税処分

についても特段の事情のある場合に信義則の適用のあることを認めています(酒屋青色承認申請懈怠事件=最判昭和62年10月30日判時1262号91頁)。

第2に、一般法制度である時効、不当利得、損害賠償、相殺なども、行政処分による法律関係に適用されます。

最高裁は、国有行政財産である水路について、①公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、②實際上公の目的が害されることもなく、③もはや公共用財産として維持すべき理由がなくなった場合には、黙示的に公用が廃止されたものとして、黙示的公用廃止の要件を厳格に解した上、民法の取得時効の適用を認めています(国有水路取得時効事件=最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁)。また、判例は、貸倒れによって課税の前提が失われる場合には、課税処分の取消判決または無効確認判決を得るまでもなく、正義公平の原則にのっとり、「法律上の原因を欠く利得」として不当利得返還請求を認め(最判昭和49年3月8日民集28巻2号186頁)、教員に対する過払い給与金額相当の不当利得返還請求権とその後支払うべき給与請求権との相殺が認められる場合がある旨を判示しています(最判昭和45年10月30日民集24巻11号1693頁)。

第3に、人の出生(民3条)、住所(民22条)、期間計算(民138条以下)、送達(民訴98条以下)のごときは、法の技術的約束ですから、行政処分を原因とする法律関係にも適用されます。なお、我々学生のころは、出生を「しゅっせい」ではなく、「しゅっしょう」と読みましたが、新明解国語辞典によれば、「しゅっしょう」は「しゅっせいの老人語」と記されています。

行政処分により形成される関係

行政処分により形成される法律関係に、一般法原理、一般法制度、法技術的約束以外の私法規定が適用されるかについては、行政処分の性質を考えなければなりません。

多くの説は、行政処分は行政庁の意思表示と解するにかかわらず、民法の意思表示に関する規定は排除されると解していますが、これは、論理の一貫性を欠くものと言わなければなりません。

通説は、法律行為的行政行為の言葉が示すように、行政処分を民法の法律行為にアナロジーを求め、意思の表示と解してきました。これに対し、私は、W.Gellhorn教授の示唆を得て、事実認定、法令の解釈適用を経て、処分が行われる過程は、裁判所による判決形成過程と異ならないことに注目し、古くから、通説と異なり、行政処分は公務員の意思の外部的表示ではなく、判決類似の法執行行為(法適用行為)であり、そう解しなければ、公定力、確定力、執行力など行政処分特有の効力の存在を説明でき

ないと考えてきました。

最高裁の判例は、行政処分の意義について、「行政庁により、具体的事実を規律するために、公権力の行使として、外部に対して、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められるものをいう」と解しています(最判昭和30年2月24日民集9巻2号217頁その他参照)。この定義は、行政処分を意思の表示ではなく、法の執行として捉えるものであり、判例の中には処分は「法の執行」とであると明言するものも少なくありません。

行政処分においては、法律適合性の原理が妥当します。したがって、処分の効力は、民法と異なり、公務員の内心の意思と表示が合致しているかどうかではなく、行為が法律に適合しているかどうかによって決されることになります。取消原因と無効原因との区別についても、内心の意思に欠缺または瑕疵があるかどうかではなく、法律適合性の原則の観点から、重大明白な法違反がある場合には無効、軽微な法違反の場合には取消原因にとどまると解されます。例えば、公務員の錯誤による処分も、民法では、法律行為の要素に錯誤があるときは無効ですが、法律適合性の原理が妥当する行政処分においては、処分が法令に適合している限りは有効であり、法令に違反する場合には、その瑕疵の程度によって、ある場合は無効となり、ある場合は取り消し得べきものになると解されます。現実にはあり得ない教壇の例(Schulbeispiel)ですが、心神喪失中の公務員がした処分も、法律に適合している限りは有効な行為と考えられます。要するに、行政処分にあつては、民法の意思表示に関する規定の適用は原則的に排除され、行政法固有の瑕疵法則に従って決されることになります。行政処分によって形成される法律関係は、穂積八束博士の所謂「此ノ所民法入ルヘカラス」の領域です(穂積八束「公用物及民法」412頁(有斐閣, 1913年。なお、法協15巻9号, 1897年)。

ただし、行政処分によって私法関係が形成されることがあり、これを私法(関係)形成行為(Der privatrechtsgestaltende Staatsakt)と称しています。例えば、農地買収処分による所有権移転や、国税徴収法による滞納処分の場合がそれです。この場合、民法177条の対抗要件の規定が適用されるかどうかについて問題があります。前者については、最高裁の判例は分かれています(否定説=最判昭和28年2月18日民集7巻2号157頁など)。後者については、最高裁は、民法177条の適用を肯定しています(最判昭和35年3月31日民集14巻4号663頁)。私は、行政処分により私法関係が形成される場合には、原則として、民法が適用されると考えています。

行政上の法律行為により形成される関係

行政上の法律行為(例えば、国有財産法・地方自治法による売払い・貸付け等の契約等)によって行政上の法律関係が形成される場合は、行政主体としての特有の地位に基づき法執行行為としてなされるのではなく、私人と同じ立場で意思表示としてなされるものです。したがって、原則として、民法の意思表示に関する規定や債権債務に関する規定が適用または類推適用されます。

判例は、法人の不法行為責任に関する旧民法44条(最判昭和44年6月24日民集23巻7号1121頁)、表見代理に関する民法110条(最判昭和34年7月14日民集13巻7号960頁)、金銭債権の消滅時効に関する民法167条などの適用を認めています(最判昭和41年11月1日民集20巻9号1665頁)。

しかし、行政上の法律行為といっても、国・公共団体が国民・住民の厳粛な信託により、行政の一環として行われるものですから、私法を純粋な形で適用することが不合理である場合があり、公共性・公正性・透明性・手続保障等の見地から、私法の修正適用を認めざるを得ない場合もあります。地方公共団体の職員の違法な公金の支出や財産の管理等が、住民訴訟(自治242条の2)の対象とされているのは、行政契約(公共契約)の公共性にかんがみ、その特殊性を重視したものと思われま

す。そのような例として、大阪国際空港訴訟(最大判昭和56年12月16日民集35巻10号39頁)があります。空港などの営造物の供用行為は、従来、私法行為と解されてきましたが、最高裁は、国営国際空港の供用について、航空行政権と営造物管理権とが不即不離、不可分一体的に行使、実現されているとして、その民事上の差止請求権を否定しました。同判決は、航空行政権と営造物管理権との不即不離、不可分一体的行使という難渋な理論構成をしていますが、要は、民事差止めを否定する理由について、「国際空港路線または主要な国内航空路線に必要なものなど基幹となる公共用飛行場については、運輸大臣みずからが…公共の利益のためにその運営に当たるべきものとして」。「それは…これら基幹となる公共用飛行場にあつては、その設置、管理のあり方が、…わが国の政治、外交、文化等と深いかかわりを持ち、国民生活に及ぼす影響が大きい」という判文に尽くされているのではないのでしょうか。

法典を閉じて心を開け

「法典を閉じて心を開け。」これは、私の好きなフランスの法格言です。法典、すなわち、法文に捉われることなく、心の眼を開いて、法文の背後に存在する隠れたものを顕にせよ、そうすると現象の何たるかが自ずから見えてくるという意味です。ギリ

シャでは広く学問のことをMetaphysik (メタフュジーク)といました。Metaとは背後のことであり、Phisysikとは現象のことです。Metaphysikとは、現象の背後に在るものを顕にし、発明・発見するという意味です。

司法試験の受験生である皆さんは、重要な条文はしっかりと覚え、条文の解釈技術を身に付ける必要があります。しかし、時には、人為的な現象としての条文を離れて、その背後にあるものを把握し、これを基に新たな考えを創造するよう心がけることも大切です。

法律家の好んで使う言葉に、「事件を割る」とか「大所高所から見る」というのがあります。事件は、外形は見せかけの、ごまかしの争点の衣をまとして現れるものが少なくありません。また、現実には、全く同一の事件はありません。判例もなく、教科書に書いていない事件が大部分です。

しかし、どんなに複雑錯綜した事件も、心の眼を開けば、必ずその核心が見えてくるはずで。実務家を志す者は、見せかけの争点に捉われることなく、事件を割り、紛争の実体を洞察し、大所高所からする判断により、創造的な主張を立てる能力を身に付けなければなりません。

もとより、このような能力を身に付けるためには、長年の経験に基づく勘、松下幸之助氏のいう「経験的勘」を必要としますが、皆さんも、法文の解釈をするときには、法文の背後に在るものを洞察し、経験的勘を働かせて、そこから新たなものを創造するよう心がけていただきたいと思います。

以上、はなはだ雑駁な講義で、理解し難いところもあったと思いますが、皆さんのご健闘と本学の更なる発展を祈念し、これをもって最終講義を終らせていただきます。ご清聴ありがとうございました。