

〔論 説〕

カール・コルマンの国家行為論
——行政行為の効力論における実体と手続の再結合——

異 智 彦

0. はじめに
 0. 1 問題意識
 0. 2 公法総論と実務志向
1. 国家行為論と行政行為の効力
 1. 1 国家行為の概念
 1. 2 行政行為の効力
 1. 2. 1 法律行為的行政行為の拘束性 (Verbindlichkeit)
 1. 2. 2 形式行為 (Formalakt) の確定力 (Rechtskraft)
 1. 3 法律行為概念の借用の意義
 1. 3. 1 法律行為的行政行為の帰趨
 1. 3. 2 私人の法律行為との差異
2. 拘束性と取消原理
 2. 1 拘束性の具体的内容
 2. 1. 1 実体法上の効力?
 2. 1. 2 手続法上の効力——取消原理との結合
 2. 2 取消原理の確立
 2. 2. 1 司法裁判所の審理権限の限定
 2. 2. 2 取消原理の不用意な一般化
 2. 2. 3 取消原理の裏付けの不明瞭さ
 2. 3 取消原理の法律行為的行政行為への限定
 2. 3. 1 立法行為の瑕疵論

2. 3. 2 準法律行為的行政行為の瑕疵論

3. 構成要件の効力と確認の効力

3. 1 構成要件の効力の事例

3. 2 構成要件の効力の作用

3. 3 形成的行為と確認的行為？

4. おわりに

0. はじめに

0. 1 問題意識

本稿は、20世紀前半において我が国の行政行為論に多大な影響を及ぼした、カール・コルマン（Karl Kormann）の国家行為論の検討を行い、ドイツにおける行政行為の効力論の展開、および我が国におけるその受容と発展の分析の基礎とすることを目的とする⁽¹⁾。

コルマンの所論が我が国の行政行為論の体系、ひいては行政法学の体系に与えた影響は、主として「法律行為的行政行為」の概念を通じてよく知られている。しかしながら、我が国において、ドイツではそのままの形では見られないところの「公定力」の概念が生じ、我が国の戦後の行政法学がその脱構築に腐心したという歴史は、「法律行為的行政行為」の体系化を超えて、コルマンの所論およびその受容のあり方を包括的に精査する必要を感じさせる。というのも、コルマンの所論は、オットー・マイヤーによって分離されたはず⁽²⁾の、行政行為の効力の実体的側面と手続的側面とを再度融合させるもの、具体的には、行政行為の効力としての拘束性（Verbindlichkeit）を「違法でも取り消されるまでは有効」の命題（取消原理）と結びつけ、かつそこに争訟取消しの可能性を制限する意味内容を明確に認めたものであり、これは、我が国において一定の手続的効果を包含してきた「公定力」の概念構成⁽³⁾と符合するからである。より具体的

(1) 本稿は、巽智彦「規律（Regelung）と取消原理——行政行為の効力論における実体と手続の分化」成蹊法学 84号 167頁（2016）の続編である。筆者の問題意識と検討課題について詳しくは、同 168頁以下参照。

(2) 巽・前掲註1）184頁以下。

(3) 参照、兼子仁『行政行為の公定力の理論——その学説史的研究——』（第三

に言えば、「公定力」を主軸とした我が国の行政行為論の独特の体系化は、コルマンの理論の受容によって後押しされた可能性がある⁽⁴⁾。戦前戦後の我が国の行政法体系を決定づけた美濃部達吉、田中二郎の両者が、自身の体系におけるコルマンの国家行為論の影響力を自覚的に回想していることも⁽⁵⁾、改めて注目に値する。

0. 2 公法総論と実務志向

なお、コルマンの諸業績に関しては、主として公定力の概念の分析に係る諸研究からの言及がある⁽⁶⁾ものの、オットー・マイヤー⁽⁷⁾、ヴァルター・イェリネック⁽⁸⁾、フリッツ・フライナー⁽⁹⁾らとは異なり、その諸業績を包括的に分析対象とする研究はなされてこなかった⁽¹⁰⁾。そこでま

版』318頁以下（東京大学出版会、1971）；遠藤博也『行政行為の無効と取消——機能論の見地からする瑕疵論の再検討』221頁以下（東京大学出版会、1968）。

- (4) なお、公定力の概念自体は、コルマンの著作以前の、美濃部達吉『日本行政法第一巻』136頁、169頁（有斐閣書房、1909）にすでにみられる。参照、宮崎良夫「行政行為の公定力（その一）——戦前における形成と展開」『行政争訟と行政法学（増補版）』197頁、220頁以下（弘文堂、2004）〔初出：1985〕。我が国の学説史の精査はのちの課題としたい。
- (5) 参照、人見剛「〈翻訳〉オットマル・ビューラー著『カール・コルマンと『公法総論』』都法35巻1号431頁、431-432頁（1994）。
- (6) 兼子・前掲註(3)113頁以下；遠藤・前掲註(3)273頁以下。
- (7) 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣、1962）。
- (8) 人見剛『近代法治国家の行政法学——ヴァルター・イェリネック行政法学の研究』（成文堂、1993）。
- (9) 諸坂佐利「フリッツ・フライナーとフランス公法学」北野弘久追悼『納税者権利論の課題』215頁（勁草書房、2012）；同「翻訳：フリッツ・フライナー著『公法学からの民事法制度の再編について』（1906年）」神奈川法学44巻1号1頁（2011）；同「フリッツ・フライナー」神奈川法学43巻2号1頁（2010）；同「フリッツ・フライナーの『法律による行政の原理』」神奈川法学43巻1号1頁（2010）；同「フリッツ・フライナーの自治行政論」兼子仁古稀『分権時代と自治体法学』237頁（勁草書房、2007）；同「翻訳：フリッツ・フライナーの「行政法における契約」（Der Vertrag im Verwaltungsrecht）」神奈川法学42巻2号1頁（2009）。
- (10) コルマン理論の内在的検討の必要性を説くものとして、人見・前掲註(5)432頁。コルマンを含めた同時代の公刊物と議論状況の概観を与えるものとして、鈴木義男「行政法学方法論の変遷」美濃部達吉還暦記念『公法学の諸問

ず、彼の国家行為論の意義を明確にするためにも、その主要著作に表れている彼の問題意識について敷衍しておこう。

コルマンは、1910年、『法律行為的国家行為の体系——公法総則の行政法的小および訴訟法的探究』という浩瀚な書籍を世に問うた。同書の扉裏の記載および彼自身の手による前書きによれば、同書は、ルドルフ・シュライデン財団(Rudolf Schleiden-Stiftung)が1906年に募集した、「行政行為の一般理論」に関する懸賞への応募論文を基にしたものであり、同論文は1909年8月にフライブルク大学法学部において同賞を授かっている⁽¹¹⁾。1908年に公刊されたヴァルター・イエリネック『瑕疵ある国家行為とその諸効力——行政法的・訴訟法的研究』⁽¹²⁾とは、主題が重なるものの、敢えてコルマンが上記の経緯を詳細に説明しているように、全く無関係に執筆されたようである。

コルマン曰く同書は、公権論に並ぶ「公法総論(der allgemeine Teil des öffentlichen Rechts)」の支柱として国家行為論を構築するという意図に出たものである⁽¹³⁾。彼のいう「公法」は、民事・刑事訴訟法や非訟事件手続法といったいわゆる手続法も、国家権力の発動の契機を含むものとしてその射程に捉えており⁽¹⁴⁾、彼の問題意識が当初から、裁判実務に具体的な問題解決の指針を与えるような法理論の構築にあったことが伺われる。たとえばコルマンは、オットー・マイヤーの『ドイツ行政法教科書』⁽¹⁵⁾に、「いかに行政法が学問として見えるかを自分に初めて示した」と高い評価を与える反面、個別の問題について明確な回答が必ずしも与えられていない点に不満を隠さない⁽¹⁶⁾。同旨の批判は彼が公法総論のもう

題第二巻] 435頁、452頁以下(有斐閣、1934)。

(11) *Karl Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte -Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, 1910, S. VI.

(12) *Walter Jellinek*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen - Eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie, 1908.

(13) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S. 3f.

(14) Vgl., a.a.O., S.4.

(15) *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895; *ders.*, Bd. 2, 1896.

(16) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S. VIII. のちにコルマンは、フリッツ・フライナー『ドイツ行政法提要』(*Fritz Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1911)に対して、法実証主義的な分析、とりわけ判例実務の

一本の柱と位置付ける公権論を完成させたゲオルグ・イエリネックに対しても向けられ、自身の著作は敢えて『公権の体系』⁽¹⁷⁾の向こうを張り (in bewußtem Gegensatz)、ふんだんに詳細を (eine Fülle von Einzelheiten (原文隔字体)) 取り上げていることを強調する⁽¹⁸⁾。

その後、1911 年から 12 年にかけて、コルマンは雑誌『ドイツ法年鑑』に、『公法総論綱要』という連載論文を公表している⁽¹⁹⁾。その冒頭では、限られた紙幅の中で、国家行為論に限らず、法主体論や公権論をも含めた公法総論の全体像を示すべく、叙述の力点を問題の解決から問題の提示へと移す旨が宣言される⁽²⁰⁾が、彼の徹底した実務志向ないし問題解決志向は失われたわけではない。1914 年の『行政法実務入門』⁽²¹⁾は、法実務家 (Rechtspraktiker) 向けの彼の授業を筆記したものであり、架空の事例を素材に、図書館規則 (Bibliotheksordnung) の法源性、図書館の営造物性、軍事射撃訓練によって生じた損害に関する紛争の裁判管轄、帝国鉄道会社の鉄道線路下の地下道の通行止め権限の存否といった、非常に具体的な問題を公法理論に結びつけて解説するものであった⁽²²⁾。このように、

描写による実務的な影響力という点においてはマイヤーの著作よりも優れているとの評価を下している。Vgl. *Karl Kormann*, Die Entwicklung der Deutschen Wissenschaft des öffentlichen Rechts in den letzten 25 Jahren, Juristisches Literaturblatt Bd. 25 Nr. 6, 1913, S.121 (125); *Karl Kormann*, Die neuesten Lehr- und Handbücher der Verwaltungsrechtswissenschaft, KritV 3. Folge, Bd. 15, 1913, S. 200 (248f.).

(17) *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905. コルマンの著作のタイトルから既に、同書への意識は明白である。

(18) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S. VIII.

(19) *Karl Kormann*, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, Annalen des Deutschen Reichs 1911, S. 850 u. S. 904; *ders.*, 1912, S.36, S.114 u. S.195. コルマンの遺言により遺稿の利用を託された内の一人であるオットマール・ビューラーによれば、コルマンは同連載論文の書籍化の作業に着手しており、ビューラーも出版を繰り返し試みてきたが、最終的には出版社の都合で達成されなかったようである。人見・前掲註 (5) 433 頁、437 頁、440 頁註 2。

(20) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 19), S.850f.

(21) *Karl Kormann*, Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechts, Heft 1, 1914.

(22) 同書はのちにフリードリヒ・リストによって大幅に補訂されたが、残念ながらそこにコルマンの体系の展開という側面はない。*Friedrich List* (bearbei-

実務における具体的な問題の解決と公法理論との連結に意識的に取り組むことで、コルマンは先の世代の構築した公法学の体系をさらに充実させようと試みたのである。

1. 国家行為論と行政行為の効力

まずは、前述の『法律行為的国家行為の体系』において打ち立てられた、我が国において著名な法律行為的行政行為の概念構成とともに、コルマンの行政行為の効力に関する議論を確認しよう。

1. 1 国家行為の概念

まず注釈すべきは、彼の用いる「国家行為 (Staatakt)」の概念である。この語は、ドイツの公法学において、行政行為 (Verwaltungsakt) のみならず法律 (Gesetz) や裁判 (Entscheidung) といった国家の諸機関の行為形式一般を把握するもの、という程度の意味で、これまでさほど明確に定義されずに用いられてきた⁽²³⁾。

コルマンもまた、この語を明確には定義していない。むしろ彼は、本論を「行政行為 (Verwaltungsakt)」の概念の分析から始めている⁽²⁴⁾。そこでは、「行政行為」の概念が四種に分かたれる。すなわち、①最狭義の行政行為 = 行政庁の法律行為 (Rechtsgeschäfte)、②狭義の行政行為 (法律行為的行政行為) = 最狭義の行政行為 + 裁判所の裁判、③広義の行政行為 = 狭義の行政行為 + 準法律行為的行政行為、④最広義の行政行為 = 広義の

tet und vollendet) , Kormanns Einführung in die Praxis des Deutschen Verwaltungsrechts, 2.Aufl., 1930.

(23) *W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 12) も、そのタイトルに国家行為の語を関するが、それを明確に定義していない。比較的近時にこの語をタイトルに冠している *Jörg Lücke*, Vorläufige Staatsakte - Auslegung, Rechtsfortbildung und Verfassung am Beispiel vorläufiger Gesetze, Urteile, Beschlüsse und Verwaltungsakte, 1991 は、その副題のとおり法律、裁判および行政行為を扱うが、Staatsakte の語を明確に定義していない。そのほか、*Eckart Yersin*, Kritik der Lehre von den Staatsakten - Die herrschende Systematik, ihre Entstehung, ihre Unzulänglichkeit und ihre Überwindung, 1978, S.1 は、法律、裁判および行政行為に加えて、法規命令や行政規則、内部行為、事実行為、行政契約などもここに含める。

(24) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S.13ff.

行政行為 + 民法上の法律行為 + 純粹事實行為、の四種である⁽²⁵⁾。ここには、行政行為のほかには裁判所の裁判、民法上の法律行為および事實行為が含まれており、その限りで通常の行政行為の概念よりは広いものが把握されているが、法律や法規命令といった（実質的意味の）立法行為は含まれていない。予算に関しては、同書において考察外に置かれることが明言されている⁽²⁶⁾。コルマン曰く、タイトルに行政行為ではなく国家行為の語を用いたのは、自身の考察対象に裁判所の裁判が含まれることを訴訟法学者にとってわかりやすくするため⁽²⁷⁾であり、要するに法律行為的国家行為の概念は上記の狭義の行政行為を指すものであり、立法行為まで含めた体系の構築にはさほどの関心が示されていないようにも見える。

しかし、彼の公法総論の体系から立法行為が除かれているわけではない。法律や法規命令はたしかに法律行為には含まれないが、それとは区別される公法上の意思表示（Willenserklärung）に含まれるとされている⁽²⁸⁾。また、後にコルマンは、立法行為を法律行為とならぶ権原（Rechtstitel）の一つとしての「公法上の行為」の一つに位置付けている⁽²⁹⁾（1. 3. 2 参照）。したがって、彼の国家行為論は、不明瞭ながらも、立法行為をも含めた国家の行為一般に関する体系構築の枠組みとなりうるものであったと理解することができる。この点で、法律、行政行為および裁判を横断する概念構築に努めたラーバント、マイヤー⁽³⁰⁾との連続性をなお看取することができる。ただし、後に見るように、コルマンの効力論と瑕疵論との結合という理論構成は、やはり立法行為の特殊性を際立たせている（2. 3. 1 参照）。

1. 2 行政行為の効力

先述のとおり、コルマンの目的は、具体的な問題の解決に結びつくような実践的な一般理論の構築にあった。そのために彼が依拠したのは、具体

(25) aa.O., S.26f.

(26) aa.O., S.58.

(27) aa.O., S.27. 夙に、人見・前掲註（8）38頁。

(28) aa.O., S.19.

(29) *Kormann*, aa.O. (Anm. 19), S.36. ただし、「綱要」としての同論文では詳細に立ち入る必要は無いとされている。

(30) 巽・前掲註（1）172頁以下。

的な問題の解決と一般理論との緊密な結びつきを既に達成していると彼が見た、民法法の法概念および法理論である。一方で、コルマンが公権論について言及するのは、ゲオルグ・イエリネックの地位論ないし「身分」論 (Statuslehre) による公権論の具体的展開⁽³¹⁾ではなく、裁判実務を強力に指導した金字塔、『ドイツ民事訴訟法教科書』⁽³²⁾の筆者である、コンラード・ヘルヴィヒの権利保護請求権 (Rechtsschutzanspruch) 論である⁽³³⁾。他方で、国家行為論について彼が拠り所を求めたのは、私人の諸行為の分析のためにドイツ民法典 (BGB) およびその解釈論に結実した、法律行為 (Rechtsgeschäft) の概念であった⁽³⁴⁾。

同書においてコルマンは、法律行為的行政行為 (rechtsgeschäftliche Verwaltungsakte) と準法律行為的行政行為 (rechtshandlungsmäßige Verwaltungsakte) という二つの概念を駆使して、さまざまな論点に指針を付けようと試みた。彼はまず、民法典において用いられている法律行為の概念⁽³⁵⁾を敷衍し、法律行為とは、「行為者が望んだがゆえに生ずる法効

(31) G. Jellinek, a.a.O. (Anm. 17), S.94ff. 簡略な解説として、Jens Kersten, Georg Jellineks System - Eine Einleitung, in: ders. (Hrsg. und eingeleitet), Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. von 1905, 2011, S.37ff. イェリネックの体系が我が国の憲法解釈にもたらす示唆を鋭敏に汲み取るものとして、石川健治「人権論の視座転換——あるいは『身分』の構造転換」ジュリ 1222 号 2 頁 (2002)。

(32) Konrad Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1903; ders., Bd. 2, 1907; ders., Bd. 3 Abt. 1, 1909.

(33) Kormann, a.a.O. (Anm. 11), S.4. 権利保護請求権説の意義について参照、兼子一『実体法と訴訟法』105 頁以下 (有斐閣, 1957)。その来歴を丁寧に解明したものと、海老原明夫「公法としての権利保護請求権」法協 108 卷 1 号 1 頁 (1991)。なお、形成訴訟論との関係について参照、巽智彦『第三者効の研究——第三者規律の基層』95 頁以下 (2017)。

(34) Kormann, a.a.O. (Anm. 11), S.2.

(35) ただし、ドイツ民法典 (BGB) 上に、法律行為の定義規定は存在しない。コルマンが依拠したのは、BGB 第一草案理由書による、「法秩序により行為者が意欲したことを理由に生じるものとされた法効果の発生に向けられた私人の意思表示」という定義 (Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.1, 1887, S.126)、およびマニークによる法律行為概念の分析である (Alfred Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte - Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft, 1901, S.4ff., insb. S.15)。当時の民法学における法律行為概念

果を伴う行為」、換言すれば、「それによって行為者の意思が特定の法効果の発生に向けられるところの法的行為」であると述べる⁽³⁶⁾。他方で、法律行為に当たらない行為のうち、純粹に事実上の行為を除いたものを準法律行為 (Rechtshandlungen) とし、それを「法効果はその行為者の意思を考慮することなく結びつくところの行為」だと敷衍する⁽³⁷⁾。そして、この法律行為または準法律行為としての性質をもつ行政行為が、法律行為的行政行為または準法律行為的行政行為と位置付けられるのである。

1. 2. 1 法律行為的行政行為の拘束性 (Verbindlichkeit)

コルマンがこのように法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為とを区別するのは、それぞれに典型的に異なる処理が当てはまると考えるからである。コルマンが総論部分で述べているのは、行為者が法効果の発生を望まない旨を明確にしている場合の処理の違いと、条件 (Bedingungen) をはじめとする附款 (Nebenbestimmungen) の許容性の違い⁽³⁸⁾である⁽³⁹⁾。しかし、本稿にとって重要なのはむしろ、法律行為的行政行為の一般的性質 (allgemeine Eigenschaft) を示すものとして、「拘束性 (Verbindlichkeit)」の概念が用いられている点である。

コルマンによれば、拘束性とは、法律行為的行政行為に備わる、「意欲された法効果を発する能力 (Fähigkeit)」である⁽⁴⁰⁾。これはラーバントのいう「執行可能性 (Vollstreckbarkeit)」ないし「国法上の Rechtskraft」に相当するものとされている⁽⁴¹⁾。ラーバントのいう「国法上の Rechtskraft」は判決における「下命 (Befehl)」を意味し、「下命」とは「国

の把握を巡る議論には立ち入らない。

(36) *Kormann*, aa.O. (Anm. 11), S.18.

(37) aa.O., S.22. ここでも準法律行為の定義は BGB 第一草案理由書に依拠している (Motive, aa.O. (Anm. 35), S.127)。

(38) ただし、コルマン自身は準法律行為的行政行為に付款を付けることが不可能であるとまで主張したわけではなく、この点に関して日本におけるコルマンの理論の紹介には問題があったとされている。人見剛「西ドイツにおける行政行為の附款論」兼子仁編『西ドイツの行政行為論』43頁、117頁以下(成文堂、1987)。

(39) *Kormann*, aa.O. (Anm. 11), S.23f. 附款については特に、aa.O., S.135ff.

(40) aa.O., S.199.

(41) aa.O., S.199 Anm. 2.

家権力に服する者に対して、何かを給付し、行為し、または受忍する旨を命ずる」「一方的法行為 (Rechtsgeschäft)」であり、「法拘束的な指令 (rechtsverbindliche Anordnung)」とも称されていた⁽⁴²⁾。また、マイヤーのいう拘束力 (bindende Kraft) と同様に⁽⁴³⁾、コルマンのいう拘束性も、臣民に対して法関係を創出するものとして理解されている⁽⁴⁴⁾。

以上のように、コルマンの拘束性の概念は、ラーバントの下命、マイヤーの拘束力の概念を、法律行為的行政行為について敷衍したものである。すなわち、コルマンの拘束性は、(最狭義の) 行政行為と裁判とに共通する実体法的効力を包含するものと、ひとまず理解することができる。

1. 2. 2 形式行為 (Formalakt) の確定力 (Rechtskraft)

オットー・マイヤーによる拘束力の概念の導出に当たっては、確定力 (Rechtskraft) の概念を精緻化し、そこから実体法上の効力を切り離すという作業がなされた⁽⁴⁵⁾。コルマンもまた、拘束性を確定力から明確に区別している⁽⁴⁶⁾。のちにコルマンは、当時の民事訴訟法学が既判力 (materielle Rechtskraft) の内容を拘束力 (bindende Kraft) と説明する傾向にあったことに苦言を呈し、とくに民事訴訟法学者フリードリヒ・シュタインが既判力の語を拘束力 (bindende Kraft) に置き換えることを提唱した⁽⁴⁷⁾ことには、明確に反対した⁽⁴⁸⁾。

他方で、マイヤーは実質的確定力の作用として、裁判所の拘束のみならず処分庁自身の拘束、すなわち職権取消しおよび撤回の制限の問題をも論じていた⁽⁴⁹⁾。これに対してコルマンは、職権取消しおよび撤回の制限の

(42) 巽・前掲註 (1) 173 頁以下。

(43) 巽・前掲註 (1) 186 頁以下。

(44) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S.199f.

(45) 巽・前掲註 (1) 184 頁以下。

(46) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S.202.

(47) *Friedrich Stein*, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912, S.87. 既判力論におけるシュタインの功績について参照、巽・前掲註 (33) 151 頁以下。

(48) *Karl Kormann*, Besprechung: Friedrich Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1912. 2.80Mk., 1913, S. 253 (255, 257).

(49) 巽・前掲註 (1) 198 頁。

問題を、実質的確定力の作用から切り離した。すなわち、実質的確定力の備わる行政行為については、もちろんそれを取消しないし撤回する余地は小さいが⁽⁵⁰⁾、実質的確定力の備わらない行政行為についても、取消しないし撤回を行うためには一定の要件が必要であることを、類型的な分析から明らかにしたのである⁽⁵¹⁾。換言すれば、コルマンによって、処分庁の拘束（不可変更力）と他の国家機関の拘束（実質的確定力）とを区別する議論枠組みが整えられたのである⁽⁵²⁾。こうした枠組みは、フライナー⁽⁵³⁾や W. イェリネック⁽⁵⁴⁾の体系書でも採用され、定着してゆく。

また、マイヤーは確定力の備わる国家行為を行政裁判所の裁判に限定していた⁽⁵⁵⁾。この点に関しては、コルマンはマイヤーとほぼ同旨を説いている。曰く、すべての行政行為が確定力を備えるわけではなく、形式行為（Formalakt）のみがそれを備える⁽⁵⁶⁾。形式行為とは、特定の方式で強度に形式化された、再審の訴えのような特別の手続なくしてはもはや取り消すことのできない行為である⁽⁵⁷⁾。そして、そこには裁判所の判決（Urteile）のほか、収用裁決（Enteignungsbeschuß）や国籍付与決定（Naturalisation）といったわずかな例が属するのみとされている⁽⁵⁸⁾。

以上を要するに、コルマンの理解では、法律行為的行政行為のうち行政庁の行為には拘束性のみが備わり、法律行為的行政行為のうち裁判所の裁判（形式行為）には、拘束性に加えて実質的確定力ないし既判力が備わるということになる。他方で、法律行為に属さない立法行為や、準法律行為的行政行為については、拘束性も実質的確定力も備わらないことになる。

(50) *Kormann*, aa.O. (Anm. 11), S.365ff.

(51) aa.O., S.323ff, insb., S.354ff.

(52) 日本において両者が切り離される過程について参照、山本隆司「実質的確定力」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I（第 7 版）』142 頁、142-143 頁（2017）。

(53) *Fleiner*, aa.O. (Anm. 16), S.167ff.; *Fritz Fleiner*, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8.Aufl., 1928, S.199ff.

(54) *Walter Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, 1.Aufl., 1928, S.271ff.; *ders.*, *Verwaltungsrecht*, 3.Aufl., 1931, S.281ff.

(55) 巽・前掲註（1）198 頁。

(56) *Kormann*, aa.O. (Anm. 11), S.74, S.365ff.

(57) aa.O., S.365.

(58) aa.O., S.367. そこには労災保険の年金確定決定等の例も掲げられているが、のちの説明では省略されている（*Kormann*, aa.O. (Anm. 19), S.51）。

このことの具体的な意味については、拘束性と取消原理との結びつき(2)、および構成要件的効力と確認的効力との対比(3)という形で、のちにさらに分析を進める。

1. 3 法律行為概念の借用の意義

なお、コルマンの体系が根本において民法における法律行為の概念に依拠するものであったことは、それ自体において複雑な含意を有する。

1. 3. 1 法律行為的行政行為の帰趨

一方で、コルマンの体系においては、法律行為概念の学説史上の含蓄⁽⁵⁹⁾、とりわけ私的自治の観念との結合には、敢えて意識が向けられていない⁽⁶⁰⁾。当人が「差し当たり純粹に外面的なもの」と明言している⁽⁶¹⁾とおり、彼は法律行為の整序概念(Ordnungsbegriff)としての機能⁽⁶²⁾に

(59) *Martin Josef Schermaier*, vor § 104. Das Rechtsgeschäft, in: Mathias Schmoeckel/ Joachim Rückert/ Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd.1, 2003, S.354 (355ff.).

(60) コルマンが多く依拠するマニークは、「法律行為は私的自治に奉仕する法行為であるという点に関しては、学説は今日ではほとんど一致している」とする(*Alfred Manigk*, *Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch – Ein System der juristischen Handlungen*, 1907, S.637)。ただし、法律行為概念と私的自治の観念との結合それ自体が多分に難解である。本稿で立ち入る余裕はないが、個人の意思が法律による制限に服することを予定し、契約の拘束力の淵源を法律に求めることを前提とした議論(いわゆる契約自由およびその上位概念としての私的自治(Privatautonomie)論)と、契約の拘束力の淵源を当事者の意思に見出す議論(意思自治ないし意思自律(*autonomie de la volonté*)論)とが、当時の法律行為論においていかに交錯していたのかが、公法学にとっても興味深い点である。参照、村上淳一『ドイツ市民法史』24頁以下(東京大学出版会、1985)；星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」同『民法論集第6巻』201頁、210頁以下(有斐閣、1986)〔初出：1983〕；同「意思自治の原則、私的自治の原則」同『民法論集第7巻』117頁、119頁以下(有斐閣、1989)〔初出：1984〕；北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」芦部信喜ほか編『岩波講座基本法学4—契約』165頁、166頁以下(岩波書店、1983)。

(61) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S.8.

(62) *Schermaier*, a.a.O. (Anm. 59), S.358.

宿る普遍性⁽⁶³⁾に専ら着目し、それを公法学の体系の整序のための「外的システム」として援用したのである。もちろん、彼も公法上の現象を民事法のカテゴリーに押し込む (hineinzwängen) のは禁物だと述べており⁽⁶⁴⁾、民法学の概念の外面的な借用に留まることを良しとしたわけではない⁽⁶⁵⁾。しかし、法律行為という「容器」(Hülse)⁽⁶⁶⁾に満たされるべき公法学の「内的システム」は、ついに提示されなかった⁽⁶⁷⁾。

そうこうするうちに、法律行為との類比という観点自体が、ドイツの行政行為論において支持を失ってゆく。すなわち、法律行為的行政行為という概念構成は、すでに同時代において批判され、体系書から放逐された。W. イェリネック曰く、行政行為を法律行為と呼ぶのは、「その語感に鑑みて (mit Rücksicht auf das Sprachgefühl)」適切でない。というのも、「行政行為と法律との関係は、私人の法律行為のそれとは異なる」からである。すなわち、「行政行為の発布の授権は、私人の法律行為の発布の授権とは異なる態様を有し、それゆえに『法律行為的行政行為』という表現は推奨されない」⁽⁶⁸⁾。要するに、行為者が特定の効果を望んだが故に当該効果が発生するとする法律行為という概念は、法治国において基本的に法律からの授権を必要とし、また法律に拘束される行政行為には相いれないとされたのである⁽⁶⁹⁾。その後も、法律行為的行政行為という概念構成は、ドイツの行政法学において用いられなくなっていった⁽⁷⁰⁾。

(63) 石川博康「法律行為概念の歴史性と普遍性」民事研修 652 号 2 頁、7-8 頁 (2011)。

(64) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S.8.

(65) 参照、兼子仁・前掲註 (3) 114 頁。

(66) *Schermaier*, a.a.O. (Anm. 59), S.358.

(67) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』153 頁 (有斐閣、2000)。内的・外的システムの概念についても、同 6 頁註 5 を参照。

(68) *W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 54), 1.Aufl., S.251; *ders.*, 3.Aufl., S.259.

(69) 人見・前掲註 (8) 231-232 頁。

(70) 人見・前掲註 (8) 232 頁。たとえば、*Ernst Forsthoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1.Bd., 1.Aufl., 1950, S.159f. ただし、フォルストホフが法律行為的行政行為の概念に反対する理由は、イェリネックとは異なり、「他者を義務付ける、すなわち、優越的で強制的な権力を発効させる適格 (die Fähigkeit, andere zu verpflichten, eine überlegene, zwingende Gewalt in Wirkung zu setzen)」が行政行為の本質を成し、それが私人の法律行為には見られないという点にある。この点の含意には本稿では立ち入る余裕がない。

1. 3. 2 私人の法律行為との差異

他方でコルマンは、法律行為に類比して行政行為を捉えながらも、(法律行為的)行政行為に私人の法律行為とは異なる特徴が備わること否定したわけではなかった。この点では、コルマンはむしろオットー・マイヤーの理解を忠実に引き継いでいる。すなわち、マイヤーもコルマンも、行政行為の効力の淵源を法律ではなく行政行為それ自体に求め、この点に私人の法律行為との質的な違いを見出す。コルマン曰く、行政行為はそれ自身に基づいて生じるのであり、私人の法律行為のようにその効力を法律から借用するのではない⁽⁷¹⁾。

その後コルマンは、行政行為を公法上の権原 (die publizistische Rechtstitel) の一つに位置づけた⁽⁷²⁾。コルマンはこの権原を、「公法上の法関係の発生、変更および消滅をそれ自体として可能とする要件」として捉えている⁽⁷³⁾。しかしここでも、権原としての位置づけが、行為自体に由来する効力という発想からの離脱を直ちに意味するわけではなかった⁽⁷⁴⁾。曰く、「行政行為の拘束性の本質は、行政行為がその中に体现された高権的な行政の意思を理由とする固有の力を由来として、すなわち法律と無関

(71) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S.218. ここでコルマンはマイヤーの著作を明示的に参照している。

(72) 『公法総論綱要』(*Kormann*, a.a.O. (Anm. 19)) は、第1章：関係人 (Beteiligten) ないし法主体 (Rechtssubjekt)、第2章：法客体 (Rechtsobjekt) ないし物 (Sache)、第3章：法関係、第4章：権原、第5章：公法上の権利行使と権利保護、というかたちで構成されている。参照、人見・前掲註 (5) 443-444 頁。公法上の権原には、①公法上の行為 (die publizistischen Handlungen)、②時の経過 (Zeitablauf)、③その他の事象 (sonstige Ereignisse) を数える。さらに、①公法上の行為には、i 法律を含む法規 (いわば狭義の公法上の行為)、ii 公法上の法律行為 (das publizistische Rechtsgeschäft) (法規の性質をもたない公法上の意思表示 (Willenserklärung))、iii 公法上の準法律行為 (Rechtshandlungen) を数える (*Kormann*, a.a.O. (Anm. 19), S.36f.)。なお、コルマンは公法上の法律行為を行政行為と呼び、そのうち、一方的なものを処分 (Verfügung)、双方向的なものを合意や契約と呼ぶ (a.a.O., S.39f.)。

(73) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 19), S.920.

(74) 民法学における契約の法的拘束力の根拠に関する議論について、前掲註 (60) を参照。

係に作用することにある。これに対して、準法律行為の本質は、その効力が特別の行政の意思にではなく、法律それ自体に基づくという点にある」⁽⁷⁵⁾。すなわち、この段階でもなお、コルマンは（法律行為的）行政行為の効力を法律ではなく行政の意思表示それ自体に求める理解を堅持していた⁽⁷⁶⁾。

そしてこの論点は、マイヤーにおいては彼の著名な行政行為の「自己証明（Selbstbezeugung）」ないし「適法性の推定（Vermutung der Gültigkeit）」の原理に結びついていた⁽⁷⁷⁾。やはりコルマンも、この問題を行政行為の瑕疵論に結びつけることになる。項を改めて見よう。

2. 拘束性と取消原理

コルマンが把握した法律行為的行政行為の拘束性（Verbindlichkeit）は、「違法な行為も取り消されるまでは有効」という取消原理に明示的に結び付けられている（2. 1）。さらに、その機能は司法裁判所の審理権限の排除の場面に拡大されており、取消原理の正当化根拠もまた、争訟制度の建付けに引きつけて理解されている（2. 2）。

2. 1 拘束性の具体的内容

改めて、コルマンの拘束性の概念の内容を見よう。拘束性とは、「意欲する法効果を発するのための行政行為の能力（Fähigkeit）」である。この拘束性の概念が、ラーバントの「下命」、マイヤーの「拘束力」の概念を参照して構築され、ひとまずは実体法上の効力として理解されることは、先に見た通りである（1. 2. 1 参照）。

(75) *Kormann*, aa.O. (Anm. 19), S.119.

(76) なお、W. イェリネックに先立ち、コルマンが行政行為を要件事実として捉え、その効力の淵源を法律に求めていた可能性が指摘されている（人見剛「ドイツ『行政行為』概念の日本行政法学への影響について——第二次大戦前まで」高橋滋＝只野雅人『東アジアにおける公法の過去、現在、そして未来』65頁、76頁以下（国際書院、2012）しかし、管見の限りコルマンは最後までマイヤーの理解を堅持し、（法律行為的）行政行為の効力の淵源を行政の意思表示それ自体に求めている。

(77) 巽・前掲註（1）193頁以下。

2. 1. 1 実体法上の効力？

しかしながら、ラーバントもマイヤーも、この実体法上の効力の詳細は明らかにしていなかった⁽⁷⁸⁾。この点についてコルマンも多くを語らないが、ベルナツィクの公証 (Beurkunden) に関する叙述を参照している点が示唆的である⁽⁷⁹⁾。ベルナツィク曰く、「法の宣言」(Rechtssprechung) には実質的確定力が備わるが、それとは区別された公証行為には証明力 (Beweiskraft) が備わるのみである。そして、証明力は、反証を許す点で、実質的確定力からは区別される⁽⁸⁰⁾。他方のコルマンは、実質的確定力は法律行為的行政行為のうち判決をはじめとする形式行為にのみ備わるとする一方で (1. 2. 2 参照)、公証は法律行為的行政行為ではなく準法律行為的行政行為の一つに含める⁽⁸¹⁾。

このような整理の下では、法律行為的行政行為の拘束性は、形式行為の実質的確定力はもちろんのこと、準法律行為的行政行為たる公証の証明力とも異なる効果を持つことになるはずである。具体的には、それは実質的確定力のように、再審手続きを経ることなくしてはそれに対する不当の主張を一切許さないものでも、証明力のように証明度の増加をもたらすものでもないこととなる。すなわちここでは、実質的確定力や証明力のような手続的効力を含意しない、純粹に実体法上の効力⁽⁸²⁾として拘束性が理解されているようにも見える⁽⁸³⁾。

(78) 異・前掲註 (1) 200 頁。

(79) *Kormann*, aa.O. (Anm. 11), S.199 Anm. 1.

(80) *Edmund Bernatzik*, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, S.133.

(81) *Kormann*, aa.O. (Anm. 11), S.129.

(82) 異・前掲註 (33) 183 頁以下では、これを「基準性」と呼んだ。

(83) ベルナツィクと並んでコルマンが引用するショーレンベルガーは、確認 (Feststellung) および公証 (Beurkundung) とは異なり、処分 (Verfügung) は「その本質により義務付け (下命) または授權 (権利付与) または調整 (判決) を特徴とする」と述べる (*Johann Schollenberger*, *Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone*, Bd.3, 1899, S.194) が、これは効果ないし効力の面における差異を述べるものではなく、本稿にとっては示唆に乏しい。

2. 1. 2 手続法上の効力——取消原理との結合

しかしむしろ、当時からコルマンは、この実質的確定力とも証明力とも異なる効力を、取消原理に結びついたある種の手続法上の効力として観念していた。マイヤーのいう拘束力 (bindende Kraft) と同様に⁽⁸⁴⁾、コルマンのいう拘束性も、臣民と国家の二面拘束性を予定している。曰く、拘束性は、一方で臣民に対しては行政行為が創出する法関係とその範囲の問題として、他方で国家に対しては「取消しないし撤回がされない限り、国家も行政行為を前提に行動しなければならない」という命題として妥当する⁽⁸⁵⁾。この後者の国家に対する拘束性の説明は、「違法な行為も取り消されるまでは有効」の命題、すなわち取消原理の妥当を示唆する。

この点がより明確になったのは、後の『公法総論綱要』においてである。コルマン曰く、「行政行為の拘束性 (Verbindlichkeit) の原理が意味するのは、行政行為は、それがそもそも行政行為であれば、無効の場合の例外を除いて、法律違反ゆえに取り消し可能なものを含めて、それが取り消されない限りは、関係者および他の国家官庁から存在するものとして承認されなければならない、正式な手続きにのっとることなく否認されえないということである」⁽⁸⁶⁾。すなわちここでは、拘束性の具体的内容が、「違法でも取り消されるまでは有効」という命題に等しいことが示されたのである⁽⁸⁷⁾。

(84) 異・前掲註 (1) 186 頁以下。

(85) *Kormann*, a.a.O. (Anm.11), S.199f.

(86) *Kormann*, a.a.O. (Anm.19), S.49. なお、*Karl Kormann*, *Verwaltungsakte*, in: *Max Fleischmann/ Karl Freiherrn von Stengel* (Hrsg.), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 1914, S.718ff. (724) も、同旨の解説である。

(87) この点についてマイヤーは、行政行為の拘束力の内部効果の作用として、ある行政庁が同一事件において (in eodem re) 同一当事者に対して (gegen eandem personam) 行為をする場合、当該行為は、最初の行政行為によって与えられた状態に基づいて構築されねばならないと述べるが、取消原理への言及はない。*Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.Band, 3.Aufl., 1924, S.96.

2. 2 取消原理の確立

以上のように、コルマンは行政行為の効力論に取消原理を統合した。さらに重要なのは、コルマンが、拘束性ないし取消原理の機能を、司法裁判所の審理権限の制限に見出した点である。この点は、マイヤーの取消原理が明確には意味していなかった点であり、我が国における公定力の概念の定着を強力に後押ししうるものであった。

2. 2. 1 司法裁判所の審理権限の限定

コルマンは、取り消しうるに留まる行為と、無効の行為との差異を、以下のように説明する。曰く、「取り消され得る行為の効力を否定する宣言 (Unwirksamerklärung) がなされるまでは、その瑕疵ある状態 (Mangelhaftigkeit) にもかかわらず、当該行為は存在するものとして尊重されねばならない (muss ... respektiert werden)」⁽⁸⁸⁾。これに対して、無効の行政行為は取消しを必要とせず、いかなる私人、行政庁、裁判所も単にそれを無視することができる。私人は無効の命令に対しては服従 (Gehorsam) を拒否することができ、無効の判断は例えば刑事手続において付随的になすことができる。論理を徹底させると、無効の行政行為に対する取消訴訟は不適法であるが、法的安定性の利益のために特別な無効の宣言を認めるべきであり、それがなされる場合、それは純粹に宣言的に作用する⁽⁸⁹⁾。

ここでコルマンが、刑事手続における行政行為の無効の付随的主張を問題としていることから分かるように、ここでは、取り消されうるに留まる行政行為に対しては私人は取消訴訟を提起しなければその効力を否定することができないという現象、すなわち取消手続の排他性が念頭に置かれている。この現象を行政行為の尊重ないし行政行為への服従という場合⁽⁹⁰⁾、

(88) *Kormann*, a.a.O. (Anm.11), S.208.

(89) a.a.O., S.206f.

(90) なお、夙に *W. イェリネック* は、司法裁判所は、瑕疵ある医師免許であっても、それが無効でない限りは、医師からの報酬支払請求訴訟や秘密保持義務違反の罪の刑事訴訟において、免許の存在を前提としなければならないという現象を指して、司法裁判所が行政行為を「承認する (zuwilligen)」と説明していた。 *W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 12), S.46.

それは、マイヤーが警察下命の拘束力の外部効果の作用として述べた服従義務 (Gehorsamspflicht) とは異なることになる。すなわち、マイヤーはこの服従義務に司法裁判所の審理権の制限を含意させず、手続法上ないし訴訟法上の意義を明確には認めなかった⁽⁹¹⁾が、コルマンが念頭に置いているのは、まさにそうした手続法上ないし訴訟法上の意義なのである。このことは、コルマンが国家に対する拘束性の説明において、行政よりも裁判所の拘束が重要とした点にも現れている⁽⁹²⁾。

こうしたコルマンとマイヤーの取消原理の含意の違いは、コルマンがそれを公法分野における「法的救済の本質 (Rechtsmittelwesen)」に結び付けて説明している点に、より明瞭に現れている。曰く、「確かに、最高裁の判決や最上級行政庁の行為のように、法的救済によって取り消しえない処分も存在する；しかし、処分の違法性を法的救済の利用により主張することで処分を否定する例外が存在する。これに対応して、行政行為は取消しがなされるまでは有効とみなされるのである」(傍点筆者)⁽⁹³⁾。すなわち、行政行為が「違法でも取り消されるまでは有効」とされるのは、行政行為を取り消す争訟手段が用意されていることに対応したものである⁽⁹⁴⁾。取消原理が意味するのは、当該争訟手段 (取消訴訟) に他の争訟手段との関係で排他性が認められることに他ならない。

このように、取り消しうるに留まる行政行為は取消制度の排他性に服し、無効の行政行為は取消制度の排他性を免れるという、現在まで続く瑕疵論の基本的枠組みが、コルマンにおいては拘束性という行政行為の効力に結びつけられた。換言すれば、我が国の公定力の手続的契機の端緒は、ここに明瞭に見出されるのである⁽⁹⁴⁾。

2. 2. 2 取消原理の不用意な一般化

このように、(法律行為的) 行政行為の効力 (拘束性) の作用として、行政行為に対する司法裁判所の審査権の排除を一般的に認める理解は、コ

(91) 異・前掲註 (1) 193 頁以下、特に 194 頁。

(92) *Kormann*, aa.O. (Anm.11), S.200.

(93) aa.O., S.217f.

(94) このような観点からすれば、兼子仁・前掲註 (3) 116 頁がコルマンを「実体法的公定力説」と評するのは性急であるように思われる。ただし、後掲註 (119) も参照。

ルマンによって初めて示された。しかしコルマンは、こうした理解を十分に正当化していない。

一方でコルマンは、行政行為に対する司法裁判所の審査権を一般的に排除することの正当性を、マイヤーの自己証明 (Selbstbezeugung) ないし適法性の推定 (Vermutung der Gültigkeit) の概念によって基礎づけようとしている。しかし、先に見た通り、マイヤーは取消原理を司法裁判所の審理権限の排除に明確には結びつけていなかったものであり⁽⁹⁵⁾、マイヤーの議論を援用するだけでは、行政行為一般についての取消訴訟の排他性を論証することにはならない。

他方でコルマンは、行政行為の拘束性の作用として説明される諸例を縷々紹介する⁽⁹⁶⁾。しかしこれらの例は、そこに拘束性が妥当していることの説明にはなりうるものの、行政行為一般に拘束性が備わることを論証するものではない。コルマンが冒頭に挙げる収用計画の最終決定の例を具体的にしよう。当時のプロイセン土地収用法 (Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. 6. 1874 (EntG)) 上の収用計画の最終決定 (21 条) に対する訴願 (22 条)⁽⁹⁷⁾ については、その他の公法上または民事上の訴訟に対する関係で排他性が認められており⁽⁹⁸⁾、かつ訴願に対する応答に対してさらに訴訟を提起することはできないとされていた⁽⁹⁹⁾。その理由はさほど明確に説明されていないが、一方で収用裁決ないし収用宣告⁽¹⁰⁰⁾が出されるまでは、起業者から被収用者に対する占有移

(95) 前掲注 (91) 参照。

(96) *Kormann*, a.a.O. (Anm.11), S.218ff.

(97) 参照、渡邊宗太郎『土地収用法論』101 頁以下 (弘文堂、1929)；芝池義一「ドイツにおける公法学的公用収用法理論の確立 (三・完)」法学論叢 93 巻 4 号 63 頁以下 (1973)；棟居快行「公用収用法理の展開と発展可能性 (三)——損失補償制度の一考察」神戸法学雑誌 32 巻 4 号 833 頁、847 頁以下 (1983)；角松生史「土地収用手続における『公益』の観念——1874 年プロイセン土地収用法を素材として」社会科学研究 48 巻 3 号 147 頁、170 頁以下 (1996)。なお、計画確定手続と補償手続とは明確に分離され、前者に対する訴願期間の満了後または訴願の棄却後に初めて後者が進行することとなっていた (Vgl., *Georg Eggar*, Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874, 2.Bd., 3.Aufl., 1911, S.162f.)。

(98) *Eggar*, a.a.O. (Anm. 97), S.167. 後の *W. Jellinek*, a.a.O. (Anm. 54), 3.Aufl., S.407 もこの解釈を採用している。

(99) *Eggar*, a.a.O. (Anm. 97), S.162.

転請求権は発生しないという解釈⁽¹⁰¹⁾が、他方でこの請求権は行政強制 (Verwaltungszwang)⁽¹⁰²⁾ によってのみ担保されており、その実質は行政命令 (Verwaltungsanordnung) であるという解釈⁽¹⁰³⁾が、この訴願の排他性を基礎づけうる。その当否はさておき、要するに、この例はあくまで取用手段の分節化を行った当該実定法の解釈により訴願手段の排他性を論証しうるものだったのであり、この例を根拠に他のすべての行政行為についてまで司法裁判所の審理権限の排除を認めることはできないはずである。

2. 2. 3 取消原理の裏付けの不明瞭さ

そもそも、マイヤーが国家行為一般の「自己証明」を導き出すにあたって援用した判決における取消原理⁽¹⁰⁴⁾は、民事訴訟法典に規定された上訴・再審制度によって裏づけられるものであり、行政行為に関しても、本来であればそのような実定法上の基礎を探究すべきであった。また他方で、適法性の推定の理論に関してマイヤーが依拠した⁽¹⁰⁵⁾ラーバントの「承認理論」⁽¹⁰⁶⁾は、ライヒ法律の制定に関する各国家機関の権限に関する

(100) プロイセン取用法では、計画確定手続および補償手続の完了後、起業者の申立に応じて地区委員会 (Bezirksausschuss) が被取用者に対して取用地の明渡しを内容とする取用宣告 (Enteignungserklärung) を発し (§ 32 Abs.1 EntG)、当該宣告によって被取用者は占有移転義務を負い (§ 32 Abs.2)、取用地の所有権が起業者に移転する (§ 44) こととされていた。

(101) *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Band, 3.Aufl., 1924, S.14.

(102) プロイセン法では、当該義務は、一般ラント行政法 (Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung, v. 30. 7. 1883) 上の強制執行手続によって執行されうると解されている。*Emil Koffka*, *Kommentar zum Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, 2.Aufl., 1913, S.269.

(103) *Mayer*, a.a.O. (Anm. 101), S.30.

(104) *Mayer*, a.a.O., (Anm. 15), Bd. 1, S.99.

(105) 曰く、「この高権的行為の適法性の証明の法制度は、その表現をとりわけ法律の理論に見出した。憲法に適合する法律を公布 (kundgeben) した者は、同時に、その適法な成立の要件の存在を証明する (bezeugen) 資格があり、この証明はその者が行った公布それ自体によってなされるのである。これが発布 (Promulgation)、認証 (Ausfertigung) その他の名称で呼ばれるものの法的な意義である」。Mayer, a.a.O. (Anm. 15), Bd. 1, S.282, Anm.17. 後の版においては、ラーバントがこの理を法律に限って用いるのは狭すぎるとする。*Mayer*, a.a.O. (Anm. 87), S.96 Anm.8.

ドイツ帝国憲法の関連条文の解釈の上に成り立つ、裁判官の法律審査権に関する議論のコロラリーであり⁽¹⁰⁷⁾、行政行為に転用することは困難な理論であった⁽¹⁰⁸⁾。すなわち、行政行為に関する自己証明ないし適法性の推定の理論は、そもそもその正当化に成功していなかったのである。

要するにコルマンは、マイヤーが説くところの自己証明ないし適法性の推定概念を、司法裁判所の審理権限の限定を含意するものとして拡大解釈し、また司法裁判所の審理権限が限定されることそれ自体の正当性を論証することなく、それがすべての（法律行為的）行政行為に妥当するものとして、不当に一般化してしまった。

2. 3 取消原理の法律行為的行政行為への限定

コルマンは、以上のように拘束性を法律行為的行政行為の特徴として一般化する一方で、それを法律行為的行政行為のみの特徴であるとしていた。したがって、拘束性の概念に結びついた取消原理も、法律行為的行政行為のみに妥当するものであり、一方で法律や法規命令といった立法行為や、他方で準法律行為的行政行為には、取消原理は備わらないことになる。

2. 3. 1 立法行為の瑕疵論

マイヤーは、その適法性の推定の理論を法律からの類比で導き出した（2. 2. 3 参照）ことからわかる通り、個別具体的な行政行為のみならず、一般性および抽象性を有する命令（Verordnung）についても取消原理が妥当するものと理解していた⁽¹⁰⁹⁾。これに対して、コルマンは、法律や命令には「取り消し得る（anfechtbar）」状態が観念できず、有効か無効かしか有り得ないと述べ⁽¹¹⁰⁾、命令には取消原理が妥当しないことを明確にした。その理由は十分に述べられていない⁽¹¹¹⁾が、コルマンが取消原

(106) *Paul Laband*, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 2Bd., 1.Aufl., 1878, S.43ff.; *ders.*, 2Bd., 5.Aufl., 1911, S.44ff.

(107) 参照、穴戸常寿『憲法裁判権の動態』53頁以下（弘文堂、2005）〔初出：2002〕；畑尻剛「肯定・集中論の萌芽——19世紀ドイツ」同『憲法裁判研究序説』10頁以下（尚学社、1988）〔初出：1984〕。

(108) 参照、塩野宏・前掲註（7）135頁註10。

(109) 巽・前掲註（1）195頁註137。

(110) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 11), S.19, S.217.

(111) a.a.O., S.217 Anm.3; *Kormann*, a.a.O. (Anm. 19), S.36.

理を手続の排他性に結び付けて理解していた（2. 2. 1 参照）ことに鑑みるならば、コルマンが法律や命令について取消原理を採用しないのは、当時の法制上、法律や命令の効力の否定を直接の目的とする訴訟、換言すれば法律や命令を「取り消す」訴訟が想定されていなかったことに対応するのだと見ることができる。

なお、法律や命令を「取り消す」訴訟が想定されていなかったという制度的前提は、マイヤーにも共有されていたはずであり、それでもマイヤーが法律や命令について取消原理を採用したということは、翻ってマイヤーの取消原理がコルマンのそれとは異なり、手続の排他性を含意していなかったことを裏付ける（2. 2. 1 参照）。マイヤーのみならず、たとえばコルマンが自身の見解に対する反対説として挙げている⁽¹¹²⁾ トーマも、取消原理に司法裁判所の審理権限の排除の含意を認めていなかった。トーマは一方でマイヤーに賛成し、瑕疵ある命令が当然に無効となるわけではないとする。しかしながら他方で、瑕疵があるが有効である命令の外部効果（臣民の服従義務）を否定しており、それへの不服従は刑罰の対象とならないとしている。そして、命令の外部効果の有無に関しては司法裁判所が完全な審理権を持つというのである⁽¹¹³⁾。

2. 3. 2 準法律行為的行政行為の瑕疵論

他方でコルマンは、拘束性こそが法律行為的行政行為を準法律行為的行政行為から区別する指標であると述べ、準法律行為的行政行為にも拘束力が備わらない旨を明らかにしている⁽¹¹⁴⁾。ここでもコルマンは、拘束性を司法裁判所の審理権の排除に結びつけている。すなわち曰く、拘束性のない準法律行為的行政行為について認められる法的救済（Rechtsmittel）は「準法律行為の外観を除去するだけであって、実質的な法状態の変動はもたらさない…確認訴訟であ」り⁽¹¹⁵⁾、準法律行為的行政行為の効力は他の訴訟の前提問題として付随的に争うことができるとされる。

(112) *Kormann*, aa.O. (Anm. 11), S.217 Anm.3.

(113) *Richard Thoma*, *Der Polizeibefehl im Badischen Recht*, 1.Teil., 1906, S.466f., S.467 Anm.20. なお、トーマが無効の命令と瑕疵があるが有効の命令を区別するのは、前者で有れば内部効果すら生じないとする点にある。

(114) *Kormann*, aa.O. (Anm. 11), S.199.

(115) aa.O., S.212 f.

しかしコルマンは、ここでは取消原理を取消訴訟の排他性の問題に還元する論旨よりも、法律行為との対比という論旨を優先しているように見える。曰く、準法律行為的行政行為の効力は私人の法律行為と同様に法律に直接由来するため、私人の法律行為と同様に、違法であれば原則として無効である⁽¹¹⁶⁾。すなわち、「行政行為の拘束性の本質は、それが行政行為において体现されている官憲的な行政の意思 (obrigkeitliche Verwaltungswillen) を理由にその固有の力を由来として作用している点にある」が、準法律行為的行政行為はその効力が法規に直接由来するため、準法律行為的行政行為においては法律の予定する要件を充足しているか否かが問題となるのみであり、したがって準法律行為的行政行為の「取り消し得る瑕疵」は観念できず、有効無効の問題が生ずるだけである⁽¹¹⁷⁾。ここでは、法律行為との対比を通じて、行為の効力の淵源を法律に求めるか、行為者の意思ないし行為それ自体に求めるかという論点 (1. 3. 2 参照)⁽¹¹⁸⁾が、取消原理の有無、すなわち当該行為を取り消すための訴訟の排他性の有無という問題に関わっていることが示されている⁽¹¹⁹⁾。

3. 構成要件の効力と確認的効力

コルマンはその後、民事訴訟法学者 F. シュタインの論考に触発されて、行政と司法の相互関係の分析に取り組み、行政行為の効力論をさらに展開させた。具体的には、拘束性と実質的確定力との対比になぞらえて、その後のドイツ公法学においても多用されることとなるものの、構成要件の効力と確認的効力という対比を行うに至った⁽¹²⁰⁾。この対比からは、翻っ

(116) a.a.O., S.218.

(117) *Kormann*, a.a.O. (Anm.19), S.119f.

(118) 前掲注 (60) も参照。

(119) 無効の行政行為に対する取消訴訟の実質は確認訴訟であるとのコルマンの叙述について、私人の法律行為との実体法上の対比の論理が先行していると評価する兼子仁・前掲註 (3) 119 頁註 15 の分析は、この準法律行為的行政行為に関する叙述にはよく当てはまる。

(120) 我が国では、裁判所の先決問題の審理権や公定力の範囲といった形で論じられてきた問題に関わる。参照、柳瀬良幹「先決問題の観念」『行政法の基礎理論 (二)』3 頁 (有斐閣、1941) [初出：1939]；同「司法裁判所の先決問題審理権」同 41 頁、53 頁以下 [初出：1939]；雄川一郎「先決問題について」同『行政争訟の理論』504 頁、528 頁以下 (有斐閣、1986) [初出：1950]；遠

てコルマンの観念する拘束性の内容がより明確になる。

3. 1 構成要件の効力の事例

コルマンは、構成要件の効力を「国家行為それ自体がその存在という単なる事実によって有するところの効力」、確認的効力を「国家行為がその存在を正当化する事実または要件の確定について有する効力」と、それぞれ定義する⁽¹²¹⁾。そして、自身が国家行為論の分析において用いた拘束性の概念を構成要件の効力に、実質的確定力の概念を確認的効力にそれぞれ結び付け、前者は法律行為的行政行為一般の特色であるが、後者は形式行為 (Formalakt) (1. 2. 2 参照) のみの特色であるとする⁽¹²²⁾。コルマンはこの構成要件の効力と確認的効力との対比の論理を用いて、以下のような諸例を考察する。

まず、司法裁判所の裁判の構成要件の効力が行政庁を拘束する作用について、窃盗罪の有罪判決を下された被告人に対する行政上の措置 (官吏に対する懲戒処分、警察許可のはく奪など) が例に挙げられている。すなわち、一方で、当該措置の根拠法が、「有罪判決を受けたという事実」を要件とするのであれば、行政庁はそもそも当該被告人が本当に窃盗の罪を犯したのか、すなわち当該有罪判決の正当性ないし不当性を論ずることなく、したがって当該有罪判決の確認的効力が行政庁に及んでいるか否かに関わりなく、当該措置をとらねばならない。これは、当該有罪判決の構成要件の効力の作用である。他方で、当該措置の根拠法が、「窃盗の罪を犯したという事実」を要件とするのであれば、「有罪判決を受けたという事実」のみでは行政庁は当該措置をとることができず、自身で「窃盗の罪を

藤・前掲註 (3) 270 頁以下；小早川光郎「先決問題と行政行為——いわゆる公定力の範囲をめぐる一考察」田中二郎古稀『公法の理論 (上)』371 頁 (有斐閣、1976)；人見剛「行政行為の公定力の範囲——ドイツ法を素材とする一考察」高柳信一古稀『行政法学の現状分析』219 頁、223 頁以下 (勁草書房、1991)；山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商 130 巻 4・5 号 640 頁、648 頁以下 (2004)；太田匡彦「行政行為——古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐる」公法研究 67 号 237 頁、249 頁註 28 (2005)。

(121) *Karl Kormann*, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd.7, 1913, S.1ff. (14); *Kormann*, a.a.O. (Anm. 48), S.256.

(122) *Kormann*, a.a.O. (Anm. 121), S.15; *Kormann*, a.a.O. (Anm. 86), S.724.

犯したという事実」の存否を確定する必要がある。この場合、その点についての認定に当該有罪判決の確認的効力が及んでいない限りは、行政庁は当該措置の名宛人が「窃盗の罪を犯した」かどうかを自身で判断することになる⁽¹²³⁾。ここでは、構成要件の効力は作用しない。

次に、これとは逆に、司法裁判所に対する行政行為の構成要件の効力の作用の例も挙げられている。曰く、司法裁判所は、無許可操業の罪の審理において漁業許可 (Fischererlaubnis) の取消し (Zurückziehung) の構成要件の効力を受ける⁽¹²⁴⁾が、公務員の俸給請求訴訟においては免職処分⁽¹²⁵⁾の構成要件の効力を受けない⁽¹²⁵⁾。前者と異なって後者は、行政行為が司法裁判所の本案判断の付随的な争点 (Inzidentpunkt) として考慮される場合であり、その場合には、行政行為が成立したか否かのみならず、それが適法に成立したか否かもまた問題となる⁽¹²⁶⁾。要するに、俸給請求権の消滅要件を構成するのは「免職処分を受けたという事実」のみではなく、「免職処分に値する非違行為が存在するという事実」もそうなのであり、後者の事実に関する確認的効力が及ばない限りは、司法裁判所は後者を審理することで俸給請求権の存否を判断することになる、という趣旨に理解することができる。

3. 2 構成要件の効力の作用

この構成要件の効力と確認的効力との対比は、コルマンが民事訴訟法学者シュタインの論考に反応して編み出したものであることからわかる通り、民事訴訟法における判決の効力論との関係が深いものである。

コルマンが構成要件の効力を肯定している例を敷衍しよう。コルマンの理解によれば、漁業許可の例では、無許可操業の罪の構成要件該当性は、許可処分の不存在のみによって基礎づけられ、許可処分ないしその職権取消しの適法性とは無関係ということになる。ここでは、漁業許可の不存在ないし許可の取消しの事実そのものが、無許可操業の罪の要件として機能しており、漁業許可の取消しの適法性はそもそも当該罪の構成要件に含まれない。したがって、漁業許可の不存在ないし許可の取消しの事実が否定

(123) *Kormann*, aa.O. (Anm. 121), S.13f; *Kormann*, aa.O. (Anm. 48), S.255.

(124) *Kormann*, aa.O. (Anm. 121), S.16.

(125) aa.O., S.16f.

(126) aa.O., S.16f.

されない限りは、司法裁判所は当該罪の構成要件該当性を肯定せざるを得なくなる。この論理は、コルマンが高く評価する民事訴訟法学者ヘルヴィヒ (1. 2 参照) が支持し、当時の民事訴訟法学における形成判決の対世効の説明として一般的であった⁽¹²⁷⁾、単一要件説の下での「形成力」(Gestaltungswirkung)⁽¹²⁸⁾と同様の構造を有している。

これに対して、上記の公務員の俸給請求訴訟の例では、俸給請求権の消滅要件は、免職処分が存在だけでは満たされず、免職処分の前提としている懲戒事由の存在、すなわち免職処分の適法性もまた、俸給請求権の消滅要件を構成している。この状況下では、司法裁判所は免職処分の適法性の審理を通じて、俸給請求権の消滅の有無を審理できることになる。これは、夙にゼツェルが採用し、後に民事訴訟法学者ゴルトシュミットが明確にした二重要件説の議論構造そのものであり⁽¹²⁹⁾、コルマンのいう確認的効力は、形成の適法性についての争いを封じる既判力 (materielle Rechtskraft) と同様に作用するものであると解される。

3. 3 形成的行為と確認的行為？

他方でコルマンは、構成要件の効力と確認的効力との対比に、形成的国家行為 (rechtsgestaltende Staatsakte) と確認的国家行為 (feststellende Staatsakte) という対比⁽¹³⁰⁾をさらに関わらしめる。曰く、「ドイツ人が国籍をはく奪される場合や、官吏が官職を剥奪される場合、ある者が免許、警察許可、称号、勲章を行政行為によって剥奪される場合には、これらの国家行為の構成要件の効力は、関係者がもはやドイツ人ではなく、官吏ではなく、免許、警察許可、称号、勲章の保有者ではないという形で、また確認的効力の問題を考慮することなしに、例えば刑事裁判官がその者を外国人として、非官吏として、免許、警察許可、称号その他を有さない者と

(127) 巽・前掲註 (33) 150 頁以下。

(128) 巽・前掲註 (33) 188 頁以下。同書ではこれを「疑似的排除効」と呼んだ。

(129) 巽・前掲註 (33) 163 頁以下。

(130) *Kormann*, aa.O. (Anm. 121), S.14 によれば、形成的国家行為には法創造的 (rechtsschaffende)、法変動的 (rechtsändernde) および法破棄的 (rechtsvernichte) 国家行為が含まれる。これらの分類は、既に *Kormann*, aa.O. (Anm.11), S.63 で積極的行為 (positive Akte) の下位分類とされ、縷々解説されている (aa.O., S.65ff.)。

して扱わなければならないという形で現れる。しかし、純粋な確認判決に関しては、なんら法変動がもたらされず、単に既判力の主観的範囲に関する一般的原理により当事者間に確認が作用し、構成要件的効力は、この内容の判決がこれらの当事者の下で有効に出されたことに限定される」。そして、法形成的国家行為の構成要件的効力はいかなる者に対しても認められるが、確認的国家行為のそれは法律が明確にその旨を規定していない限りは当事者以外の者には及ばない、とする⁽¹³¹⁾。

ここでコルマンは、以下のような例を挙げる。被相続人が遺言を残したが、そこには遠い親戚を相続人にする旨が記されていた。そこで唯一の法定相続人である息子は、遺言により相続人に指定された者に対して遺言無効確認訴訟を提起し、勝訴判決を得た。問題は、この判決が、税務署に対していかなる効力を有するかである。コルマン曰く、遺言無効確認判決は確認的行為であり、既判力の相対性の原理に照らして、税務署は息子を相続人として承認しなければならないわけではなく、税務署が遺言により相続人として指定された者に相続税を課すことを一律に否定することはできないとする⁽¹³²⁾。

しかしながら、コルマンの言う構成要件的効力、すなわち単一要件構造の下での「形成力」の存否にとって重要なのは、当該効力が問題となる行為の性質ではなく、それが作用する他の法関係の要件が当該行為をいかに位置づけているかである⁽¹³³⁾。上記の例で敷衍するならば、遺言無効確認判決が確認的行為であるのか否かではなく、相続税の課税要件が遺言無効確認判決の存在のみによって満たされる（単一要件）のか、当該判決によって認定された遺言の有効性、ひいては遺言による相続人指定の有効性が備わる必要があるのか（二重要件）が問題なのである。このコルマンの論旨は、形成と確認とを過度に対比し、また法行為の実体法上の効力と手続法上の効力とを明晰に分離していなかった、当時のドイツ民事訴訟法学および公法学の限界を端的に露呈しているように思われる。

4. おわりに

コルマンは1914年8月28日、いわゆるタンネンベルクの戦いの最中で

(131) *Kormann*, aa.O. (Anm. 121), S.14f.; *Kormann*, aa.O. (Anm. 48), S.256.

(132) *Kormann*, aa.O. (Anm. 121), S.18f.

(133) 巽・前掲註(33) 189頁以下。

命を落とし、その公法総論の体系は、ついに完成することがなかった。しかしながら、行政行為論におけるその徹底した実務志向および体系志向は、日本の公法学に決定的な影響を与えた。とりわけ、コルマンが取消原理を行政行為の効力の問題として位置づけ(2.1参照)、さらにそれを司法裁判所の審理権限の排除に結びつけた点(2.2参照)は、我が国における公定力の概念の定着を強力に後押ししたように見受けられる。

しかし他方で、まさにそれゆえに、マイヤーが抽出した重要なモメント、すなわち行政行為の実体的効力ないし基準性が、行政行為の効力論から欠落することにもなったように見うけられる。さらに言えば、ラーバントやマイヤーがこの実体的効力を法律にも共通のものとして抽出したのに対して、コルマンは拘束性を法律行為的行政行為に特有の効力とした(2.3参照)結果、国家の法律行為に含まれない法律や法規命令の効力も、翻って不明瞭となった。その後、行政行為の効力論は、ドイツにおいても日本においても、混迷を極めてゆくこととなる。今回はここでいったん筆を擱くこととせざるを得ないが、その後の経緯に関しても、機を改めて分析を進めていきたい。

※本稿は、2014年2月末日に東京大学法学政治学研究科に提出した助教論文「第三者規律の基層」の一部に、大幅な修正を加えたものである。判決効論を扱った同論文の前半部分は、既に『第三者効の研究——第三者規律の基層』(有斐閣、2017)として公にしているが、行政行為論を扱った後半部分は、いまだ方向性を定められず、同書には納めなかった。しかし、同書が前提に置く、判決の実体的効力(基準性)と訴訟法的効力(排除効)との分離という法事象をさらに深掘りするために、行政行為の効力論に今一度向き合う必要を感じ、前稿「規律(Regelung)と取消原理——行政行為の効力論における実体と手続の分化」を手始めに、研究を再開することとした。

本稿は、ハイデルベルク大学法学部での長期研修を機に執筆を開始したものである。Weber-Kreisの伝統息づく古都ハイデルベルクでの研究成果をお伝えすることで、成蹊の充実した研究環境を守ってこられた亀嶋庸一先生への感謝の意の表明と代えさせていたいただきたい。