

行政法から見た国際行政法

—山本草二の論文を読む—

興津 征雄

はじめに

国際法学の泰斗・山本草二の提唱にかかる国際行政法の構想¹⁾は、その名が示すとおり、(国内)行政法のあり方にインパクトを与えてもおかしくなかった。例えば、1990年の時点で「国際化と行政法の課題」を論じた成田頼明は、山本の「国際行政法」論文を引用して、「行政の行為規範が国際法の側面から設定されつつある事実を国内の行政法学者はもつと直視する必要がある²⁾」と指摘していた。

しかし、その約20年後に「グローバル化と行政法」と題する論考を物した斎藤誠は、山本の「存立基盤」および「国際行政法」の2論文をその体系書³⁾とともに引用して高く評価したうえで、「しかし、行政法学において、この[山本が発する]光線を受け止め、あるいは、グローバル化が行政法にもたらす問題群に内発的に取り組む作業は、今日に至るまで十分には行われていない⁴⁾」と慨嘆せざるをえなかった。その後、グローバル化は、行政法学における研究課題としてにわかに脚光を浴びるようになり、少なくない論考の対象となったが⁵⁾、その段階になると、ドイツやアメリカの最新の理論動向を参照する形で

1) 山本草二「国際行政法の存立基盤」兼原敦子＝森田章夫編『国際行政法の存立基盤』有斐閣(2016年)3-60頁[初出:国際法外交雑誌67巻5号(1969年)](以下「存立基盤」という)および同「国際行政法」同書61-92頁[初出:雄川一郎ほか編『現代行政法大系I 現代行政法の課題』有斐閣(1983年)](以下「国際行政法」という)において展開されたものを指す。以下、この2論文を引用する際には、特に断らない限り、論文名(の略称)と『国際行政法の存立基盤』の頁数のみを示すものとする。

2) 成田頼明「国際化と行政法の課題」同ほか編『雄川一郎先生献呈論集 行政法の諸問題(下)』有斐閣(1990年)77-106頁,89頁。

3) 山本草二『国際法(新版)』有斐閣(1994年)。

4) 斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想I 行政法の基礎理論』有斐閣(2011年)339-374頁,346頁。なお、同論文は、「2008年5月に一旦稿を成したものである」(374頁)とのことである。

5) 日本における研究動向を概観するものとして、文献参照も含め、原田大樹「グローバル化の課題」行政法研究20号(2017年)1-15頁のみを挙げておく。

議論が行われるようになり、山本の所説が主題として取り上げられることはなかった。このことは、山本の国際行政法論が、国際法学においては精緻な学説分析の対象となっていたこと⁶⁾とは、対照的である。

本稿の見るところ、このことには理由があったと考えられる。それは、山本の国際行政法論が、あくまでも国際法上の素材を元に、国際法の先行学説を参照しながら構想・提唱されており、(国内)行政法との接点を積極的に提示するものではなかったということである。たとえば、このあと本論で指摘するとおり、給付行政と調整行政の対置や(後述IV 1 (2))、国際行政行為の概念規定は(同2)、国内行政法の観点からすると違和感のある理論構成であるが、山本自身がそのことについて特に注意を払った形跡はなく、国内行政法との異同についての説明は見られない⁷⁾。もちろん、これは独り山本の責めのみ帰せられるべき事柄ではない。日本の行政法学界が国際的な事象にあまり関心を寄せていなかったために、山本の用いた行政や行政法というワーディングについて行政法学の観点から突っ込んだ検討や問題提起がされることがなく(前述の成田や斎藤もこうした観点からの検討をしているわけではない)、その結果として相互の関心や概念・理論構成のすり合わせがなされないままになってしまったという事情は、無視することができない。

しかし、今や事情は異なっている。前述のとおり、行政法学の側でも国際化やグローバル化への関心が高まっており、国際的な平面で生じる現象が行政法にも無関係ではないことが認識されつつある。法的にそれを捕捉して新たな適応枠組みを考え出すための理論的蓄積が必ずしも多くはない中で、過去の学説の在庫に目を向けること、そしてこのテーマの先達である国際法学との対話や協働を図ることは、行政法学として当然になすべき作業であるように思われる。山本の論文を読むことは、この二つの要請を同時に満たしてくれる。さらに、山本は、自己の学説を構築するにあたり、19世紀後半以降に勃興した国際行政連合や、それを受けて体系構築を図った20世紀前半までの学説を参照しているが(後述Ⅲ・Ⅳ)、そうした歴史や学説は、現代のグローバル行政法でも参照されている⁸⁾。そ

6) 奥脇直也「「国際公益」概念の理論的検討——国際交通法の類比の妥当と限界——」広部和也=田中忠編『山本草二先生還暦記念 国際法と国内法——国際公益の展開——』勁草書房(1991年)173-243頁。もっとも、国際法学においても、1990年代までは「注目は限定されていた」(森田章夫「あとがき」兼原=森田編・前掲注(1)673-679頁,674頁)という。奥脇・同論文189頁も参照。

7) ただし、山本草二「国際行政法——行政的国際協力を国際法の一部として位置づける」内田久司=山本草二編『国際法を学ぶ』有斐閣(1977年)194-200頁,196頁は、「国内社会の行政の概念」とは異なることを明記している。

8) Benedict Kingsbury / Nico Krisch / Richard B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law & Contemporary Problems*, Summer/Autumn 2005, pp. 15-61, pp. 19-20; Benedict Kingsbury / Megan Donaldson, "Global Administrative Law", in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, OUP (2012), pp. 468-482, pp. 469-470. See also Clémentine Bories, "Histoire de phénomènes

ればかりか、グローバル行政法の論者は、山本の論文に直接言及してさえいる⁹⁾。グローバル行政法が行政法と国際法との協働の試みであることを考えれば、上で述べたことはいっそう妥当しよう。

本稿は、このような関心から、山本の国際行政法論を行政法の観点から読み直すことを試みる。とはいえ、まずは山本が何を論じようとしたのかを虚心坦懐に理解することが先決であるため、「存立基盤」論文と「国際行政法」論文をテキストに沿って分析することが中心的な作業となる（I～IV）。その分析結果を受けて、山本学説をより広い理論的視野に位置づけ、最後に行政法から国際行政法への貢献可能性と限界を探ることにしたい（V）。なお、山本の依拠する先行学説の分析それ自体は、本稿の課題ではなく、山本のテキストをよりよく理解するのに必要な限りでの引照にとどめた。現代の学説とりわけグローバル行政法との比較も興味深い研究テーマではあるが、これについては他日を期したい。

I. 国際行政法とは何か

1. 分類

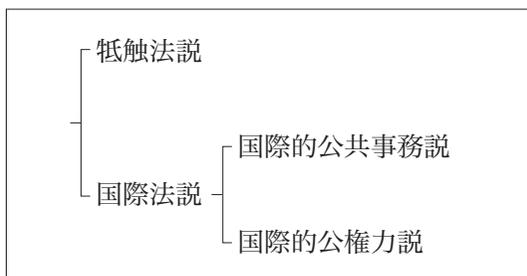
山本は、国際行政法の概念規定について、次の二つの立場を対置している¹⁰⁾。一つが「抵触法規範としての国際行政法」をもって国際行政法とする立場（以下「抵触法説」という）であり、もう一つが「国際法の一部としての国際行政法」をもって国際行政法とする立場（以下「国際法説」という）である。前者は、「各国の国内行政法の適用・妥当範囲と国内

administratifs au-delà de la sphère étatique : Tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine”, in Id. (dir.), *Un droit administratif global ? / A Global Administrative Law ?*, Éd. Pedone (2012), pp. 25-60.

9) Kingsbury / Krisch / Stewart, *supra* note 8, p. 20 n. 12; Kingsbury / Donaldson, *supra* note 8, p. 470; Benedict Kingsbury, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 20 No. 1 (2009), pp. 23-57, p. 24 n. 5. 山本は、「存立基盤」論文の初出時に掲載された英文要旨（国際法外交雑誌 67 巻 5 号 680 頁）のほかには、国際行政法に関して英語その他の外国語で論文を発表していないと思われるが、山本論文をくり返し引用しているキングズベリー教授が2017年11月24日に来日した際（〔後記〕参照）の説明によると、教授自身は日本語を解さないものの、日本人留学生に依頼して作成してもらった翻訳と、教授がそれ以前に来日した際に生前の山本草二教授と直接行った意見交換から、情報を得たとのことであった。その際キングズベリー教授は、山本の国際行政法とグローバル行政法との関係に関する英語報告を行ったが、それを聞いた限り、筆者は、キングズベリー教授の山本理解はかなり正確であるという印象をもった。

10) 以下は、「国際行政法」61-65頁を要約したものであるが、同論文のその部分の内容は、基本的には「存立基盤」で提示されたものをより図式的に整理し直したものである。なお、本文中の「○○説」の略称は、本稿筆者が独自に付けたものであり、山本の用語ではない。

行政機関の権限を定める法」を国際行政法と解し、それは国内法の一部であると説く。それに対し、後者の立場は、さらに次の二説に分かれる。第一が、国際行政法の存立を見るためには、国際的公共事務の処理があれば足り、公権力の行使を要素としない立場（以下「国際的公共事務説」という）である。第二が、国際行政機構（国際行政共同体）による公権力の行使を要素とする立場（以下「国際的公権力説」という）である。つまり、学説の分岐は次の図のようになる。



(図) 国際行政法の概念規定 (出典：筆者作成)

2. 国際的公権力説の排除

(1) 目的論的理由づけ

山本は、これらのうち、国際的公権力説を排斥したうえで、抵触法説と国際的公共事務説との間に対抗関係を設定し、最終的に国際的公共事務説を支持する。そこで、まず、国際的公権力説に関する彼の評価を見ておこう。

「このような立場 [=国際的公権力説] に立てば、かつての国際行政連合はもとより、今日の国際組織が行う国際的公共事務（多数の構成国に共通な利益に関係する事務）の処理であっても、公権力をもつ国際機関が執行するものでない限り、単に国際行政法の「萌芽」をみるにすぎないことになる。したがって、この学説によれば、実定法としての国際行政法の対象は、きわめて限定されることになる。たとえば、ヨーロッパ共同体（EC）のような超国家組織による各国行政事項の統合、国際連盟によるザール地域やダンチヒ自由市の行政、委任統治、信託統治など、国際機関が国内行政機関の行政作用の介入を排除して、独自に公権力的な行政を行うもの（直接行政）である。また、国際組織の内部で国際公務員の身分保障その他の法的地位に関する行政などである。しかし、このような立場からすれば、各種の国際行政共同体が各国の国内行政法に与える直接・間接の介入と影響をひろくとらえ、その分類を試みることには、消極的とならざるをえ

ず、国際行政法の機能もきわめて局限されることになる。」（「国際行政法」64頁）¹¹⁾

この記述において山本が国際的公権力説を批判する理由は、きわめて目的論的である。つまり、国際的公権力説をとると、国際行政法の対象となるものが「直接行政」に限定されるどころ、それ以外の事象でも（彼のいう）「国際行政法」の対象に含められるべきものがあるから、国際的公権力説はとれない、といっているにすぎない。ここでは、山本が自らの論文において検討の対象とする事象の範囲が記述されているだけであって、なんらかの理論的視座に基づいて国際的公権力説と国際的公共事務説の優劣が比較検討されているわけではない。

(2) 実証主義的理由づけ

しかし、「存立基盤」論文では、もう少し違った理由が示されていた。「存立基盤」論文では、冒頭（6-7頁）で両説の対比がされた後、国際行政法概念の歴史的な成立過程を分析する中で、フランス革命以後の自然法的な理論構成に関し次のような言及がなされている。

「以上にみたとおり、この立場〔立憲制に基く世界国家を構想する自然法的＝抽象的な理論構成を用いて国際行政法の概念を導こうとする立場〕は、市民社会の利益が、国内的には立憲的代議制に基く法治国家により、国際的にはその発展としての世界市民国家により、国家が追求する利益と同質的なものとして担保されるとする。それは、18世紀的な市民制原理と古典的経済自由主義の普遍化の中で、人類社会の法としての国際行政法を位置づけようとするものであることは、疑うべくもない。しかし、この立場によれば、行政権はつねに国家の統治権能の一面としてとらえられ、したがって国際社会における行政権も、その窮極の理念型である単一の世界市民国家の統治権に基き、その一側面を担うことになる。そして、このような立場に立てば、国際行政法は、論理必然的に、公権力〔を〕もつ国際機関による行政事務の処理として把えられる。また、国際行政事務は、固有の国家目的の実現・延長に他ならないものとなり、国際社会に固有の公共事務として峻別されないことになる。この立場は、当時の啓蒙主義哲学にねざす合理主義の立場に立って立憲制原理の歴史的社会的基盤を捨象したことの帰結であって、われわれの採りえないところである。」（「存立基盤」20頁）

つまり、国際行政に公権力を認めることは、超国家的な統治権（究極的には世界市民国家）

11) 引用に際して、脚注を省略した箇所があるが、いちいち注記していない。以下同じ。

を認めることにつながるが、それは「歴史的社会的基盤」を無視するものであつて支持できないということであろう。なお、ここで山本が「歴史的社会的基盤」に依拠して自然法的立論を退けているのには、彼の実証主義的立場を見て取ることができる（上の引用に続く「歴史的＝即物的な方法」に対する評価をも参照）。山本は、自らの方法論的立場をまとまった形では明らかにしていないが、「実証（的）」という言葉を好んで用いること¹²⁾、「存立基盤」論文の英文タイトルが“The Positive Basis of International Administrative Law”であること¹³⁾からして、（法）実証主義の立場に立っていると推測される。山本の課題は、国際行政法概念の事実（ないし実定法規範）に即した分析およびその存在証明にあつたと考えられる。

ここから、山本国際行政法が、あくまでも、国家が溶融したユートピア的世界における世界政府の行政活動を描くものではなく、諸主権国家の併存する国際社会を舞台とするものであることが読み取れる。そして、そのような国際社会において、諸国家に共通する国際的公共事務の存在を“実証”できるかが、山本理論の課題となっている。

3. 抵触法説と国際的公共事務説

では、国際的公権力説は排斥しえたとして、抵触法説と国際的公共事務説との関係はどうか。「存立基盤」論文においては、抵触法説の内実は、実定法規範に即した形では行われておらず、学説史の分析において言及されているにとどまり、実定法的分析は国際的公共事務説を中心になされている。それに対し、「国際行政法」論文では、抵触法としての国際行政法の内容について、米国反トラスト法の域外適用をめぐる論争を素材としてかなり立ち入った実定国際法の解釈論が展開されている（それに比べると、国際的公共事務説に関する記述は簡潔で、多くの注で「存立基盤」論文が参照されているにとどまる）。結論としては、いずれの論文においても、国際的公共事務説の存立が弁証されることになる。

著者の思考の軌跡を時系列に即してたどるためには、まず「存立基盤」論文を分析すべきであるが、先に「国際行政法」論文で抵触法説と国際的公共事務説との関係を確認したほうがわかりやすいので、そこからさかのぼって「存立基盤」論文を読み直す、という構成をとることにしたい。

12) たとえば「存立基盤」7頁・32頁。

13) 「存立基盤」英文要旨・前掲注（9）参照。

II. 「抵触法規範としての国際行政法」と「国際法規範としての国際行政法」

1. 制限的貿易慣行規制法令（米国反トラスト法）の域外適用をめぐる対立

「国際行政法」論文において、抵触法説と国際法説は¹⁴⁾、「II 抵触法規範としての国際行政法とその限界」(69頁以下)において、米国の制限的貿易慣行規制法令(反トラスト法)の域外適用を素材として、詳しく扱われている。山本は、米国の領域外で、米国人でない者が行った行為について、米国の反トラスト法が域外適用されるかにつき、立法管轄権・司法管轄権・執行管轄権に分けて、米国の立場と、それ以外の国(ヨーロッパ諸国・日本等)の立場との対立点を分析する。簡単にいうと、米国が自国の利益に基づく域外適用を肯定する一方で、それ以外の国がそれに反発するという構図を描いている。その根拠づけとしては、次のような事情を挙げる。すなわち、米国の立場によれば、反トラスト法の域外適用については、実質的には、各国の国内行政法と管轄権の競合・抵触を調整するための「抵触法規範としての国際行政法」(国内法規)が問題となるだけであって、域外適用を禁止するような実定国際法規はいまだ存在しないのに対し、日本やヨーロッパ諸国の立場によれば、反トラスト法の域外適用は、国際法上、米国に権限が与えられていないのであって、認めるには国際法上の特別の許容法規が必要とされる(76頁)¹⁵⁾。

これに対する山本の評価は、次のとおりである。すなわち、どちらの立場も客観性を欠いており、これらの争点を規律する多数国間条約が作成されたときに、はじめて問題の客観的解決を見るときに、この分野に「国際法上の国際行政法」が成立することになる(79頁)。

2. 抵触法説と国際法説

以上の記述から、山本における抵触法説と国際法説の対抗は、次の図式で整理できる。すなわち、抵触法としての国際行政法は、あくまでも各国の国内法であって、各国の主権・裁量権を客観的に拘束する効果をもたない¹⁶⁾。それに対し、国際法としての国際行政法は、

14) ここで念頭に置かれている国際法説は、国際的公共事務説であると思われるが、山本は「国際法上の国際行政法」などの表現を用いているため、本文でも単に国際法説と表記した。

15) さらに、1927年のローチェス号事件に関する常設国際司法裁判所判決をめぐる、客観的属地主義の解釈の違いが示される(77-78頁)。

16) 同じ国内法上の抵触規範でありながら、国際私法は準拠法として他国の法の適用を義務づける場合があるのに対し、国際行政法はそれがないという相違も指摘されている(「国際行政法」80頁:「(イ) 一方的抵触法規範」)

各国の主権・裁量権（管轄権の域外適用）を国際法に基づき客観的に拘束する効果をもつ。つまり、山本が国際法説を支持するということは、国家主権の絶対性を克服し、各国の主権に基づく権限行使を国際法の論理に基づいて制約しうる法理をいかにして発見・論証できるかが課題となることを意味する¹⁷⁾。

現に、この課題は、二つの論文において次のようにパラフレーズされている。「国際行政法」論文においては、国際行政法の概念が、国際的な関連性をもつ行政事項について、それをすべて各国の国内行政法秩序に還元できるものとみるか（抵触法説）、それとも多数国の共通利益を基盤とした国際社会に固有の行政事務とみるか（国際法説）で、異なった構成をとることが指摘されている（64頁）。「存立基盤」論文においては、多数国に関係する、国際社会に固有の行政事項を見出す立場（国際法説）と、国内法秩序にすべて帰属され埋没する行政事項のみを見る立場（抵触法説）とが対比されている（8頁）。

くり返しになるが、山本の理論的課題は、諸主権国家が併存する国際社会（≠世界市民国家）において、各国がそれぞれ独自に対外的・国際的活動をする中で、それが各国の国内法に基づく主権の裁量的な行使なのではなく、「多数国間の共通利益を基盤とした国際社会に固有の行政事務」の処理としての国際行政なのだ、ということを実証することであった。それを規律する法としての国際行政法の存在を実証するために、彼は、学説史の検討から、「国際法上の行政羈束」と「二重機能」の対抗軸を見出して検討を加えた（「存立基盤」33頁）。節を改めて、両者のそれぞれについて分析する。

III. 国際法上の行政羈束と二重機能

1. 国際法上の行政羈束

まず、「国際法上の行政羈束」について見る。これは、抵触法説に立つ論者（カール・

参照)。しかし、今日では、身分証明・在学証明の取得や社会保険金の給付などについて、外国の行政法と行政行為の適用・執行が行われるようになってきていること、さらに、司法共助にならった行政庁間の相互協力が合意されれば、国内行政機関は、外国行政法の適用と執行を国際法上義務づけられることとなり、「抵触法規範としての国際行政法」が国際的な調整の機能を担う可能性についても、指摘されている（同頁：「(ウ) 外国行政法の適用と執行」)。外国行政行為の国内法上の位置付けにつき斎藤・前掲注(4) 351-354頁、外国行政法の適用につき同 354-357頁、共助につき同 359-361頁をそれぞれ参照。また、公法抵触法論一般につき、原田・前掲注(5) 8-10頁も参照。

17) 山本は、国際刑法についても、各国の管轄権の行使を定める「抵触法規範としての国際刑法」と、多数の国家の法益ないし国際社会の一般法益を侵害する犯罪についての「「実質」(国際法としての) 国際刑法」とを対

ノイマイヤー (Karl Neumeyer)¹⁸⁾、オットー・マイヤー (Otto Mayer) が唱えたものである。簡単にいうと、多数国間条約により多数国の共通利益が設定され、その実現が締約国に義務づけられたとしても、その実施は締約国の国内行政機関が国内法に基づいて担うのであり、国際法説にいうような国際行政 (法) が存在することにはならない、とする立場である。換言すれば、国際法は、締約国の行政活動を外側から羈束するにとどまり、国際法を根拠として行政活動が行われるわけではない、ということである。具体的な立論は以下のとおりである。

(1) ノイマイヤー

ノイマイヤー¹⁹⁾によれば、国際行政法 (Internationales Verwaltungsrecht) とは、「対外行政に関する行政法」 (Verwaltungsrecht der auswärtigen Verwaltung) である。それは、「対外目的のために行政上の強制により実現される国内法規」を指し、「各国の多くの国内行政事務の中の一つとして、国家相互間の関係の実現と調整を規律するもの」であるとされる。その理由は、次の (a) ～ (d) にまとめられる。

(a) 国際法上の行政法 (行政国際法) が存在するには、国際行政が実在しなければならず、国際行政はそれを執行する固有の国際行政機構なしには成立しない。(b) 19世紀後半から1920年代までに存在した国際行政連合は、国際行政の機関ではなく、各国の意思に基づいて創設されそれを活動の条件にするものであって、締約国の機関を構成するものにほかならない。(c) 多数国間条約が共通利益のために締約国を拘束する国際法規範を設定したにしても、その執行・実現は各国の行政法に基づき国内行政機関に委ねられるのであって、国際社会自らの責任でこれを担当するのではない。(d) 行政事項に関しては、各国の権能の配分の特別の基準を定める国際法は存在しない。各国は、他国の同種の活動との関係で自国の活動の範囲を確定する必要がある場合には、抵触法的な国際行政法による。ただし、行政法の分野では、各国が自ら処理する管轄権がない事項については、他国の事項を規律する義務を原則として負わない。(以上25-27頁)

比し、前者から後者への発展を好意的に描いている (「国際行政法」81-82頁:「(2) 国際刑法の場合」)。「国内法規範としての国際刑事法」(狭義の国際刑事法)と「国際法規範としての国際刑事法」(刑事国際法)との対比につき、山本草二『国際刑事法』三省堂(1991年)123-137頁も参照。

18) 「存立基盤」論文では「カルル・ノイマイエル」と表記されている。

19) Karl Neumeyer, "Les unions internationales", *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, t. 3 (1925), pp. 102-108; Id., "Le droit administratif international", *Revue générale de droit international public*, 1911, pp. 492-499 が参照されている。

(2) マイヤー

続いて、マイヤー²⁰⁾は次のようにいう。国際間の交渉関係は、一国の法秩序の規制に服さず国際法に服して行なわれるものであるから、行政の分野から除外される国際的交渉関係も対外関係を担当する国の行政機関を通じて行われるので、行政法に関する抵触法またはその適用範囲を定める法 (Verwaltungs Kollisions-oder Grenzrecht [sic]) としての国際行政法の存在は可能であるが、私法分野に見られる (国家間の) 協力関係は行政分野では本来は存在しない。各国は固有の利益を追求し専らそのために行動するのがふつうだからである。したがって、国際行政法は、各国が他国の行政作用をその妥当する限界内でのみ尊重するにとどまり、その意味で抵触法としてよりも、各国行政法の妥当範囲の限界画定に関する法 (Grenzrecht) としての性格が強い。さらに、マイヤーは行政条約を国際行政法の法源として認めない。条約は「国際法上の行政羈束」 (die völkerrechtlich gebundene Verwaltung) をなすにとどまり、国民の権利義務を直接に設定するのは国内法だからである。(以上 27-28 頁)

2. 二重機能

それに対し、ケルゼン門下のアルフレッド・フェアドロス (Alfred Verdross) と、デュギー門下のジョルジュ・セル (Georges Scelle) が、山本のいう意味での国際行政法の存在を主張した (国際法説)。「二重機能」とは、このうちセルが提唱した概念を、山本が換骨奪胎したものであるが、先にフェアドロスの所説について見る。

(1) フェアドロス

フェアドロス²¹⁾は、国際組織の作用について、立法・司法のほかには行政 (国際法上の行政) を観念し、これまでの国際行政法が国内法一元論の立場に立つのに対して、「国際法上の行政法」を、特定事項に関して国際社会の一元的な行政を規律する国際法規範としてとらえた。もっとも、フェアドロスは、このような国際行政を間接行政と直接行政・超国家行

20) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1. Aufl.), Bd. 2 (1896), pp. 453-459 が引用されているが、原綴が付記された “Verwaltungskollisions- oder Grezrecht” および “Grenzrecht” の語は、マイヤーの原著には見られない。これらは、マイヤーとともに引用された Hartwig Bülick, “Zur Dogmengeschichte des europäischen Verwaltungsrechts”, in *Recht im Dienste der Menschenwürde. Festschrift für Herbert Kraus* (1964), pp. 29-65, pp. 55, 56 で用いられている語である。

21) Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* (1926), p. 76; Id., *Völkerrecht*, 4. Aufl. (1959), pp. 465-478 が引用されている。

政に分類しており²²⁾、当時の非政治的（特に技術的・商業的）国際組織の行政事務そのものの中に、国際行政法の存立基盤をどの程度積極的に見出しているのか、必ずしも明らかではない。（以上 30 頁）

(2) セル

セル²³⁾による「国際法上の行政法」の概念の体系化は、以下のとおりである。(a) 個人の結合関係・連帯性としてとらえられる国際法社会は、より高度の法秩序として、国家に優位する。(b) 国際社会における行政作用は、二つの異なった現れ方をする。第一に、超国家的な国際法社会においては、特別に指定された共通の機関の権能に委ねられる。第二に、国家相互間の関係からなる国際社会では、構成国の行政機関が担当する。(c) 後者における行政は、「二重機能」(dédoublement fonctionnel)の構成をとる。これが、セルのいう国際法上の行政法の存在基盤であり、各国家の国内機関は、固有の国内法に基づく行政作用のほかに、右の国際社会の行政作用を履行する権能と責任を負う（国際法上の行政機関としての任務をもつ）。ただし、二重機能は過渡的な事実状態にすぎず、国際行政法は、窮極には、超国家組織の公権力により、単一・不可分かつ普遍的な国際法秩序が実現されるようなものでなければならない。（以上 30-31 頁）

(3) 山本

このように、セルの理論は、究極的には世界市民国家ないし世界連邦政府のような構想に行き着くのであるが、当然ながらそれは山本のとるところではない²⁴⁾。山本は、いわばセルの理論を換骨奪胎して、セルが過渡期の状態と位置づけた二重機能をもって、国際行政法の存立の基礎づけとした。たとえば、山本は、二重機能理論の特徴を次のように整理している。第一に、国際行政法の特徴を、超国家組織の特別に指定された機関による行政行為に限らず、原初的な形態の行政行為をも含めていること。第二に、二重機能をもつ各国行政機関を国際行政行為の担い手として位置づけていること。（以上 31 頁）

22) 「直接行政」とは、国際機構が国内機関の行政作用の介在を排除して、独自に一種の公権力的な行政を行なうもの（1938年までのダニューブ河ヨーロッパ委員会、1919-35年の国際連盟によるザール地域の行政、国連の信託統治制度など）、または超国家的な機能をもつ国際機構（ヨーロッパ共同体）が行なう行政をいいます。これに対して「間接行政」とは、国際機構が、国内行政機関を指導したり監督したり、それらの相互の活動を調整したり助成するなど特定した任務を行ないますが、国内行政作用を排除したりこれに代替するものではありません。」（山本・前掲注（7）196頁）これは、ほぼ、Verdross, *supra* note 21, *Völkerrecht*, pp. 477-483をなぞった説明である。

23) Georges Scelle, "Théorie du gouvernement international", *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1935, pp. 41-112が引用されている。

24) 参照、奥脇・前掲注（6）185頁。

ところが、セルの理論は、まさにこの点において、マイヤー＝ノイマイヤー系のドイツの学者から、二重機能を事実問題としてのみならず、法規範的なものとして位置づけていることは独断であり、国家は「国際法上の行政羈束」により拘束されているにすぎない、との批判を受けた(31-32頁)²⁵⁾。そこで、山本は、この批判に実証的に答えなければ、国際行政法の存立基盤を実証しえないとし、「国際法上の行政羈束、または国際行政連合をはじめとする国際行政機構の具体的な作用の中で、国際行政法の存立基盤を探索することとする」のである(32頁)²⁶⁾。

IV. 国際行政法の体系

山本は、国際行政法の概念を次のように定義する。

「国際行政法とは、それぞれの国際的社会関係に固有の**国際的公共事務**を処理するため、多数国間条約に基き管轄の**国際行政機構**を創設し運営管理し改組し、これに伴う加盟国の権利義務関係を配分すること、ならびにこれらの機構が執行する**国際行政行為**に関する法規の総体をいう」(「存立基盤」10-11頁、太字引用者)

以下、太字にした三つの要素(国際的公共事務・国際行政行為・国際行政機構)について、順に検討する。ただし、山本の理論で中心的比重を占めているのは、国際的公共事務である²⁷⁾。

25) V. Ganef, "Zu der Theorie der völkerrechtlichen Verwaltung", *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, Bd. 52 (1937), pp. 36-65, pp. 46-56 が引用されている。

26) 山本は、別の箇所でも、次のようにも述べている。「これらの学説 [= 軋触法説] が、当時の行政条約(国際法上の行政羈束)または国際行政連合の扱った事項を、行政とは無関係であるか、国内行政事務と区別すべき固有の事務をもたないものと判断したことに注目しなければならない。われわれは、これらの国際行政に関する諸機関が多少とも固有の行政事務をもち、みずからの責任でこれを執行していたことを実証しえたときに、右の学説を克服しうるのであり、そのような方法を通じてのみ、われわれのいわゆる国際行政法の実在性の基礎を論証できるのである。」(29頁)

27) 国際法説は「「国際的公共事務」(service public international) の概念をその立論の中核にすえている」(「存立基盤」5頁)。なお、ここに付記された原綴はフランス語であると思われるが、service public は、日本におけるフランス行政法研究において、「公役務」と訳すことが当時すでに一般化しつつあった(宮沢俊義「Service public の概念について」[1939年]『公法の原理』有斐閣(1967年)285-310頁、神谷昭「フランス行政法における公役務概念について」[1962-1963年]『フランス行政法の研究』有斐閣(1965年)119-270頁など、奥脇・前掲注(6)180頁も参照)。もっとも、国際法学においては、「(国際)公共事務」と訳す例が先行していたようである(安東義良「国際協力の発達と国際行政法の意義」(2・完)国際法外交雑誌25巻8号(1926年)791-803頁、796頁、横田喜三郎「国際行政法の理念」刑部莊編『野村教授還暦祝賀 公法政治論集』有斐閣(1938

1. 国際的公共事務

(1) 概念

まず、山本による国際的公共事務の概念規定を見ておこう。以下のように述べた一節がある。

「それ [=国際的公共事務] は、個人とその集団の生活関係が多数国の領域にまたがり国際的な交通を深めるにつれて、二国相互の対抗関係において保護・充足される利益（外交的利益、古典的国際法が対象としたもの）とは別個に、相互依存に基づいて多数国に関係する国際的利益（*intérêts internationaux*）が実在するようになり、このような実体的基盤を単位として、個々の行政事項に組みこみうる、新しい国際的社會関係（*communauté internationale*）が形成されてきたことに着目した結果に他ならない。いかえれば国際的公共事務とは、このような国際社會の生活関係を基盤として生じた行政事項を多数国が一元的に処理し、これに介入するために行なう事務をいう。したがって、この国際的公共事務の概念にたいしてどのように具体的な内容を含めるかにより、国際行政法の実体と存在理由が変わってくるのである。」（「存立基盤」5頁）

ここに出てくる「国際的利益」については、次のような説明がある。

「……国際的利益は、もはやかつてのように、各国がその固有の国家利益を充足するため他国との対抗関係において行なう活動をもってしては、保護・実現しえない。いかえれば、国際的利益とは、単に国家が、相手国の領域内での自国民の待遇について外交保護権をもって対抗し、相手国の行政権の行使に修正・救済を求めることにより、確保されうるたぐいの利益ではなく、その受益者である私人の国籍・所在地のいかんにかかわらず、統一的に保護・実現されるべきものである。国際的公共事務（または国際行政）とは、このような国際的利益を多数国の協力により統一的に充足し、そのために介入する事務をいうのである。」（「存立基盤」9頁）

年) 765-812 頁, 785 頁)。山本草二「国際共同企業と国内管轄権行使の抑制」国際法外交雑誌 63 卷 6 号 (1965 年) 497-534 頁, 500 頁は、国際的公共事務の概念を、権力作用をも含む概念として用いており、「国際「公役務」」の概念（「国内行政法の観念を借りれば」と注記されている）を、その下位概念として、公企業による非権力的作用に限定して用いているように見える。両概念のすり合わせも行政法の観点からは重要な課題であるが、ここでは問題の指摘にとどめざるをえない。

これらの引用から、次のことがわかる。まず、国際的利益の説明だけを見ると、この利益は、外交保護権により保護される利益のように「国家法益への吸収・同化を要件とする」²⁸⁾ものではなく、私人としての資格において、国際社会により統一的に保護されるべき利益であるように読める。しかし、このことから山本が、セルのように、個人を構成単位とする普遍的な国際法秩序を志向していると読むのは、性急である。それには二つの理由がある。一つは、このような国際的利益は、それを保護・実現する枠組みとしての国際的公共事務（国際行政）が存立するための「実体的社会学的基盤」（9頁）として指定されているにすぎないことである。つまり、上の引用は、私人が享有する国際的利益が実在するようになったという事象・現象が記述されているにとどまるので、そこから私人（個人）の国際法主体性が当然に導かれるわけではない。もう一つは、国際的利益を基盤とする国際的公共事務が、あくまでも「多数国間の協力により」行われるとされていることである。山本において、国際的公共事務とは、あくまでも国家を単位とする枠組みである。

(2) 国際的公共事務の存在確定

① 国家管轄権の機能的制限

以上のような国際的利益を基盤とする国際的公共事務は、どのようにして法的に基礎づけられるか。山本によれば、「国際的公共事務が存立するためには、国家の伝統的な管轄権（属地的及び属人的な）が当該事項にストレートに適用されることを制限しまたは排除する必要が生じてくる」。その例として、交通通信が挙げられる。交通通信に関する国際的公共事務は、領域の「機能的な利用」を基盤とするものであるから、その前提として、領域の「通過の自由」が権利として保障される必要がある。「通過の自由」が確定すれば、当該国家の管轄権が変質し、専門・行政事項に関する共通利益を処理するための国際行政機構の構成単位としての国家の管轄権になる。つまり、国家は、二重機能に基づき国際行政法上の機関に転化する²⁹⁾。（以上 36-37 頁，圈点引用者）

このような国家管轄権の機能的な制限は、多数国間条約により国際行政機構が設立された場合に、より顕著となる。山本は、国際行政機構の機能を次の二つに分ける。一つは、「調整行政」（service de coordination）であり、行政作用の終局的実施は各国の国内行政機関に委ねられるが、国際行政機構がその各国の行政作用の調整を担うものである。もう一つは、「給付行政」（service de prestation）であり、国際行政機構が直接給付事務または

28) 山本・前掲注 (3) 165 頁。

29) なお、領域国家の管轄権の絶対性が、①地域的要素、②専門職能的要素、③時間的要素により、機能的に分化・変容していき、これが国際的公共事務を基礎づけるという認識も示されている（38-41 頁）。

分配行政を行うものである。(以上 41 頁)

国内行政法の眼から見ると、「調整行政」と「給付行政」の対比は興味深い。なぜなら、後者は直感的に国内行政活動との対比がしやすいのに対し、前者はそうではないからである。「給付行政」の例として、山本は国際河川管理委員会を挙げるが、この委員会は「河川管理に関してとくべつの公権力 (pouvoir quasi-souverain) をもち、国内行政法上の公共組合 (une association syndicale) に類似する国際的公共事務を行な」い、河川管理作業を実施するほか、航行規則の制定、裁判権・警察権の行使、料金の徴収事務などを行う (48 頁)。たしかに、こうした作用は、法的根拠はともかく外形的には国内法上の行政作用とよく似ており、それを規律する法としての国際行政法を観念することに、それほど違和感はない。それに対して、「調整行政」がいかなる意味で行政活動といえるかは、国内法の類推では当然に明らかとはいえないので、敷衍してみる。

②調整行政

山本が「調整行政」の例として挙げるのは、「調整行政を継続的機構的に維持するものとして設立された」国際行政連合の作用である。ここでいう調整行政は、交通通信・経済・保健衛生・科学・芸術等、本来国内法に基づき各国の国内行政事務として処理されてきた事項について、専門技術的な理由から運用を条約に基づいて国際的に標準化し、最終的には多様な関係国内法令を統一化していくことである。国際行政連合は、特定の行政目的を実現する必要上、多数国の領域を「同一ないし類似の立法・行政制度に服する単一の領域」として機能的に構成することに特徴がある。たとえば、万国郵便連合では、加盟国が通常郵便物の相互交換の目的上、「単一の郵便境域」(a single postal territory) を構成するものとし、その全境域で「継越しの自由」が保障されると定められている (万国郵便連合憲章 1 条 1 項³⁰⁾)。もっとも、このような調整行政を通じての国際協力は、国家相互間の平等原則と相互主義を侵さない限りでの必要最小限の範囲に限られ、国内行政事務と密着しこれと未分化の段階であるとされる。(以上 42 頁)

抵触法説をとる論者が批判したのは、まさにこの点である。ノイマイヤー³¹⁾ は、国際行政連合の基本条約は、締約国の現行国内法令になんら直接の影響をも与えず、締約国の立法および行政に関する主権はなんら害されていないとして、国際的公共事務の存在を否定する。連合の結成には国際法が関与するが、執行は国内法上の行政事務にすべて委任されているというのである。(以上 45-46 頁)

30) 「この憲章を採択する諸国は、郵便物の相互交換のため、万国郵便連合の名称で、単一の郵便境域を形成する。継越しの自由は、連合の文書に定める条件に従い、連合の全境域において保障される。」

31) Karl Neumeyer, "Les unions internationales", *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, t. 2 (1924), pp. 343-362, pp. 344-345 が引用されている。

これに対する山本の反論はこうである。たしかに、締約国は、行政条約に基づき国内立法措置さえ行えば、条約上の義務は果たし終えたことになり、不遵守・不履行の責任が問われるのは、実施に当たる私企業等である。しかし、国際行政連合が、関係国内法令の統一化と業務運営に関する行政上の監督の基準化を目指して条約で定める行政事務は、各国が国内法に基づいて個別になしうるものではなく、したがって国内法秩序に還元できない、国際社会に固有の事務といえる。これに加えて、各国の主管行政庁の代表からなる主管庁会議や、常設委員会などがその継続的な履行と実現の制度的な裏付けとなっている。(以上46-47頁)

2. 国際行政行為

以上のような調整行政の理解は、国際行政行為の概念規定にも影響を与えているように思われる。山本は、国際行政行為を定義して、「この種の国際行政機構 [多数国間条約により国際行政事務が配分されたもの] の創設・運営管理・改組に伴う加盟国の権利義務関係を配分し決定することと、かかる機構が国際的公共事務の処理のために行なう行為であって、法的効果を生ずる一切のものをいう」(10頁)とする。そして、「単に国内行政行為の促進・展開のために国際法が介在している場合とか、国家に固有の行政目的を達成するために必要な機関を創設するについて条約が介在している場合とは、峻別されなければならない」(10頁)という。なお、山本のいう(国際)行政行為は、国内行政法上の法技術的概念である行政行為(行政処分)とは別物であり、必ずしも権力的行為に限定されないという点には注意が必要である³²⁾。

国際行政行為は、次のように分類される。第一に、調整行政を通じての二重機能の国際化(国内行政事務に対する政策・規制の基準の標準化)であり、第二に、国際組織の常設機関による国内行政事務の修正であり、第三に、国際機関による行政事務の直接的実現である(52頁)。第二点については、たとえば国際行政機構が行う以下のような作用も、国際行政行為の範疇に含まれる。一つは、国際行政連合の事務局による、行政条約に定める事項についての関係国内行政事務の資料・情報の蒐集公刊であり、もう一つは、国際機関が各国の提供した情報を審査し、必要とあれば関係国内行政事務の修正を求めるものである(54頁)。これらの作用は、「国際管理」(le contrôle international)(11-12頁)³³⁾の

32) 山本草二「国際行政法」小田滋ほか編『新版 現代国際法』有斐閣(1986年)251-266頁、254頁。

33) 国際管理は、国際コントロールとも訳され、「客観的義務・基準の名宛国による履行確保を目的とする、多边的国際制度による監視・指導行為」(森田章夫『国際コントロールの理論と実行』東京大学出版会(2000年)12頁)と定義される。

一形態としてとらえることも可能であろう。

3. 国際行政機構

国際行政法の三つ目の構成要素である国際行政機構については、必ずしも体系的な叙述があるとはいえない。例えば、「存立基盤」論文では、以下のような言及があるにとどまる。

「上述した国際公共事務は、じっさいには国家が多数国間条約により同意する範囲内で、個々の国際行政機構（固有の執行機関をもたない国際行政制度を含む）に配分される。」（10頁）

「そして第三に、国際行政機構の法的地位を確定することである。それは、国際行政行為を直接に行なう機関（たとえば、国際行政連合の事務局）の法的地位と必ずしも同一ではない。条約で設定された国際的公共事務の処理が有効に行なわれるために、加盟諸国の合意またはそれに基づく国際行政機構の存在そのものを対外的にどこまで保障すべきか、の問題である。その態様は、国際的公共事務の性質または国際行政行為の範囲いかににより、変りうるものである。」（37頁）³⁴⁾

「国際行政法」論文では、国際行政機構の概念が消え、代わりに「国際行政共同体」の概念が導入されている（63頁ほか）。また、ほぼ同じ意味で、「多边的国際制度」という概念も用いられている（65頁ほか）³⁵⁾。これらはいずれも、多数国間条約によって設立された政府間国際組織と、そのような組織化はされていないが、多数国間条約を継続実施するための締約国による定期会議とを包含するものである。そして、「国際行政法の主体」として、これらの制度につき実定法的な解説がされている（65-69頁）。

V. 国際行政法はいかなる意味で「行政法」か？

「はじめに」で指摘したとおり、山本の国際行政法（国際法説の意味でのそれ）は、(国内)行政法との接点がなく、行政法学者からすると、それがいかなる意味で行政法なのかがわ

34) これは、国際行政法の機能についての説明であり、これに先立つ第一が国際公共事務の存在確定、第二が国際行政行為の範囲・程度の画定・分類であり、「以下それぞれについて、検討する」（37頁）とされているのであるが、それに続く部分では国際行政機構の検討はされていない。

35) 「多边的」とは、multilateral の訳であり、「二国間交渉の処理に還元できない」という意味である（63頁）。

かりにくい。そのことは、「存立基盤」論文を締めくくる次の叙述にも表れている。「行政条約の確定したこのような国際的公共事務が、国際行政機構の行政行為を通じて、加盟国の行政事務との関係で継続的に実現されてはじめて、国際行政法の存立が可能となる」(60頁)。本稿で分析した彼の概念構成をそのままくり返す言明であるが、この文章のみを率然と読むと、要するに条約に基づいて国家の権限が制約されることがあるという実定国際法の一般的な現象を記述しているだけと受け取ることもできる。つまり、そのような現象に「(国際)行政法」という名称を付けることによって、どのような新しい視角がもたらされるのか、本稿がこれまでに分析対象とした彼の叙述だけでは、いまひとつ明らかにならないのである。そこで、本稿を閉じるに当たって、彼が明示的には述べていない理論的背景——特に、国際行政法の存立を可能にする、国際社会ないし国際法秩序の構造——を補いつつ、山本学説の奥行きを探ることにしたい。

1. 国際法の行政法モデル

このような観点から興味深いのは、西平等による国際法のモデル分析である。西は、国際法のモデルとして、「自己利益を追求する対等・独立の主体が合意によって形成する権利・義務関係としての「私法モデル」と、「個別主体に優越する共同性によって根拠づけられる法秩序としての「公法モデル」とを対比したうえで、後者をさらに「刑事法モデル」と「行政法モデル」とに分類する³⁶⁾。西の論文の本旨は、第三のモデルである「社会法モデル」の検討にあるのだが、ここでは、行政法モデルに関する西の叙述を引用しよう。

「もうひとつの型の公法モデルは、行政法(国家法 Staatsrecht)の規範構造に依拠する。……このモデルの核心は、主権概念を権限(管轄権)概念に還元することである。古典的国際法が、あたかも国家の「自然権」のごとく把握された「固有の主権」を前提とし、主権国家間の相互的権利・義務関係として国際法秩序を構成したのに対し、行政法モデルは、国家の主権を、国際法によって国家に認められた諸権限の集積とみなし、権限(管轄権)の内容確定や権限抵触の調整という観点から国際法を構成する。すなわち、本来の本源的権利 right を基礎とする主観法的秩序構成(主観主義)から、法規によって法実現機関に与えられた権限 competence を基礎とする客観法的秩序構成(客観主義)への転換が行われるのである。このような法秩序構造の転換を前提として、「国際的公共事務(公役務)」の実施が国際法を通じて国家に授権されるという「国際行政法」が観

36) 西平等「連盟期国際法学における社会法モデル」世界法年報36号(2017年)33-58頁, 34頁。

念される。

行政法モデルの思想史的淵源の一つは、よく知られているように、国際法を社会連帯（社会的相互依存）に根拠づけた 20 世紀前半のフランス国際法思想である。デュギー L. Duguit およびセル G. Scelle の法理論によれば、国家統治者は、社会連帯によって結び付けられた集団の必要を満たすために権限を与えられた機関 agent に過ぎない。したがって、統治者には、国家という集団が必要とする法規範だけではなく、国際的相互依存によって結び付けられた国際社会という集団が必要とする法規範を実施してゆく義務があり、そのための権限が与えられる、という。このような「二重機能論」により、国家統治者は、主権的権力者ではなく、国際的公役務を実現する権限を付与された機関として再定義されることとなる。

[中略]

意思概念批判を徹底することによって、国家意思と法との関係を逆転させたケルゼンの思考を受け継いで、同じウィーン学派に属する国際法学者フェアドロスは、主権的意思が国際法の基礎であることを否定し、逆に「国際法に基づいて国家が保有する特別の諸権限 Kompetenz」として主権を再構成した。そして、権限として再構成された主権概念を前提としてフェアドロスが論じた国際行政法 das völkerrechtliche Verwaltungsrecht の概念が、山本草二の国際行政法論に影響を与えていることは周知であろう。」³⁷⁾

セルとフェアドロスが、ここで述べられた意味における客観主義を志向したこと、山本が両者の影響を受けて国家主権を管轄権に機能的に分解し、それを制限する法理としての国際行政法を構想し、後の国際法の体系化につなげたこと、はそれぞれ事実であろう。しかし、山本がセルやフェアドロスのような客観主義を志向したとは、必ずしもいえないように思われる（西もそのように述べているわけではない）。

まず、山本が世界市民国家を峻拒し、個人を国際社会の構成単位とするセルの理論をこの点では受け継がなかったことは、すでに指摘した（前述 I 2 (2), III 2 (3))。

また、山本は、国際行政法が成立するために、あるいはその基礎となる国際的公共事務が存在するために、(多数国間) 条約が必要と考えている。たとえば以下の記述である。

「国際的公共事務が国際社会に固有の行政事務としてその存在を確定するためには、多数国間条約で当該の行政事項に関する一般的基準を定めると共に、一定の国際行政機

37) 西・前掲注 (36) 34-36 頁。

構を通じてその一般基準が継続的に実現されなければならない。」(「存立基盤」41頁、圏点引用者)

国際的公共事務のさらに基礎をなす国際的利益については、それが法概念ではなく社会学的事実概念であるとしており、法概念としての国際的公共事務に転化するためには、国家の地位の転換が必要だと説いているが、以下の引用に見るとおり、それは国家が「みずからを」転換することである。これは、国家が自己の主観的意思に基づいてという意味に解される。

「もとより、国際的利益という実体的社会学的基盤がそのまま法概念としての国際的公共事務に転化しうるわけではない。国際法のもとで伝統的に「政治的領域的に区分された権力単位」(国際関係の最小の区分単位)としての地位を享受してきた国家が、このような国際的利益の出現にたいして「経済、交通通信、社会、文化など、それぞれの専門分野に内在する共通の利害関係を凝集し、国際的に組織化する共同体の構成単位」へと、みずからをいかに転換させうるかが問題であり、国際行政法の存立の可否は基本的にはこの点にかかっている、といえよう。」(「存立基盤」9-10頁、圏点引用者)

そのほか、「加盟国の同意を得て国際社会の固有目的の直接的現実的な実現がなされる限り、それは国際行政作用であって」(13頁、圏点引用者)という表現も見られる。

むしろ、山本が論じたかったのは、その先の問題であるともいえる。すなわち、山本によれば、国家は自己の意思により多数国間条約を締結し(またはそれに加入し)、いったん国際行政共同体の「構成単位」となった後は、当該共同体は、個々の構成国の意思から独立して決定を行い、構成国は、それに拘束される(「国際行政法」66-69頁)。共同体の活動および構成国への拘束には、時間的な継続性が必要とされる(「存立基盤」40頁)。こうした秩序構造を前提にすると、国家は、国際的利益の実現を目的とした国際行政共同体の機関として権限ないし管轄権を付与されて、その範囲内でのみ行動しうるにとどまり、絶対無制約の国家主権や国家意思というものは、もはや認められなくなるだろう。こうした秩序構造は、まさに国家法(行政法)モデルと呼ぶにふさわしい。そもそも、国内法秩序の存立基盤についても、社会契約のような意思主義的前提を置くか、自然法のような客観主義的前提を置くかという理論的対立はありうるが、どちらの前提に立っても、実定国内法の認識はあまり異ならないように、条約によっていったんできあがった秩序をどのように認識し分析するかに、実証主義者・山本の主たる関心があったといえよう。

2. 国際行政法と行政法との協働？

最後に、以上のように理解された国際行政法について、(国内)行政法からの貢献の余地を探り、国際行政法と行政法との協働の可能性を示すとともに、その限界をも指摘することにしたい。可能性を2点、限界を1点述べる。

第一に、山本の構想が行政法モデルにより説明できるとしても、国際法(多数国間条約)による国家管轄権の内容確定が、そのまま当然に国内行政機関の権限の内容確定に転化するわけではないことには注意を要する。現在の日本の理論³⁸⁾および実務³⁹⁾を前提とすると、法律による行政の原理に基づいて法律の根拠が必要とされる行政活動について、条約をもってそれに代えることはできないと解されている。山本自身もそのような主張を行っているわけではない。たしかに山本は、調整行政に基づき関係国内法令の「統一化」が行われると述べてはいる(前述IV 1 (2) ②, 「存立基盤」46頁)。しかし、それを国内において実施するためには、改めて国内法上の措置がとられる必要があると解しているようである(「存立基盤」37頁・53頁等)。そのような理解は、国際法と国内法との関係に関する彼の等位理論⁴⁰⁾にも整合的であろう。このとき、国内行政機関は、国内法を通じて国際法を実現する任務を負っており、国際行政法上の執行機関としての役割をも担う(二重機能)。だが、国際法と国内法とは、常に予定調和するとは限らず、両者の要請が衝突するという事態は、ありうる。国内行政法が国際法の実現の障害になっている場合、その原因がどこにあり、どうすればそれを取り除くことができるのか(さらに取り除くことのできない限界はどこにあるのか)を提示していくことは、行政法学が国際(行政)法に対してなしうる寄与の一つであろう⁴¹⁾。

もっとも、ここまでは国家が多数国間条約に基づいて「国際法上の行政羈束」を課されているにとどまる場合と、少なくとも外形上は区別できない(前述III 2 (2))。山本のいう意味での国際行政法が成立するには、国際行政機構で行われている調整作用それ自体に、国際的公共事務の処理が見出されなければならない⁴²⁾。これが国際行政行為であり、ここ

38) 成田・前掲注(2) 87頁, 松田浩道「憲法秩序における国際規範: 実施権限の比較法的考察」(4) 国家 130 巻1=2号(2017年) 122-75頁, 79-77頁。

39) 松田誠「実務としての条約締結手続」新世代法政策学研究 10号(2011年) 301-330頁, 314-315頁・318頁。

40) 山本・前掲注(3) 85-86頁。ただし、この点を過度に重視すべきではないかもしれない。セルの二重機能論について、国際法優位の一元論のもとでも同じ問題が生じることを指摘するものとして、森田・前掲注(33) 38頁・66頁註(64)。

41) そのような例として、原田大樹『行政法学と主要参照領域』東京大学出版会(2015年) 89-94頁(税務行政執行共助条約の要請に基づく徴収共助(租税条約実施特例法 11条1項)と法治主義との関係を検討)。

42) 西・前掲注(36) 54頁註(17)は、「間接行政とは、国際社会における共通利益を実現するために定立された国際法を、各国が、その広範な裁量的権限において執行する、という形態の国際行政法である」とするが、

に行政法学が貢献しうる第二の可能性がある。

その第二点はこうである。山本の理論は、多数国間条約で定められた事項を加盟国の国内機関が粛々と執行するという構図ではなく、国際行政機構が加盟国の意思から多かれ少なかれ独立して判断・決定を行うところに、国際行政の本質を見ることになる。つまり、国際行政行為の介在であり（前述IV 2）、ここにおいてこそ単なる「国際法上の行政羈束」との違いが見られる。多数国間条約を立法行為に見立てれば、それを根拠として行政機関が二次的・個別的決定を積み上げていくという構造は、行政法の思考に適合的である。

しかし、国際行政行為に国家意思からの独立性すなわち形成的・裁量の性質を認めるということは、根拠条約によっては実体的に規律され尽くされない余地を認めることでもある⁴³⁾。そうすると、根拠条約以外に、国際行政行為の恣意性を抑制するための法——国内行政法でいえば裁量統制や行政手続に相当する法——が国際行政法に見られないのかは、行政法学者としては気になるところである。山本のテキストを読む限り、そのような問題意識は感じられないが、逆にいえば、行政法学はこの点でも貢献の余地があるといえよう⁴⁴⁾。

第三に、山本の国際行政法には、次の限界がある。それは、山本のいう国際的公共事務は、専門領域ごとに分化した国際行政機構に固有の事務であるにすぎないことである。奥脇直也は、山本が「実体的社会学的基盤」として記述した国際的利益（前述IV 1 (1)）が法学的に転化した概念を「国際公益」と呼ぶが、国際的公共事務を通じて充足されるのは、国際社会全体に妥当する一般利益ではなく、専門領域ごとに成立する国際公益なのである^{45), 46)}。あまりに専門分化が進むと、国際社会・国際法秩序の分断をもたらしかねないし、

そこで引用された Verdross, *supra* note 21, *Die Verfassung*, pp. 75-76 は、国際法規範の間接実施 (mittelbare Staatengemeinschaftsvollziehung) の説明であり、間接行政 (mittelbare Verwaltung) とは区別すべきもののようと思われる。山本は、間接行政を、国際機構による国内行政機関に対する指導・監督・調整・助成と定義しており、それはフェアドロスにおいても同様である（前掲注 (22) 参照）。つまり、山本の国際行政法の対象は、あくまでも国際行政機構の行為であり、国内行政機関による実施・執行ではない。

43) 国際行政機構は、とりわけ国際行政連合に顕著であるように、多くの場合各国の所管行政部門の集合体である。そうであるとすれば、本文で指摘した独立性は、根拠条約に対する独立性と同時に、各国の立法府に対する独立性をも意味しうる。伊藤一頼「国際条約体制に正統性はあるのか——民主的正統性を超えて」法学教室 444号 (2017年) 133-139頁, 136-138頁は、多数国間条約の実施体制を権力分立の観点から分析しており興味深い。そこでいう権力分立は、上に述べた二重の意味で理解しうるように思われる。

44) グローバル行政法はそれを狙ったものだともいえる。さしあたり参照、興津征雄「グローバル行政法とアカウンタビリティ——国家なき行政法ははたして、またいかにして可能か」浅野有紀ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』弘文堂 (2015年) 47-84頁。

45) 奥脇・前掲注 (6) 179頁・180頁。同 223頁は、一般的国際組織を通じての「国際社会の一般的利益」の形成を説く。

46) ただし、山本は次のように述べている。「たしかに、いずれの共同体も、特定利益の保護という目的の達成のために結成されるのであり、その実現のために行なわれるすべての活動は、「公的なもの」(pubbliche) とみなされる。」(「存立基盤」13頁) そのような活動が、当該共同体にとって「公的なもの」であることはいうまでもないが、国際社会全体にとって「公的なもの」だとすると、なぜそのようにいえるのかはよくわからない。

異なる利益（国際公益）相互の衝突が生じる可能性もあるが、それに対する処方箋は、日本の国際行政法論には、用意されていない⁴⁷⁾。

ところが、そのような処方箋は、(国内) 行政法学にも、実は用意されていないのである。国内行政法においても、もちろん、異なる利益相互の調整が必要となることはある。しかし、国内法においては、それは第一次的には立法者の任務であり、行政機関は立法者の示した利益調整原理を具体的に適用するだけである。立法者が社会の中で併存する多種多様な利益のすべてに目を配り、それに一義的な序列をつけるのは不可能であるから、行政機関に裁量判断の余地が与えられることが多く、利害関係者の参加により実質的な決定が行われることはある。だが、その場合でも、立法者がなんらかの指針を示しているか、少なくとも決定のための場や制度を設けていることは前提となる⁴⁸⁾。立法者が何も決定を行っていないところで行政機関が利益や価値の序列づけを行うことには、限界がある。

したがって、この点に関して行政法学から固有の貢献をする余地は、あまり大きくないといわざるをえない。しかし、これは行政法学の限界ではなく、新たな発展への好機ととらえるべきかもしれない。日本の行政法学は、国民の利益の一定程度の同質性を前提に、議会立法を中心とする民主的正統化の理論を組み立ててきたが、そのような前提が存在しない国際社会において、いかにして多くの人々を納得させる公共的決定の回路を確保しうるかが、行政決定過程の法的規律を重要な使命の一つとしてきた行政法学の次なる課題となろう⁴⁹⁾。これもまた、国際行政法と行政法との協働の形でありうる。

おわりに

最後にいま一度、国際行政法と行政法との関係をまとめておく。

国際法秩序と国内法秩序との併存を認め⁵⁰⁾、かつ、国際法規範が国内行政活動の直接の

47) 伊藤・前掲注(43) 138-139頁は、この問題を指摘したうえで、「行政庁の決定におけるアカウントビリティ（説明責任）の確保」（139頁）に活路を見出し、グローバル行政法に言及する。しかし、筆者の見るところ、グローバル行政法も、この問題を免れておらず、異なる構成母体ごとに成立する公共性相互の調整は、依然として課題である。キングズベリーの「公際法（inter-public law）」アプローチ、クリシュの多元主義アプローチは、この問題に対する処方箋として提示されたものであるが、いずれも決定打とはいえない。参照、興津・前掲注(44) 72-80頁。

48) 参照、興津征雄「行政過程の正統性と民主主義——参加・責任・利益」宇賀克也＝交告尚史編『小早川光郎先生古稀記念 現代行政法の構造と展開』有斐閣（2016年）325-345頁、340-344頁。

49) ごく簡単なスケッチとして、興津征雄「国際機関の民主的正統性」公法研究 79号（2017年）148-158頁。

50) 国際法・国内法二元論または等位理論をとるときはもとよりのこと、国際法優位の一元論をとる場合でも、このことは共通して置かれる前提である。前掲注(40) 参照。

根拠にならないとするならば（前述V 2）、国内行政法の側からは、国際法上国家にどのような義務が課されているかさえ認識できればよい。その意味では、抵触法説に基づき国際法上の行政羈束のみを考えておけば足りる。しかし、山本草二の国際行政法論は、抵触法説を退けた時点で、あくまでも国際法の理論でしかありえなかった。国際法学と国内法学との学問的二元論を前提とすれば、このことが行政法学の関心を遠ざける一因になったことは、否定できないと思われる。

ただし、国際行政法は、解釈論上の問題に解決を与える道具概念というよりは、国際的な行政協力の枠組みを一定の国際法の体系から認識するための問題発見の概念としての性格を色濃くもっていた（前述V 1）⁵¹⁾。学問的二元論を克服することにより、この性格を、行政法学と国際法学とが知恵を出しあって取り組むべき共通の課題を発見することにも利用できるだろう。かくしてグローバル化時代における国際行政法には、いわば学問的グローバル化を推し進めるための場を提供する役割も、期待されるのである。

[後記]

1. 本研究は、JSPS 科研費（課題番号 17H02452；16H03543；15H01925；15H03304）、公益財団法人野村財団社会科学助成、および神戸大学社会システムイノベーションセンター研究プロジェクトの助成を受けたものである。
2. 本稿の内容の全部または一部は、「グローバル化のもとでの政策決定・法形成の正統性」研究会（2017年8月19日）、「グローバル化に伴う領域横断的法学研究・教育の課題と可能性」2017年夏季研究合宿（2017年8月31日）、国際法学会2017年度研究大会公募分科会「グローバル時代の国際法における国際行政法アプローチの今日的意義」（2017年9月6日）、「Global Administrative Law – Talking with Professor Benedict Kingsbury」（2017年11月24日）において報告またはコメントとして発表された。とりわけ、後二者は、JSPS 科研費「グローバル化社会における国際行政法と国家－国際法学、行政法学、抵触法学の協働」（課題番号 16K03318）の招請に応じて行ったものである。同科研費の研究代表者である柳赫秀教授（横浜国立大学）には、筆者に山本・国際行政法論と向き合うきっかけを与えてくださったことについて、感謝申し上げる。

51) 山本・前掲注(7)の副題も参照。