

公法の基層と現代的課題—行政法の部—

行政法担当 交告尚史

0. 講義開始にあたって

下記の文章（1～6のこと）は、数年前に某法科大学院で行った「行政法の学び方」と題する未修者向けの講演の原稿に脚注の形で手を入れたものである。法科大学院の学生を相手にしていることが随所で明らかになるけれども、気に留めるには及ばない。あくまで聴き手はまだ行政法学を深くは学んでいないという前提で話を進めている。

今回の「公法の基層と現代的課題」の私の担当分では、下記の文章の全体を理解してもらうことを目標とするが、必ずしも書かれた順番に解説することにはならないと思う。受講者諸君には、全体を一気に読んだうえで、脚注の部分を頼りに自分のペースで学習を進めてほしい。脚注に書かれた細かな事柄を理解することは、法学部出身者には良い復習になるであろう。他学部出身者は、脚注の内容まで理解する必要はない。

学習の方法に関して、法学部出身者と他学部出身者とで同じように行かないのは当然である。しかし、結局は、初心の人でも格調の高いしっかりした教科書を手に備えるのが得策だというのが私の考えである。ここでは、宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論【第5版】』（有斐閣、2013年）を挙げておく。以下、「宇賀教科書」として引用する。

次に、学習に必要な法律を参照できる本、いわゆる「六法」が必要である。六法も、有斐閣の『判例六法 Professional 平成 28 年版』や三省堂の『模範六法 2016 平成 28 年版』ぐらいのサイズのものを持っていた方がよいのであるが、これらの六法には条文に関係する重要な判例が掲載されているので、試験の時には持ち込みを禁じられることを見込んでおかなければならない。そこで、たとえば有斐閣の『ポケット六法』や三省堂の『デイリー六法』のごとく判例が載っていない小型の六法を選択することが考えられる。ただし、このサイズの六法では収録されている法律の数が少ないので、パソコンを開き、「法令データ提供システム」<<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>>で検索することになる。そこには、現在の日本で適用されている法律（憲法 41 条参照）、政令（憲法 73 条 6 号参照）および省令（国家行政組織法 12 条 1 項参照）はすべて収録されている。したがって、たとえ大きな六法を持っていても、自分の参照したい法律が載っていなければ、これを検索することになる。また、政令や省令といった下位の規範（「政令」、「省令」というのはルールを盛る器の名称である。そのルールに実際にどのような名前が付けられているか、しっかり眺めておくこと）は普通の六法には掲載されていない（「河川六法」、「建築六法」、「食品衛生六法」といった専門六法には、その分野のルールは細かなものまで収録されている）ので、法令データ提供システムのお世話にならざるを得ない。

法律学の学習では、やはり判例を読むことが大切である。行政法に関しては、たとえば宇賀克也・交告尚史・山本隆司編『行政判例百選Ⅰ・Ⅱ[第6版]』（有斐閣、2012年）という学習教材がある。以下、「百選Ⅰ」「百選Ⅱ」として引用する。しかし、これは学習教材であるから、収録されている判例の数は限られている。さらに判例を研究したい人は、実際に判例集に当たってほしい。最高裁判所の判例であれば、重要なものは最高裁判所判例集（民事判例集と刑事判例集に分かれる。それぞれ民集、刑集と略称される。行政法の学習で参照する判例は、たいてい民集に掲載されたものである）に掲載されている。ほかに、とりあえず判例時報（判時と略記）および判例タイムズ（判タと略記）という判例集を使いこなせるようにすること。両判例集には、高等裁判所や地方裁判所の判例も収録されている。判例集に掲載されていない判例については、最高裁判所のホームページ<<http://www.courts.go.jp/>>の裁判例情報で検索をかけてみることを勧める。また、新聞等で裁判記事に接して、実際に判決文を読みたいと思ったときにも、とりあえず裁判所HPの「最近の裁判例」をクリックしてみるとよい。重要なものは比較的早い時点で掲載されている。

1. はじめに

東京大学の交告です。本日の報告の狙いは、行政法学習の難しさが何に由来するのかを探求し、克服の方法を考えることにあります。最近私は、「行政法へのアプローチ」¹という文章を書きました。法学教室の4月号に掲載されます。この文章には、『理由の提示』というテーマから学習方法を考える」という副題が付いています。このことから察して頂けるとと思いますが、この文章では、行政処分の「理由の提示」²というテーマに関する学習事項がかなり盛り込んであります。本日の話でもその一部は披露させて頂くこととなりますが、講演の題目が「行政法の学び方」ですので、法学教室の文章よりは「学習方法」に引き付けた話にしたいと思います。

¹ 交告尚史「特集・法学へのアプローチ 行政法 —『理由の提示』というテーマから学習方法を考える」法学教室 379号（2012年4月）10-16頁。

² たとえば、あなたが喫茶店を経営したいと思ったとしよう。その時は、保健所に行って、食品衛生法という法律に基づく営業許可をもらわないといけない。そこで、あなたが出かけて行って、許可の申請をした。あなたは当然許可をもらえるものと思っている。ところが、しばらくして、不許可にすると記した文書を渡された。このことを「不許可処分を受けた」と表現するが、不許可処分を受けたあなたとしては、なぜ自分の許可申請が認められないのか、その理由を示してほしいと思うのではないか。このように、とくに行政機関が国民に対して不利益的な決定を行うときに、その理由を相手方に示すことを「理由の提示」という。とりあえず六法で行政手続法という法律を探し出し、その5条をよく読んでみてほしい。宇賀教科書では421~423頁である。百選Ⅰの129番事件を合わせて参照のこと。「理由の提示」はかなり発展的なテーマであるから、そこに至るまでには行政法学の基礎的な知識を相当積み上げないといけないが、逆に、「不許可処分についてその理由を提示することの意義」を徹底的に考え抜いて、その成果を勉強仲間に説明するための材料を宇賀教科書のあちこちに探し求めるといった学習方法もあってよいのではないか。

本日の話で、私は、行政法が難しく感じられる原因をいくつか提示しますが、それはあくまで教員である私が想像を巡らして思いついたものです。皆さんから見ると、問題はもっと別のところにあるのかもしれませんが。後に質疑応答の時間があると思いますので、そのときに皆さんのご意見を頂戴できれば幸いです。

2. 行政法学は身近な存在か？

よく、行政法は日常生活のいたるところに関係しているので、そのことに気づけば誰でも関心をもつことができるというようなことが語られます。大学院時代に指導をお願いした阿部泰隆先生³が行政法いろは歌留多というのをお作りになって、学界で評判になったことがあります。いろは歌留多の最初の「い」は、「犬も歩けば行政法に当たる」⁴です。もちろん、「犬も歩けば棒に当たる」をもじったものです。ただし、「犬も歩けば棒に当たる」というのは、「でしゃばると、災いに遭う、あるいは逆に、思わぬ幸せをつかむ」という意味です。阿部先生のおっしゃりたいのは、行政法はそこら中にゴロゴロしているということですから、ことわざ本来の意味からは転化しています。それはともかく、朝起きて顔を洗えば水道法、電気を点けて電気事業法⁵、ご飯を食べて食品衛生法、トイレで水を流して下水道法、外へ出れば道路法に道路交通法、・・・というように、たしかに行政法だけです。

しかし、それで行政法は身近なものとして受け止められていると言ってよいのでしょうか。私はそうは思いません。ここで、行政法の難しさの由来をひとつ指摘したいと思います。それは、行政法の学習素材には具体的な法的仕組みが色々登場するけれども、それを私たちは必ずしも明瞭に認識しているわけではないということです。例として、食品衛生法という法律を取り上げましょう。この法律の1条を見ましょう。たいていの法律では、1条にその法律の目的が書かれています。食品衛生法の1条を読みます。「この法律は、食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講ずることにより、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もって国民の健康の保護を図ることを目的とする。」ここで、食品の安全性の確保ということが言われています。私たちは、食事をしないと生きていけませんが、口から有害な物が入ったのでは、これまた困ります。ですから、そういうことのないように、行政機関が中心になって色々な活動をしているということは見当がつきます。

³ つい最近、『ひと味違う法学入門 法的思考への誘い』（信山社、2016年）という本をお書きになった。その最終章が行政法に充てられている。法学の他分野の知識も習得しつつ行政法の輪郭を大掴みに理解したいという受講者には格好の書物であろう。

⁴ 昨年出版された阿部泰隆『行政法再入門 上』（信山社、2015年）の「はしがき」にもこの言葉が出ている。

⁵ この法律は、近時大いに注目されている。それは何故か。当然諸君の家庭にも情報は入っているはずである。もっとも、たいていの人は法律の名前まで記憶に留めようとは思わないであろうが。

では、行政法の教材で、食品衛生法はどのようなところに登場するのでしょうか。手元にあった宇賀克也編『ブリッジブック行政法』（信山社）⁶という本を開いてみました。まず「はしがき」を見ますと、この本は行政法の初学者に行政法への関心をいただいてもらうことを目的として編まれたものです。全部で19の講義で構成されています。第1講義は「行政のフィールドは広い」という題目で、「行政活動の類型」という副題が付いています。その最初のテーマは「運転免許を取る、ラーメン店を開く」となっています。この後の方、つまりラーメン店を開くのに、食品衛生法52条1項に基づく営業許可が必要になるのです。そこには、ラーメンがまずいとお客が来なくなつてつぶれてしまうかもしれないけれども、そのようなことは食品衛生法の関知するところではなく、衛生状態が確保されるかどうかの問題なのだ⁷ということが説明されています。要するに、食品衛生法に基づく営業許可は、申請に係る施設が衛生面での基準を充たしているかどうかだけをチェックする仕組みだということです。こういう許可の仕組みのことを警察許可とすることがあります。運転免許の方は公安委員会が交付しますので、警察許可と言われても違和感はないでしょうが、飲食店の営業許可が警察許可であるということについては、不思議に思われる方がおられるかもしれません。「警察許可」の「警察」というのは、人々の暮らしの安全が保たれるように、その安全を脅かす危険を取り除くことを意味します。

⁶ 2012年に第2版が出ている。

⁷ この説明の背景には、国民の営業の自由（一般に憲法22条1項で説明される）がある。俗に言えば、「営業したいのであればご勝手にどうぞ」ということであるが、国民生活に対する衛生面での危険だけは除去する必要があるので、そこは行政においてきちんと規制させてもらうというのが飲食店の営業許可という仕組みである。私は講義でこの種の許可をよくゴムボールに例える。国民には営業の自由がある。それを丸い自然な状態のゴムボールでイメージしてもらう。しかし、飲食店では人の口に入るものを提供するわけであるから、衛生面での危険を排除する必要がある。そこで、法律の定めにより、丸いボールをあらかじめ凹ませておく。つまり、食品衛生法という法律でもって、一般的な営業禁止の状態を作り出す。そして、許可の申請をしてきた事業者について、危険のない状態で営業できる設備を整えていることを行政において確認できたなら、また元の丸い状態に戻すことを認める。それが営業許可を与えるということである。

もっとも、およそ許可制度というものがすべてそのような性格の仕組みだと考えてはいけない。たとえば、廃棄物処理法（廃棄物の処理及び清掃に関する法律）の7条を見てもよい。そこに一般廃棄物処理業の許可の定めがある。諸君も先刻承知のとおり、一般廃棄物の処理は市町村の責任とされている。しかし、市町村によっては、自分のところだけでは処理しきれないので、民間事業者に許可を与えて処理を委ねていることがある。その許可の性質について、最高裁は、「・・・廃棄物処理法において、一般廃棄物処理業は、専ら自由競争に委ねられるべき性格の事業とは位置付けられていないものといえる」と述べている（最判平成26年1月28日民集68巻1号49頁。該当箇所は62頁）。このことの意味をよく考えてほしい。

ところで、廃棄物には、一般廃棄物のほかに産業廃棄物というものがある。廃棄物処理法上は、廃棄物のうちで産業廃棄物に当たらないものを一般廃棄物という構成になっている。そして、その産業廃棄物については、産業廃棄物処理業の許可という仕組み（14条1項）がある。こちらはどのような性質の許可であろうか。最判平成26年7月29日民集68巻6号620頁を思索の出発点とせよ。

それはともかく、皆さんにとって飲食店の営業許可という仕組みは身近に感じられるものですか。皆さんのなかには、飲食店でアルバイトをした経験で、営業許可のことをよく知っている人がいるかもしれません。また、もう皆さんは大人ですから、飲食店を営業するのに役所の許可が必要だということは、直感的に見当がつくようになっていていると思います。しかし、営業許可の仕組みを明瞭に認識しているかどうかと問うてみると、さて答えはどのようでしょうか。それと比べると、運転免許の方は、これだけの車社会になりましたので、免許をお持ちでない方でも、その仕組みをかなり細部まで認識されていると思います。その運転免許と同質の仕組みとして、飲食店の営業許可が初学者に行政法への関心を抱いてもらうために使われるのですが、その飲食店の営業許可がまだはっきりとイメージできないという方がおられても不思議ではありません。

飲食店の営業許可は常識だとおっしゃる方でも、原子炉等規制法に基づく原子炉設置許可となるとどうでしょうか。福島第一原発の事故以来、新聞記事等で原子炉の構造が丁寧に説明されるようになっていきますので、これまでいわゆる軽水炉（水を熱媒体として使う）には PWR と BWR の 2 種類があるということすらご存知なかった方でも、今では原子炉の構造についてかなり具体的なイメージを描けるようになっていくことでしょう。しかし、原子炉設置許可という仕組みについてはどうですか。皆さんは法学部や法科大学院で伊方原発訴訟の最高裁判決⁸を学びますので、その際に原子炉設置許可という仕組みがあることを否応なく認識させられるわけですが、はたして明瞭に認識できているかどうか。

では、行政法を学んだと言えるようになるためには、こうした法的仕組みが出てくるとに、それについて明瞭な認識を得るようにしないといけなんでしょうか。この問いに対して私が本日用意した回答は「否」です。というよりも、それは無理な話です。法科大学院の上級コースで扱う判例には、温泉法の掘削許可、土地収用法の事業認定、生活保護法の生活保護、入国管理法の退去強制、森林法の林地開発許可など色々な法的仕組みが登場します。もし、これらの法的仕組みをすべて明瞭に認識しなければならないとすれば、いくら時間があっても足りません。われわれ教員でも、長年月行政法研究に携わり、審議会委員の職を引き受けた折に行政実務を眺めることで、少しずつ認識を高めてきたのです。それでも知っている分野はごく一部であり、またその分野に専門的に携わっている人に比べれば、認識の度合いは格段に落ちるのです。

では、皆さんはどうすればよいか。私のお奨めは、重要な判例を丸ごと読むことです⁹。

⁸ 最判平成 4 年 10 月 29 日民集 46 卷 7 号 1174 頁。百選 I 81 番事件。行政裁量の統制に関するこの判決の意義について、高木光『行政法』（有斐閣、2015 年）81 頁と高橋滋『行政法』（弘文堂、2016 年）92 頁を比較してみよ。

⁹ ただし、判例の背景を成している法制度が現在ではすっかり様相を異にしていることがあるので、注意する必要がある。その例として、個人タクシー事件判決（最判昭和 46 年 10 月 28 日民集 25 卷 7 号 1037 頁、百選 I 125 番事件）を挙げることができる。この判決の示が行政手続法に審査基準の定め（5 条）が置かれたこと背景にあると言われている。

この事件を一審判決から精細に検討すると、当時のタクシー業界の規制と今日のそれとがずいぶん異なることに気づく。根拠法律は道路運送法であるが、そのどの部分がどのよ

丸ごとというのは、最高裁の判例であれば、第一審判決も、控訴審判決も、上告理由などもすべて合わせて読むということです。その中で、六法と睨めっこしながら、その事件に登場する法的仕組みをイメージして行くのです。取り上げる判例は少なくてよいのです。その代わり、しっかり、じっくり読むことです。後で述べますが、自主ゼミを組んで議論するとよいと思います。皆さんとしては、たとえば判例を5つ読んで5つの法的仕組みを明瞭に認識したとしても、司法試験でそれ以外の法的仕組みが出たなら、何の役にも立たないではないかという気がするかもしれません。しかし、そうではありません。大切なのは、条文を読んでイメージする力と度胸を養っておくことです。法科大学院の諸君は司法試験の問題を自分で分析していると思いますが、よく問題文の中に弁護士先生などの会話が出て来ますね。あれは、ああいう形を採ることによって、受験者の制度理解に必要な情報を提示しているのです。また、司法試験六法に収録されていない法律や行政立法などは、必ず問題文に添付されます。つまり、材料はすべて提供されているのですから、後は落ち着いてイメージを描いていだけなのですが、日頃訓練していないと、気持ちが焦ってしまって、結局その材料を使い切らずに、抽象的な次元で解答を書いてしまうことになるのです。それは、たとえば、温泉法の温泉掘削許可の例¹⁰で言えば、許可に条件を付ける規定があるかどうか参考条文に目を通すことなく、条件の内容に関してどんな制約がかかるか思索を巡らすことなく、温泉掘削の許可に関して要件裁量を認めた最高裁判例があったはずだという教科書の知識だけを頼りに、ぼんやりした答案を書いてしまうということです。添付された参照条文のなかに条件、すなわち行政処分の附款ですが、その規定があるのなら、当然その規定を使うことを考えてみるべきなのですが、許可という法的仕組みが採用されている場合には、許可に条件を付けられるようになっていることがしばしばあるものだということを強く認識していないと、試験の緊張した雰囲気の中なかでは、なかなかその条文に目が届きません。

3. 何が行政法のイロハなのか？

次に「何が行政法のイロハなのか」というところに移ります。イロハというのは最も基本的な知識ということです。「出発点」のところをご覧下さい。択一問題の効用と弊害と書いておきました。ここで私が択一問題と言っているのは、公務員試験を受ける人が取り組むような3択から5択ぐらいの問題のことです。ここでは、そうした問題を作る側の苦労を考えてみたいと思います。皆さんは問題を解く側の人たちですから、そんなことは考えたことはないでしょう。

まず頭を悩ますのは、どのようにして紛れをなくすかということです。たとえば、私が

うに変わったのかを調べてみよう。

¹⁰ この分野については、交告尚史「有斐閣法律講演会2010 これからの法学を語る 不確実性の世界の行政法学」法学教室361号(2010年10月)16-22頁を参照。

行政手続分野で択一問題を作るよう依頼されたとしますと、まず理由の提示やら聴聞といった関連項目が、そしていくつかの判例と行政手続法の条文が頭のなかを渦巻きます。それらをつなぎ合わせて、短い文章にしようとするのですが、どうしても曖昧さが残ってしまいます。たとえば、行政庁はどのような場合に理由を提示する義務を負うのかということに文章にしようとしても、なかなかうまく表現できないのです。そこで、結局は、「行政手続法の不利益処分に関する定めによれば、行政庁は、名宛人に対し、不利益処分の理由を示さなければならないのが原則である」という文章になってしまいます。これなら、一応行政手続法 14 条 1 項の本文と但し書をミックスした表現になっていますので、客観的に正しいので、出題ミスだという非難は避けられそうです。味も素っ気もない選択肢ですので、作成者としてはがっかりなのですが、基礎知識を確認する初級者用の問題ならこれでよしと思って満足します。これを逆に考えますと、この種の問題をたくさん集め、行政法総論とか行政手続といった分野ごとに整理し、解説をしっかりと読んで分析すれば、何が行政法のイロハと考えられているのか大体のところは把握することができそうです。

しかし、実は、ここにひとつ大きな問題があります。それは、学問としての行政法は時とともに変化するのですが、いつの時点で「行政法のイロハ」のリストを書き換えればよいのか判然としないのです。たとえば、田中二郎先生の教科書¹¹以来ずっと受け継がれてきた法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区別ですが、最近の教科書では、あまり採用されていません。1990年に今村成和先生が有斐閣双書『行政法入門』の第4版を出されたのですが、そこで行政行為の分類に関して通説を放棄されて、大胆な自説を展開されました。それ以降、行政行為の分類に関して、教科書を執筆される先生方がかなり独自色を出されるようになりました。今村先生はずいぶん前にお亡くなりになりましたが、『行政法入門』は高弟の畠山武道先生の補訂で現在も版を重ねています。今はたしか第8版補訂版のはずです。その66頁以下、とくに68~69頁を読んでご覧になることをお奨めします。その後で、皆さんが使っている教科書の記述を読み返せば、きっと理解が深まると思います。だんだん話が学問的になってきましたが、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区別は今ではあまり採用されていないと指摘したところに戻りましょう。では、現在の択

¹¹ 学問的香気の高い『行政法総論』（有斐閣、1957年）では295頁以下。そこには次のように記されている。「行政行為は、その法律効果の発生原因より見て、その効果が、行為者たる行政庁の意思の内容に基づいて生ずるや、それとも直接法規に基づいて生ずるやにより、これを法律行為的行政行為(rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakt)と準法律行為的行政行為(rechtshandlungsmässiger Verwaltungsakt)とに分つのが通例である。」講義の教科書としてよく利用されたのは、『新版 行政法 上巻 全訂第2版』（弘文堂、1974年）であり、その116頁に以下のような説明がある。「法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為 民法上の行為に法律行為と準法律行為との種別があるのに対応する種別である。法律行為的行政行為は、意思表示をその要素とし、行為者が一定の効果を欲するが故にその効果を生ずる行為をいい、命令的行為・形成的行為などをその例とする。準法律行為的行政行為は、判断・認識・観念など、意思表示以外の精神作用の発現を要素とし、行為者がその効果を欲するが故にではなく、一定の精神作用の発現について、もっぱら法規の定めるところにより法的行為の付せられる行為をいう。確認、公証、通知、受理などがこれである。」

一問題集で、この区別が問題として登場することはないのかと言え、そんなことはないでしょう。おそらくまだ知っているべき知識だと思います。すっかり無用と化したとは言えません。このことは、行政法のイロハの確定という作業が難事であることを物語っています。

今取り上げた法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区別よりももっと悩ましいのが、行政行為の公定力です。もし、公務員試験などで、「次の文章の〇〇〇に該当する概念として正しいものを下記の選択肢の中から1つ選べ」という問題が出て、選択肢のなかに「公定力」が見つければ、誰もがこれを選択するのではないのでしょうか。これは町役場の職員を目指しているような人たちにとっては常識に属するのではないかと思います。ところが、法科大学院の学生諸君に広く愛用されている宇賀克也先生の『行政法概説 I 【第4版】』には、公定力という概念が出てきません。いや、索引を見ると1つだけページ数が挙がっています。326頁¹²です。そこを開いてみますと、取消訴訟の排他的管轄ということが説明してあります。要するに、行政行為は行政庁が職権で取り消すか、あるいは行政行為の名宛人の側で不服申し立てをして取り消してもらうか、取消訴訟を提起して裁判所に取り消してもらわない限り、有効なものとして扱われるということです。そこに括弧書きで、「このことを、行政行為に公定力があるということもあるということもある」と小さく書き加えてあります。つまり、宇賀先生は、もう行政行為の公定力という概念は放棄して、取消訴訟の排他的管轄で説明することを決断されたのです。この本を愛読している法科大学院の学生諸君は、はたしてそのことを明瞭に認識しているのでしょうか。もっとも、司法試験の短答式試験では、「行政行為には公定力がある、真か偽か」というような単純な問題は出ませんから、ほとんど実害はないでしょうが。

ところで、宇賀先生のお考えは、けっして特異なものではありません。それどころか、今日では、ほとんどの先生方が同じように説明されると思います。ただ、宇賀先生ほどきっぱりと公定力概念と決別された方は少ないかもしれません。多くの方は、公定力という概念を残しつつ、その根拠を取消訴訟の排他的管轄に求めておられるのです。ぜひ、皆さんの教科書を調べてみて下さい。とくに、櫻井敬子先生と橋本博之先生の『行政法 [第3版]』（弘文堂）を使っている方には、いや他の方にも、同書の 89 頁以下、とくに 96~97 頁を熟読して頂きたいと思います¹³。この本は、かつて有斐閣から出ていた『現代行政法』¹⁴の後継書と考えられますが、できればその『現代行政法』の83頁と比較してほしいのです。両先生は、基本的に、立法者が行政が適切な活動をするを常態として制度設計すること自体は不合理ではないというお立場ですが、『現代行政法』と『行政法 [第3版]』では、記述の量にもニュアンスにも変化が見られます。その原因は、平成16年の行政事件訴訟法

¹² 現在の第5版では332頁。

¹³ この教科書は、2016年に第5版が出ている。下線部のページ数を「同書の84頁、とくに90~91頁」と置き換えられたい。

¹⁴ 櫻井敬子・橋本博之『現代行政法』（有斐閣、2004年）

改正で、義務付け訴訟と差止め訴訟が新設され、当事者訴訟の規定に「確認訴訟」が明記されたことにあります。このことによって、法律上の争訟が存在するのなら適切な受け皿によって司法的救済を図るという考え方が浸透すれば、公定力の根拠とされる取消訴訟の排他的管轄の意義が大きく変化します。つまり、取消訴訟でなければ司法的救済が図れないという事案が限定されれば、公定力が語られる問題領域が縮減されるということです。

このように、町役場の試験を受けるというような人にとって常識に属する事柄について、学界ではずいぶん深い議論をしていて、あたかもその常識を覆すような記述も見られるというところに行政法の難しさがありそうです。このことを理解するよう初学者に求めるのは無理だと思います。それで、石川敏行先生ほか編の『はじめての行政法 第2版』（有斐閣アルマ、2010年）では、まず「行政処分を争う訴訟は取消訴訟だけ」という前提を示し、「行政処分は取消訴訟で取り消されない限り有効」であり、このことを行政処分に「公定力」があると表現すると説明しています。きわめてポピュラーな説明であり、初学者はこの説明を理解するところから始めるべきでしょう。もちろん、法学部の講義で宇賀先生の教科書がテキストとして採用された場合は、担当の先生が背景を説明して下さるはずですが、それでも不安な方は、より基本的な解説書を希望されると思いますが、そのような方には、同志社大学の佐伯彰洋（さいきあきひろ）先生を含む4先生の共著『行政法の基本【第4版】』（法律文化社、2010年）がお奨めです。公定力に関しては、89頁以下に分かり易い説明があります。この本をお薦めする理由は、基本的なところをきちんと説明したうえで、上級の教科書への架け橋となるような記述を所々に盛り込んでいるからです。

4. Aもあり得るBもあり得るでは困る???

行政法の難しさの由来の3つ目は、Aもあり得るしBもあり得ると言われることがしょっちゅうだということです。たとえば、もう行政法をひととおり勉強された方は、義務付け訴訟に申請型と直接型の2種類あるということをご存知のはずです。法科大学院の試験では、そのいずれを使うか、それぞれの訴訟要件と本案勝訴要件について論じなさいという問題がよく出ます。その場合、実は、申請型も直接型もどちらもあり得るというような事例が作問に使われていることが多いのです。問題を作った方は、学生諸君がさてどちらで構成してくるか楽しみに待っています。どちらで書いてきても、それなりに理論構成していれば、それなりの点数を出すつもりです。ところが、学生諸君はそういうことにはなれていないようで、しどろもどろになってしまう人がいます。

どうして申請型も直接型もあり得るということになるかといいますと、法律が申請権を認めているのかいないのかははっきりしないからです。たとえば、自分の子どもは障害の程度が激しく、普通学校の教育には耐えられないので、特別支援学校に変えてほしいと親が申し出た場合、結局教育委員会がなんらかの応答をすることになるでしょうが、学校教育法上親に申請権が認められているのかどうか、はっきりしません。申請権ありということになれば、教育委員会には応答義務が生じます。この分野の事例で問題を作るときは、も

ちろん参考とすべき法令の規定を必要最小限添付します。学生諸君には、それにじっくり目を通して、申請型で行けると思えば、その根拠を示して欲しいし、申請型は無理と考える人には、またその根拠を述べてもらいたいのです。

5. 教えてはいるが分からない！！

行政法の難しさの由来その4に入ります。それは、きわめて根本的な事柄であっても、今日なお綺麗に整理されていない問題がいくつもあるということです。解釈と裁量の区別というのはその典型例です。以前、法学教室で「つまずきのもと」という特集¹⁵を組んだことがあります。そのときは裁量論を得意とする気鋭の研究者に解釈と裁量の区別について論じて頂きました。私たち教員から見ると、とても立派な作品でしたが、学生諸君には難解であったと思います。それというのも、この問題がまだ十分に解明されていないので、数頁で分かり易く説明するというのはおよそ無理なのです。

では、学生諸君はどうすればよいのでしょうか。私は、結局は、上級の教科書と重要判例を熟読し、友人と論争してみるほかはないと思っています。その手掛かりとして、先ほど紹介した『行政法の基本』は格好の書物だと言えるでしょう。

6. 自主ゼミの奨め

先程来、私は、自主ゼミの結成をお奨めしています。自主ゼミで友人と判例を丸ごと読むのがベストだと信じます。判例の数は少なくてもよいのですが、皆さんのなかには、自分たちでは判例を選択できないという人がいらっしゃるかもしれません。しかし、そんなことはありません。友人とグループを組んでみると、そこには必ず特異な才能を持った人がいて、ゼミのスケジュールをしっかりと立ててくれるでしょう。どこからか素晴らしい論文を見つけてくる人もいます。あなた自身も、主体的に参加することによって、自分に思わぬ才能があることに気づくことになるだろうと思います。

参考までにお話ししますが、私は、最近、2つの最高裁判決を読みました。最判平成23年6月7日判時2121号38頁と最判平成23年6月14日裁時1533号24頁です。前者の主たる論点は処分基準と理由の提示の関係、後者のそれは処分性です。これらは「丸ごと読む」だけの価値があると思います。私は、前者は、法学教室4月号の「行政法へのアプローチ」という文章¹⁶の素材として使いました。後者は、もうすぐ出る平成23年度の重要判例解説¹⁷で評釈しています。

¹⁵ 行政法に関しては、法学教室360号(2010年9月)。

¹⁶ 交告尚史「特集・法学へのアプローチ 行政法—『理由の提示』というテーマから学習方法を考える」法学教室379号(2012年4月)10-16頁。

¹⁷ 「公営福祉施設の民間移管に係る事業者選考応募者に対する『決定に至らなかった』旨の通知の行政処分性」ジュリスト1440号〔臨時増刊・平成23年度重要判例解説〕(2012年4月)44-45頁(最判平成23年6月14日裁時1533号24頁、裁判所HP)。