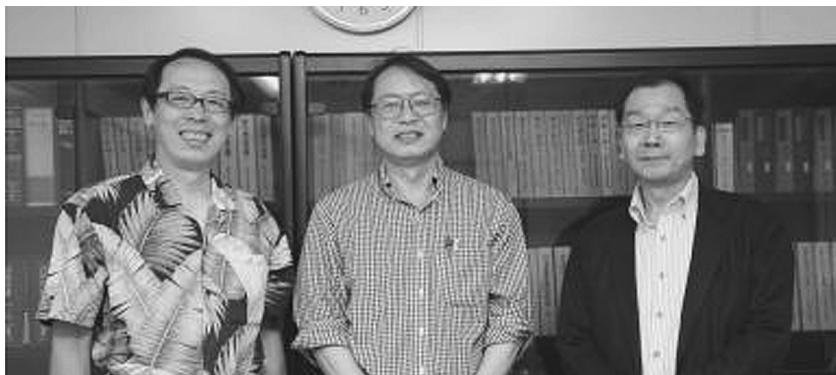


# 『重要判例とともに読み解く 個別行政法』を語る

関西学院大学教授 曾和俊文 北海道大学教授 倉理格  
(ゲスト) 上智大学教授 北村喜宣  
(司会)



## 一 はじめに

### ●企画の発端

北村 法科大学院で行政法を講ずる教員の思  
いのひとつに、「個別法と行政法総論」、「個  
別法と行政救済法」をブリッジするような書  
物はないものか」がありました。テキストや  
裁判例では個別法が出てきますが、それに関  
する解説がない。かといって、学生にいきな  
り個別法を読めといふのも無理がある。

数年前、有斐閣編集部から、倉理格教授と  
北村に対して、この「空白を埋める」企画が  
提案されました。これが、『重要判例とともに  
読み解く個別行政法』の誕生の経緯です。

亘理 私も、このような本が必要不可欠だ  
と、以前から思っていました。行政法の授業  
やゼミで重要判例を紹介するときに、具体的  
な法律規定や法制度の紹介は、ごく簡単に済  
ませてしまい、判旨と重要論点をまとめて話  
すので、果たして学生はそれで十分に理解で  
きているのだろうかと、内心不安でした。

また、判例報告を求める際にも、法律規定  
や法制度は、必要なものを読み、自分で理解  
しないさいという形で学生に下駄を預けてきた

のですが、果たしてそれで学生が理解できてい  
るかというと、自信が持てずもどかしさを

感じてきたのです。そこで、本書出版の提案

があつたときに、これは是非協力しようと思  
い、編集を引き受けることになったのです。

**北村 司** 法試験の公法系（憲法・行政法）の

試験では、個別法が素材とされ、部分的では  
あるものの条文が資料として添付されること  
があります。総論や救済法の知識がいかにあ  
っても、個別法にある程度慣れていないと戸  
惑いが生じます。そこで個別法に焦点を當て

た行政法學習をサポートしようというのが、  
この企画でした。

### ●本書はこんなときに便利

**北村** 本日は、関西学院大学法科大学院の曾  
和俊文教授にお越しいただきました。まず、

本書の第一印象をお聞かせください。

**曾和** そうですね。法科大学院で行政法を教  
えている教員としては、大変ありがたい教材  
ですね。以前から、個別行政法の内容をコン  
パクトにまとめた本があればいいな、学生に

とっては極めて有用だろうなあと思っていました。しかし、個別法の数も多いですし、一  
つ一つの個別法は体系的であり、その内容も  
複雑多岐にわたるので、そういう本を作るの  
はなかなか大変だろうと思っていました。今  
回このような本が出版されたことの意味は大き  
いと思っています。

私の初心者向けの授業は、行政救済法から  
スタートします。处分性や原告適格などの判  
例法理を解説しますが、その際にいつも「判  
例分析の三つの視点」を学生に示します。

一つは、原告の不満はどこにあるのか、そ  
れは裁判的な救済に値するのかどうか。二つ  
目は、紛争の背景にある行政制度の仕組みは

どうなっているのか。三つ目は、裁判における  
争点・判旨は何か、です。

学生は、三番目の、裁判の争点・判旨に

み、関心を持ちがちですが、それでは、事件  
を丸ごと理解することができます。個別の  
行政事件というのは、個別法をめぐって争わ  
れているので、個別の行政制度の仕組みをし  
っかり理解しないと、本当に分かったとい  
う納得感が得られない。行政法が難しいと言わ  
れているのは、どのような行政制度のもと  
で、どういう利益とどういう利益が、どのよ  
うに対立しているかが、普通の学生には分か  
りにくいためです。ですから、原告の不満の  
所在や行政制度の仕組みを丁寧に解説するよ  
うにしています。

本書では、個別行政制度の仕組みが要領よ  
く解説されていますので、一つ一つの判例を  
読む際、その背景となっている個別法・制度  
については、この本を読んでおきなさいと言  
えばよく、授業効率がだいぶ上がるのではないか  
など、感謝しています。



そわ・としみ



わたし・ただす

重なり合ったところで、さまざまな行政事件や重要論点が生じてきているのだと思っています。

## 二 行政法における「個別法」

### ●四五本の個別法

**北村** 本書では、あまたある実定行政法から四五本の個別法を収録しました。悩ましい選択でしたが、『行政判例百選』や過去の司法試験で素材されたものを、分野などに配意して取り上げました。

### ●行政法の特徴と教育のあり方

**北村** 本書の帯には「逆読み行政法」というコピーをつけました。理論からではなく個別法から行政法にアプローチするという企画趣旨を表現したものです。

**亘理** 行政法全般に関する法律として、行政

組織関係の法律とか手続法、あるいは行政訴訟に関する法律があると同時に、本書が取り上げているようないろいろな個別法がある。

行政法に関する事件や論点というのは、一般的な法制度と、個別法上の制度が重なり合つたところで生じてくると思っています。かつては行政法総論と各論という分け方をしていました時期もありましたが、むしろ「横軸と縦軸の関係」ではないかと思うのです。総論とは、いわば横軸の関係で、一般的な行為形式論、法律による行政の原理、争訟制度という形で横に並んでいる。それに対して、縦軸としていろいろな分野ごとの法制度があつて、私の

### ●「個別行政法」とは何か

**曾和** 私はまず「個別行政法とは何か」という点を、少し掘り下げてみたいと思います。

私は、個々の行政活動の根拠となり、その要件や手続、効果などを定めた法律で、個別の行政領域において適用される法律を「個別行政法」と理解し、行政事件訴訟法や行政手続法など行政領域を超えて適用される法律を「行政一般法」と名付けています（曾和俊文「行政法を学ぶ・第一回」法学教室三六八号六一頁表一、六四頁表二参照）。このような分類と、本書の分類は少し違っていて、私の



きたむら・よしのぶ

分類では行政一般法に入るような行政手続法、行政組織法、条例論などが、本書では個別行政法として取り上げられています。これをおそらく学習者への便宜を考えてのこととで、ともかく紛争の中で出てくる主要な法律を全部取り扱うという方針によるものだと思いますが、私は行政一般法と個別法は、分けで考えています。

### ● 個別行政法を学ぶ意義

曾和　その上で、両者の位置づけを考えると、個別行政法は、一つ一つの行政活動がなぜ必要かを理解するのに非常によい素材です。例えば、廃棄物処理法などは、社会で問題が起こることに改正されていますが、廃棄

物処理法の仕組みや改正の経緯を学ぶことは、行政活動がなぜ必要かを学生に伝えるための具体例として最適です。行政一般法は、おもな行政活動を抽象的に統制する法であったり、組織のあり方を示す法であったり、これも行政の中身としては非常に大事ですが、従来、一般的・抽象的な枠組みばかりを議論してきて、実際の行政活動の中身を示す個別行政法の分析を疎かにしていたところに、実は行政法教育の弱点があつたのではないかと感じています。

豊かな行政活動の中身そのものを知ろうと思つたら、個別法を見ないといけない。そのような点で、この本は非常に画期的だと思います。行政一般法あるいは行政法総論の世界と、個別法の世界との間にどのような関係があるのかを追究することで、これまでの行政法研究や教育で欠けていた部分が明らかにされていくのではないかと思います。

### ● 「環境法」の例

北村　私は環境法を教えていました。受講学生には、一応の行政法の知識はありますので、個別環境法を使いながら確かめることができます。例えば、「届出制とは何か」と聞くと、

物処理法の仕組みや改正の経緯を学ぶことは、行政活動がなぜ必要かを学生に伝えるための具体例として最適です。行政一般法は、おもな行政活動を抽象的に統制する法であつたり、組織のあり方を示す法であつたり、これも行政の中身としては非常に大事ですが、従来、一般的・抽象的な枠組みばかりを議論してきて、実際の行政活動の中身を示す個別行政法の分析を疎かにしていたところに、実は行政法教育の弱点があつたのではないかと感じています。

豊かな行政活動の中身そのものを知ろうと思つたら、個別法を見ないといけない。そのような点で、この本は非常に画期的だと思います。行政一般法あるいは行政法総論の世界と、個別法の世界との間にどのような関係があるのかを追究することで、これまでの行政法研究や教育で欠けていた部分が明らかにされていくのではないかと思います。

曾和　届出と言つてもいろいろなタイプがあるということですね。それを踏まえて、行政法総論にある届出制や申請の説明が書き換えられなければならない。個別法をながめてみると、こんな制度があったのかと、知らないことがたくさん出できます。総論にまだ組み込まれていない行政の仕組みというのはたくさんあると思いますから、個別行政法を研究者がもつときちんと分析をしていくことが必要です。

### ● 「租税法」の例

亘理　例えば、行政処分の無効の判断基準と

して、明白性が必要かという論点がありますが、ご承知のとおり、明白性は必ずしも必要ではないという判例がいくつあります。

これに關して、譲渡所得税に関する本書の該当箇所を読んでみると、租税法は、元来、実体的な租税法律關係を重視しているので、明白性の要件を絶対視する必要はないのだ、ということがよく理解できます。

この判例の判決理由には大岡裁き的な響きがありまして、あまりにも氣の毒だから、無効と認めて救済しましようという読み方にもなりがちです。しかし、先ほどの解説を見るに、租税法というものは実体的法律關係が重要であり、所得が實際にない者に対する課税は、本来許されないという視点が前面に出でくるので、明白性の要件は不要であるという結論が、無理なく導かれる。個別法的視点を掘り下げるによつて、一般理論の理解が深まるということの一例だと思います。

**曾和** だんだん難しい話になつてゐるような気がしますが（笑）、租税法の議論と行政法の議論のすりあわせも必要ですね。例えば、租税法では課税処分における裁量を否定しますが、この点は、行政の本質はむしろ裁量に

あるという昔からの行政法の議論とは、どこか離れてゐる。課税要件の解釈でも、たくさんの解釈通達があつて、官庁の解釈が実務を支配していると思うのですが、租税法学者はそれを裁量だとは言わない。「裁量」と「法の解釈」はどう違うのか、という議論を考える上でのよい素材となると思います。

**亘理** 行政法総論や救済法などで確立した考え方を既定の前提に、個別法上のさまざまな問題に当たりますと、果たしてこれで大丈夫なのだろうかと不安にかられることがあるのですが、それが非常に重要なのではないかと、いう気が致します。

### ● 個別法の規定と裁判例

#### 北村 土壌汚染対策法三条一項の「通知」の

処分性が争われた事件がありました。第一審判決（旭川地判平成二年九月八日）は処分性なしと判断しました。環境省の解説書を見るかぎりでは、「観念の通知」と解しているようです。内閣法制局も同様だったでしょう。ところが、これを否定した控訴審判決（札幌高判平成二年一〇月一二日）を支持して、最高裁判決（最二小判平成二四年二月三日）は、「実効的な救済」という觀点から

仕組み解釈を施し、处分性を肯定しました。個別法の中でどのような機能を持つてゐるかが重要ということですね。

**曾和** 従来の考えですと、調査命令が後にひかえており、それが罰則付きだからそこまで待ちなさいというわけですが、通知がある段階で調査義務は発生しているのだから、なぜそこまで待たなければいけないのか、土壤汚染対策法自身の仕組みの中で考えると、通知の段階で争わせたほうがよいのではないか、

という議論は十分説得的です。「観念の通知」だから云々というのは、作文の世界だけを考えている結論であつて、そうではなくて、現実に即して考えてゆくべきでしょう。

### ● 個別法と一般理論のバランス

#### 北村 日本の裁判所は、制定法準拠主義が強

いといわれます。個別法は重要ですが、あまりに近接しすぎると見失うものもありますね。個別法は完璧ではないですから、これを批判的にみて、行政法理論により補完することが不可欠です。これが、実務家を養成する法科大学院の行政法教育の重要な点ですが、曾和さんはどのようにお考えですか。

**曾和** 一般理論だけでは、行政法が分かつた

という感覚が学生に生まれません。個別事例

思っています。

### ●信頼できる執筆者・解説

トだと思います。

### ●まさに「逆読み行政法」

にこのように適用されているとか、個別事例

曾和 「本書の価値」ということについて、

曾和 この本のもう一つの特徴は、単に個別

の中からこういう一般理論が生み出されてきたという、両者の相互作用を理解する中で、初めて納得感が出てきます。ただ、今、北村さんが言わされたように、個別法自身を批判的に見ていく視点といったところまでは、なかなか教えていません。

北村 個別法は改正を受けることが少なくありませんが、これは、制定時の仕組みでは新たな課題に対応できないからです。こうしたダイナミックな変化を一般理論がどのように受け止めるか。行政法理論は静態的にもみえるのですが、個別法研究はいい刺激を与えるよう思います。

## 三 本書の価値

### ●執筆者について

亘理 今回、各分野を長年研究されてきた専門の方にご執筆をお願いしたのですが、各先生方は、個別法を通して行政法総論や救済法に問題を投げかけるという意識を正面から受け止めてくださいました。編者の思いに応えたものを書いて頂きまして、大変有り難く思っています。

例え、村上さんの行政機関情報公開法の説明とか人見さんの地方自治法の説明、藤谷さんの国税通則法や所得税法の説明、須藤さんの風営法の説明、亘理さんの都市計画法、建築基準法の説明、北村さんの環境法の説明、前田さんの生活保護法の説明など、それぞの分野での第一人者が、簡潔な解説を書いている。短い枚数の中で厳選されて書かれている内容が、非常に本質的で分かりやすい。編者の方は自画自賛となつて言いにくいかもしませんけれども、最良の著者を得て書かれているというのが、この本のチャームポイント

トだと思います。

「個別法からの逆読み行政法。」というキャッチは、まさにそういうところをうまく言い表しているなと思いました。行政法の勉強をする上で、これ一冊で十分というわけではなく、たぶん二冊目の本だと思いますけれども、一般理論の抽象的で分かりにくかったところが、この本を読むことで具体的に分かるこというメリットがあると思います。個別法の世界から行政法を見るというコンセプトで作られたこの本には類書がなく、このアイデアは成功していると思っています。

## ● 「ギュッとコンパクト」に

だいたいではないかと思います。

**北村** ご担当いただき法分野では、要するに何が問題なのか、これをギュッとつかんで分かりやすい言葉で表現してください、と、執筆者には繰返しお願いしました。各章冒頭部分に、総論を配置したもの、そうした配慮からです。見取図のようなものを示したかったです。また、裁判例は二〇四件取り上げましたが、ほぼ『百選』二冊分です。編集上の工夫によって、これを一冊に取り込んだともいえます。

**亘理** 各法律ごとに、まずは法目的、それから全体像、重要な論点、最後に重要判例といふ順で、非常にコンパクトにまとめています。一執筆者として書いてみますと、これだけの分量で各法律の、今述べたようなところを書くというのは非常に大変でした。そのためには条文をしっかりと読んで、あとは参考文献なども読んだ上で、結局この法律は何なのかという、つまり、法律の本質をまず理解・認識して、それを文章として再現する、そのような作業だったのです。結果的に、各法律の理解という意味では、私自身、非常に有益でしたし、各先生方にもいい経験をしていた

曾和 私自身、この四五本の法律の中で、比較的よく読み込んでいる法律もありますけれども、全体像をあまり押さえていない法律もあります。例えば社会保障法や環境法は、それぞれの分野でのいい教科書がありますので、大体知っていることが多いのですが、事業規制法とか、個別警察法、教育・文化法、国土整備法など、従来、各論としてあまり発展していない分野の法体系については新しい発見もあります。教員でも喜ぶ人が多いのではないかかなと思います。

**北村** ありがとうございます。執筆依頼にあたっては、完成形に近いモデル原稿などを示したり、著者会合で議論もしたりしました。そのおかげで、比較的コントロールが効いた書物になったかと思います。

## ● 憲法との関係を意識した解説

と、収録数が多いだけに一つ一つがすごく簡単で、知識の確認にとどまっている。個別論点もそういうくらいがあります。本書にはたくさん的情報が盛り込まれていますのでやむを得ないと思うのですが、突っ込んで考えてみたい人には物足りないところかも知れません。

## 四 個別法の教育は、 今後、どうあるべきか

**北村** これから法科大学院や法学部の行政法教育における個別法の取扱いについて、教員としてどのようにお考えですか。

## ● 本書に期待する役割

**亘理** 先ほど曾和さんが言及された、事件を丸ごと理解するという点に関わりますが、個々の法制度や特定の行政事件を手がかりに、行政法総論や救済法のさまざまな問題を総合的に教育・学習しようとする場合の教材になるのではないかとも思っています。  
例えば、原子炉の設置許可に関わっては、行政法の一般理論とつなげる。本書では、そうした統一的視点が出ているのではないかと思います。ただ、判例についていう

曾和 何のためにこういう個別法ができるのかという法律の趣旨・目的を憲法との関係でしっかりと読み解く。個別法の全体を概観して、行政法の一般理論とつなげる。本書では、原子炉適格や無効確認の利益のような訴訟要件に関する論点もあれば、原子炉の安全性や審査基準、安全性に関する裁判所の審査密度の

問題もあります。原子炉施設の設置許可を素材にして、行政法の様々な論点を扱うことができます。

また、医療法上の病院開設の中止勧告を例に挙げますと、中止勧告の处分性のほか、保健医療機関の指定について、既存の保健医療機関に原告適格が認められるかも、問題となり得ます。中止勧告 자체についても、中止勧告を受けた医療機関には保健医療機関としての指定を行わないという取り扱いが、通達に沿って行われていたケースと、その後の法改正で法律上の要件として明確化されたケースとがあるわけですが、中止勧告を巡って、こうした一連の問題を丸ごと扱うことができまます。この点で、本書は、ゼミ教材としても役立つのではないかと思っています。

く判例を読むようになつたし、個別法についても深く考えるようになりました。そして個別法を深く学べば学ぶほど、今までの総論体系は結構偏った素材から成立してきたことが分かってきた。例えば、昔の行政法一般理論は、農地法や税法の領域での事件や議論を中心に作られて来ますが、これからは、消費者保護法や環境法での議論を踏まえる必要がある。この点は、参照領域論などの形で最近になって強調されてきています。

私の目論見では、しばらくは名論の時代と  
いうか、個別行政法分析をしっかりと進める  
時代が来るのではないか。その成果を踏まえ  
て、行政法の一般理論が豊富に再構成される  
時代が来るのはないかと思います。双方が  
並行して進むことも含めて、行政法の研究も  
教育も、新しい段階に来ているのではないで  
しょうか。

ですが、たいていのテキストでは、行政代執行法の条文の解説だけがされています。しかし、個別法では、略式代執行が結構規定されているのです。公益要件は必要ですが、「過失がないとその措置を命ぜられるべき者を確知することができない」場合であっても代執行は可能です。また、措置命令をした場合に、期限までの不履行の事実のみで代執行ができるという個別法もあります。これらは、保護法益との関係でどういう意味があるのでうか。こうした代執行制度の場合には、命令を出す効果裁量も狭く解すべきなのか。解説論としても興味深いです。

法曹として行政に就職する学生もいるでしょう。理論だけではなく個別法を理解することは、法制制度設計者として必須の能力となるでしょう。

曾和 そうですね。  
私の関心に惹きつけて申

●個別行政法を深める時代

曾和 口一スクールができて、行政法が司法

試験の必修科目になり、法曹界における行政

法への関心・重要性が高まってきました。司

法試験では個別法に関する事例問題が出ます

ので、個別行政制度について理解をしなけれ

の二種別行政官署にて、即ち理財部と内務省に於ける三、う意識の強まつてゐる。二、う二

はといふ意謔を強めてきました。といふところ

私も学部で教えていたところ以上に細か

## ●個別法教育の成果を実務に

法に規定される具体的な仕組みは、

理論に対して、実に多くの示唆を

す。行政法学としては、それを読

政治小説の歴史

が必要である。

政治総論で教える一行政代執行

たそういう仕組みが新たにできています

が、行政法総論の中できちんとした位置付けがなされているわけではありません。そして、行政法総論での議論が不十分なために、

新しい制度を作るときには、かなり抵抗されることもあります。

個別法の中には、現実の必要性があつて生まれた新しいしくみが制度化されていました。ですから、個別法をしっかりと研究するということは、日本の現実をしっかりと見るということでもあるし、現実にある問題を解決するため行政として何ができるかを考えることでもあります。行政法教育としても、そういうことを考える力を持つた人を育てないといけないと思います。市民生活の現実から、行政がなぜ必要かを見ていく、そうした視点を養う観点からも、個別行政法に焦点を当てた本書は貴重だと思います。

北村 たしかに、制度の創造者というか設計者としての素養を身に着けせるのもロースクール教育の大きな柱でしようから、そのようになればいいですね。

## 五 本書への要望

北村 個別法ではありませんが、本書も進化

します。そのためにも、ユーチャーとしてのござるお聞かせください。

曾和 頁数に限りがありますので無い物ねだりみたいなこともありますのが、まず個別法ではもう少し取り上げてほしい法律があります。一つは独禁法や景表法。一般競争経済秩序維持を目的とした法律が一つあつたほうが多いと思いました。それから、公有水面埋立法も判例が割とあるので、あってもいいかな

と思います。

●「個別法」の定義を

曾和 それから、これは既に申し上げました  
が、本書には行政組織法、行政手続法など、私の分類でいえば行政一般法が取り上げられています。この点、本書にいう個別法とは何かという点が不明確になつているのではないかと思います。しかし、個別行政法をもう少しちゃん集めて、一般法はほかの本にもあるので簡単でもいいかなとも思いました。

北村 編者・著者としてはいかがでしょうか。

●編者の立場から

眞理 何をもって「個別法」と言うかという点に関するご指摘は、まさにそのとおりだと思います。取り上げるべき法律は、確かに、まだまだたくさんあると思います。

また、各法律に関する解説が、基本的に通説・判例をベースにしており、執筆者の主張や個性が出ていないのではないかというご指

例ベースで書かれていますが、この著者の顔触れからすれば、もう少し言いたいことを言つてもいいのではないかと思わないわけでもない。もつとも、この点では、北村さん執筆の部分はとてもオリジナルな問題提起が多くて、私は面白く拝見しました。例えば、条例のモデル論。従来だと自主条例か委任条例かという分類ぐらいしかなかったのが五つの分類になっているし、条例の実効性確保の部にも創造的な解説論が展開されています。このように、従来の法制度に対する批判的な視点についても、これだけの執筆者だったらもう少し書いてもいいのではないかと思いま

摘については、そのとおりです。

**曾和** もちろん、執筆者独自の見解が強く出てしまうと、逆にロースクールで使いにくくなるかもしれません。ただ、この豪華メンバーが結構我慢して書いているなという感じはしました。

### ●行政法各論の書物を

**亘理** 遠藤博也先生の『行政法II(各論)』の「はしがき」において、先生は、「本書」は、各論に関する「概論の概論のそのまた入門書の類」であると書かれています。遠藤先生は、おそらく、後々には、各論概論の各章ごとの総論を書き、かかる後、最後には個別法を想定していたのだと思います。遠藤先生の構想では、各章ごとの総論や最後の各個別

法を論じる際には、ご自分の観点を前面に出して「かくあるべし」という議論をされる予定だったのではないかと思います。

**曾和** 私が大学院時代に行政法の特殊講義に来ていただいたとき、遠藤先生は、行政法の体系書は全何冊にも及ぶものになるはずだとおっしゃっていました。六法全書を何度も読んでいるとも言われていました。個別法を克明に読んで、その中で出てきたいろいろな新規の類であると書かれています。遠藤先生は、おそらく、後々には、各論概論の各章ごとの総論を書き、かかる後、最後には個別法を想定していたのだと思います。遠藤先生の構想では、各章ごとの総論や最後の各個別

**北村** 公法学会でも、総論と個別法にもとづく各論を組み合わせた企画ができるといで

**北村** 個別法それぞれをフローチャートのような形でビジュアル化できなかつたのは残念でした。もつともとりあえず目次を掲げていただけましたので、そこから「仕組みのストーリー」がある程度はわかると思います。でもやはり、執筆者各人がさらに個別法研究を進め、読者が一目で全体像を把握することができるようなものを示したい。あるいは、重要な部分だけでもいいでしょう。わたしたち編者とともに本書の将来の課題です。

本日は、どうもありがとうございました。  
(収録日:平成二五年七月六日)

### ●さらなるビジュアル化を