



書評 もっと正確で解像度の高い説明を[『ファーストステップ演習 行政法』原田大樹著]

興津, 征雄

(Citation)

法学セミナー, 68(12):102-103

(Issue Date)

2023-12

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100486195>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



もっと正確で解像度の高い説明を

神戸大学教授 興津征雄

1 初学者が行政法に苦手意識をもつ理由の1つに、行政活動がどのような仕組みのもとでどのように進行するのか具体的にイメージできないことがある。本書は、そのような初学者の悩みを解決しようとするものとして、試みとしては高い評価に値する。本書の各項目では、参照条文として各事例に関係する個別法の条文が詳しく掲載されており、それに基づく行政活動の過程が簡潔に説明されているからである。

しかし、本書を手放しで学習者に勧めることは躊躇せざるをえない。たとえば、本書に判例索引がないのは法律書としては大きなマイナスである（そのほか判例の引用ミスも散見される）。しかし、それ以上に、本書における基本概念の説明や判例の扱いには疑問を感じるところがあり、読者が誤解したり困惑したりするおそれを払拭することができない。以下、本欄の書評としてはやや異例ではあるものの、本書を使って学習をしている読者の便宜も考えて、評者が気になった箇所を挙げていく。

2 まず、法定外抗告訴訟の類型として提示される「処分義務確認訴訟」なる概念がある（179頁）。明確な定義は示されていないが、「紛争の主題が処分と関係している」義務の（存在または不存在の）確認訴訟を指すようである（同頁）。しかし、著者は、処分をすべき行政庁の義務の確認訴訟も、違反に対して不利益処分が課される私人の義務の確認訴訟も、「処分義務確認訴訟」という言葉で包括しているようであり（174頁と179頁の用例を対比せよ）、これらをひとつの概念にまとめる意義がよくわからない。

179頁に引用された最判平成24・2・9民集66巻2号183頁と最判令和元・7・22民集73巻3号245頁（前者は君が代訴訟、後者は防衛出動命令訴訟であるが、同頁は両者を取り違えている）は私人の義務の確認訴訟の例である。これらは将来の不利益処分の予防を目的とする現在の義務（公務員の職務に係る公的義務）の不存在確認訴訟を、法定抗告訴訟である差止訴訟と

同趣旨の訴えであることを前提としてその訴訟要件を当てはめ、不適法とした判決である。「処分義務確認訴訟」に当たることが利いているわけではない。

行政庁の義務の確認訴訟の例として、河川法による除却命令を受けるおそれがある場合に、「除却命令をする義務がないことの確認訴訟」が考えられるという（179頁）。しかし、除却命令をする義務がないことが確認されても、行政庁は除却命令をすることが禁止されるわけではないから、原告の救済や紛争解決にとって意味がない。著者自身が「処分義務確認訴訟」という言葉につられて、意味不明な訴訟を提示してしまっているようにすら思われる。

3 このほかにも本書における判例の説明は正確さを



欠くことが多い。もちろん、学習者には判例を多少“丸めて”説明したほうがわかりやすいこともある。しかし、以下に示すものは評者からすれば丸めすぎである。

①36頁：信頼保護原則の適用要件につき、施策変更に関する最判昭和56・1・27民集35巻1号35頁を、課税処分に関する最判昭和62・10・30判時1262号91頁と併せて、「公的見解」の表明とまとめるが、不適切である。前者は「特定の者に対して右施策に適合する特定内容の活動をすることを促す個別的、具体的な勧告ないし勧誘」があったことを要求している（206頁も同様）。②43～44頁：「行政上の地位を前提に……民事差止めが認められた」例として、位置指定道路の通行妨害に対する妨害排除請求を認めた最判平成9・12・18民集51巻10号4241頁を挙げるが、同判決は行政上の地位ではなく人格権を根拠としている。③85頁：

行政処分の無効の要件につき、第三者の利害にかかわらない場合には「明白性ではなく行政の安定・円滑な運営の要請という要素を考慮することで、無効とされる可能性を広げる」例として、課税処分に関する最判昭和48・4・26民集27巻3号629頁を挙げるが、この要素は第三者の利害がかかわる場合にも無関係ではない。第三者がかかわらない場合には、同判決がこの要素を斟酌した上で「処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的な事情」の存在を無効の要件としていることをこそ示すべきであろう。

4 さらに、説明に引っかかりを覚える特段の理由づけや留保を付すことなく提示されることが間々ある。

『ファーストステップ演習 行政法』

原田大樹 著

東京大学出版会／2023年／A5判／272頁

3,300円(本体3,000円)

以下に掲げるものがその例である。

④29～31頁：最大判昭和50・9・10刑集29巻8号489頁に照らして条例の適法性を判断する際に、条例それ自体の合理性を比例原則に照らして評価する必要があるのではないか（110頁も同様）（興津征雄『行政法Ⅰ 行政法総論』〔新世社、2023年〕577頁）。⑤33頁：権限濫用禁止原則が比例原則の空洞化を補うものとして説明されているが、両者は独立の法原則ではないか。⑥111頁：協定締結の際の事業者の任意性につき、公序良俗違反の可能性を指摘するが、任意性は公序良俗ではなく意思の不存在または意思表示の瑕疵の問題であろう。⑦122頁：処分性の要素である公権力性につき、「道路交通法84条以下に定める要件を充足することで免許が与えられるから公権力性があり」とするが、この説明では、公権力性の内容が、法的効果の発生根拠が法律（道路交通法84条1項）に基づく行

政庁の一方的意思表示（免許）にあること（興津・前掲118頁）が伝わらない。⑧125頁：成熟性は決定の最終性を意味するのではなく、裁判に適した具体性が紛争に認められることをいうのではないか。⑨171頁：取締役が法人税法違反で懲役刑に処せられたという撤回事由は原告の「自己の法律上の利益に関係」があるといえるか微妙であり、非申請型義務付け訴訟への行政事件訴訟法10条1項の解釈上の準用の有無という難解な論点が生じかねないので、学習上は別の例を用いたほうがよいのではないか。⑩189頁：信頼保護については前掲最判昭和56・1・27を考慮する必要はないか。⑪190頁：「Xが準備段階から協力していること」はどうしてPFI法11条2項の評価基準の適用に際して考慮事項になるといえるのか。⑫204頁：最判平成16・12・24民集58巻9号2536頁に言及する必要はないか。

5 本書のコンセプト自体は優れているだけに、上に示したようなあまり練れていない解像度の粗い記述が目につくことが惜しい。改訂の際に本書の記述を抜本的に見直して、コンパクトさと、正確さ・わかりやすさ（思考のプロセスをきちんと理由づけて言語化しているという意味で）を兼ね備えた本に生まれ変われば、初学者向け教材の定番となる可能性を本書は秘めている。

6 実は評者も単著の教科書を上梓したばかりである（興津・前掲書）。それだけに、どんなに推敲や校正をくりかえしても誤りはなくならないことは重々わかっている。このような書評を公にすることには葛藤もあった。厳しい書評を書けば、評者もまた試されるからである。

しかし、書評をする以上は疑問点を率直に摘示して、著者の教示をまち、また読者の検証にゆだねることが評者の責務であると考えた。そうすることが学界全体の執筆水準の底上げにつながると信じている。

著者は今後行政法全般の基本書・体系書を刊行する計画があるという（「はしがき」ii頁）。体系書には学習書にもまして透徹した論理的解像度が求められよう。そこでは突き詰められた著者の思考の明瞭な言語化が見られることを期待したい。

（おきつ・ゆきお）