

行政裁量における違法性・不当性峻別論への批判

高橋 靖

目次

はじめに

一 違法性と不当性——法の解釈・適用と裁量

二 裁量一元論

むすび

はじめに

1 従来、「行政」裁量といわれる場合には、他の分野の裁量（例えば、この点で典型的にあらわれるのが裁判官の裁量である）とは、異なり、つまり裁量とはいっても、それはいわゆる羈束裁量であるにすぎない⁽¹⁾、と説かれるものとは異なり立法・司法・行政の三権分立をその根拠にして、行政庁の判断が裁判所の審査には服さない領域としての「自由」裁量というものがあるのだとされてきた。そして逆にいえば、行政裁量のもつこのような特色の故に、つまり裁判所の審査が入れないという「反法治国家的性格」があるが故に、殊にこのような「自由」裁量の領域を狭めようとする意図の下で、行政法の分野において裁量問題が、他の分野にくらべてはるかに詳細に論じられた文献等

の多くの集積がなされてきたといえるのである。

そしてわが国においては、自由裁量か否かの区別基準としての佐々木博士の文言説、美濃部博士の三原則というものが提示され、今日においては田中博士の△政治的・技術的判断をいれるものか否か▽という区別基準が、通説であり、また判例をも支配している⁽²⁾、といえるのである⁽³⁾。

2 だが田中博士の区別基準では、政治的・技術的判断を要するものが増大しているといわれる今日の行政においては、あまりに行政裁量が広くなりすぎる可能性があるといえようし、又いわばこのような「実体的側面」を問題にするだけでは現実の国民の権利救済という面で欠けるところがあるので、行政庁の判断過程に対する「手続的側面」による統制をなしていこうとする傾向が、殊に東京地裁の昭和三八年の諸判決⁽⁴⁾以来、有力になってきている⁽⁵⁾。

このように確かに今日では、行政庁の判断過程自体への統制の手がのびてはいるが、それ以後のつまり行政庁あるいは裁判所等によってこれは行政庁の自由裁量領域だということが確定された以後のことについては、何ら検討を加えられていないのである。私は、行政裁量に対する統制は、この点にも及ぶべきではないか、すなわちこの点についての統制が及んではじめて完全になるのではないかと考える。ではなぜ、「手続的側面」による統制を強調する新たな傾向も、この点への統制にはふれないのであろうか。私は、法律問題Ⅱ違法問題、裁量問題Ⅱ不当問題という區別をなす行政裁量の出発点そのものが依然として維持されていることに、その原因があるのではないかと考える。そこで本稿では、裁量問題の新たな展開を期すため、違法問題と不当問題との峻別をなす行政裁量の出発点そのものについての再検討をおこなってみたいと思う。

(一) Vgl. H. Drost, Das Ermessen des Strafrichters, 1930, S. 43ff., 59; Günter Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen

Ermessens im Strafrecht, 1962, S. 175; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975, S. 282.

- (2) 金子芳雄「行政裁量」公法研究三三三号、一九七一年、一七四頁参照。
- (3) 最判昭和三年七月一日民集二二卷一一号一六一二頁、最大判昭和三年九月一〇日民集二二卷一三三〇号一九六九頁、最大判昭和四年五月二四日民集二二卷五号一〇四三頁、最判昭和五十七年七月一五日判タ四七八号一六三頁。
- (4) 東京地判昭和三八年九月一八日例集一四卷九号一六六六頁、東京地判昭和三八年二月二五日例集一四卷二二二二五五頁。
- (5) 例えば田村悦一「自由裁量論」ジュリスト五〇〇号『判例展望』一九七二年、一〇〇頁、藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)』一九八〇年、八五頁以下等参照。

一 違法性と不当性——法の解釈・適用と裁量

ここではまず、裁量(自由裁量)問題を裁判所の審査から排除するための理論づけ、つまり裁量問題の根本的な出発点である違法性・不当性の峻別論について、「法の解釈・適用と裁量」という題目において検討することからはじめよう。

1 かつてドイツ・オーストリアにおいて一九世紀の中葉より行政裁判制度ができて以後、裁量不審理という問題は、行政裁判所を行政問題に介入させないための保壁として論じられてきた、または行政裁判制度導入への行政の側からの反対を弱めるために、行政裁判所の審査しえない行政庁の裁量というものが、ある意味では対価として提案された、といえる。⁽¹⁾ オーストリア等においては、この点についての明文の規定が制定されたのであるが、わが国においても、今日でも直接の明文の規定はないが、「裁量(正確には自由裁量)問題は、裁判所の審査の対象から除かれる」という不文の法命題(原則)から出発している。例えば戦前の明治三三年一八九〇年の「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」(昭和二年一八九四七年五月二日失効)でいう「違法処分」、戦後の昭和二年一八九四七年

四月一六日の裁判所法三条の「裁判所は、……一切の法律上の争訟を裁判し」でいう「法律上の争訟」は、このことを前提としていようし、またさらに明確には昭和三七年¹¹一九六二年の行政事件訴訟法三〇条は、このことを「当然のこととして」「前提」としている³⁾、といえよう。そしてこれらの明文の規定あるいは不文の法命題を理論的に根拠づけるものとして、法律問題¹¹合法性の問題¹¹違法問題と裁量問題¹¹合目的性の問題¹¹不当問題との区別がなされてきたのである（この根拠づけについては³で詳論する）。

この上で、これらの明文の規定あるいは不文の法命題にいう「裁量」という言葉の意味の解明をなそうということ、²「裁量」についての法の解釈という作業が展開されてきたのである。

²では次に「裁量」の解釈についてみてみよう。裁量とは、一般の用語例では、「自分の意見によって裁断し処置すること」⁴⁾であるが、この点は行政法においてもかわらず、選択（判断）の自由（余地）のことだとされている。

そして「行政行為は、すべて法に基づき法に従って行なわれなければならないが、その法による羈束の程度・態様は、場合によってまちまちである。法がその要件・内容について、ほとんど完全に行政を羈束し、行政行為は、ただ、法の具体化又は執行に止まる場合」が羈束行為であり、それ以外の場合が裁量行為であるとされるように、法律が厳密な規定をなしているか否かによって、裁量¹¹選択（判断）の自由（余地）の問題をまずひき出すのである⁶⁾。なお法律のない行政領域も考えられると思うが、これとて最終的には憲法による拘束をうけることにならう⁷⁾。から、ここでは便宜上度外視してもよいと思われるので、この点はいずれ裁量の各論領域で扱うことにする。

ではここで出た「裁量」が、「裁量問題は、裁判所の審査の対象から除かれる」という法命題でいう「裁量」と同じものなのであろうか。かつてはこれに近い見解で、要件の不確定概念はすべてこの意味での裁量だという見解もなかった⁸⁾が、それでは数字による表示と精密科学の専門語以外すべて不確定だといえば不確定だという批判⁹⁾

がありうるわけである。従つてこのままでは裁判所の審査の対象から除外される裁量の範囲があまりに広くなりすぎであろう。そこでさらにこの裁量行為を羈束（法規）裁量と自由（便宜）裁量というものに区分し、この後者の自由裁量のみが裁判所の審査の対象から除かれる「裁量」だとしていく。そしてこの区別の標準、広くいえば羈束裁量を含む羈束行為と自由裁量の区別の標準に関する理論が、裁量についての法の解釈の中心問題として展開されてきたのである。例えばわが国における、法規の要件の「公益」、「必要」という不確定概念等が自由裁量とする佐々木説（法規の文言に重きをおく解釈だとされる）、法規の効果の部分が人民の権利・自由を制限剝奪するか否かを区別基準だとする美濃部説、美濃部説を基礎としつつ、法が行政庁の政治的・技術的判断を許容する趣旨か否かを区別基準とする田中説（以上の美濃部、田中説は、目的論的解釈だとされる）等が、これである。

以上のように、不文の法命題でいう裁量とは何かから裁量（自由裁量）の領域の具体的な確定までに至る作業が、法の解釈によってなされてくるのである。⁽¹⁰⁾

3 なるほど行政庁の判断に任されるべき領域というのは、確かにあるであろう。従つて、「裁量問題は、裁判所の審査の対象から除かれる」という法命題自体は、問題にはならないであろう。だがその根拠づけには疑問が出るのではないかと私は思う。従つて、1で簡単に言及しておいたこの根拠づけについて、ここでより詳しくみていくことにしよう。

田中博士の見解で代表させてみていこう。羈束行為（裁量とはいっても法の拘束のある裁量Ⅱ羈束（法規）裁量を含む）は、法による拘束があるものである。⁽¹¹⁾つまり法律問題なのであり、従つて「法に違反する行為」Ⅱ「違法行為」（違法問題）になりうる。すなわち「法」適用の問題になるのである。これに対し自由（便宜）裁量の行為は、法による拘束がないものであり違法行為とはなりえず、「法の認める裁量の範囲内でその裁量を誤り、行政上の

目的に反し、妥当でない行為」つまり「不当行為」にとどまる（裁量問題Ⅱ不当問題）。すなわち自由裁量の行為は、「法」適用の問題にはならないのである。⁽¹²⁾従って、「審理しうべき範囲が法律問題（事実問題を含む）⁽¹⁴⁾に限」られている、すなわち法の解釈・「適用の保障的使命を担う」裁判所の審査の対象になるものは前者の羈束行為のみで、後者の自由裁量の行為はならないのである。以上が、「裁量問題は、裁判所の審査の対象から除かれる」という命題の根拠づけなのである。⁽¹⁵⁾

以上のことを要約すれば、次のようになろう。

羈束行為（羈束裁量を含む）Ⅱ法律問題Ⅱ違法問題Ⅱ合法性の問題Ⅱ法適用の問題Ⅱ法の解釈・適用を任務とする裁判所の審査の対象になる。

自由裁量行為Ⅱ裁量問題Ⅱ不当問題Ⅱ合目的性の問題Ⅱ法適用の問題ではないⅡ裁判所の審査の対象にはならない。⁽¹⁶⁾

なおこの法律問題と裁量問題の区別は、最後までつらぬかれていく。そのことは、裁量限界論すなわち裁量の超越・濫用ということをみれば明白である。つまりこれらがある場合には、自由裁量行為は、「単に不当であるに止まらず、違法となる」⁽¹⁷⁾というのだが、この点自由裁量は不当にすぎないといったことと何か矛盾するものが出てくるように思われる。だが裁量限界論の内容を個々にみてみれば、裁量超越Ⅱ「法律」が規定した範囲外での裁量行使、および「法」の目的違反というのは、まさに「法律」問題であり、事実誤認というのは法律問題に含まれるとされる事実問題であり、平等原則違反・比例原則違反というのは「法」原則違反の問題なのである。ただ一番問題なのは「不正の動機」であるが、これとて客観面からみれば平等原則違反・比例原則違反等と結びついていくといえるようであるから、この限りでは法律（法）問題になるということは問題なからう。従って、裁量限界論というのは法律問題に

ほかならないのであり、法律問題と裁量問題の区別は、首尾一貫しているといえるのである。

4 だがこのような根拠づけ、つまり法律問題と裁量問題の全く別個のものとしての——又はそのようにうけとれる——いわば二元的理解には、問題があるのではないか。⁽²⁰⁾ 2でみた裁量論究の法律の規定からの問題の出発およびそのことの裁量限界論の面での再度のあらわれであろう裁量超越 \parallel 法律が規定した範囲外での裁量行使、ということからみれば、法律の規定内部の問題として裁量問題は考えられていることがわらう。つまり裁量問題は、法律問題という枠の中のものとして考えられているはずなのである。すなわち裁量問題といえども、やはり法の拘束があるはずなのである。ところが例えば田中博士もこのようなことを認識していると思われるのに、⁽²¹⁾ どうして法律問題と裁量問題の二元的理解をするのであろうか。法構造上、法律問題内での裁量問題という一元的理解をしなければおかしいはずである。⁽²²⁾

つまり裁量問題とて、法の拘束がある、従って法適用の問題になっているはずである。では法適用の問題ではないというのなら、それは何だというのか。例えば Walter Jellinek は、評価の際に歴史的に存在する法が判断基準を提示するものが行政法学の領域であり、判断基準を自ら選択できるものが行政政策の領域だといっているが、⁽²³⁾ そうであるならまさに選択の自由という裁量(自由裁量)の領域というのは、行政政策の領域にかかわるといえるのではないであろうか。つまり法律問題 \parallel 行政法学、裁量問題 \parallel 行政政策というように対応させうるのではなからうか。なおこの点で付言すれば、もしわが国の有力説である田中説が、裁量問題 \parallel 行政政策という見解をとっているとすれば、そこには疑問点が出るのではないか。すなわち田中博士は、行政庁の政治的・技術的判断に任されているものは自由裁量だとしているのであるが、この「政治」というのは「政策」と同義のことなのである。⁽²⁴⁾ すると田中博士がもし裁量問題 \parallel 行政政策という見解をとるとしたら、博士は、裁量(自由裁量) \parallel 「政策」の領域とはどのような基準で明

らかになるのかという問いに対し、裁量（自由裁量）Ⅱ「政策」の領域とは、行政庁の「政策」的判断に任せられたものだという答えをしていることになるのである。つまり技術的判断ということはよいとしても、この政治的判断という答えについては、問いをもって問いに答えているにすぎないのではないかという疑問点が出るのである。

それはさておき裁量問題というのは、法適用ではないのか。例えばA、B、Cという選択（判断）の自由（余地）Ⅱ裁量というものがあるとする。だが前述のように法律の規定による拘束があるということから出発しているのであるから、Aの選択でもBあるいはCの選択でも、法の枠の外に出ていくわけではないはずである。法への包摂、逆の面からいえば法適用にはかならないであろう。それは例えば、一〇万円の範囲内での罰金ということで、一〇万円を選択しようと五万円あるいは一万円を選択しようと、それらは一〇万円という法の枠内に入っていく場合Ⅱ羈束裁量だとされる場合と同じことなのではないであろうか。つまりこれらは、法の解釈・適用を任務とする裁判所の審査の対象になっているはずなのである。

それでは裁量不審理という命題を否定するのかというかも知れないが、そうではない。法律問題と裁量問題を、違法と不当あるいは法適用と法適用でないものというような二元的構成で理解し、これによって裁量不審理という命題を根拠づけるのはおかしいといっているだけである。今日の行政事件訴訟法三〇条が当然のこととして前提としているこの命題の根拠づけを、従来のものとどのように変更すべきか。それは、A、B、Cという選択はすべて可能な「法適用」でありうる（この限りでは、裁量問題というのも裁判所法三条にいう「法律上の争訟」でありうるのである）のだから、どれでもとれる（つまり2でみた裁量Ⅱ選択（判断）の自由（余地）とは、このような「法適用」になりうるものの中での選択ということなのである）。従って逆にいえばどれでもとれるのだから、そして第一次的にどれをとるのかを判断するのは行政庁なのであるから、行政庁がとったもの（例えばA）について「別にくり返すだ

けの理由もない」ということになる。それ故に裁判所は、裁量問題を審査しないということになっているのだ⁽²⁵⁾、という根拠づけに変更すべきなのである。つまり法適用（法律問題）になるものの中での選択、これが裁量問題なのだというように、裁量問題を法律問題内部のものとして一元的に理解すべきなのである。従って裁量問題は、法の拘束とは関係なく、法適用の問題にはならない²という³でみた箇所は、否定されるべきだということになる。なお裁量問題²不当問題という言葉自体は、このように一元的なものとして理解されるのならば、残してもかまわないであろう。

5 なおここで、要件裁量説・効果裁量説という分類（把握）方法に言及しておこう。かつて要件裁量説・効果裁量説に分類されていたものは、法律問題と裁量問題は個別の領域として二元的に存在しているという（又はそのように受けとれる）前提から、すべて出発していたといえよう。従って法構造上、法律問題という枠内での裁量問題という一元的な把握しか考えられないのなら、二元的把握を前提とした要件裁量説・効果裁量説という分類もおかしいといえよう。ただししかし理論的には、次の二でみるように、要件裁量説・効果裁量説という分類も、一元的把握と結びつく可能性があるのであるから、これも一概に否定されるものではないようである。従って、要件裁量説・効果裁量説という分類はもちろん可能なのだが、ただ二元的把握と結びつく限りではおかしいのではないか、といつてよいのではないだろうか。

(1) Friedrich Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924, S. 156; 田村悦一『自由裁量とその限界』一九六七年、一頁以下参照。

(2) 例えば、田村・同右書六頁注(3)(4)参照。

(3) 南博方編『注釈行政事件訴訟法』一九七二年、二五八頁（田村悦一教授執筆）。阿部泰隆「違法性と不当性の間」自治研究五四卷一〇号、

行政裁量における違法性・不当性峻別論への批判（高橋靖）

一九七八年、五頁等も参照。

- (4) 新村出編『広辞苑（第二版補訂版）』一九七六年、八六五頁。
- (5) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第二版）』一九七四年、一一六頁。
- (6) 今村成和『行政法入門（新版）』一九七五年、八二頁等参照。このこと明確に言及していない人でも、まず羈束行為と裁量行為に分け、この後者をさらに羈束裁量と自由裁量に分けるとしてゐる人は多く、このことを当然の前提としてゐるといへよう。
- (7) Vgl. Erichsen/Martens (Irsig.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1979, S. 169f.; Hans Meinholz, Verwaltung und Politik, DÖV 1949, S. 141. ただし vgl. auch Carl Hermann Ule, "Erkennen", Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl., 1975, S. 564.
- (8) Vgl. Edmund Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S. 42f.
- (9) Tezner, Über das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 19, 1892, S. 335.
- (10) Vgl. Hermann Soell, Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, 1973, S. 148 Anm. 58.
- (11) 例せば Soell が「羈束と自由裁量」の「法律の意思・法律の目的への拘束」があるとしたところ（Soell, *ibid.*, S. 141.）。
- (12) この「不当」といふ言葉はいつまであるか、これは、田中二郎博士あたりから使われはじめたように思われる（すべし一九三一年の「行政裁判所の権限より観たる自由裁量問題」に存する。田中『行政争訟の法理』一九五四年所収、二二二―二二八頁参照。だがそれ以前の例えは美濃部達吉博士においては、便宜裁量≠「不当当」の行為という使い方がされていた（例えば、美濃部『行政法概要 全』一九二四年、二〇頁、同『日本行政法上巻』一九三六年、九三〇頁。この「不当当」といふ言葉は、おそらく unweckmäßig の訳語なのである）が、この訳語は、すでに一九〇九年≠明治四二年の藤井信吉『二十世紀独和辞書（第一八版）』一〇六五頁等に存する）それはちとておきこの「不当当」といふ言葉が、「違法」といふ二字に対応させるといふことと「不当」といふものに変えられていったのであらう。ただし「不当」といふ言葉の「も」強く語感からいふと、むしろ「不適」の方がより適当であつたように私には思われるが。
- (13) Vgl. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 190; Andreas Wittern, Grundriss des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1975, S. 91ff.; 成田錦鐘『行政法講義上巻』一九七〇年、二四三頁以下。なお vgl. auch Albert von Mutius, Rechtsnorm und Verwaltungskakt, in: Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 189f.
- (14) Vgl. auch Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., 1977, S. 731.
- (15) 田中・前掲書一〇〇頁注(一)―(一七) 三四三―三四四頁。
- (16) このような区別は、わが国の裁量論究の母国であるドイツ・オーストリアにおいても今日まで認められてきつた。Vgl. Bernatzik, a. a.

O., S. 46; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 199; Ule, a. a. O., S. 56ff.; Erichsen/Martens (Hrsg.), a. a. O., S. 165f.

(17) 田中・前掲書一八九頁。

(18) 例えば、前掲『注釈行政事件訴訟法』二五八頁以下参照。

(19) 拙稿「裁量限界論における主観性と客観性」早稲田大学大学院法研論集二六号、一九八二年、二二八―二二九頁参照。

(20) なお、「行政法・行政法学において当然の前提とされている違法性と不当性の区別にいささか疑問をも」っておられる阿部泰隆教授は(阿部・前掲三頁)、「制度の建前、すなわち、不服審査Ⅱ合目的性の統制(Ⅱラス合法性の統制)、行政訴訟Ⅱ合法性の統制という公式は、元来当不当と合法違法の区別が可能であり、現実にも区別されている」ということを前提としているはずである。しかし、実はこの区別は本来不可能であったのではないかという疑問がある。すなわち、当不当と合法違法の区別は論理的なものではなく、歴史的に形成された可変的なもの」なのであり、「当不当と合法違法の区別が論理的に先行して、それに応じて、行政不服審査と行政訴訟の審理範囲が決まるのでなく、全く逆に、行政訴訟で審理されればそれは合法違法の問題であり、行政訴訟の審理が及ばなければ当不当の問題となるのである。まさに、本来は、裁判官は合法性のみを監視すべきであるが、現実には裁判官がこれが合法性だ、というものが合法性の問題になるだけなのである。こうした傾向がすすみ、裁判所が行政裁量の判断過程の合理性を審理するとなると、違法ではないが不当であるという場合が果して存在するだろうか、という疑問がでてくるのである。このように、当不当と合法違法の区別が先験的に可能であるべきところ、可能でないことが、……制度の建前と現実の不一致の最大の原因である」とのべておられる(阿部・同右一七一―一八頁)。

(21) 田中・前掲書一〇〇頁注(一)、一一七頁参照。

(22) ただし行政裁量の中でも税務行政の場合には、裁量とはいってもそれは羅束裁量のことであるにすぎないということがよくいわれるが(vgl. Karl Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege, Bd. I, 1920, S. 278; Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL 2, 1925, S. 65; 北野弘人『新行政法学・自治体財政権』一九七七年、六五頁)この主張の限りでは法律問題と裁量問題の二元的構成という欠陥はこの領域においてははないといえよう。

(23) Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1981, S. 99.

(24) 田中「自由裁量とその限界」『司法権の限界』一九七六年所収、一四三頁参照。

(25) Vgl. auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975, S. 282.

二 裁量一元論

1 裁量問題についての一元的構成をとる理論すなわち裁量問題を法律問題内部のものとして一元的にとらえる理論は、現実存在するのであろうか。それは、——本人自らはそういつていないが、このように解さなければ説明しえないというものも含めて——存在する。例えば、西ドイツの判断余地説、わが国の裁量基準設定説が、これである。しかも判断余地説は、西ドイツの通説であり、判例をも支配しているのであり、⁽¹⁾裁量基準設定説も、少なくとも有力説であり、判例も同様な考え方をとっているのである。⁽²⁾以下では、これらの説を個々にみていくことにする。

2 ここでは、Dieの限界事件説、Bachofの判断余地説は同じものであるといえると思うから、判断余地説ということと統一していきたいと思う。

だが両者には相違点もある。例えばDieは、いわゆる経験概念のことである事実的（記述的）概念といわゆる価値概念のことである規範的概念を区別し、後者は、個々の場合の適用において価値判断を必要とするから、事実的（記述的）概念のようにはいかないとし、この規範的概念についてのみ、限界事件という理論をうちだしている。⁽³⁾これに対しBachofは、より広く経験概念についても、その下へ事実関係を包摂する際には理論的には唯一の解決のみが正しいと考えられるかもしれないが、実際上は行政庁の判断余地というのは否定できない、⁽⁴⁾という。ただBachofのいう判断余地というのは、ある概念の下への事実関係の包摂において、「正しい判断もしくは誤った判断とおそらく言うことはできず、多様な考えうる『諸見解』⁽⁵⁾といいうるにすぎない」領域、あるいは「主観的に非常に多様な判断可能性が存在する」領域のことであり、この点Dieのいう、規範的概念の下への事実関係の包摂の際に多様な判断が可能である場合⁽⁶⁾限界事件と内容的には同じことをいっているのであり、⁽⁷⁾両者をこの限りで統一的に論じてもさしつか

えない、と思う。

ではこの判断余地がある場合、裁判所はどうするのであるか。判断余地説は、次のようにいう。△判断余地は、ある概念への事実関係の「包摂」について問題になるのである。事実関係の存否や法概念の解釈については、裁判所は、——それらは事実認定や法の解釈の問題であるから——審査するのであるが、ある概念への確定された疑いのない事実関係の包摂についてある一定の結論がひきだされうるか、例えばある許可は「公の交通の利益」に反しているという結論がひきだされうるか、あるいはある営業が「健康に有害」であるという結論がひきだされうるかについて争いがある場合、すなわち疑わしい場合には、つまりどちらが正しいかわからない場合には——これが判断余地の領域であり、そしてこれらはたとえ鑑定を使ってもおこりうるのである——、換言すれば行政庁の見解が確定された事実関係にもとづいて代替しうる (vertretbar)⁽⁸⁾ 時には、行政裁判所は、行政庁の見解に従うべきである。なぜならある一定の事実関係の評価において多様な結論に達しうる時には、これらの評価のすべては、不確定法概念の枠内であり、適法 (rechtmäßig) だと考えられなければならないからである。つまりこのような判断余地がある場合には、行政裁判所自身の価値判断を行政庁の判断にかえてはならないのである▽⁽⁹⁾、と。

ただし判断余地説は、この判断余地というのは、「裁量」ではないという。すなわち、△法律要件の下への事実関係の包摂に関する判断は、たとえこの判断のために活動の余地が存在するにしても、常に意思決定をともなわない認識行為である。つまり裁量は、法律上規定された前提要件が存在する場合について、行政庁に行為の自由を与えるという行為裁量 (効果裁量) のみに限られ、行為の前提要件の判断に関しては裁量は存在せず (すなわち判断裁量あるいは要件裁量の否定である)、判断余地があるにすぎない。なぜなら判断余地は、多様な判断可能性の必然的な結果として生ずるにすぎず、裁量の要素である選択するというような意思の要素はこれには入らないからである▽、と

10) いうのである。だが裁量とは選択の自由のことであり、判断余地説によれば、判断余地内には多様な判断可能性があるというのである。それならば、その中の一つを選ばばやはり選択しているといえるのではなからうか。従って、通常は、この判断余地というのめやはり裁量だとされているのである。¹¹⁾

3 裁量基準設定説Ⅱ渡辺洋三¹²⁾・杉村敏正説は、不確定概念や「得」規定などの「行政機関に認められる制定法上具体的に拘束されない判断の余地という意味での行政裁量」ということから、まず出発し¹³⁾、この行政裁量について統制を及ぼしていく。すなわち、このような「裁量権を認めるにしても、これを恣意に行使して、行政行為を行なうことを許容するものではな」く、「行政機関は裁量行為をする場合においても、当該根拠法規が実現しようとする行政目的を達成するための具体的な行政行為の判断・決定を規律すべき具体的裁量基準を内部的に定立し（従来の要件裁量説・効果裁量説ということで分類するなら、これは要件裁量説だといえよう——筆者注）、この基準に従って、各個の行政行為を行なわなければならない」、¹⁴⁾では本来なら裁判所の統制に服さないとと思われる行政庁内部における裁量基準を、いかなる法的根拠から裁判所による統制に服させていくのか。それは、法的問題となる裁量限界論による統制という要素を導入することによっておこなうのである。すなわち、「行政法規が、行政機関に行政行為を授權する際に、これに裁量権を認める場合にも、行政機関の定立する行政行為の判断・決定を規律すべき内部的な具体的基準が、根拠法規の内在的目的に反し、もしくは、比例原則・平等原則に違反して定立され、この基準に従って具体的な行政行為が行なわれる場合や、右の具体的基準には瑕疵のない場合でも、その適用に際して、その要件事実の誤認があり、もしくは、比例原則・平等原則に違反して行政行為が行なわれる場合には、裁量権の行使は恣意的であり、違法な裁量濫用があると解すべきである」、¹⁵⁾としていくのである。¹⁶⁾

では裁量基準設定説Ⅱ渡辺・杉村説は、裁判所の審査が入らない、いわゆる「自由裁量」とはどういうもののだとい

っているのか。それは、「行政機関の裁量権の行使につき、裁判所がその判断・決定をくつがえすのは、裁判所の法的判断能力をもって認定することのできる過誤に限るから、行政機関の専門技術的な知識と経験に関し、裁判所が鑑定を利用しても、なお及びえない事項について、司法審査の及ばぬ処が残ることはやむをえない⁽¹⁷⁾」という箇所からみて、「裁判所が鑑定を利用しても、なお及びえない事項」がそうだとしている、と解することができよう。

4 以上が判断余地説、裁量基準設定説であるが、判断余地説は、『判断余地』においては、『再審不可能な領域』はなく、本来は再審可能であるがなお行政庁の判断に道をゆずるといふ、質的には異なった領域が問題とされている⁽¹⁸⁾、といわれている。また、裁量基準設定説も、△行政機関の裁量権の行使につき、裁判所がその判断・決定をくつがえすのは、裁判所の法的判断能力をもって認定することのできる過誤に限る。それ故に行政機関の専門技術的な知識と経験に関し、裁判所が鑑定を利用しても、なお及びえない事項▽、これこそが、裁判所の審査が入らない自由裁量の領域だといっているのである。つまり「裁判官が完全には再審査しない決定、それが裁量決定なのである⁽¹⁹⁾」といっているといえようから、当然、判断余地説と同様な評価をうけることになる。これらの説は、裁量問題と法律問題の峻別すなわち二元的理解からは出てこようがないのではないか。これらの説は、裁判所の審査の対象になる法律問題Ⅱ違法問題、裁判所の審査の対象にならない裁量問題Ⅱ不当問題という二元的理解をしているのではなく、すべて裁判所の審査の対象になる法律問題内部にとりこまれた裁量問題という一元的理解から出発している、と私は考える。

(1) Vgl. Jan Catepoel, Ermessen und Beurteilungsspielraum, Verwaltungsgeschichte, Bd. 71, 1980, S. 140.

(2) 拙稿「法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為」早稲田大学大学院法研論集二七号 一九八二年 一四六頁注(4)参照。

- (c) Carl Hermann Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 318, 323ff. (本邦の論文は後述 Ule, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1979, S. 177ff. 以下同)。
- (4) Otto Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1956, S. 99f. 本邦の論文 vgl. auch Müller-Tochtermann, Der unbestimmte Rechtsbegriff—logisch unhaltbar oder sinnvoll? NJW 1962, S. 1238f.
- (5) Bachof, *ibid.*, S. 99f.
- (6) Ule, *a.a.O.*, S. 325.
- (7) Vgl. Fritz Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 619.
- (8) 上の用語は、Friedrich Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924, S. 160f. に於て使用された。
- (9) Ule, *a.a.O.*, S. 326; ders., Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht, DVBl. 1973, S. 758; ders., Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., 1978, S. 8ff.; Bachof, *a.a.O.*, S. 100; ders., Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, JZ 1972, S. 644f.
- (10) Bachof, JZ 1955, S. 98; Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 2. Aufl., 1979, S. 265.
- (11) 例えば、田村悦一『自由裁量とその限界』一九六七年、一五三頁参照。
- (12) なお渡辺教授が、従来の自由裁量論を批判する際にとりうる「経験科学的立場」(渡辺洋三『現代国家と行政権』一九七二年、一〇三頁)については、とりたてて法社会的立場 (Beutel, An Outline of the Nature and Methods of Experimental Jurisprudence, 51 Colum. L. Rev. 425 (1951)) と同じく注意しなく、概念法学的立場 (佐々木、美濃部、田中各博士の説をうけとめている) に対する機能的 (個々具體的) な考察方法の欠点であるにすぎない (渡辺・同右書一〇二—一〇六頁参照)。
- (13) 杉村敏正『法の支配と行政法』一九七〇年、二五八、二〇四—二〇五頁、同『全訂行政法講義総論(上巻)』一九六九年、一九〇—一九二、一九六頁。
- (14) 杉村『法の支配と行政法』二〇七—二〇八頁、同『全訂行政法講義総論(上巻)』一九六一—一九七頁、渡辺・前掲書三七—三八、一〇七—一〇八頁。
- (15) 杉村『法の支配と行政法』二〇八、二七七—二七八頁、同『全訂行政法講義総論(上巻)』一九七頁、渡辺・同右書三八、一〇六—一〇九頁。
- (16) この点は、石井良三判事が提唱されていた。「最小適合の原則と比較適合の原則の指定する一線が自由裁量の法的限界を画す一線である。行政庁は、この限界内で、自己の判断によって最も適切な裁量基準を選択し、決定するのである。この選択ないし決定の自由が自由裁量における

る裁量の自由である。一旦、裁量基準が定つたときは、その基準は現実の行政処分における具体的な処分要件として作用する。或る事件がその基準に合致するときは、行政庁は必らずその処分をすることを要し、格別の理由なしにその基準を変更するときは、裁量の濫用として違法になる（なお、従来の行政庁との適正な理由なき相違は、平等原則違反の故に、裁量濫用＝裁量誤用となることは、今日の西ドイツにおいて認められている。例えば、Erichsen/Martens (Kursg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1979, S. 167f.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 8. Aufl., Bd. I, 1975, S. 150ff. 等参照。ただ石井判事がこの段階に於いて「西ドイツに於いては必ずこのような判決が出つたのであり（初期の判決については、例えば、Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 231ff. をみよ。またこの他に特に、Beschluss des OVG Münster vom 27. 3. 1963, DÖV 1963, S. 703. をみよ）。石井判事はこの点を参照したのであるか——筆者注）。なお、どの範囲の事項をどういう比重で裁量の基準に織り込むべきかは行政庁の自由な判断にまかされているが、裁量の基準となるべき事項は、事の性質からいって、当該行政庁の権限内の事項であつて、しかも法の趣旨、目的にかなうものでなければならぬ（石井「自由裁量の処分」(三・完)法曹時報七卷四号、一九五五年、五七頁、それ以外のものを織り込んだ時には、「それらの事項が処分の無視できない理由となつてゐるときは、その処分は法に反するものとして違法な処分となる」(石井・同右五四—五五頁)と。

(17) 杉村『法の支配と行政法』二七八、二〇八一—二〇九頁、同『全訂行政法講義総論(上巻)』一九七一—一九八頁。渡辺・前掲書一一頁もみよ。なお、小沢文雄「行政庁の裁量処分」公法研究五号、一九五一年、七五、七八頁も参照。

(18) 田村悦一『行政訴訟における国民の権利保護』一九七五年、八二頁。

(21) Catepoel, a. a. O., S. 149.

むすび

1 以上の結論を要約すれば、次のようになる。△違法と不当という二元的峻別はおかしい。なぜなら法律の規定という出発点からはじまる裁量問題が、いかにして「法」の枠外に出ていってしまうのかわからないのである。つまり裁量問題＝不当問題は、法律問題＝違法問題内部のものとして理解するしかない(裁量一元論)。ではこの裁量一元論にみあう裁量理論は、現実存在しているのだからか。それは存在する。いわゆる判断余地説、裁量基準設定説がそうなのである▽。

なおこの判断余地説は、「行政決定の適法性の推定」とよばれているが、裁量基準設定説も、裁判所が鑑定を利用しても及びえない（つまり明確に適法・違法と断言できない）事項⁽¹⁾自由裁量の領域だとしていることからみて、やはり行政庁の側への「適法性の推定」を認めていることになる。ところで「適法性の推定」という点で、一つ付け加えておく必要がある。それは、一の4でのべた裁量一元論という裁判所の裁量不審理の根拠づけ、つまりA、B、Cという選択は、すべて可能な「法適用」でありうるからどれでもとれる。従ってどれでもとれるのだから、そして第一次的にどれをとるのかを判断するのは行政庁なのであるから、行政庁が選択したものについて別にくつ返すだけの理由もない⁽²⁾、という根拠づけについてである。すなわち現実中存在する裁量一元論（判断余地説、裁量基準設定説）からみれば、ここでいう「どれでもとれる」というのは、「適法性の推定」も含めてであるということをつけ加えておく必要がある。まただれの異議もなく適法だといえるものなら、とりたてて問題にならないから、この適法性を推定される領域こそが、裁判所の審査から排除されるものとしての裁量問題の本体だといってよい。

私は、裁量基準設定説をとりたいと思う。ただし、裁量基準設定説は、専門技術的な問題について鑑定を利用しても及ばない事項があるといっているが、少なくとも政策問題についても同様にいえるであろう⁽³⁾。ところで近時注目された伊方発電所原子炉設置許可処分取消請求事件についての松山地裁昭和五三年四月二五日判決は、裁量基準設定説的判決ではないのか。例えばこの判決には、「原告らは、原子炉のような危険性の大きい、かつ未知の部分の多い技術については、右後者の如き方法をとることは、原告らの周辺住民の生命、身体等を侵害する蓋然性が極めて高いから許されない旨主張し、証人……も右主張に添う証言をするけれども、証人……の各証言及び弁論の全趣旨によれば、現在の原子炉はその安全性が十分確保されているとする専門学者、技術者も多数存在することが認められるから、右原告らの主張に添う証拠は直ちに採用できない。なお、右原告らの主張は設置法、規制法の解釈と相容れないもので

あることは明らかであり、したがって、当裁判所のとり得ないところである。これを要するに、規制法二四条は、原子炉設置許可処分は、周辺住民との関係においても、その安全性の判断に特に高度の科学的、専門的知識を要するとの観点及び被告の高度の政策的判断に密接に関連するところから、これを被告の裁量処分とともに、慎重な専門的、技術的審査によって、一定の基準に適合していると認めるときでなければ、その設置許可をすることができないとして、被告の裁量権の行使に制約を加えているものと解すべきである⁽⁴⁾、という箇所がある。この箇所は、一定の基準に適合しなければ設置許可はできないという裁量権行使への制約から出発する。つまり裁量基準設定ということから出発する。そして争点たる原子炉の安全性について、専門家の間にさえも意見の相違が出る等の理由から、原告の主張はとりえないという。要するに、「規制法二四条は、原子炉設置許可処分は、周辺住民との関係においても、その安全性の判断に特に高度の科学的、専門的知識を要するとの観点及び被告の高度の政策的判断に密接に関連するところから、これを被告の裁量処分」としている⁽⁵⁾、と読めるのである。以上からみてこの判決は、裁量基準設定説的判決だといえる、と私は思う⁽⁵⁾。

2 では裁量基準設定説から、他の行政法の問題にいかなる帰結が生まれてくるであろうか。例えば次の二点に他の理論とは異なる特色が出てくる。

(1)裁量基準設定説は、裁量プラス裁量限界という二元的構成をとるのではなく、裁量限界論を最終的な裁量領域確定のための判断基準として一元的にいれているにすぎない。つまり裁量のみが問題にされているにすぎないのである。従って通常、裁量は権利根拠規定である等の理由で、行政庁に立証責任があり、それに対し裁量限界違反の方は国民の側に立証責任があるとされているが、この論法からいえば裁量基準設定説によれば、裁量問題に関する立証責任は常に行政庁にあるとされることになる。また立証責任の分配の際に重要な問題となる公平という観点からみて⁽⁷⁾

も、判断不能ということにまでもちこみさえすれば、適法性が推定されるという有利な地位にある行政庁側に立証責任があるといってもおかしくはない。なお前記松山地裁判決は、立証の際の現実の面での公平性という見地から、同様な結論をひき出している。すなわち被告行政庁側は、「原子炉の安全審査資料をすべて保持しており、かつ、安全審査に関わった多数の専門家を擁している」のに対し、原告国民の側はこの点で劣っているから、「公平の見地から、……原子炉が安全であると判断したことに相当性のあることは、原則として、被告の立証すべき事項であると考⁽⁸⁾える」として⁽⁹⁾いる。

(2)裁量とは、前述のように適法性の「推定」にとどまる。つまり適法だというお墨付きを与えられているわけではないのである。ところで適法性の「推定」にとどまるからには、例えば許可をうければ問題はすべて終ってしまうというのではなく、この許可以後においても、適法であるといわれるように要求されることになる。すなわち「裁量は、将来にわたる最大限の適法性への努力を要求する」はずである。例えば、「核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律」三三条以下の各種の措置も、このような規定がない場合でも当然要求される、単なる確認規定にすぎないであろう。なお、この裁量の将来にわたる「要求」の法的性質および今日では裁量がある場合には請求棄却ということになるのだが、棄却されることによって「違法でないこと」が「確定」⁽¹⁰⁾されるというように扱われては困るのであり、この点で行政事件訴訟法三一条の事情判決という違法宣言付棄却判決に類似した判決形態はとりえないものか、等の検討は後の課題としておきたい。

3 私 は、本誌三一巻の「行政裁量理論の始原的形態」以来、行政裁量理論の基礎（根拠づけ）についての再検討をおこなってきたが、本稿をもって一応、この行政裁量の総論的部分についての検討をおわることにする。これ以後は、各個別の行政領域ごとに裁量基準設定説の上になつて、その裁量基準にはどのようなものがあるかあるいはある

- (5) 阿部泰隆教授も、「この判決は原子炉の安全性という科学論争について自ら積極的にすべて判断を下したのではもちろんなく、原子炉の安全性が証明されたとするものでもなく、たんに、被告の主張が相当とされたものにすぎない」という（阿部「原発訴訟をめぐる法律上の論点」ジュリスト六六八号、一九七八年、一九頁）。
 - (6) 拙稿「裁量限界論における主観性と客観性」早稲田大学大学院法研論集二六号、二二三頁注（37）をみよ。
 - (7) 兼子一「立証責任」『民事訴訟法講座第二巻』一九五四年、五七二頁。
 - (8) 例集二九卷四号六一八一—六一九頁。
 - (9) ただしこのようにしても、「争いの多い『科学裁判』では、結局行政庁側の主張が優位してしまうこととなる。つまり、立証責任を国側に課したとしても、それは必ずしも実質を伴ったものとはなっていない」（佐藤英善「原子炉設置許可の裁量処分性」判例時報八九一号、一九七八年、一九頁）、という批判は当然うけることにならう。
 - (10) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第二版）』三四九—三五〇頁。
 - (11) 阿部泰隆教授は、裁量問題の研究は、「裁量問題の基礎理論なり総論とその各論すなわち個別領域における応用とに分けられる」とされ（阿部「公務員法における裁量問題」公法研究三三三号、一九七一年、一九〇頁）、公務員法を中心に裁量問題の各論領域の検討をおこなっておられる。
- (12) Karl Koch, Zur Steuerpolitik, DStR 1973, S. 425.

(完)