

行政事件と司法権の限界(1)

——行政の裁量権をめぐる——

The Limitation of the Judiciary in the Administrative Cases (1)

藤井 俊夫

Toshio FUJII

はじめに

司法権の限界を考える場合には、以下の相対立する二つの考慮に注意を払わねばならない。すなわち、司法権の限界の主張は、一方においては、例えば民主主義論とか権力分立論などからくる裁判所の機能論によって、あるいは、さらにその一つの変種としての司法消極主義によって、一定の積極的な支持を受けているのである。しかし、他方において、「人権保障」およびそれを担保するものとしての「裁判を受ける権利の保障」という観点からは、安易な形での司法の限界論、いいかえれば、人権保障の観点を無視した裁判所の機能論あるいは司法消極主義論は、権利救済の可能性を閉塞するものとして批判されねばならないのである。その意味では、具体的な訴訟事件における手続的あるいは実体的問題の中でこの司法の限界論が論じられる場合、そこでは常に、すでに存在する訴訟制度という所与の枠組みをも考慮に入れつつ、究極的には上述の一見して相対立するような理念のうちのいずれを優先させるべきかという価値選択が問われているといわねばならない。

ところで、行政事件訴訟において司法権の限界が問題となる場合としては、まず、手続的な問題として、処分性および訴えの利益という訴訟要件をめぐる問題があり、また、例えば義務づけ訴訟のような訴訟形態をめぐる問題がある。つぎに、実体的な問題としては、例えば行政の裁量権をめぐる問題がある。これらの中で、ここでは、行政の裁量権をめぐるいくつかの問題の中で、この点を考察してみたい。

1 羈束行為と裁量行為の区別の基準

行政の行為とくにいわゆる法律行為的行政行為（以下、「処分」とする）は、裁判所によるその適法性の審査との関係で羈束行為と裁量行為に分けられるとされている。そして、羈束行為と裁量行為とを区別するための基準としては、伝統的には、大別して法の規定の仕方を基準とする説と行政行為の性質を基準とする説との対立があったとされる。

(ア) まず、法の規定の仕方を基準とする説であるが、これは、行政庁に対して一定の行為をなすべき権限を与える法律の規定の仕方の如何によって羈束行為と裁量行為との区別がなされるべきであるとする⁽¹⁾。これによれば、例えば所得税法における税率の定めとか、例えば禁治産者に対しては許可を与えてはならないとする定めなどのように、行政庁が何をなすべきかが一義的に定まっている場合には、行政庁の行為は法律の規定によって拘束を受けているものとして羈束行為であるとされる。また、例えば「応急の救護を要するとき」というように、その要件の解釈は必ずしも一義的に定まるとはいえない概念（多義的概念）が用いられてはいるが、

しかし、その要件についての解釈は最終的には裁判所によって確定され得るというような場合なども同様である。これに対して、行政庁に対して権限を授ける法律の規定が何らの要件も定めていない場合とか、あるいは、要件の定めがあってもそれがその法律の立法目的をいいかえたとすぎないという程度のいわゆる「公益原則」の定めが置かれたにとどまる（例えば、「著しく善良の風俗を害するおそれがあると認めるとき」というような要件の定めがある）場合などには、行政庁は法律の規定による拘束を受けてはならず、その行為をなすか否かは行政庁の公益判断（自由裁量的判断）に委ねられているとされるのである。

(イ) 次に、行政行為の性質を基準とする説であるが、これは、行政行為の性質が国民の権利・自由を制限したり、国民に義務づけたり、あるいは、罰を科したりするといった、いわゆる不利益処分であるような場合には、それは常に羈束行為であるとし、これに対して、行政行為の性質が国民に権利・利益を与えるものであるか、または、権利・義務にかかわらないものであるという場合には、それは裁量行為であるとする⁽²⁾。すなわち、この説によれば、前者の不利益処分については、行政庁は常に比例原則（国民の権利・自由の制限は公益上必要な最小限度のものでなければならず、また、国民への義務づけは公益の実現の上で必要最小限度のものでなければならぬという原則）および平等原則による拘束を受ける、とされるのである。但し、平等原則は憲法（14条）上の要求であるから、後者の利益処分及びその他の処分についてもこれによる拘束を受けることになるため、この説の基本的な意義は、法の要件の定めがない場合でも、とにかく比例原則がかかるとする点にある⁽³⁾。

このような伝統的な分類に対して、今日では、さらに、これらの基準を活かしつつ、なお、一般的な基準を設定しようとする説と、むしろ、このような一般的な基準を設定せずに個々の法規定の解釈にもとづいて判定しようとする説とに傾向が分かれてきている。

(ウ) そこで、まず、両者の組合せによる基準を求める説であるが、これは、上の両者の基準を組合せて羈束行為と裁量行為とを区別しようとする。すなわち、これによれば、まず、行政庁に一定の行為を行う権限を付与する法律に一義的または多義的な要件の定めがある場合には、その行為が羈束行為とされることはいうまでもない。しかし、かりに法律にそのような要件の定めがない場合（いわゆる「公益原則」の定めだけしかない場合も含む）でも、その行為が不利益処分である場合には、それはあくまでも羈束行為とされるということになるのである⁽⁴⁾。後述するように、私自身も基本的にはこの両者の組合せによる基準を採用している⁽⁵⁾。ただし、私見では、基準の設定に際して、(イ)の不利益処分と利益処分という区別ではなく、むしろ、法律と行政処分とを一体として把握した上での規制的・侵害的行政と授益的・給付的行政という区別を採用している。そのため、(イ)説およびこの説が不利益処分一般を羈束行為であるとするのに対して、私見では、まず、原則的に規制的・侵害的行政一般を羈束行為であるとする。そのため、例えば営業許可のような利益処分も羈束行為にあたるものとし、また逆に、規制的・侵害的行政の中でもいわゆる積極規制とされるものについては、むしろ比例原則による拘束をゆるめて裁量行為に近いものとする、という点で相違が生じることになる。

最高裁の判例でも、なお、この(イ)ないしは(ウ)の考え方をとったとみられる例がある。例えば、農地に関する賃借権の設定移転は本来個人の自由契約に委せられていた事項であるから、法律がその設定移転に関する行政庁の承認について客観的な基準を定めていない場合でも、法律の目的に必要な限度においてのみ行政庁も承認を拒むことができるとした判例（最判昭和31・4・13民集10・4・397）とか、温泉法4条は温泉源を保護しその利用の適正化を図るという見地からとくに必要と認められる場合以外は掘さくの許可を拒み得ないとの趣旨を定めたものと解すべきである、とする判例（最判昭和33・7・1民集12・11・1612）とか、外務大臣が旅券法13

条1項5号により旅券発給拒否処分をした場合において裁判所はそれに関するすべての事実を参酌した上でその適法性を判断すべきであり、その判断は、ただ単に右処分が外務大臣の恣意によるかどうか、その判断の前提とされた事実の認識について明白な誤りがあるかどうか、または、その結論にいたる推理に著しい不合理があるかどうかなどに限定されるものではないとする判例（最判昭和44・7・11民集23・8・1470）などは、この(イ)あるいは(ウ)の基準が考慮されていると考えることもできるのである。

(エ) これに対して、両者の区別は個々の法律の規定の趣旨・目的の合理的解釈によるとするものがあり、これは、むしろ、上に述べてきたような一般的な基準の設定をやめて、個々の法律の規定の趣旨・目的等の合理的解釈に基づいて個々の行政行為ごとにそれぞれ羈束行為か裁量行為かを判定してゆくべきであるとする。例えば、「法が、近代法治国家の原則に照らし、事柄の性質からいって、行政庁の自由な裁量を許さず、一般法則性を予定している場合」が羈束行為（「法規裁量」とよばれる。）であり、これに対して、「法が、行政の目的に照らし、行政庁の政治的裁量又は技術的裁量を許容する趣旨である場合」が裁量行為（「便宜裁量」とよばれる。）であるとする説が、それである⁽⁶⁾。また、「通常人の日常的な経験に基づいてすることのできる判断」は羈束行為（「羈束裁量」とよばれる。）であり、「行政庁の高度の専門技術的な知識に基づく判断や政治的行政的責任をともなった政策的判断」は裁量行為（「便宜裁量」とよばれる。）である、とする説も、これに属する⁽⁷⁾。

この立場をとる最高裁の判例としては、例えば、自動車運転手の交通取締法規違反の行為が運転免許取消の事由に該当するかどうかの判断は、道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図るという目的に照らして公安委員会が各事案ごとになすものであり、そして、この限度において公安委員会には裁量権が認められ、したがって、裁量権の範囲の逸脱がない限りは違法とされない、とする判例（最判昭和39・6・4民集18・5・745）、汚物取扱業の許可は、清掃法の目的と清掃計画とに照らし、市町村がその責務である汚物処理の事務を円滑完全に遂行するのに必要適切であるかどうかという観点からこれを決すべきものであり、市町村長の自由裁量に委ねられているとする判例（最判昭和47・10・12民集26・8・1410）、懲戒処分は、懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきである（最判昭和52・12・20民集31・7・1101）とする判例、また、再試験の許否は、科目担当教官の教育的見地からする裁量に委ねられた教育上の措置である、とする判例（最判昭和59・11・1昭59重判解説52）などがこれである。また、上に述べた温泉の掘さくに関する判例は、むしろ知事による許可の違法を第三者が争った例であるが、結論的には、それについて最高裁は、温泉の掘さくの許可は主として専門技術的な判断を基礎とする行政庁の裁量により決定されるべきことがらであるとしている。

さらに、今日では、「率直に言って、現在、学説の側では、羈束行為と自由裁量行為との判別に際し一般的に通用する有効な基準を、提出することができないでいる状態だ、といわざるを得ないのである」⁽⁸⁾とか、「もはや、一般に行政処分を自由裁量処分と法規裁量処分とに区別しようとしたり、区別の基準を論究しようとすることは、現代行政法的に有意味でなくなったといえよう。現代法的には、各種処分についてその法的拘束範囲と行政庁の選択可能な裁量範囲とをきめこまかに見分けることが肝要であり、そして現代行政法的には、一定裁量範囲をもつ裁量処分の決定における『行政裁量権の適正行使』のための法理を究明することが求められているであろう」⁽⁹⁾などとする見解も示されている。しかし、さしあたりは、上に述べた基準が、なお今日の有力説であるといつてよいであろう。

(1) その代表とされるものとしては、佐々木惣一・日本行政法論601頁以下。

- (2) その代表とされるものとしては、美濃部達吉・日本行政法(上)167頁以下。
- (3) このほか、裁量権の付与のしかたとして、要件裁量と効果裁量というとらえ方もある。前者は、例えば許可を行うに際して、どのような場合に許可をすべきかについての要件の定めをせずにその判断を行政庁に委ねるという意味での裁量権の付与をするという形であり、後者は、一定の要件が満たされている場合になお許可をすべきか否かについての判断を行政庁に委ねるとか、あるいは、一定の処分をすべき要件が満たされている場合になおどの程度の処分をすべきか(例えば、免許を取り消すか、営業の停止にとどめるか)についての判断を行政庁に委ねる、などという意味での裁量権の付与をする形である。そして、この説の典型例である佐々木説は、前者についてのみ行政庁の自由裁量を認めるとするものであったため、これはまた要件裁量説ともよばれている。また、(イ)説の代表である美濃部説は、むしろ、後者の裁量権を問題とするものであったため、これは効果裁量説ともよばれる。しかし、(ア)、(イ)説とこの意味での裁量論とは、論理的には、必ずしも上のように対応するものとはいえない。但し、ここでは指摘するにとどめる。
- (4) 例えば、有倉遼吉・行政法総論176頁以下。
- (5) 拙著・行政法総論57—61頁および77—86頁。
- (6) 田中二郎・新版行政法上巻〔全訂第二版〕118頁。
- (7) 原田尚彦・行政法要論〔全訂版〕126頁
- (8) 藤田宙靖・新版行政法I(総論)96頁。
- (9) 兼子仁・行政法総論155頁。

2 裁量論を考える場合の視点

ここでは、まず、この問題を考えるに際してその視点をどのように設定すべきかを考える。そして、それを前提とした上で、具体例としていくつかの判例をとりあげつつ、どういう場面で、また、どういう意味で行政裁量が語られているかの検討を通じて、行政の「裁量権」の意義を考えることにしたい。

(1) まず、裁量論を考える場合の視点としては、基本的には次の二つの視点が存在することに注意すべきである。すなわち、それは、行政が行為をするに際してどう拘束されるべきかという視点、および、行政の行為を裁判所が事後的に審査するに際しての基準はどうあるべきかという視点である。

(a) 行政が行為をするに際してどう拘束されるべきかという視点

これは、行政庁が一定の処分をするに際して、法律の定める要件とか、例えば比例原則のような法原則などによってどのような拘束を受けるべきかという観点によって羈束行為と裁量行為という問題を考えようとするものである。したがって、ここでは、行政の行為の内容に則して、それが憲法および法律によって規範的にどのように拘束されているかを考えた上での基準の設定が要求されることになる。これは、いわば、実体法的観点からの基準にあたる。

なお、すでに1で紹介した(ア)、(イ)、(ウ)の三つの説は、基本的にはこの視点に基づく基準であるといつてよい。

(b) 行政の行為を裁判所が事後的に審査するに際しての基準はどうあるべきかという視点

これは、あくまでも行政庁の行った処分の適法性についての裁判所による事後審査はどうあるべきかという観点から羈束行為と裁量行為という問題を考えようとするものである。例えば、羈束行為(「法規裁量」とよばれる。)の『客観的基準』とは、裁判所がそのようなものとして判断した基準が、法律の予定した客観的基準として通用せしめられているだけのことにすぎないのであって、そうだとすれば結局、法規裁量行為の裁判審査とは、例えば『何がその場合において真の公益であるか』ということについての裁判所の判断を、同じ問題についての行政機関(行政庁)の判断に置き換えているだけにすぎないのではないか。「ある行為が行政機関の

自由裁量に委ねられている行為であるかどうか、ということは、現実には、法律がこれをどのように拘束しているか、という実体法上の問題としてよりは、むしろ、裁判所の判断が行政庁の判断に優先せしめられているかいないか、という、手続法上の問題として理解すべきではないか。「そうするとまた、ある行為を自由裁量行為として裁判審査の対象から除くべきかどうかについては、専ら、その事例が裁判所の判断を優先せしめるのに適当な事例であるか否か、といういわば機能的・合目的見地からのみ考えて行けばよい、ということになるであろう。そしてその結果、従来は法規裁量と考えられていた場合についても、全面的に裁判所の判断を優先させるのは妥当ではなく、行政庁の専門的・技術的判断を尊重しなければならない、と考えられる場合が出てくるし、また、従来は便宜裁量行為と考えられていた場合についても、なお、裁判所の判断を介入させる余地がないではない、という場合が生じ得ることになるわけである」とする見解は、これにあたる。これは、「自由裁量の問題を実践的・機能的に考えて、何を裁判所の判断に委ね、何を行政機関の判断に専属せしめるのが最も合理的か、という考え方をさすものである⁽¹⁾。これは、いわば裁判所の機能論的観点からの基準ということになる。

では、そのような考え方が何故に生ずるかであるが、その基本的な根拠は裁判所による行政行為の適法性審査はどうあるべきかという裁判所の性格・機能への配慮からくる裁判所の機能論である。そしてこれは、より具体的には、司法権の限界論とか司法消極主義論すなわち裁判所の自己抑制論などという形で表現されている。但し、この観点に立つ場合でも、審査に関する基本的な姿勢、いわば審査基準は、厳密に言えば、「司法権の限界」論によるか司法消極主義論によるかによって理論的に異なってくる。というのは、司法権の限界論によれば、本来、裁量行為については、裁判所はそれを審査する権限をもたないことになるのである。そして、これはある意味では(a)の視点に基づく実体法的基準のいいかえであるともいえる。すなわち、それによれば、行政庁は一定の行為については憲法および法律に拘束されているが、他方で、一定の行為についてはその拘束がなく自由な判断にまかされているのである。そして、後者の行為については、そのかぎりで行政の権限に属するものとして裁判所が口を出すことはできないということになるのである。これに対して、司法消極主義論による場合には、(裁判所の権限外の行為の審査ができないことはいうまでもないが)裁判所の権限よりもむしろ裁判所の審査の姿勢の方が問題となる。すなわち、行政庁の判断にかえて裁判所の判断を置きかえるということについては、裁判所は慎重であるべきであるという姿勢の問題である。したがって、そこでの主要な関心の一つは審査基準であり、そこでは、いわゆる「合理性の基準」がむしろ原則とされる、すなわち行政庁の行為は著しく不合理でないかぎりには違法とはされない、とされることになる。したがって、これによれば、例えば、(a)の視点からは行政庁がある一定の処分を行うに際して一定の法律の定める要件とか例えば比例原則のような法原則などに従ってそれをなすべき拘束を受けているとみなされるとしても、この視点からそれをみる場合には、同じ処分であっても、その処分の適法性についての審査をするに際して、裁判所は、何らかの事情により行政庁がそれらの法律要件とか法原則などにしたがっているかどうかについて審査ができない、あるいは、すべきでない、と考える場合には、できるだけ審査をひかえ目にすべきであるとすることもあり得るのである。

もっとも、今日では、かりに裁量行為であるとされるものでも裁判所は一切口出しができないとはされておらず、裁量権の踰越あるいは濫用があった場合、いいかえれば、行われた行政行為が著しく不当な場合には、裁判所はその処分を違法なものとして取消すことができる(行政事件訴訟法30条)とされている。すなわち、このことは、裁量行為といえども裁判所の審査に服するのであり、ただ、裁判所はそれを違法とすることには慎重でなければならない、いい

かえれば、著しい不合理がない限りは適法とされるということの意味しているのである。その意味では、実質的にはそれは合理性の基準の内容に等しくなり、したがって、司法権の限界論による場合にせよ、司法消極主義による場合にせよ、いずれにしても、裁量行為についてはいわば「合理性の基準」による裁量権の濫用・踰越のチェックのみがなされるべきであるということになるであろう。

とすると、羈束行為と裁量行為とをどう区別するかということが一層問題となってくる。というのは、「司法権の限界」論によれば、あくまでも一定の範囲においては羈束行為を認めることが前提となっているが、これに対して、司法消極主義論による場合には、極端に言えば、裁判所の機能をきわめて消極的に位置づけることによって、あらゆる行政の行為についての審査を「合理性の基準」に基づいて行うべきものとする立論も可能となるからである。

ところで、1で紹介した(㉔)説は、裁判所による審査の基準の定立に直接かかわるものではないが、羈束行為と裁量行為との区別の問題に関しては、基本的にはこの視点に基づいて立論しているとしてよいであろう。というのは、この説はその区別の基準の立て方を、裁判所による審査が容易かどうか、あるいは、それが適切かどうかという裁判所の機能論に基づいているからである。この説では、行政の「専門技術的判断」とか「政治的判断」などが強調されており、それらが羈束行為と裁量行為とを区別するための基準として用いられている。例えば、ある許可制の下で行政庁が許可の取消をすべきか否かを決定する場合を考えてみると、それが通常の規制行政（いわゆる消極規制）である場合には、(a)の観点のうちとくに(イ)および(ウ)説によれば、その処分は当然比例原則による拘束を受けているのであり、したがって、たとえ行政庁がその処分をするに際して高度の専門技術的な判断を要するとしても、また、そのため裁判所によるその処分の適法性についての審査が実際上その分だけ困難なものとなり、結果的には行政庁の判断を追認するだけのことに終わることが多くなるかもしれないとしても、原則的には、あくまでも、裁判所の審査の結果その処分が比例原則に反すると認められた場合には、やはりその処分は違法とされねばならないのである。しかし、これに対して、この(㉔)説によれば、この処分の中に「専門技術的判断」とか「政治的判断」などという要素が含まれている場合には、それは裁量行為として位置づけられ、その結果、その処分に対しては、それが著しく不合理でない限りは違法とはされるべきでないという基準が適用されるとするのである。このように、この基準は、羈束行為と裁量行為との区別の基準として、行政処分が法的にどのような拘束を受けるべきかという観点ではなく、むしろ、処分についての裁判所による審査が困難であるか否かという観点を基準としているのである。

もちろん、このような区別論には問題がある。というのは、まず、これでは、処分を行う行政庁が一定の処分を行うに際しての基準としての性格を持ち得ないからである。すなわち、このような判断基準による場合には、羈束行為と裁量行為との区別が個別的・結果論的なものとなり、その法律を適用する行政庁にとっては、それが一定の処分を行うに際してどのような限界づけを受けているかということや予め判断できないであろう。結局、この(㉔)説では、行政の行為に関する一般的基準の設定が放棄されているに等しいのである。これについては、すでに述べたように、今日では、はじめから羈束行為と裁量行為との区別の基準の設定そのものが不要であるとして、裁量権の濫用・踰越についてのチェックを中心に問題を考えようとする見解も出されてきている⁽²⁾。その点からすれば、ここでは、その区別論が提示されているだけ積極性があるともいえるかもしれない。しかし、いずれにせよ、このように、行政が行為をするに際しての規範的な拘束のされ方がどのようなものであるかという実体法的な基準を行政法学が一般的に提示しなくてもよいのか、については疑問がある。次に、今日のように行政分野が多岐

にわたって専門分化してくると、行政の専門性というのはすべての行政が有するものとなり、その意味では、この説が徹底されれば、結局、行政処分のほとんどが裁量行為とされることになりかねないのである。しかし、この説がその基本的な視点を上の(b)の視点に、とくに、その中でも司法消極主義的な配慮を含む視点に置いている以上は、どうしてもこのような問題を生み出さざるを得ないのである。また、このように裁判所の判断能力を区別の基準とする考え方については、「行政権の拡大と裁判的統制の強化という矛盾のなかで、相対的能力の理論は、むしろ裁判所の審理回避のための口実として利用される可能性がないとはいえない」という指摘もある⁽³⁾。

(2) なお、この問題は「行政の裁量権の尊重」の問題としても議論されることがある。但し、この「裁量権の尊重」が語られるのは、実際にはいくつかの場面に分かれているのである。

① まず、一定の行政の行為については行政庁の自由な判断に任されているのであるから裁判所は口出しをすべきではないという意味での裁量権の尊重論がある。これは本来の裁量論の場面であり、いわば狭義の司法権の限界論を意味している。

② 次に、一定の行為についての裁判所の審査にさいして、裁判所は行政の判断をできるだけ尊重して、それについて否定的な判断（つまり、行為が違法であるという判断）をすることはできるだけ避けるべきであるという意味での裁量権の尊重論がある。これは、裁判所の性格・機能についての政策的配慮からくるものであり、いわば裁判所の自己抑制を意味する裁量論である。これは司法消極主義という、むしろ裁判所の姿勢にかかわる場面での問題である。

③ さらに、行政の第一次的な判断がまず行われな限りは、裁判所が自己の判断を行政に先立って出すべきではない、という意味の裁量権の尊重論がある。これは、厳密に言えば、裁量論というよりも、むしろ行政権と司法権との間の権限の分配にかかわる問題である。例えば、事前の差止請求とか義務づけ訴訟などの可否という問題などはこの場面にかかわるのである。ただし、これは、さしあたり、本稿のテーマからははずれることになる。

こうしてみると、本来ならば、①は(1)の(a)の視点、あるいは、それをそのまま(b)の視点に反映させた司法権の限界論の視点にあたり、これに対して、②は(1)の(b)のうちの司法消極主義の視点にあたるはずである。しかし、実際には学説上はこれらの諸点が必ずしも整理された上で検討されてきたわけではない。例えば、この「裁量権の尊重」の問題に関しても、上の①と②との区別がなされずに議論されることが少なくないのである。ここに、この問題の複雑性および困難性が存するのである。

(3) そこで、以上の諸点を考慮した上で、判例を素材としながらいくつかの問題点についてさらに立ち入った検討をしてみたい。

(a) ここでは、まず、比例原則の問題を考える。比例原則は、羈束行為と裁量行為とにまたがる問題を含んでいる。というのは、例えば、1の(i)のおよび(v)説では、この比例原則は羈束行為にかかわるものとして理解されているが、これに対して、比例原則は裁量行為とくに裁量権の濫用・踰越にかかわるものとして主張されることもある。すなわち、この裁量権の踰越とか濫用が認められる場合というのは、より具体的には以下のような場合である。まず、例えば処分が比例原則・平等原則に著しく反しているという場合は違法とされる。次に、行政庁が処分を行うに際しての動機、目的等における違法が認められる場合がある。例えば、本来の立法目的とは異なった目的に利用するために処分を行った（目的違反、動機の不正）場合である。また、裁量判断の過程における違法が認められることもある。例えば、処分に際して考慮すべき事実をことさらに無視したり、あるいは、処分とはかかわりのない他のことがらをむしろ主たる理由として処分を行った（他事考慮）場合などがこれである。さらに、処分の前提となる

べき事実の認定そのものに誤りがある（事実誤認）などという場合をあげることができる。そこで、上に述べた裁量権の濫用の根拠としての、比例原則違反・平等原則違反・動機の不正・他事考慮・事実誤認などのうち、前二者については、羈束行為としてのそれらの基準との関係をどう考えるべきかが問題となるのである。これらを比較した場合、当然、羈束行為としての比例原則および平等原則はきびしい基準としてのそれを意味する。但し、行政の行為のすべてに及ぶものでないことはいうまでもない。これに対して、上の意味の比例原則は、いわば「著しく比例に反しないか」というゆるやかな基準を意味している。そして、これは裁量行為の濫用・踰越に関する基準であるとされているが、すでに述べたように、(b)の司法消極主義的な「合理性の基準」を広く適用する立場からすれば、(a)の視点からみると本来は羈束行為とされるべき行為についても適用されることになるのである。その意味では、このゆるやかな比例原則は、すべての行政行為に対して適用され得る基準であるといつてよい。とすれば、結局は、羈束行為の範囲をできるだけ広げて比例原則・平等原則を厳しくかけようとするか、それとも、裁量行為の範囲を広げて、それらの原則を緩やかにかけようとするか、という問題となる。羈束行為と裁量行為との区別は今日では相対的なものになりつつあるといわれてはいるが、しかし、このように、比例原則・平等原則をどれだけ厳しくかけようとするかという問題は残されるのである。

この点について、例えば、すでにあげた最判昭和39・6・4の運転免許取消処分事件を例として考えてみよう。すなわち、そこでは、一・二審は、比例原則を厳格に適用して、処分を違法とした。これは(1)の(a)の視点から問題の処分を羈束行為にあたりと解したものである。しかし、最高裁は、処分は法規裁量に属するとしながらも、公安委員会の裁量権を強調して、処分は裁量権の範囲を逸脱していないとして適法としたのである。すなわち、処分は「公安委員会の純然たる自由裁量に委されたものでなく、右規定の趣旨に沿う一定の客観的標準に照らして決せられるべきいわゆる法規裁量に属するものであるが、これをなうについては公安委員会は、各事案ごとにその具体的事実関係に照らして判断することを要し、この限度において公安委員会には裁量権が認められている。本件転回禁止違反行為が、法条所定の運転免許取消事由に該当すると判断したことは、前記裁量権の正当な行使の範囲にとどまり、裁量権の範囲を逸脱した違法があると断ずることはできない」としたのである。

この判決をどう読むかについては問題がある。一つは、この判決は結局は処分は裁量行為として、その踰越・濫用のチェックのみをすとしたものと解する読み方である。もう一つは、処分は比例原則がかかるものであるとしながらも、その原則の適用を若干ゆるめつつ、事実関係を吟味した結果、処分は比例原則の観点からみても妥当であり適法としたものと解するものである。もし、後者の読み方ができるならば、この判決もなお上の(a)の視点に立っていると解されることになる。しかし、判決の文言からみると、やはり前者と解するのが妥当と思われる。いずれにせよ、ここでは、比例原則による吟味を「著しく比例に反すると認められるかどうか」を再審するにとどまっている⁽⁴⁾という一番弱いものとしていることはまちがいない。その意味では、この事件では、比例原則の適用に関して、一・二審が上の(a)の視点から問題を考えたのに対して、最高裁は上の(b)の視点に立ち、とくにその中でも司法消極主義の態度をとったものとみることできる。

なお、これについては、例えば、これは「羈束裁量の処分についても行政庁に一定限度の裁量権が認められるとした判例」であり、「この場合、裁判所が、行政庁に『一定限度の裁量権』を認めるとしているのは、実体法上自由裁量が認められているというのではなく、司法的統制の場において、司法裁量が行政裁量に優先するという原則よりも、裁判所の事後審的機能を

前面に押し出したものといってよい。だから、それによって、自由裁量と羈束裁量の区別がなくなったというのではなく、その違いがいちじりしく相対化されたと解する方が、実情に合っている」とする見解がある⁽⁶⁾。これは、「機能的見地よりする司法的統制の限界」⁽⁶⁾の問題であるとされているが、ここで指摘されているように、この判決は、(a)から(b)に視点を転換することによって上に述べた司法消極主義的な視点から比例原則の適用を著しく弱めてしまった一つの典型例にあたるというのであろう。

なお、給付・授益行政における比例原則をどう考えるべきかという問題もある。すなわち、例えば公園とか図書館、公民館などのような国民の利用に供することを目的として設置される公的な施設については、その立法目的からすれば、特別の支障がない限り国民の使用を認めるべきであると考えられるのであり、それがいわば比例原則の要求と考えることもできるのである。これについては、例えば、公園の使用許可に関する最高裁の判例（最判昭和28・12・23民集7・13・1561）は、まず、(1)公共福祉用財産の利用の許否は、単なる自由裁量に属するものではない、とした上で、しかし、(2)本件では、集会を認めるならば、公園の管理・保存に著しい支障を生じ、一般国民の利用を阻害するから、不許可処分は管理権の適正な運用を誤ったとはいえない、とした。これについては、最近では、権利・利益を付与する行為でも行政庁の自由裁量に放任することなく立法的に規制を強化する傾向があり、この使用許可の処分も、羈束裁量に属する。したがって、他の目的（例えば、治安対策）のために、使用拒否をしたのであれば、違法となるが、しかし、逆に使用の拒否が直ちに憲法21条違反となるわけではない、とする見解が示されている⁽⁷⁾。たしかに、権利・利益を与える行為について簡単に自由裁量とはしないとした点については、この意味は大きいといえる。しかし、判決の(1)と(2)との関係をどう読むかについてはなお問題がある。(1)を判決の言葉どおり羈束行為と読むか、それとも、それはあくまでもリップ・サービスであり、本質は(2)にあると解するか、である。すなわち、(2)における裁判所の認定が、実質的に見てあまり厳格とはいえない、いいかえれば、著しく不合理とはいえないから拒否は適法とした、という点に注目するならば、結局は判決の(1)の部分にそれほど強い意味を読み取ることはできなくなるのである。ただし、判決がある程度積極的に行政側の判断を支持しているところからすると、ここでは、(b)の視点から裁判所が判断を遠慮したというよりも、むしろ、(a)の視点において羈束行為といいながらも、処分に際して行政を拘束すべき基準自体を甘くしているという感が強いのである。その意味では、ここでは、給付・授益行政における比例原則の要求をどの程度強いものとして考えるべきかが問題となっていることができる。

(b) 次に、「専門技術的判断」ないし「政治的判断」と司法消極主義との関係を考える。

ところで、(二)説の「専門技術的判断」とか「政治的判断」という基準は、基本的には司法消極主義的な視点であると述べたが、その点を、例えば、原発許可に関する裁量権の問題の中でみてみよう。例えば、伊方原発訴訟一審判決（松山地判昭和53・4・25判時891・38）は、原子炉の安全審査は高度な専門的知識を必要とするとの立場から、原子炉設置許可処分を裁量行為としている（控訴審判決は、高松高判昭和59・12・14。このほか、例えば、福島地判昭和59・7・23、水戸地判昭和60・6・25）。たしかに、原発の許可に対する取消訴訟においては、許可の相手方との関係ではなく、むしろ第三者との関係で問題が生じているという特殊性があるため、通常の規制行政における単なる「比例原則」が問題となっているわけではない。その意味では、上の(a)の視点からみても、これは裁量行為であるということもできるかもしれない。例えば、すでに述べた温泉の許可に関する判例もこれと同種の事例にあたる。しかし、反面において、ここでは、「公益」の中身が人の生命・健康等にかかわるのであり、その意味では決して

実体法的にみて(いいかえれば、上の(a)の視点からみた場合に)、簡単にこの行為は裁量行為とされる、いいかえれば、著しく不合理でない限りは適法とされる、としてよいわけではないことはいうまでもない。その上、裁判所は、証拠に基づいて審理・判断することができないわけではないのであるから、この種の事例について、裁判所が全く審査能力をもたないわけではない。その意味では、これは上の(b)の視点のうちの「司法権の限界」論では説明できないものである。しかし、反面では、たしかに、このように専門技術性および政治性の強い問題に関しては、許可が「明らかに不合理」でない限りは、裁判所の判断を行政庁の判断とはとりかえるべきではない、とする配慮もありうるのである。そして、もしそうであるとするならば、これは、(b)の視点に基づく司法消極主義を前提とする「ゆるやかな基準」=「合理性の基準」ということになる。しかし、いかに専門技術性および政治性が強いとしても、それだけのために人の生命・健康等にかかわる問題に関して裁判所が審査を自制することが妥当かについては、当然、疑問視する見解もあり得るといわねばならないであろう。

また、例えば、いわゆる「教育裁量」にあたる事項も「専門技術的判断」の一つの典型にあたるといえるかもしれない。しかし、これらも(a)の観点からみると必ずしも「裁量事項」とはいえないことになる。例えば、退学、停学などの懲戒処分については当然比例原則がかけられるべきであるし、また、卒業認定は、取得単位数などについて法規定による枠組みがあるからである。ただし、個々の科目にかかわるいわゆる「単位認定」については客観的な基準の設定はなく、また、比例原則等をかけることは困難であり、その意味では、これは裁量事項にあたることになる。但し、これについても平等原則がかかることは否定できない。こうしてみると、一括して「教育」に関する事項は裁量事項であるとする主張なども、やはり(b)の視点とくに司法消極主義的な視点によるものであるというべきである。

判例としては、すでに紹介した再試験の実施に関する裁量権を認めた最高裁の判例のほか、下級審では、例えば内申書裁判の判例(一審は、東京地判昭和54・3・28判時921・18。二審は東京高判昭和57・5・19判時1041・24。)とか頭髪の丸刈り強制事件の判決(熊本地判昭和60・11・13判時1174・48)などがある。とくに後二者については、(a)の視点からは、憲法上の権利、例えば教育を受ける権利とか個人の尊重ないしプライバシーの権利などの規制・侵害にかかわる問題であるという意味で、当然、比例原則の適用が問題となるべきである。実際、内申書裁判の一審判決では、その立場がとられているのである。しかし、内申書裁判の二審判決とか、丸刈り事件の一審判決などは、比較的安易に「教育」に関する裁量権というものを認める姿勢を示している。すなわち、内申書については、A・B・Cの三段階評価は、中学校長の自由裁量に委ねられており、特段の事情のない限り違法とはされない、とし、また、丸刈りについては、生徒の服装は教育者としての校長の専門技術的裁量判断に属し、校則の内容が著しく不合理でない限りは違法とはされない、とするのである。したがって、ここでも、どの視点から問題を考えるべきかが問われねばならないであろう⁽⁸⁾。

- (1) 藤田宙靖・新版行政法I(総論)87~8頁。
- (2) 藤田・同上96頁以下、兼子仁・行政法総論157頁以下参照。
- (3) 園部逸夫「自由裁量と権利侵害行為」行政判例百選I・178頁。
- (4) 田村悦一「自由裁量と比例原則」行政判例百選I・181頁。なお、この点について、川上宏二郎「行政法における比例原則」成田頼明編・行政法の争点25頁参照。
- (5) 今村成和・行政法入門〔第三版〕90, 91頁。
- (6) 同上89頁。
- (7) 田中二郎「皇居外苑の使用不許可処分の性質」行政判例百選I・188頁。

- (8) 例えば、阿部泰隆「男子中学生丸刈り校則——生徒の人権と専門裁量」法学教室65号11頁では、「原告と裁判所の裁量権逸脱の考え方には、憲法上の視点がでていないが、学校の裁量は、憲法13条の観点から制限されるという視点が必要である」とする。

3 行政行為の類型論との関係

ここでは、裁量論といわゆる行政行為の類型論との間の関係について、簡単に問題点を指摘するにとどめる。そもそも行政行為の「分類」自体はその目的に対応してさまざまなものがあり得るのである。したがって、「分類」それ自体としていずれが正当であるかというようなことは問題とはならないのである。その点からいえば、例えば、すでに述べたように(ア)説が(b)の視点から羈束行為と裁量行為との分類論をうち出すことはそれ自体としては当然あり得る一つの立場である。但し、この説による場合には、従来から論じられてきており、そして、今日でも一般に用いられている典型的な類型論である、命令的行為—形成的行為、あるいは、許可—特許—認可という分類論との関係が完全に切断されるということに注意する必要がある。そして、それにもかかわらず、この(ア)説の論者が何故にこの命令的行為—形成的行為という分類を維持するのか⁽¹⁾が問われなければならないであろう。というのは、例えば、命令的行為たる許可と形成的行為たる特許とは、例えば(イ)説とか(ウ)説などによれば、今日では、実際上かなりくずれているとはいえ、基本的なところでは前者が羈束行為であり、後者は裁量行為であるというような、ある程度の対応関係が本来はあったものと考えられ、そして、その限りで、このような典型的な分類論を維持する意義ないし実益があったともいえるからである。その意味では、すでに述べたような羈束行為と裁量行為との区別の基準そのものを否定する論者についても、同様の疑問がある⁽²⁾。

とはいえ、この分類論の当否については、羈束行為と裁量行為との区別論との関係だけで論ずることは不十分であり、なお、他にそれを維持すべき実益があるか否かを検討する必要もある。したがって、ここでは、この点は問題の指摘のみにとどめておきたい。

(1) 例えば、原田尚彦・行政法要論〔全訂版〕138頁以下では、なお、基本的にはこの分類が維持されている。

(2) 例えば、藤田宙靖・新版行政法Ⅰ（総論）134頁では、「私人の権利義務に対するかかわり方」として、なお、この分類論が用いられている。また、兼子仁・行政法総論165頁以下でも、なお、「許可制をはじめとする命令的行政処分」と「認可・特許などの形成的行政処分」という分類が維持される。

4 立法裁量と行政裁量との関係

従来の行政法学の問題点の一つは、行政裁量の問題を考えるに際して、立法裁量との関係をあまり考慮してこなかったという点である。「法律による行政」の原則の下では、行政の裁量権は「法律」をはなれて単独に存在しえないことはいうまでもない。そして、そうであるならば、行政の裁量権は、さらに、憲法上立法府に与えられた裁量権の問題とも無関係ではいられないはずである。私は、その点を考慮して、以下のように論じたことがある⁽¹⁾。やや長くなるが、この問題に関する私見を示すものとして再論しておこう。

(1) 行政処分が規制・侵害的行政にあたる場合

この場合は、基本的には処分はすべて羈束行為と考える。というのは、規制・侵害行政については、もともと一般原則として、公権力による国民に対する規制・侵害は必要最小限であるべきであるという比例原則の要求（憲法13条）がかかっているからである。また、行政処分は国民に対して平等に行われるべきであるという平等原則（憲法14条）の要求による拘束も存在している。そして、法律および行政処分は、一体としてこれらの要求をみたさなければならない

いのである。

(a) そこで、第一に、通常の規制・侵害行政（消極規制とよばれる）における比例原則の要求はもともと憲法上の原則であるから、例えば営業の許可規制についていえば、まず、国会による許可基準の法定それ自体がその原則による拘束を受ける。いいかえれば、例えば、法定された許可基準それ自体が国民の権利・自由を不必要に規制・侵害する（比例原則に反する）ような内容である場合には、それは違憲・無効とされなければならない。次に、その法律で比例原則に反しないような許可基準の設定がなされている場合には、その基準に羈束されて、例えば営業許可というような行政処分が行われるべきことになる。この場合、それらの許可基準の多くは単に比例原則に反しないというだけではなく、より積極的に比例原則の内容を盛り込んでいるのであり、したがって、そこではこれに従うことが比例原則に従うことに等しくなる。このように、二段階のチェックを通すことによって、例えば国民の営業活動に対する公権的規制は全体として比例原則の要求をみたすことになるのである。

なお、この場合、法律そのものによって許可基準を定めず、法律がその許可基準の定めを例えば政令とか府・省令のような行政立法に委ねたり、あるいは、自治立法たる条例に委ねたりすることもある。そのときには、法律に対するすでに述べた要求が一段階下りる形となり、行政立法あるいは条例に対して比例原則の要求が課される。そして、それがみたされた場合には、そこで定められた許可条件に従った行政処分が行われることにより、全体として比例原則をみたす公権的規制が行われたということになる。

なお、以上の点は、平等原則の要求に関しても同様である。

そして、第二に、上のような立法府に対する憲法上の拘束力はそのまま行政庁に対する拘束力として反映されることになるから、かりに例えば、明確な許可基準の法定のないような許可制が定められているような場合には、通常の規制・侵害行政（消極規則）については行政庁による許可権限の行使に対して比例原則の要求が課される。すなわち、現実には、このような場合、まず、行政庁内部において、通達その他の内部規程等により許可のための内部基準を設定するものと思われるが、そのときには、法律に対する比例原則の要求がそのまま行政内部の許可基準の設定に対しても課されるべきである。次に、かりに内部基準の設定なしに行政処分を行うという場合には、その行政処分、とくに許可を拒否する不許可処分あるいは許可取消処分の場合においては、そこで不許可（あるいは許可取消）にしない限りは弊害が発生する（あるいは弊害が除去できない）ということが認められる場合でなければならないと考える。すなわち、立法に対する憲法上の要求である比例原則の要求が、行政処分に対してもそのまま適用されるのである。なお、要件の定めがないわけではないが、その要件の定めが単にいわゆる「公益原則」のみしか定めていないという場合も上と同様に考えてよい。

(b) ところで、規制的・侵害的行政の中には本来の規制行政（これは、消極規制とよばれる）のほかに、社会国家的観点からの、経済活動に対する積極規制とよばれる類型のものがある⁽²⁾。例えば、零細の小売業者の保護のための小売市場の開設の規制であるとか、電車・電気・ガス等のいわゆる公益事業に関する規制などはこの例である。そして、この積極規制の場合、その規制に関する比例原則の要求はなく、むしろ、規制の目的と実際に採用された規制方法ないしは手段との関係については両者の間に一定の合理性が認められればよいとされる。というのは、例えば前者の規制においては、どの程度小売業者を保護すべきかという立法目的の内容は、それ自体が立法政策的な判断によらざるを得ないため、それを実現するための規制手段の選択に関して、比例原則のような基準を設定することができないとされ、また、後者においても、例えばその公共性を考慮しつつ利用者保護をどの程度はかるべきかという立法目的については立

法政策的な判断に委ねざるを得ないため、営業許可の基準の設定とかそれに基づく行政の運用などに関しては比例原則によるしほりをはかるにふさわしくないとされるからである。

このように、積極規制においては立法が合憲とされるためには、いわゆる合理性の基準という緩やかな基準が課されるにとどまるため、例えば法律が許可制とか免許制などを定めている場合、その許可条件あるいは免許条件の設定については立法府の裁量的な判断権がかなり幅広く認められる。しかし、立法府がどのような判断を下したにせよ、法律によって一定の明確な許可基準が具体的に定められた場合には、行政処分はその許可基準に羈束されて行われなければならない。その限りでは、積極規制に関する行政処分も、法律に羈束されているというべき場合も当然存在する。また、許可制とか免許制などを定める法律がとくに許可条件あるいは免許条件を定めず、あるいは、一部分空白にする形で、より詳細な規定を行政立法とか条例などにまかせる場合には、すでに述べた立法が合憲とされるための緩やかな基準、すなわち合理性の基準がその行政立法あるいは条例に対して課されるべきことになる。そして、この場合、その基準をみたしたそれらの許可条件によって、許可、免許等の具体的な行政処分が羈束されることは言うまでもない。

さらに、消極規制の場合と同様に、法律が許可条件あるいは免許条件を定めず、その内容の充足を、行政の内部基準での設定に、あるいは、全く個々の行政裁量的判断にまかせるという形がとられた場合には、やはり上の場合と同様に、まず、行政の内部基準に対して合理性の基準の要求が課されなければならない。すなわち、そこで内部基準の設定は全くの自由裁量ではなく、やはり最低限においても事実を基礎とした立法目的との合理的なつながりが存在することが要求される。そして、この点は、かりに内部基準なしに、直接的に行政処分が行われた場合にも同様である。すなわち、立法目的と問題の行政処分例えば不許可などとの間に事実を基礎とする合理的なつながりが存在しない、つまり、それが合理性の基準の要件をみたしていないという場合には、その処分は裁量権の濫用として違法とされる。その意味では、ここでも、行政処分に全くの自由裁量が認められるわけではないのである。

なお、これらの積極規制においても、法律および処分の両者に対して、基本的には平等原則による枠づけが存在していることは言うまでもない⁽³⁾。

(2) 行政処分が授益的・給付的行政にあたる場合

この場合には、少なくとも規制・侵害行政における比例原則というような枠づけが存在しないという意味では、基本的には国会および行政庁はその立法および処分に関する裁量権を与えられている。但し、授益・給付行政といえども、憲法14条にもとづく平等原則による拘束は基本的な枠組として存在している。また、現代においては、授益・給付行政においても、かなりの部分において法律の規定による行政権行使のための要件の明示がなされているのであり、その意味では、この分野の行政も憲法あるいは法律の明示する要件によって羈束されている場合がかなり多くなっているといえる。

(a) まず、行政庁の処分権限の行使に関して法律が明確な要件を定めている場合であるが、例えば、生活保護法、国民年金法などによる受給要件の定めなどがこれにあたる。この場合には、行政庁はそれらの要件に拘束され、その限りでこれらの処分は羈束行為となる。但し、規制・侵害行政の場合と同様に、上の受給要件等を定める法律の規定そのものは、例えば平等原則のような憲法上の原則に反するものであってはならない（また、憲法25条に関して具体的権利説をとる場合には、社会保障法（とくに生活保護法）についても憲法上の拘束があるとされよう）。なお、生活保護法における保護基準（厚生省告示）の設定の厚生大臣への委任（生活保護法8条1項）とか、河川法における流水の占用許可の基準の定め政令への委任（河川法23

条)などの例にみられるように、処分を行うための基準の設定が行政庁に委任される例も多い。この場合には、それらの基準の内容の設定そのものは行政庁の裁量にまかされている、いいかえれば、基準の定めを委任する法規定の目的と、実際に定められた基準との間に合理的な関連性があればよいとされる。しかし、個々の処分はそれらの基準に拘束されるという意味では羈束行為となる。

(b) 次に、法律に要件の定めがない、公益原則の定めのみしかなくない場合であるが、例えば、国有財産法18条3項のいわゆる行政財産の目的外使用許可などはその例である。この場合には、原則的には行政庁に処分(例えば使用許可)をするか否かについての裁量的な判断権が与えられる。したがって、処分に関する権限を定めた法律の目的と実際の処分との間に合理的な関連性が認められる場合には、その処分は適法とされる。但し、この場合でも、行政の裁量権というのは全くの処分の自由を意味するわけではなく、あくまでも、法規定の目的と処分との間に合理的な関連性があることが要求されている⁽⁴⁾。

(3) このように、私見によれば、憲法による基本的人権の尊重および「法律による行政の原則」の下では、行政裁量の問題は、基本的には、立法裁量の問題の延長線上にしなければならないと解されるのである。すなわち、立法、行政の行為時においてそれらが憲法および法律を含めて規範的にどのような拘束を受けているのかを基本的な基準とし、さらに、その拘束がない場合でも、裁量権の濫用・踰越を抑制するという意味で、「合理性の基準」をかけるという考え方をとるのである。このような観点からすると、従来の行政法学が、羈束行為と裁量行為との区別の問題を論ずるに際して、国会の制定する法律(行政法)に対する憲法による拘束の問題を必ずしも十分に視野に入れていなかったということは、重大な難点であるといわねばならない。というのは、そのようなとらえ方によると、羈束行為と裁量行為との区別が實際上立法政策によって左右されることになり、基本的人権保障の立場が後退するおそれがあるからである。この点は、例えば、すでに紹介した学説のうちでもとくに(二)説の中にその典型例をみることができよう。そして、現実的には、今日ではむしろこの(二)説と同様の考え方が立法の違憲審査に関しても用いられて、立法裁量の範囲を広げようとしているといえるのである。しかし、このことは、上述の規範論的な観点からすれば、いわば「本末転倒」の議論であり、また、すでに述べたように、「専門技術的判断」とか「政治的判断」などを理由とするならば、行政裁量の場合と同様に立法裁量の範囲がむやみに拡大するおそれがあるものといわねばならないのである。そして、結局、これは、すでに指摘したように、立法裁量および行政裁量の問題をともに、その行為をするに際して立法および行政がどうあるべきかという視点からでなく、むしろ、立法および行政の行為を裁判所が審査するに際してどうあるべきかという視点から考える(そして、その中にひそかに司法消極主義を割り込ませる)ということに起因しているのである。

- (1) これについては、拙稿「国の経済関与と司法審査」公法研究44号222頁以下。より詳細には、拙著「行政法総論」76頁以下を参照されたい。
- (2) この消極規制と積極規制の問題については、拙著「憲法訴訟と違憲審査基準」第5章を参照されたい。
- (3) 租税に関する行政も広い意味では規制・侵害行政の中に含まれるが、これも通常の規制行政の場合とは異なり、税の種類とか税率の決定等については租税政策的な観点からの立法裁量が認められるべきであると考えられる。そこで、これについては、もともと比例原則はあまり厳格に適用する余地はないものと解される。但し、平等原則が適用されるべきことはいうまでもない。また、税法により税率等の要件が定められた後は、それは一義的に明確であり、したがって、それに従ってなされるべき行政処分に関しては、羈束行為とされるのが普通である。
- (4) 但し、例えば、国民に対してその利用に供されるために設置された施設等(図書館、公民館、公園等)は、その立法目的からみて、原則としてその使用を許可すべきであるとされる(これについて、例えば、皇居

前広場の使用に関する判例を参照)。このように、給付行政においては、その立法目的の内容が重要な意味をもっているといえよう。

5 行政の権限不行使と裁量権の問題

ここでは、行政庁の不作为が違法とされることがあり得るか、また、あるとしたら、それはどのような場合かを検討する。但し、授益的・給付的行政と規制的・侵害的行政とでは、その問題のあらわれ方が若干異なっている。まず、授益的・給付的行政の場合には、法律中に行政庁は「〇〇できる」という定めがなされていることが少なくないため、行政庁がそれを行うべきか否か、また、いかなる時に、どのような措置をとるべきかは、行政庁の裁量的判断にまかされているとされる。また、それらの行政の行為を求めるための申請手続が明定されていないことも多い。そのため、国民の側にはそれらの行政の行為を求める権利が保障されているとはいえず、また、逆に、行政が国民に期待されている行為を何らせずに放置したとしても、その不作为は違法とはされない、と考えられることが多いであろう。

これに対して、規制的・侵害的行為、例えば、違法建築物の除却命令とか、公害防止のための設備の設置ないしは改善の命令あるいは指導などにおいては、問題が異なった形で生ずることになる。すなわち、そこでは、例えば上の命令とか規制的指導などの直接の相手方にとっては、そのような行政庁の行為は相手方たる国民に法的義務を生じさせる行政処分としての意義、あるいは、それに近い意義があるが、その行為によって事実上権利・利益を保護される第三者（例えば、隣人とか付近住民など）との関係では、それは、通常はそれらの特定の国民に権利・利益を付与する行政処分とは考えられてはいないのである（そこで、このような処分は複効的処分とよばれる）。ここでは、それらの行為を求める申請手続も特に定められてはいないのが普通であり、また、これらの不利益処分については、もともと処分の相手方からの申請を前提とはしておらず、それだけでなく、規制を受けるべき相手方は行政庁によるそれらの権限の行使を望んでいないことは明らかである。したがって、上の第三者の権利・利益の保護を含めた「公益」のために、行政がそれらの権限をいつ、どのような形で行使するかは、結局、行政の側に主導権が与えられているのである。そこで、上に述べた第三者と行政庁との関係においては、授益的・給付的行政が行われる場合と同じ問題が生ずることになるのである。

ところで、これらの場合に行政庁に作為義務を認めるためには、二つの難点があるとされている。すなわち、第一は、反射的利益論である。これは、法律がとくに国民に権利・利益を付与することを明示していない限りは、行政庁の権限の行使によって国民が受ける利益は単なる事実上の利益、いいかえれば、法の反射的利益であるにとどまるのであり、したがって、国民の側には行政の権限行使を求める法的権利はないとするものである。しかし、典型的な反射的利益と法的な権利・利益との間の差異は、段階的なものと考えべきであろう。したがって、法律の趣旨・目的により、ある程度において保護されるべき権利・利益が特定・具体化されたならば、それを法的保護に価すると考えることは十分に可能であると解すべきである⁽¹⁾。また、とくに国家賠償請求の場合には、現実の損害の発生の有無が問題とされるべきであり、これを一般的に論ずる必要はないのである。

そして、第二は、行政の便宜裁量論である。これは、いかなる場合にどのように権限を行使するかについての裁量権を行政庁がまかされている以上、国民の側からその権限の行使を求める余地はないとするものである。しかし、これについても、法の趣旨・目的とか、適用すべき事実状況の如何などによっては、一定の行為をなすべきか否かが、全くの行政の裁量にまかされるべき場合から行政の権限行使が義務づけられていると解すべき場合に至るまで、やはり段

階的な差異があるにすぎず、したがって、ある行為について、本来は行政庁の裁量に委ねられているように見える場合であっても、一定の段階に至った場合には行政の権限の行使が義務づけられるようになることもあると解すべきであろう⁽²⁾。

このような考え方は、裁量権の収縮論とよばれる。すなわち、もともと一定の権限を行使するかどうかについて、かりに行政庁に裁量権が与えられているとしても、具体的な事実状況のいかんによっては、その裁量の範囲は狭められ、ついにはその裁量の範囲（いいかえれば、権限を行使するか否かについての選択の範囲）は全くなり（「裁量権のゼロ収縮」とよばれる）、行政庁はその権限を行使するしかないとされることもある、というのである。そして、近時の学説、判例の動向によれば、およそ以下の要件がみたされた場合には行政庁に一定の権限行使をすべき作為義務が生ずるとされている。すなわち、①行政庁の権限の不行使が続く場合には、例えば国民の生命、健康が害されるおそれがあるなどというように、公共の利益に対する重大な危害が生ずるおそれがあることが明らかであること、②行政庁が、その危険を除去するための行為をなすべき権限を法律等により与えられていること、そして、③危害の防止が個々の国民の自発的な努力では達成出来ず、どうしても行政庁による権限の行使が必要であること、などの諸点がみたされた場合である⁽³⁾。要するに、ここでは、その危害の個別・特定性の程度とか、危害発生の切迫性の度合、そして危害を受けそうになっている被侵害法益の内容などの相関関係によってゼロ収縮の如何が決せられるのである。したがって、被侵害法益が例えば人の生命とか健康のような重大なものであるときには、当然その重大性の分だけ裁量権の収縮が認められやすくなるということになる。近時、薬品とか食品などによる生命・健康の被害に関して国の監督責任が認められた例がいくつか生じてきているのは、この観点からは正当とされよう。

但し、上の議論はあくまでも行政の不作为に基づく損害賠償請求に関するものである。この場合には、国民の側の権利・利益の侵害（損害）が現実・具体的にすでに発生しているため、行政がそのような損害の発生を防止すべき義務があったか、ということが主要な争点となる。したがって、例えば義務づけ訴訟の場合のように、裁判所が行政庁の処分先立って、行政庁に対する命令を出せるか、というような権力分立論からくる問題は生じないし、また、行政の作為義務についても現実の具体的な事実関係の中で論ずることになるためその有無が認定しやすいのである。そこで、この損害賠償請求訴訟においては、行政庁の作為義務の存在を認めてその不作为を違法とした判決がいくつか出されている。

例えば、県の野犬条例によって野犬の掃とう等に関する権限を授けられた保健所が、適切な野犬の掃とう等の措置をとらなかったために住民が野犬に噛まれて死亡したという事例について、行政の側の不作为を違法とした例（東京高判昭和52・11・17判時875・17）とか、ビニール・ごみ等の廃棄物が河川を通じて海に流失したため、沿岸の漁場が荒廃したという事例に関して、市が廃棄物処理義務を尽くさなかったことは違法であるとした例（高知地判昭和49・5・23下級民集25・5～8・59）などがある。また、マンガンの精錬所においてマンガン中毒にかかった原告による損害賠償請求に関して、労働安全衛生法に基づく労働基準監督署の労災・職業病の防止のための行政指導が不十分だったことについて国に不作为の違法があるとした例（大阪地判昭和57・9・30判時1058・3）とか、警察官が拳動不審者からナイフを取り上げて一時保管するという措置をとらなかったために傷害事件が生じたことについて、警察官の不作为に違法性を認めた例（最判昭和57・1・19民集36・1・19）とか、薬害に関して厚生大臣がその被害を防止するための適切な措置をとらなかったことについて、不作为の違法性が認められた例（東京スモン訴訟。東京地判昭和53・8・3判時899・48）などは、規制行政における不作为が

問題となった例である。なお、いわゆるカネミ油症事件の控訴審判決（福岡高判昭和59・3・16判時1109・24）は、上述した①の要件をより緩和し、その食品の「安全性を疑うべき具体的徴表が存するときは勿論、それに連なる蓋然性の高い事象が存する場合」は、行政庁はもはや自由裁量の余地はなく、規制権限を予防的に行使する法律上の義務を負うとして、国の不作為の違法を認めた点で注目されている。

ところで、この裁量権収縮の法理は、行政の裁量権の行使に適正な制約を加えるというよりも、むしろ逆に、具体的な事実関係との対応の中で行政の裁量権の行使を適正にうながすためのものであるが、では、すでに述べた取消訴訟にかかる本来の裁量権の問題と、この権限不行使における裁量論および次に述べる申請の留保の違法性にかかわる裁量論とは、どのような関係にあるのであろうか。この中でも、この不作為の違法の問題と後述する申請の留保の問題とは、行政の不作為の違法性がテーマとなっているものであり、義務づけ訴訟、不作為の違法確認訴訟、損害賠償訴訟に共通してかかわるものである。

但し、これらも取消訴訟における処分裁量問題とかわらないわけではない。例えば、行政の行う各種の処分の中でも許可とか命令などは典型的な作為であるが、不許可処分とか給付しない決定などは、一面では不作為に近い性質をもっているともいえる。すなわち、そこでは、実質的には、「許可すべきであったのに許可しなかったのかどうか」とか「給付決定すべきであったのに給付しない決定を出したのかどうか」などが問われているからである。その意味では、取消訴訟の中にも、上の問題と共通の性質をもった部分もないわけではない。

一般的にいえば、一定の公益の維持（例えば、善良の風俗の保持とか公衆衛生の保持など）が法律によって行政に義務づけられている、ないしは、期待されている以上は、やはり、すでに論じてきた考慮とは逆の意味での「比例原則」的な要求がかかっていると考えるべきである。すなわち、具体的な事実関係との対応の中で、公益あるいはその中にふくまれる個人の権利・利益を守るためにどうしても行政が一定の行為をすべきであると思われるときには、行政庁はそれをしなければならない、という考慮である。すなわち、例えば、「不作為の違法性」における裁量権のゼロ収縮の要件とか、後述する「申請の留保」における客観説ないし中間説の基準などは、そのあらわれとみることができる。但し、ここでの「比例原則」は、行政の原則的な裁量権を前提とする、つまり従来は裁量権の踰越・濫用に関して用いられていた、いわば「ゆるやかな」比例原則に近いが、あるいは、それよりもさらにゆるやかなものであると考えるべきであろう。そこで、この点を規制・侵害的行政と給付・授益的行政とにわけて考えてみよう。

まず、規制・侵害行政における第三者保護と裁量権の問題であるが、例えば、公益違反の状態が生じていて、許可取消、営業停止等の処分あるいは行政指導を行政庁がしない限り、公益が維持できない、あるいは、第三者保護ができないという場合を考える。

① ここでは、処分・指導等の相手方との関係では、どうしても必要でない限りは安易にそれをすべきではない（相手方国民の権利・自由の妨害をしてはならない）、という意味できびしい比例原則がかかるという問題がある。但し、これは典型的な規制、すなわち消極規制の場合であり、これに対して、積極規制の場合には、この要求はゆるめられることになるが。

② しかし、逆に、公益（あるいは、第三者）保護との関係では、どうしても必要な場合に、はじめて処分・指導等を行わなければならないという作為義務が生じるにとどまるとされる。これは、いわば「最もゆるやかな比例原則」である。

なお、①の範囲と②の範囲とは、ある意味では相反するものであり、したがって、これらの範囲は一致するものではない。当然、②の方が、より狭い。例えば、建ぺい率（建築基準法53条）等に関する規定に違反する建築物に対して都知事が除却命令を発しながら、その代執行を

しなかったのは違法であるとして、その建築者の隣人が知事に対して損害賠償を求めたのに対して、知事が代執行するか否かは、元来、知事の自由裁量に任されるとして、その請求が棄却された例（東京高判昭和42・10・16高民集20・5・458）などは、この問題にかかわるものである。

次に、給付行政における国民保護と裁量権を考える。ここでは、公益保護と国民の権利・利益の保護とが原則的に重なる。というのは、通常は、国民の中に行政の相手方と第三者という分裂がないからである。

③ この場合には、どうしても行政庁が一定の行為をなすべきであるという場合に、はじめてそれをしなければならないという作為義務が生ずるにとどまることになる。

ここでは、②の要件は③のそれに類似しているということもできるかもしれない。というのは、規制行政とはいっても、それは規制を受ける相手方国民との関係で「規制」であるにすぎないのであり、第三者（受益者）国民との関係では、それは規制ではないからである。但し、②の場合には、公益に反する状態が生じているわけであるから、行政がそれを放置すれば公益侵害、ひいては一定の国民の権利・利益の侵害という状態が存続することになる。そのため、作為義務の問題が生ずるのである。これに対して、給付行政の場合には、一般論としては、行政の側の権限の不行使がただちに公益侵害になるとはいえないであろう。そして、その点を見ると、③の場合は、②の場合に準ずるようなごく例外的な場合に限られることになろう。

また、②および③の問題を考えるに際しては、例えば申請の手続がある場合から特別に申請の様式がそなえられていない場合に至るまで、この間にはいくつかの段階があるため、さらに、この点を検討する必要があるものと思われる。後述する行政指導と申請の留保の適法性の問題はこの「申請」を前提とする特殊な一形態とみることができる（また、ここでは、規制行政における相手方国民との関係での不作為の違法性が問題となっているという特殊性がある）。また、不作為の違法確認訴訟も基本的にはこの申請の手続が存在する場合を前提とした訴訟制度として構築されているものと考えられる。

そして、この場合注意すべきことは、この裁量権のゼロ収縮の要件そのものは、あくまでも行政庁が行為をすべきか否かに際しての問題、いいかえれば、行政庁の行為時における規範的な拘束性（法的作為義務）の、いいかえれば、実体法上の問題として提示されたものであるということである。すなわち、ここでの「最もゆるやかな比例原則」は司法消極主義を意味するもの（いいかえれば、裁判所が審査するに際して、行政の裁量権をどのようにとらえるべきかという考え方をするという観点での問題）ではないのである。もし、ここで、すでに述べた(b)の視点から、「専門技術的判断」とか「政策的判断」という基準がもち出された場合には、それはすでに述べた「行政の便宜裁量論」と結びついて、不作為が違法となる余地をなくしてしまうということもあり得るであろう。なお、この司法消極主義の立場は、例えば、事後的な損害賠償請求、あるいは、不作為の違法確認請求は認めるが、義務づけ訴訟は認めない、というような議論の形であらわれることもありうる。但し、これについてはテーマからはずれるため論じない。また、もし、損害賠償請求が認められるためのゼロ収縮の要件よりも、不作為の違法確認請求、さらには、義務づけ訴訟を認めるためのゼロ収縮の要件の方が厳しいとするとか、あるいは、不作為の違法確認請求における申請の意義を狭くするとか、義務づけ訴訟の原告適格を狭くするなどということが主張されるかもしれない。しかし、これらはすべて実体法上のものではなく、むしろ、裁判所の機能論の観点、とくに実際上は、司法消極主義的配慮からくるものであるということができよう。こうしてみると、行政の権限不行使にかかわる救済の問題においても、それをどのような視点からとらえるべきかという論点はついてまわるの

である。

- (1) この点については、拙著・行政法総論163—4頁参照。
- (2) 同上164頁。
- (3) 同上167頁。この問題については、例えば、原田尚彦・行政責任と国民の権利75頁以下参照。

6 行政指導と申請の留保にかかわる行政の裁量権の問題

行政指導とは、行政庁が助言、勧告、勧奨、注意などという非権力的な事実行為の形式によって国民に対してはたらきかけ、その同意・協力にもとづく国民の行為によって、一定の行政目的の達成をはかることをいう。但し、現実に行われている行政指導は、当該行政庁に対してその組織法上認められた一般的な権限の範囲内の事項にかかわるものであるという意味で組織法上の根拠は有するが、しかし、その作用法上の根拠、すなわち、とくに当該行政指導等の事実行為をなしうるという法の定めなしに、行われるということが多い。そのため、このような行政指導は「法律による行政の原則」に反するのではないか、との問題がついてまわるのである。これについては、一般的には、「法律による行政の原則」の意義をいわゆる侵害留保説によって理解するという考え方によって消極的に、あるいは、論者によっては、より積極的にその適法性が支持されている。しかし、それによっても、いわゆる規制的指導に関しては、この原則との抵触があり得ることが問題となる。例えば、国民（多くは、営業者）がこの規制的指導に従わなかったことを理由として、行政庁が国民に対して一定の事実上の制裁を加えたり、あるいは、行政指導に従わせるために、行政庁が許可等の申請に対してその応答を留保し、なお説得を続けたりするという場合に、それが適法といえるかが問題となるのである。この中でも、前者の制裁は容易には正当化されえないことはいうまでもない。しかし、これに対して、後者の申請留保については、学説・判例上一定程度はそれを支持すべきであるとする見解も存するのである。そこで、ここでは、この点について若干の検討をしておきたい。

この問題には2つの検討事項がある。1つは、留保の適法性についての判定基準をどうするか、という問題である。そして、もう1つは、行政の裁量権との関係をどう理解すべきか、という問題である。

(1) まず、適法性の判定基準の問題であるが、これは、大別して客観説と主観説とに分かれる。すなわち、留保の許される場合の判断基準として、相手方の協力の意思の有無に重点を置くのが主観説であり、諸般の事情を総合的に判断して判定するというのが客観説である。

例えば、下級審の判決であるが、「……との行政目的の実現のために、建築基準法上の特定行政庁が2カ月に満たない程度の期間、処分を留保し、本件のような極端なミニ開発に対して、改善を勧告し、協力を求め、そのために原告に対して啓発活動を行うことは、一般的に言って、原告において受忍すべき限度内の行政指導であり、なんら違法な行為ではなく、かえって、前述のような行政に対する国民の付託を考えれば、むしろ法の趣旨、目的により一層適った行政活動といえることができる」とする判例（東京地判昭和54・10・8判時952・18）がある。これについては、例えば、「本件についてみると、判旨も述べているように、道路位置の指定をしまえば、もはや指導に協力を求めることは事実上できなくなってしまう。そこで、相手方との交渉が継続している間、行政側が道路位置の指定を留保するのはむしろ当然で、これをもって相手方を強制したとみるのはあたらないと解すべきであろうとおもう。すでに判例もこの理を認め、相手方が行政指導に誠実に対応している間、建築確認等の処分を留保しても、違法な不作為にあたらぬことを認めている」。「したがって、こうした規制的指導の性質からすると、処分の留保が強制的契機を帯び、違法となるに至るのは、おそらく相手方が指導を無視して計

画通り工事に着手するなど、絶対に指導に応じないとの不退転の決意をあらわす挙に出ているのにもかかわらず、なお行政側が執拗に留保を続けているような場合であって、これ以外の場合には、たとえ相手方が口頭で不服従の意思を表明している場合でも、ただちに処分の留保が強制にあたるとみるべきではないとおもわれる」。本件では、留保に「強制的契機をみいだすことは困難である」⁽¹⁾とする評釈がある。この原田説は、次に述べる昭和60年最判とは逆に、むしろ、客観説をベースにして、その留保の限界を示すための基準として、上の相手方の「決意」を挙げたものと理解すべきではないかと思われる。

これに対して、近時、最高裁は異なる見解を示した。すなわち、そこでは、「もっとも、右のような確認処分の留保は、建築主の任意の協力・服従のもとに行政指導が行われていることに基づく事実上の措置にとどまるものであるから、建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確に表明している場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない」。この場合には、「当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法である」(最判昭和60・7・16民集39・5・989)とするのである。

この判決は主観説の立場に立っているものと解される。但し、それに徹底しているわけではなく、客観説にも多少の配慮をみせているところがある。すなわち、行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反する場合には、留保が適法となることもあるとする点である。その意味では、これは中間説であるという評価もあり、このような中間説の立場については、これを支持する考えかたもある。例えば、行政指導がどうみても正当なら、相手方の拒絶の意思が明確でも、ある程度の確認の留保は許されるというべきであり、逆に行政指導が不当なら、相手方が必ずしも明確に拒絶の意思を表明していなかったとしても、確認の留保は違法というべきではないか。その意味では、とりあえず一応は話し合えという行政指導は正当である。但し、近隣住民に日照権侵害の補償をせよとか、その同意を絶対的に要求するという指導は民事に介入しすぎる、とする見解である⁽²⁾。但し、一般論としてはこの立場を妥当とするとしても、この判決に問題がないわけではない。すなわち、ここでは、新高度地区の実施前までに確認処分がないと設計変更せざるをえなくなり、多大の損害のおそれがあるという点が考慮されたようであるが、しかし、結局は計画通りの建築が認められたので、わずか1カ月ほどの確認の留保を違法とするほどのこともなかったという気がする、という批判がそれである⁽³⁾。

では、これらの説のうちいずれが妥当であるかであるが、これについては、基準としては、主観説の方が明快であるといえる。客観説は、個別的・結果論的なものとなるおそれもあり、その点では「基準」としての明快性が弱いことは否定できない。「法律による行政の原則」との関係および行政指導の本質論を考えあわせると、本来ならば、主観説の方が妥当であるともいえる。しかし、行政指導が要請されている社会的背景⁽⁴⁾を考慮した場合、そもそもそれを徹底することが困難であるからこのような問題が生じているのである。そこで、中間説ないし客観説が、なお根強い支持を受けているのであろう。

しかし、申請留保に解する客観説をとる場合、さらにどのような利益衡量をすべきかが問題となる。これについては、例えば、「結局、本件のような事例においても、当該行政の公共性の分析を、当該行政にかかわる人権論との関係で行うことが求められているのであって、安易な比較衡量論や社会的にみて合理的なもの＝社会的合理化論は可能なかぎりこれを法解釈論から排斥してゆくことが求められているように思われる。つまり、行政指導とその限界論も、行政

領域ごとにより精密なものとならねばならないのである」とする見解がある⁽⁵⁾。

また、車両の通行の認定に関する事件についても、「ここでは、〔車両通行の〕認定の法的性質から導かれる行政庁の作為義務（認定をなすべき義務）と、他の社会的価値（交通、住民の安全の維持）が抵触している、と考えるべきものであろう」とし、さらに、「建築主事が確認を留保する場合の二判例において、裁判所が建築主と近隣住民間の紛争解決を理由に、確認の一時留保を違法とはいえないとした考え方が参考になる。そこではまさに本件と同様、関係法令外の、より高次の価値に重点を置き、行政庁の一時的不作為を適法とみて国の賠償責任を否定した……のである」。「以上のように本件を考えてみると、行政庁は、いかなる場合により高次の価値を前提に行政処分を留保しうるか、が今後なお問われることとなろう」とする見解⁽⁶⁾があるが、ここでも基本的には、利益衡量の中身が問題とされているのである。すなわち、ここでは、具体的な事実関係との対応の中で、相互に対立する国民の権利・利益の内容に関する法的な評価（場合によっては、権利相互間の序列づけも含む）をすることが要求されているのである。したがって、とくにここでは、申請者たる国民と対立する側の国民の権利・利益の憲法的評価が問題となるのである。

(2) 次に、この問題が行政の裁量権一般との間でどのような関係をもっているかについて考察する。

まず、車両通行の「認定」の留保の適法性の問題に関して、これを「裁量権」の問題とした最高裁の判例（最判昭和57・4・23民集36・4・721）が注目される。すなわち、そこでは「右認定に当たって、具体的事案に応じ道路行政上比較衡量的判断を含む合理的な行政裁量を行使することが全く許容されないものと解するのは相当でない。……右事実関係によれば、中野区長の本件認定留保は、その理由及び留保期間から見て前記行政裁量の行使として許容される範囲内にとどまるものというべく、国家賠償法1条1項の定める違法性はない」としたのである。これは、留保の適法性を行政の裁量権の問題として処理したところに特色がある。そこで、ここでは、建築確認のように行政の裁量権が狭い場合とそうでない場合などを分ける必要があるか。また、行政権の裁量権が広いと思われる場合には、指導（留保）は、適法とされやすいといってよいのかどうか、などを考えてみる必要があるであろう。

ところで、これは、5の不作為の違法性の問題と同じレベルのものとして考えてよいかが問題となる。これについては、両者は本質的には異なるところもある。というのは、本来、5は行政の不作為のその内容の違法性が問題となっている。すなわち、何をなすべきであったか、なぜ、それをしなかったかが問題となるのである。これに対して、ここでは、行政庁が申請に対する応答をしないことそれ自体の違法性が問題とされる。すなわち、なぜ応答しないのかという問題である。にもかかわらず、これらを同じ問題として取り扱うべき理由もある。というのは、やはり、ここでも、行政庁が処分にさいしての裁量権を有する場合には、例えば上の最高裁判決のように、その裁量権を根拠に留保を適法とされることもあるからである。とすれば、ここでは行政庁の権限行使の作為義務の程度が問題となっているという意味で、行政の権限行使の義務の問題一般との関係で、やはりこれらをあわせて論ずる必要があることになろう。とくに、ここで、申請留保に関する客観説ないし中間説をとる場合（上の最判の判旨も、実質的には、この立場に立っている。すなわち、ここでの判断のキー・ポイントは、「住民と業者との衝突を回避することの必要性」におかれている。）には、その必然的な展開として、行政の裁量権の内容がどのようなものかとか、具体的な事実関係との対応の中でそれがゼロに収縮する条件があるかどうかなどを考えなければならないのである。

そこで、この点を5の不作為の違法の問題との関係を考慮しながら検討してみよう。まず、

ここでは、基本的には「規制行政」の場での問題であるから、行政庁はどうしても公益上必要でないかぎり国民の権利・自由を妨害してはいけないという拘束（比例原則）がかかっているという点を前提にする必要がある。そして、例えば、

① 消極規制で、従来のいわゆる「確認」行為に近い許可制、いいかえれば、法律の定める要件が一義的に明確である場合、例えば建築確認などの場合

② とくに許可基準の定めがないとか、「公益原則」の定めのみにとどまるなどのため、法律の定める要件という点では、いわゆる「公益判断」の余地を広く認めているようにみえるもの、いいかえれば、「比例原則」のみに拘束される場合、例えば「風俗営業」の許可など

③ 積極規制における許可、いいかえれば、例えば、従来の講学上の「特許」行為に相当するものの場合

以上のタイプに分けて考えてみた場合、当然①から③に行くにつれて行政の行為時における行政の裁量権の範囲は広くなる。したがって、「申請の留保」の適法性についても、その留保の「許される」程度がそれに応じて変化すると考えてよいであろう。すでに述べた昭和57年の最判は、その趣旨を含むものと解される。

したがって、申請の留保の適法性の判定に際しては、(1)この意味での、行政庁の裁量権の広狭の問題と、(2)主観説に見られる、相手方の指導に応じる意思の有無と、(3)客観説にみられる、比較衡量的判断、とくに相対立する相互の法益の内容に関する配慮という3つの要因を総合考慮する必要がある。そして、このような総合的な考慮が、また、広義の行政裁量の問題であり、すでに述べた行政の不作为の違法性の問題の1つの場面とされるのである。

なお、ここで注意すべきことは、上の(1)では、行政の相手方との関係での「比例原則」的な配慮の問題が含まれているのに対して、逆に、上の(3)では、第三者との関係での「最もゆるやかな比例原則」的な配慮の問題が含まれている、ということである。このように、ここでも、2つの比例原則の問題が混在しているのである。

そして、最後に、ここでの基準もあくまでも実体法的観点からのそれであって、裁判所の機能的観点からのそれではないのである。但し、上に述べた昭和57年の最判には、この後者の視点からのものではないかというニュアンスもないではない。しかし、すでに述べたようにもと「法律による行政の原則」との関係での問題を有するというこの種の事例において、裁判所がこの視点からの吟味、とくに司法消極主義的な観点からの吟味をするということが好ましくないことはもはや論ずるまでもないであろう。

- (1) 原田尚彦「ミニ開発と行政指導」ジュリスト昭和54年重要判例解説42頁。
- (2) 阿部泰隆「行政指導の担保手段としての建築確認の留保」ジュリスト845号87—8頁。
- (3) 同上88頁。
- (4) これについては、例えば、原田・前掲・重要判例解説43頁参照。
- (5) 原野翹「行政指導と建築確認の留保の適法性」ジュリスト昭和60年重要判例解説45頁。
- (6) 熊本信夫「行政指導中の処分留保の適法性」ジュリスト昭和57年重要判例解説39頁。

むすびにかえて

ここでは、結局は、「裁量論」の本質をどうとらえるかが問題となっているのである。すなわち、これを行政の行為に対する法的な枠づけの問題としてとらえるか、あるいは、裁判所による行政行為の審査のあり方の問題としてとらえるか、である。もちろん、この両面はいわば表と裏の関係にあることはいままでもない。したがって、法的な枠づけの問題という実体面から

入った場合には、それは手続面においては司法の限界論という形になり、この両者には矛盾はないことになる。しかし、問題は後者の視点に立った場合であり、とくに、それが行政の政策的判断とか専門技術的判断などに対する裁判所の敬意という司法消極主義に結びついた場合である。これは、すでに述べたように、裁判所の機能論から入るものであるため、この視点からの基準を逆に実体面に反映させようとする、場合によっては国民の権利保護という観点からはきわめて不十分なものとなるおそれが生ずるのである。

また、別の言い方をすれば、この問題は行政の行為に対する司法審査の中心的な意義をどのように理解するか、という問題でもある。すなわち、これをあくまでも違法な行政の行為から国民の権利、利益を保護することにあると考えるか、あるいは、係争の事件において、行政の判断に対して裁判所の判断を置きかえることにあると考えるか、である。行政の行為の司法審査がこれらの両面をもつものであることはいうまでもないが、しかし、この中でも前者は、その「目的」にあたり、後者はそれを実現するための「手段」（あるいは、その「結果」）にあたるのである。その意味では、やはり何よりもこの「目的」を実現するためにはどうあるべきかという観点（すなわち、実体法的な観点）からの考察をできるだけ優先させることが、法学、とくに規範論の学としての法学の役割であると思われる。そして、このように、今日、行政行為の適法性の審査の場において、裁判所の機能論に対して実体法的観点からの規範論を対峙させることが必要とされているという事情は、法律の合憲性の審査の場におけるそれと相通じているのである。

さらに言えば、もともと「行政庁の判断を裁判所の判断で置き換えることが妥当か」という問題の提起そのものが、それを進めてゆけば、結局、法の解釈そのものについても行政庁あるいは立法府の判断を否定して裁判所のそれで置き換えることが妥当か、という問題の提起につながってしまうのである。ここでは、むしろ、その意味での危険性をもっと意識されるべきではないかと思われる。また、国民が「訴訟」を提起するというのは、もともと行政庁の判断に不信をいだいて裁判所の判断をもとめているということの意味しているのである。とすれば、それに対して、「行政庁の判断を裁判所の判断で置き換えることが妥当か」という観点を強調するということは、裁判所の機能論によって国民の要求、いいかえれば、「人権保障」、「裁判を受ける権利」を押しつぶすことになろう。国民としては、結果の如何を問わず、とにかく行政庁でなく裁判所の判断を求めているのである。したがって、「法的な問題」である以上は、裁判所はあまり遠慮したり、あるいは、責任逃れをしたりすべきではないのである。

ここでは、行政の裁量権に関する問題の中でも、司法消極主義のあらわれとみるべき議論がすくなく存在することの指摘を中心として論じてきた。もちろん、ここでは、そのような配慮を一切否定すべきだとするつもりはない。ただ、すくなくとも、それを「裁量論」とか「司法権の限界論」などとして行政事件に固有の動かしがたい枠であるかのように主張するのはやめるべきであることは強調しておきたい。むしろ、率直に裁判所の「政策的配慮」の問題であることを認めた上で、上に述べた司法審査の本来の使命との調和をはかるためにはどうあるべきかを論ずることが必要であろう。本稿では、この観点からのより具体的な検討は若干おこなったにとどまっている。この点については、別の機会に検討したい。

また、ここでは、行政の裁量権の意味とか行政の行為の違法性などの問題を、処分とか事実行為などを通して、また、取消訴訟、不作為の違法確認訴訟、義務づけ訴訟、国家賠償など各種の訴訟の形態を通して、一般的に考察できるのかどうかという非常に大きな問題が横たわっている。これについても、いずれより立ち入った検討をしたいと思っている。