

タイトル	道路法の原因者負担金制度と裁量統制(二)：復旧工事費用負担処分取消請求事件(札幌地裁判決、札幌高裁判決及び最高裁決定)再論
著者	秦，博美
引用	北海学園大学法学研究，46(2)：498-524
発行日	2010-09-30

研究ノート

道路法の原因者負担金制度と裁量統制(二)

——復旧工事費用負担処分取消請求事件

(札幌地裁判決、札幌高裁判決及び最高裁決定)再論

秦 博 美

目 次

一	はじめに	六	負担金額に関する学説
二	事実関係等	七	「減価償却」の問題点(論点一)(以上四五卷四号)
三	一審裁判所での審理・判断	八	従来の行政裁量論
四	二審裁判所での審理・判断	九	行政裁量と法の適用(阿部教授の問題提起)(以上本号)
五	最高裁の判断		

八 従来の行政裁量論

1 行政裁量をめぐる二つの観点

塩野宏教授は、行政行為における裁量を、法律が行政権の判断に専属するものとして委ねた領域の存否ないしはその範囲の問題と定義し、裁判所は行政行為をした行政庁の判断のどこまでを前提として審理すべきかが問われてきたと述べる⁽³⁶⁾。論者により、行政行為における裁量は、行政法学における最も実用性を帯びた重要課題の一つであり、行政裁量論とその統制は行政法のハイライトであると言われる⁽³⁸⁾。そして、それは行政法上最大の難問に属し、まだ満足すべき解決をみているとはいえない状態にあるとの認識が示されているところである⁽³⁹⁾。

判例・学説とも種々の議論がある中、以下、原因者負担金に係る行政裁量の問題を二つの観点から検討する。第一は行政裁量の有無（所在）に関する議論であり、塩野教授の表現では行政判断専属「領域の存否」ということになる。法五八条の原因者負担金の負担額の解釈において、例えば実損額ないし減価償却の考慮は、行政庁たる道路管理者に対する法的拘束（羈束）であり、行政の裁量には委ねられていないと解すべきなのか、それとも、あくまで道路管理者の合理的な裁量として委ねられていると解すべきなのかということである。「実損額」までに限定しない、復旧費用を内容とする原因者負担金処分を、行政裁量の濫用「以前に法律の適用を誤ったものである⁽⁴⁰⁾」とする阿部泰隆教授の立論は前者の立場に立つものと解される。

この設問において、後者、すなわち実損額ないし減価償却の考慮は、なお道路管理者の裁量（判断の余地）として認められているとの立場を採った場合、その実際の行使がいかなる場合にその限界を超え違法とされるのかという、

司法審査との関係における行政裁量の限界（範囲・幅）問題が第二の観点である。行政事件訴訟法三〇条の適用問題として、判例・学説の蓄積がなされてきたところである。

亘理格教授は、第一の観点を「法律問題と裁量問題との境界問題」、第二の観点を「自由裁量権行使の限界問題」と整理し、行政裁量論はこの二段構えの問題設定により論じられてきたとする。⁽⁴¹⁾

第一の観点は、伝統的な理論においては、法令の解釈・適用により解決すべき問題（法律問題）と、行政機関の自由な判断の余地としての自由裁量権を認めた上で、その行使が裁量権の限界を超えない限り行政の判断が優先し適法と認められるような問題（裁量問題）との間に、どのような境界線を引くべきかという問題として議論されてきた。⁽⁴²⁾

その後、田中二郎博士の影響もあり、戦後の昭和三〇年代以降、判例法理では、法律問題である法規裁量と裁量問題である自由裁量を区別する行為類型論的裁量観が後退し（法規裁量行為にもある程度自由な裁量的判断の余地を承認する）、代わって、広い範囲に拡張された裁量権の存在を前提に、行訴法三〇条の裁量権の踰越・濫用の法理が適用範囲を拡張することになる。⁽⁴³⁾ 亘理教授の言葉を借りれば、「裁量権の踰越・濫用は、本来、自由裁量の余地が認められる範囲でその行使の限界を問題とする場面で初めて登場すべき手法であるにもかかわらず、その適用範囲は拡散する傾向にある。その結果、問題となっている事案のどの範囲までが裁量問題であり、どこに裁量権行使の限界があるのかが不明確なまま、『裁量権の踰越・濫用』の存否が語られるという事態が生まれる」（傍線筆者）ということになる。⁽⁴⁴⁾ 小早川光郎教授は、これを「裁量権濫用法理の拡大が、本来ならば法律問題として裁判所による判断代替の対象たるべきであった事項を、単なる逸脱審査の対象へと押し戻すという現象」として説明する。⁽⁴⁵⁾

以上の事象を踏まえ、亘理教授は、「法律問題と裁量問題との境界線をどこに引くべきかという問題自体への関心が薄れ、主たる関心は裁量権の限界問題へ注がれることになった。極論すれば、裁量権の踰越・濫用型審査は、いまや、

行政作用に対する適法性審査コントロールの主役の座に登りつめたのである。」と述べ、「行政裁量論の変容」を指摘する。⁽⁴⁶⁾

阿部教授の立論を検討するに際し、筆者が本稿で「法律問題と裁量問題の境界」という、見方によれば復古的とも思える問題設定をするのは、法の拘束（適用）が及ばない範疇としての「裁量問題」を先験的に認める旧態の裁量二元論⁽⁴⁷⁾を指向するのではなく、思惟の順序として、法の拘束が及ぶ限りでは、法の解釈・適用により裁量の有無¹¹所在を厳格に確定することがまず求められるのではないかと考えるからである。従来の裁量論は、この点の問題意識がやや希薄であるように思われ、判例理論に呼応する形で、（一応）行政裁量の存在を前提にしつつ、裁量に対する裁判所の審査密度の問題（とりわけ中間的審査と呼ばれる手法）に腐心してきた嫌いがあるのではなからうか。そもそも裁量が認められない場合は、裁判所が自己の判断を行政庁の判断に置き換える実体的判断代替型の統制が本来及ぶべきなのである。

2 行政裁量についての理解

行政裁量について、伝統的な学説はまず、裁量の余地が認められているか否かにより行政処分を「羈束行為」と「裁量行為」とに分け、さらに、後者の裁量行為を裁判所の審査が及ぶか否かによって「羈束裁量行為」と「自由裁量行為」とに分けてきた。⁽⁴⁸⁾すなわち、「行政行為は、法が行政庁に処分を行わせる場合を厳格に一義的に定めている羈束行為と、法が行政庁に処分を行わせるについて裁量を認める裁量行為とに分けられ、さらに、裁量行為は、法規が必ずしも一義的な定めをしていないが、法が存在を予定する客観的な準則に従ってその裁量が行使されるべき法規裁量行為（ないし羈束裁量行為）、法が判断の準則を示すことを放棄し、それを行政庁の自由な判断にゆだねて、その判断を

最終的なものとする自由裁量行為とに分けられる」と説明されてきた⁽⁴⁹⁾。

それでは、法律が行政に判断の余地を認める「行政裁量」はどのようにして見出し得るのか（行政裁量の所在）。小早川教授は次のように説明する。「行政機関が、案件の処置の判断にあたり、立法による基準の欠如している部分について案件ごとに必要な基準を補充しつつその判断を形成していくということが、一般に「裁量」（…）ないし「裁量の行使」と呼ばれるものにほからない。それは、概念としては、立法上の要件効果規定による羈束と対置されるものである⁽⁵⁰⁾。「行政庁にとって法の羈束をもたらすそのような種類の基準をいかに認識し、その基準にてらして当該案件についていかなる判断をすべきか——または、すべきであったか——は、法の解釈適用の問題、つまり、「法律問題」（…）である。（改行）他方、行政庁のなすべき判断について以上の意味における法の羈束が及ばないという場合がある。この場合の行政庁の判断は、法とは区別された便宜ないしは合目的性の観点に従って行われるのであり、その意味で「便宜裁量」と称される⁽⁵¹⁾。「立法による羈束が及ぶ限りにおいては、あくまでも法定要件たる事実のみが問題なのであって、考慮事項の観念は重要な意味をもたない⁽⁵²⁾」。

亘理教授は次のように説明する。「行政裁量権の存否は、法令の規定の曖昧さを補充することにより個別具体的な決定・活動をなし得るための具体的なルールの設定・形成は、行政機関と裁判所のどちらにより行われるべきかという問題に対する解答により決せられることになる。換言すれば、曖昧さを残した法令の規定の適用が法律問題と裁量問題とのどちらに属するかは、個々の問題につき行政の判断と裁判所の判断とのどちらを優先させるべきかにより、決すべき問題なのである⁽⁵³⁾」。

阿部教授は、法五八条の原因者負担金処分に関し、憲法の財産権保障の見地から自論を述べる。その前提として、教授は「自由裁量の有無、すなわち司法統制の能否の区別は抽象論ではなく、第一次的には法文の規定の仕方と当該

法律関係における権利利益の性質の二つに左右される」と述べ、また、憲法論との関連で「裁量か否かは、もともと法の趣旨の解釈で、それも憲法を背景として解釈すべきである」「抽象的な規定も憲法に照らして限定される」と主張する。小早川教授は、「行政機関の裁量権の有無を原則的に立法とその解釈の問題とする田中博士の見解は、…憲法の拘束を必ずしも厳格なものとはみない、ということを前提とするものと考えられる。」と述べ、行政裁量の所在に関する伝統的学説の問題点を指摘する。⁽⁵⁵⁾

次に、行政裁量が認められるとして、その裁量はいかなるものとして認識すべきか（裁量権の限界等）。

周知のとおり、伝統的理論においては、法規裁量と便宜裁量の区別の基準を巡って、法律の文言を重視する形式説（要件裁量説）と行為の性質に重きを置く実質説（効果裁量説）との間で議論が交わされてきたのであった。⁽⁵⁶⁾そして、現在では、羈束裁量行為と自由裁量行為の間には、行政庁の裁量の範囲に広狭の差があるにすぎず、本質的な相違はないと解されているのである（いわゆる相対化現象）。⁽⁵⁷⁾

そうである以上、阿部教授は、「羈束行為も法規裁量ともに司法審査に服するのであるから、この両者の区別の必要はなく、行政庁に司法審査を受けない裁量権が存するかどうかだけが問題であると思う」と述べた上で、「法規裁量行為は、裁量があるとするものではなく、司法審査の対象になるというものであるので、言葉として正確であるから、廃止すべき用語である。」とする。⁽⁵⁸⁾塩野教授も「認識論としてはともかく、法道具概念として、羈束裁量（法規裁量）の観念を立てる意義はないと思われ」と述べる。⁽⁵⁹⁾戦前において、柳瀬良幹博士が、羈束裁量において裁量の内容が何が法の要求するところであるかにあることから、法の要求が裁量権の否定（羈束処分要件である法の拘束）ではなく単に処分の限界にとどまるならば、右記裁量のほかに、なおその限界内においていかなる処分をすべきかの裁量があるはずであり、この裁量は明らかに便宜裁量であるから、処分自体としてはなお自由裁量であるとの命題を

述べていたことは注目に値しよう。⁽⁶¹⁾

3 裁量行為に対する司法統制

明治憲法下の裁量行為に対する司法統制について、大浜啓吉教授は次のように述べる。「行政裁判所は、羈束処分と羈束裁量、および裁量権の逸脱の問題については『判断代置』方式を採用した。他方、裁量の濫用があつたかどうかについては、『逸脱審査』の方式で審査した」と。この考え方は、現行行訴法下でも妥当しているものと考えられる。すなわち小早川教授は、法律問題の審理において裁判所が判断代置方式を使用することは、「法律問題と裁量問題とを区分し、法の適用によって処理されるべき問題をもって法律問題とする、という約束から生ずる当然の帰結であり、…裁量権踰越の審理の場合についても妥当するものである」とする⁽⁶²⁾。もつとも、他の概説書とともに阿部教授の概説書も「伝統的学説は、法規裁量では実体的判断代置的審査の対象であり、自由裁量なら裁量濫用だけが審査されるとしてきた」⁽⁶⁴⁾「裁量性のある要素については、…裁判所が処分庁に成り代わるので、行きすぎである。実体的判断代置主義は…羈束行為といわゆる法規裁量行為に限定されるべきである」⁽⁶⁵⁾と述べるにとどまり、裁量権踰越審査への言及はないようである。

そのことは、ある逐条解説書においても同様である。すなわち、「裁判所が訴訟の対象となつている行政処分を自由裁量処分とみて、その踰越・濫用の存在のみに限って審査を行うのか、それとも羈束裁量処分とみて判断代置方式でもつてその違法性を判断していくのか、その統一的な基準は必ずしも明確ではない。しかし、いずれにせよ、裁判所が処分について自由裁量を認める場合には、まず、根拠法令の規定の仕方と自由裁量が認められるべき実質的な理由に言及するのが普通である。」⁽⁶⁶⁾と述べるが、裁量権踰越審査が判断代置型審査であるとは考えていないようである。

裁量行為に対する裁判所による違法性審査の範囲・限界について、行訴法三〇条は、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と規定する。これは、同法制定当時の学説が条文化されたものであり、裁判所による裁量統制の手法は、この条文を軸に論じられることになる。⁽⁶⁷⁾

以下、行訴法三〇条について、三点にわたって確認する。

第一は、同条の「裁量処分」とは何を意味するのかということである。

これについては、行政庁が自己の合目的判断に従つて決定し行動できる、いわゆる自由裁量事項を含む行政処分と一般的に解されているが、兼子仁教授は、「個別ケースにおける処分決定に際してなお行政庁に、行政の機動性や専門技術性に基づく、法的枠内での選択の余地、すなわち「裁量」の存することが予定されている。この行政庁裁量を含む行政処分が「裁量処分」とよばれ（行訴三〇）」と説明する（傍線筆者）。⁽⁶⁸⁾その上で、「いわゆる自由裁量処分でも政策行政判断が法的な枠を逸脱すれば違法で、その法的枠づけの強化がめざされるべきであり、他方『法規裁量』にあつても法解釈の現段階では法規適用上の行政選択の余地が残り、司法審査において主に行政庁の選択の法的当否が問題とされる場合が少なくない。そこで今日の行政法学における有力な傾向は、両裁量の概念的峻別を避け、行訴法三〇条『行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる』という定めを、文字通りに解釈適用しようとしている。当面その行政法解釈態度が妥当であると考えられる」（傍線筆者）⁽⁷⁰⁾と適切にも指摘する。

付言すると、石井良三判事が鋭く指摘するように、「自由裁量」（自由裁量事項）と「自由裁量行為」とは区別された概念であり、行政庁に自由裁量権のある行為である「自由裁量行為」には厳に法の拘束があり、その拘束の尽きる

ところに「自由裁量」が生じる。しかも自由裁量には常に限界がある（行訴法三〇条）のである。⁽¹⁾

「自由裁量権行使の限界問題」は、最高裁判決も認めている法規裁量行為における裁量権についても、自由裁量と同様に問題となり、行訴法三〇条の対象となることから、行訴法三〇条の「裁量処分」を文字どおりに解して、いわゆる「法規裁量」も含め、裁量権の行使そのものを裁判所の審理判断の対象とする考えが妥当である。⁽²⁾ 八の2で触れたところであるが、羈束裁量はなお自由裁量であるという柳瀬博士の指摘、法規裁量行為は廃止すべき用語であるという阿部教授の指摘に留意すべきである。

第二は、不確定（法）概念についてである。

川神裕判事は、「公益上必要かつ適切」などの不確定概念をもつて要件を定めている場合には、一定の要件裁量を認める趣旨と解される場合が多いと述べる。⁽³⁾ 宮田三郎教授も、「實際上、評価ないし価値判断を伴う不確定法概念の具体化には、複数の解決がともに成り立ち得る場合があり、そのような場合に裁判所が行政庁の判断を尊重し、行政庁に最終的な判断権を認めるのが判断裁量（要件裁量）であるといえることができる。」とする。⁽⁴⁾

他方、小早川教授は、不確定概念は裁量の問題ではないとする。すなわち、「以上においては、一定の論点について立法が基準を与えていないという場合における行政庁の裁量（広義）を問題とし、それに関する裁判所の審査のあり方について考察してきた。それに対し、案件についての判断が立法上の要件効果規定の適用により完結するはずではあるが、当該規定中に不確定概念が用いられていて、その適用に当たって何らかの微妙な要件判断が必要になるという場合は、上記の意味での裁量とは区別される（…）。そして、この場合、要件効果規定の解釈適用はもともと法律問題であり、それは、不確定概念が用いられていても原則として変わらないものと考えられる」とする。⁽⁵⁾

阿部教授は、小早川教授と同様、不確定概念は裁量の問題ではないとの立場を採るようである。すなわち「実体的

判断代置主義の適用を受ける不確定法概念であるか、それとも行政の裁量を認める概念であるかが問題となる。司法審査の歴史は、不確定概念の法概念への転化であるが、それでもなお政策的・政治的・専門技術的な事柄についてはある程度の裁量が認められる傾向にある。⁽⁷⁸⁾「判例は、必ずしも一貫はしないが、行政の判断過程をそれなりに吟味して、考慮すべきではないことを考慮したとか、考慮すべきことを考慮しなかったため結果に影響すると見れば、裁量濫用とする例が増えている。」と述べる。⁽⁷⁹⁾

第三は、裁量権の有無（所在）と行政裁量の限界（範囲・幅）の関係である。

思考の順序としては、裁量権の有無、次いでその範囲の確定となるはずであるが、判例において、それらはしばしば「混然一体化」の様相を呈する。例えば、在留外国人に対する在留期間更新の不許可処分が適法とされた、マクリーン事件最高裁判決（昭和五三年一〇年四日民集三二巻七号一二二三頁）は、許可要件規定の概括性から行政庁の広範な裁量権を導き出し、その上で、「裁判所は、…右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理」（傍線筆者）するとのフレームを用い、司法審査の方法を限定している。橋本博之教授は、「裁判所が行政庁と同一の立場で判断代置することを避けるという文脈で、裁量処分の存在を前提に行政庁の判断過程の合理性につき審査するという司法統制の手法は、裁判実務において一般化している」と指摘する。⁽⁸⁰⁾

また、裁判例は、裁量権の踰越が行われた場合と濫用が行われた場合とを明確に区別せず、裁量権の限界とされる基準に反するものを広く「裁量濫用」あるいは「裁量権の踰越・濫用」として扱うことが多い。⁽⁸¹⁾これも「混然一体化」と言い得るが、小早川教授は、「裁量権の濫用は、模範からの逸脱が一定の程度に達したときに初めて成立するのであ

る。…（筆者注…裁量権の踰越について適用になる）判断代置方式の場合には行政機関による法の適用の誤りの程度は問題とされえない」と述べ、その違いを指摘する。⁽⁸¹⁾

注

- (36) 塩野『行政法Ⅰ』（有斐閣、第五版、二〇〇九年）一二五頁。阿部教授は、行政裁量を法の枠内において行政が判断・行動できる余地のことであるとする（前掲注（3）書三六二頁）。芝池義一教授の定義は、「行政裁量とは、行政活動が法令によって一義的に拘束されないことの反面として行政に認められる判断の余地を意味する」というものである（前掲注（1）六八頁）。亘理教授は、従来「裁量権を単に、法的規律づけの非決定の結果として提示している」ことを批判する（『公益と行政裁量』（弘文堂、二〇〇二年）一五頁）。
- (37) 塩野・前掲注（36）一二四頁
- (38) 阿部・前掲注（3）書三六一頁
- (39) 今村成和・畠山武道補訂『行政法入門』（有斐閣、第八版補訂版、二〇〇七年）八六頁。藤田宙靖教授も「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、最終的に提出することはできないでいる状態だ、…恐らく、行政法総論のレビューで最終的な解決を図ることははやできない」との認識を示す（前掲注（1）一二二頁）。
- (40) 阿部・前掲注（3）書二二九頁
- (41) (42) 亘理・前掲注（36）三二二頁
- (43) (44) 亘理・前掲注（36）四四頁
- (45) 小早川「裁量問題と法律問題——わが国の古典的学説に関する覚え書き」（法学協会百周年記念論文集第二集、一九八三年）三五九頁
- (46) 亘理・前掲注（36）三五頁。橋本博之教授も「現在では、裁量をめぐる問題の中心は、裁量の有無に関するカテゴリーカルな峻別論から、個別の行政処分に関する裁判所の審査密度へと移行している。」との認識を示している（『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、第三版補訂版、二〇〇九年）五二八頁）。
- (47) 王天華副教授は次のような認識を述べる。裁判所の審査の対象となる法律問題と審査の対象とならない裁量問題とを区別する裁量二元論は、裁量の踰越、濫用という裁量の限界の法理を許容しながら裁量不審理原則を放棄しようとするという構造的な不整合を

有するが、法律問題と裁量問題の区別を前提とせず、裁量問題を法律問題に包含されたものとして観念し、「司法判断の尽きるところにのみ自由裁量が残る」と構成する立場を「裁量一元論」と呼び、この命題では前記の構造的な不整合を避けることができるとする「行政裁量の観念と取消訴訟の構造(三)——裁量処分取消訴訟における要件事実論へのアプローチ——」(国家学会雑誌一二〇巻三四号(二〇〇七年)二頁)。

- (48) 室井Ⅱ芝池Ⅱ浜川編『コンメンタール行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法』(日本評論社、第二版、二〇〇六年)(島田茂執筆) 三一五頁、芝池・前掲注(1) 七四頁以下
- (49) 司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』(法曹会、二〇〇〇年) 一七九頁
- (50) 小早川『行政法講義下Ⅰ』(弘文堂、二〇〇二年) 二二頁
- (51) 小早川『行政法講義下Ⅱ』(弘文堂、二〇〇五年) 一二二頁
- (52) 小早川・前掲注(50) 一二二頁以下
- (53) 亘理・前掲注(36) 三三頁以下
- (54) 山村恒年・阿部泰隆編著『判例コンメンタール〈特別法〉行政事件訴訟法』(三省堂、一九八四年) 二八二頁(阿部執筆)
- (55) 小早川・前掲注(45) 三五五頁。周作彩・別冊ジュリスト「行政判例百選Ⅰ」[第五版] 一四三頁参照
- (56) (57) 橋本・前掲注(46) 三一五頁、五二七頁以下
- (58) 阿部『行政裁量と行政救済』(三省堂、一九八七年) 四五頁
- (59) 阿部・前掲注(3) 書三六五頁
- (60) 塩野・前掲注(36) 一三七頁
- (61) 柳瀬良幹「自由裁量に関する疑問」二二四頁以下(『行政法の基礎理論』(清水弘文堂書房、一九六七年) 所収、初出一九三八年)
- (62) 大浜『行政法総論』(岩波書店、新版、二〇〇六年) 一七五頁
- (63) 小早川・前掲注(45) 三四二頁
- (64) (65) 阿部・前掲注(3) 書三七七頁、三七四頁
- (66) 島田・前掲注(48) 三一八頁
- (67) 櫻井・橋本・前掲注(1) 一一六頁、杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』(法曹会、一九六三年) 一〇〇頁
- (68) 杉本・前掲注(67) 一〇〇頁

- (69) 兼子『行政法学』（岩波書店、一九九七年）一三二頁
- (70) 兼子・前掲注（69）一三二頁
- (71) 石井「自由裁量の処分（二）——公益原則を中心にして——」法曹時報七卷三号（一九五五年）六四頁、六八頁。同「自由裁量の処分（三）完——公益原則を中心にして——」法曹時報七卷四号（一九五五年）五八頁以下。王・前掲注（47）二九一頁、周・前掲注（55）一四三頁参照
- (72) 最判昭和三十九年六月四日民集一八巻五号七四五頁は、旧道路交通取締法に基づく運転免許の取消処分について、「運転免許取消事由に該当するかどうかの判断は、公安委員会の純然たる自由裁量に委されたものではなく、右規定の趣旨にそ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というべきであるが、元来運転免許取消等の処分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ことを目的とする行政行為であるから、これを行うについては、公安委員会は何が右規定の趣旨とするところに適合するかを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ものと解するのが相当である。」と判示した。
- (73) 兼子・前掲注（69）一三二頁。植村栄治教授は、行訴法三〇条の裁量権の逸脱・濫用審査の基準や原則（事実誤認、比例原則等）は、本来は自由裁量行為に関するものであるが、いわゆる法規裁量行為に関しても、行政裁量の余地がある場合には適用できるとする（『行政法教室』（有斐閣、二〇〇〇年）一〇五頁）。
- (74) 川神「裁量処分と司法審査（判例を中心として）」判例時報一九三二号一一頁
- (75) 宮田『行政訴訟法』（信山社、第二版、二〇〇七年）二二二頁
- (76) 小早川・前掲注（50）二六頁以下
- (77) 小早川・前掲注（51）二〇〇頁。藤田教授は、伝統的な行政法理論では「不確定概念」は「法規裁量」「羈束裁量」に該当すると考えているとする（前掲注（1）九六頁以下）。
- (78) 阿部・前掲注（3）書 三七九頁
- (79) 橋本・前掲注（46）五三三頁
- (80) 島田・前掲注（48）三三三頁。藤田教授は、法解釈上の踰越か濫用であるかによって法的効果の違いは全く生じないのであるから、具体的事例がどちらに当たたるかをあえて問題にする必要はないとする（前掲注（1）一〇一頁）。
- (81) 小早川・前掲注（45）三四三頁

九 行政裁量と法の適用（阿部教授の問題提起）

1 阿部教授の問題提起

阿部教授は、原因者負担金に關し「負担額は原因となった程度に應じて公平の観点から限定されるべきである。条文上も負担額は『全部又は一部』となつてゐるので、復旧費用のうち、実損額に限定すべきである。（前記の大阪高判はこの負担が重ければ、裁量濫用とするようであるが、むしろ、それ以前に法律の適用を誤つたものである。これらの点では、札幌地判二〇〇三（平成一五）・一〇・一〇（平成一五年（行ウ）第六号復旧工事費用負担処分取消請求事件）、宇賀克也「道路法の原因者負担金制度の法律問題」成田古稀二〇五頁以下はかなり同様の方向にある）。⁽⁸³⁾とする。筆者は、この阿部教授の見解について、六の3で「その趣旨は必ずしも明らかではないが、本件事案は、財産権保障という憲法上の要請から限定解釈すべきであつて裁量問題ではないとの前提に立つものと解される」と述べた。教授が「財産権の制限の問題として、限定解釈が必要なのである」と説明していることから、原因者負担金の内容を復旧費用（の全額）にとらえるか、「実損額」までにとらえるのか、その評価（算定）は裁量問題（逸脱審査方式が適用になる）ではなく、法の拘束を受ける法の解釈・適用の問題（実体判断置き方式が適用になる）であるという趣旨と解されるのである。

阿部教授の引用する大阪高裁昭和六一年三月二五日判決の事案は、楽器類の運送を業とする会社である控訴人（原告）の従業員が、被控訴人（被告）の管理する高速道路上において、普通貨物自動車運転して控訴人の事業を遂行中、その荷台後部からの出火により、右道路等に損傷を与えたため発せられた工事費用の負担命令に対し、控訴人が

本件出火は第三者の煙草の火によって生じたものであり、控訴人及びその従業員には故意も過失もなく、また、右従業員の運転行為と本件損傷との間には相当因果関係もないのであるから、本件負担命令は違法であるとして争ったものである。

判決は次のように判示した（傍線筆者）。「原因者（損傷者）負担金制度は、私法上の不法行為制度とは異なり、道路法五八条一項による羈束の下に、道路管理者（行政庁）に対して、優越的地位における行政上の裁量により道路に関する工事又は道路の維持の費用の負担を右工事等の原因者に課する命令権限及び強制徴収権限（道路法七三条）を認めたものと解すべきであり、…道路管理者の発する右給付命令（下命）は、債務不履行又は不法行為により生ずる民事上の債権と同一ではなく、原因者の故意・過失を要しないことはもとより、その行為の適法、不適法をも問うものではなく、たとえその原因の一端が不可抗力に因る場合においても、費用の負担を求めることが行政の目的に合するときは、右原因者に対し、上記負担命令を発することができるのである。このように、右負担命令の発令は、同命令が民事上の行為ではないことから、民事法の諸原則に必ずしも従うことを要するものではないけれども、行政処分といえども従わなければならない法の一般原則に反する場合、たとえば行政庁において、法による羈束の下に認められた裁量権の行使に際し、事実の判断を誤りもしくは著しく公正を欠く裁量を行ない又は同一の条件下において理由なく差別的取扱をなすなど裁量権の行使に当たって当然守られるべき公益原則、平等原則又は比例原則に従わず、行政の目的に背反したような場合においては、法により羈束された要件に関する判断の誤りもしくは裁量権の濫用として、前記処分（給付命令）の無効又は取消の瑕疵を帯びるに至るものと解するのが相当である。」「反証のない本件においては、同条同項に基づき本件損傷の回復工事費の全額を控訴人に負担せしめた本件負担命令には、羈束された要件に関する判断の誤りもしくは公益原則、比例原則などに反した裁量権の濫用はなく、同命令は適法で、何んら瑕疵

はないといわなければならない⁽⁸⁴⁾」。

判決には、「又は」「もしくは^{「または」}」という基本的な法令用語の用語方に誤りがあると史料するが、それはさておき、判旨の「法により羈束された要件に関する判断の誤り」とは理論的に果たして何を意味しているのかが問題となる。字義的・文言的には、阿部教授のいう「法律の適用誤り」、すなわち、裁量権以前の法の適用のことを意味しているとも考えられるのであるが、「法による羈束の下に認められた裁量権の行使に際し」が全体に架かっていることから、判旨はあくまで「裁量権の限界」の議論をしているものと解すべきであろう。要件とは、あくまで裁量権行使の要件と解するのである。「もしくは」以下が「裁量権の濫用」と概念整理されていることからすれば、「裁量権の逸脱」の議論であると考えるのが最も合理的であるように思われる。この場合、小早川教授が指摘するように、「裁量権の逸脱」は、法の適用誤りと理論的には同じことになり、いずれも実体的判断代置方式による司法判断を受けることになる⁽⁸⁵⁾。

なお付言すれば、原因者負担金処分が自由裁量処分でないことに異論はないと思われるが、この判旨においては、兼子教授の指摘どおり、いわゆる法規裁量を含めて、行訴法三〇条の議論をしていることになる。柳瀬博士の指摘するように、いわゆる法規裁量も処分自体の性格はなお自由裁量であると言いうるのである。

ところで、阿部教授は、(自由裁量処分と目される)墓地埋葬等に関する法律(以下「墓理法」という。)一〇条一項の墓地経営許可に係る熊本地裁昭和五五年三月二七日判決の判例評釈において、判決が本件処分は「裁量権行使の範囲を逸脱したもの」という表現を採っているのに対し、端的に、それは法律の適用を誤ったものであるとの指摘を行っている⁽⁸⁷⁾。

墓理法が墓地経営許可の要件を定めていない中で、処分庁が墓地経営不許可処分をした理由の一つとして自然環境の保護及び災害発生の危惧を挙げているのに対し、判決は次のように判示した。すなわち、墓理「法一〇条一項の趣

旨、目的は、…墓地経営が公共の福祉の見地から支障なく行われるべきことにあるとされるのであるが、右公共の福祉の見地とは、国民の宗教的感情に適合するとか、公衆衛生の見地とかの同法一条に規定されている内容から推し量られるものに限られるべく、これから大きくかけ離れる事情までも右公共の福祉の見地に含まれるものと解することはできない。この点において、自然環境破壊と災害の危険性の防止の見地は、右例示するところとは全く異質のものであり、これらが右公共の福祉の見地に含まれるものと解することはできないというべきである。したがって、これらについては、…法の右規定による被告の許否の処分にあたつて考慮されるべき事情とは解し難い。してみると、被告が本件墓地経営不許可処分をするに際しては、右自然環境の破壊と災害防止の見地を考慮の対象とすることはできず、右見地からの事情を理由とする本件墓地経営不許可処分は裁量権行使の範囲を逸脱したものといわざるを得ない」（傍線筆者）。

芝池義一教授は、この熊本地裁判決について、考慮すべきでないことを考慮したこと（他事考慮）が違法とされたものと評釈している。すなわち、「墓地経営不許可処分をめぐることは、許可基準が法定されていないが故に、考慮事項の問題は、法の趣旨・目的の解釈問題としてあらわれ」⁽⁸⁸⁾、「本件判決において墓地経営不許可処分が違法とされたことの一つの理由は、考慮事項の誤り、すなわち、自然環境破壊および災害の危険性の防止の見地からこの処分が行われたことに求められている」と述べる⁽⁸⁹⁾。

また、島田茂教授も、「動機そのものは社会的・道義的にみて必ずしも不正であるとはまではいえなくても、裁量権の行使が当該権限の根拠法たる法律の趣旨・目的から逸脱する場合には違法となる。たとえば、墓地埋葬等に関する法律に基づく墓地経営許可申請に対する許否の判断をするにあつては、自然環境破壊と災害防止の見地を考慮の対象とすることは許されない（熊本地判昭五五・三・二七行集三一巻三号七三二頁）」⁽⁹⁰⁾と述べ、裁量権の限界の問題との

認識を示している。塩野教授も「いかに許可基準としては何も定められていないからといって、当該規制法律の目的と全く関係のない目的のために、裁量権を行使することは許されない。」と述べ、裁量権の限界の問題として指摘する。⁽⁹¹⁾ 王天華副教授は、この墓理法に係る阿部教授の説示について、本判決の「裁判基準となっているのは、法そのものなのであるから、裁量権の逸脱を云々する必要はなかったという考え方と解されよう。自由裁量処分にも法の拘束が厳に存在する」という裁量一元論のテーゼが判旨の底にあることはいうまでもない。」と解析している。⁽⁹²⁾

また、阿部教授は、「伝統的な裁量不審理原則を前提とする、違法性と不当性の峻別論に疑問を呈するとともに、⁽⁹³⁾「憲法原理の導入による行政法規の制限的解釈の方法」が裁量問題解決の指導原理として積極的な評価が加えられるべきであると主張していた。すなわち、「人権規定が整備されて法律の留保の制約も受けることもなく、かつ違憲立法審査権が認められた戦後の司法審査制のもとでは、行政に不当に広範な裁量権を付与する行政法規は憲法の規定に照らし違憲とされるか、または憲法の規定に適合するよう制限的解釈を加えて初めて合憲とされるから、戦前のように不文の法原理に依存する必要性は著しく減少した」のであると。⁽⁹⁴⁾

教授の問題意識は、憲法を基礎とする法の趣旨目的の厳格な解釈論から行政裁量以前の「法の適用領域」の復権を図るものと思料されるところ、この立論は、亘理教授の用語方によれば、「行政裁量論の変容」の内容として、問題自体への関心が薄れているとされる、法律問題と裁量問題との境界線をどこに引くべきかという「法律問題と裁量問題との境界問題」を再び喚起することになるものと思われる。主たる関心が行政裁量の存在を前提とする「裁量権の限界問題」へ注がれることになり、「裁量権の踰越・濫用型審査は、いまや、行政作用に対する適法性審査コントロールの主役の座に登りつめたのである。」（亘理教授）と称される、行政裁量論の「変容」に対する異議申立てを阿部教授の一連の立論に見て取れるのである。

2 学説の検討

阿部教授の問題提起に関連する論点について、代表的概説書における議論をみてみよう。

塩野教授は、裁量権の逸脱・濫用の統制として、①重大な事実誤認、②目的違反ないし動機違反、③平等原則違反及び④比例原則違反を挙げ、「比例原則は、厳密に言えば裁量の余地を認めないものであるが、裁量統制として用いられるときには、実質的には社会通念上著しく妥当性を欠くという程度にとどまっている」と述べ、⁹⁵⁾「法律問題と裁量問題との境界問題」にはこれ以上の言及がない。ただ、「比例原則は、厳密に言えば裁量の余地を認めないものであるが」と述べる箇所は、田中二郎博士以前の学説が、比例原則等の適用を純然たる「法の適用」の問題とし、行政機関によるこれらの原則の適用の誤りは、留保なしに裁判所の判断代置によって違法とされるべきものであったことを述べたものであると思料される。周作彩教授も「行政庁に裁量権を付与するに当たっては当然憲法上の限界が存するのであるが、田中説及び戦後の判例理論はこの憲法上の限界を必ずしも厳格なものとして捉えず、行政裁量を過度に承認してきた側面がある」と指摘する。⁹⁷⁾

高木光教授は、比例原則の機能については、行政庁の裁量を認めつつ、その裁量を限界付ける点に注目する立場と、裁量を否定する点に着目する立場があるとし、「比例原則による『必要な措置』の規定は、その究極の形態においては裁量の否定となるが、具体の事案において必要限度には幅があり、その範囲内では一定の裁量が認められるという立場であり、要件裁量を否定しないわが国の裁量論の参考とするにはこのような理解がむしろ、有益であろう。そしてわが国の学説の多くが、田中博士も含めて、一般論としての裁量論を説く際には、比例原則を裁量否定論ではなく裁量権濫用論の領域に移しかえていたのは自然な流れであったということになろう。」と述べる。⁹⁸⁾

裁量の濫用か否定かに関し、橋本教授は「最近の判例・裁判例のうちのいくつかについて、ことさらに行政裁量を肯定して裁量権の逸脱・濫用の審査に持ち込む必要はなく、端的に法令解釈の問題（処分要件該当性の問題）として良いのではないか」と指摘する。⁽⁹⁹⁾ 亘理教授も、「今日の判例では、より広い範囲を対象として踰越・濫用理論が援用される傾向がある。…踰越・濫用に該当するとされる行政処分の違法事由としては、(1)事実の認定・評価の過誤、(2)目的の違背、(3)恣意または不正な動機、(4)適正考慮義務違反、(5)平等原則・比例原則・信義則への違背等がある。しかし、…これらの違法事由の中には、裁量権の踰越・濫用を介することなく、より直接的な違法事由として、その違反事実が法律問題を構成すると考えた方が妥当なものが含まれているように思われる。」と述べ、具体的な判例にも言及している。すなわち、「いかなる行政権限も、要件ならびに効果だけでなく、その目的行使についても法律上の目的規定及びその趣旨に即した拘束を受けると考えるべきであり、…本来の法目的に反する権限行使は法の趣旨目的の合理的解釈により直ちに違法と判断されるべきであるように思われる。つまり、目的違背は法律問題そのものであるものであり、自由裁量権の範囲外にあると考えるべきではなからうか。」(傍線筆者)と述べ、ストロングライフ事件に関する最高裁判決（最一小判昭和五六年二月二六日民集三五卷一号一一七頁）をその例として挙げる。⁽¹⁰⁰⁾ そして、「この判決は、専ら設備面の安全性確保という公衆衛生目的で許容された毒物・劇物の事業登録（及び登録拒否）権限を、防犯目的のために行使することを禁じた判決例であると捉えることができる」とする。⁽¹⁰¹⁾ この亘理教授の説示は、1で紹介した墓理法に係る阿部教授の立論と同じ趣旨と言うことができよう。

また、森田寛二教授は、既存の行政裁量論が、「根拠法規の内在的目的」や「比例原則・平等原則」の拘束を、直接的には「裁量濫用」論という「行政裁量に対する司法的統制の問題」との関連で取り扱っていることを批判し、「(立法者的)規律目的による拘束、比例原則的拘束等を正面的・直接的に法適用権者の解釈作用のなかに取り込むという

考察態度」を採るのが妥当であると思われる⁽¹⁰⁾。森田教授の立論は、亙理教授の用語方という「法律問題と裁量問題との境界問題」を考究する上で参考になり(亙理教授自身も森田論文に言及している⁽¹¹⁾)、法と墓理法の解釈において、裁量濫用ではなく法律の適用誤りを主張する阿部教授の立論とも通底するものがある。

3 判例の検討

ここでは、阿部教授の立論を検討するに際し、参考となる(不確定概念に係る)判例を二つ紹介する。

最初は、土地収用法に係る最判平成九年一月二八日民集五一巻一号一四七頁である(藤田教授は、本判決を伝統的な学説上の意味での法規裁量に該当するケースとして紹介している(前掲注(1)一一〇頁)。⁽¹²⁾

川神裕判事は、マクリーン事件判決(最大判昭和五三年一〇月四日民集三二巻七号一二二三頁)を引き、裁量の範囲(幅)・内容は、各処分ごとに、その根拠法規についての裁判所による法律解釈により判断され、その検討に当たっては、①処分の目的・性質、対象事項、②処分における判断の性質、③処分の根拠法規の定め方等が考慮要素として挙げられるが、これらを総合的に判断して、根拠法規の趣旨を見出すべきであるとする。この中で、③に関し、『公益上必要かつ適切』などの不確定概念をもって要件を定めている場合には、一定の要件裁量を認める趣旨と解される場合が多い。(改行)ただし、法の趣旨・目的から客観的基準(標準)が定められていると解されるときは、この法の予定する基準に照らして判断代置型の審査を行う。』として、本判決を挙げる⁽¹³⁾。

判決は、『土地収用法による損失の補償は、特定の公益上必要な事業のために土地が収用される場合、その収用によって当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復を図ることを目的とするものであるから、完全な補償、すなわち、収用の前後を通じて被収用者の財産的価値を等しくならしめるような補償をすべきであり、金銭をもって補償する場合

には、被収用者が近傍において被収用地と同等の代替地等を取得することを可能にするに足りる金額の補償を要するものと解される(…)。同法による補償金の額は、『相当な価格』(同法七一条参照)等の不確定概念をもって定められているものではあるが、…、通常人の経験則及び社会通念に従って、客観的に認定され得るものであり、かつ、認定すべきものであって、補償額の決定につき収用委員会に裁量権が認められるものと解することはできない」と判示するものであるが、川神判事は、完全な補償をすべきものとする同法の趣旨から結論を導いており、前記①の考慮が働いているものと解されるとする。⁽¹⁵⁾

大橋洋一教授は、「行政決定にかかわる権利・利益の性格に着目して、行政裁量が判断される。人権を制約する処分の場合、人権の憲法保障を前提に実体法解釈が行われるため、裁量の肯定には厳格になる。例えば、収用土地の補償額に関し、土地収用法七一条の定める『相当な価格』は、財産権保障、完全補償という観点から、収用委員会の裁量が否定されている。」と述べ、注で本判決を引用している。同様の理由で、職業選択の自由を念頭に置いて、実体法を厳格に解釈し、行政裁量の幅を限定するものとして、最判平成一〇年七月三日判例時報一六五二号四三頁を挙げる。⁽¹⁶⁾

川神判事は、「土地収用法による補償は七一条にいう『相当な価格』等の不確定概念をもって定められているものではあるが、損失補償請求権は憲法二九条三項に由来するものであり、最小判昭和四八・一〇・一八民集二七卷九号一一一〇頁は、土地収用法における損失の補償は、特定の公益上必要な事業のために土地が収用される場合、その収用によって当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復を図ることを目的とするものであるから、完全な補償、すなわち、収用の前後を通じて被収用者の財産的価値を等しくならしめるような補償をすべきである」と述べる。⁽¹⁷⁾

なお、福井秀夫教授は、「問題は、その不確定概念の解釈、収用委員会の判断を一応尊重する形で行うのか、裁判所が完全に不確定概念の解釈に関して判断代替方式により内容を特定するのか、いずれが妥当であるかという点にある。

論理的には相当補償説を採ったとしても、その下で特定された補償範囲の中で、具体的な補償額を算定する際の不確定概念への事実のあてはめについては、収用委員会の裁量をはく奪し、裁判所の判断代置方式を採るべきことが正当化される場合もありうるわけであるから、本判決の、完全補償説を前提として収用委員会に裁量が認められないとする論理構成には疑問がある。法の不確定概念そのものの解釈として、端的に問題にアプローチすべきである。」と述べる。⁽¹⁰⁾

法の原因者負担金について復旧費用をその内容とすることについて、財産権保障という憲法上の要請から、「裁量濫用」の問題以前に「法の適用」を誤ったものであると主張する阿部説は、土地収用法の補償額に係る本判例の立場(とりわけ憲法二九条三項の完全補償説を重視する立場)と同趣旨と解される。

次に、行政裁量に対する考え方が地裁、高裁及び最高裁で区々に分かれた興味深い判例として、海岸法に係る最判平成一九年二月七日民集六一巻九号三二九〇頁を採り上げる。

事案は、採石業等を目的とする会社が、岩石の採取計画の認可を受けた採石場に近接する一般公共海岸区域に岩石搬出用の栈橋を設けるため、海岸法三七条の四の規定に基づいて、上記一般公共海岸区域の管理者である県知事に対し、その占用の許可の申請をしたが、県知事は、一般公共海岸区域の占用は簡易で短期的なものを前提とするところ、本件栈橋は大規模で堅固かつ長期的なものであり、公衆の自由使用に供するという本件海岸の用途又は目的を妨げることに加え、地元町長・地元の漁業協同組合の同意がないことを理由に不許可処分をしたことから、当該会社が不許可処分の取消しを求めたものである。

一般公共海岸区域の占用の許可に係る海岸法三七条の四は、「海岸管理者以外の者が一般公共海岸区域を占用しようとするときは、海岸管理者の許可を受けなければならない」と定めるのみで、占用の許可の要件について具体的な定

めがなかった。判決は、「申請に係る占用が当該一般公共海岸区域の用途又は目的を妨げないときであっても、海岸管理者は、必ず占用の許可をしなければならないのではなく、海岸法の目的等を勘案した裁量判断として占用の許可をしないことが相当であれば、占用の許可をしないことができるものというべきである。」として、一般公共海岸区域の占用許可につき裁量を肯定した上で、係争処分につき「考慮すべきでない事項を考慮し、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものということができ、本件不許可処分は、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となるものというべきである。」と判示した。最高裁は、裁量を肯定した後、直裁的に他事考慮・考慮不尽による社会観念審査に持ち込んでいるのである。

他方、原審（福岡高等裁判所宮崎支部平成一七年一月二八日判決）は、本件占用許可に係る効果裁量を否定し、実体法的解釈の問題として違法判断を導き出したのであった。すなわち、「本件海岸は、一般公共海岸区域に該当するとともに、国有財産法三条二項に規定する行政財産（一般海浜地）にも該当し、その占有は、同法一八条三項という使用又は収益に該当するものであるところ、（…）、本件海岸の占用許可についても、同項の規定の適用があると解するのが相当である。」「国有財産法一八条三項は、行政財産の使用又は収益につき、その用途又は目的を妨げない限度においてこれを許可することができるものと定め、これを受けて、鹿児島県は、…、県管理規則を制定し、一般海浜地の使用又は収益を許可することができる場合についての定め（三条二項）をしていた（…）のであるから」、「本件海岸に本件栈橋を設置するなどしてこれを占用することは、県管理規則三条二項二号の許可事由が存在し、かつ、一般公共海岸区域である本件海岸の用途又は目的を妨げることとならない場合に該当するといえることができるから、控訴人…は、…、本件海岸の占用を許可しなければならず、したがって、これに反して、これを不許可とした本件海岸法関係不許可処分は、違法といわざるを得ない（なお、原判決は、県知事が本件採石法関係認可処分をしたことが本件

海岸法関係申請に対する控訴人土木事務所長の裁量を羈束する旨判断したが、当裁判所は、この見解を採らない。」
原審で言及している、鹿児島地方裁判所平成一五年八月二五日判決は、占用許可に係る行政裁量を肯定した上で、「県知事が原告の採石計画を認可した以上、被告県はこれを前提として本件棧橋設置許可申請に対処すべきであり、本件棧橋設置が採石計画を実行するための事実上唯一の手段である以上、海岸法の適用において許可することがどのようにしても不可能でない限り、設置許可の方向で検討すべきであり、その意味において、許可するかどうかについての県知事の裁量は羈束されているというべきである。」と判示した。

結局、最高裁は、海岸管理者の裁量権を認めたものの、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものと認め、「原審の上記判示は、是認することができないが、本件不許可処分は違法なものであるとした原審の判断は、結論においては認することができる。」と判示したのである。

橋本教授は、「原審が、本件占用許可に係る効果裁量を否定し、実体法的法解釈の問題として違法判断をしたのに対し、同判決は、裁量を肯定しつつ審査密度の高い裁量統制をして結論を同じくしている。」と解説する。⁽⁹⁹⁾匿名コメント(判例時報一九九二号四五頁)は、判決が本件海岸の占用の許可をしないものとした海岸管理者の判断は、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものということができるとしたのは、「本件海岸の占用の許可の申請をめぐり極めて例外的な不当な事情が存在することが考慮された結果であると思われる。」と述べ、事案の特殊性を強調する。

阿部教授の、法の原因者負担金に関する裁量濫用以前に法の適用誤りであるとの主張は、実体法的法解釈の問題として事案を処理した二審の立場と同趣旨といえることができる。

海岸法に係る行政裁量を認めた最高裁判決は、「結論として原告を敗訴させる」場合には「行政裁量を認めるより裁判所が自ら審理したほうが原告を納得させやすい」一方、「被告を敗訴させる」場合には「裁量を尊重したほうが納得

が得られやすい」という、阿部教授の分析に一つ事例を付け加えるものであるということが出来るかもしれない。⁽¹⁰⁾

注

(82) (83) 阿部・前掲注(3) 書二二八頁以下。阿部教授は、本件判決について次のとおり、法の適用と裁量権濫用の区別を意識して論じていた。「道路に損傷を与えた原因が台風、地震、雷等の自然災害や第三者の行為による等、不可抗力による場合には、負担金を課す要件である『他の行為により必要を生じた』は充足されないと解すべきではないか。④(筆者注・負担金命令は原因が不可抗力の場合でも発することが出来るが、代わりにそれは裁量濫用の法理の適用を受ける)のような裁量濫用の観点がなくとも結論は同じになる」(前掲注(22)一〇〇頁)。

(84) 判例時報二〇〇号五六頁以下。この判決に関し匿名コメントは、「第一審判決が、負担命令の適否の判断基準として、不可抗力の立証と衡平原則を挙げていたのに対し、本判決は、負担命令の裁量行為性に着目し、裁量権の逸脱濫用の有無等を基準とするものであり、よりオーソドックスな判断手法を示したものといえようか。」と述べる。

(85) 小早川・前掲注(45) 三三八頁以下。裁量権の踰越の意味について、教授は「法によって限定された裁量権の範囲如何という法適用事項の処理に際して、行政機関がその法の認識適用を誤り、その結果、具体的な場合において法が禁じている態様でその裁量権を行使したということにほかなら」ないと述べる。

(86) 行集三一巻三号七三二頁、判例時報九七二号一八頁

(87) 阿部「墓理法一〇条一項の墓地経営許可における自然環境破壊・災害防止の考慮」宗教判例百選(第二版)一九二頁以下。阿部教授は、当該裁量権の範囲については二つの解釈がありうるとする。一つは、墓地の経営の許可の要件は白地であるが、一条の目的規定の制約を受け、自然環境の保全、災害の防止という不許可理由は一条という公共の福祉に該当しないというものであり、「実際に自然環境の破壊、災害のおそれがあるのであれば、風致地区条例で禁止すればよいのであって、墓地の経営は、風致地区条例の許可が降りることを条件として許可すればよいのである。それをしないで、災害のおそれがあるという理由で墓地の経営を不許可にするのは法律の適用を誤ったものである」(一九三頁)。もう一つの解釈は、「墓地も街づくりの一つであり、街の健全な形成は公共の福祉に含まれるとも考えられるので、そうした緊急事態では墓地埋葬法一〇条の裁量条項を活用して自然破壊型の墓地建設を阻止することも可能である」とするものである。

- (88) 芝池・最新判例批評（判例評論二六五号）一五三頁、一五一頁
- (90) 島田・前掲注（48）三二五頁
- (91) 塩野「第一問 行政裁量の限界」塩野Ⅱ原田編『演習行政法』（有斐閣、新版、一九八九年）五頁
- (92) 王天華・前掲注（47）三六頁
- (93) 阿部「違法性と不当性の間——人事行政を中心として」自治研究五四卷十号（一九七八年）三頁
- (94) 阿部・前掲注（58）一六四頁
- (95) 塩野・前掲注（36）一三三頁以下
- (96) 小早川・前掲注（45）三五六頁、三五七頁では、「從來であれば制定法の規定を欠く場合にも法の羈束を生ぜしめるものとされた重要な諸原則（筆者注…平等原則及び比例原則）が、田中博士にあつては裁量権濫用の領域に移され、裁判所が自己の判断を代置すべき法律問題でもなく裁判所が審理しえない裁量問題でもない、もうひとつの問題の範疇が、裁量論における重要な地位を占めることになるのである。」と指摘する。
- (97) 周・前掲注（55）一四三頁
- (98) 高木「比例原則の実体化——『警察法』と憲法の関係についての覚書——」（樋口Ⅱ高橋編『部信喜先生古希祝賀』現代立憲主義の展開下）（有斐閣、一九九三年）二二二頁、二二九頁。村田斉志判事は、「裁判所の審査との関係から捉えると、比例原則が裁量を否定する機能を有するとする立場では、結局比例原則の適用される行為は法により羈束された行為（羈束行為ないし羈束裁量行為）と考へることとなるから、その違法性の審査については行政事件訴訟法三〇条は適用されず（同条の適用範囲については争いがあるが、自由裁量行為に対してのみ適用されるところのが多数説と思われる）、裁判所の審査は常に判断代置方式となるのが理論的な帰結である。これに対し、比例原則の適用される場合にも一定の範囲で裁量を認める立場では、裁量に係る部分の審査に行政事件訴訟法三〇条が適用され、裁量の逸脱・濫用があつた場合にもその部分が違法とされることとなると考えられる。」（行政法における比例原則）藤山雅行編『新・裁判実務大系 行政訴訟』（青林書院、二〇〇四年）七一頁）と述べる。阿部教授は、「比例原則の統制がなされる」と行政には裁量権が残らなくなるので、最高裁は行政裁量を尊重し、比例原則違反を認定するのに消極的な傾向が認められる。」とする（前掲注（3）書二九一頁）。他方、石井良三判事は、「比例の原則は裁量の法的限界を示す基準にすぎない」と述べる（前掲注（71）（三・完）五九頁。巨理教授も同様である（前掲注（36）四二頁）。
- (99) 橋本『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、二〇〇九年）五八頁

- (100) 亙理・前掲注(36) 四一頁以下、四四頁
- (102) 森田「行政裁量論と解釈作法(上)」判例評論三二七号一七七頁
- (103) 亙理教授は、「森田寛二氏は、『根拠法規の内在的目的』及び『比例原則・平等原則』等の有する拘束性を、『正面的・直接的に法適用権者(行政)の解釈作用のなかに取り込む』ことにより、『裁量濫用』論とは異なつた角度からの適法性審査を可能とする方向性を示唆されている(…)。」として紹介する(前掲注(36)一一頁)。
- (104) 川神・前掲注(74) 一一頁
- (106) 大橋『行政法Ⅰ現代行政過程論』(有斐閣、二〇〇九年)三三四頁
- (107) 川神裕「時の判例(民事)」ジュリスト一一一六号一二三頁
- (108) 福井・判例評論四六五号一七七頁以下
- (109) 橋本・前掲注(99) 一七二頁
- (110) 阿部・前掲注(58) 一二九頁