

X. 行政処分と裁量

2013.6.15 石崎

1. 羈束処分と裁量処分

(1) 羈束と裁量

① 行政処分は法律・条例に基づいて行なわれるが、法律等がその要件を一義的に（一通りの判断しかできないように明確に）定めているようなものを羈束（キウ）処分という。

しかし、このような処分は、實際上どれくらいあるのだろうか。

② 多くの法律は、ある程度の判断余地を行政庁に委ねている。例えば処分要件に関して「公益上の必要があるとき」とか「災害発生の危険があるとき」など、処分の内容に関して「免職、停職または戒告のいずれか」など、処分をするかどうかについて「することができる」などの規定である。

このように不確定概念が用いられている場合は、まず行政庁が、処分要件が充足しているかどうか・処分をするかどうか・いかなる処分をするかを、法律の範囲内で判断しなければならない。

このように行政庁にある程度の判断余地のあることを裁量という。

ア) 行政権限の濫用を防ぎ法律による行政を実現するためには、できるかぎり法律で要件や効果を明確に定める（羈束する）ことが必要であろうが、他方、立法技術的な問題、日々生起する諸問題に弾力的・効果的に対処する必要性、政策的判断の余地の必要性等を考えると、行政庁にある程度の裁量を認める必要性は否定できない。

イ) 裁量権の範囲内で行なわれた処分は、不当ではありえても（行政目的に照らし適切ではないということ）違法ではない。しかし、裁量権を濫用したり、裁量権の範囲を逸脱して行なわれた処分は違法である。

ウ) 特に最近の行政は、高度に技術的・専門的な活動であるものが多く、議会で予め明確に処分要件を規律することが不可能で、行政機関の専門的判断に委ねる事項が多くなっている。しかし、それを放置していると法治主義の空洞化という問題につながる。そこで、行政の裁量権をどう監視・統制するかが行政法学の重要な問題となっているのである。

③ しかし、②の意味での裁量が認められる処分が常に「裁量処分」といえるかどうかは、別問題である。

例えば情報公開法の非開示事由に関する規定は「事業の適正な運用に支障を及ぼすおそれのあるもの」（§5六号）というように不確定な概念を用いており、ある行政文書が非開示情報に該当するかどうかは、法律の規定で一義的に判断できるものではない。そのため、まずは開示請求を受けた行政庁が、対象文書が非開示文書であるかどうかを判断することとなる。そこでは行政庁が裁量権を行使しているように見える。しかし情報公開法のこれらの規定は行政庁に裁量権を認めたものではないと解されている。つまり、裁判所が「支障を及ぼすおそれの有無」を全面的に審査する。それに対し、同三号・四号は、行政機関の長の裁量を認めているとする見解が有力である（条文の書き方の違いに注意）。

公共施設の利用許可にかかる上尾市福祉会館事件最高裁平成8.3.15判決（民集50-

3-549、判時1563-102)は、不許可要件は不確定概念で書かれているが、その要件認定については裁判所が全面的に再審査している。不許可要件の充足性に関しては、裁判所は行政の裁量は認めない趣旨であろう。

しかし、法律の規定が不確定的であって、しかもまず最初に行政庁が要件充足性の有無を法律の範囲内で判断すべき場合であっても、行政に裁量が認められないとはどういう意味であろうか → 次の(2)

(2) 司法審査との関係での行政裁量及び裁量処分

① 非開示処分に対する取消訴訟があつて、裁判所が審理した結果、裁判官の法解釈と事実認定によれば非開示事由には該当しないと判断した場合、裁判所は行政庁の処分を取り消すことができるだろうか。

裁判所の判断が優先する(つまり取消判決を出せる)と考えたら、裁判所との関係では行政庁に裁量はないこととなる。情報公開訴訟では、裁判所はこのような立場をとっている。だから、非開示情報に関する規定は裁量を認めたものではないといわれるのである。

② 裁判所が法律は行政庁に一定の判断余地を認めていると法解釈して、その範囲内で行われた行政庁の処分は、仮に結論において裁判所の考えと異なっても違法とは判断しないという対応も考えられる。

このような場合は、裁判所との関係で行政庁に裁量権が認められたといえることができる。厳密な意味での裁量処分とは、このような処分のことである。

※①に該当するような処分(行政行為)を、伝統的行政法学では「羈束裁量行為」あるいは「法規裁量行為」と言っていた。裁判所に統制された裁量という意味であろう。それに対し、②に該当する処分を「自由裁量行為」あるいは「便宜裁量行為」と呼んでいた。

(3) 伝統的行政法学における自由裁量行為と羈束裁量行為の区別の意義

伝統的な行政法学は裁量行為を羈束裁量行為と自由裁量行為に区別していた。戦前の行政裁判所にあつては、自由裁量はおよそ裁判所の審査の対象とならないとされていたので、この二つの区分は重要であつた。そのため法律が不確定的な規定をしている場合に、それが自由裁量を認めたものか、羈束裁量に過ぎないのかは、戦前の行政法学の大問題であり、美濃部達吉を代表とする東京学派と、佐々木惣一ら京都学派の見解が対立していた(これについては、レジューメでは立ち入らないが、櫻井・橋本p.111以下参照)。

(4) 現行行政事件訴訟法下での羈束裁量と自由裁量の相対化(行政事件訴訟法 § 30)

①現行行政事件訴訟法 § 30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のあつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」としている。ここでは、自由裁量処分であっても、司法審査の対象となることを前提としている。

②つまり、今日では、司法審査の対象となる処分(羈束裁量処分)と、司法審査の対象とならない処分(自由裁量処分)という区別はない。すなわち、処分はすべて司法審査の対象となるのである。羈束裁量と自由裁量という言葉を使うとしても、その違いは、せいぜい裁量権の範囲が広い

か、狭いか、全くないかという相対的なものとなっている（程度の差の問題）。これを羈束裁量と自由裁量の相対化といている（相対的な違いとは、程度の差という意味である）。

※行政事件訴訟法30条は、裁量処分であっても司法審査の対象となることを明らかにした点で重要な歴史的意義を持つが、他方、その文言を見れば分かるように、裁量行為に対する司法審査権については謙抑的である。そのため、裁量処分に対する司法審査権を限定するものであるとの批判があり、2004年の行政事件訴訟法改正の際には同条の改正を求める意見も少なくなかった。しかし、本条は改正されないまま残った。

2、行政裁量はどのように行使されるのか

(1) 政策的裁量と専門的技術的裁量

行政庁に裁量を認める理由として、①行政の政治的政策的判断に委ねるべき場合と、②専門技術的判断を必要とする処分であるため専門的知見を有する行政機関の判断に委ねるべき場合の二つが一般に指摘される。つまり、立法者がいずれかの理由で行政裁量を認める立法政策をとったということになる。この違いは、司法審査の在り方と関係するので、その例も後に説明する。

しかしながら、処分の中には両者の性質を併せ持つものもある。生活保護の老齢加算の廃止につき、最近の最高裁平成24.2.28判決（判時2145-3、LEX/DB 25444311）は次のように言う。

保護基準中の老齢加算に係る部分を改定するに際し、最低限度の生活を維持する上で老齢であることに起因する特別な需要が存在するといえるか否か及び高齢者に係る改定後の生活扶助基準の内容が健康で文化的な生活水準を維持することができるものであるか否かを判断するに当たっては、厚生労働大臣に上記のような専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権が認められるものというべきである。

(2) 裁量判断はどこに現れるか（要件裁量・効果裁量・手続裁量）

→櫻井・橋本p. 115は「ステージ」と表現し、5ステージに分けている。この5点を上げるのは、塩野 I p. 125も同じである。

①要件裁量（処分要件の認定に関する裁量）

最高裁昭和33. 7. 1判決（民集12-11-1612、判時157-14、LEX/DB 27002651）温泉法事件

（温泉法は）、新規の掘さくが、物理的意味において、いやしくも、少しでも既存の温泉井に影響を及ぼす限り、絶対に掘さくを許可してはならない、との趣旨を定めたものと解すべきではない。しかも、温泉源を保護しその利用の適正化を図る見地から許可を拒む必要があるかどうかの判断は、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るべきことがらであつて、裁判所が行政庁の判断を違法視し得るのは、その判断が行政庁に任された裁量権の限界を超える場合に限るものと解すべきである。

最高裁昭和53. 10. 4判決（民集32-7-1223、判時903-3、ケースブックp. 110、LEX/DB 27000227）マクリーン事件

外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を

保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、…

被上告人が、当時の内外の情勢にかんがみ、上告人の右活動を日本国にとつて好ましいものではないと評価し、また、上告人の右活動から同人を将来日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者と認めて、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるものとはいえないと判断したとしても、その事実の評価が明白に合理性を欠き、その判断が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとはいえず、他に被上告人の判断につき裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたことをうかがわせるに足りる事情の存在が確定されていない本件においては、被上告人の本件処分を違法であると判断することはできないものといわなければならない。

※戦前からの伝統的行政法学の通説は要件認定については裁量を認めなかったので、戦後、要件認定に関して行政裁量の余地を認める判決がでたことは、賛否は別として、重要な意味を持っていた。（塩野 I p. 128）

※ある事実が処分要件に該当するかどうかの法的評価に裁量を認めることが要件裁量ということになる（塩野 I p. 130）。それに対し、事実の存否に対する判断（事実認定）は裁判所の専権であって、裁量の問題ではないとされてきた。櫻井・橋本p. 119参照。但し、特殊な例であるが、行政機関の事実認定が裁判所を拘束する場合もある（独占禁止法 § 80）。

※運転免許の付与は羈束行為といわれるが、それは効果裁量がないということである。要件認定に関しては、機械式で行われる学科試験には裁量の余地はないが、技能試験では判定者の専門的裁量がある程度認められるであろう。

② 手続裁量（手続の選択）

・ 例えば、行政手続法 § 10（公聴会等の開催）、同法 § 13①一号ニ（聴聞手続の選択）は手続選択に関する裁量である（イからハは聴聞を行うことが羈束されている）。

個別法では、情報公開法 § 13①は第三者へ通知と意見書提出機会の付与を行政庁の裁量に委ねている（同②は羈束している）。

・ 行政手続法の適用が排除され、その他特段の手続規定がない場合に、処分関係者に告知聴聞あるいはそれに類する事前手続を行うかはどうかは、すべて裁量に委ねられるのだろうか。憲法上の制約や法治主義原理から手続裁量への制約があるのだろうか。やや古い事例であるが、行政手続に関する重要判例である個人タクシー事件第1審東京地裁昭和38.9.18判決（民集25-7-1053、判時349-12、LEX/DB 2720 1276）を参照されたい。

・ 相手方の地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務により、相手方との協議を尽くし、あるいは相手方に適切な指導をすることが求められることがある。紀伊長島町水道水源保護条例事件 **最高裁平成16.12.24判決**（民集58-9-2536、判時1882-3、ケースブックp.227）

③効果裁量（a-処分をするか、b-いかなる内容か、c-いつ行うか、の裁量）

a-処分を行うかどうか（行為裁量）

最高裁平成1.11.24判決（民集43-10-1169、判時1337-48、ケースブックp.468、LEX/DB 27805173）
宅建業者監督事件

業務の停止に関する知事等の権限がその裁量により行使されるべきことは法65条2項の規定上明らかであり、免許の取消については法66条各号の一に該当する場合に知事等がこれをしなければならぬと規定しているが、業務の停止事由に該当し情状が特に重いときを免許の取消事由と定めている同条9号にあっては、その要件の認定に裁量の余地があるのであって、これらの処分の選択、その権限行使の時期等は、知事等の専門的判断に基づく合理的裁量に委ねられているというべきである。したがって、当該業者の不正な行為により個々の取引関係者が損害を被った場合であっても、具体的事情の下において、知事等に監督処分権限が付与された趣旨・目的に照らし、その不行使が著しく不合理と認められるときでない限り、右権限の不行使は、当該取引関係者に対する関係で国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないといわなければならない。

最高裁平成18.2.7判決（民集60-2-401、判時1936-63、ケースブックp.121、LEX/DB 28110353）
広島県教組教研会場事件

地方自治法238条の4第4項、学校教育法85条の上記文言に加えて、学校施設は、一般公衆の共同使用に供することを主たる目的とする道路や公民館等の施設とは異なり、本来学校教育の目的に使用すべきものとして設置され、それ以外の目的に使用することを基本的に制限されている（学校施設令1条、3条）ことからすれば、学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当である。すなわち、学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、そのような支障がないからといって当然に許可しなくてはならないものではなく、行政財産である学校施設の目的及び用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるものである。

※公共施設の目的外使用については効果裁量を認めるのが判例法理である。

最高裁平成19.12.7判決（民集61-9-3290、判時1992-43、LEX/DB 28140064）
公共海岸区域占有不許可事件

1 本件は、採石業等を目的とする被上告人（申請者・原告）が、岩石の搬出用の栈橋を設けて鹿児島県出水郡旧東町（現長島町）獅子島所在の国有の一般公共海岸区域（以下「本件海岸」という。）を占有するため、海岸法37条の4の規定に基づく占有の許可の申請をしたところ、上告人（県土木事務所長）から占有の許可をしない旨の処分（以下「本件不許可処分」という。）を受けたことから、その取消し等を求める事案である。（中略）

(1) 国が所有する一般公共海岸区域は国有財産法上の行政財産であるが、…（海岸法）37条の4により一般公共海岸区域の占有の許可をするためには、行政財産の使用又は収益の許可の要件が満たされている必要があるというべきであって、一般公共海岸区域は、その用途又は目的を妨げない限度において、その占有の許可をすることができるものと解するのが相当である。…

また、前記の場合において、申請に係る占有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、必ず占有の許可をしなければ

ならないものではなく、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。…（中略）

b-いかなる内容の処分を行うか（狭義の効果裁量、最近は形成裁量という人もいる）

最高裁昭和52.12.20判決（民集31-7-1101、判時874-3、ケースブックp.105、LEX/DB 27000261）神戸税関事件

懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかを決定することができるものと考えられるのであるが、その判断は、右のような広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内の事情に通暁し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者の裁量に任せるのでなければ、とうてい適切な結果を期待することができないものといわなければならない。それ故、公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されているものと解すべきである。

c-いつ処分を行うか（時の裁量） ※私はこれも効果裁量（特に行為裁量の一つだと考えるのでここにおいた）

最高裁昭和57.4.23判決（民集36-4-727、判時1054-75、ケースブックp.131、LEX/DB 27000088）特殊車両通行認定留保事件

道路法47条4項の規定に基づく…認定は、同令5条から7条までに規定する車両についての制限に関する基準に適合しないことが、車両の構造又は車両に積載する貨物が特殊であるためやむを得ないものであるかどうかの認定にすぎず、車両の通行の禁止又は制限を解除する性格を有する許可（同法47条1項から3項まで、47条の2第1項）とは法的性格を異にし、基本的には裁量の余地のない確認的行為の性格を有するものであることは、右法条の改正の経緯、規定の体裁及び罰則の有無等に照らし明らかであるが、他方右認定については条件を附することができること（同令12条但し書）、右認定の制度の具体的効用が許可の制度のそれと比較してほとんど変るところがないことなどを勘案すると、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。

これを本件についてみるのに、……道路管理者としての権限を行う中野区長が本件認定申請に対して約5か月間認定を留保した理由は、右認定をすることによって本件建物の建築に反対する附近住民と上告人側との間で実力による衝突が起こる危険を招来するとの判断のもとにこの危険を回避するためということであり、右留保期間は約5か月間に及んではいるが、結局、中野区長は当初予想された実力による衝突の危険は回避されたと判断して本件認定に及んだというのである。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ものといわなければならない。

※行政指導の継続とその限界も、時の裁量に関わる。

3、裁量権濫用の法理 (櫻井・橋本p. 121)

裁量権行使を統制する法理であって、次のような場合は裁量権の濫用であり、違法な裁量権行使となる(裁量権の逸脱・濫用という表現を用いるが、両者を厳密に区別する必要はない。)

(1) 事実誤認がある場合(事実の基礎を欠く場合、事実に対する重要な評価の誤り)

① 事実の基礎を欠く処分

最高裁昭和53.10.4判決(民集32-7-1223、判時903-3、ケースブックp. 110、LEX/DB 2700 0227) マクリーン事件

出入国管理令21条3項に基づく法務大臣の「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由」があるかどうかの判断の場合についてみれば、右判断に関する前述の法務大臣の裁量権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきである。

最高裁平成18.9.14判決(判時1951-39、LEX/DB 28111956) 弁護士懲戒処分審査請求 裁決取消請求事件

弁護士に対する所属弁護士会及び上告人(以下、両者を含む意味で「弁護士会」という。)による懲戒の制度は、弁護士会の自主性や自律性を重んじ、弁護士会の弁護士に対する指導監督作用の一環として設けられたものである。また、懲戒の可否、程度等の判断においては、懲戒事由の内容、被害の有無や程度、これに対する社会的評価、被処分者に与える影響、弁護士の使命の重要性、職務の社会性等の諸般の事情を総合的に考慮することが必要である。したがって、ある事実関係が「品位を失うべき非行」といった弁護士に対する懲戒事由に該当するかどうか、また、該当するとした場合に懲戒するか否か、懲戒するとしてどのような処分を選択するかについては、弁護士会の合理的な裁量にゆだねられているものと解され、弁護士会の裁量権の行使としての懲戒処分は、全く事実の基礎を欠くか、又は社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法となるというべきである。

(本判決は懲戒処分が適法であるとして、原審判決を取消し、取消請求を棄却した。)

※なお、櫻井・橋本p. 123は、判例法理が「全く事実の基礎を欠く」から「重要な事実の基礎を欠く」に変化していると指摘している。そこであげられている最高裁平成18.2.7判決は前掲広島県教組教研会会場事件であり、最高裁平成18.11.2判決は後掲小田急訴訟本案判決である。

② 事実の評価の重大な誤り

この表現は行政処分の裁量濫用に関してはまだ使われていないが、都市計画決定につき使われたことがある。

最高裁平成18.11.2判決(民集60-9-3249、判時1953-3、LEX/DB 28112339) 小田急訴訟上告審本案判決

裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当た

っては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実と誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である。

※この事実誤認の問題を裁量濫用論においてどのように位置づけるかについては、私にはまだ良く分からない点が多い。「全く事実の基礎を欠く」という表現は事実の有無にかかわる問題であるように思われるし、その場合は裁判所の審査権が全面的に行使される。また、それが処分要件事実に関する事実認定の誤りであるとするれば、それは裁量濫用の問題ではなく、処分要件充足性に関わる問題であるように思う。とりあえず、ここでは、最高裁判例が、裁量処分であって「全く事実の基礎を欠く」または「重要な事実の基礎を欠く」処分は、裁量濫用となるとしていることを示すにとどめておく。

(2) 平等原則違反

東京地裁平成7.2.22判決（判時1537-13、LEX/DB 27827773） 全税関組合員昇格差別事件

前記第一に認定した格差は、各原告の行なった非違行為を含むそれぞれの能力、適性、勤務実績等に対する東京税関長の裁量に任された人事査定の結果による部分に尽きるということはできず、東京税関の原告組合及び原告組合員に対する差別意思に基づく人事査定の結果による部分も含まれているものと推認することができ、そのように判断することによってのみ右格差の全体を理解することが可能となるといわざるを得ない。（これは（4）にも関係する。）

(3) 比例原則違反

最高裁昭和59.12.18判決（判例自治11-45、労働判例443-23、LEX/DB 27803668）山口学力テスト事件

原審の認定に係る処分事由を前提とする限り、これに対し懲戒免職処分をもって臨んだことは過酷に失し、社会通念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えたものとした原審の判断は、これを是認することができる。……原判決が懲戒権者の立場に立って処分の軽重を比較しているものと断ずることはできないから、原判決に所論の違法があるとはできない。

最高裁平成24.1.16判決（判例時報2147号127頁、LEX/DB 25444112）東京都教職員日の丸起立君が代斉唱拒否懲戒処分事件

不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えて減給の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等（以下、併せて「過去の処分歴等」という。）に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要すると解すべきである。したがって、不起立行為等に対する懲戒において減給処分を選択することについて、上記の相当性を基礎付ける具体的な事情が認められるためには、例えば過去の1回の卒業式等における不起立行為等による懲

戒処分の処分歴がある場合に、これのみをもって直ちにその相当性を基礎付けるには足りず、上記の場合に比べて過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなど、過去の処分歴等が減給処分による不利益の内容との権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎付けるものであることを要するというべきである。

福岡地裁平成10.5.26判決（判時1678-72、LEX/DB 28040626）生活保護廃止処分事件
自動車の所有、借用及び仕事以外での運転を一切禁止する旨の指示に違反したとして市福祉事務所長がした生活保護廃止処分について、直ちにもっとも重大な保護廃止処分を行ったことは重きに失し、処分の相当性において保護実施機関に与えられた裁量の範囲を逸脱した違法があるとされた事例。（TKC 第一法規要旨）

※新潟地裁平成22.4.16判決は、酒気帯び一発で職員を懲戒免職にした新潟市長の処分を、裁量権の濫用であるとして取り消した。同趣旨の判例は少なくなく、最近では酒気帯び運転一発懲戒免職処分という処分基準が見直されつつある。

（４）信義則（信頼保護）による裁量権の制約

- ・裁量権を制約するものとして信義則（信頼保護の要請）がある（櫻井・橋本p.123）。
 - ・信頼保護による職権取消の制約の法理は、まさに裁量権を制約する法理である。
- ※これは後にあげる（６）の要考慮事項にいれてもよいが、別項目としておいた方が分かりやすいと思う。

最高裁平成8.7.2判決（判時1578-51、ケースブックp.225、LEX/DB 28010857）在留更新不許可事件

そうであれば、右在留資格変更許可処分の効力いかんはさておくとしても、少なくとも、被上告人の在留資格が「短期滞在」に変更されるに至った右経緯にかんがみれば、上告人は、信義則上、「短期滞在」の在留資格による被上告人の在留期間の更新を許可した上で、被上告人に対し、「日本人の配偶者等」への在留資格の変更申請をして被上告人が「日本人の配偶者等」の在留資格に属する活動を引き続き行うのを適当と認めるに足りる相当の理由があるかどうかにつき公権的判断を受ける機会を与えることを要したものである。

三 以上によれば、被上告人が平成3年7月6日にした在留期間の更新申請に対し、これを不許可とした本件処分は、右のような経緯を考慮していない点において、上告人がその裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものであるとの評価を免れず、本件処分を違法とした原審の判断は、結論において是認することができる。論旨は採用することができない。

（５）目的ないし動機の不正または他事考慮

仙台高裁昭和49.7.8判決（民集32-3-713、判時756-62、LEX/DB 27200478）山形ソーランド事件（国賠請求）

山形県知事のなした本件認可処分は、控訴会社が現行法上適法になし得るトルコ風呂営業を阻止、禁止することを直接の動機、主たる目的としてなされたものであることは明らかであり、現今トルコ風呂営業の実態に照らし、その営業を法律上許容すべきかどうかという立法論はともかく、一定の阻害事由のない限りこれ

を許容している現行法制のもとにおいては、右のような動機、目的をもってなされた本件認可処分は、法の下における平等の理念に反するばかりでなく、憲法の保障する営業の自由を含む職業選択の自由ないしは私有財産権を侵害するものであつて、行政権の著しい濫用と評価しなければならない。

同判決を支持した**最高裁昭和53.5.26判決**（民集32-3-689、判時889-9、LEX/DB 27000242）

原審の認定した右事実関係のもとにおいては、本件児童遊園設置認可処分は行政権の著しい濫用によるものとして違法であり、かつ、右認可処分とこれを前提としてされた本件営業停止処分によつて被上告人が被つた損害との間には相当因果関係があると解するのが相当であるから、被上告人の本訴損害賠償請求はこれを認容すべきである。

（6）要考慮事項の考慮不処

考慮すべき事項を正しく考慮しなかつたときは、裁量権の逸脱・濫用となりうる。特に最近の最高裁判決に重要なものが多い。

最高裁平成19.12.7判決（民集61-9-3290、判時1992-43、LEX/DB 28140064）公共海岸区域占有不許可事件（レジュメp.154の引用部分に続き）

もつとも、一般公共海岸区域の占用の許可をしないものとした海岸管理者の判断につき、裁量権の範囲の逸脱又は濫用があつた場合には、占用の許可をしない旨の処分は違法として取り消されるべきものとなることはいふまでもない。

（2）前記（1）の観点から本件不許可処分の適否についてみると、…（中略）…本件海岸を占用しても本件海岸の用途又は目的を妨げないといふことができる。

（中略）

ところが、上告人は、環境や交通に格別の影響を与えることをうかがわせるような事情はみられないにもかかわらず、被上告人に対し、本件採石場から約600mの位置にある漁港の港湾区域内に岩石の搬出用の栈橋を設けるという実現の困難な手段によるよう繰り返し勧告して、本件海岸に本件栈橋を設けさせようとしなかつた。これらの事情を考慮すると、本件海岸の占用の許可をしないものとした上告人の判断は、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ふことができ、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つたものとして違法となるものといふべきである。

最高裁平成18.2.7判決（民集60-2-401、判時1936-63、ケースブックp.121、LEX/DB 28110353）広島県教組教研会場事件

（レジュメp.154の引用部分に続き）管理者の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たつての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものであり、その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがなにかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の逸脱又は

濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である。（中略）

（5）上記の諸点その他の前記事実関係等を考慮すると、本件中学校及びその周辺の学校や地域に混乱を招き、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来すことが予想されるとの理由で行われた本件不許可処分は、重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、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える。そうすると、原審の採る立証責任論等は是認することができないものの、本件不許可処分が裁量権を逸脱したものであるとした原審の判断は、結論において是認することができる。

最高裁平成18.3.23判決（判時1929-37、LEX/DB 28110837）受刑者信書不承認事件

監獄法46条2項の解釈上、受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は、その必要性が広く認められ、前記第1の要件及び範囲でのみその制限が許されると解されるところ、前記事実関係によれば、熊本刑務所長は、受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は特に必要があると認められる場合に限り許されるべきものであると解した上で、本件信書の発信については、権利救済又は不服申立て等のためのものであるとは認められず、その必要性も認められないと判断して、これを不許可としたというのであるから、同刑務所長が、上告人の性向、行状、熊本刑務所内の管理、保安の状況、本件信書の内容その他の具体的事情の下で、上告人の本件信書の発信を許すことにより、同刑務所内の規律及び秩序の維持、上告人を含めた受刑者の身柄の確保、上告人を含めた受刑者の改善、更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当のがい然性があるかどうかについて考慮しないで、本件信書の発信を不許可としたことは明らかといえるべきである。

（中略）そうすると、熊本刑務所長の本件信書の発信の不許可は、裁量権の範囲を逸脱し、又は裁量権を濫用したものであるとして監獄法46条2項の規定の適用上違法であるのみならず、国家賠償法1条1項の規定の適用上も違法といえるべきである。

最高裁平成8.3.8判決（民集50-3-469、判時1564-3、ケースブックp.114、LEX/DB 2801041

0) 神戸高専事件

以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、2年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当性を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものであるといわざるを得ない。

比例原則違反の有無に関わるが、詳細に考慮事項を示した事例として上掲の**最高裁平成24.1.16判決**（判例時報2147号127頁、LEX/DB 25444112）東京都教職員日の丸起立君が代斉唱拒否懲戒処分事件も重要である。判断過程審査方式の考え方が影響していると思われる。

- ・裁量権行使の司法審査に関して、考慮事項・他事考慮の観念を最初に明確に取り入れ、その後の議論に大きな影響を与えた判決として、東京高裁昭和48.7.13判決（行集24-6・7-533、判時710-23、ケースブックp.102、日光太郎杉事件）
- ・下級審で分かりやすい事例として、二風谷ダム事件札幌地裁平成9.3.27判決（判時1598-33、ケースブックp.386）がある。これはダムのための土地収用につき、当該土地がアイヌにとって文化的・宗教的に重要な場所であることを十分に考慮しなかった違法があるとした（但し、ダムは完成していたので、処分は違法であるがもはや取り消すことはできないとして、事情判決をだした。事情判決については行政事件訴訟法 § 31参照）。
- ・小田急線高架事業認可の取消訴訟で東京地裁平成13.10.3判決（判時1764-3）は、地下鉄方式の費用を過剰に見積もったことや騒音被害を看過している点において著しい過誤があるとしたが、同控訴審東京高裁平成15.12.18判決（民集60-10-2758、判例自治249-46）は裁量権濫用逸脱の違法はないとした。上告審**最高裁平成18.11.2判決**（民集60-9-3249、判時1953-3、LEX/DB 28112339）も結論的に控訴審を支持。
- ・また、圏央道をめぐる土地収用事業認可及び収用裁決取消訴訟で、東京地裁平成16.4.22判決（判時1856-32）は騒音被害等を看過しているとして、請求を認容している。
- ・生活保護老齢加算廃止の適否を争う裁判が全国で提起されているが（生活保護変更処分取消訴訟）、福岡高裁平成22.6.14判決（判時2085-43）は、生活保護加算廃止が違法であるとして変更処分を取消した。違法の理由は生活保護基準の改定（老齢加算廃止）につき、激変緩和措置を検討しなかったことが、考慮すべき事項を考慮していない裁量濫用にあたるというものである。

（7）審査基準・処分基準（裁量基準）からの合理的理由のない逸脱

適当な例が見つからなかったが、審査基準・処分基準その他の裁量基準からの合理的理由のない逸脱も、裁量濫用となりえよう。

行政手続法制定以前の判決であるが、個人タクシー事件第1審東京地裁昭和38.9.18判決（民集25-7-1053、判時349-12、LEX/DB 27201276）は、「被告（東京陸運局長）の（個人タクシー免許申請に対する）却下処分は、基準の適用につき、事実を誤認し、若しくは当然しんじやくすべき事実を斟酌しないことによつて、結局において、基準の適用を誤り、基準の適用により公正な判定を受くべき原告の法的利益を害したものとして、違法原因があるものといわねばならない。」としている。

※逆に、特殊な事情があるにも関わらず、それを考慮せず、機械的に裁量基準を適用した場合は、要考慮事項の考慮不尽ということが起こりうる。先に挙げた、酒気帯び運転一発懲戒免職処分の取消判決（新潟地裁平成22.4.16判決）も、その一例といえる。

4、裁量処分に対する司法審査の方法

櫻井・橋本p. 124

(1) 裁量処分に対する司法審査のあり方と審査密度

①裁量処分に対する司法審査のあり方については、学説や判例において、いくつかの考え方が出されている。

- a) 社会通念上著しく合理性を欠くというものを裁量濫用とする方式
- b) 判断過程（考慮要素・判断方法・手続）の合理性を審査する方式
- c) 全面的に審査し、司法判断を代置する方式（従来の羈束裁量行為）

(2) 政治的政策的裁量と司法審査：判断過程審査方式を取り入れた裁量濫用審査

①最高裁は、いわゆる神戸税関訴訟で、政治的政策的裁量の認められる処分に対する司法審査の方式を次のように定式化してきた。すなわち、裁量濫用審査方式である。

最高裁昭和52. 12. 20判決（民集31-7-1101、判時874-3、ケースブックp. 105、LEX/DB 27000261）

神戸税関事件

公務員につき、国公法に定められた懲戒事由がある場合に、懲戒処分を行うかどうか、懲戒処分を行うときにいかなる処分を選ぶかは、懲戒権者の裁量に任されているものと解すべきである。もとより、右の裁量は、恣意にわたることを得ないものであることは当然であるが、懲戒権者が右の裁量権の行使としてした懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合でない限り、その裁量権の範囲内にあるものとして、違法とならないものというべきである。したがって、裁判所が右の処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者と同一の立場に立つて懲戒処分をすべきであつたかどうか又はいかなる処分を選択すべきであつたかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、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ものである。

同様の判旨を述べるものに、前掲マクリーン事件**最高裁昭和53. 10. 4判決**など。

②その後も、最高裁は同様の判断枠組みを示し、裁量濫用の有無を審査するという定式は変えていないが、次第に、考慮すべき事項を考慮したかどうか、他事考慮をしなかったかどうかなど、判断の要素を詳細に論じるようになってきた。

神戸高専事件**最高裁平成8. 3. 8判決**（民集50-3-469、判時1564-3、ケースブックp. 114、LEX/DB 28010410）は、先の引用部分（レジユメp. 163）の前の部分で次のように述べている。

高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立つて当該処分をすべきであつたかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである（中略）。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校教育法施行規則13条3項も4個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限り退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである…。

…原級留置処分決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。

③最近の広島県教組教研会場事件**最高裁平成18.2.7判決**（民集60-2-401、判時1936-63、ケースブックp.121、LEX/DB 28110353）は、「社会通念に照らし著しく妥当性を欠く」場合に違法となるとの文言は残しつつも、その裁量判断は諸般の事情を総合考慮してされるものでありとして、その判断の司法審査では、「その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討」するものとしている。つまり、判断過程の審査方式といえるものである。

④上記②③でとられたような裁量権行使に対する司法審査のあり方を、最近の学説は、「判断過程の審査」（山本隆司東京大学教授は「論証過程の審査」と表現する。同・「日本における裁量論の変容」判時1933-11、特に15頁。）あるいは「中密度型実体審査」（亘理格「行政裁量の法的統制」争点p.119）と表現する。

⑤櫻井・橋本p.119は、このレジュメの3（1）～（5）に相当する部分を裁量判断の結果に注目したうえでの実体違法とし、それに対し（6）に相当する部分を新たに加わった「判断過程の審査方式」としている。学生から前者と後者の関係についての質問があった。

しかし、いわゆる裁量濫用法理としての平等原則・比例原則・信義則等は今日でも有意義であるし、その観点から裁量濫用が認められることは少なくない（例えば、日の丸・君が代事件で、**前掲（レジュメp.160）**の最高裁平成24年1月16日判決は、戒告処分は適法であるが、減給処分や停職処分については適法とした事例と違法とした事例があった）。そのような従前の裁量濫用審査に加え、さらに判断過程審査も裁量濫用審査方式として加わったというべきであろう。しかし、この判断過程を裁判所が審査するというこの意味はすこぶる大きい。

比喩的に言えば、裁判所がいまだに「社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされた」と認められる場合に限り、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである」と古い定式を使っているが、よく読むと判断過程審査方式も採用しているので、「まだ美空ひばりかと思ったが、実はMISIAだった」というぐらい重要な変化である。

（3）科学的・専門技術的判断と司法審査

①それに対し、科学的・専門技術的知見に基づく処分の司法審査について、後掲伊方原発事件最高裁平成4.10.29判決は**別の方式**を定式化している。すなわち、裁量濫用審査方式ではなく、許可の際の具体的審査基準の合理性とその具体的な適用過程の妥当性（看過しがたい過誤欠落があったか）を審査するものとしている。そのためか、本判決では、原子力委員会の意見を尊重して行う内閣総理大臣（処分権者）の合理的判断に委ねられるとしつつも、「裁量」という用語は用いていない。（この点については伊方原発訴訟最高裁判決の調査官解説が有益である。高橋利文・ジュリスト1017-48、法曹時報45-3-277。）

最高裁平成4.10.29判決（民集46-7-1174、判時1441-37、ケースブックp.112、LEX/DB 2500002

7) 伊方原発訴訟

右の技術的能力を含めた原子炉施設の安全性に関する審査は、当該原子炉施設その

ものの工学的安全性、平常運転時における従業員、周辺住民及び周辺環境への放射線の影響、事故時における周辺地域への影響等を、原子炉設置予定地の地形、地質、気象等の自然的条件、人口分布等の社会的条件及び当該原子炉設置者の右技術的能力との関連において、多角的、総合的見地から検討するものであり、しかも、右審査の対象には、将来の予測に係る事項も含まれているのであって、右審査においては、原子力工学はもとより、多方面にわたる極めて高度な最新の科学的、専門技術的知見に基づく総合的判断が必要とされるものであることが明らかである。そして、規制法24条2項が、内閣総理大臣は、原子炉設置の許可をする場合においては、同条1項3号（技術的能力に係る部分に限る。）及び4号所定の基準の適用について、あらかじめ原子力委員会の意見を聴き、これを尊重してしなければならないと定めているのは、右のような原子炉施設の安全性に関する審査の特質を考慮し、右各号所定の基準の適合性については、各専門分野の学識経験者等を擁する原子力委員会の科学的、専門技術的知見に基づく意見を尊重して行う内閣総理大臣の合理的な判断にゆだねる趣旨と解するのが相当である。

以上の点を考慮すると、右の原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって、現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとして原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである。

原子炉設置許可処分についての右取消訴訟においては、右処分が前記のような性質を有することにかんがみると、被告行政庁がした右判断に不合理な点があること的主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。

- ②この審査方式を採用したものとして、教科書検定訴訟**最高裁平成5. 3. 16判決**（民集47-5-3483、判時1456-62、LEX/DB 27814781）がある。但し、この判決では「裁量」と表現している。

これらによる本件検定の審査、判断は、申請図書について、内容が学問的に正確であるか、中立・公正であるか、教科の目標等を達成する上で適切であるか、児童、生徒の心身の発達段階に適切しているか、などの様々な観点から多角的に行われるもので、学術的、教育的な専門技術的判断であるから、事柄の性質上、文部大臣の合理的な裁量に委ねられるものというべきである。したがって、合否の判定、条件付合格の条件の付与等についての教科用図書検定調査審議会の判断の過程（検定意見の付与を含む）に、原稿の記述内容又は欠陥の指摘の根拠となるべき検定当時の学説状況、教育状況についての認識や、旧検定基準に違反するとの評価等に看過し難い過誤があつて、

文部大臣の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、右判断は、裁量権の範囲を逸脱したものとして、国家賠償法上違法となると解するのが相当である。

※ 教科書検定はその合憲性自体が問題となるが、仮に合憲であり、かつ検定に裁量余地があるとしても、それは専門技術的裁量（発達科学＝教育学に基づくもので子どもの発達成長を保障する観点から行われるべきもの）であって、政治的政策的裁量であるはずがない。もし後者をとればそれ自体が憲法問題となろう（もっとも実際の使われ方は極めて政治的であるが）。

なお、私は仮に検定制度が許される余地があるとしても、それは表現の自由にかかわるものであるので、裁量を認めるべきではないと考えている。すなわち、教科書が学習指導要領が当該科目で対象学年次に教えるべきものをした事項を落としていないかどうかだけを見ればよいのであって、その点に裁量性はないと考える。それ以上の立ち入って、どのように教えるとか、このような記述にせよとか、このような記述は望ましくないという検定をしたとすれば、それは違憲である。なお、私見は学習指導要領の法規性を否定するので、上記議論は「学習指導要領に法規性を認める最高裁判決を前提とした場合」という条件付の議論である。学習指導要領が詳細なことまで決めたらどうなるかという問題があるが、最高裁判決は、学習指導要領は大綱的基準にとどまり、それ以上の詳細な規定はできないとしているので、大綱的基準以上の詳細記述は、**その法規性**を否定しなければならない。

③最高裁の伊方原発の提示した司法審査方法は、下級審における開発許可等の適法性審査にも用いられている。

大阪地裁平成8.12.18判決（判時1630-48）：隣人が提起した林地開発許可等取消訴訟である。

名古屋高裁金沢支部平成21.8.19判決（判タ1311-95、LEX/DB 25460173）：山代温泉事件温泉掘削不許可取消及び許可義務付け訴訟

それに対し、伊方原発最高裁判決の司法審査方式は、専門的技術的裁量の認められる処分¹に一般的妥当する²のか、それとも原子力委員会のような特別の専門的機関による審査を前提としてなされる処分³にのみ当てはまるのかという問題がある（塩野 p.130）。

※私は、（2）と（3）は、実質的に接近していくと考えている。

（4）政策的裁量と専門技術的裁量を併せ持つ処分について

生活保護の老齢加算の廃止の違法が争われた最高裁平成24.2.28判決（判時2145-3、LEX/DB 25444311）は、次のように判示している。

老齢加算の減額又は廃止の要否の前提となる最低限度の生活の需要に係る評価や被保護者の期待的利益についての可及的な配慮は、前記（2）及び（3）のような専門技術的な考察に基づいた政策的判断であって、……老齢加算の廃止を内容とする保護基準の改定は、〔1〕当該改定の時点において70歳以上の高齢者には老齢加算に見合う特別な需要が認められず、高齢者に係る当該改定後の生活扶助基準の内容が高齢者の健康で文化的な生活水準を維持するに足りるものであるとした厚生労働大臣の判断に、最低限度の生活の具体化に係る判断の過程及び手続における過誤、欠落の有無等の観点からみて裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があると認められる場合、あるいは、〔2〕老齢加算の廃止に際し激変緩和等の措

置を採るか否かについての方針及びこれを採る場合において現に選択した措置が相当であるとした同大臣の判断に、被保護者の期待的利益や生活への影響等の観点からみて裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があると認められる場合に、生活保護法3条、8条2項の規定に違反し、違法となるものというべきである。

私は、伊方原発判決で用いられている表現が専門技術的考察のところに使われていること及び政策的判断に関して考慮事項を明示する一方で、「社会通念上著しく合理性を欠く」という表現がないことに注目している。

(5) 裁量処分にかかる裁量逸脱濫用の立証責任について

①最高裁は、裁量権濫用の立証責任については、原告が負うという立場をとっている。広島県教組教研会場事件最高裁平成18.2.7判決（民集60-2-401、判時1936-63、ケースブックp.121、LEX/DB 28110353）は、第1審（広島地裁平成14.3.28判決＝民集60-2-443、LEX/DB 28070796）が不許可理由の根拠事実の立証責任を被告（行政）が負うとし、控訴審（広島高裁平成15.9.18判決＝民集60-2-471、LEX/DB 28090193）もそれを支持していたことに対し、「原審の採る立証責任論等は是認することができないものの、本件不許可処分が裁量権を逸脱したものであるとした原審の判断は、結論において是認することができる」としている。

また公務員懲戒処分差止め訴訟につき、減給・停職処分について原告側の主張立証がなされていないことを理由に、原告側の請求には理由がないとしたものとして、日の丸・君が代事件最高裁平成24年2月9日判決。裁量濫用のにつき

※しかし、公務員懲戒処分に関し、処分の基礎となる事実は行政庁側が主張・立証責任を負う（公務員懲戒処分につき、前掲最高裁平成24年1月16日判決参照）。

②前掲伊方原発事件最高裁平成4.10.29判決も、上記引用下線部から明らかなように、立証責任は原告が負うとしたうえで、資料の偏在等の理由から、被告が不合理性を立証しないと「不合理な点があることが事実上推認される」として、立証責任の事実上の転換を述べているに過ぎない。立証責任の法的な転換を述べているのではない。

③しかし、私には、裁量濫用につき判断過程審査を採用し、専門技術的裁量についても、基準の合理性及びその適用における過誤のないことは、行政側がその資料・情報を専有しているのであり、立証責任は原告が負うという立論自体を再検討する必要があるのように思われる。しかし、これは行政法総論の課題ではなく、行政訴訟法の問題であるので、これ以上の深入りはしない。

5、行政処分以外の行為形式における裁量

①行政立法においては、一般に広範な行政裁量の余地は認められる。また、行政規則の制定においても、一般に行政処分の場合よりも広い裁量が認められるであろう。但し、これらはこれらを委任する法令の範囲内でなければならず、行政庁の裁量権には限界があることも認められる。生活保護基準に関して朝日訴訟**最高裁昭和42.5.24判決**（民集21-5-1043、判時481-9）があるし、学習指導要領について旭川学力テスト事件**最高裁昭和51.5.21判決**（刑集30-5-615、判時814-33）がある。

- ②計画の策定も行政庁の裁量は広い（計画裁量と表現するものもいる）。都市計画と裁量については、レジュメp.90以下参照。特に、後掲小田急訴訟本案**最高裁平成18.11.2判決**と林試の森事件**最高裁平成18.9.4判決**（判時1948-26、LEX/DB 28111943）は最近の重要判例である。

※小田急訴訟本案判決について

小田急訴訟本案判決は、都市計画決定における裁量を政策的・技術的判断としつつも、その裁量権の逸脱濫用が認められるのは「社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」に限られるとしている。それは計画策定における「広範な裁量」を認めたことが反映しているように思われる。また、この判決が、実際の判断において、個々の考慮要素に立ち入った判断過程審査を行っていることも指摘しておく。

最高裁平成18.11.2判決（民集60-9-3249、判時1953-3、LEX/DB 28112339）小田急訴訟上告審本案判決

都市計画法は、都市計画について、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと等の基本理念の下で（2条）、都市施設の整備に関する事項で当該都市の健全な発展と秩序ある整備を図るため必要なものを一体的かつ総合的に定めなければならないと、当該都市について公害防止計画が定められているときは当該公害防止計画に適合したものでなければならないとし（13条1項柱書き）、都市施設について、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、適切な規模で必要な位置に配置することにより、円滑な都市活動を確保し、良好な都市環境を保持するように定めることとしているところ（同項5号）、このような基準に従って都市施設の規模、配置等に関する事項を定めるに当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠であるといわざるを得ない。そうすると、このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられているというべきであって、裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である。

- ③非権力的活動（行政指導等）は、行政の裁量の認められる範囲が権力作用より格段に広いであろう。

【補足】

事実の認定は裁判所の専権であり、行政庁に裁量は認められないとした最近の事例として、水俣病認定申請拒否事件最高裁平成25年4月16日判決（LEX/DB 25445533）がある。関連部分の判決文を紹介する（丸数字と見出しは石崎）。

①上告人（行政）の主張

これに対し、上告人らの論旨は、〔1〕救済法等にいう水俣病は、一般的定説的な医学的知見からしてメチル水銀がなければそれにかかることはないものとして他の疾病と鑑別診断することができるような病像を有する疾病をいい、救済法等は、ある者が水俣病にかかっているか否かの判断を一般的定説的な知見に基づく医学的診断に委ねているのであって、このような一般的定説的な医学的知見に基づいて水俣病にかかっていると医学的に診断することの可否が専ら処分行政庁の審査の対象となり、そのような医学的な診断が得られない場合における個々の具体的な症候と原因物質との個別的な因果関係の有無の詳細な検討まではその審査の対象となるものではない旨、また、〔2〕本件処分が適法か否かの判断は、処分行政庁の判断の基準とされた昭和52年判断条件に水俣病に関する医学的研究の状況や医学界における一般的定説的な医学的知見に照らして不合理な点があるか否か、熊本県公害被害者認定審査会の調査審議・判断に過誤・欠落があつてこれに依拠してされた処分行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点からされるべきである旨をいうものである。

②最高裁の見解

そして、上記の（水俣病罹患の）認定自体は、前記（1）アのような客観的事象としての水俣病のり患の有無という現在又は過去の確定した客観的事実を確認する行為であつて、この点に関する処分行政庁の判断はその裁量に委ねられるべき性質のものではないというべきであり、前記（1）ウのとおり処分行政庁の審査の対象を殊更に狭義に限定して解すべきものともいえない以上、上記のような処分行政庁の判断の適否に関する裁判所の審理及び判断は、上告人らの論旨のいうように、処分行政庁の判断の基準とされた昭和52年判断条件に水俣病に関する医学的研究の状況や医学界における一般的定説的な医学的知見に照らして不合理な点があるか否か、公害被害者認定審査会の調査審議・判断に過誤・欠落があつてこれに依拠してされた処分行政庁の判断に不合理な点があるか否かといった観点から行われるべきものではなく、裁判所において、経験則に照らして個々の事案における諸般の事情と関係証拠を総合的に検討し、個々の具体的な症候と原因物質との間の個別的な因果関係の有無等を審理の対象として、申請者につき水俣病のり患の有無を個別具体的に判断すべきものと解するのが相当である。