

論説

# 行政決定における裁量基準の適用と個別化の要請

2015年4月入学

船渡康平

## I. 序論

- 1 裁量基準の一律適用の可否という問題
- 2 課題の設定と検討の方法
  - (1) 課題の設定
  - (2) 検討の方法

## II. 裁量の概念をめぐる対立

- 1 概念の整理——塩野宏の指摘
- 2 前史
  - (1) 佐々木惣一の見解
  - (2) 法律上の自由な判断の余地としての裁量
- 3 構造化説
  - (1) 石井良三の見解
  - (2) 第一の揺らぎ——裁量基準設定説
    - a 渡辺洋三の見解
    - b 杉村敏正の見解
  - (3) 第二の揺らぎ——手続的審査方式
  - (4) 評価
- 4 個別化説
  - (1) 事案の特殊事情審査義務説
  - (2) 自己拘束論
  - (3) 裁量拘束禁止原則説
  - (4) 衡量の過程としての裁量説
  - (5) 評価
- 5 併存説
  - (1) 概要
  - (2) 併存説の内在的理解
    - a 「包括的権能の付与」の意味
    - b 専門的・技術的知見への着目
    - c 行政機関の地位の特殊性
- 6 小括と次章への展開

## III. 個別化説内部での対立

- 1 一律適用を否定する立場
- 2 一律適用を肯定する立場

## IV. 委任の要否の対立

- 1 基本構造の成立

- 2 対立点の形成——委任と裁量基準の関係

- (1) 学説の分析
- (2) 対立点の形成

## V. 中間総括と更なる問いの獲得

- 1 中間総括
- 2 委任論の位置付け
  - (1) 法律による行政と通達による行政
  - (2) 自己拘束論による説明とその限界
  - (3) 委任論の観点の必要性
- 3 更なる問いの獲得

## VI. 検討

- 1 裁量の概念の理論的検討
  - (1) 構造化説
  - (2) 併存説
  - (3) 個別化説
- 2 個別化説内部での対立の検討
  - (1) 理論上の問題
    - a 考慮事項の観点の導入
    - b 裁量基準による考慮事項の具体化
  - (2) 事実上の問題
- 3 委任と裁量基準
  - (1) 委任の要否
    - a 「法規」概念の定義
    - b 法規と裁量基準
  - (2) 基本構造への批判
  - (3) 裁量基準と委任
    - a 行政手続法制定による委任
    - b 裁量の付与による委任
  - (4) 委任の方法
    - a 白紙委任の禁止
    - b 黙示の委任の許容性
    - c 委任の特定性

## VII. 結論

## I. 序論

### 1 裁量基準の一律適用の可否という問題

行政機関がある行政決定<sup>1)</sup>を行うときに、行政機関に裁量が付与されており、裁量基準を定立しそれを適用する場合を想定する。その場合、その基準に専ら従って行政決定をすることができるのか、それとも基準に従うだけでは不十分で、なおそこから離れたうえで行政決定をしなければならないのか。これは、裁量基準を一律<sup>2)</sup>に適用することが可能であるのかという問題である。この問題は、行政決定の迅速性や効率性、行政決定についての国民の予測可能性の担保の要請をどこまで追求するかという実際上の争点と密接に関わる。そしてまた、裁量概念の理解・裁量基準の法的性質などの行政法学上の根本的な理論的争点と関わるといふ重要性を持つ。

以上のように検討の必要性が大きいため、

この問題に関する議論は豊富に蓄積している。一方には、行政機関ごとに判断が恣意的に行われ区々となる危険を防ぐことを重視し、裁量基準は一律に適用されるべきであるという立場<sup>3)</sup>が存在する。この立場は、わが国では1950年代に主張され始め、1980年代前半までには多数を占めていたと理解される。他方には、裁量基準を一律に適用することで、行政機関が基準に盛り込んだ要素のみを考慮し、事案の無数の事情を考慮の外に追いやることを危惧し、裁量基準は一律に適用されるべきではないとする立場<sup>4)</sup>が存在する。この立場は、特に1980年代半ばから主張され始めたものであり、現在ではこの立場が有力であると思われる<sup>5)</sup>。しかし、近時新たに一律適用を認める見解<sup>6)</sup>が登場し、議論は新たな局面を迎えている。

## 2 課題の設定と検討の方法

### (1) 課題の設定

このように長年の議論の歴史があるにもか

1) 行政裁量が存在するのは行政行為に限らないから、本稿は行政の行為形式・決定を一般的に考察対象にするために行政決定という語を用いる。本稿の題名に行政決定という語を用いた所以である。しかし、行政裁量の考察の場としては従来行政行為が中心であり、本稿の検討の対象とする問題についても、裁判例・学説ともに行政行為を中心として議論が展開されてきた。それゆえ、以下の叙述においては行政行為が検討の中心となることをお断りしておく。

2) 本稿では、「一律」と「画一的」・「機械的」という表現は同一の意味で用い、引用の関係で表記が必要な場合は基本的に「一律」に統一する。

3) この立場を明示する人物・論攷として、位野木益雄ほか「行政事件訴訟の審理をめぐる実務上の諸問題」6判タ16巻8号17頁、27頁〔白石健三発言〕(1965)、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』18頁(三省堂、1987)〔初出1984〕、濱秀和「はじめに」『行政訴訟の実践的課題』v頁、viii頁(信山社、2012)。明示はしないがこの立場を採ると理解できる論攷として、石井良三「自由裁量の処分(1)～(3・完)——公益原則を中心として——」曹時7巻1号50頁、3号341頁、4号451頁(1955)、渡辺洋三「法治主義と行政権——「法律による行政」とはなにか——」『現代国家と行政権』45頁、107-109頁(東京大学出版会、1972)〔初出1958〕、杉村敏正「自由裁量論の検討」『法の支配と行政法』189頁、207-209頁(有斐閣、1970)〔初出1963〕、町田顕「通達と行政事件訴訟——通達の裁判基準性を中心として——」司研1968年2号29頁、48-51頁(1968)がある。

4) 最初に議論を紹介したのは阿部泰隆『フランス行政訴訟論』184-187頁(有斐閣、1971)〔初出1968-1969〕とされている。その後の文献としては、交告尚史「個別審査と画一的処理——フランスの行政判例に見る裁量統制の側面(1)～(3・完)」自治60巻12号132頁(1984)、61巻3号129頁、61巻4号134頁(1985)、大貫裕之「事案の特殊事情審査義務の法理について(1, 2・完)——フランスにおける裁量統制の側面」自治64巻10号112頁、11号100頁(1988)、兼子仁ほか『ホーンブック行政法(新版)』170-171頁〔磯野弥生〕(北樹出版、1995)、兼子仁『行政法学』97-98頁(岩波書店、1997)等。

5) 小早川光郎『行政法講義 下I』24-25頁(弘文堂、2002)、山本隆司「日本における裁量論の変容」判時1933号11頁、16頁、20頁注55(2006)、宇賀克也『行政法概説I(第5版)』289頁(有斐閣、2013)等。

6) 深澤龍一郎「裁量基準の法的性質と行政裁量の存在意義」『裁量統制の法理と展開——イギリス裁量統制論』59頁、118-128頁(信山社、2013)〔初出2003〕。常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体(上、下)——裁量基準の本来的拘束性」判評636号(判時2133号)148頁、156頁注19(2012)、判評638号(判時2139号)148頁、159頁注132(2012)は深澤の見解に賛成する。また、角松生史ほか「学界展望」公法76号265頁、268頁〔北村和生〕(2014)は、深澤の整理が妥当であると言う。

かわらず、学説の対立は未だ明確な決着を見えていない。この原因はどこに求められるか。筆者は、個々の議論の蓄積はあるものの、それぞれの論者の試みを連結する総合的な思索が先行研究において欠落していることに着目し、対立が未決着である原因はここにあると考える。つまり、個々の主張を全体の議論構造の中に位置づけ評価する作業がないため、その主張が持つ意義と問題点が十分に認識されておらず、それゆえ、学説間の理論的な対立点や議論を決着づけるための視点が導出されていないのではないか、という疑問がある。

以上のような認識から、本稿は、裁量基準の一律適用をめぐる議論の対立点とそれに対する議論状況を整理し、現段階での結論を提示することを目的とする。そして、解決すべき課題を「裁量基準を一律に適用することを肯定する立場と否定する立場の対立点はいかなるものか。この対立点につき両立場はいかなる態度を採り、理論的に見ていかなる結論が採られるべきか。」として設定する。

この課題を明確化するため、六点の補足説明を付す。第一に、裁量基準を一律に適用できるということは、裁量行使を伴う行政決定において、行政機関は裁量基準に盛り込まれた要素以外の要素を考慮する必要がないこと、すなわち、常に裁量基準からの逸脱が要請されず、裁量基準に従って決定を行うことそれ自体は違法ではないこと（裁量基準から逸脱すべしとの要請が生じないこと）を言う。第二に、厳密には、逸脱の要請が生じない規範は、行政機関による任意の逸脱が許容されるものと許容されないものとに分けることができる<sup>7)</sup>。本稿では「裁量基準を一律に適用できるか」という問題を扱うのであるから、基本的には逸脱の要請についてのみ検討することになる。逸脱の許容性の観点からの

検討は必要な限りで行う（IV、VI 3 参照）。第三に、基準から逸脱せよという要請が生じないことは、基準に盛り込まれた要素の他に考慮すべき要素があったが、行政機関がそれを十分に検討した結果逸脱の必要性がないと判断し裁量基準を適用して決定することとは異なる。本稿が着目するのは逸脱の要請の存否自体である。第四に、当然ながら、基準の適用の方法によっては行政決定が違法となることがありうる。例えば、基準の適用において重大な事実誤認があった場合や、目的・動機違反、手続的瑕疵などが考えられる。本稿で扱うのは、裁量基準に盛り込まれた要素以外に考慮すべき要素がなく、行政機関が裁量基準への適合性のみによって判断をすること自体の違法性がないという命題の当否である。第五に、本稿では、裁量基準自体は適法であることを前提とし、違法である場合<sup>8)</sup>を検討の対象から除く。なぜなら、この場合にはその裁量基準はおよそ適用されてはならないはずであって、一律適用を論ずる余地はないからである。第六に、本稿の検討対象からは地方公共団体が条例の形式で裁量基準を定立する場合と、法律に基づかない行政決定における基準を基本的に除く。前者は地方公共団体による立法作用であり、行政機関による裁量基準の定立が立法作用とは考えられていないことを踏まえると、大きく性質を異にするからである。後者は、法律によって与えられていない場合の裁量は、法律の根拠がある行政決定における裁量と同一の性質であるとは必ずしも言えず、裁量基準も同一の性質とは言えない可能性があるからである<sup>9)</sup>。

以上を踏まえて課題をより正確に述べると、次のようになる。「適法な裁量基準を定立し適用して行う裁量行使に際し、常に裁量基準からの逸脱が法的に要請されることはなく、裁量基準を適用したことそれ自体で行政

7) 基準からの逸脱が要請される場合と許容される場合を区別する思考は、学説において意識されているように思われる。山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明＝山本隆司編『融ける境 超える法5 環境と生命』3頁、10頁（東京大学出版会、2005）、宇賀・前掲注5)289頁、塩野宏『行政法I（第6版）』118頁（有斐閣、2015）。

8) 小早川光郎編『行政手続法逐条研究』ジュリ増刊245-246頁〔浜川清発言〕（1996）には、基準が違法である場合一律適用できないという趣旨が含まれているように思われる。

9) 塩野・前掲注7)119頁は、法律の具体的定めがない場合の給付基準を「広い意味での裁量基準」としており、通常の裁量基準との差異を示唆する。

決定が違法になることはない』という命題を肯定する立場と、否定する立場の対立点はいかなるものか。この対立点につき両立場はいかなる態度を採り、理論的に見ていかなる結論が採られるべきか。

## (2) 検討の方法

以上の課題の考察に際し、本稿が採る方法は学説史研究である。なぜなら、この方法によることで議論の全体構造が明らかになることに加え、課題の解決のためには個々の見解の適切な理解が必要であり、ある見解の適切な理解のためには他の見解との関係の中に位置づけることが一つの重要な作業であるからである。裁判例は、個々の事案に対する個別判断を示すという性格がある以上、原理的な側面を扱う本稿の課題に照らし、検討素材の中心とはせず、学説の理解のために補助的に扱う。

叙述の仕方としては、できるだけ明確に対立構造を描くために、対立点ごとに分けたいとて時系列に沿って学説の展開を示し、それぞれの対立点が形成されてきた経緯を示す。

本稿は以下のように構成される。まず、裁量概念をいかなるものとして捉えるかについて対立が形成されたことを明らかにする(Ⅱ)。次に、Ⅱで述べた裁量概念のうち、同一の裁量概念に依拠する学説においても裁量

基準の一律適用を認めるかについて対立が形成されたことを示す(Ⅲ)。さらに、委任の観点から問題を捉えた対立点の形成を示し(Ⅳ)、委任の観点が全体の議論構造においていかなる位置付けを持つべきかを検討するとともに、課題の解決のために必要な問いを獲得する(Ⅴ)。そして、獲得された問いに対し理論的な見地から検討を加え、課題の解決を目指す(Ⅵ、Ⅶ)。

## Ⅱ. 裁量概念をめぐる対立

### 1 概念の整理——塩野宏の指摘

裁量基準の一律適用が論じられるのは、行政庁が裁量基準に依拠して行った行政処分が訴訟において裁量の逸脱・濫用により違法となるかどうか、という局面が典型的である。そこでは、裁量権を、裁量基準に従った決定をすることと理解してよいのかどうかという、裁量基準との関係に着目した行政裁量の概念<sup>10)</sup>が問題となる。それゆえ、裁量基準の一律適用について論じた諸学説が、行政裁量の行使の在り方と裁量基準の関係をいかに捉えるか、という対立点を有していたことは容易に想像できよう<sup>11)12)</sup>。本章ではこの対立点の形成を示すが、叙述を明確にするため

10) 王天華「行政裁量の観念と取消訴訟の構造(1)——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119巻11・12号768頁,804-805頁(2006)は、「『行政裁量の観念』とは何か。この問題は、『行政裁量』というものに複数の側面ないし性質があるため、概念規定の仕方としては、論者の自由に委ねる面がある」と言う。

ここで、本稿以前に裁量と裁量基準との関係について触れた王天華の研究との差異を述べておく。王は、本稿でも取り扱う、佐々木惣一の裁量論と、杉村敏正・渡辺洋三・石井良三・小早川光郎らの裁量論との思想の系譜を指摘するが、本稿も佐々木の裁量論と以降の学説には思想の系譜が存在すると考える点で共通する。しかし、王は、取消訴訟における主張立証責任の分配と要件事実論を考える前提として裁量観念について検討する必要があるという認識から、「裁量二元論」と「裁量一元論」という裁量観念の分類を採用する(同論文805-807頁)。そこでこの分類の基準は、裁量は裁量の授權規範から拘束されるかどうか、であり、裁量基準を扱う裁量学説は授權規範から拘束される裁量観念としての裁量一元論の中で分析される。対して本稿の視点は、裁量基準を一律適用することと裁量の意義との関係如何である。王の研究には、裁量基準を一律に適用することの是非という視点や、裁量を付与された行政機関は個別に判断すべきかそれとも一律に判断すべきかという視点はなく、これらの点が本稿との差異である。

11) 外国法研究を基礎にした研究では、裁量基準と関連する外国法の裁量概念は日本の裁量概念とは異なるという指摘がなされている(大貫・前掲注4)「(2・完)」118頁、交尚史「行政の階層構造と裁量権行使の在り方——機関委任事務における裁量基準をめぐって——」商大論集41巻2・3号237頁,252頁注24(1989)、山下竜一「行政法の基礎概念としての行政裁量」公法67号214頁,217頁(2005)、深澤・前掲注6)119頁)。しかし、筆者の管見では、この観点からの裁量概念の対立の在り様について明示的に述べた論攷は見当たらない。

12) 大貫・前掲注4)「(1)」117頁、門脇雄貴「行政基準の法的位相——フランスにおける解釈通達とディレクティブの展開——」本郷法政紀要10号81頁,88頁(2001)、仲野武志「判批」自治77巻6号126頁,128-129頁(2001)は、個別事情考慮義務を裁量論の問題ではなく法解釈論上の問題として扱っている。また、仲野武志「判批」判評578号(判時1956号)177頁,178-179頁(2006)は、「考慮事項発見義務」を法令解釈上一義的に導出される

に、裁量基準との関係から捉えた行政裁量の概念がいかなるものであるのかについて事前に整理しておく。

この整理には、塩野宏の指摘を参照することが有益である。行政手続法に係る座談会において裁量基準の一律適用の可否についての議論がなされたが、塩野は次のような発言をしている。基準の性質として一律適用できるとしてよいかという問題<sup>13)</sup>、すなわち裁量基準の一律適用の可否の問題は、「もう少し突っ込んでいくと、裁量権行使とはどうあるべきかということと関係してくると思います。要するに、最適をねらうのだったら、基準を作っても、それはほんの基準であって、最適な選択をする義務があるということになります。そうではなく、裁量権というのは、いくつかのものをとる、そのどれをとっても『まあ、いいですよ』と、そういうものとしてあるとした場合には、ある一定の基準を作ったら、それはある程度機械的に適用してもパスだと言わなければ、行政は負担過重でやりきれません。常に二次的な選択、三次的な選択もある、それが裁量権行使だと言って

はじめて基準論が出てくるわけです。」「裁量権とはどういうものかということ議論しないといけないという感じがします。」<sup>14)</sup>

この発言に現れた二つの裁量概念を分析する。まず前者の裁量の概念は、裁量とは最適選択の義務であり、基準を作っても当然には最適な選択がなされたとは考えず個別の審査を行うべし、というものである。これは、裁量基準の一律適用を当然には認めない裁量概念である。対して後者の裁量の概念は、裁量とは一定の枠内での選択の自由であって、行政機関は裁量基準を設定し、それを従うべき枠として扱い裁量行使をすることができる、というものである。これは、一律適用できる裁量基準の設定と適用を当然に認める裁量概念である<sup>15)16)</sup>。

そこで本稿は、これらの裁量概念を分析の道具として裁量に関する学説を検討するが、作業を円滑にするために二つの裁量概念について便宜上の名称を与えることとしよう。塩野発言のうち前者の裁量概念を、裁量を付与された行政機関は、ある一つの要件設定とその一律適用によって当然には自らの判断を構

---

義務としており、考慮事項を発見し考慮する義務を原則として法解釈上の問題として考察する。これらの見解からすれば、裁量基準からの逸脱が要請されるかどうかは裁量が与えられた趣旨によるのであって、それは法解釈論の問題である、ということになろう。理論的に重要な指摘であり、これらの見解の存在を重視すれば、裁量の概念における対立ではなく、「法解釈によって裁量基準の一律適用が認められるか」という対立を取り上げる必要がある。それにもかかわらず本稿が対立点として裁量の概念をめぐる理解を取り上げたのは以下の理由による。第一に、論者においても、「当該事項が特殊な案件においてのみ現れる性質のもの」(仲野・判評論文 179 頁)である場合には裁量論からの検討が必要であると考えているように思われる。第二に、本章で検討するように、学説のほとんどが裁量の概念の観点から議論を行っており、法解釈論の観点からの議論はしていない。第三に、法解釈によっていわば一般原則として考慮義務を捉える場合と、裁量を与えられた場合に内在する義務によって考慮義務を捉える場合とでは、少なくとも本稿の問題に限れば説明の仕方が違うにすぎないように思われる。

13) 本文中で引用する塩野発言の直前の発言を参照。小早川編・前掲注 8)246 頁〔浜川清発言〕。

14) 以上につき、小早川編・前掲注 8)246-247 頁〔塩野宏発言〕。厳密には、塩野が「ある程度機械的に」と述べていることから、一律適用を認める発言であるかについては疑問の余地もある。しかし、塩野の発言に続く浜川清の応答と塩野の再応答をみれば、塩野発言は裁量基準の一律適用を認める裁量概念を念頭に置いていたと言える。

15) さらに、高木光「法規命令による裁量拘束——保険薬局指定処分を題材とした一考察——」論叢 172 巻 4-6 号 80 頁, 100 頁 (2013) は、法律が行政裁量を認める理由はさまざまであり、「個別案件を、基準に基づいて『標準化』された形で処理することが適切な領域もあれば、個別案件ごとにその案件の個性に応じた処理(を：筆者注)することが適切な領域もある」と言う。

16) 用語法について整理しておく。王天華「行政裁量の概念と取消訴訟の構造(3, 4)——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 120 巻 3・4 号 193 頁, 216 頁, 5・6 号 325 頁, 386-388 頁 (2007) によれば、本稿で取り上げる学説は、裁量一元論の系譜に属するが、裁量一元論は、「自由裁量」を「法の拘束……の尽きるところに生ずる、法の彼岸の事象」と捉える。定義上法による統制が及ばない領域である「自由裁量」について、その行使が「法的にどうあるべきか」を語るのは矛盾である。それゆえ、本稿が言う裁量概念とは、法の彼岸にある領域ではなく、裁量行為における裁量行使の在り方という意味である。大貫・前掲注 4)「(2・完)」118 頁や前掲注 14)の塩野発言も、裁量権行使の在り方と裁量権の在り方を互換的に捉えている。

造化させることなく、最善の結果を達成するために個別的に判断していくという意味で、本稿では「個別化説」<sup>17)</sup>と称する。後者の裁量概念を、裁量を付与された行政機関は、ある一つの裁量基準の形で要件を設定しそれに従って行政決定を行うという方法で自らの判断を構造化させていくという意味で、本稿では「構造化説」<sup>18)</sup>と称する。構造化説においては、裁量基準からの逸脱の要請はない。

以下では、この裁量概念に基づき、学説においていかなる議論が展開されてきたかを検討する。裁量概念の在り方は、論者が裁量概念をいかに定義したかという点に加え、裁判所による裁量統制によっても明らかになるから、論者が裁判所による統制の方法をいかに構想したかも視野に入れる必要がある。

## 2 前史

わが国の裁量学説は行政法学の揺籃期から展開されてきたが、裁量論において裁量基準につき直接に述べた学説が登場するのは戦後になってからである。しかし、それらの学説と思想の系譜が指摘されている<sup>19)</sup>戦前の学説が存在する。それは佐々木惣一の見解であり、本節では、以降の叙述の前提を確認する意味も込めて、戦前の学説について概観する。

### (1) 佐々木惣一の見解

佐々木惣一によれば、行政の活動は公益に適合しなければならないという公益原則は法

上の要求(条理法)であるが、公益とは一般的な標準(目的)にすぎない。そして、公益という一般的標準に合う個々の行政活動に特有な標準を定めることによって行政活動を決定することができるようになるのである。この前提の下で、「自由裁量とは行政機関が特定の行政の活動を為すに当て、其の直接の標準とすべきものを自ら定むること」である<sup>20)</sup>。この自由裁量は、法の羈束と対置されるものであるが法の制限を受けないものではない。本稿に関係の深いものとしては、「行政機関が自由裁量の職権を有する場合には誠実に公益を考量して其の活動の直接の標準を選択するを要する」といういわゆる裁量濫用の法理が挙げられる<sup>21)</sup>。

さて、この佐々木の見解を仔細に分析した高橋靖は、佐々木の見解における自由裁量とは行政機関がその行政の活動の直接の標準として何が最善の公益に適するかを基準を設定することであり、行政機関は不断に基準を探索しなければならない、と理解する。この理解の根拠は、「直接の標準として考へられる種々のものの中」<sup>22)</sup>から標準を選択するという自由裁量の定義からすれば、誰にとっても公益に反するものは公益に合うとされる選択肢に入らないのではないかという考えから、「公益＝公益という目的にかなうものの中で最善の公益」と解するしかないということにある<sup>23)</sup>。この読み方は妥当であり、佐々木の裁量論の理解の一般的なものであると言えよう<sup>24)</sup>。しかし、これに対し、佐々

17) 交告尚史「スウェーデン行政裁量論の憲法的基礎」高橋和之古稀『現代立憲主義の諸相(上)』293頁、296頁(有斐閣、2013)の用語法を参考にした。なお、深澤龍一郎「Denis James Galliganの行政裁量論——イギリスにおける裁量学説の検討——」前掲注6)5頁、6頁注1〔初出2006〕、中川丈久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量(2・完)——1803年～1950年のアメリカ行政法について——」法協107巻5号818頁、831頁(1990)などの用語法は本稿の用語法とは異なることをお断りしておく。

18) 中川・前掲注17)833頁は「基準定立の裁量」という用語を用いるが、これも本稿の用語法とは異なる。

19) 王・前掲注10)822頁、827-828頁。

20) 以上につき、佐々木惣一「行政機関の自由裁量」法と経済1巻1号20頁、22-23頁(1934)。本文に示した箇所以外では、「行政機関は其の行政の活動の直接の標準として考へられる種々のものの中、自己の適当と判断するものを選択する」とされている(同論文22頁、漢字は筆者により常用漢字とした)。

なお、佐々木の裁量論は様々な論攷で展開されているが、本稿が特に上記論攷を取り上げたのは、上記論攷が、裁量基準論に連続すると考えられる「標準」と「裁量濫用の法理」の議論を初めて明確に示したものだからである。

21) 佐々木・前掲注20)32-33頁。

22) 佐々木・前掲注20)参照。

23) 高橋靖「我国裁量理論へのLaun説の導入(1)」早稲田法学会誌29巻263頁、275-278頁(1978)。高橋の論攷において数頁に亘り分散していた考え方を、本稿の関心から筆者がまとめたうえで本文のように結論した。

木の裁量論を別に理解することも不可能ではないように思われる。その理解とは、裁量とは自由裁量を与えられた行政機関が任意に基準を設定する自由である、というものである。これは濱秀和の理解に示唆されている<sup>25)</sup>理解であるが、筆者が敷衍すると、文理上の根拠は佐々木の叙述において「任意に」<sup>26)</sup>基準を定めるとされている部分にある。また、公益の定義としては、「最善の公益」として理解せずとも、高橋が疑問にするような「だれにとっても客観的に公益に反するということがわかるようなものの選択の自由」は入らないと考えることができる。なぜなら、客観的に公益に反することが明らかなものを除くためには、「公益＝公益という目的にかなうものとして認められるもの」と理解すれば十分であるからである。そして裁量濫用の法理については、基準の設定段階で誠実に公益を考量して定めることで、それ以降の段階においては裁量濫用を認める余地はないと解せば、この裁量の概念と裁量濫用の法理は抵触しない。以上を踏まえ、裁量とは行政機関が基準を設定する自由であって、個別の案件において最善の決定のために基準を探求しなければならないという要請は生じず、他の案件でも設定された基準からの逸脱が要

請されないと理解する、という読み方である。

佐々木の見解が「行政裁量を法の執行者としての行政の行動論理にそって捉えることを可能にする」<sup>27)</sup>ものであったことは、裁量基準を定立・適用するという裁量行使過程に通底する点がある。後述するように、佐々木の裁量概念についての二つの理解のうち、前者の理解が個別化説へと連なり、そして後者の理解が構造化説へと連なると考えることができ、その意味で佐々木と後の論者には思想の系譜が見出される。

## (2) 法律上の自由な判断の余地としての裁量

佐々木の見解の後 1940 年代までの学説は、裁量権の行使の在り方について明確な考察をしてこなかったように思われる。行政機関に裁量権が認められることは、行政機関が法律上の自由な判断の余地を持つことであるという認識が一般的<sup>28)</sup>なものとなったが、その認識の下では、裁量概念の内実として個別的な判断を行うのか、それとも裁量基準を定立してそれに従って判断を行うのかという点については不明確なままである。裁量権の行使の在り方について議論が進展しなかったのは、当時の議論の中心が、法規裁量と自由裁

24) 小早川光郎「裁量問題と法律問題」『法学協会百周年記念論文集 第2巻』331頁、351頁注25（有斐閣、1983）、同「基準・法律・条例」塩野宏古稀『行政法の発展と変革（下）』381頁、395頁注18（有斐閣、2001）によれば、小早川は佐々木の裁量論を「基準の選択」に関する議論としたうえで、自らの見解に近いとする。また、小早川編・前掲注8)246頁〔小早川発言〕によれば、「京都学派の裁量論は、最適を選べ」というものである。小早川の見解については後に検討するが（II 4(1)）、小早川は、佐々木の見解を最善の基準を探求するものと捉えらる。また、高橋滋「行政裁量論に関する若干の検討」南博方古稀『行政法と法の支配』321頁、331頁注8（有斐閣、1999）は小早川の佐々木学説の理解に賛同を示すが、小早川自身の見解を踏まえ賛同を示すのであれば、高橋も佐々木の見解を小早川と同様に解するのであろう（ただし、後掲注25）を参照）。この最適選択という理解を明瞭に表現するのが、佐々木の見解を受け継いだとされる（高橋・同論文323頁）渡邊宗太郎の見解である。渡邊宗太郎によれば、行政機関の裁量とは、いかなる場合にいかなる内容の行政処分を行うことが最も公益に適するか点について自ら自由に決定しうることを言うのであり、渡邊はこれを以て新しい法の発見の作業であると表現する。しかし行政機関には常に新たな公益判断、その時々条法の発見が要求されるから、裁量によって発見された法は、他の具体的事件については法として拘束せず、裁量とは最善の公益を選ぶことであると述べる。渡邊宗太郎「裁量処分」論叢31巻3号457頁、460-461頁、463頁（1934）、同『改訂 日本行政法上』290-295頁（弘文堂書房、1937）。

25) 濱秀和「行政裁量論」同・前掲注3)5頁、19-20頁〔初出1984〕は、要件裁量説（佐々木の見解が念頭におかれていると思われる）を基準設定の自由と理解するが、要件裁量説は最善の基準の探求をするものであると理解しない。小早川と対比すれば、濱は要件裁量説を、裁量権行使にあたり一定の枠を設定する自由であると理解すると考えられる。また、高橋・前掲注24)が、小早川の裁量論が明らかになる以前の論攷であることに着目すると、高橋が佐々木の裁量学説を最善の基準の探求と捉えるかは明らかでないとも考えることもできる。

26) 佐々木・前掲注20)33-34頁。

27) 王・前掲注10)822頁。

28) 小早川・前掲注24)「裁量問題と法律問題」347頁。

量との区別や、要件裁量説と効果裁量説との異同などにあったためであろう<sup>29)</sup>。法律上の自由な判断の余地として裁量を捉えることは、裁量基準と裁量との関係を考察するに当たっては有用性を持たないものであったと評価できる。

### 3 構造化説

#### (1) 石井良三の見解

わが国において最初に裁量基準と裁量の関係について明示的に論じ、裁量基準に従って裁量を行使する過程の理論化に積極的な姿勢を見せたのが石井良三の見解である。石井は、公益原則を①最大適合の原則（最もよく公益に適合せよ）・②比較適合の原則（比較的よりよく公益に適合せよ）・③最小適合の原則（公益に違反してはならない）の三つの原則に分け、そのうちの後二者に法的拘束力を承認し、最大適合の原則には法的拘束力はなく行政機関の職責にすぎないと解する<sup>30)</sup>。そして、自由裁量行為は、後二者の原則に反しないという限界内で、行政機関が何が最もよく公益に適合するかを判断する行為を言うのであり、その判断のためには一定の裁量基準が必要となる<sup>31)</sup>。それゆえ、自由裁量行為の具体の現れ方としては、行政機関が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自由と称することができるのである<sup>32)</sup>。そして、一旦定められた裁量基準は現実の行政処分における具体的な処分要件と

して作用するのであり、石井は自らの裁量概念を、現実の行政処分における処分要件設定の自由と称する<sup>33)</sup>。ただし、設定される裁量基準は一般的に適用されるべきものであるとはいえ、最大適合原則に法規範性がない結果、比較適合原則・最小適合原則に反しない限度で裁量基準から逸脱することは違法ではない<sup>34)</sup>。また、行政庁は裁量基準を事情に応じ任意に変更できるとされている。ここで言う「変更」は基準自体を改廃することのみでなく、論者自身の叙述にも見られるように、当該行政決定においてのみ任意に裁量基準から逸脱することも指すと考えてよいであろう<sup>35)</sup>。さらに、裁判所は権限外の事項や処分と無関係の事項を裁量基準に織り込んでいないかを審査するとされている<sup>36)</sup>が、裁量基準に盛り込んだ事項の他に考慮すべき事項があるかどうかについては触れるところがない。

以上の石井の見解について分析を加えると、裁量基準と裁量との関係について、最適選択の要請たる最大適合の原則は職務上の義務にすぎないとされているから、法的には裁量は最適選択の義務ではない。裁量基準からの任意の逸脱は認められるにせよ、逸脱の要請はないから、石井は裁量基準を一律に適用することを認める構造化の裁量概念<sup>37)</sup>を採っていると言える。石井は佐々木惣一<sup>38)</sup>の裁量論を参考にしたと自ら述べる<sup>38)</sup>のであるが、佐々木の裁量論を基準設定の自由と捉え、最適選択の要請については職務上の義務

29) 高橋・前掲注24)323-333頁、亙理格『公益と行政裁量』292-310頁（弘文堂、2002）による学説の検討を参照。

30) 石井・前掲注3)「(1)」57-62頁。

31) 石井・前掲注3)「(3・完)」456頁。

32) 石井・前掲注3)「(3・完)」469頁。

33) 石井・前掲注3)「(3・完)」457頁。

34) 石井・前掲注3)「(3・完)」458-459頁。

35) 石井・前掲注3)「(3・完)」458-459頁、464頁。458-459頁の設例は、裁量基準が一般的に改廃されたわけではなく、当該事案においてのみ行政庁が裁量基準から逸脱した場合を扱っている。

36) 石井・前掲注3)「(3・完)」466-467頁。

37) 構造化の裁量概念を採ると考えられる裁判例として、東京地判平成5年2月17日判時1459号98頁がある。この判決については、交告尚史「行政判断の構造」磯部力ほか編『行政法の新構想I』269頁、279-280頁（有斐閣、2011）参照。また、明確な根拠は示さないが、裁量基準が裁判基準となることを当然視し、それゆえ裁量基準に従って裁量が行使されるべきと想定していると思われる裁判例として、京都地判昭和29年5月21日行裁例集5巻5号1078頁、福岡地判昭和34年12月12日行裁例集10巻12号2480頁、名古屋地判昭和35年5月30日行裁例集11巻5号1640頁等がある。これらの判決については、町田・前掲注3)39-42頁参照。

38) 石井・前掲注3)「(3・完)」473頁。

にとどめたという形で参考にしたと推測できる。

石井の見解には、後述の通り（VI 1 (1)）今日の観点から理論的問題があるが、この見解は内在的に裁量基準からの逸脱の要請を含むものではないという点で一貫したものであると言える。

## (2) 第一の揺らぎ——裁量基準設定説

しかし、石井良三が提唱した構造化説は、同様に裁量基準の一律適用を認めようとする立場の論者の見解によって内在的に揺らぎを抱えることになる。その揺らぎの第一として、「渡辺洋三＝杉村敏正の『裁量基準設定説』」<sup>39)</sup>を検討する。

### a 渡辺洋三の見解

渡辺洋三は、行政行為は恣意に亘ってはならないから、行政機関は一般法則性にもとづいて、一定の客観的基準を定立し、その基準の具体的適用として現実の行為をしなければならないとの立場を示す。基準の内容それ自体の決定は行政機関の公益判断に属するが、基準が公益目的と客観的に機能関連に立っているかどうか、すなわち法的な関連性があるかどうかは裁判所によって審査され、また、基準の適用が客観的になされたかどうかは裁判所の審査の対象となる<sup>40)</sup>。渡辺は、自由裁量と法規裁量を峻別する議論に対し、どちらも法の枠という限界があるということを指摘することを目的とし<sup>41)</sup>、客観性の担保を裁判所の役割として位置づけ、裁量の限界を客観性の担保という観点から検討した。そのため、法の枠という限界を超えない裁量の範

囲内の行政決定の在り方については触れられることがなく、裁量の範囲内での決定は最善のものでなくとも適法であると考えられていると理解できる。

この見解を分析すると、裁量基準と裁量との関係について、行政機関には法によって裁量が与えられ、客観性という法の枠内で自ら公益判断によって基準を設定し、その基準に沿って行政決定をすることができるし、またそれが求められるのである。それゆえ、渡辺は、法の枠内という限界はあるものの、行政機関は基準を設定しそれを適用して裁量を行使用するという構造化の裁量概念を採ると理解できる<sup>42)</sup>。

しかし、基準の適用が客観的になされたかどうか、という審査方法を貫徹させると、「この事案には基準を適用すべきでなかった」という観点から基準の適用方法が審査されることが考えられる。すなわち、渡辺は客観性の担保を目的とするが、そのためには恣意の排除が必要である。そしてこの見解が言うところの恣意は、公益目的と行政行為との関係が行政機関の主観的・個人的感情によって客観性を保障されていない<sup>43)</sup>ことである。具体的には、法の目的に照らして考慮すべきでない事情を考慮した基準を定立することや考慮すべきでない要素を考慮して基準を適用することであった。しかし、先に記した恣意の定義に照らせば、恣意の排除とは他事考慮の排除に限られないはずであり、むしろ裁量基準を定立しそれを適用するということがこの見解の意味で恣意である場合<sup>44)</sup>、裁量基準か

39) 名称は、高橋靖「行政裁量における違法性・不当性峻別論への批判」早稲田法学会誌 33 号 147 頁、160 頁 (1983) を参照した。

40) 以上につき、渡辺・前掲注 3)107-109 頁。

41) 渡辺・前掲注 3)92-102 頁。

42) なお、渡辺洋三「行政権の優越性と国民の権利」同・前掲注 3)1 頁、38 頁〔初出 1955〕は、人民に権利または利益を与える行為であっても、行政機関は裁量基準を設定しそれを適用して処分をすべきであると言うが、「処分が理由なくその基準に反した場合には」裁量の濫用が争われうるとしている。この記述は、裁量基準からの逸脱が要請される場合を指摘する趣旨ではなく、合理的な理由による逸脱を許容する趣旨のものであろう。同様に、園部逸夫「判批」田中二郎編『行政判例百選（初版）』95 頁、96 頁（有斐閣、1962）も、行政権の権限行使に当たり「裁量基準は、明示または黙示に定立されるべきもの」であるとしたうえで、裁量基準が「一般的に適用されている状況の下で、特定の個人を何等いわれがなく差別的に取り扱」う場合には裁量行使が違法になりうるとする。園部は裁量基準の一律適用を肯定し、合理的な理由に基づく基準からの逸脱を許容する見解と理解できる。

43) 渡辺・前掲注 3)107 頁。

44) 交告尚史『処分理由と取消訴訟』203 頁（勁草書房、2000）は、基準の設定と適用が主観的・個人的感情によって恣意に亘る可能性を指摘する。

ら逸脱して個別事情の考慮をすることが要請されるはずである。このように考えると、渡辺の見解には内在的に裁量基準からの逸脱の要請が含まれていたと言える。

#### b 杉村敏正の見解

杉村敏正は、行政機関が裁量を授権されているとしても、それを恣意的に行使して行政行為を行うことを許容しない。したがって、行政機関は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な裁量基準を定立し、この基準に従って行政行為を行わなければならないと言う。そして、裁量権の行使が恣意的であり、違法な裁量濫用となる場合があるとす。第一に、裁量基準の内容について、行政機関の知識・経験は一応承認するにしても、根拠法規の内在的目的に反し、または比例原則・平等原則に反して定立されてそれにより行政行為が行われる場合。杉村の言う内在的目的に反するとは、根拠法規が実現しようとする行政目的の達成という見地からみて、これと無関係な要素がとり入れられ、または、これと当然関係ある要素が排除されるなど、明らかに根拠法規の目的に背反することを言う。第二に、裁量基準に瑕疵がなくとも、その適用に際し要件事実を誤認があり、または比例原則・平等原則違反の行政行為が行われる場合である<sup>45)</sup>。

裁量基準と裁量との関係について、杉村の見解は、行政機関は裁量濫用とならない限り、裁量基準を設定しそれを適用するという

裁量行使が求められるとするものと理解できる。この見解が裁量基準の一律適用に親和的であることについては、杉村の想定する司法審査の在り方からも窺える。杉村は、裁量基準そのものの審査においては要考慮事項の考慮如何が審査されるとしているが、基準の適用においては考慮事項の観点がなく、実体的な審査がなされるのみである<sup>46)</sup>。つまりここでは、要考慮事項が適切に考慮された適法な裁量基準から逸脱して決定を行う要請が存在するとは考えられていない。このように杉村の意図は構造化の裁量を提唱することにあつた<sup>47)</sup>。

しかし、杉村の言う司法審査の目的は、行政機関が裁量権を恣意に行使して国民の権利利益を侵害することを是正することであり<sup>48)</sup>、排除されるべきは行政機関の恣意である。そして杉村は、裁量権行使の過程における恣意を排除しようとした学説として、渡辺洋三やイギリスのディキンソンの学説を分析したうえで自説を展開している<sup>49)</sup>。杉村が引用する限りではディキンソンの見解において「恣意」の定義が明確にはなされていないから、杉村の見解における「恣意」は渡辺の見解における恣意と同様のものと考えられるのであり、杉村の見解に対しても渡辺の見解に対する分析が妥当しよう。すなわち、仮に恣意の排除を貫徹しようとするならば、裁量基準から逸脱して個別事情の考慮が要請されることがあるはずである。以上より、杉村の見解も、内在的に裁量基準からの

45) 以上につき、杉村・前掲注3)207-208頁。

46) 基準の定立について要考慮事項の考慮如何を審査することは、本稿のいう基準からの逸脱の要請があることを意味しない。基準自体について考慮不十分があれば基準自体が違法となり、基準の適用がおよそ認められないため、これは一律適用が認められるかという問題ではないからである（I 2(1)参照）。

47) 杉村が構造化の裁量を意図していたと考えられる論拠として、杉村が要考慮事項の考慮如何の審査について積極的でないように見える点がある（杉村敏正「イギリス法における行政裁量の濫用に対する司法審査の限度」同・前掲注3)211頁、233頁〔初出1966〕では、杉村自身の態度は不明であるが、イギリス法における要考慮事項の審査に対し疑問を呈するイギリスの見解を紹介している）。また、『『一般的適用のある基準（rules）への裁量の従属』を強調するイギリスのディキンソンの学説』（曾和俊文「杉村先生の行政手続論」杉村敏正追悼『杉村敏正先生の人と学問』163頁、171頁（有斐閣、2014））杉村が影響を受けているとの指摘がある（久保茂樹「杉村先生の行政裁量論」同書149頁、158頁）。

また、杉村敏正「行政裁量」同・前掲注3)245頁、254-255頁〔初出1966〕は、行政裁量を認めることによる、政治・経済・社会の情勢変化への即応性、個別具体的な事案に対する措置の柔軟性の確保を想定している。この部分は、行政機関は情勢変化に対応して裁量基準を定立すると考えれば構造化の裁量と整合する。

48) 杉村・前掲注3)207頁。

49) 杉村・前掲注3)205-207頁。

逸脱の要請を含むものであったと言える。

### (3) 第二の揺らぎ——手続的審査方式

手続的審査方式と称される裁量統制手法を提唱したいわゆる「白石コート」の裁判官ら（白石健三・町田顕・濱秀和）は、裁量基準を介した審査方式を一つの重要なひな形として議論をしていた<sup>50)</sup>。彼らは、行政機関が裁量基準を設定しそれを適用するという裁量行使過程を想定したうえで、その裁量行使について手続的な側面から司法審査を行おうと試みたのであって、そこでは裁量基準を設定しそれを一律に適用するという構造化の裁量概念が想定されていると思われる<sup>51)</sup>。

ここでは、手続的審査方式を提唱した論者のうち裁量概念そのものについて議論をし、石井良三の見解に賛同している町田顕の見解について検討を加える。町田によれば、行政機関は裁量権を適正に行使するために、具体的な行政処分に関する判断・決定を規律する客観的な基準を設定し、この基準に従って行政処分を行わなければならない。しかし、法律が行政機関の裁量権を認めるのは、法の内在的目的に反しない限り、行政機関の専門技術的知識経験ないしは公益判断に基づいてこれが運用されることが、行政目的の達成のために必要であるということによる。したがって、行政機関は、法の内在的目的に反しさえしなければ、裁量基準たる通達の内容を独自に決定する権限を持つと述べる。そして端的に、行政機関の裁量権とは、法規の実現しようとする行政目的達成のために必要な諸条件の判定に当たり、複数存在しうる裁量基準の

中から特定の基準を選択する権限を指すとして、石井の論攷を引用する<sup>52)</sup>。

このように石井の見解と基本的な裁量概念は共通するため、町田の見解も構造化説に分類することが可能である。しかし町田の見解は、石井の見解とは異なる特徴がある。それは、裁量基準の定立根拠について適正手続の保障を根拠とすること、そして適正手続の見地からの司法審査を提唱し、石井の見解に比べ裁判所による裁量統制をより詳細に論じていることである<sup>53)</sup>。町田は裁量基準の定立・適用についての司法審査につき、以下のように述べる。まず、通達（裁量基準）そのものについて、「通達が法規の実現しようとする行政目的と客観的機能関連をもつかということ、つまり、法規の趣旨よりして、本来考慮してはならない事項を基準とし、または、当然考慮すべき事項を基準としていないかが審査され」、次に適用段階について、「個々の行政処分について、通達の適用が客観的であったかどうか」が審査される<sup>54)</sup>。通達の適用段階における「客観」の意味が必ずしも明らかではないが、「客観」の意味は通達自体の審査の方法の中で最も明確に説明されているため、それと同様の意味であると理解してよいであろう。つまり、町田の見解では、通達の適用段階においても客観性、すなわち要考慮事項の考慮如何や他事考慮の有無が審査されるのであり、裁量基準の他に要考慮事項があればそれを考慮するべく基準からの逸脱が要請されるということが内在的に含まれる<sup>55)</sup>。このように、町田の見解は石

50) 位野木ほか・前掲注3)21-27頁。

51) 位野木ほか・前掲注3)27頁〔白石健三発言〕は、「たとえば、申請者の住居から一〇〇メートルの所に車庫がなければならないというような基準を設けた場合……それが合理的であると認められるならば、一〇一米のものを免許しないのはけしからんというような攻撃の仕方に対しては、裁判所は、これを取り上げてやる必要は無い」と述べ、設定された裁量基準からの逸脱が要請されることを想定していないように思われる。また、濱・前掲注3)同頁は、「行手法のもとにおいて、行政庁が個別の事案について審査基準を柔軟に適用することは（かつて、このような議論があった）、適正・公平な手続により処分を受ける申請人の手続的権利を侵すもので許されることはない」と言う。

52) 以上につき、町田・前掲注3)49-51頁。森田寛二「法律の概念」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学4——契約』83頁、100-101頁（岩波書店、1983）は、町田の見解を通達の法規性を承認するものと理解する。

53) 町田・前掲注3)48-49頁。町田・前掲注3)51頁注3では、渡辺洋三・杉村敏正の論攷が引用されている。

54) 以上につき、町田・前掲注3)50頁。

55) 基準の適用段階についても要考慮事項の考慮如何を審査するという点で杉村の見解とは異なる。

また、王・前掲注16)「(4)」352-354頁は、「手続的審査方式」の発展形態が考慮事項に着目した「判断過程審査方式」であると分析する。

井と同様の裁量概念に立つという姿勢を見せつつも、基準からの逸脱の要請を内在させるという点で石井の裁量概念を換骨奪胎し、個別化説へと舵を切った見解であると評価できる。

#### (4) 評価

本節では、わが国において、裁量を要件設定の自由ないし基準設定の自由と解し、個別事情の考慮のために裁量が与えられているということについて否定的な学説が存在していたことを明らかにした。しかし、石井良三の見解を除くこれらの見解は、その根拠に照らすと個別事情の考慮へ傾く契機を内在的に含んでおり、裁量を基準設定の自由と解することへの理論的な説明には成功していたと言いはない。それゆえ、構造化説として一貫していたのは石井の見解のみであったと理解できるため、以下では構造化説と言う場合、石井の見解のみを指すこととする。

## 4 個別化説

### (1) 事案の特殊事情審査義務説

以上のような構造化説の提唱とその揺らぎの展開に対し、明示的に裁量を最適選択と理解する学説が登場することになる<sup>56)</sup>。そのような、個別化説と分類できる見解として、まず事案の特殊事情審査義務説が挙げられる。

これは、フランス法を研究対象とする論者によって日本に紹介されたものであり、事案の特殊事情審査義務とは、裁量基準の適用に当たって、裁量基準に盛り込まれていない考

慮事項についても考慮しなければならないとする法理である<sup>57)</sup>。この法理の紹介により、フランスでは裁量権は個別の事情の探求であるという価値観が存在することが明らかになったが<sup>58)</sup>、この価値観を最も徹底し<sup>59)</sup>日本法においても導入するのが小早川光郎の見解である。この見解は、裁量の本質を基準の探求であるとする。すなわち、小早川によれば、「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こと」が裁量である<sup>60)</sup>。小早川の用語法における「基準」は、立法や訓令・通達に限らず、照会に対する回答や閣議決定、国会答弁や内閣法制局意見等により示されることからすると、「一般的な規範」という意味での基準ではなく、「判断のよりどころ」という意味での基準と理解されるべきである。つまり、小早川の裁量概念は、判断のよりどころを一定のものとして固定してはならず、常に最適な「よりどころ」を探求せよというものである。そうすると、まさに個別事情の考慮こそが小早川の裁量概念の中心をなすことになる。小早川と佐々木惣一の見解には思想の系譜が指摘されており<sup>61)</sup>、また小早川自身が佐々木の見解を引用している<sup>62)</sup>のであるが、小早川は佐々木の見解を、行政機関はその行政の活動の直接の標準として何が最善の公益に適するかの基準を探求し続けると捉えたいうで参考にしたものと考えられる。

事案の特殊事情審査義務説では、裁量基準の一律適用は当然には認められず、基準から

56) 本稿は学説史上の見解を整理し対立点を発見することに重点を置いたため、いかなる事情により裁量概念の理解が変化したのかを明らかにすることができなかった。

57) 阿部・前掲注4)184-187頁, 194-196頁。交告・前掲注4)「(3・完)」144-145頁, 大貫・前掲注4)「(1)」114頁。なお、フランスにおいて事案の特殊事情審査義務の発現形態は様でないという指摘があるが(大貫・前掲注4)「(2・完)」111頁), 本文には同法理の最も基本的な内容を記した。

58) 事案の特殊事情審査義務の根拠づけを法解釈論に求める理解があること、この理解の論者も裁量論の観点からの説明を必要と認識していることについて、前掲注12)参照。

59) 小早川の他には、互理格の提唱する「最良の判断条件充足義務」も同様の裁量概念と解される。互理・前掲注29)343頁以下, 交告・前掲注37)272頁参照。

60) 小早川・前掲注24)「基準・法律・条例」391-394頁, 同・前掲注5)21頁, 同「行政法制度改革の基本的な視点」『行政法制度改革で、わたしたちは何をすべきか 第2ステージの行政訴訟改革』4頁, 14頁(現代人文社, 2006)。交告・前掲注37)271頁も参照。

61) 王・前掲注10)827-828頁, 交告・前掲注37)272頁。

62) 小早川・前掲注24)「基準・法律・条例」395頁注18, 注21, 同・前掲注5)18-21頁。

の逸脱が裁量によって基礎づけられるから、この見解は個別化説に分類できる。

わが国において裁量基準の定立・適用が恣意の抑制という観点から好意的に受け止められることが多かったことに対し、事案の特殊事情審査義務説の論者の狙いは、裁量基準の一律適用の問題を喚起することにあつた。裁量概念を個別の事情の探求という形により純化させ、一律適用はむしろ不合理をもたらすことを提示したという点に大きな意義がある。しかし、学説史上裁量概念が個別の事情の探求であることは必然ではなかったことを踏まえると、なぜ裁量概念を個別の事情の探求と理解できるのか、理論的な根拠を明らかにする必要がある<sup>63)</sup>。この見解の裁量概念は、法律によって与えられた裁量を行使するにあたり、裁量基準の設定のみで必要な考慮がなされたわけではなく、より広く考慮事項を検討することを要求するという形で考慮事項に着目することから、本節(4)で後述する衡量の過程としての裁量の一つの発現形態として理解することが可能である<sup>64)</sup>と考えられる。

## (2) 自己拘束論

裁量を最適選択のために与えられたものと

理解する見解として、次に、自己拘束論が挙げられる。この見解はドイツ法を研究する論者によって提唱されたものであり、裁量基準は行政規則であつて委任なくして定立されるものであるから、法規たる性質を持たず、国民・裁判所に対する拘束力を持たないという出発点に立つ。しかし、裁量基準が設定されている場合、裁量基準に反したことを理由としてではなく、平等原則や信頼保護の原則を介し、結果的に裁量基準に反した処分が違法となることがあるため、裁量基準には事実上の拘束力が存在すると言う<sup>65)</sup>。ただし、行政機関は事案によっては裁量を行使して基準から逸脱して決定することが要請される<sup>66)</sup>。

この見解は、裁量基準と裁量との関係について、平等原則や信頼保護の原則を介して行政機関は裁量基準を原則的に適用することが求められると述べるから、これを行政決定の過程に照射すれば、行政機関は原則的には基準を適用して決定を行えばよいということになる。しかしこの見解は、裁量基準の一律適用を認めない。この見解は、裁量の究極的な目的は個別事例の適切な処理であると考えており、裁量を付与された行政機関は、裁量基準から逸脱することが要請される<sup>67)</sup>。

63) 裁判所が考慮事項の審査を行うことの反射として事案の特殊事情審査義務という現象があるように見えるだけではないか、という考え方もできる。しかし、事案の特殊事情審査義務説においては、裁判所が考慮事項の考慮如何を審査できる理由は明らかではない(小早川光郎『行政法講義 下II』199頁(弘文堂, 2005)は裁判実務において考慮事項の審査をすることが重視されてきていると述べているとどまる)。おそらく、裁量概念として考慮事項の考慮をすることがあるという命題があるゆえに、裁判所が考慮事項の考慮如何を審査できるという論理になるのではないか。そうすると、個別の事情の探求という裁量概念をなぜ採ることができるのか、という点がやはり問題となる。

なお、互理・前掲注29)は、最良の判断条件充足義務という観念を提唱することを通じ、裁量が最適選択の義務であることを基礎づけようとする。確かに、精緻な研究を通じ提唱される最良の判断条件充足義務の存在を以て、個別化説の基礎づけとして十分と結論づけることも可能だろう。しかし、わが国において最良の判断条件充足義務が一般的な法理念であるかについては若干の疑問がある。つまり、互理の分析によれば、考慮事項審査に係る文脈で、わが国における最良の判断条件充足義務の具体的な現れは東京高判昭和48年7月13日行政裁例集24巻6・7号533頁の示す考え方なのであるが(互理・前掲注29)338頁, 344頁)、その考え方は、一般的な法理念ではなく、土地収用法20条3号という個別規定の解釈によって導かれたのではないかという疑問があるのである(村上武則ほか「シンポジウム第二部会 世紀転換期の行政法理論 討論要旨」公法65号232頁, 238-239頁[山下義昭, 山本隆司発言](2003)も参照)。それゆえ本稿は、上記東京高判の事案を超えてより一般的な裁量概念・司法審査の方法の基礎づけを考察するという方向性を採る。

64) 事案の特殊事情審査義務は、衡量の過程としての裁量とも整合することについて、山本・前掲注5)14頁, 20頁注55, 同「行政契約における経済性と政策的要素のウェイトづけ」『判例から探究する行政法』275頁, 285頁(有斐閣, 2012)[初出2010], 同「小括——判断過程統制の諸相」同書293頁, 309頁[初出2010]等を参照。

65) 平岡久「行政基準」『行政立法と行政基準』193頁, 252頁(有斐閣, 1995)[初出1985], 乙部哲郎「行政の自己拘束の法理」『行政の自己拘束の法理——裁量と平等原則——』15頁, 18-21頁(信山社, 2001)[初出1975]。

66) 平岡・前掲注65)251頁, 254頁。

自己拘束論においては、裁量基準を適用しそれをなるべく平等に適用することが恣意性を排除するための方法<sup>68)</sup>であり、例外的に裁量の存在のために裁量基準からの逸脱が要請される。おそらくこの特徴を要因として、自己拘束論は、裁量基準の恣意抑制機能を重視してきたわが国において学説上一般に受け入れられており<sup>69)</sup>、最高裁判例にもこの考え方を前提としていると理解できるものが現れている<sup>70)</sup>。しかし、自己拘束論において裁量の目的が個別事例の適切な処理であることは自明のものとされており、明確な根拠が示されているわけではない。

### (3) 裁量拘束禁止原則説

イギリス法を主たる研究対象とする論者によって紹介されたのが、裁量拘束禁止原則説である。論者によれば、イギリスでは、裁量基準（イギリスにおける「政策（policy）」が裁量基準に対応すると考えられている<sup>71)</sup>が、本稿では単に裁量基準と記す）と裁量行使との関係が論じられてきた<sup>72)</sup>。イギリスでは、裁量は拘束されてはならない、すなわち裁量は柔軟に行使されるべきものであるという原則が判例上確立しており、裁量権限が行使される余地が常に残されていなければならず、裁量基準はその権限が行使されることを妨げるものであってはならないとされている<sup>73)</sup>。そしてこの裁量拘束禁止原則は例外を認められていないようである。

この裁量概念も裁量基準からの逸脱を基礎づけるものである。しかしながら、裁量拘束

禁止原則はイギリスで判例上確立してきた原則であり、理論的にいかなる根拠で個別化としての裁量概念が採用されたのかについては明らかではない。

### (4) 衡量の過程としての裁量説

近時、わが国の判例は裁量審査に際して判断過程の統制という手法を採用することが多いとされている。この考え方を裁量の理解に引き直して説明するのが、山本隆司の見解である。山本は、行政裁量に係るわが国の諸判決を分析し、多くの最高裁判決は「行政裁量を、多様な利益を包括的に衡量し、または多様な事由を考慮する任務として表現し」<sup>74)</sup>していると指摘する。そして、裁量が認められるための必要条件として、「個別の行政手続の具体的な形態が、関係する輻輳した利益・知識・情報を収集し決定にまとめあげるのに適していること」、「法律を適用するために行う必要がある諸利益の衡量および知識・情報の集約が複雑、困難な性格であること」<sup>75)</sup>（傍点原文）が挙げられる。それゆえ、裁量は衡量・考慮の任務として与えられる。さらに、行政裁量に対する裁判所の統制の在り方について、事案を適切に調査・判断し、自らの決定とその過程を公にして説明するという市民に対する行政機関の一般的な義務が基礎となり、行政裁量が存する場合には行政の説明義務に説明特権が重なるため、裁判所は行政機関の論証過程を追試的に検証することとなる<sup>76)</sup>。すなわち、行政機関の判断過程が統制されることが原則となり、そこでは当然要

67) 平岡・前掲注 65)254 頁。ドイツの議論を検討する文脈であるが、大橋洋一『行政規則の法理と実態』64 頁、75 頁（有斐閣、1989）。

68) ドイツにおける自己拘束論とフランスにおける事案の特殊事情審査義務の議論は近似しているようにも見えるが、裁量行使における恣意性の排除のための発想が大きく異なる。事案の特殊事情審査義務説においては個別事情を考慮することこそが恣意性の排除なのであり、裁量基準の定立とその適用は基本的に掣肘される（大貫・前掲注 4）「(2・完)」118 頁）。

69) 宇賀・前掲注 5)293 頁。「自己拘束」という用語は使用しないが、塩野・前掲注 7)118-119 頁、121 頁。

70) 近時のものとして、訴えの利益に関する文脈であるが、最判平成 27 年 3 月 3 日民集 69 卷 2 号 143 頁。評釈の一つとして、桑原勇進「判批」法セミ 725 号 117 頁（2015）。

71) 深澤・前掲注 6)60 頁。

72) 榊原秀訓「イギリスにおける行政裁量基準」名古屋大学法政論集 118 卷 43 頁、44 頁（1988）。

73) 榊原・前掲注 72)44 頁、深澤・前掲注 6)116 頁。

74) 山本・前掲注 5)11 頁、14-15 頁、18 頁。また、同「判断過程統制の構造」前掲注 64)218 頁、224 頁〔初出 2010〕も参照。山本はドイツの衡量原則を念頭においているようであるが、あくまで日本法の分析として提唱している。

75) 以上につき、山本・前掲注 5)12 頁、14 頁。

76) 山本・前掲注 5)17 頁。

考慮事項の考慮如何が審査される<sup>77)</sup>。

裁量基準と裁量との関係については、裁量行使にあたっては諸利益や知識・情報を集約・考慮・衡量する必要があるから、裁量基準に盛り込まれた要素のみを考慮すればよいことにはならず、裁量基準からの逸脱が要請されることになる。

この見解は、裁量行使の要素を分析することで裁量の性格を述べ、個別化説の根拠を明らかにしたことには大きな意義がある。すなわち、裁量は諸利益の衡量・考慮を行政が最適に行うことができるとされて初めて与えられるため、裁量は最適選択義務として付与されることが示されたのである。

### (5) 評価

本節では、裁量を個別の事案の適切な解決のために付与されたものと解し、それゆえ、裁量基準を一律に適用することを当然には認めない学説が登場してきたことを描出した。現在のわが国の学説は裁量が個別の事情の考慮のために付与されたものと理解するものが多数であるように思われ<sup>78)</sup>、理論的な根拠も示されていることを考えると、相当広く受け入れられた見解と考えてよいであろう。しかし、およそあらゆる場合に個別化としての裁量概念を採用するのか、それともある領域では構造化の裁量概念を採用することができるのかという点についてはあまり意識されていなかったように思われる。その観点から議論を展開した見解について、節を変えて検討する。

## 5 併存説

### (1) 概要

これまで概観した学説史上の潮流とは位相を異にするものとして、深澤龍一郎の見解がある。深澤は、イギリス法の裁量拘束禁止原則を紹介するが、日本法の解釈にそれを直接導入することをせずに議論を展開する。そして、裁量について立法に対する裁量と司法に対する裁量を分離し、立法に対する裁量を中心に考察をするという前提を採る<sup>79)</sup>。その前提から、裁量行使の在り方は、構造化と個別化のいずれか一方のみであるという理解をせず、裁量を付与した立法者の意思によって異なると考える。第一に、立法者意思が個別事情考慮義務の賦課である場合には、原則として裁量基準の設定の段階と行政決定をする段階においても個別の事情を考慮する義務が存在すると解する。ただし例外として、行政決定が大量的に行われる場合<sup>80)</sup>は、個別の事情の考慮をすると基準が崩壊し不合理になることから、個別の事情の考慮はしなくてよいとする。第二に、裁量を行政機関に付与した立法者意思が包括的権能の付与であるという例外的な場合には、行政機関は裁量基準を設定し、それを一律に適用するという裁量行使をすることとなる<sup>81)</sup>。注意する必要があるのは、立法者意思が第二の場合であっても、裁量基準の性質は、基準からの逸脱が要請されないが許容される規範であることである<sup>82)</sup>。

77) 山本・前掲注 5)15-16 頁。

78) 常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義——統合過程論的考察」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』235 頁、236-237 頁（有斐閣、2008）、三浦大介「行政判断と司法審査」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』103 頁、109 頁（有斐閣、2008）、藤田由靖『行政法総論』304 頁（青林書院、2013）等。また、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法 71 号 100 頁、106 頁（2009）は、「近時の行政法学は、公益の最善の実現のために認められるものとして裁量を捉える傾向にあ」と言う。

79) 深澤龍一郎「行政訴訟における裁量権の審理」岡田正則ほか編『現代行政法講座Ⅱ 行政手続と行政救済』149 頁、150-152 頁（日本評論社、2015）。行政裁量について立法に対する裁量と司法に対する裁量を区別するという思考方法は近時注目されており（山下・前掲注 11)215-216 頁、高木・前掲注 15)95 頁）、それ自体検討が必要であるが、深澤の見解を検討するに当たっては論者自身述べるように行政裁量の司法審査の在り方には違いが生じないのであり、この前提について本稿では立ち入らない。

80) 東京地判昭和 43 年 2 月 22 日訟月 14 卷 3 号 300 頁参照。なお、後掲注 88) も参照。

81) 以上につき、深澤・前掲注 6)118-128 頁。また、大橋洋一ほか「学界展望」公法 72 号 254 頁、260 頁〔亘理格〕(2010) は深澤・後掲注 122) の文献に触れ、裁量を柔軟に行使する場合と裁量拘束が必要な場合があるというが、深澤の見解と結果的に同一に帰する考え方を示唆するように思われる。

この見解によれば、裁量基準と裁量との関係について、立法者意思が個別事情考慮義務の賦課であるときには大量決定の場合を除き裁量によって裁量基準からの逸脱が要請されることになるが、立法者意思が包括的権能の付与である場合には裁量基準を一律適用することこそが裁量である。

この見解は裁量基準と裁量との関係について学説史上存在する二つの潮流を併存させたことに特徴を有する<sup>83)</sup>。個別事情の探求と一律処理が併存する裁量概念であるから、本稿はこの見解を併存説と分類する。しかし、論者の記述からは裁量概念を併存させるための理論的な根拠はなお不明確であり、その根拠によっては裁量基準の一律適用が可能であるかどうか、また可能であるとしてその条件が変化する可能性があるため、以下検討を加える。

## (2) 併存説の内在的理解

### a 「包括的権能の付与」の意味

深澤は、裁量基準を定立し一律に行使するという態様の裁量は、裁量を付与する立法者意思が「包括的権能の付与」の場合に与えられると述べる。しかし、深澤が言うところの「包括的権能の付与」の意味は必ずしも明ら

かではない<sup>84)</sup>。行政機関に包括的権能が付与されたことから、その行政機関は裁量基準を定立しその一律適用によって裁量を行行使することができるということを導くのは論理必然ではない。包括的権能を字義通り捉えると、その権能を付与された行政機関は裁量行使にあたって個別の事情を考慮しなければならないということも導きうるのである。そこで、論者が立法者意思を二つに分けていることから、「包括的権能」という言葉は「個別事情の考慮としての裁量でない場合一般」を指すものとして用いられていると解するのが妥当であろう。そうすると、「立法者意思が包括的権能の付与である場合」というのは積極的な内容を持つ記述ではなく、構造化としての裁量である場合が存在すると言うためには別の根拠を求める必要がある。

### b 専門的・技術的知見への着目

深澤は、立法者意思が「包括的権能の付与」である場合という章立ての下、具体的には定立される基準の内容を重視している。つまり、①機械的な行政活動が望ましいが<sup>85)</sup>、②専門技術的な知見を用いる行政活動の内容に照らし、法令で規律することが望ましくない<sup>86)</sup>という二つの要素を共に持つ立法者意

82) 深澤・前掲注 79)156 頁注 26。このことは、基準からの任意の逸脱を許容する規範には委任を要さないという見解を主張する深澤が、一律適用できる裁量基準の定立に委任を要求していないことから窺える。IV 2(2)、後掲注 110) 参照。

83) 名古屋高金沢支判昭和 49 年 4 月 5 日行裁例集 25 卷 4 号 225 頁は、「本件条例及び給与規則が任命権者に認めている裁量処分権の実質はこの各職員に対する具体的個別的な成績率の決定そのものにあるのであつて、成績率の段階別による基準を設定することに本来の裁量権があるというものではない」と述べる。この判決は裁量基準の一律適用を否定したが、上記部分を、法の解釈によって裁量は個別的な決定のために与えられる場合もあれば、基準を設定するために与えられる場合もあると理解することが可能であれば、これは深澤の見解と同一の結論に帰する。

84) もっとも、深澤は最判昭和 49 年 7 月 19 日民集 28 卷 5 号 790 頁が、大学は学則制定により在学する学生を規律する「包括的権能」を有すると判示したことから示唆を得て、「包括的権能とは基準設定の自由である」と理解している可能性がある。この判決からそのような理解を導くことができるかは措いて、仮に上記の意味で「包括的権能の付与」という語を使うのであっても、これは裁量とは基準設定であると述べることになり、裁量基準が一律適用できるとの結論の言い換えにすぎない。

85) 深澤・前掲注 6)125 頁。なお、同頁において深澤は、「あるいは、機械的な行政活動が望ましいかどうかにかかわらず」として、立法者が裁量基準の設定とその一律適用を意図する場合を機械的な行政活動が望ましい場合に限らないことを留保しているように読める(初出時と比較してこの部分は加筆されている)。しかし、機械的な行政活動が望ましいわけではない場合には、事案の個別事情を考慮する義務が課されないことについて合理的な説明ができない。そのため、本稿は機械的な行政活動が望ましい領域についてのみ構造化としての裁量が成立すると解する。論者自身も、他の部分の記述では機械的な行政活動が望ましい場合に限定しているように思われる。同・前掲注 6)129 頁、同・前掲注 79)155 頁。

86) 深澤・前掲注 6)125 頁。同・前掲注 79)155-156 頁は、「行政処分の基準を法令の形式で一義的に定立する可能性がおよそ考えられない場合」、すなわち「行政の専門的知識・能力を尊重するため」に裁量が与えられた場合、「個別の事案において、個別事情考慮義務を必ずしも負担するわけではない」と述べる。

思が構造化説の根拠であるとする。深澤は、最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁を分析し、規制法が原子炉設置許可の具体的な安全基準を定めなかったのは、「原子炉施設の安全性に関する基準を具体的にかつ詳細に法律で定めることは困難であるのみならず、最新の科学技術水準への即応性の観点から見て適当ではない」と判示する部分に注目するのである。

専門技術性に着目することに対しては疑問がある。確かに、専門技術的な知見を用いるから法令で規律すべきではないということは上記最判から読み取れる（立法者意思の要素②は満たす）。しかし、裁量基準の一律適用を認めるという結論を導くためには、専門技術的な知見を用いる裁量行使を、機械的な行政活動が望ましい場合、すなわち、およそ一般的に裁量行使にあたって個別の事情を考慮する必要はない場合であると理解することが必要である。そして、このように理解することは説得力を欠くのではないか<sup>87)</sup>。つまり、「最新の科学技術水準への即応性」が要求されるならば、それは機械的な行政活動が望ましい領域ではないと思われる。むしろ科学技術の発展に伴い、個別の事情を考慮するという裁量行使が望ましい場合であると評価すべきと考えられる（立法者意思の要素①を欠く）<sup>88)</sup>。

ただし、深澤は「専門技術的な判断には客観的に正しい結論が一つだけあるはずであ

り、複数の選択が法律上同価値で併存するわけではない<sup>89)</sup>という原田尚彦の考え方を援用するが、これは専門技術的な知見を用いる行政活動は一義的に確定する（機械的に行われるべき行政活動である）という前提を採るとも解される。しかしこの原田の考え方には疑問がある。すなわち、専門技術的な判断であっても政策的な考慮が併存することは当然に想定される<sup>90)</sup>。そうすると、専門技術的な判断の色彩を帯びる裁量判断においても複数の選択が法律上同価値で併存すると考えられる。また、原田の見解が妥当であるとしても、それを援用して一律適用を根拠づけることはできない。なぜなら、仮に客観的に正しい結論が一つ存在することを前提にしても、その客観的に正しい結論には現実問題としてアクセスすることができないからである。例えば、工場のある部品が危険であるかどうかはその時点において客観的に定まるとしても、行政機関はその瞬間においてはそれが危険であるかについて判断できず、一定の時間の蓄積を置いてのみアクセスすることが可能である。そして、ある部品が危険であるかどうかの判断が、時間の蓄積や要素の蓄積、環境の変化などを通じて変化するものであるならば、行政機関が現実にはアクセスした時点では、それらの要素について（ある要素が存在しないなど）特殊な事情が出現することは十分に考えられる。このように考えれば、ある時点で客観的に正しい結論が一つ存

87) 深澤・前掲注79)155-156頁では、行政裁量が与えられる理由として、「行政の専門的知識・能力を尊重するため」と、「行政運営の弾力性を残すため」とが二者択一のものとして考えられているが、そう解すべき根拠はないように思われる。

88) 深澤・前掲注6)127-128頁においては、福岡高判平成4年10月26日行裁例集43巻10号1319頁の分析がなされている。事案としては温泉掘削の申請に対する許可処分において温泉審議会が知事に行った答申が問題となったが、判決は「個々の申請毎に、ボーリング、温泉源の地質調査等個別の実質的に各種調査を実施し、既設の泉源の温度、ゆう出量及び成分への影響等を専門家の鑑定に委ねる等の手続を実施したうえで、知事に答申することが望ましいということにもなろう」として、専門技術的な知見を用いる決定において個別の調査が必要であると述べている。これは、専門技術的な知見を用いる行政決定は機械的な活動が望ましい場合ではないとする筆者の考えに適合的であると理解できよう。深澤はこの判決は機械的な活動が望ましいがそれを法令で規律することができないという根拠で基準の一律適用を認めたと理解するのであるが、そうではなく、個々の審査をしたのでは「莫大な労力、時間、費用を要するため、現在の行政組織をもってしては事実上不可能もしくは著しく困難であるし、また行政処分の迅速性の要請にも明らかに反する」という実践的な根拠によるものと考えられる。深澤の見解からこの判決を説明するならば、立法者意思が個別事情考慮義務の賦課であるが、行政決定の大量性のゆえにその義務が解除される場合に該当するのではないか。なお、大量決定性の議論に対する筆者の理解は、III 2を参照。

89) 原田尚彦「行政裁量論雑感」高柳信一古稀『行政法学の現状分析』193頁、207-208頁（勁草書房、1991）。

90) 高木光「基準と裁量」『技術基準と行政手続』2頁、10頁、13-14頁（弘文堂、1995）〔初出1993〕。

在するとしても、それらの特殊な事情を考慮しなければ適切な判断をすることができないことになる。

また、深澤はこの原田の見解を援用し、あらゆる行政領域において客観的に正しい行政処分は一つだけに定まるという前提を採ったとも解されるが、その考え方を前提にすると「専門技術的な裁量が問題になる場合にのみ一律適用がなされる」という結論が導かれないうことになり、専門技術的な知識経験を尊重する場合にのみ個別事情考慮義務が解除され裁量基準を一律に適用できるという命題の論証には成功しない。さらに、この前提を採ると、およそあらゆる場合に裁量基準の一律適用ができることになり、深澤が個別化の裁量と構造化の裁量を使い分けることと整合しない。

### c 行政機関の地位の特殊性

こうして、構造化の裁量を認める場合の根拠は、機械的な行政活動が望ましいが、行政機関の地位の特殊性に照らし、法令により行政活動を規律することは望ましくないという立法者意思に求められる<sup>91)</sup>。地位の特殊な行政機関として挙げられているのは、大学や審議会である。

立法者意思によって柔軟に裁量を捉える、このような裁量概念は極めて興味深い。

## 6 小括と次章への展開

本章では、裁量概念を裁量基準との関係で分析すると、三つに類型化ができることを示した。そのうち、構造化説と併存説のうち構造化の場合は、裁量基準を設定し一律に適用することそのものが裁量であるとする考え方であり、言うまでもなく一律適用を認める立場である。他方、個別化説と併存説のうち個別化の場合は、裁量概念としては、考慮すべき事情を適切に考慮することが求められるものであり、当然には裁量基準の一律適用を認めない見解である。しかし、裁量概念として

は個別化説に立ったうえで、何らかの条件で一律適用を認めるか、という対立が第二の対立点として存在する。章を改めて検討する。

## Ⅲ. 個別化説内部での対立

### 1 一律適用を否定する立場

個別化説を採ったうえで、裁量基準の一律適用はできないとする見解が一方に存在する。この見解は、個別化説において裁量が付与される趣旨は個別の事案の適切な解決をすることであり、一律に適用できる基準を作成しそれに従うこと、つまり事案の特殊性を捨象して行政決定をすることは裁量が付与された趣旨に反することになることを根拠にする<sup>92)</sup>。

個別化説においては裁量とは最適選択の義務であり、基準の設定以後も最適な選択をするために考慮すべき事項が存在すると想定することは自然である。また、個別化説の少なくとも一部は、一律適用による問題点を指摘することを目的として提唱されてきたことに鑑みると、この立場は個別化説の沿革にも適合的であると言えよう。

### 2 一律適用を肯定する立場

他方、個別化説においても一律適用を認める見解がある。まず、併存説の論者である深澤は、裁量を付与した立法者の意思が個別事情考慮義務の賦課であっても、処分が大量決定である場合には個別事情の考慮が公益に反するおそれがあり、裁量基準を一律に適用することが認められると言う<sup>93)</sup>。この見解を、理論的な根拠は別にして大量決定においては行政効率を確保する必要があるという実践的な配慮から一律適用を認める考え方と解するならば、筆者は、大量決定であるかどうかは個別事情考慮義務の例外の基準として不適であると考える。なぜなら、「大量」決定であ

91) 深澤・前掲注6)125-126頁。

92) 宮田三郎『行政法総論』209頁(信山社,1997)。法律と条例との関係についての文脈であるが、同旨を述べるものとして、小早川・前掲注24)「基準・法律・条例」391-393頁。

93) 深澤・前掲注6)122-123頁,138頁。

るかどうかは程度の問題であり明確な基準ではないからである。つまり、どの程度が大量であり、どの程度が大量でないかの判断をいかにして行うのが不明確であり、個別事情の考慮という原則的な義務を変更するためには不十分な基準であって採用し難い。このように、深澤の見解を実践的な配慮から一律適用を認める見解と解した場合に問題が生じる以上、別の捉え方をすることができないか。深澤は当初、大量決定であるかどうかを「裁量基準の設定の段階で個別の事情を考慮する義務が履行された」例の一つとして扱っていた<sup>94)</sup>。それゆえ、深澤の大量決定に関する議論は、一律適用を認めるための理論的な議論の一環であったと解することができる。この理解を敷衍するのが常岡孝好の「個別事情を考慮済みの基準が設定された場合」を考察する見解であり、以下では深澤の見解を常岡の見解に還元して考えることとする。

常岡は、裁量概念として個別化説を採る場合でも、個別事情を考慮済みの具体的な合理的な裁量基準が設定されたとき、当該基準の適用段階において改めて個別事情を考慮する必要は無いと言う。また、根拠法の趣旨に合致した合理的な裁量基準自体が、典型事例・標準事例だけではなく、非典型的・非標準的事例をも念頭においた十分詳細で十分具体的な基準となっているときには、この裁量基準は根拠法に限りなく近い存在に転化しているのではないかと述べる<sup>95)96)</sup>。

また、交告尚史は、不確実性へ対処するために裁量基準を設定する場合には、その裁量基準を一律に適用するしかない、という考え方を示す<sup>97)</sup>。この見解は、不確実性への対処が必要となる裁量決定について、不確実性を含む部分は要考慮事項とならないと主張していると考えらるべきであろう。すなわち、不確実性を含む部分は考慮しても構わない事項

94) 深澤龍一郎「裁量基準の法的性質と行政裁量の存在意義(2・完)」民商128巻1号1頁,28頁(2003)[同・前掲注6]所収。

95) 常岡・前掲注6)「(下)」159頁注132。同頁では、「裁量基準の構成要素として解釈基準が混入している」場合についても触れられているが、これは解釈基準の適用の問題であり、裁量基準の一律適用を扱う本稿の対象ではない。

前提となる常岡の裁量概念については、常岡・前掲注78)236-237頁参照。なお、常岡・前掲注6)「(下)」159頁注132は一律適用できる裁量基準が授権されることも想定しており、この部分からは常岡が併存説を採るとも考えられる。しかし、併存説を根拠づけるためには、いかなる場合に一律適用できる裁量基準が授権されるか等についてさらに踏み込んだ説明が必要であるが、常岡はその点を論じていない。また、仮に常岡の見解を併存説として理解する場合、個別化説に親和的な常岡・前掲注78)同頁の言明と整合するかは必ずしも明らかでない。ここでは、常岡・前掲注78)同頁でより詳細に主張を展開していることから、常岡は個別化説を採用していることを前提とする。

また、常岡孝好「司法審査基準の複合系——行政裁量論の転換を目指して——」原田尚彦古稀『法治国家と行政訴訟』357頁,396-397頁(有斐閣,2004)は、「前裁判的に行政裁量の存否が決定できるという見解」を採用しないと、この部分からは常岡の裁量論には本稿の分析軸では説明できない部分があるようにも思える。しかし第一に、この主張はアメリカ法の分析の結果を述べたものであり、日本法については、「各種司法審査基準の適用の問題として行政裁量の問題を再構成することを提唱したい」とされているにとどまる。第二に、この主張と、行政過程における裁量権行使を念頭においた常岡・前掲注78)の議論は、「裁量が付与されたと思慮する行政機関は在るべき裁量権行使の仕方に沿って裁量権を行使しなければならないが、裁量権の存否が最終的に確定するのは司法審査の結果による」として、整合的に理解できる。このように考えれば、常岡の見解においても裁量行使の在り方を語ることは問題ない。

96) 阿部・前掲注3)18頁は、「基準である以上、機械的に適用できなければ役に立たない……したがって、基準が本当に合理的であれば、機械的に適用してよいはずである」というが、論者が明示するように問題の本質は基準が本当に合理的であるかという点にあり、合理性の程度は考慮事項をどの程度網羅的に掲げているかということに依存するから、結局は基準設定段階において個別の事情を考慮し尽くすことができるかという問題に帰着するであろう。

さらに、門脇・前掲注12)88頁は、法解釈論上の問題として扱うものの、フランスの事案の特殊事情審査義務説を検討する。そして、裁量基準が上位規範の趣旨を実現するようなものである場合には、事案の特殊事情審査義務は解除されるという。上位規範の趣旨を実現するということは、上位規範の指示する考慮事項を網羅的に示した基準を設定したということであるから、これも常岡の見解と同趣旨であろう。

97) 前提となる交告の裁量論を含め、交告尚史「不確実性の世界の行政法学」法教361号16頁,18頁(2010),同・前掲注37)271頁,285頁。また、前掲注88)の福岡高判を参照。

(または考慮してはならない事項)とされ、当該決定における要考慮事項を考慮した裁量基準を定立すれば、裁量決定において考慮すべき事情をすべて考慮したと言える場合になるのであって、この場合には裁量基準は一律適用できる(または一律適用しなければならない)との主張であると解釈できる<sup>98)</sup>。

このように考えると、深澤・常岡・交告らの見解は、法の解釈によって導かれる考慮事項を考慮し尽した裁量基準を定立することができれば、それを一律適用できると主張する見解と理解できる。これらの見解は、最適選択の義務という裁量概念から直ちに結論を導くのではなく、最適選択の義務が果たされた場合とはいかなる場合であるのかという、より具体的な局面を想定して例外を認めようとするものと言えよう。つまり、II 5で概観した併存説を採ったときの結論と現象的には一致するが、裁量概念のレベルでの議論を行わないという点で議論の次元を異にしている。

本章1と2で概観した立場は、以下の二点において対立している。第一に、定立段階において考慮を尽くした裁量基準に従って決定をすることは裁量が付与された趣旨に反するのか。第二に、事実上の問題として、基準の定立において考慮を尽くすことができるのか。一律適用を認める見解は、定立段階において考慮を尽くすことができることを前提としているはずである。

#### IV. 委任の要否の対立

II, IIIでは裁量権に関する対立点が存在してきたことを示した。しかし、裁量基準の一

律適用についての議論には、裁量論以外の対立点も存在する。本章では、第三の対立点として委任論をめぐる議論を示す。

### 1 基本構造の成立

前提として、裁量基準(を含む行政規則)と議会による委任との関係を簡単に確認する。この関係については既に精緻な分析があるため<sup>99)</sup>、ここでは代表的な理解を挙げるにとどめる。行政規則の定義は「行政機関の定立する定めであるが、国民の権利・義務に直接関係しない、つまり、外部効果を有しないもの」<sup>100)</sup>であり、「行政規則は法律の根拠なくして行政機関が自由に定立することができ、また、行政規則をめぐる紛争は裁判所によって取り上げられないことになる。」<sup>101)</sup>そして、裁量基準は行政規則の一類型として挙げられる<sup>102)</sup>。

この理解を踏まえると、以下のように裁量基準と委任に関する基本構造を整理できる。すなわち、「法律の法規創造力の原理から、議会による委任を受けた法規命令でなければ法規を定立することはできない(外部効果を持つことはない)<sup>103)</sup>。行政規則の一類型たる裁量基準は、議会による委任に基づくことなく行政機関によって作成されるもの<sup>104)</sup>であり、外部効果を有しない。」

### 2 対立点の形成——委任と裁量基準の関係

#### (1) 学説の分析

この基本構造の存在を踏まえて、以下で

98) 交告によれば、不確実性は「どれだけ調査ができるかということの関数」(交告・前掲注97)17頁)とも言え、科学技術的知見を尽くした調査を行った先に存在する。それゆえ、何が要考慮事項であるのかは常に一定であるわけではない。ある時点まで不確実性を含むとされていたために裁量的考慮事項であったものが、科学技術の発展に伴って要考慮事項となる可能性には留意が必要である。後掲注138)も参照。

99) 明治憲法下の諸見解から田中二郎の見解までについて、大橋・前掲注67)3-15頁参照。

100) 塩野・前掲注7)111頁。この定義は、田中二郎『新版 行政法上巻(全訂第2版)』166頁(弘文堂、1974)の記述と内容的にほとんど同一である。

101) 塩野・前掲注7)111頁。

102) 塩野・前掲注7)112頁, 117頁。

103) 塩野・前掲注7)77頁, 芝池義一『行政法読本(第3版)』90頁(有斐閣、2013)。

104) 大橋・前掲注67)15頁, 平岡久「『法規』に関する若干の考察」同・前掲注65)109頁, 139頁〔初出1984〕は、従来の行政規則と法規命令の区別が委任の有無という観点によってなされていたことを指摘し、行政規則の定義に委任の観点を明示的に取り込む。

は、裁量基準の一律適用の可否について述べた学説を検討する。

一律適用を肯定する見解の論者は、裁量基準が行政規則の一類型であって議会による委任がないという基本構造を前提にすると解される<sup>105)</sup>。この立場を明確に示す阿部泰隆は、裁量「基準は法規命令でなく、たんに行政の内部的審査基準にすぎないから、それを機械的に適用するのは硬直的・形式的にすぎるかが問題となる。」「しかし、基準である以上機械的に適用できなければ役立たないのであって……基準が本当に合理的であれば、機械的に適用してよいはずである」<sup>106)</sup>と述べる。そして、「結論的にいうと、基準と法規の差は、裁量基準においては、特別の事情があるかぎり法規に基づくことなく、役所の方からは例外を認めうるのに対し、法規の場合は特に例外を認める規定がないかぎり例外的解釈はできないのが原則といった点」<sup>107)</sup>と言う。では、一律適用を否定する立場の論者は、この基本構造に対しいかなる立場を採るのか。

一律適用を否定する論者のうち、小早川光郎は、行政手続法5条の「規定は、決して行政庁に独立命令権を認めているわけではないので、機械的な基準を立てるということは本来いけないこと」<sup>108)</sup>と述べており、小早川はこの基本構造を前提にしていると考えられる。つまり、「機械的な基準」は法規にあたるから、独立命令権が認められない限り行政

庁が独自に定立することができるものではなく、現行憲法下では独立命令は認められない<sup>109)</sup>ため、委任なくして機械的な基準を定立することはできないという見解である。一律適用を否定する見解の中で、小早川の他に裁量基準と委任との関係について明示的に述べたものは見当たらないが、明示的に述べていないということは、裁量基準が委任なくして定立されるものであるという基本構造に異を唱えていないと考えるべきであろう。いずれにせよ、少なくとも、一律適用を否定する見解のうち一部は裁量基準に係る従来の基本構造を前提とし、裁量基準には委任がないことを根拠に一律適用を否定する。

この学説の展開は興味深い議論構造を示す。つまり、一律適用を肯定する立場も否定する立場も、裁量基準には委任がないという点については合意があるが、しかし結論は二派に分かれるのである。

## (2) 対立点の形成

以上の展開から、裁量基準を一律適用するためには、一律適用を肯定する見解は委任が不要であるという前提を採り、一律適用を否定する見解（の少なくとも一部）は委任が必要であるという前提を採っていたということが分かる。つまり、「一律適用できる裁量基準の定立には議会による委任が必要であるのか」、という対立点が存在していたことが明らかになる。この方向性を明確に示すのが、深澤龍一郎の見解である。一律適用を肯定す

105) 石井・前掲注3)「(3・完)」459頁、杉村敏正『行政法講義総論(中)』7頁(有斐閣、1963)、位野木ほか・前掲注3)22頁〔白石健三発言〕、町田・前掲注3)30頁は、表現は異なるものの、いずれも裁量基準が行政の内部規範にすぎないことを言うものである。もっとも、一律適用を認める近時の見解は、後に触れる深澤の見解を除き、委任の観点から明確な考察をしていない。交告・前掲注4)「(1)」137-140頁は、フランスにおいて行政立法権の所在との関係で議論があることに触れる。しかし、これが「特殊フランス法的解決」と位置づけられていることからすれば(同論文136頁)、日本法における見解としては提出されていないとみるべきであろう。

106) 以上につき、阿部・前掲注3)17-18頁。また、阿部は他の著作においても裁量基準は行政規則であって委任がないことを前提としている。同『行政の法システム(下)(新版)』647頁(有斐閣、1997)、同『行政法解釈学I』275頁(有斐閣、2008)。

107) 阿部泰隆「行政裁量と行政法学の方向」日本行政学会編『年報行政研究18 日本の行政裁量——構造と機能——』113頁、127頁(ぎょうせい、1984)。ただし、この記述は阿部・前掲注3)からは削除されていることに注意が必要である。

また、近時の著作においては、裁量基準の一律適用について否定的な記述もある。同『行政法再入門(上)』234頁、269頁(信山社、2015)。しかし、現在の論者の立場とは独立に、過去に示された見解を吟味することは学説史の分析においては必要であると考えられる。

108) 小早川編・前掲注8)211頁〔小早川光郎発言〕。

109) 小早川光郎『行政法 上』92頁、108頁(弘文堂、1999)。

る論者である深澤は、「委任立法とは法的拘束性を有する（それゆえ一律に適用しなければならない）規範であるから、理論的には、行政機関は法律の明示の授權なしに法的拘束性を有する（それゆえ一律に適用しなければならない）規範を定立することは許されないといえども、一律に適用できる規範を定立することが許されないとはいえないはずである」<sup>110)</sup>と言う。他方、この深澤の見解において述べられている通り、一律に適用しなければならない規範は法律や法規命令と同様の効力を持つもの<sup>111)</sup>であり、「法規」としてその定立に議会による委任が必要であることに争いはない<sup>112)</sup>。以上より、一律に適用できる裁量基準、すなわち「基準から逸脱せよという要請が生じないが、基準から任意に逸脱できる規範」に委任が必要であるのか、という対立点が学説において存在するのである。

しかしながら、この対立点は裁量概念をめぐる議論と比較してほとんど議論がなく、その存在すら十分意識されていたとは思われない<sup>113)</sup>。

## V. 中間総括と更なる問いの獲得

### 1 中間総括

II, III, IVにおける検討の結果を要約すれば、以下ようになる。裁量基準の一律適用に関する学説の対立点は三つ存在する。第一の対立点として、裁量権の概念は、構造化説と、個別化説、併存説という三つが存在するが、いずれの裁量概念に依拠するか。第二

に、裁量権の概念として個別化説を採用したうえで、一律適用を認める例外を想定しようとする見解と、そうでない見解があるが、いずれが妥当か。第三に、一律適用できる裁量基準の定立には議会による委任が必要か。そして、第三の対立点はその存在も十分に認識されてきたとは言えない。

さて、裁量基準の一律適用の可否に決着を付けるという本稿の課題を達成するためには、第一・第二の対立点に決着を付けることが必要であることは明らかである。なぜなら、第一・第二の対立点においていずれかの立場を採ることは、裁量基準の一律適用の可否についての結論へと直結するからである。

他方、第三の対立点が、本稿の課題の達成のために必ず検討しなければならないものであるかは自明でない。確かに、裁量基準を用いた行政決定には、基準を定立して適用するという過程がある以上、委任と裁量の両方の観点から問題を検討することはできる。しかし、仮に一方の観点からの検討で決着がつかのならば、もう一方の観点を持ち出して検討する必要はない。つまり、裁量概念として個別化説を採り個別化説においても一律適用を認めない論者が、改めて委任の観点を持ち出して委任の観点からも結論は是認されるなどと論じることには意味はないのである。その限りで個別化説の論者が委任の観点から議論をしていないことには理由があった。もちろん、むしろ委任の観点を中心に据え、委任の観点から決着がつけば裁量の観点からの議論は不要であるという思考方法も採ることはできるが、裁量論を中心に議論が蓄積してきた以上、これはあまりに従来の議論への接続を

110) 深澤・前掲注 6)116-117 頁。この部分は直接的にはイギリスの行政法学者 Galligan の見解に対する反論であるが、深澤の基本的な立場を示していると考えられる。なぜなら、「一律に適用しなければならない規範」と「一律に適用できる規範」の区別はイギリス法に特有のものではなく、深澤が特殊イギリス法的文脈を念頭に置いてこの見解を述べているとは解し難いからである。

111) 平岡久「行政立法」同・前掲注 65)1 頁, 19 頁〔初出 1984〕は、行政立法（法規命令）の持つ対外的拘束力の内容・程度が様々であると指摘するが、これは拘束力がおよそない場合もあるということであり（同・前掲注 104)127 頁注 26 参照）、法規命令の中に基準からの任意の逸脱を認めるものがあるという趣旨ではないであろう。

112) 宇賀・前掲注 5)289 頁。後掲注 117) も参照。

113) 平岡久「行政基準」前掲注 65)193 頁, 251-252 頁〔初出 1985〕は、一律適用を否定する理由の一つとして裁量基準が行政内部規範であることを挙げており、委任の観点を意識しているかに思えるが、一律適用のために委任が必要であるかどうかについて対立点が存在したことには触れるところがない。例外的に、山本・前掲注 64)「行政契約における経済性と政策的要素のウェートづけ」285 頁注 17 はこの観点からの検討の必要性を説く。

欠く思考方法であろう。

このように考えると、裁量基準の一律適用の可否に結論を出すという本稿の課題を解決するためには、裁量論の観点からの検討で十分ではないのか、委任の要否という対立点について結論を出す必要があるのか、という疑問が生じる。そこで、本稿が次に行うべき作業を確定するに当たり、委任の要否という対立点には意義があるのかをここで検討する必要がある。

## 2 委任論の位置付け

### (1) 法律による行政と通達による行政

一律適用を否定する立場を採る論者からすれば、委任論の観点から考察することは必須ではないことは先に述べたとおりである。では、一律適用を肯定する立場を採ろうとする場合はどうか。この場合の裁量基準は、一律に適用される基準として重大な機能を果たしていることに注意が要る。

行政規則が現実に果たしている機能の重要性については夙に指摘がある。この「通達による行政」と呼ばれる現象が検討されたのは、通達が外部効果を持たない規範であることを前提としつつも、その現実的機能の大きさに鑑みて何らかの手当てが必要ではないか、という問題意識によるものである<sup>114)</sup>。この現象に対し、従来は、法律による行政の原理と矛盾抵触しない範囲においてのみ行政規則の現実的機能を許容することで解決が図られてきた<sup>115)</sup>。今日においても、法律による行政の原理を形骸化させてはならないという基本的な要請から、行政規則の機能が法律による行政の原理と矛盾抵触する範囲におい

ては、その現実的機能には何らかの手当てが必要であることになる<sup>116)</sup>。本稿の問題に即して言えば、裁量基準に法規命令やそれに近い機能を認めることは法律による行政の原理と矛盾抵触するのではないか<sup>117)</sup>、それに対しては何らかの手当てが必要なのではないか、という疑問が生じる。

より具体的には以下の局面で問題が顕在化する。裁量決定を裁判所が審査するときには、裁量基準それ自体の合理性と、裁量基準への事実の当てはめという二段階に分けて審査が行われる。それぞれの段階においては要考慮事項の考慮如何、他事考慮の有無が審査される<sup>118)</sup>が、第一段階の審査において、「(要) 考慮事項を全て網羅した完全な裁量基準である」ことを裁判所が認定し、第二段階の審査においては個別事情考慮義務の発生如何についてはおよそ検討しない、という審査をすることができるのか。それは、裁量基準が法令と同様に機能することを認めることにならないか。

### (2) 自己拘束論による説明とその限界

上記の疑問に対しては自己拘束論による説明が考えられる。つまり、あくまで裁量基準には法的拘束力がなく、法令と同様に機能するとはいえ、それは事実上の機能にすぎないため手当てする必要は無い、という説明である。しかし、自己拘束論が提唱されたドイツにおいても、行政規則が持ちうる機能は法規と異なったものであることを条件として認められていたのであり、行政規則が法規と同様に機能することについては自己拘束論によっても許容されえない<sup>119)</sup>。それゆえ、裁量基準が法規命令と同様の機能を持つことについては自己拘束論の見地から正当化することが

114) 田中二郎「法律による行政と通達による行政——行政通達の使命とその限界——」『司法権の限界』293頁、295頁、300頁(弘文堂、1976)〔初出1956〕。

115) 田中・前掲注114)304頁。

116) 租税法の領域について述べた文脈であるが、塩野・前掲注7)115-116頁。

117) 学説においては既にこの問題が指摘されている。深澤龍一郎「補論——行政基準」前掲注6)141頁、151頁〔初出2011〕、宇賀・前掲注5)289頁は法規命令と同様の効果を裁量基準に認めることを明確に否定する。問題が存することを指摘するものとして、塩野宏＝小早川光郎編著『日本立法資料全集105 行政手続法制定資料(3)〔平成5年〕議事録編Ⅲ』1382-1383頁〔塩野宏、小早川光郎発言〕(信山社、2012)、塩野・前掲注7)118頁。

118) 常岡孝好「行政裁量の判断過程の統制」法教383号14頁、21頁(2012)。

119) 平岡久「行政規則の法的拘束性」『行政法解釈の諸問題』243頁、267-271頁(勁草書房、2007)〔初出1980〕。

できない。また、基準からの逸脱が要請されないが許容される裁量基準は、自己拘束論では法規と異なった機能を持つと理解される。しかし第一に、自己拘束論が、逸脱が要請されない基準を想定しているかは必ずしも明らかでない<sup>120)</sup>。第二に、仮に逸脱が要請されない基準が想定されていたとしても、自己拘束論は法規との差異で結論を導こうとする考え方であり、「法規」の定義が議論の前提となっている。そして法規をいかに定義するかについては、自己拘束論の内部では解決しえないのである。

### (3) 委任論の観点の必要性

以上より、裁量基準の一律適用を認めることには法律による行政の原理との抵触の可能性から正当化の必要性が生じる可能性があり、これに対しては自己拘束論による説明も成功しないことが明らかになった。そしてここにおいて、委任論の観点が意義を持つのである。

第一に、法律による行政の原理と通達による行政の抵触の問題について、委任論はまさにこの問題を扱うものである。つまり、法律による行政の原理のうち法律の法規創造力は、法律のみが法規を定立することができ、行政が法規を定立することは委任がある場合を除き認められないことを言うもの<sup>121)</sup>であり、法規とは何か、法律にのみ認められる効力がいかなるものであるのか、行政規則が法律の規律領域を侵す場合はいかなる場合であるのかが委任をめぐる問題として検討される。第二に、第一から明らかであるが、行政規則が法令の規律領域と抵触する場合には対処が必要となり、その対処の方法は議会による委任を要求することである。委任が存在す

れば、裁判所による審査において、裁量基準が法令と同様の効力を持つことには説明がつく。第三に、対処の方法が適当であるかどうかという問題についても、委任論は委任の方法・限界という観点から、議論の場を提供できる。

以上より、裁量の概念として構造化説、併存説を採った場合や、個別化説を採ってなお一律適用を認める場合に、委任の観点からの検討は一律適用を正当化できるかという視点から必要な作業であると言える。

## 3 更なる問いの獲得

以上より、次章における検討では、Ⅱ～Ⅳにおいて提示した三つの対立点のいずれにも決着を付けることが必要となる。この作業は次に示す三つの問いに解答することで行われる。第一に、裁量概念の理解で提示した三類型のうち、いずれが妥当であるのか(Ⅵ1)。第二に、裁量の概念として仮に個別化説が妥当であるとして、その場合にも一律適用は可能か(Ⅵ2)。第三に、第一・第二の対立点の検討の結果、裁量基準の一律適用ができる可能性が生じたとして、一律適用できる裁量基準の定立には委任が必要であるか。委任が必要であるとして、裁量基準には委任を見出すことができないか(Ⅵ3)。

## Ⅵ. 検討

### 1 裁量の概念の理論的検討

#### (1) 構造化説

まず構造化説については、既に述べた通

120) 平岡・前掲注 119)259-261 頁, 270-271 頁, 宮田三郎「行政規則の拘束力について」朝日法学論集 27 号 1 頁, 35-36 頁 (2002) は、逸脱が許容されるという点で法規と行政規則を区別するが、逸脱が要請されない行政規則をも想定した議論ではないように思われる。

121) 宇賀・前掲注 5)27 頁, 塩野・前掲注 7)77 頁。なお、新たな法規の創造は立法権の専権に属するという「専権的」の要素は法律の留保の一内容をなすとの考え方から、「専権的」という点では法律の法規創造力の原則を独立に論ずる必要はないという指摘がある(藤田・前掲注 78)57-58 頁)。本稿にはこの指摘の可否を論ずる余裕はないが、ここでの問題は、行政機関がある規範を委任なくして定立することの可否であり、なんらかの行政活動をするための根拠の要否を問う法律の留保の観点からの検討よりも、法律の法規創造力の観点からの検討の方が問題状況を直截に表現するものと考えられる。もっとも、法律の法規創造力の独自性を否定し法律の留保に一元化しても、委任が必要な規範が法規に限られなくなる可能性が生じるのみであり、委任の観点が必要であることには変わりがない。

り、石井説を除き内在的に個別化の裁量概念へと展開する契機を含んでいたものであり、むしろそれらは個別化説として理解すべきである。そこで問題となるのは石井の見解である。石井の裁量論の基礎をなすのは、「自由裁量は、行政庁が具体的の場合に何が最もよく公益に適合するかを自己の判断で裁量し、決定する作用である。こうした裁量をし、決定をするには、そこに自づから一定の基準がなければならない」とする考え方であった。この基本的な考え方を基にして、裁量基準の一律適用を認めるためには二つの命題が共に成立する必要がある。すなわち、第一に、裁量行為において設定した裁量基準は具体的な要件として作用する。第二に、裁判所は公益原則・比例原則・平等原則違反の有無や、他事考慮の有無のみを審査し、要考慮事項の考慮如何の審査は行わない、の二つである。

上記の命題には今日的には問題がある<sup>122)</sup>。第一の命題に対しては、確かに裁量行為をするためには「基準」が必要であるが、それは事前に裁量基準として設定されたものである必要はない。判断のよりどころとしての「基準」が必要であるというのが石井の主張であるから、その判断のよりどころは裁量基準に限定されず、より個別的に探求されるべきであろう(Ⅱ 4(1)の小早川光郎の見解を参照)。第二の命題に対しては、今日、裁判所は要考慮事項の考慮如何を審査する方法を発展させている。この審査方法は理論的に妥当と考えられることからすれば<sup>123)</sup>、要考慮事項の考慮如何については審査しないとする

立場には問題がある<sup>124)</sup>。

以上より、石井の見解たる構造化説はその基盤が失われた今日では問題があり、理論的に採りえない。

## (2) 併存説

次に併存説について検討する。併存説が成立して裁量基準の一律適用ができるのは、機械的な行政活動が望ましいがゆえに法令による規律が望ましいが、基準を定立する行政機関の地位が特殊であるために法令で規律できない場合であった。そして、裁量基準の法的性質としては、逸脱が要請されないが許容されるというものであった。

併存説が成立するためには、「機械的な行政活動が望ましい場合」を積極的に画定する必要がある。なぜなら、個別事情の考慮が原則とされている一方でいかなる場合にその原則が妥当するのかが積極的に与えられていない以上、例外である機械的な行政活動が望ましい場合の範囲は、原則の範囲を画定することで控除的・消極的に画定されないからである。以上の前提を踏まえて併存説への疑問を述べる。第一に、深澤は、立法者が法令で一義的な規律を行わなかった場合を、機械的な行政活動が望ましい行政活動とそうでない行政活動に分けられることを前提としている。しかし、そのように分けられるのか、分けられるとしていかなる場合を機械的な活動が望ましい場合とするのか等について論証されていない<sup>125)</sup>。第二に、確かに、機械的活動が望ましい行政活動は想定できよう。それは、行政活動について国民の予測可能性を強く担

122) 石井は公益原則を三つの内容に分解したが、近時、公益原則の内実を行政決定の内容が最善であるのではなく、行政の具体的な行為規範としてとらえ、行政機関には最善の決定結果に至るべく振る舞うことが要請されるものであるという見解が提示されている(亘理・前掲注 29)345-346 頁、深澤龍一郎「行政裁量論に関する覚書」論叢 166 巻 6 号 149 頁、161-162 頁(2010)も同旨)。しかし、亘理らの見解のように公益原則を理解できるかも一つの問題であるから、公益原則の理解という観点から石井の見解を当然に疑問視できるわけではない。公益原則の理解についての対立を介さず、石井の見解の問題点を検討することが直截的であろう。

123) 山本・前掲注 74)232-233 頁は、裁量統制の方法として判断過程統制の原則化は適切であると述べる。判断過程統制と考慮事項審査は必ずしも同義ではないが、要考慮事項の考慮如何の審査は、「裁判官は自分で論理を組み立てて事案の結論を出すのではなく、行政庁の説明を一応納得できるものかという観点から審査し、原告は行政庁の説明に説得力がないことを主張し、判決は行政庁の説明に対する裁判所の評価を示す形をと」り、それゆえ「比較的安定した裁量統制の方法」(同論文 233 頁)であると言える。そうすると、山本の記述から、要考慮事項の考慮如何の審査も理論的に妥当であるとの理解を引き出すことは可能であろう。

124) 町田・前掲注 3)51 頁注 4 は、石井の見解に適正手続の観点からの考察が欠けていることを指摘する。考慮事項審査が手続的な側面を持つものであることからして妥当な指摘である。

125) 前掲注 87)も参照。

保する必要がある活動や、形式的な平等取扱いをする必要がある活動である<sup>126)</sup>。そして、機械的な活動が望ましいという判断は立法者が判断するのであるから、その判断は、予測可能性や公平性の確保が必要な活動であるかが基準となつて行われるはずである。しかし、そのような立法者意思にもかかわらず、基準からの任意の逸脱を認めることは整合しないのではないか。なぜなら、任意の逸脱を認めると、予測可能性や公平性の確保の要請に反するからである。仮に予測可能性や公平性の確保の要請を、任意の逸脱を認めないほど強いものではないと考える場合、それは機械的活動が望ましい場合とは言えないという問題がある。また、併存説を、基準からの逸脱を許容も要請もしない法規命令と同様の効力を持つ規範の定立を認める見解と捉えようとしても、深澤はそのような理解に立っていないし、委任の必要性がなお問題となる<sup>127)</sup>。

以上より、現時点では併存説は採りえない<sup>128)</sup>。

### (3) 個別化説

最後に個別化説について検討する。当然ながら、個別化説は構造化説や併存説に存在した問題を持たない。そして、積極的にこの見解を支持する根拠として、行政裁量が与えられる理由や行政裁量の意義とよく整合することが挙げられる。第一に、行政裁量が与えられる理由は、行政の専門的知識・能力の尊重や行政運営の弾力性を残すためであるとされる<sup>129)</sup>。行政運営の弾力性という理由と個別化説が整合するのは言うまでもなく、専門技術性の尊重という理由についても、裁量基準

の設定段階のみならず裁量行使のあらゆる段階において専門技術性を発揮した判断を求めることが専門技術性を最も尊重していると言える(Ⅱ5(2)bも参照)。第二に、行政裁量の意義に鑑みても個別化説は妥当である。高木光によれば、「『裁量』は行政権の活動の『病理現象』ではなく『生理現象』であり、『裁量権』を積極的な意義を有するものとして捉える視点が重要である」<sup>130)</sup>。裁量を病理現象として考察する立場からは、その病理性はなるべく減殺されることが望ましいはずである。そのためには裁量が与えられた範囲で最善の判断をすることが望まれるから、これは個別化説と整合的である。他方、裁量権を生理現象として積極的な意義を持つと捉える立場からは、個別化説が裁量基準に示された考慮要素に拘らず多様な利益を考慮することができる機能<sup>131)</sup>が評価されることになる。以上より、個別化説は理論的に成立し、裁量権の概念としては個別化説が妥当であると言える。

## 2 個別化説内部での対立の検討

1では、裁量権の概念としては個別化説が妥当であることを示した。そこで次に、個別化説内部で一律適用を認めるかどうかという対立点について検討することが必要となる。この対立点は、以下の二点をめぐる争いであった。第一に、定立段階において考慮を十分に行った裁量基準に従って決定をすることは裁量が付与された趣旨に反するのか。第二に、事実上の問題として、基準の定立において十分な考慮を尽くすことができるのか。本

126) 機械的活動が望まれる活動としては、他に行政活動の便宜を図る場合が想定できる。しかし、行政活動の便宜を図る場合とはすなわち行政活動の効率性を重視すべき場合、すなわち大量決定の場合を指すことにはないか。深澤の見解において大量決定の議論は個別化の裁量概念を採ったうえで例外を認める議論であり、裁量概念を併存させるためのメルクマールとしては不適当であるはずである。

127) このように理解したうえで委任を問題にするならば、本章3以降の分析を当てはめることができる。

128) 本稿は、現在説かれている併存説の理由づけに批判を加えたにとどまり、併存説がおよそ成り立ちえないと結論づけたわけではない。ゆえに、議論の進め方としては、個別化説を支持するのではなく併存説の新たな理由づけを探求することも考えられる。しかし、現時点での議論を整理し結論を提示するという本稿の課題に照らすと、現時点で併存説に問題があればそれ以上深入りせず、併存説は採らないという態度が望ましいと考える。

129) 芝池・前掲注103)68頁。

130) 高木光『行政法』78頁注1, 483頁(有斐閣, 2015)。

131) 山下・前掲注11)217頁参照。

節ではこの二点について検討する。

(1) 理論上の問題

a 考慮事項の観点の導入

裁量基準の一律適用をすることは、個別の事案の適切な解決をするという裁量の付与の趣旨に反するものであるのか。ここではまず、「裁量が付与された趣旨」とは何かを明らかにする必要がある。個別化説における裁量付与の趣旨は、個別の事案を適切に解決することであった。個別の事案の適切な解決とはいっても、およそあらゆる事項を考慮して行うのではなく、考慮してはならない事項は考慮できないはずである。つまり、個別の事案の適切な解決とは、個々の行政決定について定まっている、事案の解決に必要な限りでの事項を考慮して妥当な判断を行うことである<sup>132)</sup>。それゆえ、裁量基準の一律適用が裁量の付与された趣旨に反するかという問題は、考慮事項を適切に考慮して決定を行うという裁量行使に反し、裁量基準の一律適用は考慮事項を考慮していないことになるのか、という問題に置き換えられる。このように問題を捉えると、裁量基準の一律適用を認める見解を行政決定における考慮事項の観点から考察する必要が生じるため、以下これを行

う。

まず、既に本稿で用いたものもあるが用語について定義する。ここでは、考慮事項を、要考慮事項、裁量的考慮事項、不可考慮事項の三つに分類する<sup>133)</sup>。要考慮事項<sup>134)</sup>とは、行政決定において考慮しなければならない事項であり、裁量的考慮事項とは、「考慮することが行政機関の裁量に委ねられる」<sup>135)</sup>事項であり、不可考慮事項<sup>136)</sup>とは、考慮してはならない事項である。

b 裁量基準による考慮事項の具体化

a で示した考慮事項の分類を使って、裁量概念について個別化説に立つ場合でも、考慮事項の考慮を尽くすことができればその裁量基準は一律に適用しなければならない、または、一律適用できるという見解を考察する。

まず、二つの前提を確認する。第一に、不可考慮事項を裁量基準に盛り込んだ場合、裁量基準それ自体が違法となるから、不可考慮事項を盛り込んでいる裁量基準を除く（I 2 (1)参照）。第二に、要考慮事項を完全に考慮していない裁量基準の適用においては個別事情考慮義務が発生するから、定義上一律適用できるとは言えないため<sup>137)</sup>、そのような裁量基準も除く。

132) 小早川・前掲注 5)23 頁。論者によって用語法に若干の差異があるにせよ、個別事情考慮義務で念頭に置かれている「個別事情」とは、「義務」という語の意味からして、考慮事項論の用語で言えば要考慮事項に該当するはずである。

133) 裁量基準からの逸脱が要請されるかという本稿の問題には、考慮の重みづけの観点を加えた分類は不要であると考えられる。なぜなら、考慮の重みづけは考慮をした場合についてその程度を扱う観点であるが、基準の一律適用の問題は、基準を適用することによってある事項がそもそも考慮されていないことに関する、重みづけ以前の問題だからである。

134) 塩野・前掲注 7)151 頁。

135) 芝池義一「行政決定における考慮事項」論叢 116 巻 1-6 号 571 頁, 573 頁 (1985)。なお、深澤龍一郎「行政事件訴訟における判断過程の統制——その基礎的考察——」公法 77 号 172 頁, 179 頁 (2015) は、個別事情考慮義務を徹底すると概念的には考慮可能事項はすべて義務的考慮事項に該当するはずであるという前提から、裁量的考慮事項を行政行為の内容に影響を及ぼさない事項とする。深澤の整理に従った場合、義務的考慮事項を全て盛り込んだ裁量基準から行政機関が任意に逸脱して裁量的考慮事項を考慮し、決定を行うことは合理的ではないと評価されることにならないか。つまり、逸脱が許容されるが要請されない規範を深澤の整理では表現できないのではないかという疑念がある。それゆえ本稿は、芝池の整理に従う。

136) 塩野・前掲注 7)151 頁。

137) 東京地判昭和 42 年 12 月 20 日行裁例集 18 巻 11 号 1713 頁, 東京地判昭和 43 年 7 月 20 日行裁例集 19 巻 7 号 1278 頁, 東京地判昭和 45 年 3 月 9 日行裁例集 21 巻 3 号 469 頁, 東京高判昭和 45 年 4 月 27 日行裁例集 21 巻 4 号 741 頁, 最判平成 10 年 7 月 16 日判時 1652 号 52 頁, 最判平成 11 年 7 月 19 日判時 1688 号 123 頁, 徳島地判平成 18 年 2 月 17 日判自 282 号 87 頁, 最判平成 18 年 10 月 26 日判時 1953 号 122 頁等を参照。

なお、平成 10 年最判などは、個別化という裁量概念によるというより、憲法上の権利が存在するために裁量基準の一律適用が否定されたと読むこともできる。しかし、憲法上の権利は単なる要考慮事項にとどまるのかどうかという点が近時問題にされ始めた段階であり（宍戸・前掲注 78)106 頁）、裁量基準の一律適用を論ずる場面で憲法上の権利を位置づける議論は見当たらない。それゆえ、本稿では憲法上の権利の問題に立ち入らない。

これらを前提とすると、考慮事項の考慮を尽くした裁量基準というのは、法の解釈によって導かれる<sup>138)</sup>考慮事項の種類に応じて以下の三つに分類できる。

①法が予定する考慮事項が、要考慮事項・裁量的考慮事項・不可考慮事項に分けられ、裁量基準には要考慮事項も裁量的考慮事項も不足なく盛り込んだ場合。

②法が予定する考慮事項が、要考慮事項・裁量的考慮事項・不可考慮事項に分けられ、裁量基準には要考慮事項のみを不足なく盛り込み、裁量的考慮事項は盛り込んでいないものもある場合。

③法が予定する考慮事項が、要考慮事項・不可考慮事項に分けられ（裁量的考慮事項がない場合）、裁量基準には要考慮事項を不足なく盛り込んだ場合。

これらのうち、①と③では、当該行政決定で考慮できる要素が裁量基準にすべて盛り込まれていることになるのであるから、当該裁量基準に盛り込んだ要素以外の要素を考慮した場合、それは他事考慮となる。それゆえその裁量基準は、一律適用しなければならないという法規命令と同様の機能を持つことになる。

他方②の場合には、行政決定において考慮してよい要素がすべて裁量基準に盛り込まれているわけではない。行政機関は裁量基準から任意に逸脱して裁量的考慮事項を考慮することができる。しかし、要考慮事項はすべて

裁量基準に盛り込まれているため、裁量基準からの逸脱の要請はない。それゆえ当該裁量基準は、一律適用できるが、一律適用しなければならないわけではないという機能を持つ。

以上より、要考慮事項を考慮し尽くした裁量基準を定立し適用する場合には当該裁量基準は一律適用をしなければならないまたは一律適用できるものであり<sup>139)</sup>、その基準の適用は裁量が付与された趣旨に反するものではない。

## (2) 事実上の問題

このように理論的には考慮事項の考慮を尽くすことができるとは言えても、事実上それが可能かという問題がある。つまり、個別化説を採ったうえで裁量基準の一律適用を認める見解は、裁量基準を設定する段階において、それを適用する段階での事情の考慮をすることができるという前提に立つが、このような前提を認めることができるか、ということである。確かに、裁量を付与された行政機関が裁量基準を定立するとき、あらゆる考慮事項を考慮した裁量基準というものを定立することはかなり困難である。なぜなら、基準定立の段階では知りえなかった・想定しえなかった情報が新たに基準を適用する段階で出現することが考えられるからである<sup>140)</sup>。

しかし、考慮事項を適切に盛り込んだ裁量基準を定立することが可能な場合もあると思われる。例えば、最判平成8年3月8日民集

138) 榊原秀訓「行政裁量の『社会観念審査』の審査密度と透明性の向上」室井力追悼『行政法の原理と展開』117頁、132頁（法律文化社、2012）、塩野・前掲注7)151頁。ただし、時の変遷に応じ、法の解釈により導かれる考慮事項が変化しないかどうかは問題である。この問題にはより根本的な検討が必要であって本稿では立ち入ることはできないが、考慮事項が変化しないという立場ならば、要考慮事項を網羅した裁量基準は常に一律適用できることになる。他方、時の変遷に応じ考慮事項が変化するという立場もある（田中・前掲注114)302頁は、「社会経済の実態の動きにつれて、法律の解釈が変わってくることは、法律解釈としてあり得べきこと」とする）。後者の立場からは、考慮事項が変化するまでの一定の間は一律適用ができる、ということになる。なお、このように一定期間のみ一律適用を認める考え方は、交告・前掲注97)17-18頁が前提としているように解される。

139) このように理解すれば、常岡孝好の見解を説明できる。常岡は、考慮事項を適切に考慮した「裁量基準は根拠法に限りなく近い存在に転化している」（常岡・前掲注6）「(下)」159頁注132)と言うが、「根拠法に限りなく近い」とは、本文で示したように一律適用しなければならないものと一律適用できるものの二種類があることを示し、「転化している」とは、そのように機能することを示す。もっとも、現段階で本稿では事実上の機能に着目しているが、常岡自身はあらゆる裁量基準に直接的拘束力を認めるのであるから、事実上の機能ではなく法的拘束力を以て「転化している」と表現していると思われる。

140) 交告・前掲注11)238頁、252頁。また、行政手続法制定時における議論においても、考慮事項を審査基準として掲げる場合に、考慮事項を網羅的に明示できないという認識が示されている。塩野宏＝小早川光郎編著『日本立法資料全集 104 行政手続法制定資料(2)〔平成5年〕議事録編Ⅱ』1284頁〔芝池義一、角田禮次郎発言〕（信山社、2012）。

50 卷 3 号 469 頁において、処分のための考慮事項は比較的限定的であったとの指摘<sup>141)</sup>がある。このように考慮事項が限定的である場合には、考慮事項を網羅した裁量基準が定立されることはありうる。また、裁量基準の一律適用の理論的な問題を中心に考察する本稿の性格に照らせば、事実上不可能であるという理由を重視するべきではないと考える。

以上より本稿は、定立段階において要考慮事項や裁量的考慮事項を考慮した裁量基準が定立される可能性は肯定するという立場を採る。

以上 1, 2 の検討により、裁量概念として個別化説を採用し、その中でも基準の一律適用を認める見解が最も妥当だと言えそうである。

### 3 委任と裁量基準

第一・第二の対立点についての検討によれば、裁量基準の一律適用が行われる可能性は認められうるということが明らかになった。そしてその場合、委任なくして一律適用ができるのか、という点が問題になることは前述したとおりである（V 2 参照）。本節ではこの観点からの検討を行うが、まず、一律適用できる裁量基準には委任が必要であるのかという、学説史における第三の対立点を検討する。次に、委任が必要であるとして、何らかの形で裁量基準に委任を見出すことができないか、

委任の方法の制限と抵触しないかを検討する。

#### (1) 委任の要否

##### a 「法規」概念の定義

一律適用できる裁量基準に委任が必要であるかという問題は、一律適用できる裁量基準というものが法規と同様の機能を持つのか、という問題に置き換えられる（法律の法規創造力の原理）。そこで、まず必要な作業として、「法規」を定義しなければならない。

「法規」概念の理解については議論が存在する<sup>142)</sup>。わが国の行政法学においては、一方で、「国民の権利義務に関する一般的抽象的な定め」と理解する見解<sup>143)</sup>が存在する。他方で、『合意を俟たずしてあらゆる執行機関を拘束し、裁判所における争訟裁断の基準となる』規範」と理解する見解<sup>144)</sup>がある。しかし、高橋滋の整理<sup>145)</sup>によれば、両者の定義には法規の対外的拘束力に関しては実質的な差異はなく、本稿は法規の対外的拘束力に着目して裁量基準と委任の関係を検討するのであるから、本稿では法規の定義に関していずれが妥当であるかという問題について立ち入る必要はない。ここでは、定義としてその内実がより明快であり、法規と同様に機能するかという検討に用いやすい後者の定義を採用する。

もっとも、後者の定義を採用したとして、さらに明確にすべき点がある。それは、「合意を俟たずしてあらゆる執行機関を拘束」す

141) 榊原・前掲注 138)131 頁。なお、同判決は、裁量基準の適用と個別事情の考慮との関係を扱った判決であると理解できることについて、石川健治ほか「[座談会]『公法訴訟』論の可能性 (1) ——連載終了にあたって」法教 391 号 97 頁, 98 頁〔神橋一彦発言〕(2013) 参照。

142) 「法規」の定義については、本文中に取り上げる対立点の他、「一般的・抽象的」な定めであることを要求するかという対立がある（小早川・前掲注 109)122 頁）。この対立についてはいずれの立場が妥当であるか本稿では立ち入ることはできないが、本稿は、裁量基準を定立し、それを適用して個別の決定が行われるという行政決定過程の二段階に存する問題をそれぞれ考察する前提を採っている。法規の定義から「一般的・抽象的」であることを除くと、規範の定立と個別の決定が共に法規の定立であると評価されうることになり、両者の区別が失われ、本稿の前提と整合しない。以上より本稿は、「法規」は「一般的・抽象的」な規範であることを要するという立場を採る。もっとも本文で検討する通り、一律適用できる裁量基準と法規との関係で問題となるのは、当該規範が一般的・抽象的であるかどうかという点ではない。

143) 田中・前掲注 100)158 頁。

144) 平岡・前掲注 104)130 頁, 藤田・前掲注 78)58 頁。平岡・同頁においては、「行政主体または行政機関に対する対外的な拘束力を持ち裁判基準として機能しうる」規範と言い換えられている。

なお、本稿では、ある規範が裁判所による争訟裁断の基準となる性質を持つことを、「裁判基準性」を有すると表現する場合もあれば「裁判規範性」を有すると表現する場合もあるが、これは引用の関係で表記が必要なためであり、本稿は両者を同様の意味で用いる。VI 3(3)も参照。

145) 高橋滋「行政上の規範」磯部力ほか編・前掲注 37)245 頁, 249 頁 (2011)。

ること、「裁判所における争訟裁断の基準となる」という二つの要素について、法規であるためにはこれらが共に必要だということである。なぜなら、この定義が法規の効力として上記の二つを並列しているのは、まず、議会立法に淵源を持つ規範が潜在的にすべて裁判基準となりうるという前提があり、そして行政機関に対する拘束力は裁判所が当該規範を裁判基準として採用して判断することによって生じるからである<sup>146)</sup>。もっとも、このような論理であるため、裁判基準とならないが行政機関を対外的に拘束する場合は想定できないから、実質的には裁判基準性を持つかどうかを考えればよいことになる。

#### b 法規と裁量基準

以上の法規の定義に照らし、一律に適用できる裁量基準は法規と同様の機能を持つのか。一律適用が認められる裁量基準には、基準からの逸脱が許容も要請もされない法規命令と同様のものと、逸脱が許容されるが要請されないものという二つがあった。そのうち前者は法規と同じ機能を持つために委任が必要である。ここで問題となるのは後者である。

一律適用ができる、すなわち「裁量基準からの逸脱が法的に要請されず、裁量基準を適用すること自体は違法ではない」という場合、裁量基準を適用した処分の適法性は処分がその基準へ適合しているかどうかに係ることになり、裁判所は裁判の基準として裁量基準を採用することになる（その結果裁量基準は国民の権利義務に関わることになる）。その意味で、一律適用が可能な裁量基準は法規たる機能を有する。そうすると、法律の法規創造力の原理から、行政機関は法規たる性質を持つ規範を議会による委任なくして定立することはできないとの帰結が導かれる。

もっとも、上記の考え方に対しては、次のような疑問が呈されるかもしれない。すなわち、裁量基準の合理性と当てはめの仕方を審査する判例の立場からは、基準からの逸脱が

許容も要請もされる通常の裁量基準についても裁判基準として採用していると解することができる<sup>147)</sup>。そうすると、通常の裁量基準にも法規性を認めることになるのではないかと、それにもかかわらず通常の裁量基準が委任なくして定立できるならば、裁判基準性の存在と委任の必要性は直結しないのではないかと、という疑問である。この疑問に対しては、裁量基準が裁判基準として機能することを正面から認め、通常の裁量基準にも議会による委任を要するという対処ができる。しかしここでは、通説的な見解に則り、通常の裁量基準には委任を不要とし、一律適用できる裁量基準には委任を必要とするという差異化を図る。以下詳説する。確かに、判例の審査方法によれば、通常の裁量基準を適用した処分が基準に適合した結果、適法になるように見える。しかしこの司法審査は、基準の合理性と基準への適合性に加え、当該事案で主張される個別事情に照らし基準から逸脱せよとの要請がかかってくるかどうかをも審査するというものであり、合理的な裁量基準に処分が適合し、かつ逸脱の要請が当該事案で生じなかった結果（または逸脱して適切な考慮をした結果）処分が適法になる。すなわち、通常の裁量基準を適用した処分の場合には、処分が裁量基準に適合しているかという点のみならず、当該事案での逸脱の要請の有無を含めた判断過程の審査が行われ、「判断過程に不合理な点が無かった結果適法」と判断されているにすぎず、裁量基準が純粋な形で裁判基準として機能しているとは言い難い。他方、一律適用できる裁量基準の場合には、基準から逸脱せよという要請があらゆる事案において存在しないため、裁判所の審査は、裁量基準の合理性と処分の基準への適合性について行われる。この場合には裁判所の審査として基準からの逸脱の要請の有無の確認がなく、この点において通常の裁量基準と典型的な差異がある。つまり、一律適用できる裁量基準の場合には、「判断過程に不合理な点が

146) 平岡・前掲注 104)124-127 頁。

147) 阿部泰隆ほか「伊方・福島第2原発訴訟最高裁判決をめぐって」ジュリ 1017号9頁, 17頁〔阿部泰隆発言〕(1993), 芝池義一『行政法読本(第2版)』80頁(有斐閣, 2010)参照。

なかった結果適法」とされているのではなく、「裁量基準に適合しているために適法」とされていると解するのが素直な思考であり、裁量基準は裁判基準として機能しているということができると考えられる。つまり、通常の裁量基準は裁判基準として機能しないために委任は不要であるが、一律適用できる裁量基準は裁判基準として機能するために委任が必要であると結論づけられるのである。

以上の検討から、本稿は、(一律適用しなければならぬ裁量基準に加え)一律適用できる裁量基準は法規と同様の機能を持ち、その定立には議会による委任が必要であるという立場を採る。

## (2) 基本構造への批判

上記のような理解を前提に、個別化説のうち裁量基準の一律適用を認める見解を根拠がないものと批判し、本稿の課題への解答が得られたとするのは性急である。なぜなら、一律適用できる裁量基準には委任が必要であるとしても、裁量基準と議会による委任との関係には未だ立ち入っていないからである。つまり、一律適用できる基準の定立には議会による委任が必要であるとして、なんらかの形で裁量基準に委任を認めるという可能性を探り、一律適用を認める学説を根拠づけられないかを検討する必要がある。その可能性の探究は、裁量基準には委任がないことを前提とする、行政規則と委任に関する基本構造(IV 1参照)と衝突するのであるから、この基本構造に伏在する問題点を検討することで、一律適用を認める見解の依るべき理論的根拠の端緒を見出すことができるのではないか。

そこで、この基本構造について批判を試みる。まず、法律の法規創造力の原理との関係で、委任を受けて定立された規範のみが一律適用ができるという基本的な原則自体は本稿も前提としている。しかし、裁量基準に委任があるかどうかについては、そもそも委任の

要件はいかなるものであるか、裁量基準の定立に委任があると考える余地があるのではないかといった点について、学説では具体的な検討がなされていない。従来の基本構造は、法規性・委任の有無を分類の基準とし、法規命令と行政規則の分類を先行させ所与のものとしてきたが、論理的に先行して検討されるべき法規性・委任の有無という分類の基準が十分に解明されておらず、厳密な分類がなされていたとは必ずしも言えない。この点について考えてみると、例えば、法規命令は議会による委任が必要な規範であり、法規命令の一類型として執行命令があるが、執行命令については委任の方法が厳格に考えられておらず一般的委任で足りるとされている<sup>148)</sup>。このように、法律による行政の原理との衝突を意識しつつも委任の存在を柔軟に理解することができれば、裁量基準について委任があると考えることは不可能ではない<sup>149)</sup>。そこでまず、分類の基準たる委任の方法・要件についてより詳細に検討することが必要になる。

## (3) 裁量基準と委任

### a 行政手続法制定による委任

裁量基準の定立には委任があると考える余地があるという観点から注目すべき見解が野口貴公美により提唱されている。

野口によれば、行政手続法の制定によって裁量基準(行政手続法5条・12条にいう審査基準・処分基準<sup>150)</sup>)には裁判規範性が与えられた。そこで言う裁判規範性の内実は、法規命令のそれとは異なり、行政手続法に定められる行政規則に従わない処分は特段の事情がない限り違法であるが、他の理由に基づいて判断をなすことに合理性が認められる場合や、特定の者に対する例外的取扱いを許容する事情がある場合などには、裁判所は当該基準に沿うことなく判断を下すことが許容されるという意味である<sup>151)</sup>、と述べる。

この見解は裁判規範性に着目したものであ

148) 塩野・前掲注7)105頁、芝池・前掲注103)85頁。

149) 平岡・前掲注119)309頁参照。

150) 行政手続法に言う審査基準・処分基準に理論上の裁量基準が含まれることについて、塩野宏＝高木光『条解行政手続法』136頁、189頁(弘文堂、2000)。

151) 野口貴公美「行政立法」磯部力ほか編・前掲注78)『II』25頁、34頁、野口貴公美『行政立法手続の研究』198-199頁(日本評論社、2008)。また、深澤龍一郎「個人タクシー事件」法教349号26頁、27頁(2009)も参照。

るが、行政手続法に定められる行政規則のうち裁量基準に分類されるものについては、行政機関は行政過程においてもそれに従うことが原則的に求められるということ述べていると解することができる。つまり、行政機関は行政過程において裁量基準を原則的に適用すればよいのであるが、野口は行政手続法によって行政機関が一律適用できる基準を定立する権限を委任されているという命題については否定的である。なぜなら、野口は裁量基準の裁判規範性を示す判決として最判平成10年7月16日判時1652号52頁を引用するのであるが、同判決は「平成元年取扱要領についても、その原則的規定を機械的に適用さえすれば足りるものではなく、事案に応じて、各種例外的取扱いの採用をも積極的に考慮し、弾力的にこれを運用するよう努めるべき」として、裁量基準からの逸脱が要請されることを述べたものだからである。

この野口の見解に対しては、第一に、制定当初の行政手続法は基準の外部効果化現象には直接の影響をもつものではないという批判<sup>152)</sup>がなされている。この批判の通り、行政手続法の制定過程では基準の外部効果についての議論は見受けられず<sup>153)</sup>、この見解が説得力を持って受け入れられるためには制定

過程の理解についてより詳細な論拠の提示が必要であろう。第二に、行政手続法によって実体的な裁判規範性を基礎づけることはできない<sup>154)</sup>という批判もある。組織法によって実体的裁判規範性を認めることができないのならば、手続法によってもそれが認められないというのはこの批判の通りであるから、この点でも野口の見解は問題があると言える。そして、野口自身の立論から離れて、行政手続法の制定により裁量基準に一律適用を認めるという意味での委任があると理解しようとしても、第二の批判によりそれはできないということになる。そうすると、一律適用を認める見解を支える構成としては別の構成を採る必要がある。

#### b 裁量の付与による委任

裁量基準に議会による委任を認める見解として、裁量の付与によって基準定立の委任がなされていると解する可能性が夙に指摘されている<sup>155)</sup>。本格的検討がなされないままでいたこの見解であるが、これを前提にして裁量基準の一律適用を認める議論が近時登場した<sup>156)</sup>。このように考えると、裁量基準の一律適用を主張する立場の見解を根拠づけるため、委任の観点からは裁量の付与による基準定立の委任という構成を採ることができるの

なお、本稿は野口の見解を「行政手続法制定による委任」を認める見解と表現したが、野口は行政規則は法律の委任に基づくものではないという理解を維持したうえで行政規則の裁判規範性を語っているようである。しかし、野口にあっても行政規則の裁判規範性が立法府によって与えられていると解するのであるから、立法府が介在しているという点で行政規則の定立に委任があるとする見解と表現しても不相当ではないと考える。大久保規子ほか「学界展望」公法70号260頁、273頁〔常岡孝好〕(2008)も同様の理解であろう。

152) 塩野・前掲注7)122頁注8。なお、塩野は2005年に導入された意見公募手続を経た基準等への裁判所の評価が問題となると指摘し、深澤・前掲注117)151頁は意見公募手続を経た基準に強い拘束力を認める議論の余地を肯定する(深澤自身は強い拘束力を認めない。前掲注117)参照)。しかし、意見公募手続を含む行政立法手続の目的には諸説あり(常岡孝好「行政立法手続の法制化」『パブリック・コメントと参加権』29頁、50-51頁(弘文堂、2006)〔初出2006〕)、この手続を経ることによって裁量基準の法的性質が変化するかについては掘り下げた検討が必要であると思われるから、本稿では立ち入らない。

153) 塩野宏=小早川光郎編著『日本立法資料全集103 行政手続法制定資料(1)〔平成5年〕議事録編I』、同・前掲注140)、同・前掲注117)参照。

154) 常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体(中)——裁量基準の本来的拘束性」判評637号(判時2136号)148頁、157頁注77(2012)。

また、国家行政組織法14条2項により、裁量基準の定立には一般的委任があると考えられる余地も指摘されている(平岡・前掲注119)313頁注204)。しかし、これに対しても、常岡・同頁が指摘するように実体的な裁判規範性を基礎づけることはできないという批判が妥当する。

155) 平岡・前掲注119)297-299頁、312-313頁注204、大橋・前掲注67)367頁。ただしこれらの論者が裁量付与による委任について肯定的であるかどうかは明らかでない。

156) 常岡・前掲注154)153-154頁がこの見解に依拠して議論を展開したと理解できる(山下竜一「裁量基準の裁量性と裁量規律性」法時85巻2号22頁、25-26頁(2012)は、常岡の見解を裁量基準に間接的授權を認めるものと解する)。

ではないか、と考えられる。しかし、その近時の見解は委任の観点から明示的に論じていない<sup>157)</sup>。

そこで検討してみると、裁量が立法府によって与えられるものであるという一般に共有される前提<sup>158)</sup>を採る場合、裁量の授権の中に裁量基準の定立を委任するという立法府の意思を見出すことは不自然なことではなく、一律適用できる裁量基準の定立の委任もなされることはあると考えられる<sup>159)</sup>。また、行政裁量は行政作用法によって与えられるものであるから、野口の見解に対する第二の批判としてあった、実体的裁判規範性を基礎づけることができないという問題は生じない。そうすると、裁量基準の定立の委任が裁量の付与という形でなされていると理解する見解は、十分に採ることができるものである。しかし、裁量の付与としての委任という構成が委任として問題がないとするためには、その委任の方法に問題があってはならないから、この点からの検討をする必要がある。

#### (4) 委任の方法

##### a 白紙委任の禁止

まず白紙委任の問題がある。立法の授権は、国会を「唯一の立法機関」とした憲法の趣旨からして、唯一の立法機関としての国会の地位を無意味ならしめるような広汎な委任であってはならない<sup>160)</sup>。しかし、委任の仕方がいかなる態様であれば白紙委任として禁止され、いかなる態様であれば白紙委任ではないのか、という明確な基準は確立していないし、確立することは困難である。そこで本

稿では、現時点で一般的に共有されている一応の基準に照らし、裁量の付与による委任が白紙委任の禁止に触れないかどうか検討する。

白紙委任であるかどうかの基準としては、最判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁の大隅・関根・小川・坂本反対意見が述べた、委任された「機関を指導又は制約すべき目標、基準、考慮すべき要素等を指示してするものであるかぎり、必ずしも憲法に違反しない<sup>161)</sup>」という部分が一般的な基準として用いることができると考えられている<sup>162)</sup>。そしてこれらの要素は、当該授権条項、授権条項に関係のある他の諸条項、授権法律全体の趣旨・目的の解釈を通じて明らかになればよい<sup>163)</sup>。本来は具体の条項と裁量基準について検討すべき問題であるが、一般的に言えば裁量の付与によって裁量基準の定立の委任がなされていると解する場合でも白紙委任の禁止に触れないことはありうるのではないかと考えられる。まず裁量基準の委任の目標・基準は、当該法律の目的規定や裁量を授権している条項から相当程度明らかになる。そして、「裁量基準を定立するにあたり考慮すべき要素等」とは裁量基準に盛り込むべき事項、盛り込んでよい事項、盛り込むべきではない事項を言うのであり、裁量行使に当たり裁量を付与している根拠法の解釈によって考慮事項を導く作業がなされる以上、裁量基準定立に当たり考慮すべき事項、考慮すべきでない事項も明らかにすることができるはずである<sup>164)</sup>。厳密には個々の法令と裁量基準との関係を検討しなければならぬが、裁量付

157) 常岡・前掲注154)153-154頁は、裁量基準の直接的拘束力の淵源を裁量の根拠法規に求め、裁量基準の一律適用の可能性も容認する(同論文157頁注81,同・前掲注6)「(下)」159頁注132も参照。しかし、委任の方法からの検討はなされていない。

158) 日本において前提となっている考え方であり、ドイツにおいては「規範的授権理論(normative Ermächtigungstheorie)」と呼ばれる。山本・前掲注5)12頁。

159) 常岡・前掲注6)「(下)」159頁注132。もっとも、裁量基準の理論上の定立根拠は共通の理解があるわけではない(山下・前掲注156)25-27頁)。ここでは、裁量基準の定立根拠を裁量の授権法規に求める可能性が少なくとも現時点では否定されないと考えられることから、この理解を前提に議論を進める。

160) 塩野・前掲注7)107頁,宇賀・前掲注5)271頁。

161) 最判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁の四裁判官による反対意見参照。また、大阪高判昭和43年6月28日行裁例集19巻6号1130頁も同様の内容と思われる。

162) 平岡・前掲注111)41-42頁,前掲注161)の大阪高判についての宇賀・前掲注5)271-272頁参照。

163) 戸波江二「憲法から考える8 委任立法の限界」法セミ469号76頁,77頁(1994)参照。

164) 三浦・前掲注78)113頁。

与による委任という構成は、白紙委任の禁止に触れない可能性がある。

#### b 黙示の委任の許容性

次に、委任が明示的になされていないことをどう考えるか、という問題がある。つまり、裁量の付与があるとはいえ、そこでは基準の定立を委任する旨の法令の明文の文言はないから、委任の存在は認められないのではないかという問題である。そこで、明文の文言なき「黙示の委任」の余地を認めることができるかを検討しなければならない。

一般論としては、黙示の委任を認めることには謙抑的であるべきであろう<sup>165)</sup>。黙示の委任に謙抑的であるべきなのは、行政が委任なくして立法することを防ぎ、法律による行政の原理を担保するために、権限の委任は明確な形でなされるべきだからであると考えられる。

しかし第一に、執行命令の場合には一般的な委任で足りるという通説の立場からすれば、一般的な委任の場合個別の法令には執行命令の委任の明文の文言はない。ここでは、一般的な委任はあるにせよ、権限の委任が明確な形でなされるべきであるという要請は後退している。第二に、明文の規定の有無は委任の有無を推認させる要素の一つでしかないのではないか。黙示の委任ではないにせよ、行政機関が立法を委任されているのかどうか不明瞭な状況があるということが指摘されているが、そのような状況においても行政は法

規命令を定立することを認められている<sup>166)</sup>。ここから、立法の委任があることが一見してわかるわけではなくとも、行政機関に立法の委任があると解されている状況があるということが言える。そうすると、望ましい立法技術の在り方は別として、明文の文言がなくとも委任を認めることは解釈論上認められる余地があると考えられる。

裁判例の中には黙示の委任を認める可能性を示唆するものがある。最判昭和27年12月24日刑集6巻11号1346頁において、斎藤裁判官の反対意見は、黙示の委任を容認しているように解される<sup>167)</sup>。さらに、東京高判昭和38年10月12日行裁例集14巻10号1888頁も、労働基準法41条による黙示の委任を認めているようである<sup>168)</sup>。これらの反対意見や裁判例<sup>169)</sup>をみると、解釈論として黙示の委任の可能性の余地は肯定できよう。

#### c 委任の特定性

しかし、裁量付与による委任という構成はなお問題を有している。学説では明確な議論はないものの、委任の方法としては、a・bで考察した問題点に加え、いかなる法的性質の規範が委任されているかが明確であるべきであるという要請があると考えられる<sup>170)</sup>。なぜなら、議会による委任は法律の法規創造力の意義を失わせるようなものであってはならない。委任を受けた行政機関が自由な判断で規範の法的性質を設定できるとすると、議会による立法は形骸化し、行政機関が独自に

165) 平岡・前掲注111)33頁。

166) 平岡・前掲注111)32-33頁。もっとも、平岡はこの状況に対して否定的であり、立法技術上の工夫等を要求する。

167) 同反対意見は、「同取締法の暗黙の具体的な委任」等、「暗黙の」委任の余地について述べる。また、平岡・前掲注111)35頁注81、成田頼明「問題点をほらむ委任立法(2)」時の法令347号54頁、56頁(1960)。

168) 同判決は、「労働基準法施行規則(以下単に規則という)第二十三条が法第四十一条に基づくものと解することを妨げるものではない。規則第二十三条が法第四十一条の規定に基づくことを明示していないことによつて……右の解釈を左右するものではない」と述べる。また、平岡・前掲注111)35頁注81。

169) 本文中に掲げたもの以外に、法律と条例との委任関係に関するものであるが、最判平成12年3月17日判時1708号62頁、東京地判平成22年4月16日判時2079号25頁がある。塩野宏『行政法Ⅲ(第4版)』189-190頁(有斐閣、2012)は、これらの裁判例は黙示の授権と考えている可能性があると言う。斎藤誠「条例制定権の限界」『現代地方自治の法的基層』286頁、294-295頁(有斐閣、2012)〔初出2004〕も参照。

170) これは白紙委任の禁止と同義ではない。委任の内容を具体的に指定せよとの要請が白紙委任の禁止であるとするならば、委任の特定性は、委任の内容が具体的であっても、基準の法的性質を特定しなければならないという要請を考察するものだからである。平岡・前掲注111)32頁の「立法」の委任であるかどうか、という問題設定が本稿のいう委任の特定性に近い。同・前掲注111)32頁、41頁においては、「立法」の委任であるかどうかと白紙委任の問題は分けられている。

新たな規範を定立することを認めることになりかねないからである。この観点から考察してみると、裁量付与による委任の構成による場合、委任されている規範の法的性質は、逸脱が許容も要請もされないという法規命令と同様の場合と、逸脱が要請されないが許容されるものである場合がある（論者によっては逸脱が許容も要請もされるものである場合も含む<sup>171)</sup>）。そして、定立した基準がこのいずれの法的性質を持つのかは、行政機関がどれだけ考慮事項を裁量基準に盛り込むかによって決まるから、どのような法的性質を持たせるかを立法者が事前に指示することはできず、基準の法的性質の決定は行政機関に委ねられることになる。これは行政機関にあまりに広範な規範定立権限を認めることになり、法律の法規創造力の意義は失われると言えよう<sup>172)</sup>。このように、裁量付与による委任という構成を採った場合、その委任の適法性には問題がある。

そうすると、裁量付与による委任という構成によって裁量基準に委任を認めようとする試みはあるとしても、それは、一律適用できる裁量基準の機能が法律による行政の原理と抵触することを正当化できるものではないことになる。そして、裁量基準の一律適用を認める見解を委任の観点から適切に正当化できる理論が現在しない以上、現時点では裁量の概念としては個別化説を採用したうえで、裁量基準の一律適用はできないとする立場を採るべきだという結論になる。もっとも、議論の方向性としては、裁量基準の機能に対し委任論の観点からいかに対処すべきかをより掘り下げて検討することも考えられる<sup>173)</sup>。し

かし、現時点での議論に対する結論は既に得られたうえ、わが国では委任の方法について議論の進展が十分でないという状況<sup>174)</sup>もあり、これ以上の検討は本稿の射程を超えと言わざるを得ない。

## Ⅶ. 結論

以上の検討から、本稿が設定した課題への解答は次のようになる。裁量基準の一律適用をめぐる議論について学説史を分析すると、裁量概念をいかなるものと理解するかという対立、裁量概念を最適選択と理解しても一律適用を認めうるかという対立、一律適用のために委任が必要であるかという対立が存在することが明らかになった。このうち、委任の観点は十分に検討されてこなかったが、一律適用を論ずるうえでは必要な観点である。そして、これらの対立点について検討すると、裁量の概念としては個別化説が妥当であり、個別化説においても考慮事項を適切に具体化すれば裁量基準を一律に適用することができるというのが理論的に妥当だが、委任の観点から、この見解はなお正当化しえない問題点を持つ。それゆえ、少なくとも現時点においては、裁量基準の一律適用は認められない。

裁量基準の一律適用はできない、という結論は目新しいものではない。しかし、結論を導く過程において、わが国の議論に存在した三つの対立点を明示し、さらにほとんど意識されてこなかった委任の観点が重要な意味を持つことを示すことができた。これらの対立点の存在と意義は従来必ずしも明らかにされてこなかったから、多少なりとも議論を深化

171) 常岡・前掲注 154)153-154 頁。

172) 黙示の委任を肯定しつつ委任の特定性の観点から問題があると評価するのは整合していないように思われるかもしれない。しかし、黙示の委任と委任の特定性は次元を異にする問題設定であり、黙示の委任を肯定したからといっていかなる規範をも行政が定立できると認めることにはならない。つまり、本稿は、規範の法的性質を行政が選択できる余地のない程度に委任が特定されている限度において黙示の委任を認める、という立場である。

173) ドイツにおける法規命令・行政規則をめぐる議論が興味深い知見を提供しているように思われる。宮村教平「行政による規範定立の再定位（1，2・完）」阪大法学 64 巻 6 号 1767 頁，65 巻 1 号 251 頁（特に 259 頁以下）(2015) 参照。

174) E. シュミット-アスマン（内野美穂＝角松生史訳）「法規命令：法律及び行政規則との関係において」神戸法学雑誌 60 巻 3・4 号 456 頁，459 頁〔角松生史〕(2011) は、日本において授權法律の合憲性をめぐる議論は比較的低調であり、最判昭和 33 年 5 月 1 日刑集 12 巻 7 号 1272 頁以来、学説判例の状況にめばしい変化は見られないと指摘する。

させることができたのではないか。

もとより本稿には多数の問題点があるはずであるが、今後の課題と関連して以下の点を指摘しておかなければならない。第一に、裁量基準の一律適用の可否という問題が含みうる対立点は、本稿が示した三つに限らない。例えば、わが国と異なり、アメリカでは本稿の問題は「政策形成への参加手続の選択の問題」として論じられていることが紹介されている<sup>175)</sup>。それゆえ、問題の本質的な解決のためにはわが国でこれまで存在してきた対立点のみならず、存在しうる対立点をも視野に入れた考察が必要となる。第二に、本稿が示した三つの対立点における分析も、それぞれの見解の由来についてさらに掘り下げるべきであった。例えば、イギリスの議論を参照した論者らが異なる結論を導いていることは興味深く、比較法の対象となった彼の国での議論を参照することでより精確に各々の見解を理解することができよう。本稿はわが国での議論を分析した結果を示すにとどまる。

これらの問題点を解消していくことは今後の研究課題である。

\*

脱稿後、2016年9月8日までに、交告尚史「ディレクティブの法理の行方」磯部力古稀『都市と環境の公法学』383頁（勁草書房、2016）、芝池義一『行政法読本（第4版）』（有斐閣、2016）、高橋正人「行政規則の外部効果に関する一考察——解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に——」静岡大学法政研究20巻4号78頁（2016）、常岡孝好「裁量方針（Policy Statement）の法的性質と司法審査（1）」自治92巻9号23頁（2016）、深澤龍一郎「行政判断の構造」芝池義一古稀『行政法理論の探究』287頁（有斐閣、2016）、宮村教平「憲法における法規命令の『機能』論（1, 2・完）——ドイツ公法学における体系化アプローチを参考に——」阪大法学66巻1号175頁、2号115頁（2016）、山本隆司「行政裁量の判断過程審査——その意義、

可能性と課題」行政法研究14号1頁（2016）に触れた。

### 謝辞

本稿は、2016年1月に東京大学大学院法学政治学研究科に提出した同名のリーサーペーパーに加筆・修正を施したものである。本稿が成るまでには多くの方のご支援をいただいた。特に、指導教員を引き受けてくださった交告尚史教授には、論文の内容から学問に対する姿勢まで非常に多くのことをご教示いただいた。井口桑氏からは専門の枠を越えて議論の方向性について、原直哉氏からは表現や議論の問題点について重要な指摘を頂戴した。この場をお借りして御礼申し上げる。

（ふなと・こうへい）

175) 本多滝夫「裁量基準の設定と個別事情の考慮の関係の一断面——アメリカにおける規則制定にかんする裁判例を素材として」名古屋大学法政論集149巻197頁、211頁（1993）。