

# 行政裁量の統制に対する規範的要求

——「もんじゅ最高裁判決」をきっかけに

渡邊 互

## 1 行政裁量の統制に対する規範的要求（渡邊）

はじめに

- 1 もんじゅ最高裁判決の論点
  - 2 検討の基本的視点
- 一 行政裁量の概念について
- 二 行政裁量の統制に対する規範的要求をめぐる論点
- 1 行政裁量と法律の留保の原則
  - 2 効果的な権利保護
  - 3 美濃部第一原則
- 三 行政裁量の統制に対する規範的要求
- 1 行政の裁量権の根拠づけ
  - (1) 司法権の限界
  - (2) 機能的・合目的の見地
  - (3) 規範的授権理論
- 2 行政裁量の統制に対する規範的要求

おわりに

## はじめに

最高裁第一小法廷は、二〇〇五(平成一七)年五月三十一日の判決において(以下「本判決」という。)、高速増殖原型炉「もんじゅ」の設置許可処分(以下「本件許可処分」という。)を適法とする判断を示した。本判決については、控訴審の名古屋高裁金沢支部二〇〇三(平成一五)年一月二十七日判決(判時一八一八号三頁。以下「控訴審判決」という。)と同様、多くの評釈が現れることが予想されるが、本稿は、本判決に対して論評を加えることよりも、むしろ、そこに現れた行政法上の論点について理論的検討を行うことをおもな目的とするものである。以下では、まず、この目的に必要な限りで本判決の論点を確認し、検討の視点を示しておきたいと思う。

## 1 もんじゅ最高裁判決の論点

原子炉等規制法二四條二項は、原子炉設置の許可をする場合、主務大臣は、技術的能力に係る部分に係る基準の適用については原子力安全委員会の意見を聴かなければならない、としている。この規定の趣旨にかんがみて本判決は、「伊方原発訴訟最高裁判決」(最高裁平成四年一〇月二十九日民集四六巻七号一一七四頁)と同様、同法が、原子炉設置の許可について、「各専門分野の学識経験者等を擁する原子力安全委員会の科学的、専門技術的知見に基づく意見を十分に尊重して行う主務大臣の合理的な判断にゆだねるものである」、という理解を示している。そして、原子炉設置許可処分が違法と評価される事由としては、現在の科学技術水準に照らし、①原子力安全委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議で用いられた具体的審査基準に不合理な点があること、②当該原子炉施設が具体的審査基準に適合する

とした原子力安全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、欠落があることが挙げられている。

以上の論旨は、控訴審判決においてもかわるところはない。しかし、控訴審判決が、高速増殖炉の安全性の評価にあたって「事故」として選定し、それにより炉心の溶融のおそれがないこと及び放射線に対する障壁の設計が妥当であることを確認しなければならぬ代表的事象（「二次冷却材漏えい事故」、「蒸気発生器伝熱管破損事故」および「一次冷却材流量減少時反応度抑制機能喪失事象」）に係る安全審査によつては、放射性物質が外部環境へ放散される具体的危険性を否定することができないという理由で、原子炉設置許可処分を違法と評価したのに対し、本判決は、「調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落がある」ということはできず、この安全審査に依拠してされた本件処分に違法があるということとはできない」として、控訴審判決を破棄、自判した。なお、本判決によれば、本件許可処分にはそもそも違法が存在しないため、控訴審判決において違法の存在を前提として論じられた無効の基準および違法判断の基準時などの問題についてはまったく触れられていない。したがって、本判決の論点は、本件許可処分を違法と評価する事由が存在するか否かという一点にほぼ絞られることになる。

## 2 検討の基本的視点

ひろく知られるように、この論点にかかわる右の「調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があるか否かに照らして違法性を判断する」という定式は、「判断過程統制方式」と呼ばれる。しかし、この定式のもとでは、実際にはきわめて様々な「統制方式」が理解されており、違法を評価するにあたって十分な指針を提供しているとはいえない。

たとえば控訴審判決は、この定式によりつつ、右のように、「放射性物質が外部環境へ放散される具体的危険性を否定することができない」という結論を導き出したが、この判断に対しては、それは「判断過程統制方式」を超える統制を行うものであつて、「隠れた実体的判断代置方式」に陥つているといふ批判が加えられることがある<sup>2)</sup>。こうした批判は「裁判所が行政庁と同様の実体判断をすることによつて、行政庁の判断を覆すことは許されない」といふ論者の考え方にもとづくものであるといえよう。

このことから判るように、具体的にいかなる「統制方式」を採用するかという問題の考察にあつては、右の定式それ自体よりも、実は、それを「解釈」する者の行政裁量の統制に対する考え方が決定的な役割を果たしているといえよう。そして、わが国では、具体的な行政裁量の統制のあり方に関し、主として欧米の判例理論の研究を通じて豊かなアイディアが示されているが<sup>3)</sup>、「憲法的視点から、どの程度コントロールが必要とされるかという問題の検討が不足していた」<sup>4)</sup>ことも指摘されている。たしかに、さまざまな事例の検討・批判を通じて経験論的に適切な行政裁量の統制のあり方を探つてゆく場合においても、わが国の法制度の規範的構造についての考察は不可欠であろう。そこで本稿は、行政裁量の統制に対する規範的要求とは何かという問題を検討し、それを通じて行政の裁量権をめぐる議論にひとつの統一的な視角を与えることを試みるものである。

こうした目的のために、以下では、まず検討の対象である行政裁量の概念について検討を加えた後(一)、とくに「行政裁量と裁判を受ける権利との関係」といふ論点の存在を明らかにするとともに(二)、それに検討を加えることにより、行政裁量の統制に対する規範的要求を導き出すことを試みたい(三)。

## 一 行政裁量の概念について

あまり指摘されることがないが、「行政裁量」の概念をめぐることは、いくつかの異なる把握の仕方があり、まず、この点について若干の検討を加えておきたい。

宮田三郎教授が指摘するように、行政裁量は、立法権と行政権の関係および行政権と司法権との関係というふたつの問題に関わっている。これを一般的に言えば、前者は、「行政の行動基準が立法者によりいかなる範囲で前もって決定されているか、いかなる範囲で行政が自ら自己の行動基準を設定できるか」という問題であり、後者は「裁判所のコントロールの範囲と限界」の問題であるといえることができる。<sup>6)</sup>

伝統的な学説は、立法権と行政権の関係に着目して「行政裁量」の概念を構成してきたといえよう。これは、たとえば行政行為を「**羈束行為**」と「**裁量行為**」に分類するという理論に見られるものである。後者は、自由裁量権とも呼ばれ、つとに美濃部達吉によって「法規が一定の範囲内において行政機関のみならず判断するところに任せる場合において、行政機関がそのみずから適当と認むるところを判断するの権」と説明されたように、もっぱら立法権が行政権に何らかの判断の余地を認めている場合をあらわすものであった。なお、こうした裁量行為の低位概念とされる「**法規裁量**（**羈束裁量**）」と「**目的裁量**（**便宜裁量**）」という分類は、これと異なり行政権と司法権との関係に着目し、行政庁の判断に対する司法審査の可能性の有無を基準としたものであるが、両者が裁量行為と観念されていることはいうまでもない。このように、伝統的な学説による分類は、必ずしも一貫性のある体系をもつものではないことに注意する必要がある（後にも見るように、法規裁量が「**奇妙な性質**」をもつとされることがあるのは、このためにほかならない）。

これに対して、最近では、立法権と行政権の関係だけでなく、行政権と司法権との関係をも視野に入れて行政裁量の概念を把握する見解がみられる。その例は、大橋洋一教授の「行政裁量とは、行政権の判断が司法権の判断に優先することを意味する。」<sup>8)</sup>という説明にもみられるところである。ここでの「行政裁量」は、立法権と行政権の関係に加えて、司法審査の可能性の有無にも着目して立てられたものである。これは、先にみた伝統的理論における「目的裁量」に該当するものであり、「法規裁量」はこれに含まれない。後者が「裁量という語は用いてはいるが、理論的には実は、その性質は自由裁量行為ではなく、羈束行為である」という「奇妙な性質をもっている」<sup>9)</sup>(藤田宙靖)ように見えるのは、こうして把握された行政裁量の概念構成から先にみた伝統的なそれを見た場合にほかならない。

こうした一種の混乱は、行政裁量が立法権と行政権の関係および行政権と司法権との関係というふたつの問題に関わっているために生ずるものであるが、このことを考えると、もっぱら前者の問題のみに関わる概念と、前者および後者の問題の両方に関わる概念とは区別したほうが、概念構成としては優れているといえよう。そして、行政裁量という言葉は、伝統的な見解が説くように、もっぱら立法権と行政権の関係、より正確には法律の規定と行政活動の関係を表すものとして用いるべきであると思われる<sup>10)</sup>。

以上のような行政裁量の概念規定をした場合、行政権と司法権との関係はそこには含まれず、もっぱら行政裁量の「統制」の問題として把握されることになる。このような構成をとる場合、「法規裁量」は——その体系上の位置づけの当否を別にすれば——決して「奇妙な性質」をもつことにはならない。それは、行政庁に判断の余地を認める法律の規定にもとづいて行われるゆえに正しく裁量行為であり、何らかの法的な拘束が存在し、それゆえ司法審査の対象となるものであるにすぎない。これに対して、裁判所が行政機関の判断を尊重しなければならない場合には、実定法(行訴法

三〇条一項)の規定に従い、行政に「裁量権」が認められると表現すべきであろう。以下では、「行政裁量」と「裁量権」をこうした意味で用いながら、議論を進めてゆくこととしたい。

## 二 行政裁量の統制に対する規範的要求をめぐる論点

つぎに、わが国の法制度の下における行政裁量の統制に対する規範的要求、という本稿のテーマの検討に入ろう。先にも述べたように、個別具体的な裁量統制のあり方に関する比較法的な研究に比べて、この問題に関する考察は十分になされてはいないのが現状である。その中で注目されるのは、宮田教授の一九九三年公法学会における報告であり、ここでは「憲法と裁量理論との相互関係」という視点から、「法律の規律密度」、「行政裁量に対する立法の事後的対応」、「効果的な権利保護」、「美濃部理論について」というテーマを掲げて、行政裁量に対する立法と司法の対応のあり方が考えられている<sup>①</sup>。そこで以下では、本報告を手がかりに、本稿で検討すべき論点を明らかにしてゆきたい。

### 1 行政裁量と法律の留保の原則

宮田教授によれば、行政裁量は「裁判の局面で発見される問題というよりは、むしろ先ず最初に、立法者によって容認されるかどうかという問題<sup>②</sup>」である。そして教授は、本質的な決定(とくに基本権に関わるもの)を立法者がみずから下すことを義務づけるドイツの本質性理論(Wesentlichkeitslehre)を参照しつつ、従来の行政裁量論には、法律

の規律密度について語る現代的な法律の留保の原則という視点が不足していたのではないかと指摘している。また、法治国の原理から、「できるかぎりまたは是認できる範囲で、行政裁量を排除する方向で、法律を再検討することが必要」とする。<sup>④</sup>

もつとも、法律の留保の原則が、およそ行政裁量というものの存在を否定するわけではないであろう。たとえば風営法二六条にもとづいて行われる営業許可の取り消し、風俗営業の全部若しくは一部の停止などの行為には、そのどれを選択するかについての行政裁量が認められるが、その選択が裁量権の正しい行使にあたる限り法律の授權にもとづいたものであるといえる。これに対して、法律の規定が要件や効果について定めを置くことなく、重要な決定を行政に授權している場合には、本質性留保理論によれば、その法律そのものが違憲無効とされるため、法律の存在を前提とした行政裁量について語る余地はない。このようにドイツの本質性理論は、立法者を統制するための理論であつて、「行政」裁量に対する司法権による統制について何かを述べるものではない。したがつて、この論点についてはこれ以上立ち入らない。

## 2 効果的な権利保護

つぎに宮田教授は、やはり法治国原理から、「裁判所のコントロールの範囲と強度については、理論的にも実際の運用の面でも、問題が多い」として、その不十分さを指摘するとともに、その背景として「憲法的視点から、どの程度コントロールが必要とされるかという問題の検討が不足していた」ことを挙げる。<sup>⑤</sup>これは正しく行政裁量の統制に関わる問題であり、以下詳しく論じてゆきたい。



ローマン・ヘルツォーク教授の指摘にもあるとおり、法治国原理の下には「数多くの、相互に極めて異質な下位原則が集約されている」<sup>⑬</sup>。こうした法治国原理の下にある諸原則のなかで、行政裁量の統制に対する規範的要求は、憲法三二条の規定する「裁判を受ける権利」によって根拠づけることが可能であると考えられる。

「裁判を受ける権利」は、民事事件および行政事件については、かつては単に「裁判の拒絶」の禁止として理解されてきたが、近年、これを行政裁判手続に関する要求を含むものとして構成する見解が有力に主張されている。たとえば、松井茂記教授は、その著書『裁判を受ける権利』のなかで、「通説的な理解では、憲法三二条の裁判を受ける権利はほとんど意味のない権利となってしまうまいであろうか」という問題意識から、処分性、原告適格、出訴期間、執行不停止原則、事情判決などの諸制度の合憲性を疑問視している<sup>⑭</sup>。また巨理格教授は、「行政訴訟は、憲法三二条による『裁判を受ける権利』の保障が及ぶ場の一つであり、そうであるかぎり、『法律上の争訟』に当たる行政事件は、統治行為が問題となるような例外的ケースを除くその一切のものが、裁判による解決の対象として認められなければならない」として、従来の行政事件訴訟における原告適格および処分性についての判例理論に対する疑問を論じている<sup>⑮</sup>。こうした傾向は、「何人も、公権力によってその権利を侵害されたときは、出訴することができる」と規定するドイツ基本法一九条四項一文の解釈と軌を一にするものであるといえよう。すなわち、笹田栄司教授も指摘するとおり、ドイツではこの規定は、行政裁判手続における実効的権利保護を保障しているものと解されている<sup>⑯</sup>。たしかに、行政事件について裁判の拒絶が禁止されていても、多くの訴えが不適法として却下されたのでは、「裁判を受ける権利」は空虚なものとなってしまうであろう。その意味で、憲法三二条の中にドイツ基本法一九条四項一文の趣旨を読み込むことは妥当であると考えられる。

こうした「裁判を受ける権利」の解釈を前提に筆者が注目するのは、行政裁量に対して全面的な司法審査を行うことを原則とする連邦憲法裁判所の判例を支持する見解が、ドイツ基本法一九条四項を根拠としているという点である。たとえば、ハルトムート・マウラー教授は、この点を次のように説いている。<sup>22)</sup>

……判断の余地および裁量の問題においては、行政と行政裁判の権限分割、つまりそれぞれの権限あるいは機能の範囲が問題となっている……。しかし、この問題については、原則的には、基本法によって明確に規定されている。

行政権は——立法権および裁判権と並んで——独立した国家権力を形成しているが、法律と法に拘束される（基本法二〇条三項）だけではなく、私人の権利が問題となる限りは裁判所の法的統制にも服するのである（基本法一九条四項）。

憲法三二条の中にドイツ基本法一九条四項の趣旨を読み込むことは、このように「裁判を受ける権利」の保障が、行政裁判の手続だけではなく、その内容にも及び、その結果、行政裁量が原則として全面的に司法審査に服する、ということの意味し得る。これを、わが国の法制度の下における行政裁量の統制に対する規範的要求であると考えた場合、憲法解釈論上、そもそもなぜ、行政の裁量権を認めることができるのかという問題が浮上してこよう。この根本的な問題を考えることは迂遠なようであるが、後にみるように（三）意外にも裁量統制のあり方に一定の指針を示すことにつながると思われる。

### 3 美濃部第一原則

さらに宮田教授は、いわゆる美濃部三原則における、「人民の権利を侵し、これに負担を命じ又はその自由を制限す

る処分は、如何なる場合でも自由裁量の行為ではあり得ない」とする第一原則に注意を促し、これを「現代的に再構成すべき」として、「基本的人権の尊重という憲法的視点に立った理論構成」を評価されている。<sup>23)</sup>

美濃部三原則については、「そのままに通用するものとは、もはや考えられていない」だけでなく、右に掲げた第一原則についても、あらゆる場合に貫徹されているわけではないことが指摘されている。<sup>24)</sup>しかし、美濃部が第一原則の根拠として述べている、「各人は法規の根拠にもとづくにあらざれば行政権によりその権利または自由を侵されざるの権利を有するものにして、仮に法規がこれを行政権の判断に任ずる場合といえども、行政権のなし得べきところはた各場合につき何が法規の要求するところなるかを判断するに止まる」という事理が、こんにちにおいても成り立つことは明らかであろう。美濃部の説明の前半は、いわゆる「侵害留保説」を説いたものであるが、侵害行政に対して法律による行政の原理、とくに法律の留保の原則が適用されることについては、こんにちにおいても異論はない。そして、「行政活動の法律適合性を保障しようとする以上、具体的な場合において果たして行政機関が法律の定めに従って行動したかを判断する、独立の裁判機関による裁判手続が設けられていなければならない」という「常識」からすれば、少なくとも侵害行政における行政裁量については、これを原則として「法規裁量」と見なくてはならないであろう。このことが示すように、以下、行政裁量の統制に対する規範的要求という問題を考えるにあたっては、基本的人権の保障という問題が重要な論点のひとつとなると考えられる。

### 三 行政裁量の統制に対する規範的要求

#### 1 行政の裁量権の根拠づけ

##### (1) 司法権の限界

裁判を受ける権利によって、行政裁量は原則として全面的に司法審査に服することを要求されると考える場合、憲法解釈上、いかにして行政の裁量権を根拠づけることができるのであろうか。

第一に、司法権の限界による根拠づけが考えられよう。すなわち、行政活動のなかには裁判所がその適法性を審査することができないものが存在し、それをめぐる行政裁量は司法審査に服することが(でき)ない。わが国の判例は、行政の裁量権を司法権の限界に限らずに広く認めてきたために、ながその具体例であるかがはつきりとしなない。

この点で注目に値するのは、ドイツにおける試験に関する判例の展開である。やや長くなるが、以下、その概要をみておくことにしよう。

試験についての行政裁量は、まず、一九五九年四月二五日の連邦行政裁判所判決<sup>27)</sup>により認められた。本判決は、試験においては、教育的・学問的な評価がなされること、法は教師に「誠心誠意 (nach bestem Wissen und Gewissen)」評価するという以上のことを義務づけていないこと、裁判所による個別的な事後的審査では、評価に必要な他の受験生との比較ができないことなどを理由に、試験の評価における行政の裁量権を認めた。本判決によれば、試験に関する決定は内容的には審査することができず、試験官が試験の実施要領を遵守したか、誤った事実を前提としなかったか、一般に認められている評価の原則を尊重したか、試験と関係のない考慮をしなかったかなどの審査に限定され、正解を不

正解とされたという受験生の主張は考慮されない。

こうした審査のあり方は、先にみた「裁判所が行政庁と同様の実体判断をすることによって、行政庁の判断を覆すことは許されない」という見解（はじめに2参照）と軌を一にするようであり興味深いが、これに対して連邦憲法裁判所は、一九九一年四月一七日のふたつの判決において、従来の判決は、職業に関連する試験（司法試験、医師国家試験など）については、基本法一二条一項（職業選択の自由）、三条一項（法の前の平等）、一九条四項（裁判を受ける権利）に完全には適合しないとした。そこでは、右にみたような試験に特有の評価については従来どおり行政の裁量権が認められたのに対し、専門的学問にかかわる正解・不正解の判定についてはこれを否定し、受験生が重要な論拠を挙げながら論理的に正しく理由づけた解答は、かりに試験官の見解と合致しないものであつたとしても、これを不正解と評価することは許されないとした。

こうしてみると、「試験に特有の評価」についての行政裁量は、裁判所がその違法性を判断することができないために認められたものと考えられ、その意味で、「司法権の限界」によるものといえることができよう。しかし、こうした理由で行政の裁量権が認められるのは、およそ適正な司法審査を行うことができない、という例外的な事例に限られるであらう。

## （2）機能的・合目的の見地

行政の裁量権は、また、行政権と司法権との間の適切な権限配分という観点からもこれを根拠づけることができるであらう。藤田宙靖最高裁判事は、「ある行為が行政機関の自由裁量に委ねられている行為であるかどうか、ということ

は、現実には、法律がこれをどのように拘束しているか、という実体法上の問題としてよりは、むしろ、裁判所の判断が行政庁の判断に優先せしめられているかいないか、という手続法上の問題として理解すべきではないか、という考え方<sup>29)</sup>からは、次のような行政裁量の統制のあり方が導かれると指摘している。

ある行為を自由裁量行為として裁判審査から除くべきかどうかについては、専ら、その事例が裁判所の判断を優先せしめるのに妥当な事例であるか否か、といういわば機能的・合目的の見地からのみ考えていけばよい。

右の考え方においては、行政の裁量権が認められる根拠は、「裁量権が実際に適正妥当な公益実現のために行使されるように促すためである」という点に求められよう。そして、行政裁量は原則として全面的に司法審査に服することが裁判を受ける権利の内容であると考えられる場合、これは、公益実現のために裁判を受ける権利が制限される場合であると言い換えることもできよう。

### (3) 規範的授權理論

行政の裁量権の根拠づけとしては、さらに、立法者が行政機関に対してみずから判断を下すことを授權している場合がある、というものが考えられるであろう。たとえば、大橋洋一教授による、次のような行政裁量の説明はこうした理解にもとづくものである<sup>31)</sup>。

行政裁量とは、行政権の判断が司法権の判断に優先することを意味する。その理由は、立法者が行政機関の判断を尊重する趣旨の規定を置いた場合には、その限りで裁判所も立法趣旨に従い、行政機関の判断を尊重しなければならないという点にある。このように、行政裁量の根拠は立法者による行政機関への判断授權にある。

以上の説明は、「ドイツにおいて「規範的授権理論 (normative Ermächtigungstheorie)」といわれるものである。<sup>②</sup>こうした理解は、本稿冒頭に示した原子炉設置の許可についての判例にもみられるところであり、また、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と規定する行政事件訴訟法三〇条の規定も、このことを前提としたものであると考えることができよう。

すなわち、行政裁量は原則として全面的に司法審査に服することが裁判を受ける権利の内容であると考える場合、「立法者による行政機関への判断授権」は、基本的人権の制約を意味することになる。そして、この「制約」は個別的法律の規定によって加えられるが、そのことは行政事件訴訟法三〇条によって認められているというのが、わが国における規範的授権理論の具体的内容ということになる。

## 2 行政裁量の統制に対する規範的要求

以上の検討から明らかなように、裁判を受ける権利によって、行政裁量は原則として全面的に司法審査に服することを要求されると考える場合、行政の裁量権を認めることは、公益実現を目的とした、法律を根拠とする基本的人権の制約を意味することになる。

このように構成した場合、行政裁量の統制にあつては基本的人権の制約をめぐる法理、とくに比較衡量の視点が重要になる。そして裁判を受ける権利は、その性質上、裁判を通じた救済の対象となる権利・利益と不可分に結びついている。<sup>③</sup>したがって、行政裁量の統制にあつては、それによって影響を受ける権利・利益がいかなるものであるかという点の考慮が不可欠であり、その権利・利益が重要なものであるほど、統制密度を高めてゆかなければならない、と

いう「規範的要求」が導かれよう。

この点で注目されるのは、市立高等専門学校校長が、信仰上の理由により剣道実技の履修を拒否した学生に対し、体育科目の修得認定を受けられないことを理由として原級留置処分をし、さらに、それを前提として退学処分をしたことに対し、取消訴訟が提起された事件の最高裁判決である(最高裁平成八年三月八日民集五〇卷三三号四六九頁)。本判決は、「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」とする一方で、「右学生は、信仰の核心部分と密接に関連する真しな理由から履修を拒否したものであり、他の体育種目の履修は拒否しておらず、他の科目では成績優秀であった上、右各処分は、同様に重大な不利益を及ぼし、これを避けるためにはその信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせるという性質を有するものであり、同人がレポート提出等の代替措置を認めて欲しい旨申し入れていたのに対し、学校側は、代替措置が不可能というわけでもないのに、これにつき何ら検討することもなく、右申入れを一切拒否したなど判示の事情の下においては、右各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超える違法なものというべきである。」と判示した。

本判決は、巨理格教授も指摘するように、信仰の自由の重要度に鑑みて、比較的密度の濃い実体的審査を行ったものということができる。<sup>34)</sup> ここには、右に述べた、侵害される権利・利益の重要性とともに行政裁量の統制密度が高まるという審査原理が透けてみえる。この意味で、「行政裁量の統制に対する規範的要求」は、「基本的人権の尊重という憲法的視点に立つた理論構成」にほかならず、さきにも「権利を侵害しまたは義務を命ずる行為は法規裁量行為である」とする美濃部第一原則の「現代的な再構成」であるとも言えよう。<sup>35)</sup>



おわりに

裁判を受ける権利によつて、行政裁量は原則として全面的に司法審査に服することを要求されると考える場合、行政の裁量権をめぐる議論に——唯一ではないにしても——ある統一的な視角が与えられると思われる。さきにもたとおり、裁判を受ける権利は、当初、たんに「裁判の拒絶」の禁止として理解されていたものが、一定の行政裁判手続をも要求するものと考えられるようになっていくが、それは実効的権利保護を実現するという問題意識をもつものであった。しかし、この目的は、裁判手続のみを問題とすることによつては、完全には達成されない。その意味で、実体的審理において司法審査の対象とならない行政の裁量権は、裁判を受ける権利をめぐる議論の「もうひとつの課題」ということができよう。

このような問題意識からは、二〇〇四年の法改正によつて加えられた行政事件訴訟法九条二項の規定は、行政裁量の二問題を考えるにあたつても示唆を与えるものとなる。本項には、法律上の利益の有無を判断するに当たつて考慮・勘案すべき事項として、①処分において考慮されるべき利益の内容及び性質、②法令違反の処分により害される利益の内容及び性質並びに害される態様及び程度が、あげられている。この規定が裁判を受ける権利の拡充に資するものであるとすれば、これらの事項は、行政裁量の統制密度を考える上でも無関係とはいえないであろう。

もんじゅ訴訟において、原子炉の周辺および約二九キロメートルないし約五八キロメートルの範囲内の地域に居住している住民に原告適格が認められたのは、「原子炉施設周辺に居住し、右事故等がもたらす災害により直接的かつ重大な被害を受けることが想定される範囲の住民の生命、身体、安全等を個々人の個別的利益としても保護すべき」と解釈

されたからであった(最高裁判平成四年九月二二日民集第四六巻六号五七一頁、一〇九〇頁)。原告適格および行政裁量の問題を、ともに裁判を受ける権利という視点から捉えるならば、この解釈は行政裁量の統制を考えるにあつても意味をもつはずであろう。以上の事理を考慮に入れない行政裁量の統制のあり方は、いかにそれが機能的・合目的の見地からは優れたものであつたとしても、本稿において示された「規範的要求」を満たすものとはいえないだろう。

- (1) 控訴審判決に関する論文として、とくに、高木光「裁量統制と無効(上)(下)」『自治研究』七九巻(二〇〇三年)七号四一―五八頁、八号二二―四二頁、高橋滋「科学技術裁判における無効確認訴訟の意義」三辺ほか編『法治国家と行政訴訟』(有斐閣、二〇〇四年)三二―九一―三五六頁を参照。
- (2) 参照、前掲高木(註1)「裁量統制と無効(下)」三七―三九頁。
- (3) 前掲高木(註1)「裁量統制と無効(下)」三〇頁、なお高木教授は、ここで示された考え方から、技術論で正面から控訴審判決を「誤っている」と批判することも「筋違いである」と述べているが(二六頁)、この指摘は、行政側の「技術論」をほぼ踏襲した本判決にも当てはまるであろう。
- (4) その代表的なものとして、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』(弘文堂、一九九〇年)、高木光『技術基準と行政手続』(弘文堂、一九九五年)、巨理格『公益と行政裁量』(弘文堂、二〇〇二年)。
- (5) 宮田三郎『行政裁量とその統制密度』(信山社、一九九四年)三二―三七頁。
- (6) 前掲宮田(註5)、三二―三八頁。
- (7) 美濃部達吉『行政法撮要』上巻(有斐閣、一九三三年)四〇頁、なお、漢字および仮名づかいは適宜改めた(以下の引用についても同じ)。
- (8) 大橋洋一『行政法』(有斐閣、二〇〇一年)三三四頁。
- (9) 藤田宙靖『第四版 行政法I(総論)』(青林書院、二〇〇三年)九六―九七頁。
- (10) たとえば、次に引用するドイツ行政法の代表的な概説書における裁量(わが国でいう「効果裁量」に該当)の説明も、こうした立場から記述されたものであるといえよう。「裁量は、行政が法律の要件を実現してゆく際に複数の活動のあり方を選択できるときに認められる。この場合、法律は(羈束行為の場合のように)要件にひとつの効果だけを結びつけているのではなく、行政に対して、効果をみずから決定

することを授權している。その際には、行政には、二つかそれ以上の可能性が与えられており、あるいは一定の活動範囲が認められている。」  
 (Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 15. Aufl. 2004, S. 134f.)

- (11) 参照、前掲宮田(註6) 三三二—三三九頁。
- (12) 前掲宮田(註6) 三三三頁。
- (13) 前掲宮田(註6) 三三四頁。
- (14) 前掲宮田(註6) 三三四頁。
- (15) 前掲宮田(註6) 三三六頁—三三七頁。
- (16) Roman Herzog, Art.20 VII, in: Maunz, Dürig, Herzog (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz* 2003, Rn. 3.
- (17) 松井茂記『裁判を受ける権利』(日本評論社 一九九三年) 三頁。
- (18) 参照、前掲松井(註17) 一七四—一九〇頁。
- (19) 参照、巨理格「行政訴訟における『裁判を受ける権利』論序説」新ほか編『憲法制定と変動の法理』(木鐸社 一九九一年) 一一八—一五〇頁。
- (20) 参照、笹田栄司『実効的基本権保障論』(弘文堂 一九九三年) 三三二—三三三頁。
- (21) Vgl. Walter Krebs, Art.19, in: von Münch, Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar* 1992, Rn. 65.
- (22) Maurer, *aaO* (Fn.10), S. 156f.
- (23) 前掲宮田(註6) 三三七頁。
- (24) 前掲藤田(註6) 一一二頁。
- (25) 前掲美濃部(註7) 四三頁。
- (26) 前掲藤田(註6) 三五五頁。
- (27) BVerwGE 8, 272.
- (28) BVerfGE, 84, 34 und 59.
- (29) 前掲藤田(註6) 一〇四頁。
- (30) 巨理格「行政裁量の法的統制」芝池ほか編『行政法の争点「第三版」』(有斐閣 二〇〇四年) 一一六頁。
- (31) 前掲大橋(註8) 三三四頁。この説明は、塩野宏『行政法Ⅰ「第三版」行政法総論』(有斐閣 二〇〇三年) 一〇八一—一〇九頁における次の記述と同様の理解に基づくものといえよう。「行政行為における裁量とは、裁判所が行政行為を審査するに当たり、どこまで審査する

ことができるかの問題、つまり、裁判所は行政行為をした行政庁の判断のどこまでを前提として審理しなければならないかどうかの問題である。これを別の面からみると、法律が行政権の判断に専属するものとして委ねた領域の存否ないしはその範囲とどうことになる……」。

(32) Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Art.19 IV, in: Maunz, Dürig, Herzog (Hrsg.) *Kommentar zum Grundgesetz* 2003.

(33) 参照、東条武治「権利保護の有効性論——裁判を受ける権利を中心として——」『公法研究』四一号（一九七九年）二〇四頁。棟居快行『基本権訴訟』の可否をめぐって」『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、一九八五年）一五一—一五二頁。

(34) 前掲巨理（註30）、二一八—二一九頁。

(35) 参照、小早川光郎「裁量問題と法律問題——わが国の古典的学説に関する覚え書き」法学協会百周年記念論文集第二巻（有斐閣、一九八三年）三五—三六頁。

（本学法学部助教授）