

Title	自由裁量處分に對する判決
Sub Title	Judicial judgement to agency discretion
Author	田口, 精一(Taguchi, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1953
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.26, No.10 (1953. 10) ,p.33- 54
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19531015-0033">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19531015-0033</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 自由裁量處分に對する判決

田 口 精 一

- 一、問題の所在
- 二、抗告訴訟の客體
- 三、自由裁量と訴の不適法
- 四、自由裁量の限界踰越
- 五、辯論手續の省略

## 一、問題の所在

行政處分の取消を求める抗告訴訟について、舊制度においては、「行政官廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」(舊憲法第六十一條)とされ、現行制度においても、「行政廳の違法な処分<sup>(1)</sup>の取消又は変更に係る訴訟」(行政事件訴訟特別法第一條)と規定されている。このために、通説は、抗告訴訟提起の要件として、訴訟の客體が違法處分<sup>(2)</sup>でなければならぬ<sup>(1)</sup>とし、違法を生じない自由裁量處分については、訴の提起を許さず却下すべきであると説く。即ち、法規は、自由裁量處分に關し、その裁量の範圍を定めるのみであつて、なんら具體的準則を指示しない。故に、承認された範圍内において、處分の内容が決定される限り、不當な結果を生ずることがあつても、違法となることはない。したがつて、自由裁量處分に關しては、違法性の問題を生ずる餘地がなく、裁判所の審理の對象とはならないから、これに對して、訴訟を提起することが

自由裁量處分に對する判決

許されないというのである。

けれども、自由裁量なりや否やに關する問題、裁量の限界に關する問題等は、實體法を基準として判斷されるのであり、これに關しては、具體的な訴訟において、當事者間に紛争を生じ、不確定のものであるから、當然に、裁判所は、これを審理して確定しなければならない。しかして、その場合において、原告は、處分の取消を請求しているのであるから、これに對する應答は、「取消す」若しくは、「請求を棄却する」の判決を以つてなされるべきではなからうか。<sup>(4)</sup> 實體法において、行政廳の自由裁量が承認されることが、直ちに、訴訟的に出訴を許さないとする理由は、どこに存在するのであろうか、疑問を有するものである。

(1) 田上穰治教授「行政法原論」昭二七・二六六頁。田中二郎教授「行政法講義案」(上)第二分冊・昭二四・一九三頁。同「行政法」上(有斐閣全書)昭二八・三五八頁。柳瀬良幹教授「行政法」昭二七・一八五頁。原龍之助教授「行政法」(上)昭二七・一一八頁。渡邊宗大郎教授「日本國行政法要論」昭二六・四二三頁。岡部敏教授「行政法論」昭二八・一八五頁、一八六頁。山田準次郎教授「行政法」昭二八・一八五頁。

(2) 美濃部達吉博士「行政裁判法」一九一(123)頁。同「日本行政法」(上)昭一一・九三〇頁。原「行政における法治國思想の展開」昭二三・一七四頁。山田「皇居外苑使用不許可處分取消判決について」法律論叢二六卷一號三一頁以下。田上「司法權に對する行政權の獨立」公法研究八號・一〇二頁、一〇三頁、一〇九頁。同「判例に表われた行政廳の自由裁量」自治研究二九卷五號九頁。柳瀬「自由裁量と行政訴訟」自治研究二九卷二號三頁、八頁以下。柳瀬同二號三頁に曰く、「旧憲法の下では、處分が羈束處分であることは訴訟が成立つための條件で、従つてそれが裁量處分であるときは、それを目的とする訴訟は不適法の訴訟として裁判所はこれを却下すべきであるといふに意見は一致してゐたし、又現行法においても、例へば裁判所法の第三條第一項、行政事件訴訟特例法の第一條、國家公務員法の第三條第五項、地方公務員法の第八條第八項等が、何れも裁判所の管轄するものを『法律上の争訟』、『違法な處分の取消又は変更に係る訴訟』又は『法律問題』に限つてあるところから見て、また同様に解すべきものと信ぜられる」と。

(3) 自由裁量の問題は、理論的なものとして研究されるのみならず、行政權に對する司法權、若しくは、行政裁判權による審査の限界の問題として現實に實務上の問題としても論ぜられる。Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I Band, 3 Aufl, 1924.

S. 99 ff., S. 161 f.; W. Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 2. S. 63 ff.; Derselbe, Verwaltungsrecht, 3 Aufl. 1948. S. 28, S. 30 ff., S. 302 ff. F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8 Aufl. 1928. S. 257; E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1950. S. 70 ff., S. 413; W. Willoughby, The Constitutional Law, of the U. S., Vol. III. 1929. Pp. 1326-1327, Pp. 1677-1680.; J. Hart, An Introduction to Administrative Law, 2 ed. 1950. Pp. 662-663.

杉村章三郎教授「行政法要義」上・昭二八・四〇頁—四二頁、同下巻一九一頁。高橋貞三教授「行政事件訴訟について」昭二七・同志社法學一三號・二五頁—二六頁。有倉遊吉教授「行政行為における羁束と裁量」昭二七・早稻田法學二八巻創立七十年記念論文集三〇五頁—三〇七頁。田上「前掲」二八頁、三一頁、「自治研究論文」二九巻五號五頁。田中「講義案」二五頁—二七頁、一六二頁—一六三頁、「行政法」(上)一五四頁—一五七頁、三二二頁—三二四頁。柳瀬「前掲」一一二頁—一一三頁。渡邊「前掲」三二四頁—三二八頁。原「前掲」四一頁—四二頁。園部「前掲」三六頁—三八頁。山田「前掲」七七頁—八〇頁、一八五頁—一八九頁。俵静夫教授「行政法」昭二七・一六一頁。磯崎辰五郎教授「行政法總論」昭二八・二八六頁—二八八頁、三八二頁。

舊制度の下におけるものとしては、美濃部博士の外に、佐々木惣一博士「日本行政法論」總論、六一三・七七頁—七八頁、六三四頁—六四〇頁、六四四頁。淺井清博士「日本行政法總論」昭一〇・四六頁、三三五頁。織田萬博士「日本行政法原理」昭九・一〇一頁—一〇二頁、六五一頁、六五八頁。野村淳治博士「行政法總論」上・昭一二・三九二頁、三九七頁。等。

「自由裁量處分を審理せず」ということが、自由裁量についての訴提起をも許さないことを意味するのか、又は、訴訟において、行政廳の決定をそのまま承認して、審理しないことを意味するのか、大部分の文獻では明白でない。けれども審理の對象とはならないと考えているから、裁判所は裁判して、請求を認容するか棄却するかを決定せず、訴を却下する主旨と思われる。

#### (4)

これに關しては、雄川一郎助教授が、學會において質問された(第十回公法學會第三部會)。曰く、「田上會員は自由裁量處分について訴を却下し本案審理をなすべきではないと報告されたが、處分が法規裁量であるか、自由裁量であるか、又羁束處分であるかは實體法規を調査せねばならないのである。従つて、訴が提起された場合には、その處分が自由裁量の處分であるかを問わず、本案の審理を行うべきではあるまいか。本案の審理を行つて、處分が自由裁量の處分であること及び處分が裁量の範圍内で行われたことが明かになれば、その處分は適法なものであるから、その時に原告の訴を棄却すればよいのではないか」(公法研究八號一四〇頁、田上教授の回答も同所)。

雄川助教授「行政救済制度の基本原理」國家學會雜誌六三巻六號、五一頁(自由裁量に關しては、裁判所の統制が及ばないと説明さ自由裁量處分に對する判決

れるから、裁判所は、自由裁量の領域内に立入つて審理しないということを出訴のことは別個の問題であると考えられるわけである。田中二郎教授「行政法」(上)三一五頁、三二四頁。田中教授は、最近の著書において、實際上は、自由裁量(便宜裁量)か否かの區別が困難であるから、審理の結果、自由裁量と判明すれば請求を棄却すると説明されるが、理論的には、自由裁量處分については裁判權なしとして訴を却下すべきであると説かれる。

## 二、抗告訴訟の客體

係争處分が、自由裁量のものであるならば、原告の取消の主張は、正當でない<sup>(1)</sup>と判定されるために、處分の性格の決定は抗告訴訟における重要な問題であつて、審理の重點の置かれるところである。けれども、判決は、この問題自體に對して與えられるのであろうか。この疑問を解決するためには、抗告訴訟における訴訟物即ち審判の對象が、何であるかを決定する必要がある。何故ならば、裁判所は、原告によつて提出された訴訟物についてのみ判決を宣するのであり、それ以外のものは、判決の對象とはなり得ないからである。しかして、行政法規のなかには、特に、抗告訴訟の提起を承認する法條を定めるものもあるが(土地收用法第百三十二條、質屋營業法第二十九條、國稅徵收法第三十一條ノ四、古物營業法第二十六條等)、一切の法的争訟について裁判を要求しうる權利が、國民に認められている現行制度の主旨に鑑み、かかる規定がなくとも、すべて行政處分について出訴が認められると考へなければならぬ<sup>(2)</sup>。このような行政救済制度が確立されたことは、違法處分により權利自由を侵害された者に、かかる行政處分の取消權を有する國に對して、取消行爲をなすべきことを要求しうる權利が、常に、與えられるべきことを前提としている。故に、原告が、抗告訴訟を提起する意圖は、違法處分の取消請求即ち、自己に取消請求權ありとする權利主張を、訴の形式をもつて裁判所に提示し、被告である行政廳との關係において、その正當なりや否やを審判すべきことを要求するところにある。したがつて、この場合における訴訟物は、原告が、請求として提出した違法處分取消請求權であり、換言すれば、その存否について當事者間に生じた權利主張の對立紛争<sup>(3)</sup>が、審判の對象となるのである。例えば、官制若しくは定員の改廢のた

めに、過員を生じた場合には、「過員の整理」のために、任命行政廳は、かかる國家公務員を免職することができる（國家公務員法第七十八條第四號）。この處分の取消訴訟<sup>(4)</sup>においては、行政廳の免職に關する認定の過誤により、公務員たる法的身分を違法に剝奪されたことによつて生ずる免職處分取消請求權が訴訟物であり、また、違法に多額の課税を受けた者は、課税されない自由の侵害<sup>(5)</sup>によつて生じた課税處分取消請求權を、審判の對象として提示するのである。故に、裁判所の審判は、この點についてなされ、すべての審理は、取消請求權の存否の決定に集中されるのである。けれども、原告は、單に請求を提示するに止まらず、それを正當づける種々の事由を主張し、これに關連して、被告との間に意見の對立を生ずるが、係争處分が自由裁量なりや否やも、かかる當事者間の攻撃防禦の方法として争われる問題である。例えば、右の免職處分取消訴訟に關しては、定員過剰の事實の存否、免職者の選定に際してなされる能力・勤務狀況等についての裁量の仕方が問題となる。これらの問題は、理論的には、夫々別個に解決すべきものではあるが、訴訟において、訴訟物として全く獨自の存在意義を有するものではない。何故ならば、訴訟物は、裁判の對象であるから、原則として、一定の權利關係でなければならぬ<sup>(6)</sup>。故に、これについての紛争に關する攻撃防禦方法として主張される理由づけの事實や法的意見は、それ自體としては訴訟物とはならないからである。しかして、請求は、訴訟物である權利・法律關係によつて一定されるから、右の場合において、原告の請求は、過員整理を目的としてなされた免職處分の取消<sup>(7)</sup>ということを表示しさえすれば特定される。それが、定員過剰の事實の不存在を理由として主張されようと、免職者の選定における裁量の仕方の缺陷を理由として提起されようと國家公務員法第七十八條第四號によつてなされた免職處分の取消請求關係に相違はない。即ち、請求を理由づけるために主張される事實若しくは、それ<sup>(8)</sup>に關する意見によつて、請求それ自體が別個のものとなるわけではない。故に、右の理由に關する問題は、訴訟において、請求と關連してのみ意義を有するのであり、その結論は、窮極において、原告の請求を肯定するや否定するやの判断に資料を提供するに過ぎない。自由裁量なりや否やの判定は、判決を左右する重要なことであるた

めに、それ自體が、判決の對象となると考えられるかもしれない。<sup>(9)</sup>けれども、自由裁量は、行政廳が、處分をなしうる権限の存在それ自體を表示するのではなくて、處分の仕方に関するものであり、行政廳がなし得る法具體化の方法について考えられることである。<sup>(10)</sup>免職處分が自由裁量のものであるということは、國家公務員を任命行政廳が免職しうる権限を確立することではなくて、その實行の方法・認定の仕方が、行政廳自身の判断によつてなしうるといふ權限行使の方法に認められる性質を表示するのである。故に、自由裁量ということが、決して、行政廳と原告との間の法律關係そのものを意味するものではなく、したがつて、自由裁量なりや否やの紛争が、原告と行政廳との權利法律關係の争それ自體を指すということにはならない。原告の要求するのは、係争處分の取消であつて、それが、自由裁量處分でないといふことの確認を請求しているのではない。訴によつて解決を求めているのは、行政處分の取消に関する紛争であり、それについての攻撃防禦方法として主張される自由裁量についての問題は、紛争解決の前提問題に過ぎない。したがつて、自由裁量についての問題の結論は、請求それ自體の判定に綜合されるものであり、自由裁量の問題が、獨立に、訴訟物となり得る適格を有するものではない。<sup>(11)</sup>このことは、また抗告訴訟制度の主旨からみても理解されよう。即ち、抗告訴訟は、行政救済制度であり、<sup>(12)</sup>裁判所が、原告勝訴の判決を與えるならば、それは、單に處分の違法性を確認するのみに止まらず、判決によつて、違法と判断された處分が取消されるのでなければ、救済の目的が實現されたことにはならない。抗告訴訟即ち取消形成訴訟においては、單に係争處分の違法であることの確認請求、したがつて、それに關連する自由裁量なりや否やに關する係争處分の性質決定の請求は、なら抗告訴訟の目的を實現することにはならないから、それ自體としては無意味なものである。しかし、抗告訴訟における原告の意圖は、決して、そのようなものではなく、處分取消の形成判決を要求するのであり、原告の立場からみれば、自由裁量についての前提問題は、どうあろうとも、取消の効果が實現されれば、それによつて、自己の目的を達成することになるのである。したがつて、原告の要求するところは、係争處分を取消すべきや否やの判決であり、自由裁量處分なりや否や

の判定ではない。即ち、原告が、審判の對象として提示するものは、自己の處分取消請求権の存否である。しかして、判決は、これについての裁判所の結論の表示であるから、取消請求権を承認するか、否認するかの何れかであり、「係争處分を取消す」の判決か、若しくは「請求を棄却する」の判決以外に、別のものが存在するわけではない。即ち、前の免職處分が、任命権者の自由裁量の範圍内においてなされているのであれば、不當な結果を生じたとしても、權限内の行爲として、裁判所は取消すべきではなく、したがって、原告の取消請求に應じられない意味において、「請求棄却」の判決をするのである。しかし、通説は、かかる場合においては、訴却下の判決をなすべしと説くのであるから、その理由を考察する。

(1) 細野長良博士「民事訴訟法要義」一卷昭六・一三四頁。宮崎澄夫教授「訴訟法」昭一六・六五頁。伊東乾教授「民事訴訟法」(一)(慶大通信教育教材)昭二六・二四頁。兼子一教授「民事訴訟法」昭二七・七四頁―七五頁。同 岩波法律學辭典Ⅲ・一七四三頁中段。

(2) 柳瀬「行政法」一八二頁。田中「行政法」三〇二頁、三一八頁。俵「行政法」一八六頁。磯崎「行政法總論」三六四頁。等。

(3) 兼子「辭典」Ⅲ一七四三頁中段。

(4) 名古屋地裁、昭二六・四・二八・免職處分取消請求併合事件、行政事件裁判例集二卷六號九二五頁以下。

(5) 美濃部「行政法撮要」上・昭一八・五九七頁―五九八頁。

(6) 兼子「民訴」七四頁―七五頁、八三頁、二三七頁。伊東「民訴教材」一五頁―一六頁、二四頁。

(7) 兼子「前掲」七五頁。細野「要義」二卷昭一五・九二頁以下、九八頁。

(8) 兼子「前掲」八三頁。細野「要義」二卷昭一五・二二九頁。

(9) 柳瀬「自治研究論文」二九卷二號六頁―七頁。柳瀬教授は、請求の成否の問題と、係争處分が自由裁量なりや否やの問題とを區別される。即ち「この場合いふところの審理は、実は係争の処分は裁量処分であるか否かを内容とするもので、決して原告の請求は成立するか否かを内容とするものではなく、従つてそれから生ずる結論は、当然に、係争の処分は裁量処分であることで、決して原告の請求は成立しないことであるべきではない……無論、實際の事実としては……審理の当初には係争の処分が裁量処分であるか否か明かでない場合であるために……審理は最初は原告の請求は成立するか否かを内容として始められ、それが後に係争の処分は裁量処分であるとする妨訴抗弁の提出その他の事由に依つて係争の処分は裁量処分であるか否かを内容とする審理に變つて行く場合のあり得ることは充分考へられることであるが、……それは原告の請求は成立するか否かを内容とする審理が妨訴抗弁の提出その他の事由に



依つて中斷せられ、係争の処分は裁量処分であるか否かを内容とする審理がこれに代つたのであつて、決して原告の請求は成立するか否かを内容とする審理の中に係争の処分は裁量処分であるか否かを内容とする審理が含まれ、又はその反對であるのではない。即ち係争の処分は裁量処分であるか否かを内容とする審理と原告の請求は成立するか否かを内容とする審理とは全く別のもの……とされる。

(10) 柳瀬「行政法」一一四頁以下。「(イ)如何なる場合に、(ロ)如何なる行爲を、(ハ)行うか」(一一四頁)。柳瀬教授によればこれらの點について行政機關が自ら判斷しうる場合は、夫々、その點について自由裁量がなされ得るのであり、羈束処分は、これらの三點について、行政機關の判斷の餘地のない場合である。即ちこのことは、行政處分の實行方法が、どのように法規によつて規律されるかをしめすものである。

(11) 係争處分が違法であれば取消原因となるのに反し、不當であるだけでは、取消すべきではなく、訴訟の對象とならないと考えられているから、通説においては、係争處分の違法性、不當性が、夫々別個の紛争であり、違法性が、訴訟物として訴訟の客體となり得るのに對し、不當性は、審判の對象となる資格を有しない。故に違法性を訴訟物とする訴は適法なものであり、不當性を對象とするときは、訴は不適法として却下されると考へるのである。けれども、抗告訴訟においては、違法性が訴訟物ではなく、係争處分の取消性即ち、取消請求權の存否が、判決の對象と考へなければならぬ。

(12) 美濃部「行政裁判法」七八(10)頁。田上「原論」二六〇頁。田中「行政法」二七〇頁、二九八頁。

### 三、自由裁量と訴の不適法

通説は、自由裁量處分に違法を生じないことを理由として、訴を却下すると説くが、訴の對象である處分に、違法の事由の存在しないことが、直ちに、訴それ自體の不適法となる訴訟法上の理由は、いかなる點に存在するのであろうか。

自由裁量の存在せしめられる理由は、W・イエリネックによれば、二つの達成することのできない理想、即ち、全能なる立法者と萬能なる行政者の中庸を維持<sup>(1)</sup>しようとすることにある。即ち、立法者が全能ならば、行政は、その指示するままになされることによつて、公益を實現しうるのであり、萬能なる行政官ならば、その判斷によつて、常に適正なる行政の實

現がなされるべく、立法者の指示は無用となる。けれども、かかる理想は實現することが不可能であり、したがつて、法規の具體的運用は、或る程度、行政廳の自由裁量に委ねられたのである。故に、自由裁量というものは、抽象的な法規を、具體的事實に適用して、その内容の具體的實現をなす活動方法である。それならば、ケルゼンの説くように、自由裁量といつても、決して行爲を規律する法規の拘束を全く受けない完全なる自由を意味するわけではない。<sup>(2)</sup> 裁量は、上位段階にある抽象的規範を、具體的事實の低位段階に移行せしめるために、抽象的概念に、具體的内容を充實する行爲であるから、裁量をなすに際して、抽象的規範の主旨を無視することは許されない。故に、自由裁量處分といひ、羈束處分(法規裁量をも含む)といつても、法の規律を受ける程度の差を意味するに過ぎない。<sup>(4)</sup> 即ち、自由裁量の存在自體は、法規の定めるところによつて承認されるのであり、ただ自由裁量處分には、行政廳の判斷が、裁判所の審理判定によつて影響を受けることなく、法律上そのまま承認される範圍が、羈束處分よりも廣く與えられるというだけであるから、法規によつて、その存在を承認された行政廳の權限としての本質的差異はない。したがつて、羈束處分が、法規の定める諸條件に適合していることが確認されて、その存在が認められるのと同様に、自由裁量處分が、裁量の範圍内において實行されたのであるならば、それが、そのまま存在を認められ、取消してはならないのは當然であり、裁判所は、この場合に、裁量の範圍内にたち入つて、具體的にいかなる處分をなすのが適切であつたかを判斷すべきではない。即ち、一定の權限が承認されれば、その具體的な行使の方法は、その主體にまかせられるから、裁判所は、自ら權限行使の條件、内容、方法等を判斷し、それと行政廳の權限行使とを比較して當否を決定することは、必要がない。けれども、かかる裁量の領域が、實體法において確定されていることが、直ちに、裁量行爲に對する訴を却下する理由とはならない。例えば、私法の領域において、民法には、親權者に子の居所指定權が認められている(民法第八百二十一條)。しかし、居所の選定に關し、民法は、なんら具體的基準をしめさず、一切を親權者の判斷に委ねているのであるから、その濫用の場合は別として、親權者の決定が承認される。<sup>(5)</sup> 即ち、居所の指定が適

切に行われなかつたとしても、親権の範囲内の指定であれば、裁判所は、それを否定せず、故に、親権者の居所の選定が不當であることを理由とする指定變更の請求若しくは、その無効確認請求を容認しない。子の居所指定は、その監護養育について最適者である親のなすべき事であり、これに對する國家の干渉は、必要最少限度に止めなければならない。<sup>(6)</sup>したがつて、裁判所は、親権行使につき、その範囲内にまで審査を及ぼすべきではなく、まさに、子の居所指定は、親権者の自由裁量によつてなされるものである。しかし、それに對する出訴が、禁止されているわけではないから、原告の請求が容認されないとしても、決して、訴が不適法として却下されることにはならない。同様に、行政廳の自由裁量が認められているならば、裁判所は、行政廳の決定を常にそのまま承認するのである。例えば、特許權存續期間延長許可については、行政廳の産業行政、特許行政に委ねられた自由裁量處分であるから、<sup>(7)</sup>行政廳が、その不許可を決定しても、それが、適切妥當でないからといつて、直ちに違法となるわけではない。故に、原告が、不許可處分に關し違法であると主張するとしても、それは理由のないことであるから、裁判所は、行政廳の決定を取消さないものである。右のような法律關係において、原告は、處分の瑕疵を指摘し、それが法律上のものであると主張して取消請求を提起しているのであり、これに對し、裁判所は、係争處分の瑕疵が單なる不當の程度に止まるものと判断して、處分の存續を認めたものであるならば、まさに、原告の請求に對して判断を加えているので<sup>(8)</sup>あつて、訴の訴訟上の適否について判断してはならない。しかして、通説は、自由裁量處分に關しては違法を生じうる餘地がないから、原告が、たとえ違法の主張をするとしても、それは法律上無意味であり、不可能であるとして、<sup>(9)</sup>かかる内容を有する訴も亦訴訟法的に無意味なものと考へているのである。けれども、實體法において明確に規定されたことは、訴訟においても確定され、それについて訴を提起することを許さないと断定することはできない。自由裁量の存否は、實體法によつて判定されるから、訴訟においては、判断すべく與えられた假設的存在であり、最初から具體的に確定されたものではない。<sup>(10)</sup>訴のなかに示される原告の主張は、自分の立場における法的判断にもとづくものであつて、正

當であるか否かは不明である。訴訟においては、ただ、そのような権利主張が存在すれば十分であつて、その内容が正當であることは必要でない。眞實は、自由裁量處分であるものを、しからずとして行政處分の違法を主張することが、訴訟において不可能であるということはあり得ない。原告の主張と行政廳の意見とが對立するからこそ、争訟が発生しているのであり、當事者間の法律關係は、訴訟的には不明となつてゐる。それが、第三者の立場からみて、客觀的に自由裁量であることが明白であり、原告の主張が、明らかに正當でないものであつても、訴訟的に解決すべき必要がある。即ち、原告の主張する権利の存在及びかかる主張の當否は、最後まで不明であり、これが、訴訟的に確定するためには、訴訟手續による實體形成が必要である。<sup>(11)</sup>原告の主張は、行政處分という法的存在に對してなされてゐるのであり、決して、道徳問題・感情問題に關するものではない。その理由も、係争處分に法的瑕疵があるということをもつて根據としてゐるのであるから、かかる訴は、訴訟要件を具備してゐるのであり、訴それ自體を訴訟的に無意味なものと斷定することができない。したがつて、自由裁量處分に對する違法の主張が不可能であるということは、實體法を基準として、原告の違法となす主張が、常に正當でないと評價されるといふことを意味するのみであつて、その主張が、直ちに訴訟法的存在を否定されることにはならない。<sup>(12)</sup>しかして、實體法上の権利が、法的に主張されるのは、主に訴訟においてであるから、訴訟現象は、實體法と訴訟法の複合するものがあるが、現在において、訴訟は、權利實現の手段として、實體法上の權利に包含されてしまふものとは考えられていない。<sup>(13)</sup>したがつて、理論的には、訴訟現象のなかで、實體法の規律する領域と、訴訟法の適用される分野とを區別して考察する必要がある。<sup>(14)</sup>即ち、處分取消の訴は、裁判所に對する判決の要求であり、その内容である取消請求と區別しなければならぬ。訴が、裁判所をして、請求について判決すべき義務を生ぜしめるには、訴訟法的要件を具備すれば十分であり、行政廳にいかなる権限が、實體法によつて付與されているかは、もはや、訴の問題ではない。このことを訴の問題とするためには、實體法ではなくして、訴訟法の規律を問わなければならず、即ち、訴訟法に、かかる處分に對して訴の提起を許さない法規

が存在していなければならない。しかし、現行制度においては、およそ、すべての行政處分について出訴が許されるのであつて、訴訟事項に關する制限が除去されているのである。しかして、訴が存在するからこそ、その内容である取消請求に對して、係争處分を取消すか否かの判決が、裁判所の義務としてなされるのである。原告の主張が、明白に理由がないということ、即ち、係争處分が自由裁量のものであり、實體法上違法を生じないということによつて、訴訟法の規律對象である訴それ自體を不適法のものとして斷定することは、實體法的觀察を以つて、訴訟現象の全部を判斷しようとするのであり、正しい觀察方法とは考えられない。<sup>(15)</sup> 行特法における抗告訴訟についての出訴期間の限定は、たしかに訴訟法的なものである。しかし、行特法第一條に「違法處分の取消變更」と規定されていても、これは、訴訟要件を定めた法規と考えることはできない。前述のように、行政處分については、原告が自己の判斷により、取消の法的主張を構成しさえすれば、法的争訟はすでに成立しているのであつて、争訟となれば、裁判所は、一切のものを審査すべきであり、國民も亦、かかる審判を要求することを制限されてはいない。したがつて、「違法處分の取消變更」と規定されていることは、違法處分でなければ、取消變更の訴が提起できないという訴訟法的制限を定めたのではなくて、處分に實體法上の違法があれば、それを原因として取消の判決がなされるべきことを表示しているのである。しかして、裁判所は、行政權の發動であり、行政廳の行爲である處分であつても、判決によつて自ら取消することができるという司法的權限の所在を示したのである。かかる主旨の規定は、他にも存在する。例えば、民法において、離婚形成訴訟の提起を承認した法條がある<sup>(16)</sup>（民法第七百七十條）。この規定は、決して、訴訟要件を規定したのではない。即ち、同條所定の原因が存在するときに、はじめ、訴を提起しうることを指示するのではなくて、原告が離婚原因として主張する事由は、いかなる事がらであつても、訴訟法的には制限のないものである。故に實體法に規定された離婚の法律條件には、全く該當しないような事實を主張するとしても、訴の方式が、訴訟法の要求する訴訟要件を具備するのであるならば、離婚訴訟は成立し、ただ、裁判所は、審理の結果、原告の主張する事實が、民法所

定の離婚事由に該當しないことを理由として請求棄却の判決をなすに過ぎない。即ち、この場合に、離婚の訴それ自體に訴訟上の瑕疵があるということにはならないのであつて、單に、請求棄却の判決——勿論、本案判決——が、なされることになるのである。かくて、民法所定の條件は、實體關係を規律すべき裁判規範であつて、訴訟要件に關する規定ではないのである。

要するに、通説が、實體法において、行政廳の權限が確立され、その範圍内における事項については、明らかに、違法を生ずることがないということを、直ちに、それに對する訴それ自體の訴訟法的存在をもあり得ないと推論するところに、實體法的觀察と訴訟法的觀察の混同があるのである。しかして、自由裁量が、權限行使における領域の廣狹を意味するのであるならば、かかる裁量が承認されることは、訴訟事項決定の基準とはなり得ない。そのことは、裁量の限界踰越の問題を考察すれば判明するのである。

- (1) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 28.
- (2) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 248.
- (3) Kelsen, a. a. O. S. 248.; Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2 Aufl. 1923, S. 505, S. 507.
- (4) 田中「行政法」一五五頁。
- (5) 中川善之助教授「註釋親族法」(下)・昭二八・五〇頁—五一頁。小池隆一教授「改正親族相續法概説」昭二三・六三頁。田中實助教授「親族法」(慶大通信教育教材)昭二六・七三頁、七六頁—七七頁。
- (6) 穂積重遠博士「親族法」昭一二・五五三頁—五五三頁。
- (7) 東京地裁、昭二五・一一・一四、特許權存續期間延長願不許可決定取消請求事件、行判例一卷一二號一八一—一五四頁、一八一—四(一五六)頁。東京地裁、昭二六・五・二一、特許權存續期間延長願不許可決定處分取消變更請求事件、行判例二卷六號九一—六頁。
- (8) 請求棄却の例、津地裁、昭二三・行政處分取消變更請求事件、行政裁判月報一三號七〇頁、七六頁。神戸地裁、昭二三・一一・二七、農地買收計畫變更請求事件、月報二二號、一八二頁、一八四頁—一八五頁。盛岡地裁、昭二四・七・一二、行政廳の違法處分取消請求事件、月報二二號、一八六頁、一九〇頁—一九一頁。宇都宮地裁、昭二四・八・三一、農地買收處分取消請求事件、月報二二號、二

自由裁量處分に對する判決

自由裁量處分に對する判決

四六 (七五六)

三四頁、二三六頁―二三七頁。神戸地裁、昭二五・一一・二五、農地賣渡決定取消請求事件、行判例一卷一二號、一六六三(五)頁。  
山口地裁、昭二六・五・二四、免職取消請求事件、行判例二卷七號、一一一七頁、一二二頁。東京地裁、昭二七・九・二七、旅券  
發給請求事件、裁判所時報一一六號、九頁(二段―三段)、一〇頁(一段―二段)。

(9) 美濃部「行政裁判法」一八三(115)頁。

(10) 兼子「民訴」二一三頁―二一四頁。團藤重光教授「訴訟狀態と訴訟行爲」昭二四・三頁―四頁参照。

(11) 宮崎「刑事訴訟法」(法律學全書)昭二六・四五頁―四六頁、六五頁以下。伊東「民訴教材」二四頁。

(12) 柳瀬「自治研究論文」二九卷二號八頁以下。柳瀬教授は、却下すべき理由として、自由裁量處分については、違法とも適法とも判断し得ないことを説明される。即ち、「処分は裁量処分であるから違法でないといふ場合の『違法』と、処分は違法でないから原告の請求は成立しないといふ場合の『違法』とは著しく性質の違つたものである(九頁)……裁量処分であるから違法でないといふ場合の違法でないとは單にその処分が裁量の限界を定めた法の規定に牴觸してゐないことを意味するにすぎない。……裁量の限界内には無論何等の法の規定も存在しないのであるから、……違法でないといふことは決して処分が具体的場合に如何なる処分をなすべきかを定めた法の規定に適合してゐる意味において適法であることを意味するものではない。即ちこの種の処分は……適法とも違法とも言ふことのできないものである。」(一〇頁)、故に、「同じく処分の取消を求め原告の要求を拒絶し、従つて処分をそのまま存続せしめる場合にも、処分が適法である故に然る場合(即ち請求棄却)と、適法とも違法とも判断し得ないものであるが故に然る場合(即ち訴訟却下)との別がある」(一二頁―一三頁)とされ、棄却説が、違法の概念を分析せず、自由裁量に對する訴を却下せずに、請求を棄却するのは、論理的飛躍であるとされる。教授は、訴訟の客體は、適法違法の問題でなければならぬとし、自由裁量處分については、その判断が不可能であるから、訴を却下すべきであるとされる。しかして、請求棄却の判決は、原告の請求を容認しただけではなくて被告の處分の適法であることを確認する意味が含まれると考えられる(一一頁)。けれども、訴訟物を前述の如く、取消請求権と考えれば、自由裁量の場合でも、原告の請求を却けることには相違はないのである。しかして、原告の取消請求に對し、係争處分を取消すべきではないと判断することは、まさに本案についての判断であるから、本案判決で解答をなすべきである。また、自由裁量が、その限界内においてなされたか否かは、適法違法の實體關係に關する問題である。故に理論としては、違法の觀念を、適法違法の場合と、違法とも適法とも判断し得ない場合とで、區別することは重要であるとしても、訴訟において、別個の取扱をすべき理由はないのではなからうか。

(13) 中村宗雄教授「訴と請求並に既判力」昭二四・六頁以下、二二頁以下。

(14) 中村「前掲」七八頁以下、裁判制度の確立は、「訴」と「請求」の分化を認識せしめ、前者は訴訟法により、後者は實體法によつて判断される、と。宮崎「刑訴」六四頁以下、訴訟における、實體關係と、訴訟的關係の區別を説かれる。

(15) 中村「前掲」四九頁、「訴」と「請求」とを區別し、これによつて、訴訟法の分野と、實體法の分野とを區別することは、「訴却下」の訴訟判決と、「請求棄却」の本案判決の區別があるから必要である、と。

(16) 中川「註釋親族法」(上)昭二五・二六九頁、二七一頁以下。小池「改正概説」四〇頁―四一頁、「身分法概論」昭一七・七九頁。穂積「親族法」三八三頁以下。田中「通信教材」四〇頁。

#### 四、自由裁量の限界踰越

通説としても、自由裁量處分が完全に法の規律を受けず、絶対に違法の結果を生ずることがないと考えているわけではない。美濃部博士は、かつて、「自由裁量の行爲と言つても、其の裁量權の範圍には固より一定の限界が有り、其の限界を超えたらば、違法の行爲となることを免れない。」<sup>(1)</sup>と説かれた。この見解は現在においても認められる。田上教授は、「法律の留保に屬しない行政では、特別な法律の規定によつて制限されない限り、行政廳に裁量が認められ、……この場合にも法律の優勝性により行政が法律を破ることはできないから、法律は自由裁量の限界を示すものである。」<sup>(2)</sup>と説明される。自由裁量が、法規によつて存在を認められ、その本質が、法規の具體化の權限であるから、行政廳の恣意による行動を許すものではない。しかれば、自由裁量處分も、その權限の行使の方法によつては違法なるものとして、取消される可能性が存在することになる。例えば、美濃部博士は、官吏の任命は自由裁量であつても、無資格者を任命し、定員以上に任命することは違法であり、河川の使用許可も、許可してはならないのに許可して第三者の既得權を侵害するならば違法であると説明された。<sup>(3)</sup>判例も、自由裁量による認定が、明らかに度を失し社會通念上到底容認し得ないほどに不當なものは、もはや違法處分として取消されるべきものとして<sup>(4)</sup>いる。故に、自由裁量が裁判所の審理を受けないということは、自由裁量の範圍内において、裁量



の仕方が裁判所の審理の對象とならないというに過ぎないから、自由裁量の存在の問題、裁量の範圍の問題は、裁判の對象となり、自由裁量の限界踰越については、審理することができるといわなければならない<sup>(5)</sup>。即ち、自由裁量の存否、範圍は、法規によつて定まり、行政廳が自由裁量をなし得るか否か、また、國民の法的平等を破つてはならぬというが如き裁量の限界に關しては、裁判所は審理するが、それは、このような裁量權の濫用、限界踰越は、もはや裁量問題ではなくて法律問題であるからである<sup>(6)</sup>。故に、原告が、自由裁量の限界踰越を争うならば、裁判所は、その點を裁判しなければならぬ。即ち、係争處分が自由裁量處分であることが確定していても、その限界踰越が請求の理由として主張されれば、適法な訴として本案審理が開かれることになる<sup>(7)</sup>。故に、通説が、自由裁量處分についての訴は却下すべしと説くとしても、裁量の限界が紛争となつてゐるならば、本案審理をなし、踰越の事實がなければ請求を棄却する結果となる<sup>(8)</sup>。それならば、單に、裁量の當否を争つて訴を却下されたとしても、限界踰越を争うことに内容を變更して、本案審理を要求しうるのではなからうか。例えば、前の水利權許可の問題において、第三者に對する許可處分により不利益を被つた者が、最初は、裁量の不當を理由として出訴したために、訴が却下された。そこで、次に、理由を修正して、違法に既得の河川利用權を侵害された旨を提示して、訴を提起しなおすことが考えられる。この場合に、前訴においては、通説によれば訴は却下され、裁判所は、なら水利權許可處分の取消關係、即ち、原告の取消請求權について裁判してゐないことになるから、判決には既判力がなく、後訴に對して、その効力を及ぼすものではない。故に、後訴は、既判力に抵觸するということがあり得ず、訴が不適法となるわけではない。また、限界踰越を争うのであるから、訴の内容からみても、適法な訴ということになり、本案審理がなされなければならない<sup>(10)</sup>。しかし、右のような紛争の繰返しが、そのまま存置されることは、訴訟制度の目的に反する<sup>(11)</sup>。兩訴とも、同一の法律要件にもとづいてなされた許可處分の取消請求に關するものであり、單に、請求を理由づける原告の主張の仕方が、修正されたに過ぎないから、全く同一事件に關する訴訟といふべく、これについての審理の反覆は無用のもの

である。前訴においても、係争處分の性質決定について審理があり、裁量の仕方をも判断して、自由裁量の範囲内のものであると確認し訴が却下されたのである。即ち、處分を取消すべきではないと結論が下されているのである。しかるに、原告は、全く同一事項に關して、單に理由を變更するのみによつて、再び審理を要求することが可能であり、裁判所は、再審理をなすべく義務づけられるのであるから、不必要な負擔を課せられることになる。通説の理論によれば、右のような弊害を生ずるが、それは、紛争の統一的解決と、訴訟的確定について考慮を拂わなかつたものといわなければならない。訴訟は、法律關係の確定を要求するから、當事者の多少の犠牲とはなつても、そのための手段をとる。即ち、辯論を終結せしめ、確定判決を宣することによつて、將來の法律關係の安定保障を實現しようとする。故に、右のような場合においても、處分の取消原因の主張は、前訴の事實審の口頭辯論終結の時までに、すべてが提出されるべきであり、それまでに主張しうる攻撃防禦方法は、判決後において、新に提出することを許すべきではない。<sup>(12)</sup>故に、限界踰越のような取消原因に關する理由づけの主張は、判決後に生じた全く新たな事情によるならば別として、前訴において既に提出されるべきである。事件の確定の観点からすれば、理由づけの變更のみによつて、再訴を許し、重ねて本案審理を要求することを可能ならしめるべきではない。このためには、既に、前訴において、判決に既判力を生ぜしめる必要があり、當該事件における處分が、取消されるべきものではないことを確定しておかねばならない。

さらに、限界踰越を理由とすれば、適法なる訴となるのであるから、裁判所は、訴狀に不當の事由のみが提示されているからとして、直ちに、訴を却下すべきではない。必要に應じて、その主張の補充訂正の機會を與えるべきである。<sup>(13)</sup>即ち、辯論は、當事者の責任においてなされ、その提出する資料によつて審理をなすのであるが、原告の主張が、完全にその意を盡しているとは限らない。具體的事件において、自由裁量の範囲内の事がらであるか、限界踰越の問題であるか、この區別は、必ずしも簡單になしうるわけではなく、<sup>(14)</sup>これに關する原告の主張も、常に完全になされるわけではない。かかる場合に

は、裁判所は、限界踰越についての陳述の補充、證據の提出を促すこともできるのである(但し、行特九)。この釋明權の行使は裁判の誠意ある實施のためには必要であり、したがつて、裁判所は、事情によつては、自由裁量に對する訴であつても、それを補充せしめて、限界踰越を争う訴として、審理することもあり得る。故に、外觀は、裁量の範圍内における紛争であつても、裁判所は、自らの判斷によつて、本案審理をなしうるから、自由裁量の存在を以つて、訴訟事項を決定し、訴却下の理由とすることは、訴訟的に實益がない。しかして、通説によれば、かかる裁判所の指示にも拘らず、原告が、陳述の補充訂正をなさず、あくまでも裁量の不當について争うならば、訴を却下しなければならぬ。しかし、その後において、原告が、その主張を訂正して出訴するならば、本案審理を拒むことができぬ。前の好意的な勧告を拒否したのにも拘らず、再び、その通りの訴提起が許されると、裁判所は、原告の恣意のままに齟齬される結果となる。通説によつては、かかる弊害を防止することはできない。

右のように、自由裁量に關する問題も、窮極においては、裁量の存在、限界踰越の問題に發展する。通説も、その場合には、本案審理をなすべきことを認めるのであるから、結局は、自由裁量處分であつても、裁判の對象となるのである。<sup>(15)</sup>實際に、原告が、かかる限界踰越を理由として訴を提起したならば、裁判所は、本案審理を拒むべきではない。實體法の理論からみれば、裁量内の當不當の問題と、限界踰越の問題とは別個のものとして、混同すべきではない。<sup>(16)</sup>しかし、これらは、訴訟においては、請求の問題に關連するのであるから、訴訟においても、實體法の理論通りに、別個の取扱をするといふことは、必要がないのではなからうか。

(1) 美濃部「行政裁判法」一九一(128)頁。

(2) 田上「行政法原論」三一頁—三二頁。

(3) 美濃部「前掲」一九二(128)頁、同趣旨、田上「前掲」三二頁。

(4) 東京高裁、昭二六・四・三〇、行政處分取消請求控訴事件、行判例二卷五號七五六(五六)頁〔宥恕すべき理由〕の裁量に關するもの

である)。松山地裁、昭二六・四・二六、國有地質渡決定取消請求事件、行判例、二卷五號七三六(三六)頁。大阪地裁、昭二六・七・七、行政處分取消等請求事件、行判例二卷八號一三六一(二一五)頁—一三六二(二一六)頁(免職事由の認定に關するものである)。

(5) 田中「行政法」一五七頁、三二四頁。

(6) F. Fleiner, a. a. O., S. 268.

(7) 田上「行政法原論」三二頁、「公法研究論文」八號一〇二頁。

(8) 柳瀬「自治研究論文」二九卷二號一頁—二頁。柳瀬教授は、この場合においても却下すべきであるとされる。即ち、「原告は処分が裁量処分であることは承認し、ただ係争の具体的処分は法の定める裁量の限界を超えてある意味において違法であるとしてその取消を求めてある場合であるが、……事情は前の場合と変りはない。」として、裁量処分でないとして争う場合に、その主張が誤りであつて訴を却下されるのと同じ取扱をなすべきであると説明される。しかして、裁量内の處分となれば「これを違法とする原告の主張は誤であることは明白であるが、併しそれは決して係争の処分が具体的場合に如何なる処分をなすべきかを定めた法の規定に適合してある意味において適法であることを意味するものではない。……原告の主張が誤であることは係争の処分が適法とも判断することのできない領域にあることを示すものであつて、従つて裁判所としては、原告の主張が誤りであることが判明した後は、それ以上の判断は差控えて、処分をそのままに置き、その意味においてその取消を要求する原告の請求を拒絶し、即ち訴を却下することがとるべき正しい処置」とされる。しかし、この場合に問題になつてゐるのは、限界踰越であり裁量内の問題ではない。故に、限界を超えたか否かを判断すれば十分である。しかして、限界は、法の定めるものであり、それを超えないということは、適法であつて、このことは、適法違法の判断をなしうる點である。故に、限界踰越による違法の主張に對し、それが正しくないと判断し、請求を拒絶することは、本案審理であるから、請求棄却の本案判決をしなければならぬのではなからうか。

(9) 細野「民訴要義」第四卷・昭一五・一六五頁—一六六頁。

(10) 田上「原論」二七〇頁。田中「前掲」三七六頁。

(11) 兼子「辭典」I三五四頁中段。伊東「民訴教材」一四頁、二二頁。

(12) 兼子「民訴」二二四頁。

(13) 兼子「前掲」一一九頁。伊東「前掲」五六頁—五七頁。

(14) 田中「前掲」三二三頁、三一五頁。

(15) W. Willoughby, The Constitutional Law, Vol. 3, p. 1326. 「裁量權が、憲法若しくは法律によつて保障されている場合に

自由裁量處分に對する判決

は、その行使される方法は、司法審査の対象とはならない。」しかし、「それ故に、裁判所は、裁量権の存在及び範圍の問題についてのみ干渉するのである。」これによれば、自由裁量が認められるということは、裁判所の審理の限界を示すのみであつて、出訴とは關係ないことであり、自由裁量であれば、原告の請求が常に容認されないことであつて、これは、訴か不適法になるのではないと考えるべきであらう。

(16) 佐々木「日本行政法論」總論、七五頁―七六頁、六三七頁―六三八頁。自由裁量内の問題と、自由裁量をなしうるか否かの問題、限界逾越による裁量権の濫用の問題とを區別しなければならぬことを説明される。

## 五、辯論手續の省略

通説が、訴却下をなすべきことを主張する意圖は、一つには、行政事務の遂行が、裁判所の審理手續によつて阻害されはしないかという賞務上の點を考慮し、これを除去しようとするところにある。<sup>(1)</sup> たしかに、かかる考慮を全く無視することはできない。行政作用は、直接に公益の實現を目的とするから、その適法な實行を確保することは、公益の維持と同時に、個人の權利の擁護ともなるのである。故に、行政訴訟制度においては、公益の維持と個人の權利擁護とは同時にその目的として存在し、<sup>(2)</sup> いずれか一方のために他を犠牲にすることはできない。したがつて、あまりに嚴格に裁判手續を實行することによつて、行政廳の迅速な事務の處理をさまたげることになつたのでは、却つて、公益の維持が實現されない結果となる。この二つの目的を實現するためには、行政と司法の兩作用の調和をはかり、裁判所が、必要に應じて審理手續の簡略化の措置をなしうる方法を承認するのが適當であらう。

右の要求に答える手段とは、訴狀の審理により、直ちに結論を出し、口頭辯論手續を省略することである。即ち、訴狀記載の事實により、係争處分が自由裁量のものであつて、且、裁量の限界内においてなされることが明白であり、審理の必要がないと思われる場合には、口頭辯論手續を開かずに、請求棄却をなす方法を採用するのである。この方法は、現行の

民事訴訟法によつては不可能であるが、立法論としては、考慮に値する。即ち、現行法によれば、判決は口頭辯論にもとづかなければならない（民訴二二五）から、辯論の短縮はできても、口頭辯論を全く省略することはできない。しかして、現行の行政訴訟は、その手續の大部分を民事訴訟法にもとづいて運営されるのであるから、右の方法が、直ちに實行しうるものではない。しかし、右に述べた行政訴訟制度の特色に鑑み、特にこの方法を制度化することができると考える。かかる方法は訴訟的には全く新なものではなく、既に、刑事訴訟法及び人身保護法によつて承認されているからである。刑事訴訟法第三百三十九條第一項によれば、「起訴狀に記載された事實が眞実であつても、何らの罪となるべき事實を包含していないとき」は、公判手續を経ずして公訴棄却の決定をすることができ<sup>(4)</sup>る。また、人身保護法第十一條第一項によれば、「準備調査の結果、請求の理由のないことが明白なときは、裁判所は審問手續を経ずに、決定をもつて請求を棄却する。」と規定される<sup>(5)</sup>。即ち、口頭辯論手續に相當する審問手續を省略して請求棄却の決定をする便法が採用されているのである。故に行政訴訟において同様の手段がとられても、必ずしも國民の權利救済の道を封鎖することにはならない。しかして、裁判所は、自由裁量の範圍内の權限行使として、處分を取消さず、原告の取消請求權の存在しないことを判決しているのであるから、行政廳と原告との法律關係を確定することにもなる。右のような主旨と想像される意見が最高裁判所當局の一部において主張された。即ち、柳瀬教授の紹介される<sup>(6)</sup>ところによれば、係争處分が、自由裁量のものであることが、明白であるときは、訴を却下し、不明の場合には審理して、自由裁量であると判明すれば請求を棄却するのである。この見解を、柳瀬教授は、前後矛盾するものとして批判された<sup>(7)</sup>。當局の意見が、判決の性質について、いかに考えているのか不明であるが、却下の判決を訴訟判決の意味において行ふならば、前後矛盾していることは、まさに教授の指摘される如くである。しかし、前述の便法を新に制度化し、單に口頭辯論を省略する意味において、外見上は却下の判決をなす方法が、承認されるとするならば、矛盾なく同じ目的を達成しうるのではなからうか（因みに民訴二〇二でこの種の判決をすることは許されない）。

通説が、訴却下によつて本案審理を排除するのは裁判所が審理することが、司法権による行政権の侵犯であると考へるからである。<sup>(9)</sup>しかし、右の方法によることになれば、直ちに、辯論手續がなされるのではないから、行政が、裁判手續によつて阻害されることはないと言へることにならう。司法と行政との作用を調節するために、出訴を制限することは、列記主義を廢止して、訴訟事項の制限を撤廢した現行制度の主旨にも適合しない。<sup>(10)</sup>また、單に、訴却下を主張しただけでは、訴訟要件の調査と本案審理とを理論通りに段階的に區別せず、兩者を同時に交錯して行<sup>(11)</sup>う現行制度においては、必ずしも審理手續の省略の結果とはならないから實務的には實益がない。

- (1) 田上「公法研究論文」八號一〇一頁。美濃部「行政裁判法」八三頁―八五頁。田中「行政法」三一―一頁以下。
- (2) 美濃部「前掲」七九頁。田中「前掲」三一―二頁。
- (3) 田中「前掲」三一〇頁―三一五頁。
- (4) 團藤「新刑事訴訟法綱要」昭二八・一一三頁、三二六頁。
- (5) 小林一郎氏「人身保護法概論」昭二四・一五四頁。
- (6) 柳瀬「自治研究論文」二九卷二號四頁―五頁。
- (7) 柳瀬「前掲」七頁―八頁。「前掲」の場合、……係争の処分が裁量処分であることが初から明らかである場合といはれてゐるが、それは即ち、係争の処分は裁量処分であるか否かの判断が裁判する者の心の中で行はれて、その結果それが裁量処分であることが明かであることの意味に外ならないからである。即ちこの場合と後の場合との相違は、ただ右の判断が裁判する者の心の中において行はれるか、それとも法廷における審理の形をとつて行はれるかの形式の上の相違だけにすぎないので、實質においては、何れの場合にも全く同一の判断が行はれ、同一の結論が出されてゐることは異なるところはないのである。」として、性質の異なる訴却下と請求棄却の判決をするのは、前後矛盾するとされた。
- (8) この場合の訴却下の判決は、その本質は、本案判決であり、請求棄却の判決と、その性質が同じものである。
- (9) 田上前掲論文、一〇一頁。
- (10) 田中「前掲」二七四頁以下。原「行政における法治國思想の展開」一七〇頁以下。
- (11) 伊東「民訴教材」(三)、一〇七頁。