

Title	行政行為における羈束と裁量
Sub Title	Discretionary and non-discretionary transactions in administrative law
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.8 (1960. 8) ,p.1- 35
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=AN00224504-19600815-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600815-0001</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.

# 行政行爲における羈束と裁量

金子芳雄

- 一 序
- 二 判決例にあらわれた羈束と裁量
- 三 わが國學說にあらわれた羈束と裁量（その一）
- 四 わが國學說にあらわれた羈束と裁量（その二）
- 五 結論

## 一

行政行爲における羈束と裁量、この問題は行政法學上の難問の一つに數えられている。そもそも、かかる問題が行政法學上とりあげられるにいたつたのは、一八七五年十月二十二日のオウストリー行政裁判所設立にかんする法律に由來する、といわれている<sup>(1)</sup>。すなわち、同法第三條中に「行政廳が自由裁量にしたがつて處置しうべき事項については、その限度において行政裁判所の管轄するところにあらず」と規定し、行政裁判所は行政廳の自由裁量にぞくする事項を審理しえない、とする原則を明文化した。そして、この規定を中心として、行政廳のおこなう自由裁量の意義・範圍等が論議の對象となつた。ひるがえつて、わが國の法制をみると、舊憲法は、第六十一條に「行政官廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ侵害セラレタリトス

ルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スル……」と、行政訴訟を定義する。さらに、明治二十三年法律第六十六號「行政廳ノ違法處分ニ關スル行政裁判ノ件」は、「……左ニ掲クル事件ニ付行政廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」とし訴訟事項を列記する。

右にみたごとく、わが國において、行政訴訟を提起するためには、まず「違法處分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタ」こと、さらに、列記事項に該當する事件であることが要求された。この點を裏面よりみると、權利毀損をとまなわなない、いわゆる自由裁量は行政訴訟の對象となりえない。(權利毀損がそんなしても、行政訴訟にかんする列記事項に該當しなければ、行政訴訟の對象となりえないこと、もち論である。) すなわち、わが國においても、自由裁量の意義・範圍等が大いに問題となつてくる。このためか、すでに早くより、織田博士・美濃部博士・佐々木博士は、概論書のうちに比較的詳細にこの問題をとりあげられた。また、論文についてみると、田中二郎教授の「行政裁判所の權限より觀たる自由裁量問題」(國家學會雜誌四五卷三・四號、昭和六年)を契機とし、多くの學者により論争され乍ら現在にいたつてゐる。さらに、裁判例についてみても、舊憲法下における行政裁判所により、また、現行憲法下における最高裁判所および下級裁判所による、非常に多くの判決が示されている。本稿は、まず、現行憲法下における判例を中心とし乍ら検討をくわえ、しかるのち、わが國學說の變遷のあとをたどつてみたい。

(1) 田中二郎・行政裁判所の權限より觀たる自由裁量問題(行政争訟の法理)・二〇八頁。

## 二

羈束と裁量にかんする判例は多い。このため、判例の検討にあたり、一定の基準によりこれ等を分類しなければならな

い。しかし、判例は、羈束と裁量の區別につき一貫した態度をとっていない。そこで、一應の分類とし右のごとき区分方法を採用する。

法行政の原則のもと、行政行為は法律にしたがつてなされる。そこで、行政行為の前提となる法律の條文をみると、これは、法律要件と法律効果に二分しうる。すなわち、條文の骨子は、「何々ならば、何々の行為を行う。」という體裁をとる。換言すれば、

- ① 如何なる場合（要件）
- ② 如何なる行為（内容）
- ③ 行うか否か（決定）

の三要素よりなる。そして、右の①・②・③の内一以上が行政廳の自由な決定に委ねられているとき、それは自由裁量行為である、といわれている。したがつて、判例をみる場合、①の要件に注目し、要件規定を缺く場合（空白規定）・要件規定が抽象的・不確定概念で構成されている場合等に分類するのが便利である。このため、以下、各事項ごとに、大體右の分類にしたがつて、検討をくわえる。

## 一 農地關係

舊農地調整法・舊自作農創設特別措置法（現農地法）をめぐる判決例は、きわめて豊富である。

① 舊農地調整法四條（農地法三條）農地又は採草地・放牧地の權利移轉の制限。農地等の權利移轉は、知事の許可（又は市町村農地委員會の承認——カッコ内舊農地法・筆者註）を必要とする。そして、右許可をなしえぬ場合を法は列挙している（一五號）。事件は、この許可が羈束行為か裁量行為かを争つたものである。

大阪高等裁判所は

(本條は—筆者註) 農業生産力の維持増進を圖るため、農地の移動を統制したものであつて、……。従つて同委員會(市町村農地委員會—筆者註)が賃借權の設定等について承認をするかどうかは、同法の趣旨に従つてこれを決すべきものであり、賃借權の設定等が同法の企圖する前示目的に反しない限りこれを承認すべく、同委員會の自由裁量によつてこれを定めるべきものではない。(昭和二九・四・一六・行裁例集五卷四號七二六頁)

といい、同様性質ともみらるべき、

②舊農地調整法九條(農地法二〇條)につき、法は、「宥恕すべき」「信義に反したる行為」「その他正當の事由」なる不確定概念を使用するも、同條の知事の許可・不許可は羈束行為である旨判旨している。

a 鳥取地裁・昭二四・四・六・行裁月報一九號六九頁

b (同趣旨) 廣島高裁・昭二四・一・二八・行裁例集二卷三號五一五頁

要するに、右のごとき不確定概念は經驗律により、客觀的に判斷さるべく、したがつて裁判所の審査の對象となりうるといふ。

③舊自創法三條一項二號(農地法六條一項二號) 超過農地における買收農地の選擇。超過農地の買收につき、法は六條四項(農地法にはかかる規定なし)に買收農地選擇の基準をかかざる。しかし、この條項のみでは、果して選擇が羈束か裁量か明かでない。

この點、津地方裁判所は、

〔自作農となるべき者の、買受機會の公平・耕地の集團化の必要・田畑の割合の適正(法六條四項)をはかる必要はあつても、地主につきかかる考慮をはかる必要なく—筆者要約〕その外地主所有の農地の内如何なる部分を買收すべきかについては特に法令で定めていないの

であるから、その決定は當該地方の事情に通曉していると認むべき當該農地委員が獨自の立場から諸般の事情を參酌した上適當と判斷するところに従うべきであつて、市町村農地委員會又は都道府縣農地委員會の自由裁量に委ねられているものと解すべきである。(昭二三・一〇・二七・行裁月報一三號七〇頁)

といい、同事件の控訴審においても、名古屋高裁は、法六條四項の基準に違反すれば違法という。しかし、同判決は農地委員會は選擇につき羈束されると明言していない。この點は、むしろ、法六條四項を稜とし乍ら同委員會に裁量をあたえたと解するのが正しいのではなからうか(昭二四・四・二一判決)。

なお、右につき自由裁量をとめる判決例とし、

- a 鹿兒島地裁 昭二三・七・二三・行裁月報一二號一頁
- b 岡山地裁 昭二四・四・一五・行裁月報一九號一〇四頁
- c 水戸地裁 昭二六・一・一一・行裁例集二卷二號一一七頁
- d 最高裁 昭二七・一・二五・行裁例集三卷一號二二頁
- e 同 昭二八・一・二五・行裁例集四卷一一號二六二〇頁

等がそんする。

要するに、超過農地買收のための農地選擇は、法六條四項の基準にしたがいつつ、農地委員會の自由裁量とする、というのが判例の態度である。

④舊自創法五條五號(農地法七條一項三號)買收除外の指定。本號は、「近く土地使用目的を變更することを相當とする農地」という不確定概念を使用している。而して、買收除外の指定がなかつた場合、(a)指定・不指定を自由裁量事項として争いえぬか、(b)指定・不指定は羈束裁量事項とし、指定すべきにかかわらず、指定せずに當該農地を買收すると違法か、の問題がおこる。これ等にかんする判決例はきわめて多い。

まず、自由裁量にぞくするという判決例とし、札幌高裁は、

(買収除外にかんする指定・承認は、一筆者註) 行政廳が急速な農地改革と遠大な都市計畫の遂行との兩者を適當に調整する自由裁量の餘地を残しているのである。(昭二四・一一・八・行裁月報一七號六三頁)

といい、あるいは、盛岡地裁は、

買収除外を爲さぬことが著しく社會通念に反すると認めることは勿論出来ないから本件各土地の買収除外を爲さぬことを以て違法であると言ふことは出來ずかかる場合買収を爲すと否とは全く被告縣農地委員會又は地區農地委員會の自由裁量に屬すと云うべきである。(昭二四・七・一二・行裁月報二二號一八六頁)

と裁量の限界をしめし乍らも自由裁量と斷ずる。その外、右と結論を同じくするとみられる判例とし、

a 奈良地裁 昭二四・二・六・行裁月報一九號一頁

b 名古屋高裁 昭二四・七・一六・行裁月報二二號一九二頁

がある。

しかし乍ら、指定を羈束裁量とみる例とし、最高裁は、

農地が本件のごとく客觀的に同法五條五號所定の「近く土地使用の目的を變更することを相當とする農地」に該當する場合においては、……これを同三條の買収の目的より除外すべきものであつて、かくのごとき農地について、右の指定を行わずして買収計畫を樹立するがごときは違法であるといわなければならない。(昭二八・一二・二五・行裁例集四卷一二號二九七七頁)

とのべ、要件たる不確定概念は客觀的に認定されるを要し、また、要件認定がなされた以上かならず買収除外指定がなされねばならない。換言すれば、かかる場合羈束裁量にぞくすることを主張する。そして、かかる趣旨は、最高裁において繰返されている。なお、同趣旨判決例とし、左の事件をあげることができる。

a 秋田地裁 昭二三・一〇・六・行裁月報一四號七頁

b 京都地裁 昭二三・一二・三・行裁月報一六號二八頁

c 岡山地裁 昭二四・一・一七・行裁月報一六號四三頁

d 旭川地裁 昭二四・三・五・行裁月報一七號五三頁

e 福島地裁 昭二五・一一・一三・行裁例集一卷一二號一五九三頁

f 和歌山地裁 昭二六・六・二五・行裁例集二卷七號一〇六五頁

g 神戸地裁 昭二八・一二・一二・行裁例集四卷一二號二八七二頁

h 最高裁 昭三〇・四・五・最高民集九卷四號四一一頁

i 山口地裁 昭三一・五・三一・行裁例集七卷五號一〇七二頁

右諸判決例をみると、法五條五號の買收除外指定は羈束裁量事項にぞくすとみるのが、現在の判例の態度といいえよう。

⑤ 舊自創法五條六號（農地法七條一項四號）一時的小作地にして、近く自作し、かつ、自作を相當とする場合の買收除外。この問題は、前出法五條五號のそれと性質を同じくする。裁判例とし、かかる認定および買收除外を羈束裁量とする例が非常に多い。これにぞくするものとし、まず、最高裁は、

法五條六號の一時賃貸の小作地と認めてこれを買收より除外すべき場合であるにかかわらず、市町村農業委員會がその旨の認定をしないでこれを買收することは違法と解すべきである。（昭三一・三・三〇・最高民集一〇卷三號二七六頁）

といい、名古屋高裁は、

市町村農地委員會が同條六號にいう「自作農が近く自作するもの」であるかどうか、及び「その自作を相當と認める」かの判断をするに當つては條理に従つてこれをしなければならぬ、しかし條理に従つてされたかどうかを最終的に判断するものは裁判所である。（昭二三・

一二・二一・行裁月報一〇號五六頁）



という。その他羈束裁量にぞくするとする判決例とし、

- a 津地裁 昭三三・四・二八・行裁月報四號九頁
- b 浦和地裁 昭二四・六・二一・行裁月報追録一一頁
- c 仙臺高裁 昭二五・三・一七・行裁例集一卷四號四九頁
- d 名古屋地裁 昭二九・九・二四・行裁例集五卷九號二〇四六頁
- e 盛岡地裁 昭三〇・三・八・行裁例集六卷三號四六一頁

をあげることができる。これ等判決にたいし、法五條六號による行政廳の買收除外がない限り、買收を違法ならしめるものでない、という趣旨の前橋地裁判決(昭二四・三・二二・行裁月報一九號四一頁)は、自由裁量を主張するきわめて少數の判決例である。

⑥舊自創法一五條(農地法一四條)法は、自作農となるべき者が、政府に附帯買收の申請をなし、市町村農地委員會がその申請を相當と認めたととき、政府は買收をなす旨規定している。この場合の「相當性」の認定をめくり、羈束か裁量かが争われた。しかし乍ら、「相當性の認定」の適否は裁判所の審査對象、したがって、羈束事項にぞくするというのが、裁判所の一貫した態度のごとくである。すなわち、最高裁判所は、

同法一五條一項に「市町村農地委員會が相當と認めたとときは」と定めたのは、一應この判断を農地委員會に委ねた趣旨であつて、もし農地委員會が同法の目的に反する判断の下に買收決定をした場合は、もとよりその行政處分は違法であるといわなければならない。すなわち自創法の定める宅地買收の申請があつた場合、買收が相當であるかどうかは法律解釋適用の問題であつて、所論のように、農地委員會の自由裁量に屬する事項であるということではできない。(昭二八・四・二八・行裁例集四卷四號七九九頁)

といひ、同趣旨と解されるものとし、

a 浦和地裁 昭二四・六・二一・行裁月報追録一頁

b 岡山地裁 昭二四・一一・七・行裁月報一六號四三頁

c 徳島地裁 昭二七・三・一・行裁例集三卷二號二四四頁

d 最高裁 昭二八・七・七・最高民集七卷七號八二六頁

の各判例をあげうる。さらに、買収につき、羈束か裁量かを明言しないが、羈束行爲を前提とし、買収を不適法とし、あるいは、要件誤認は無効または取消のいずれかにあたるとする等、前記「相當性」に判断をくわえた判例も多くそんな。これ等を例示すると、つぎのごとくである。

a 最高裁 昭二九・一・二八・最高民集八卷一號二五五頁

b 東京地裁 昭二九・二・一〇・行裁例集五卷二號一八三頁

c 青森地裁 昭二九・五・三一・行裁例集五卷一一號二四四五頁

d 東京高裁 昭三二・一一・一三・行裁例集八卷一一號一九一三頁

⑦ 舊自創法三〇條（農地法四四條）未墾地買収。政府は、自作農を創設し、又は土地の農業上の利用を増進するため必要があるときは、未墾地等を買収することができると規定する。そして、裁判例とし、買収の必要性の認定をめぐり羈束か裁量が争われた。

まず、自由裁量にぞくする金澤地裁は、

縣農業委員會が未墾地買収に當つて認定すべき「自作農を創設したまたは土地の農業上の利用を増進するため必要がある」かどうかの判断は、國の農業政策及び當該未墾地附近の社會的條件等に關する専門的な政策的技術的の考量や經驗を要するものであるから、同委員會の自由裁量行爲と解すべきであり……（昭二七・七・五・行裁例集三卷六號一一三八頁）

という。この傾向にぞくするものに、昭和二三年の新潟地裁判決（二三・一二・二七・行裁月報一一號一三四頁）より昭和三二

年福島地裁判決(三二・一〇・七・行裁例集八卷一〇號一七七一頁)にいたるまで、多數ぞんする。

これにたいし、羈束行爲と判断する判決もまた多數ぞんする。たとえば、徳島地裁は、

未墾地買収は、農業委員會の法規裁量に屬する處分であり、……自作農創設特別措置法の目的に反する結果を生ずるような場合には、買収計畫は、前記の裁量を誤つた違法があるものとして、取消を免れない。(昭二七・三・一九・行裁例集三卷二號二四四頁)

といい、あるいは、買収による土地の農業上の利用増進面と、土地所有者が買収されることにより蒙る農業經營上の打撃を裁判所自ら比較考量し、買収を取消した例(京都地裁・昭三〇・四・九・行裁例集六卷四號八三〇頁)等はなほだ多い。したがつて、本條の必要性の認定にかんし、兩論相なかばし、判例傾向がいずれにあるかは、にわかにきめがたい。

## 二 訴願關係

〔宥恕すべき事由〕の有無の認定。(訴願法八條三項)

訴願法八條の規定によると、行政處分がおこなわれ、または、裁決をうけた後一定期間經過すると、訴願を提起しえなくなる。しかし乍ら、宥恕すべき理由ありと認められるときは、期間經過後においても、なお、訴願を受理することができる。そこで、宥恕すべき事由の有無の認定、ならびに、かかる事由あるとき訴願を受理するや否やの決定は、はたして、自由裁量なりや否や。この問題は、行政裁判所の時代より争われてきた。

まず、参考のため、行政裁判所の若干の判決例をみてみよう。

a 「訴願法八條末項ニ依リ宥恕スベキ事由アルヤ否ヲ認定スルハ訴願ヲ裁決スベキ行政廳ノ職權ニ屬ス」(明二六・一一・四行判二六年九卷一二二頁)

b 「訴願法第八條第三項ノ宥恕スベキ事由アリヤ否ニ關スル下級行政廳ノ認定ノ當否ハ上級行政廳ニ於テ之ヲ審査シ相當ノ處分ヲ爲スベキ

モノナルガ故ニ、被告ニ於テ、其裁決等ニ明ナルガ如ク、本件ハ宥恕スベキ事由アルモノトシ受理スルヲ相當ト認メタル以上、村長ノ却下處分及之ヲ是認シタル郡參事會ノ裁決ハ之ヲ取消シ訴願ノ本案ニ付裁決ヲ爲スベキモノナルニ、宥恕スベキ事由アリトスト否トハ一ニ村長ノ職權ニ屬シ、被告ニ於テ其當否ヲ審査シ得ザルモノナリト爲シ、村長ノ處分及郡參事會ノ裁決ヲ是認シタルハ違法タルヲ免レザルモノトス〔大正元・一二・二七・行判一四七三頁〕

c 「訴願期限ノ經過ニ宥恕スベキ事由アリヤ否ノ認定ハ行政廳ノ職權ニ屬スルモ、本件ノ如ク訴願人ヨリ事由ヲ具シテ宥恕ノ申請ヲ爲シタル場合ニ於テハ、行政廳ハ其實ヲ調査スベキハ勿論、宥恕スベキ事由アリト認メタル以上當然其訴願ヲ受理スベキモノナルコトハ訴願法第八條第三項ノ規定ヲ設ケタル趣旨ニ徴シテ明ナリ」〔大正元・一二・二七・行判一五〇三頁〕

d 「訴願法第八條ニ依ル宥恕スベキ事由ノ存スルヤ否ヤハ裁決行政廳ノ認定ニ屬スルコトナルヲ以テ縱令原告主張ノ如キ宥恕ニ關スル事實アリタリトスルモ被告ガ右訴願ヲ訴願提起期間ヲ經過シタルモノナリトナシ却下シタル以上之ヲ違法ナリトナスニ由ナシ」〔昭六・一二・一二・行判一六七頁〕

右の行政裁判所における諸判決をみると、當初の事件において、宥恕すべき事由の有無にかんする認定を、訴願裁決廳の自由裁量とし、これ等につき、行政裁判所は關與しえざるものとした。しかし乍ら、b事件において、宥恕すべき事由の有無の認定を行政裁判所は審査しえないという點を維持しつつ、上級行政廳は下級行政廳のなした宥恕すべき事由の有無にかんする認定を審査しうる。また、宥恕すべき事由あるにかわらず、これを否認する場合には、上級行政廳において相當の處分をなしうることをしめす。

さらに、c事件において、訴願人期間經過につき宥恕を申請するとき、その事由の有無を裁決廳において審査せねばならず、また、事由ありと認定した以上、訴願を受理する義務あることをしめす。換言すれば、裁決廳は宥恕すべき事由の認定につき自由裁量權をゆうする。しかし、訴願を受理するや否やの點は、認定した結果にしたがうことをしめす。

しかし、d事件において、行政裁判所の態度は一轉し、宥恕すべき事由の有無認定も、さらに、認定した結果とは別に、

訴願受理をなすか否かも、行政廳の自由裁量と判断した。そして、この判断が多數行政裁判所判決により支持された。

この點、現行制度下において、司法裁判所はいかにみるか。判例傾向とし、宥恕すべき事由の有無認定を行政廳の自由裁量とみるものも若干存する。しかし、多くの判決は、これを羈束裁量と断定する。まず、自由裁量とする例をみてみよう。

宇都宮地裁は

訴願法第八條第三項に所謂宥恕すべき事由は行政廳に於て事由の有無を決定すべきもので行政廳の自由裁量事項であると考ふる期限徒過の理由は事案により種々雑多であろうこの間の事情は當該行政廳に於て行政上の指導理念より適切妥當なる判断を下すべきであるその結果の當不當は當該行政廳の責任であり司法裁判所の容喙すべき事項ではないものと解する(昭二四・八・三一・行裁月報二二號二三四頁)

といひ、同趣旨にぞくする判例とし、左の事件がある。

a 東京高裁 昭二四・三・三〇・行裁月報一五號八八頁

b 東京高裁 昭二六・四・三〇・行裁例集二卷五號七五三頁

これにたいし、羈束裁量にぞくする例とし、大阪地裁の比較的最近の判決は、

訴願期間經過後の訴願の受理が訴願廳の自由裁量に屬するとすれば、訴願廳がその裁量によつて受理するかどうかが訴願前置の關係で訴の適否を決することとなるのはもとより、他面において、訴願期間經過により形式的に確定した行政處分も、その後提起された訴願が自由裁量により受理されればこれに對する出訴の機會が與えられることになり、受理されなければ出訴の機會が與えられない結果となつて、國民の利益に重大な影響を及ぼすものであるから、訴願法第八條第三項の宥恕すべき事由の有無を認定し訴願を受理するかどうかの判断は、訴願廳の自由裁量に屬するものではなく、法規裁量に屬すると解するを相當とする(昭三三・四・二八・行裁例集九卷四號五八二頁)といふ。これと同趣旨に解せられるものとし、

a 東京高裁 昭二五・二・一〇・行裁月報二二號二三三頁

b 仙臺高裁 昭二八・三・九・行裁例集四卷三號三九六頁

c 廣島高裁 昭二九・六・二九・行裁例集五卷六號一三三三頁

d 仙臺高裁 昭二九・七・二一・行裁例集五卷七號一五九七頁

の諸判決をあげることができる。さらに、宥恕すべき事由の有無認定は羈束されるといい乍ら、一步進めて、事由がありとせば訴願を受理すべき義務あり、と明言するものとし左の判決例がそんなる。

a 奈良地裁 昭二五・九・一〇・行裁例集一卷一一號一五一四頁

b 長崎地裁 昭二七・八・八・行裁例集三卷八號一六八八頁

要するに、「宥恕すべき事由」は典型的自由裁量であるとするのが、従來の判例の傾向でもあり、また、多數の學說の示すところでもあつた。しかし、最近の判例傾向として、かかる場合、裁決行政廳は、「宥恕すべき事由」の認定につき、法に羈束されるという傾向をとる。そして、學說もまたかかる傾向をたどつていくごとくである。

### 三 特別權力關係

地方議會議員・公務員・公立學校學生等の懲戒處分をめくり、これが裁量か羈束かを争つた事件もまたはなはだ多い。

#### A 地方議會議員の懲戒關係

地方議會は、會議體としての議會の紀律と品位を保つため、地方自治法・會議規則に違反する議會内の議員の行爲につき、懲罰権を行使しうる。懲罰理由については、地方自治法第一三四條および會議規則に、また、懲罰の種類については、法第一三五條に規定せられてゐる。

このように、一般統治關係とことなり、法がとくに議會に懲罰権を賦與している點、裁判所の審査権をある程度排除して

いるごとくかんぜられる。この點にかんする判決例をみると、多くは、懲罰理由の認定・懲罰權行使につき、議會に裁量權をみとめ乍らも、その裁量には限界のあることを強調する。しかし、かかる見解にたいし、異説を唱える若干の判決例もそんする。

まず、少數説にぞくする例とし、京都地裁は、

(懲罰理由にかんし―筆者註) 地方自治法に則り定められた宇治町會會議規則第四百十三條には、「議會を騒がし又は議會の體面を汚し其の情狀が特に重い者に對しては出席を停止し又は除名することが出来る」と規定して居るから、被告議會がその議員を除名するには、當該議員の行爲が議會を騒がし又は議會の體面を汚し、その情狀が特に重い場合に限るのであつて、法規上如何なる場合に除名するかは選擇が被告議會自身に委ねられて居るとは謂えぬ。従つて被告議會がその議員の具體的の行動が議會を騒がし、又は議會の體面を汚し、その情狀特に重しとして、之に對し除名という懲罰の議決をした場合その行動が果して右規則第四百十三條に該當するものなりや否やの問題、即ちその處分が適法なりや違法なりやと言ふ問題が生じ得る。……、原告を除名した懲罰議決を違法なりとし、その取消を求むる本訴は司法裁判所たる當裁判所に於て審理・裁判を爲す權限があるものと謂わねばならぬ。(昭二五・一〇・二一・行裁例集一卷八號一一五九頁)

という。右判決は、懲罰事由の認定は、會議規則に照らしておこなう、すなわち、羈束行爲である。しかし、懲罰理由に該當する場合、必ず、當該懲罰にふさねばならぬか否か。もし、「懲罰にふすることを得」のごとき趣旨なれば、懲罰行爲を羈束行爲と斷じうるかどうか、甚だ疑問となつてくる。

なお、松山地裁の

地方議會の議員に對する懲罰は、一應當該議會の自由裁量權の範圍に任されているが、懲罰事犯の認定およびこれに對していかなる懲罰を科するかについては、常に社會通念に照らし客觀的に内在する標準があり、議會の恣意にゆだねられるものではなく、その具體的な事例の判斷にあつては、地方自治法およびその他の法令における類似の懲罰規定が斟酌さるべきである(昭三〇・一・二七・行裁例集六卷一

というのは、一應自由裁量といふ乍らも、その眞意は羈束裁量とみている例ではあるまいか。

議員懲罰にかんする多くの判例の態度は、福島地裁の判決に止めされた、

懲罰事犯の認定及びいかなる種類の懲罰を科するかは、議會にまかされているが、事犯の認定を誤るときは、懲罰の議決は、事實を誤認したものとして、場合によつては、違法の議決となることは、多くいうまでもない。事犯に對する懲罰の種類を選択も事犯に比し著しく客觀的妥當性を缺き、甚しく條理に反するときは、議決の違法をきたすものであり、この意味において、懲罰の種類を選択も全面的に議會の自由裁量にまかせられているものといふことはできない(昭二五・四・二一・行裁例集一卷二號一六五頁)

といひ、自由裁量としつつも、その限界をかかげる。同趣旨にぞくすとみられるものに、左の判決がある。

- a 福岡高裁 昭二五・九・一・高裁民集三卷三號一三六頁
- b 札幌高裁 昭二五・一二・二五・高裁民集三卷三號二〇九頁
- c 長崎地裁 昭二七・七・四・行裁例集三卷六號一二五五頁
- d 青森地裁 昭二八・一・七・行裁例集四卷一號一三〇頁
- e 名古屋地裁 昭二九・六・九・行裁例集五卷六號一四四五頁
- f 千葉地裁 昭三〇・三・二五・行裁例集六卷三號六六八頁

#### B 公務員の免職・懲戒免職等

公務員には、國家公務員・地方公務員の區別あり、また、各々につき、特別職・一般職の別もあつて、必ずしも、同一に論ぜられない法的性格をゆうしている。

ここでは、もつぱら、國家公務員・地方公務員の一般職における懲戒免職等の事例を検討してみよう。



公務員の懲戒（國家公務員・地方公務員の兩者をふくむ。以下同じ）にかんする法的根據として、國家公務員法第七四・七五條、第八二條等に規定があり、また、地方公務員法第二七・二九條等にも、同趣旨の規定が設けられている。而して、裁判例において、これ等懲戒事由の認定、ならびに、懲戒權行使の決定が羈束か裁量かがあらそわれている。

この點、最高裁は、

公務員の懲戒權者が懲戒處分を發動するかどうか、懲戒處分のうちいずれの處分を選ぶべきかを決定することは、その處分が全く事實上の根據に基かないと認められる場合であるか、もしくは社會通念上著しく安當を缺き懲戒權者に任された裁量權の範圍を超えるものと認められる場合を除き、懲戒權者の裁量に任されているものと解するのが相當である（昭三二・五・一〇・最高民集一一卷五號六九九頁）

とのべ、自由裁量の限界をしめし、これをこえたときのみ違法とし、かかる限界内にあるかぎり、懲罰要件の認定、懲罰權行使の決定を自由裁量とする。

かかる趣旨の判例は多い。たとえば、

a 大阪地裁 昭二七・五・九・行裁例集三卷四號八四〇頁

b 宮崎地裁 昭二八・五・一二・行裁例集四卷五號一一〇七頁

c 東京地裁 昭三二・一〇・四・行裁例集八卷一〇號一八五八頁

等あり、また、過員整理のための免職についても、同様の趣旨をのべたものとし、

a 名古屋地裁 昭二六・四・二八・行裁例集二卷六號九二五頁

b 山口地裁 昭二六・五・二四・行裁例集二卷七號一一一六頁

がある。

つぎに、休職の場合、とくに、舊官吏分限令第一一條第一項第四號「官廳事務の都合により必要あるとき」の認定は、羈

束裁量にぞくするとした判例が多い。

### C 國公立學校學生にたいする懲戒處分

學校長のなす學生にたいする懲戒處分も、多くの判例は、自由裁量としつつも、その限界性を強調する。すなわち、最高裁は、

公立大學學生の行爲に對し、懲戒處分をするかどうか、懲戒處分のうちいずれの處分を選ぶかを決定することは、この點の判斷が社會觀念上著しく妥當を缺くものと認められる場合を除き、原則として、懲戒權者としての學長の裁量に任されるが、懲戒處分が全く事實の基礎を缺くものであるかどうかの點は、裁判所の判斷に服する。(昭二九・七・三〇・最高民集八卷七號一四六三頁)

といい、懲戒の教育的効果を重視し、この故に、學校長の自律權をみとめる。なお、京都地裁は、

懲戒の種別の選擇についていわゆる自由裁量權を與へたものと解するのが相當であろうか否である。……一定の範圍内においては學校長は裁量權を有し、この範圍においては當不當、適不適の問題を生ずるに過ぎないが一定の範圍を超えて値しない重い懲戒の種別を選擇するときはもはや當不當、適不適の問題に止まらず裁量權の行使を誤つた違法な懲戒といわなければならぬのである。殊に放學處分は法規裁量に屬し放學の選擇はこれを誤れば違法たること……(昭二五・七・一九・行裁例集一卷五號七六四頁)

とのべ、自由裁量であることを否定しているごとくみえる。しかし、そのとくところは、本來、裁量權の限界をこゆれば違法性生ずというべきを、法規裁量なる用語を使用したにすぎず、必ずしも、一般にいう羈束裁量、あるいは、法規裁量を意味しないごとくである。つぎに、前出最高裁判例と同一趣旨を採用する判例とし、

a 岡山地裁 昭二六・五・三〇・行裁例集二卷七號一三三頁

b 廣島高裁 昭二七・七・一八・行裁例集三卷六號一三〇九頁

c 大阪高裁 昭二八・四・三〇・行裁例集四卷四號九八六頁

d 最高裁 昭二九・七・三〇・最高民集八卷七號一五〇一頁 (前出事件と同日・同一小法廷において判決されたもの)

e 東京地裁 昭三〇・七・一九・行裁例集六卷七號一八三五頁

f 京都地裁 昭三〇・一二・二八・行裁例集六卷一二號三〇〇三頁

等をあげることができる。

要するに、特別權力關係の右諸事項にかんし判決例は、一定の事實そんなせば、これにたいし法定の諸處分中より特定の處分を選択することにつき裁量をみとめる。しかし、多くの判例は、かかる自由裁量の場合、裁量の限界性を強調している。そして、かかる限界をかくするものとし、事實の不存在にかかわらず處分をなすは違法といい、あるいは、比例原則に反すれば違法、等々のべる。

#### 四 其他

既述のほか、羈束と裁量を論じた、有名な事件、あるいは、比較的多く裁判例にあらわれたものを若干あげてみよう。

##### A 外務大臣の旅券發給拒否處分

旅券法第一三條第一項第五號は、「……外務大臣において、著しく且つ直接に日本國の利益又は公安を害する行爲を行う處があると認めるに足りる相當の理由がある者、」にたいし旅券を發給しない旨定める。この旅券發給拒否の要件認定が自由裁量か否か。この點、東京地裁は、外務大臣の自由裁量にぞくすることを認め、その理由を、

裁判所は國政ことに外交については責任ある地位にあるものではない。裁判所の證據調べでは國政や外交に關する諸情勢を判斷する資料が不十分なることがあることを認めざるを得ない。従つてかような事項については裁判所が判斷をくだす場合、外務大臣がした判斷をくつがえすには、よほど慎重でなければならぬ。その判斷が一應人を納得せしむるものであつて、前提たる事實は誤認がなくその事實から結

論に至る過程が一應筋がとおるものである限り、この判断をもつともしなければならぬ(昭二七・九・二七・行裁例集三卷九號一八六三頁)

といい、東京高裁もまた同趣旨判決を下している(昭二七・九・一五・下級民集五卷九號一五一七頁)。

### B 特許権の存続期間の延長

特許法第一五條第一項は、「特許権ノ存続期間ハ出願公告ノ日ヨリ十五年ヲ以テ終了ス」とし、同條第五項は、「特許権ノ存続期間ハ政令ノ定ムル所ニ依リ三年以上十年以下之ヲ延長スルコトヲ得」と規定する。而して、同法施行令第一條は、「重要ナ發明ノ特許権者ガ正當ノ事由ニ依リ其ノ特許権ノ存続期間内ニ其ノ發明ヨリ生スヘキ相當ノ利益ヲ得ルコト能ハサル場合ニ於テハ其ノ存続期間ノ延長ヲ出願スルコトヲ得」と規定する。この規定をめぐる裁判例とし、特許期間延長申請にたいする通商産業大臣の不許可處分を争う事件が多くあらわれている。而して、これ等判決は一致して、かかる許可ないし不許可處分は、國の産業行政・特許行政の見地より自由な判断にもとづいてなすべき、自由裁量處分なる趣旨をのべている。(この種判決例とし、東京地裁・昭二五・一一・一四・行裁例集一卷一二號一七九一頁、東京高裁・昭二八・三・三一・行裁例集四卷三號七一〇頁等をあげうる。)

## 三

羈束と裁量については、舊憲法の下、行政裁判所の権限をめぐる、多くの學者により論ぜられた。また、行政裁判所の廢止された現在においても、司法裁判所の権限をめぐる問題として、兩者の本質・區別等を論ずる文献が多く公にせられている。

かかる學說をその特質により分類すると、一應、つぎのごとき系統が發見できる。

- ① 法律要件を重視し、羈束と裁量を區別せんとする説
- ② 法律効果に重點をおき、兩者の區別をなさんとする説
- ③ 裁判所の機能に應じ、兩者を區別せんとする説

本稿は、以下、右の順位にしたがい、諸説ならびに、各説のよつてたつ考え方を検討してみたい。

羈束と裁量の問題が、行政裁判所あるいは司法裁判所の権限をめぐり提出された問題であるかぎり、兩者の區別の手がかりを、實定法、とくに、制定法にもとめるは當然であろう。而して、行政行為を規定する制定法もまた、他の制定法と同様、「何々ナラバ、何トナル」という要件と効果の部分よりなるとき、この何れかに著目し、羈束と裁量の區別を企てんとすることも、また當然といわねばならない。

さて、法の規定する要件にしたがい、羈束と裁量の區別をなさんとする説は、佐々木博士<sup>(1)</sup>・渡邊博士<sup>(2)</sup>により代表される。兩博士の見解は、周知のごとくであるが、その要旨はつぎのごとくである。

「法の羈束とは、實定法が如何なる行政處分が公益に適するものかを定めることをいい、自由裁量とは、行政機關が自ら如何なる處分が公益に適するものなるかを定めるものをいう。<sup>(3)</sup>」

と兩者の特質を明かにされる。そして、この場合の實定法は、制定法と慣習法のみを意味し、潜在法(條理法)を除外される。すなわち、行政處分はすべて公益適合性という潜在法の支配をうける。したがつて、法のうちに潜在法をふくませると、裁量處分もまた法の羈束をうけることになり、兩者の區別がなくなる。しかし、一方、實定法制度として、行政争訟上、違法・不當の區別がみとめられている。換言すれば、制度上、羈束と裁量の區別が要求される。したがつて、かかる制度上の區別を前提とする以上、法の羈束という法のうちから、潜在法をのぞかねばならない結果となる。

つぎに、實定法の處分要件の規定方法にしたがい、羈束處分に該當する場合とし、

①單純の指定

②事實を條件とする指定

③中間目的を條件とする指定

の三場合をしめされる。かかる場合には、たとえ法文の規定が抽象的・多義的であつても、その内容は、經驗律または有權解釋（立法解釋）規定により、客觀的に一定する<sup>(4)</sup>。

これにたいし、裁量により處分がなされるときは、

①實定法が行政處分にかんし、何等規定をなさぬ場合、法の範圍内において行政處分をなしうる。

②實定法が行政處分にかんし、何等かの條件を規定している場合であつても、その條件が既述羈束處分の條件以外の場合（いわゆる終局目的を規定する場合）も行政機關の裁量により處分をなしうる<sup>(5)</sup>。

渡邊博士の見解もまた右と同一趣旨と解せられる<sup>(6)</sup>。

右の學説は、いまもなお、羈束と裁量にかんするわが國學説の中心部分を形成している。そして、かかる説を基礎とし乍ら、これを修正發展せしめた多くの學説がそんなる。

したがつて、右學説の如何なる部分につき修正がくわだてられたかを、以下に検討する。まず、佐々木博士・渡邊博士は行政處分はすべて公益適合性という潜在法（條理法）の支配をうける。法のうちに潜在法をふくませると、裁量處分もまた法の羈束をうける結果となり、制度としての、羈束と裁量の區別がなしえなくなる。しかし、兩者を區別することが制度的にみとめられている以上、法のうちから潜在法を除去しなければならぬ、とされる。

要するに、この説は、①すべての行政處分には、公益適合性が要求される。②公益適合の原則は法（潜在法・條理法）である。という二點を前提としている。右の第一點は是認せらるべきであらう。しかし、第二點については、多くの反對説が

そんなる。ことに、第二點が、法の拘束という場合に法の公益適合の原則をふくませると、裁量處分もまた法の拘束をうけ、羈束と裁量の區別がそんなくなるゆえ、法の拘束という場合の法より潜在法（條理法）を除く、という結論にみちびかれることを疑問とする。

これ等の疑問をみると、第一に、潜在法（條理法）を除くという場合の、潜在法の内容は、公益適合の原則にかぎるか、あるいは、比例原則・平等原則等の、一般にいう、多くの内容をもつた條理法のすべてをさすか、この點ならずしも明かでない。もし、後者の條理法を意味するとすれば、比例原則・平等原則等は、すべての行政處分に適用せられるわけではなく、したがつて、これ等を法の内に加えても、羈束と裁量の區別が否定される結果とはならない。したがつて、潜在法とは、この場合、公益適合の原則のみをさす。換言すれば、すべての行政處分は公益適合の原則に拘束されるが、これ以外の條理法は行政處分をなすか否かの判断を拘束するものでなく、なすべき行政處分の範圍（裁量の限界）を形成する。したがつて、公益適合の原則以外の潜在法は、裁量の限界形成に關係はそんなしても、羈束と裁量の區別に關係はない。このため、兩者の區別の場合には、法の拘束という場合の法より潜在法をのぞく、ともいへよう。<sup>(7)</sup>

しかし、このように、潜在法の内容を公益適合の原則にかぎるとしても、なお疑問がのこる。すなわち、公益適合の原則以外の潜在法は一般の法（制定法・慣習法）と同様にとりあつかひ、公益適合の原則のみ、法とみとめ乍らも、何故、特殊のとらあつかひをせねばならないか。曰く、羈束と裁量の區別がなくなると。行政にかんする潜在法・條理法は原則とし、行政廳を拘束するのみならず、裁判所・人民をも支配する。しかし、一方にて、羈束と裁量の區別を制度上みとめることは、公益適合の原則は、人民との關係において法的拘束をもたないということを、制定法・慣習法が内含していると考えるのであろうか。

このように、公益適合の原則をめくり、佐々木博士の見解を修正せんとするものに、つぎのごとき見解がある。

一、石井良三判事は、公益適合の原則に法的性格をみとめ乍らも、裁量と羈束の區別を主張される。すなわち、この原則の法的性格を否定し訓令・職務命令と考えると、人民との關係で違法はもちろん、不當の問題さえ生じなくなる。しかし、公益適合の原則を一般の法と同様にとりあつかうと、佐々木博士のいわれるごとく、羈束と裁量の區別がなしえなくなる。そこで、公益適合の原則を、最大適合・比較適合・最小適合の三つの場合にわけ、何が最も公益に適合するかという最大適合は、事實上人智を以て判定不可能である。かかる判定不可能な事項をとりあげ、適法・違法の標準とすることはできない。しかし、比較適合・最小適合は、人智を以て判定しうる事項にぞくする。すなわち、これ等の公益原則に違反すれば違法である。したがつて、最大適合が要求される場合のみを自由裁量とすれば、公益適合の原則の法的性格を肯定しつつも、なお、羈束と裁量を區別しうると主張される。<sup>(8)</sup>

二、柳瀬教授は、公益適合の原則をもつて、公務員を内部的に拘束する訓令・職務命令とみ、公益適合の原則のみ要求されている場合、これに違反しても、職務命令違反にとどまり、法律上の争訟の對象とならないとされる。<sup>(9)</sup> この説は、公益適合の原則は、具體の場合に、客觀的・一義的に定まつている。そして、行政行爲をなす場合、當然にこの原則に拘束され、法に何等規定なき場合といえども恣意がゆるされるわけでない。ただ、裁判の場合、問題となりえないとする。

三、山田準次郎教授は、柳瀬教授同様、公益適合の原則の法的性格を否定される。ただ、柳瀬教授と異り、制定法に「公益の必要あるとき」等所謂終局目的が規定される場合、これは、條理法・職務命令の意味にとどまるのではなく、制定法の規定として意味をもち、行政廳はもちろん、裁判所をも拘束する。そして、このような公益適合原則によるかぎり、自由裁量の問題を混迷裏におとし入れるのみである。<sup>(10)</sup> 裁量と羈束（この場合の羈束は、羈束裁量のみをさし、羈束行爲と羈束裁量を同一範疇にいれ、自由裁量と比較することに反對される―筆者註）は、行爲の前提條件が行政廳の事實にたいする判断であるか、それとも客觀的事實であるかの相違より區別すべしといわれる。<sup>(11)</sup>



つぎに、羈束と裁量を區分する具體的基準についてみてみよう。

處分が裁量でなされるためには、實定法が處分要件につき何等規定をもうけぬ場合（所謂空白規定）と、終局目的をかかげるにとどまる場合の二をあげられる。

まず、空白規定の場合。かかる場合に、そもそも行政處分をなしうるかという疑問が提出されている。<sup>(12)</sup> この問題は、法治行政の原則をいかに理解するかという行政法の根本問題に由來する。一説によると、行政は國家目的の達成のための活動である。しかし、かかる行動を行政部の恣意に委ねることは、國民の權利が侵害されるおそれがある。このため、國民の權利・利益の侵害は、明文の規定に根據をゆうすることを必要とする。しかし、これ以外の行爲は明文の禁止規定なきかぎり、國家目的達成の行爲であれば、行政の本質上、行政部は行爲をなしうる。かかる場合、法の拘束なきゆえ、行爲の選擇につき、行政部は裁量をゆうするといえよう。これにたいし、行政權を發動するには、常にこれを認める法の規定あることを必要とする。そして、この法の根據は、權利をあたえ、義務を免除し、または、自由を回復せしめるような利益をあたえる場合にも必要なのであるとし法治行政の原則を嚴格に解せんとする見解もある。<sup>(13)</sup> かかる見解によれば、空白規定の場合はそのもも行爲をすることができない。したがつて、裁量とか羈束とかいう問題自體がそんなしないう結論にたつする。

しかし乍ら、行政につき、法に規定が設けられていないこと、すなわち、行爲を禁止していると解することは、はたして妥當であろうか。もちろん、一定の行爲をなすことを欲せざるため、法に規定をもうけない場合もありうる。しかし、現在の複雑な行政につき、如何なる場合如何なる行爲をなすかのすべてを法で規律しえない。かかる場合、法の不備を理由に行爲をなさぬは妥當であろうか。否、特定の場合には、法の規定なきにかかわらず一定の行爲をなしうるとしなければ、行政の目的が達成できないのではなからうか。もちろん、かかる場合においても、國民の權利・利益の侵害をとまらう行爲は、明文の規定を必要とするという原則はまもらねばならない。また、權利・利益の賦與の場合にあつても、慣習法・條理法

の拘束に服さねばならない場合もあるであろう。したがつて、かかる場合のすべてを自由裁量であると断定することには、疑をさしはさむ。

つぎに、處分要件につき、終局目的のみが掲げられる場合に裁量をみとめる點。この點につき、まず、終局目的と中間目的とは明瞭に區別しえぬのではなからうか。また、終局目的のみ規定する場合といえども、中間目的の場合と同様、具體の場合にその内容は客觀的に一定し、行政機關はこれに拘束される。換言すれば、終局目的といい、中間目的というも、結局、程度の差にすぎず、中間目的の概念内容が經驗律により一義的にさだまるならば、終局目的の場合も經驗律を使用し一義的にさだまるべき筈である。このようにみてくると、終局目的の場合を裁量としえなく<sup>(14)</sup>なる。

柳瀬教授は、要件説的立場にたちつつ、佐々木・渡邊説の修正・發展をこころみられる。その要旨とするところは、處分要件の指定とし、終局目的・中間目的の區別をみとめる。ただし、佐々木説に従うと、この兩者を裁量と羈束に分離しえぬとし、終局目的たる公益適合の原則を訓令又は職務命令乃至公務員の忠實義務と考ふる。しかるとき、客觀的にみて、その認定を誤つても、國民にたいする關係で違法となりえない。したがつて、法律上の争訟にぞくさないとし、この點に裁量を<sup>(15)</sup>みとめられる。

右の説のごとく、終局目的たる公益適合の原則は公務員の忠實義務のみある場合、中間目的の指定は法上の義務と前述忠實義務の兩者そんずる場合とみれば、公益適合原則を條理法とみるより、羈束と裁量を明確に區別しうる。しかしかかる結果がみちびかれるためには、その前提とし、法文の如何なる規定が終局目的にあたり、また、如何なる場合を中間目的の指定というか。この兩者の區別が明確でないならば、觀念的にはともかく、具體の場合における兩者の區別の基準となしがた<sup>(16)</sup>い。なお、山田準次郎教授は、柳瀬教授の「所謂終局目的即ち行政行為が公益に適合すべきことは行政行為が行政行為たる以上常に要求せられるところであるから、従つて法令がこれを掲げた場合にも特別の意味はなく、即ちそれはその性質にお

いて訓令又は職務命令乃至公務員の忠實義務にすぎないものと見るべきで……」(傍點筆者)をとりあげ、法令に規定された場合と規定なき場合とを區別して理解すべしと指摘される<sup>(17)</sup>。

このように、處分要件に羈束と裁量を區別する基準をもとめると、公益適合の原則の取扱いに特別の苦心をなさねばならない。このため、積極的に、公益適合の原則を分析し、この原則の内に兩者の區別をみいださんとする注目すべき學說(石井良三判事說)、あるいは、區別の基準を法律効果たる處分の性質にみいださんとする美濃部博士說、または、處分要件に根據をおきつつも、羈束と裁量の意義を異つた觀點より把握せんとする山田準次郎教授說等があらわれてくる。以下、項を改めこれ等を檢討する。

- (1) (2) 佐々木惣一博士の見解は、行政機關の自由裁量(法と經濟一卷一號)、自由裁量(京都法學會雜誌九卷五號)、行政處分に於ける羈束と裁量(日本國行政法總論)等にしめされている。渡邊宗太郎博士は、裁量處分(法學論叢三一卷三號)、自由裁量論の推移(法學論叢四六卷六號)、自由裁量論(ナチス行政法の理論)、そして、現行憲法下においては、羈束處分と裁量處分(改訂日本國行政法要論・上卷)にその見解をしめされる。
- (3) 佐々木・前掲日本國行政法總論(大正一〇年)五九二頁以下。特に、五九二・六〇一頁。
- (4) 前掲五九六・六〇〇頁。
- (5) 前掲六〇二・六頁。
- (6) 渡邊・前掲日本國行政法要論三二四頁以下。
- (7) 有倉教授によると、佐々木博士の見解は、このように解せられるとされる。有倉愷吉・行政行爲における羈束と裁量・早稻田法學二八卷(創立七〇周年記念論集)二八九・二九〇頁。
- (8) 石井良三・自由裁量の處分・法曹時報七卷一號五二頁以下。
- (9) 柳瀬良幹・行政法教科書(上)・九八頁以下。
- (10) 山田準次郎・自由裁量論・法律論叢三二卷三號三二二頁。
- (11) 前掲論文・前掲誌三二卷二號七頁。

(12) たとえば、柳瀬良幹・自由裁量に關する疑問（野村還曆祝賀公法政治論集）二九〇頁。

(13) 磯崎辰五郎・行政法（總論）二六頁。柳瀬良幹・行政法教科書（上）・二四頁。

(14) かくみることは、多數の一致した見解のごとくである。

(15) 柳瀬・前掲教科書・九七頁以下、特に、一〇一・一〇二頁。

(16) 前掲・一〇二頁。

(17) 教授は、「公益上必要がある場合は取消すことができる」という例をあげ、終局目的の指定たる「公益上の必要」が訓令的規定なら、

「公益上の必要なき場合」取消しても違法の問題が生じない。これ、憲法の要求する、國民に不利益をあたえる處分は法の根據を必要とする、という點に反するといわれる。しかし、法の根據として要求されるものは、例示された條文があれば一應充足されるであろうし、公益上必要なしに許可を取消すは、裁量權の限界をこえている故違法という説明がなしうるのである。

#### 四

要件説に對立する學説とし、まず、検討をくわえねばならないのは、美濃部博士の見解であろう。博士は、「具體的の事件が法律の定むる抽象的概念に適當するや否やの認定は自由裁量に非ず<sup>(1)</sup>」との前提にたち、羈束と裁量の區別にかんする基礎標準三原則をしめされる。かかる前提は、法の規定する處分要件が成文法のみならず、不文法の拘束をもうけ、したがつて處分要件の内容は、つねに、客觀的・一義的に定まつてゐることをしめす。したがつて、處分要件の認定に、羈束と裁量の區別をもとめることはできない。この區別は、かかる法に拘束された認定をなした上で、處分をなすか否かの自由の存否にある。而して、

「一、人民の權利を侵し、之に負擔を命じ、又は其の自由を制限する處分は、如何なる場合でも自由裁量の行爲ではあり得ない。

二、人民の爲に新なる權利を設定し、其の他人民に利益を供與する處分は、法律が特に人民に其の利益を要求する權利を

與へて居る場合を除くの外、原則として自由裁量の行爲である。」<sup>(2)</sup>  
とされる。

この説にたいし、要件を認定した上で、處分をなすか否かに裁量をみとめることは、法治主義の原則よりして甚だ疑問、という批判が要件説的立場の學者より提起されている。この點はしばらくおき、區別の標準についてみてみよう。

第一の、人民の權利・自由を制限する行政行爲を自由裁量行爲にあらざとする點。この點は多くの學者により是認されている。しかし、田中教授は、「法規の明文の上では明瞭でない場合で、法規の合理的解釋からすれば、人民の權利自由を制限する行爲について、行政廳の裁量を認める趣旨と解すべき場合もあり……」<sup>(3)</sup>といわれる。さらに、柳瀬教授によると、かかる場合、條理法の拘束をうけるとしても、その拘束の内容が一義的のものたる場合と、裁量權の限界を形成する場合とある。したがつて、かかる條理法に違反して違法たる場合は、ともに法律上の争訟にぞくするも、兩者はその性質をことにする。右の區別にかんする基礎標準第一は、この差異をみすごし、法律上の争訟の對象となるゆえ、自由裁量にあらざとした誤解にもとづくと批判される。<sup>(4)</sup>

要するに、美濃部博士は、權利・自由を侵害する行政行爲は、條理法の拘束をうけるとされる。かかる條理法が一般的に存在することは是認するべきである。しかし、かかる條理法は、成文法に規定なき場合、その適用をみるのであつて、たとえば、成文法にかかる條理法にはんする規定があり、あるいは、成文法の合理的解釋とし條理法に反する結論が生ずるかぎり、條理法の存在は排斥されねばならない。したがつて、右述第一原則は、羈束と裁量の區別にかんする標準ではなく、行政行爲の一般的な解釋基準として、その存在價値をみいださう。

つぎに、標準第二、權利・利益を設定する行政行爲につき、原則として裁量をみとめる點。かかる標準は、かつては、行政行爲全般につき妥當したであろう。しかし、行政の範圍の擴大にともない、かかる標準は、原教授の指摘せられること

く、警察處分關係においてみとめうるも、統制法關係において、原則論とし成立しがたくなつてきている。<sup>(5)</sup>

なお、從來、美濃部博士の説にもつとも近い見解を表明されるのは、田上教授であらう。ただし、教授は、最近、羈束と裁量の區別標準につき説明方法を修正されている。教授によると、裁量とは、法規が一義的に行政處分の基準を定めない結果、法律上選擇の自由ある場合をいい、かかる裁量の範圍の廣狹の結果、法規裁量（羈束裁量）と自由裁量の區別が生ずる。なお、羈束處分と法規裁量處分とは、ともに、法律要件にもとづいてなす處分が法規により定まつている。ただ、後者は、法律要件にふくまれる不確定概念の解釋および法律事實の認定が必ずしも容易でないこと、ならびに、自然法の宣言的規定ともみられる自由權の保障によつて、法律要件を解釋する基準が示され、法律効果の規定が補充されることにある、とされる。<sup>(6)</sup>そして、かかる前提の下、法律要件が不確定概念で規定される場合、不確定概念を経験的事實・狀態等に關する法概念と價值概念の二にわけ、前者は經驗律、後者は、當該條項をふくむ法律の目的、あるいは、憲法において客觀化された、民主主義・自由主義ないしは社會國家的世界觀、による目的論的解釋によりその内容が示され、ともに法規裁量にぞくする。<sup>(7)</sup>これ等主張につき、若干私見をのべる。經驗律は客觀的に定まるゆえ、この點、あまり問題がない。價值概念にぞくする不確定概念の場合、現實具體の場合、何をもつて正しき概念の具體化とみるか、甚だ困難な問題である。しかし、當該條項をふくむ法律・憲法が、この解決の基準となるかぎり、これは法律上の問題である。そして、この場合、困難なのは、正しき解釋の發見である。ただ、かかる發見の困難のゆえ、現實には不確定概念の具體的内容をしめす見解が多數あらわれるにすぎない。法は、決して、二ないしそれ以上の具體的内容を豫定し、その何れかの選擇をみとめているわけでない。法の解釋と裁量とは、密接なる關連あるも別個の問題である。法の正しき解釋が困難の故をもつて、裁量とすることはできない。要するに、價值概念の内容決定が法の解釋問題により決せられるかぎり、その是非は裁判所の審査對象となり法規裁量にぞくすること、當然といわねばならない。

この外、羈束裁量にぞくす場合とし、法律要件にふくまれる事實の認定・公證處分・確認處分をあげられる。さらに、權力の行政にあつては、法律要件が明確に規定されなくても、法律の留保と自由權の保證により、要件が補充され効果が制限される結果、羈束裁量となるといわれる<sup>(8)</sup>。

このように羈束裁量をみてくると、結局、自由裁量は、原則として、非權力の行政の場合に限定される。この點、田上教授は、「行政廳が一般的な権限内で非權力の行政を行う場合は、憲法上、法律の根據を要しないから、政策的又は技術的な基準によつて當又は不當の區別を生ずるに過ぎない。又法律要件に結びつく法律効果が特定せず、行政廳が處分を行うか否か、どのような處分を行うかについて選擇の自由が認められる場合は、自由裁量の處分である<sup>(9)</sup>。」といわれる。結局、非權力の行政にあつては、要件規定とこれにもとづく効果が法定されている場合は、羈束裁量となるが、要件規定ありても効果が特定せず、あるいは、権限規定のみありて、要件規定が明確化されていない場合は、自由裁量にぞくすとされる。

この外、現行憲法下において、裁判所の機能的限界に着目し、裁量と羈束を區別せんとする學説があらわれてきた。たとえば、小澤文雄氏は、すべての行政處分は法に羈束される。ただ、現在の訴訟構造の下で裁判所の判斷に適しえないもののみ自由裁量とする旨主張される<sup>(10)</sup>。かかる見解は、現行憲法下の行政事件訴訟にあらわれた判決例の多數意見を代辯する。したがつて、この見解にたいする私見は、判決例にたいする私見と併せ後述する。なお、石井良三判事の見解もまた、要件説の立場により乍ら、この機能的限界を重視されたもののごとくである。すなわち、石井判事によると、公益適合の原則は、すべての行政處分に通ずる一般要件である。しかし、法は個々の行政處分につき、各種各様の具體的處分要件を規定する。このため、一般要件たる公益原則と特別要件たる法定要件の異同を明かにすることが、自由裁量と羈束裁量の觀念を明確にするため必要である、といわれる<sup>(11)</sup>。そして、公益原則を法とみなながら、羈束と裁量を區別するため、この原則を既述の三原則に分類する。そして、最大適合の判定は人智をもつてしては判定困難ゆえ、これに法的拘束をあたえるは、裁判所・行政

廳に不能をしいる。とされる。かかる表現の眞意は、法がかりに公益最大適合を要求する場合、自由裁量とみるのか、あるいは、かかる場合にも最大適合を裁判所・行政廳は無視して比較適合・最小適合のみを考慮すればよいのであろうか。もし、前者とすれば、最大適合の内容は觀念的に定まつているも、現實には判定しえぬ故、裁判所は何が最大適合か判断しえぬ故審理せず、行政廳は判定不能なれど適當に判断して處分せよ、という一見矛盾した結果となる。つぎに、比較適合の原則が作用する範圍が自由裁量の固有領域とされる。比較適合は、一般の場合判断困難、このため、AがBより公益性高きか否かの判断は、一般の場合、現行民主社會の基本構造よりして、行政廳に優越的判断力があたえられる。ただ、かかる判断の誤りが社會通念上明瞭にして顯著な場合は、この原則は法的拘束力をもち違法となる。<sup>(12)</sup>これを一般的に表現すると、比較適合の場合は、自由裁量であり、違法性の生ずる場合は裁量權の限界を逸脱した場合となるのであろう。

石井判事の公益原則の分析は高く評價さるべきである。かかる分析にたいし、詳細に検討する餘裕はない。ただ一・二問題點をひろくと、石井判事もまた、權利・利益の侵害行爲を基本的人權の關係からみて法規裁量とされる。<sup>(13)</sup>しかし、かかる問題にたいする法規が、最大適合ないし比例適合の規定をおく場合、法規裁量の基準は如何になるか。行政廳の公益判断を尊重しながら、基本的人權の制限があるとは、自由裁量であり、その限界に基本的人權の制限をもとめることとなる。要するに、人智を以て判断の不能・困難は、裁量の問題ばかりでなく、解釋の問題についても生じてくる。

わが國學說の検討の結びとし、田中二郎教授の見解をみてみよう。教授は、この問題にかんし、「羈束行爲と裁量行爲との區別は、具體的の場合に、法の趣旨目的の合理的・目的的解釋をなすことによつて決する外はないのであつて、法が事柄の性質からいつて、一般法則性を豫定している場合と、法が行政廳の政治的裁量又は技術的裁量を許容する趣旨である場合とが、具體的な法の合理的・目的的解釋によつてひき出され得るよう<sup>(14)</sup>に思う。」といわれる。これ、この區別は、要件説によりても、處分の性質に基準を求めても完全な解決はなしえない。表見的な法の検討にとどまらず、法の眞意を發見することの



必要性を強調される。

さらに、教授は、かかる區別にかんする一般の見解のみにては具體的問題の區別に役立たないとされ、具體的基準をしめされるが、とくに注意すべきは左の諸點である。

法が抽象的な不確定概念で行政行為の要件を定める場合（所謂中間目的の規定）は、經驗律に拘束される。さらに公益原則をかかげる場合（終局目的の場合）も一種の不確定概念と考え、經驗律の拘束をうける。また、處分要件につき、法は別段の規定をもうけず、かつ、處分内容に選擇の餘地あり、さらに、處分をなすや否やの自由を行政廳に委ねるごとく解せられる場合も、法の文言にのみとらわれず、法の趣旨を探索し、條理法の存在に注意し、羈束行為か裁量行為かを決せねばならないとされる。<sup>(15)</sup>

- (1) 美濃部達吉・行政裁判法（現代法學全集九卷）・一八四頁。
- (2) 前掲・一八七—八頁。
- (3) 田中二郎・行政法總論・二八九頁。
- (4) 柳瀬・前掲教科書・一〇三—四頁、同・前掲論文・四八頁以下。
- (5) 原龍之助・自由裁量の推移（行政法における法治國思想の展開）六一頁以下。田中教授も、法の合理的解釋の結果、かかる行政行為につき、行政廳を羈束する場合もあると主張される（前掲書・二八九頁）。
- (6) 田上穰治・全訂行政法總論・二八—九頁。
- (7) 前掲・二九—三〇頁。
- (8) 前掲・三〇—三二頁。
- (9) 前掲・三五頁。
- (10) 小澤文雄・行政廳の裁量處分（公法研究五號）七四頁以下。
- (11) 石井良三・自由裁量の處分（法曹時報七卷一號）五一—二頁。
- (12) 前掲・五七頁。

(13) 前掲・八〇頁。

(14) 田中二郎・行政法總論・二八九頁。

(15) 前掲・二九〇—一頁。

## 五

わが國の判例・學説は羈束と裁量をいかにみ、また、兩者の區別基準をいかにたてているか、この點、種々見解の對立していることをしつた。一體、羈束とか裁量とは何か。この點、實定法上明かになしえない。このため、これ等概念定立にあたり、見解がわかれる。そして、かかる見解を基礎とする區別の標準もまた種々の形をとる。今、羈束處分を最も素朴に、法に拘束される處分と解しよう。しかるとき、行政處分はすべて廣義の法に拘束される。したがつて、別の適切なる見方がみだされればともかく、かかる見地にたつかぎり、羈束と裁量の絕對的區別は存在しない。しかし、兩者を行政訴訟の立場よりみると、兩者は絕對的に區別される。換言すれば、現行制度は兩者の區別を要求する。そして、制度としての區分をなすには、現行法制度の配慮をわすれることはできなくなる。現行憲法は、舊憲法にたいし、司法の概念をことにし、司法審査の對象を擴張した。このため、既述判例にしめされたごとく、空白規定や不確定概念にかんし、これを支配する無形の法の探求が意欲的になされてきた。もち論、かかる努力は是認せらるべきである。しかし、裁判所に判斷能力のあるものは、すべて裁判所の審査對象とする、極言すれば、法が行政廳の裁量を企圖している場合にも、裁判所に公益判斷をなす能力ありとし、裁判所で裁量した基準にてらし、行政廳の裁量を審査することなきよう注意すべきである。要するに、裁判所の事實上の判斷能力も、憲法に規定する權力分立制により限界がかくされる。

したがつて、行政處分をなすにあたり、處分要件と効果が法に拘束され、一義的に定まつている場合が羈束とよばれる。

これにたいし、處分要件の存否、または、効果の決定につき行政廳の判断をみとめる場合が裁量とよばれる。而して、右の一義的に定まるとは、法の規定よりただちに一義的と判断しうるのみならず、法の解釋をとおして一義的に決定しうるものをふくむ。したがつて、一般にいう羈束裁量は裁量にあらざる羈束行為にぞくし、裁量の廣狹により自由裁量と區別されるものでない。

さて、羈束と裁量の區別基準をにつきみてみよう。要件により、あるいは、處分の効果により兩者をわけんとする説があるが、この何れかにのみよつて兩者を區別することはできない。事實、たとえば、要件説による見解も、處分要件を中心としながら、効果の性質による區別を考慮にいれている。

したがつて、兩者を區別するためには、法の合理的解釋をおこない、その結果、法は一義的拘束をくわえるか、多義的拘束、すなわち處分選擇を行政廳にゆだねているかを判断しなければならぬ。ただし、實際問題とし、かかる判断は容易になしえない。(もし、容易になしうるなら、區別の標準をさらにもとめる必要はない。)このため、要件・處分等につき、各場合を豫想し、羈束と裁量の區別標準をたてる必要がある。

この標準については、成文法の規定様式にしたがい、①處分要件・②處分内容・③處分を行うか否かの決定、の三者につき検討するのが便利である。

①處分要件・②處分内容 處分要件が所謂空白規定の場合、權力的行政にあつては、憲法の基本的人權による要件の補充と効果の制限がともなう故、裁量となりえない。しかし、非權力的行政にあつては、かかる補充ならびに制限なきゆえ、裁量がみとめられる。

不確定概念(終局目的・中間目的をふくむ)の場合 不確定概念は、それが經驗的事實・状態にかんするものであれ、また、價值概念にぞくする場合であつても、その内容は客觀的に定まつているゆえ裁量がみとめられない。これは、權力的行政た

ると非権力的行政たるとでことならない。

確定概念の場合 裁量のみとめられぬはいうまでもない。

③處分の決定 法文は「……することを得」・「……すべし」の二様の規定をする。かかる場合も、單に、法文の文字にと  
られず法の眞意が何れであるかを判断し、もし、前者であれば、裁量、後者にぞくすれば、羈束とかいする。