慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	判例よりみた自由裁量の限界
Sub Title	Limit of administrative discretion in cases
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.12 (1960. 12) ,p.203- 229
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法學部法律學科開設七十周年記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19601215-0203

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.

判例よりみた自由裁量の限界

金子芳雄

一　自由裁量の限界
二　裁量權の踰越
三　裁量權の濫用
　法の目的違反――平等原則違反――
　比例原則違反――不正の動機の問題
四　私見と要約

一

行政處分における羈束と裁量、この問題をとりあつかつた研究は、從來より、非常に多くそんしている。しかし、論者の見解はいまだ統一されていない。何故であろうか。諸家の見解は、羈束と裁量の區別の標準にかんして對立する。このため、特定の處分が、羈束處分となるか、また、裁量處分とみるかにつき、しばしば、爭をおこす。(1)

しかし、自由裁量事項であるかぎり、行政廳は處分をなすにあたり、何等かの基準に拘束されるが、裁判所で審査しうる

法の拘束をうけない。換言すれば、裁判所は、自由裁量事項につき、行政廳の判斷を尊重しなければならない。この點、多くの人々のみとめるところである。ただし、ここで注意すべきは、自由裁量事項につき、裁量を誤ると、當・不當の問題が生ずるも、適法・違法の問題は生じないといわれながら、なおかつ、自由裁量事項にかんし法的限界のみとめられることである。

要するに、自由裁量事項につき、行政廳が處分を選擇するにあたり、公益（適合の）原則が支配する。ただし、この原則は、法律問題とならぬことが多く、したがつて、このかぎりで裁判所の審査對象とならない。しかし、自由裁量事項にかんしても、裁量の範圍を踰越し、あるいは、裁量權を濫用すると違法性が生じてくる。

このような自由裁量にかんする法的限界は、フランスにおいて、古くより、コンセィユ・デタの判決で、法律の侵犯（violation de la loi）・權力簒奪（détournement de pouvoir）にもとづく越權行爲取消訴訟においてみとめられてきた。[2] また、ドイツにおいても、この點、裁量權の踰越（Ermessensüberschreitung）と裁量權の濫用（Ermessensmissbrauch）の問題として論ぜられ、すでに明文規定を設けるにいたつている。[3] さらに、イギリスにおいても、行政爭訟に越權（ultra vires）の理論を適用するにあたり、權限の踰越と權限の濫用という二つの考え方があらわれている。[4]

ひるがえつて、わが國をみると、舊憲法の時代より學說・判例のみとめてきたところであり、最近、明文化のうごきさえそんする。すなわち、昭和三五年七月一日に發表された「行政事件訴訟特例法改正要綱試案」は、その第二八に、「行政廳の裁量處分については、裁量權の範圍をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その處分を取り消すことができるものとすること。」という。

右にのべた裁量の法的限界をみとめること自體については、あまり異論のないこととおもう。しかし、裁量の限界を如何に考えるかについては、說く人により、かならずしも同一でない。

たとえば、田中二郎教授によると、裁量權の踰越は、法のみとめる裁量の範圍をこえて處分をなした場合であり、裁量權の濫用とは、裁量の範圍内において裁量にかんする條理上の原則に反し、著しく行政目的に反する場合である。[5] 換言すれば、踰越にかんする限界は法規自體により決定され、濫用にかんする限界はその行政目的、ならびに、行政目的との關聯においてながめた條理により決定される。田上穣治教授によると、裁量の踰越とは行政廳の權限規定に違反し、または、法律要件に該當しない場合であり、この點、田中教授と同一趣旨と解せられる。また、濫用は、處分がその根據となる法律の内在目的に明らかに反する場合とされる。[6] ただし、内在目的に反するや否やの判斷基準において、條理が、場合により、引用されるのではなかろうか。[7] しかりとせば、田中教授・田上教授は、根本において、同一見地にたたれるものとなしうるであろう。

これにたいし、柳瀬良幹教授はつぎのごとく說かれる。一般にいう覊束裁量のなかには、自由裁量とみるべきものをふくむ。すなわち、覊束裁量には、不文の條理法の拘束をうけるものがあるという。しかし、かかる法の拘束が一義的拘束でないかぎり、そこに裁量の餘地がそんする。そして、裁量の限界もかかる法の拘束する範圍により形成される。[8] かかる見解は、自由裁量自體のみかたを異にしている。したがつて、裁量の限界の場合だけをとりあげ、田中・田上兩教授の說との是非を論じても、あまり意味あるものとはおもわれない。つぎに、有倉遼吉教授によると、柳瀬教授のいわれる裁量の範圍を形成する不文の法（比例原則等）は、實は、一義的拘束をさだめたもの、したがつて、柳瀬教授のいわれる裁量は、本來、法の覊束の場合である。自由裁量は、權利利益の賦與行爲にして、かつ、法が何等の要件を規定しないか、公益原則を揭げるにとどまる場合にのみとめられる。[9] かかる見解にたつと、裁判上問題となる裁量權の限界は、現實に存在するのであろうか。むしろ、同教授の場合、裁量の限界はとくに論ずる必要なきものと推察される。

右のごとく、若干の學說をとりあげてみても、その見解は、種々にわかれる。そして、これ等見解の差異は、自由裁量の觀念の差異に由來する。したがつて、如何なる「限界論」を採用するかは、にわかに定めがたい。

（1）行政處分の羈束と裁量にかんする諸家の見解については、かつて、のべたことがあるので、ここでは繰返えさない。拙稿・行政行爲における羈束と裁量・本誌三三卷八號一頁以下。

（2）この點は、久しき以前よりわが國に紹介されてきている。なお、田上穣治教授の「佛國判例より見たる自由裁量の限界」（佐々木博士還暦記念・憲法及行政法の諸問題・三一九頁以下）參照。

（3）ドイツの裁量權の限界につき、田村悅一氏・行政裁量の限界と裁判所による規制（岡山大學法經學會雜誌三〇號三一號）參照。また、明文規定として、たとえば、一九五二年の連邦行政裁判所法には、裁量が限界をこえ、または、濫用されたことを主張する場合にかぎり、裁量處分の取消を訴求することができる旨規定している（同法一一五條二項）。

（4）拙稿・Ultra Vires と行政爭訟（慶應義塾創立百年記念論文集―法學部―第一部・二六七頁以下）の中で、この點を紹介した。

（5）田中二郎・自由裁量とその限界・法律時報二七卷七號九頁。

（6）田上穣治・全訂行政法總論・三一頁。

（7）田上教授は、國立學校學生の懲戒處分につき、「懲戒は教育的見地に基づく自由裁量の處分であつて、ただ懲戒權者の判斷が社會通念からみて著しく不當であることの明白な場合は、裁量權の濫用」（行政廳の裁量處分・渡邊博士還暦祝賀・公法學の諸問題・三二七―八頁）とされる。これ、著しい比例原則違反が法の目的違反を形成する場合といいえよう。

（8）柳瀨良幹・行政法教科書（上）・一〇三―四頁。

（9）有倉遼吉・行政行爲における羈束と裁量・早稻田法學二八卷三〇〇頁。

二

さて、自由裁量の法的限界につき、判例は如何なる態度をとるか。裁量の限界を論じた判例は、舊憲法下の行政裁判所判決にもあらわれている。しかし、ここでは、便宜上、現行憲法下の裁判例を中心としてとりあげ、行政裁判所判決例は、必要な限度例示するにとどめる。

なお、近時の判決例を檢討するにあたり、注意すべきは、羈束裁量と自由裁量の區別を相對的のものとする、すなわち、

裁量の許される範圍の廣狹をもつて兩者を區別せんとする見解が、多くの判例の根底にそんすることである。たとえば、昭和二九年メーデーのため皇居外苑使用不許可處分を爭う事件において、東京地裁・昭二九・四・二七判決はいう。

行政廳が行政處分の權限を有することは、その反面において同時にその權限を適正に行使すべき義務を負うことを伴うものであつて、行政處分について行政廳が自由裁量權を有するものとされる場合においても、その自由裁量は絶對無制限のものとはいい得ないのであつて、所謂羈束裁量の場合におけると本質的な相違が存するものではなく、要は裁量の許される範圍について板挟（廣狹の意であろう―筆者註）の差異が認められるに過ぎないのである。從つて行政廳が具體的な事例において苟もその裁量の範圍を越えて行政處分をなした場合には、假にそれが自由裁量に屬するものであつても、その處分を違法であるとすることは毫も妨げられるものではないのである。（行裁例集五卷四號九二二頁―傍點筆者）

このような考え方は、外見、從來の裁量權の限界にかんする考え方に類似するかもしれない。しかし、多くの學說において、自由裁量と羈束裁量とは論理的に區別され、自由裁量權の行使にかんするかぎり、行政廳の判斷に優越性をあたえた。しかるがゆえ、とくに、裁量の法的限界につき、特別な考慮をはらわねばならなかつた。これにたいし、右判例の見解にたつと、裁量の法的限界は當然に裁判所の判斷に服し、この間、何等特別の考慮を必要としないごとく感ぜられる。さらに、この見解をおし進めると、小澤文雄氏により要約せられるごとく、裁判所の能力の許すかぎり行政廳の判斷にたいし、裁判所の判斷に優越性をあたえる結果となる。換言すれば、自由裁量とみるべき事項についても、裁量權の行使自體を、裁判所は審理判斷しうる場合が生ずる。この點、裁量權の行使自體については、裁判所の關與するところでなく、法的に劃された限界をこゆるがゆえ違法、換言すれば、限界をこえたか否かを判斷するため、行爲の審査をみとめんとする見解と對立する。(1)

つぎに、自由裁量處分についても、その法的限界を明示する判例をみよう。

岡山地裁・昭二四・一二・一二判決は、

縣職員定數條例による定數外の職員に對する罷免處分が知事の自由裁量としても、違憲であり條理に反する處分は權限逸脱の違法處分（勞働民集七號五二頁）

という。そして、本件は、罷免處分が思想信條またはその進歩的思想のゆえよりなされれば違憲、眞面目で成績優秀な者の罷免は條理違反と、具體的に限界をしめす。

さらに、同旨のものとし、廣島地裁・昭二六・二・二〇判決は、

行政機關職員定員法に基き郵便局長又は電氣通信局長が行う職員免職處分は自由裁量であるが、一定の限界がある。（勞働民集二卷一號一〇八頁）

といい、定員法に基づく整理に名をかり、組合の指導的立場にある者を、同法の基準に全然該當しないのに罷免するは、裁量の範圍逸脱という。

この他に、

名古屋地裁・昭二九・六・九判決

裁量權の限界を超え、甚だしく不當であって、著しく正義に反しない限り（行裁例集五卷六號一四四五頁）

福島地裁・昭二九・六・一八判決

その權限行使には條理に基く一定の限界があり（行裁例集五卷六號一四九五頁）

等がある。

要するに、右數例よりのべうることは、自由裁量處分であっても、條理（表現に若干の差異はあるが）上の制限をみとめ、これに反すれば、裁量權の限界をこえ違法という。

なお、このような限界をこえた違法には、既述のごとき二種のもの、すなわち、裁量權の踰越と裁量權の濫用がある。た

だし、右判例にもしめされるごとく、判例上はかならずしもこの二種を明確に區別せず、等しく裁量權の限界をこゆるゆえ違法とする場合も少くない。

しかしながら、この兩者は、一應、區別して考えられてきた。裁量權の踰越は、法により劃された裁量の範圍を逸脱する場合である。法が一定範圍で行政廳に處分選擇の自由をみとめることは、この範圍をこえ處分をしてはならないと、法が羈束しているにほかならない。この範圍をこえた處分、すなわち、裁量權の踰越は、法の羈束に反する。したがつて、これを違法とよぶのはきわめて當然とせねばならない。これにたいし、裁量權の濫用は、處分が右の一定範圍内でなされた場合におこる。したがつて、裁量權の踰越のごとく明文の法に違反するわけでない。既述判例にものべられているごとく、條理が引用され、條理に違反するゆえ違法となる。しかし、條理という言葉は、一般にきわめて漠然ともちいられ、その意味内容はかならずしも具體的明白でない。このため、條理の一般論的分析はしばらくおくとしても、裁量の限界を形成する條理とは、具體的に如何なる原則かを檢討しなければならない。

まず、裁量權の踰越について檢討しよう。これは、各處分の基礎となる法が限界とし如何なる線を劃するか、を檢討してさだむべき問題である。しかし、自由裁量を規定した法文は、羈束裁量における不確定概念の場合同様、處分要件にかんし甚だ不明確なる表現をもちい、あるいは、處分要件をかく。ただ、羈束裁量の場合は、田上教授の强調せられるごとく、(2) たとえ法文の用語が不明確であつても、憲法その他の法律により處分要件の補充がなされるし、また、法文の解釋にあたり、經驗則を引用することにより、その内容を確定しうる。したがつて、この場合は、法規自體、ないし、法の解釋をとおし、各處分の適否が決定されるといいえよう。これにたいし、自由裁量の場合は、法文のさだめる一定範圍にあるかぎり、處分要件につき法文は處分を羈束しない。法を解釋した結果、具體的處分がさだまるのでなく、處分をなしうる範圍がさだまる。したがつて、法規自體が評價の基準となるのは、處分自體の適否でなく、處分をなしうる範圍の決定である。裁判所が、自

由裁量に屬する處分にたいし審査をくわえることがあつても、處分自體の適法・違法を判斷するのでなく、處分が、はたして、裁量のみとめられた範圍内にあるか否かの檢討にとどまらねばならない。

以下、裁量權の踰越を論じた判例をのべながら、右の諸點を檢討する。

(一) 國立・公立學校の學生・生徒にたいする懲戒處分

學生の懲戒處分につき、裁量權の限界を論ずる例は多く、判例の見解は大體において一致しているといいえよう。たとえば、最高裁・昭二九・七・三〇第三小法廷判決はいう。

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、その決定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、若しくは社會觀念上著しく妥當を缺き懲戒權者としての學長の裁量權の範圍を超えるものと認められる場合を除き、その裁量に任される。（最高民集八卷七號一五〇一頁）

この外、同趣旨のものとし、

大阪高裁・昭二八・四・三〇判決（行裁例集四卷四號九八六頁）

最高裁・昭二九・七・三〇判決（最高民集八卷七號一四六三頁）

東京地裁・昭三〇・七・一九判決（行裁例集六卷七號一八〇四頁）[3]

等がある。また、京都地裁・昭二五・七・一九判決（行裁例集一卷五號七六四頁）は、右諸例と若干見解をことにする。すなわち、懲戒にふするか否かの點に自由裁量をみとめながら、懲戒にあたり如何なる處分を選ぶかは羈束裁量という。[4]

要するに、學生の懲戒にかんし、法は、教育上必要あるとき、懲戒をくわえることができる旨規定する（學校教育法一一條）。この場合、法の規定する範圍は教育上の必要であり、懲戒の必要ありや否やは教育目的より判斷され、裁判所の判斷に親しまない。したがつて、本例につき、もし裁量權の踰越ありとせば、懲戒處分の對象となるごとき非行なき場合、すな

わち、事實の誤認の場合が中心となろう。さらに、何等かの好ましくない行爲があつた場合、懲戒處分の對象たる非行とすべきか否かの判定も、教育目的より判斷されなければならない。したがつて、何等かの非行あるとき、これにたいし懲戒に處するや否やは、教育機關の判斷に優越性があたえられる。したがつて、事實の誤認が裁量權の踰越となるといつても、事實の誤認とは、最高裁のしめすごとく、「全く事實上の根據に基かない」ごとき場合に限定される。

(二) 公務員の懲戒處分

公務員の懲戒についても、判例は、既述學生の懲戒と同趣旨の見解を採用する。

最高裁・昭三二・五・一〇第二小法廷判決は、

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……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。(最高民集一一卷五號六九九頁)

とし、下級審においても、

大阪地裁・昭二七・五・九判決(行裁例集三卷四號八四〇頁)

宮崎地裁・昭二八・五・一二判決(行裁例集四卷五號一二〇七頁)

東京地裁・昭三二・一〇・四判決(行裁例集八卷一號一八五八頁)

等、いずれも同樣の見解を採用する。

このほか、福岡地裁・昭二六・五・一八判決のごとく、

監督者は部下職員に對する懲戒權が存するとしても、法令に規定のないような種別の懲戒罰を科することは許されない(行裁例集二卷七號一〇九八頁)

も裁量權の踰越の一例となしうるであろう。

また、高松高裁・昭三四・一・二六判決は、地方公務員の罷免處分につき、同人が地方公務員法二八條にいう「勤務實績がよくない場合」ないし「その職に必要な適格を缺く場合」にあたるか否かを審査し、

地方公務員に對する任命權者の免職處分は純然たる自由裁量處分ではなく、地方公務員法第二十八條第一項各號に掲げる事由の一に該當する場合でなければこれをなし得ないものであり、右事由のいずれかに該當する事實がないのに拘らず、これに該當するとしてなされた免職は違法（行裁例集一〇卷一號一二九頁）

とし、事實誤認による裁量權の踰越をしめす。なお、この判例のいう「純然たる自由裁量」とは、自由裁量を行政廳の恣意的行爲と誤解した表現のごとくおもわれる。

さて、公務員の懲戒につき、國家公務員法は、七四・七五・八二條等に、また、地方公務員法は、二七・二九條等に法的規制をもうける。したがつて、右福岡地裁判決にいうごとき、法に規定なき種類の懲戒をかするは、法に違反するこというまでもない（ただし、本件は國家公務員法ないし地方公務員法違反の事件でない）。また、最高裁判決等のしめす全く事實上の根據なき場合、これも法に違反するこというまでもない。しかし、事實誤認の場合については、すでに學生の懲戒でのべたごとく、甚だしき事實の誤認のみが裁量權の踰越となる（高松高裁判決もかかる趣旨であろう）。

㈢　地方議會議員の懲罰

地方議會議員の懲罰についても、同處分を自由裁量處分としながら、その限界を論ずる例が少くない。

最も一般的な事例とし、福島地裁・昭二五・四・二一判決は、

懲罰事犯の認定……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（行裁例集一卷二號一六五頁―傍點筆者）

という。

さらに、具體的場合につき、京都地裁・昭二三・一一・一五判決は、

懲罰は議會が現在の規律を維持するため行うもので、過去の紀律を對象とするものでない（行裁月報一二號一二七頁）

といい、福岡高裁・昭二五・九・一一判決は懲戒處分を、

議會の自律權に基く裁量行爲であるが、當該會期を超える期間の出席停止の懲罰は違法である（高裁民集三卷三號一三六頁）

という。さらに、仙臺高裁・昭二七・二・一五判決も、議會に裁量權をみとめつつ、

議員の勤務に關係のない議會外の行爲を理由として、議員を懲罰に付することはない（高裁民集五卷二號三七頁）

とする。これ等は、議員にたいする懲罰を議會の自由裁量とみながら、懲戒にあたる事實なき場合、または、法のみとめない懲戒處分をもつて裁量權の踰越とみる。

(四) その他の事件

旅券法一三條一項五號にもとづく外務大臣の旅券發給拒否處分をめぐる事件において、東京地裁・昭二七・九・二七判決は、國政や外交につき裁判所の審査能力の不足をみとめながら、

かような事項について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、よほど愼重でなければならない。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、この判斷をもつともとしなければならない。（行裁例集三卷九號一八六三頁）

という。この判決も、事實の認定に誤りがあるか否か、および、事實から結論にいたる論理と判斷が明白に誤りとみられるや否やに、裁判權の限界をみとめたものと解せられる。[5]

また、近時、出入國管理令五〇條一項三號の「その他法務大臣が特別に在留を許可すべき事情があると認めるとき」をめ

ぐり、裁量權の踰越を問題とする判例が多くあらわれている。

東京地裁・昭三二・四・二五判決は、右處分を自由裁量としながら、

右裁量權限は、行政上の便宜ないしは同令一條に規定する目的から同大臣に對しこれを許容しているものと解するを相當とするから、……同大臣がその裁量の範圍を逸脱した裁決をした場合には、これに基いてなされた退去强制令書發布處分の取消を求めることができる。（行裁例集八卷四號七五四頁）

とする。この種判決は、右の立場にたちながら、事案を審理し、大臣の處分が裁量權の限界をこえたか否かを判斷している。

その他、公衆浴場法二條ならびに、これにもとづく都條例によると、公衆浴場の配置基準とし、新設浴場と既設浴場との距離は二百米以上を原則とし、ただ、公衆衞生上の必要あるときはこのかぎりでなき旨規定する。

東京地裁・昭三四・九・九判決は、この衞生上の必要性の認定につき、

行政廳たる知事が公衆衞生行政の見地から自由な判斷に基いてなすべきいわゆる自由裁量處分……。從つて知事がその認定を誤つて處分を爲したとしても、これが社會觀念上著しく妥當を缺くものでない限り、その處分の當不當の問題は生じ得ても、違法の問題は生じる餘地はない（行裁例集一〇卷九號一八〇一頁）

という。これも、公衆衞生の必要という法的限界にたいし、その著しき事實の誤認を裁量權の踰越としたものである。

（1）小澤文雄・行政廳の裁量處分・公法研究五號七四頁以下。

これにたいするものとし、田上・前掲・行政廳の裁量處分・三二七頁。雄川一郎・行政爭訟法（法律學全集9）・一二三頁以下。詳しくは、同教授・最近における行政判例の傾向(二)・法律時報二七卷八號九二六頁以下。

（2）田上・前掲論文・三一七頁以下。

（3）本件は、私立大學學生にたいする懲戒處分を行政事件として處理した例である。かかる爭を行政事件とすべきかについては、疑問がのこる。ただ、本件判示事項の二において、從來の見解にしたがい學長の裁量權の限界が論じられている。

（4）學生にしてその本分に悖る行爲あるとき、これにたいし懲戒に處するか否かは自由裁量であるが、懲戒權を發動するに當つては客觀

的に當該行爲が學生の本分に悖るか否かを判定するに止らず、悖るとすれば如何なる種類の懲戒に處するかは教育的見地社會の通念にしたがつて判斷すべきゆえ、自由裁量といいえないとする。しかし、教育的見地からみて妥當なりや否やは、裁判所において十分に判斷しうる事項であろうか。もし、學長の教育的見地よりなした判斷を、裁判所が尊重するとすれば、これ自由裁量であり、社會の通念が問題となれば、これ自由裁量の限界の問題となる。

(5) 東京高裁・昭二七・九・一五判決（下級民集五卷九號一五一七頁）も同趣旨と解せらる。

三

裁量權の濫用とは、既述のごとく、自由裁量の範圍内にありながら、なおかつ、違法とされる場合である。したがつて、これは明文規定そのものより判斷しえない。しからば、判例は、この點を如何にとりあつかうか。

一　法の目的違反

行政廳の處分は、當該處分の基礎となる法の目的に適合しなければならない。この目的は、明文でしめされることもあれば、當該法規全體に通ずる内在目的として認識せられる場合もある。しかし、いずれにせよ、かかる法の目的こそ、裁量權の濫用を論ずる根本基準となる。

このことは、既述、メーデー事件における東京地裁判決にもあらわれている。すなわち、同判例のいわんとする、管理權者は公物管理權の行使として處分をなすべく、公物警察權の行使として處分をなすは違法と、これ法の目的に反するゆえ裁量權の濫用とみる一つの例となしうるであろう。

この外、同趣旨に屬するものとし、

大阪地裁・昭二六・七・七判決（行裁例集二卷八號一三四一頁）

福島地裁・昭二九・六・一八判決（行裁例集五巻六號一四九五頁）
東京高裁・昭二九・八・七判決（行裁例集五巻八號一七六九頁）
福島地裁・昭三二・一〇・七判決（行裁例集八巻一〇號一七一七頁）

等をあげうる。[1]

なお、法の目的に反するという事件において注意すべきは、自由裁量事項であるかぎり、行政廳の處分は、一應、法の目的に適合していると推定すべき點である。そして、明らかに法の目的に反すると判斷される場合のみ、裁判所は、裁量權の濫用ゆえ違法と判斷しうる。右に掲げた判例の多くも、この點を承認しているものと考えられる。

この外、條理（平等原則・比例原則等）を引用し、これに反するゆえ裁量權の濫用とする例も多い。

二　平等原則違反

訴願期間經過後の、いわゆる「宥恕すべき事由」の認定をめぐり、舊行政裁判所において、平等原則に反するゆえ裁量權の濫用とした例がある。

同一課税權者ニ依リテ同一納税義務者ニ對シテ同時ニ爲サレタル數個ノ府縣税ノ賦課ニ對シ異議申立期限經過後同日ニ爲サレタル異議申立ニシテ其ノ期限經過ニ關スル事情モ亦同一ト認ムベキモノニ付テ一ノ異議申立ニ付テハ期限經過ニ關スル事情ヲ宥恕スベキ事由ト認メ之ヲ受理シナガラ他ノ異議申立ニ付テハ宥恕スベキ事由ニ非ズト認メ之ヲ却下スルハ決定廳ノ自由裁量ノ範圍ヲ超越スル違法ノモノト解スベキモノトス（昭六・三・一九判決・行裁判決錄四二輯二三一頁）

「宥恕すべき事由」の認定をめぐり、現在、覊束裁量なりや、自由裁量なりやにつき爭がそんする。また、自由裁量と考えるとき、平等原則の適用を排斥せんとする意見もある。[2] 本件判例は、異議申立を受理するや否やは自由裁量であるが、同一

條件の下にある異議申立は、同一の取扱いをするをようし、しからざれば違法という。なお、本件において、同一人が同一條件の下にある異議申立を同日になし、一方は受理され、他方は却下されたということは、著しき平等原則違反とみるべきであろう。

平等原則を根據とするとみられる現行憲法下の判例とし、左の數例をあげることができる。

松山地裁・昭二六・四・二六判決

自創法第四十一條にいう「農業に精進する見込ある者に賣渡す」との規定につき、必ずしも農業に精進する見込のあるものの全部に對し農地を賣渡すことを要しないことがあり得ても、その間において、條理によつて定まる客觀的基準を無視した不公平な取扱をすることは違法（行裁例集二卷五號七三〇頁―傍點筆者）

また、神戸地裁・昭二九・三・二三判決は、出入國管理令四九條の異議申立にたいする法務大臣の裁決（同令五〇條）を、自由裁量としながら、

右大臣がその裁量の範圍を逸脱して著しく不公平かつ妥當を缺くような裁決をした場合にのみ、これに基いてなされた退去强制命令書發布處分を違法（行裁例集五卷三號六八二頁―傍點筆者）

とする。なお、大阪高裁・昭三二・一二・一二判決（行裁例集八卷一二號二二八一頁）は右と同趣旨である。

この外、舊自創法三七條にもとづく代地買收處分にかんし、岡山地裁・昭三二・一・一三判決の、

なんら合理的な理由がないにかかわらず、ことさら特定人の所有する山林のみを選擇し、これに著しい不利益を負擔せしめるような代地買收處分は、裁量權の亂用として、當然無効（行裁例集九卷一號一頁―傍點筆者）

も平等原則違反である。

農地法によると、開發し農地とすることが適當な土地の賣渡をうけた者にたいし、國は法七二條の規定により、買戻しを

なすことができる。而して、福井地裁・昭三四・一二・二三判決によると、

農地法第七十二條に基き買戻しを爲すか否かは行政廳の裁量に委ねられているが、當該行政處分が……、行政處分に要求される公平且つ平等の原則に反する場合は、かかる裁量權の行使は違法（行裁例集一〇卷一二號二三二七頁）

といい、買戻しをなすか否かの判定にあたり、土地の狀況（開墾の難易等）、個人的理由等をまつたく無視し、他地區より嚴格な判斷基準により、買戻しの判定を行つた點を不公平・不平等にして、違法と斷ずる。

さらに、教育委員會の學校職員にたいする昇給措置にかんする青森地裁・昭三三・六・二四判決も、平等原則違反の例としてあげうる。すなわち、同判例は、右措置を自由裁量處分としつつ、

かかる行爲といえども、まつたくの恣意、放縱を許容するものではないから、右委員會が合理的根據なく特定の職員を公平、平等の原則を無視して昇給させない場合には、職員の意に反する不利益處分を構成する（行裁例集九卷六號一二五一頁）

としている。

要するに、これ等判決は、その表現に若干の差はあれ、法の目的に反し、あるいは、合理的な根據なく、著しい不平等な取扱いをすると、自由裁量事項であつても違法性を生ずるという。(3)

三　比例原則違反

まず、國・公立學校學生・生徒の懲戒關係につき、懲戒の事實ありや否やにかんし、既述、裁量權の踰越が問題となつた。そして、一定の懲戒すべき事實がある場合、如何なる種類の懲戒處分をくわえるべきかにつき、比例原則の適用が問題となる。

最高裁・昭二九・七・三〇第三小法廷判決は、

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（最高民集八巻七號一五〇一頁）

という。これ、著しき比例原則違反を違法とする場合である。さらに、下級審における同趣旨判決として、

岡山地裁・昭二六・五・三〇判決（行裁例集二巻七號一一三二頁）

廣島高裁・昭二七・七・一八判決（行裁例集三巻六號一三〇九頁）

大阪高裁・昭二八・四・三〇判決（行裁例集四巻四號九八六頁）

等がそんする。

さらに、國立療養所患者の退所命令についても、同趣旨を採用したものとし、

大阪地裁・昭二五・三・二四判決（行裁例集一巻三號四七九頁）

大阪高裁・昭二八・四・二八判決（行裁例集四巻四號九六四頁）

の例がある。これ等は、公物利用關係における懲戒とし、學生の懲戒と同一法理にたつ。

つぎに、公務員の懲戒についても、下級審において、學生の懲戒同様比例原則がとかれていたし、最高裁も同一見解を採用する。

大阪地裁・昭二六・七・七判決（行裁例集二巻八號一三四一頁）

大阪高裁・昭二九・九・二判決（行裁例集五巻九號二一六九頁）

神戸地裁・昭三〇・六・一〇判決（行裁例集六巻六號一五二五頁）

最高裁・昭三二・五・一〇第三小法廷判決（最高民集一一巻五號六九九頁）

公の勤務關係と公物の利用關係とは、類似した法的基礎にたつ。したがつて、本例においても、比例原則の引用が容易で

ある。

さらに、地方議會議員の懲罰の種類選擇についても、比例原則を採用する例が多い。

千葉地裁・昭三〇・三・一五判決は、

議會が議員に對し懲罰を科する場合、……いかなる種類の懲罰を科するかは、議會の裁量に任されているが、……懲罰の種類を選擇するときにも、その事犯に比し著しく客觀的妥當性を缺き、はなはだしく判斷を誤つているときは違法。（行裁例集六卷三號六六八頁）

といい、同旨判決として、

福島地裁・昭二五・四・二一判決（行裁例集一卷二號一六五頁）
青森地裁・昭二八・一・七判決（行裁例集四卷一號一三〇頁）
名古屋地裁・昭二九・六・九判決（行裁例集五卷六號一四四五頁）
名古屋地裁・昭三一・四・一六判決（行裁例集七卷四號九五八頁）
松江地裁・昭三三・一〇・二四判決（行裁例集九卷一〇號二二二八頁）
仙臺高裁・昭三四・七・六判決（行裁例集一〇卷七號一三七三頁）

等がそんする。

しかしながら、議員と學生等の法的性格に著目し、議員の懲戒は既得の參政權の侵害ゆえ、性質上羈束處分にあたる。ただ、裁判所がこれに審査をくわえると、地方公共團體における民主政治の原理に反するから許されないとし、かかる問題を裁量の限界からのぞかんとする見解もある。(4)

右のごとき、特別權力關係に屬するもののほか、國稅滯納處分にかんしても、比例原則を引用する例は多い。滯納處分をおこなうか否かは、法に羈束されていると考えるべきである。しかし、同處分において、如何なる財產を差押え公賣するか

については、見解の對立をみる。舊行政裁判所時代にあつては、この點自由裁量とみ、しかも、比例原則の適用につき、あまり注意がはらわれなかつたといいうる。(5)

現行憲法下においては、差押財産の選擇と同財産の公賣につき、裁量をみとめつつ、その限界を指摘し、あるいは、選擇についても法の羈束（羈束裁量）とする見解とが對立する。前者においては、裁量の限界構成として比例原則が適用され、後者の場合は、差押財産の選擇、したがつて差押處分の適否判斷の基準とし比例原則が使用される。

右、裁量の限界構成にかんする具體的處分とし、東京地裁・昭二八・八・一〇判決は、

滯納處分の執行に際り如何なる財産を差押え、公賣するかは一應執行者の裁量に委ねられて居るものと解するのが相當であるから、本件財團を公賣することが、合理的な裁量の範圍を超えた甚だしく不當のものとすべき特段の事情のない限りこの點において本件處分を違法と言うことはできない。（行裁例集四巻八號一八三五頁）

とする。

なお、公賣價格の決定についても、右と同樣の見解の對立をみいだす。(6)

四　不正の動機の問題

行政處分は、法にしたがい公益に適合しなければならない。また、處分をなすにあたり、これ等條件のほか、信義誠實に權限が行使されるをようする。このため、動機に不正のあつた處分の違法性が問題となる。なお、動機の不正は、裁量權の限界の問題にかぎらず、行政處分一般についておこりうる問題である。

しからば、動機の不正は、處分に如何なる影響をあたえるか。かつての行政裁判所の判決に、

差押が村會議員の被選擧權を失わせる目的でなされたとしても、租稅滯納の事實があつた以上、これを違法とすべきでない（昭一四・

五・二八）

とするものがある。本例は、羈束處分に屬するが、動機に不正があつても、處分の結果が法にしたがつていれば適法という。この論理にしたがうと、動機に不正があり、かつ、處分の結果が法に反するときのみ違法となる。しかし、處分の結果が法に反するときは、つねに違法であつて、あえて、動機の正・不正を問題にする必要がない。しからば、自由裁量の場合も、右と同様に考えうるであろうか。

大阪地裁・昭二六・七・七判決は、

一般に行政行爲の動機が不純であることは、直ちにその行政行爲を違法とするものではないが、その行政行爲と無關係な目的のために故意になされたと客觀的に認められる場合には、違法となるものである。（行裁例集二巻八號一三四一頁）

という。これは、動機の不正が法の目的違反をまねく場合である。

また、福岡高裁・昭三三・二・一三判決は、農地轉用にかんする許可處分につき、

この場合（許可處分に―筆者註）條件をつけるかどうか又いかなる條件をつけるかについては法は行政廳の技術的判斷にこれを委せているのであつて、したがつてこの點は行政廳の裁量に屬するものと解するを相當とする。勿論行政廳の裁量といえども無制限に許されているわけではないから、たとえば許可に條件をつけないことが著しく不當で公正を缺くとか、不正不當な動機に基くとかいう場合には、斯様な許可はもとより違法である。（行裁例集九巻二號一三一頁―傍點筆者）

という。この見解によると、不正不當な動機のみにて處分の違法性をみちびくごとき感をうける。しかし、右記述は、違法な場合の例示にして、その眞意は、はたして、不正不當の動機のみで處分の違法をまねくか、にわかに斷定しがたい。

さらに、縣立高校非常勤講師免職處分をめぐり、福井地裁・昭三四・七・一決定（本件は免職處分執行停止申請事件である）は、

地方公務員法第二八條第一項第三號にいう「その職に必要な適格性を缺く場合」とは、いやしくも公務員としての身分を左右する分限の事由としては、當人の素質、性格、能力等から考えて、常に右公務員としての義務不履行が存在し、公務員たるにふさわしくないという顯著な特性が存し、しかもこれは容易に矯正することができない程度のもの……

といい、さらに、

本件行政處分は、……定期人事移動の實施を間近に控え、他の教職員の人事行政の圓滑に實施すべき行政上の必要に迫られた事情もあり……（行裁例集一〇卷七號一四一六頁）

という。そもそも、免職處分にかんする「適格性」は該當者の能力等のみより認定さるべく、人事行政の圓滑化等の要素をくわえて認定さるべきでない。もし、かかる加うべきでない要素をふくむ場合は、動機に不正があつたといいえよう。そして、本件は、動機の不正・適格性認定の誤りが違法の疑を生ぜしめた例である。(7)

要するに、自由裁量處分にあつても、動機の不正のみにては、權限の濫用等おこりえない。裁量權の濫用としての動機の不正は、かかる事實があり、かつ、その結果處分が法の目的・平等原則違反等となる場合である。したがつて、動機の問題は、それ自體が裁量權の濫用の一類型を形成するのでなく、既述、法の目的・平等原則等違反を證すべき素材の一である にすぎない。

（1）大阪地裁判決は、職務遂行にかんする意見の對立を理由とし懲戒處分に處するならば、法令の目的と無關係の目的のためなされた違法といい、

福島地裁判決（昭二九）は、固定資產評價員の實兄が村長選擧において對立候補となつたことから不快の念をいだき、右評價員を懲戒免職にした點、法目的に反するゆえ、裁量權の濫用とみ、

東京高裁判決は、如何なる點からみても買收理由なきに、農地買收に名をかり、農地をとりあげるならば職權濫用。

福島地裁判決（昭三二）は、未墾地買收の結果、他農家の經營不可能を生ぜしめるときは、當該農地買收は、自創法一條の法目的に反

するゆえ違法という。

右いずれも、法の企圖する目的と明らかに異つた目的よりなされた處分といいえよう。

（2）美濃部達吉・公法判例大系・上巻一八五頁以下。

（3）この點、舊行政裁判所の、租稅滯納の事實あるかぎり、特定人にのみ滯納處分手續をとつても違法でないとする判決と對比すべきであろう。滯納處分をなすか否かは、羈束處分であるが、平等原則をしりぞけたものとし、注目に値する。

（4）田上・前掲論文・三二八頁。

（5）たとえば、

「國稅滯納處分ニ關スル法令ニ於テハ國稅滯納處分ノ爲財產差押ヲ爲スニ付キ其ノ徵收額ニ充ツル程度ニ差押ヲ制限スルモノニ非ズ。從テ之ニ違據スベキ町村稅滯納處分ノ差押ニ於テ差押財產ノ價格ガ徵收金額ニ比シ多額ナルコトアリトスルモ之ヲ以テ違法ト云フコトヲ得ズ」（大二・一二・三判決）

あるいは、

「滯納者ガ差押財產以外ニ他ニ滯納金ニ相當スル價格ノ財產ヲ有スルニ拘ラズ右滯納金ニ比シ過當ナル不動產ノ差押ヲ受クルモ右差押處分ヲ違法ナリトスルヲ得ズ」（昭七・三・二八判決）

等その例は、すこぶる多い。しかし、學說上は有力なる反對說もそんした（美濃部・前掲判例大系・下巻六八六頁）。

（6）羈束とみる例とし、福井地裁・昭二九・七・七判決

「租稅滯納處分としての公賣において、收稅官吏は、公賣物件の見積價格の決定に關し、滯納者の權利を不當に侵害しないように愼重に考慮すべき法律上の義務を負擔するものと解すべきであり、右見積價格は、特段の事情のない限り、公賣當時の社會的かつ經濟的諸條件からみて客觀的に是認されるべき價格でなければならない」（行裁例集五巻七號一六五〇頁）

とし、これに對する見解として、

東京地裁・昭二八・八・一〇判決

「公賣價格が、時價に比して著しく不當に低廉と認められない以上、最低公賣價格がいかにして決定され、また、いくばくであつたかは、公賣決定を違法とする理由とはなりえない。」（行裁例集四巻八號一八三五頁）

とするごときである。

（7）既述、福島地裁・昭二九・六・一八判決（既出二一六頁）もこの例に屬す。

四

いわゆる自由裁量事項とよばれる分野においても、行政廳は、恣意的に處分の選擇をなしうるわけでない。そこには、おのずから、何等かの基準がそんする。そして、この基準は、廣義の法にぞくする。一方、司法とは、法上の紛爭あるとき、何が正しい法であるかを判斷し、正しい法の適用を保障する作用とされ、かかる司法作用は、裁判所において行使される。したがつて、自由裁量事項における基準が、（廣義の）法である限り、この基準をめぐる爭は、本來、裁判所の審査判斷にふくさねばならない。しかるに、通說は、自由裁量事項につき、處分の選擇を誤りても、不當の問題のみ生じ、違法の問題は生じない。換言すれば、自由裁量に屬する處分を、裁判所は違法としてしりぞけえないという。これは何故であろうか。

そもそも、自由裁量に屬するとされた分野においては、個人の權利・利益より、行政目的（公益）達成に重點がおかれる。而して、行政上の政策的・專門的事項については、裁判所より專門行政廳の判斷が一般にすぐれているとみるべきである。したがつて、かかる事項につき、裁判所の判斷より行政廳の判斷に優越性があたえられる。この裁判所の判斷をしりぞける表現とし、既述、法上の爭にかかわらず、自由裁量につき、その選擇をあやまるも、當不當の問題にすぎないという。

要するに、自由裁量事項については、その政策的・技術的なゆえをもつて、裁判所の能力に限界をみとめ、行政廳の判斷を優越させる。

しかし、政策的・技術的事項においても、そのすべてにわたり、行政廳の判斷を優越せしめる必要はない。政策的・技術的事項につき、多くの場合、一般人の良識をもつてしては、甲乙何れの判斷を是とするか判定困難、したがつて、かかる場合、一般人の良識を具現する裁判所の判斷に多くの期待をかけえない。常に正しき判斷を期待しえぬところ、權威をあたええない。しかし、政策的・技術的事項についても、極端なる判斷の誤りについては、一般人の良識をもつて、十分にその是

非を判断しうる。換言すれば、行政の專門的事項のみより判断しうる事項は、行政廳の判断に權威をあたえるべく、一般人の良識より判断できる事項は、それが國民の權利・利益の侵害をともなうかぎり、裁判所の判断に權威をあたえても何等弊害なきのみならず、國民の權利保障という面よりすれば、進んでかかる場合、裁判所の判断に權威をあたえるべきである。これが憲法のいう權力分立の趣旨であるとともに、自由裁量と裁量權の限界は、かかる點を背景として發生すると考えられる。

裁量權の踰越とは、裁量の外的限界といわれるごとく、明文でさだめられた裁量の枠を逸脱することである。たとえば、教育の必要あるとき懲戒しうる法意にたいし、教育上必要とせぬ懲戒をおこない、あるいは、適格性を缺くとき免職しうる法意にたいし、適格性をゆうするにかかわらず免職するごときである。かかることは、教育上あらためさせねばならぬ非行なりや否やが認定され、はじめて、法違反といいうる。しかし、問題は、果して、學生の特定の行爲（たとえ社會的にみて非行であっても）が、教育上懲戒をくわえ改善さすべき非行であるか否かの決定にある。而して、かかる決定は、一般の場合、教育機關によりてのみ判断でき、裁判所はかかる問題の判断において、常に十分なる判断能力ありといいえぬ。しかし、特殊の場合（上例でいえば、明白に非行がないのに懲戒をくわえた場合）、行政廳の政策的・技術的判断能力を尊重する必要はない。したがつて、この種事件において、判例のいう、「事實的根據を全く缺き」等の表現は、正當のものと考える。

要するに、この問題は、明文に違反という點覊束處分と同一であるが、明文違反を判定する前提に自由裁量問題が關聯する。この故、覊束處分と區別し、裁量の踰越を論ずる實際上の必要がある。

裁量權の濫用とは、裁量の內的限界ともいわれ、明文の規定ないし明文の通常の解釋によりては、違法なりや否やが判定できない場合をいう。

法の目的違反の場合

裁量權の濫用は、法の目的違反の場合を中心としながら發達してきた、といいうるであろう。[1] 行政處分は、當該處分の根據となる法條の拘束をうけるとともに、これ等法條をふくむ法の內在目的に拘束される。行政處分は公益に適合しなければならないが、この公益は法の內在目的により具體化される（この具體化は程度の問題であるが）。裁量處分は、行政廳の恣意的判斷にもとづくのでなく、つねにかかる公益（法の內在目的に適合した）に適合していなければならない。しかし、公益に適合するや否や、換言すれば、法の內在目的に合致するや否やは、行政廳の專門的能力をとおしてのみ判斷されうる場合が多い。これは、公益が法の內在目的により具體化されるといつても、その具體化は、なお、多くの抽象的要素をふくむことを考えるとき、この點が一層明かとなるであろう。したがつて、通常の場合、自由裁量事項における處分は、公益ないし法の內在目的に適合していると推定され、この目的に反することがきわめて明かなとき（例えば全く目的に反するごとき）のみ、社會通念によりても十分に判斷しうるゆえ、裁判所の判斷に優越性があたえられる。

平等原則違反

法の下の平等については、憲法に規定されている。憲法のこの原則は、通例、立法權による差別的取扱いの禁止を意味すると解せられている。[2] したがつて、このような原則にのつとり作られた行政法規は、平等原則にかんする明文規定をかいても、法規自體の內に當然に平等原則をふくむ。このため、平等原則は、明文の有無にかかわらず、法條の解釋にあたり當然に考慮されなければならないもの、すなわち、條理である。

かく、平等原則は法の解釋にさいし、當然考慮さるべきゆえ、覊束處分においては、この原則がいわゆる條理法として發見確認され、處分の適法・違法の評價基準となる。換言すれば、覊束處分において、平等原則は解釋の問題の中に登場する。

これにたいし、裁量事項において平等原則は如何なる地位をしめるか。

そもそも、解釋と裁量とはことなる。解釋は抽象的な法の内にふくまれた具體的法の發見であり、裁量は新たな法の創設といいうる。もち論、裁量權行使にあたり、解釋は必要であるが、解釋した結果は、複數處分の選擇の自由あることの發見にとどまる。そして、發見された範圍内において、裁量權が行使される。したがつて、解釋は、裁量行使の前提となりえても、決して、裁量權行使自體でありえぬ。

かくみてくると、羈束處分と裁量處分における平等原則の取扱いは、ことなるべきはずである。

さて、裁量權行使が法の創設とみても、憲法の要求する平等原則は、適用せられねばならない。合理的根據なきかぎり、平等原則にしたがつて裁量權が行使されぬと、憲法との關係において、違法性の問題が生ずる。しかし、平等が絶對的平等を意味せず、相對的平等を意味するかぎり、何が平等であるかの判定は、決して容易でない。さらに、法の目的より判斷し、合理的根據あれば、不平等な取扱いをも是認せねばならない場合もあるであろう。

さて、自由裁量事項内における平等原則の要求は、平等に裁量處分をおこなえとの行政廳にたいする要求である。そして、平等原則の適用が一般的にみて容易でなく、しかも、裁量處分が政策的・技術的な特殊專門の判斷を必要とするかぎり、行政廳が平等原則に適合するとかんがえて、おこなつた處分につき、裁判所は常に適正なる判斷をくだしえようか。もし、裁判所に適正なる判斷能力ありとせば、平等原則違反が社會通念でも判斷できる程度にはなはだしき場合であろう。そして、かかる著しき平等原則違反とは、平等原則に反する結果法の目的にも反するにいたる場合をいうのではなかろうか。

要するに、羈束處分における平等原則は、法解釋において當然問題となる、いわゆる條理法であり、裁判所の審査對象となるのが原則である。しかし、裁量處分における平等原則は、原則的には行政廳のみを拘束する條理であり、法の目的との關聯において、とくに著しき平等原則違反のみが、裁判所において論ぜられる、違法な裁量權の濫用となる。

比例原則違反

比例原則違反の場合も、平等原則違反の場合とほぼ同様な考え方により、法の目的との關聯において、著しき比例原則違反のみを、裁判所において論ぜられる、違法な裁量權の濫用と考える。

不正の動機の場合

不正の動機に基づきなされた處分が違法のときは、とくに論ずるにあたらない。かかる動機に基づく處分が、結果的に、適法ないし外見適法とみられる場合が問題となる。これを、裁量處分につきみると、不正の動機にもとづき處分を選擇し、その處分が、裁量權の踰越とならぬ場合に問題がおこる。なお、かかる場合、不正の動機があつたか否かの判定が、そもそも問題となつてくる。(3) そして、既述判例にあらわれた不正の動機とは、結果たる處分が、法の目的・平等原則・比例原則等に反するにいたる場合をもつて、裁判所において判斷しうる不正の動機となしているごとくである。しかるときは、不正の動機のみをきりはなして、裁量權の濫用の一場合となりえなくなる。

(1) 既述、フランスにおける權力簒奪の理論、また、田上教授は、裁量權の濫用を處分の根據となる法律の内在目的にあきらかに反する場合（田上・前掲教科書・三一頁）とされる。

(2) たとえば、田上穰治・憲法原論・改訂新版・一一九頁。なお、平等原則にたいする新しい考え方とし、田口精一・ボン基本法における人間の尊厳について（本號掲載）参照。

(3) 拙稿・前掲 Ultra Vires と行政爭訟・二六七頁以下。