

# 訴訟法と比例原則

須 藤 陽 子\*

## 目 次

- I 問題の視角
- II 行政法総論と比例原則
  - 1. 日本行政法における比例原則の原型  
——目的外権限行使の違法——
  - 2. 美濃部達吉の行政法総論
    - (1) 1936年（昭和11年）『日本行政法 上巻』
    - (2) 法源としての比例原則
- III 自由裁量行為・法規裁量行為の二分論はなぜ消えたのか
  - 1. 学説と判例の乖離
  - 2. 「二段構え」の理論と比例原則
  - 3. 民事裁判官の思考の反映  
——「一段構え」の理論と「社会通念」——
    - (1) 「一段構え」
    - (2) 「社会通念」「社会観念」の萌芽
  - 4. 「一段構え」裁判例の傾向
    - (1) 「裁量権の踰越と濫用」と「不当」の著しさ
    - (2) 下級審裁判例 民事裁判官の発想
  - 5. 小 括
- IV 1950年代～1960年代の比例原則と「裁量権の濫用」論
  - 1. 杉村敏正 イギリス法研究の成果
  - 2. 最高裁昭和39年6月4日判決と「裁量権の濫用」論
    - (1) 二分論の意義の喪失
    - (2) 「裁量濫用の法理」の適用
    - (3) 法令に根拠のある加重処分

---

\* すとう・ようこ 立命館大学法学部教授

3. 裁判所のいう「比例原則」とは？

- (1) 広島地裁判決
- (2) 最高裁判決中の「比例原則」

おわりに

- 1. 「自由裁量」とは？
- 2. 審査方式と比例原則
  - (1) 「逸脱」と「濫用」を区別しない理由
  - (2) 「裁量権の濫用」論と判断過程の審査方式

## I 問題の視角

日本行政法において比例原則はどのように生成・発達したのか。かかる視角を定め、筆者はこれまで明治憲法下の明治、大正、昭和の学説における警察上の比例原則を検証し、占領期の行政事件訴訟特例法下の下級審裁判例に現れた比例原則の生成を追い求めてきた。それは比例原則の生成を下級審裁判例から読み取るものであった。しかし占領期以降の日本行政法における比例原則の役割に鑑みるならば、比較法研究に基づく諸学説、裁判例の考察のみならず、訴訟法の変遷という観点をも加えるべきではなかったかと筆者には悔いがあった。訴訟法の視点を加えることによって、行政訴訟において違法を結論づける不文法源としての比例原則の役割を明瞭にできるのではないと思われる。

訴訟法の変遷という視点を加えて論じるべきではないかと筆者が思うようになったのは、訴訟法の移行期に出された最1判昭和39年6月4日民集18巻5号745頁（以下、最高裁昭和39年判決という）、原審広島高判36年11月7日、1審広島地判昭和35年8月1日を読み、素朴な疑問を抱いたことであった。判決文や評釈の中で「自由裁量」「法規裁量」が用いられているがさしたる重みはなく、はたして判決においてそれらを区別する意義がどれほどであろうかと考えたのである。最高裁昭和39年判決には「自由裁量」「法規裁量」という文言が見られるが、最高裁昭和39年判決以降、「自由裁量」「法

規裁量」という二分論を用いた最高裁判決は、昭和40年代には公衆浴場営業許可申請と先願主義について判示した最2判昭和47年5月19日民集26巻4号698頁の1判決のみである。

かつて比例原則は自由裁量の限界を画すると理解されていたが、現代では「自由裁量」という概念自体が用いられることがない。なぜ比例原則を用いて自由裁量の限界を論じる必要が無くなったのだろうか。行政法総論における比例原則の役割は自由裁量の限界論であったはずが、いつの間にか学説からも裁判例からも「自由裁量」「法規裁量」（＝羁束裁量）という言葉が消えていき、論じられることがなくなった。

もう一つは、筆者が学生時代から抱いている疑問であるが<sup>1)</sup>、現在の学説・判例が「裁量権の逸脱」と「裁量権の濫用」を区別しようとしない点にある。1983年（昭和58年）小早川光郎「裁量問題と法律問題」は、その当時の学説・判例において両者を区別しない傾向が強まったことに指摘しているが<sup>2)</sup>、両者を区別しない理由、その傾向が強まった理由については言及していない。現代においてもなおその傾向は強くあり、両者を区別しない理由を現代の学説は語ることがない。現代の学説の関心は審査密度にあり、審査方式を分類して審査密度の観点から裁判例を分析するからである<sup>3)</sup>。筆者の疑問を敷衍すれば、現代の学説の関心が審査方式と審査密度の分類に傾注しすぎていないか、という問題意識に至る。

小早川論文は日本行政法における裁量統制を論じるにあたって必読の論

---

1) 大学院生時代に発表した須藤陽子「教科書検定の裁量統制と比例原則」季刊教育法87号（1992年）94頁以下は、裁量権の逸脱と濫用の区別を試みた論稿である。拙稿を読んでくださった故室井力先生が、行政事件訴訟法の下では両者を区別する必要はないというお便りをくださった。しかし、様々な行政法教科書・文献を調べても、なぜ区別する必要がないかを説明したものがなく、両者を区別したほうが裁量統制の手法を論じやすいのではないかという筆者の考えは変わらなかった。

2) 小早川光郎「裁量問題と法律問題」法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第二巻』（有斐閣、1983年）339頁注（6）参照。

3) 亙理格「行政裁量の法的統制」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（2014年）118頁以下参照。

文であり、筆者は学生時代から幾度もこの論文を読み返してきたが、占領期の下級審裁判例における比例原則の生成を論じた後にこの論文を読み返したとき、わが国裁判所制度の転換期である占領期の議論が欠けているのではないかと思うようになった。また、小早川論文は「裁量権濫用の観念を裁量権踰越から区別し、かつ、この法理を肯定する学説」に影響を与えたと考えられるものとしてドイツの裁量権濫用理論、それに影響を与えたと考えられるフランスの権限濫用法理を挙げているが、イギリス法の研究成果に言及がない<sup>4)</sup>。しかしながら、1950年代の早い時期から裁量権濫用と比例原則について指摘していたのは、イギリス法研究者の杉村敏正であった。本稿は、小早川論文に欠けていると思われる占領期の学説・下級審裁判例とイギリス法の研究成果に注目する。

現代との関係からいえば、本稿の主旨は最判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（以下、マクリーン判決という）の見直しにつながるであろう。現代行政法学にとって重要なのはマクリーン判決が示した判断枠組みであるが、筆者は下記下線部に関心がある。換言すれば、マクリーン判決には「自由裁量」「法規裁量」という概念が見られず、「裁量権の行使」を審理の対象としている点である。

「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法であるとすることができるものと解するのが、相当である。」  
(注：下線部筆者)

---

4) 小早川・前掲注 (2) 344頁注 (13)。

現代の学説はマククリーン判決が示した判断枠組みを「社会通念型審査」（論者によって名称は異なり「社会観念審査」「裁量権の踰越濫用型審査」「最小限の審査」ともいう）と名付け、審査密度が希薄であると指摘する。本稿は、「著しく妥当性を欠く」が比例原則の適用を示すという立場をとり、妥当性を欠くことになぜ「著しさ」が求められるのか、という問いを念頭に置きたいと思う。

現代の判例解説は、社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理することを限定審査の意味に解するが<sup>5)</sup>、1990年代の判例解説は、本件判旨は裁量権の範囲の逸脱及び裁量権濫用の判断基準について一般的基準をたてることをしておらず、「本件判旨に示された点以外にも裁量権の逸脱、濫用を論ずる余地のあることを否定するものではない」<sup>6)</sup>という。本稿は、裁量権の「逸脱」と「濫用」を区別しない傾向にある現代の行政法学説にあつて、あえて区別する意義と、日本行政法における「裁量権の濫用」と比例原則との関係を論じる。

## Ⅱ 行政法総論と比例原則

### 1. 日本行政法における比例原則の原型——目的外権限行使の違法——

日本行政法における比例原則は、明治時代にドイツ法に学んで行政法各論警察法に取り入れられ、警察法理論の核となる警察上の原則として発達した。ドイツ法の比例原則がプロイセン上級行政裁判所の判例において生成した原則<sup>7)</sup>であるという歴史に比して、日本行政法では成り立ちがまったく異なっている。日本行政法における比例原則は、行政裁判所の判例に

---

5) 三浦大介「73 在留期間の更新と裁量審査」『行政判例百選Ⅰ 第8版』（2022年）148頁以下参照。

6) 塩野宏「74 在留期間の更新と自由裁量」『行政判例百選Ⅰ 第3版』（1993年）151頁、同「81 在留期間の更新と裁量」『行政判例百選Ⅰ 第4版』（1999年）165頁。

7) ラルフ・ボッシャー（石原悠大訳）「治安法と比例原則」警察学論集77巻5号（2024年）144頁参照。

よってではなく、学問上形成されたものである。

日本行政法における比例原則に関する初めての論説は、1903年（明治36年）法律新聞144号、146号に掲載された美濃部達吉「警察権の限界（一）（二）」であろう。美濃部はこの論説において比例原則という用語を使用していないが、警察官の権限行使を制約するその論旨は、現代の理解からすれば比例原則の具体的適用を語っている。

治安警察法 8 条 1 項（「安寧秩序ヲ保持スル為必要ナル場合ニ於テハ警察官ハ屋外ノ集会又ハ多衆ノ運動又ハ群衆ヲ制限、禁止若ハ解散シ又ハ屋内ノ集会ヲ解散スルコトヲ得」）に規定された警察権限の行使に関して、「安寧秩序ヲ保持スル為必要」の有無について、要件の認定、権限発動の要件と手段の選択を問題とする。「安寧秩序ヲ保持スル為必要」という要件の認定は警察官の自由裁量であるが、「認定権」を濫用した場合、すなわち目的外に行使した場合であるが、裁量権の「超過」により違法であるという。そして介入の「必要」の程度は、集会の目的から判断される。手段選択について、「安寧秩序ヲ保持スル為必要」であるとしても、8 条 1 項には制限・禁止・解散という 3 つの手段が規定されていることから、集会の全体が違警なのではなくその中の特別の事情が安寧秩序を害するものであるとき、全体を差止めるのではなく、特別の事情を取り除くことができるに止まり、これが制限に該当する。もし単に制限によって秩序維持が可能であるにもかかわらず、必要以上に重い禁止または解散を命じることは職権を「超越」しているという<sup>8)</sup>。

比例原則適用の原形は、目的外の権限行使の違法であり、裁量権を付与した権限の「目的」に着目したもの、すなわち現代的に言えば裁量権の濫用の違法を導こうとするものであった。権限発動の要件と手段の選択に関する裁量統制に資するものである点で、現代と共通するようにも見えるが、しかしその役割は決定的に異なっている。行政裁判で適用されることとな

---

8) 須藤陽子「日本法における「比例原則」——その歴史性と独自性——」公法研究81号（2019年）85頁以下。以下、須藤・日本法における比例原則という。

い原則だったからである。治安警察法8条1項に基づく処分は、そもそも訴願も行政裁判所への出訴も認められないものであった。日本行政法における比例原則は、警察処分が出訴が制限されていた行政裁判制度の下で、行政法各論警察法において警察権を抑制するための理論として発達することとなった。

## 2. 美濃部達吉の行政法総論

### (1) 1936年（昭和11年）『日本行政法 上巻』

繰り返しになるが、戦前の比例原則は行政法各論警察法の一原則であり、警察上の比例原則と呼ばれていた。行政裁判所へ出訴できる事項が限定されていたため、警察処分につき警察上の比例原則により違法であると言っても、それは学問上の指摘にとどまっていた<sup>9)</sup>。また、警察法の原則であるから、戦前の行政法総論の教科書に比例原則の記述は見られなかった。例外は美濃部達吉の行政法総論である。

美濃部達吉の1919年（大正8年）『日本行政法 総論（上巻）』（新稿初版）や1924年（大正13年）『行政法撮要』には、比例原則という文言は見られない。裁量権の超過・裁量権の誤用により自由裁量を限界づけようとしていたが、それは現代の知識からすれば、比例原則を用いていることを文脈において読み取れる、というものである。

美濃部の著した教科書の中で行政法総論に「比例原則」(der Grundsatz der

---

9) 佐々木惣一『憲法・行政法演習 第三巻』（日本評論社、1943年）243頁は、講師役の「一般警察とはどのような作用か」という問いに対して、受講生役に「社会生活の秩序の障害を除去するが為に、其の障害の原因たる事実に干与する作用」、自ずと定まるその干与の程度として、「その障害を除去するが為に必要な程度に止まるべきものであります。つまり、障害の程度に比例すべきものであります。」「警察に於ける比例の原則というのがあるのであります。」と答えさせ、そして「警察処分を違法なりとしても、之に対して行政救済を求むることは、極めて僅少な場合に限ります。大体において泣寝入の外ありません。これは喜ばしい制度ではありません。」と言わせている。それは講師役佐々木の見解であろう。また、『憲法・行政法演習 第一巻』（日本評論社、1941年）266頁以下「行政官庁の裁量権限と行政裁判」では、公益の判断の仕方、目的の観点からの裁量統制を示している。

Verhältnismässigkeit) という用語が初めて用いられたのは、1936年(昭和11年)『日本行政法 上巻』である。1919年『日本行政法 総論(上巻)』の自由裁量論が行政権と立法権の関係から講じられていたのに対して、1936年『日本行政法 上巻』では行政裁判所の審査と関連づけられて、比例原則は行政裁判所が審理しないという意味での自由裁量を否定するために用いられている。

比例原則は法規裁量と便宜裁量(自由裁量)の区別に関する原則として現れ、「人民の既得の権利又は利益又は人民の自由は不可侵となすべきで、行政庁の処分によつてこれを剥奪し又は制限するには、その剥奪又は制限を必要とするだけの理由がなければならぬ」といい、「其の侵害が公益上の必要に基づくことを要するのみならず、其の侵害の程度も公益上の必要の程度と適当なる均衡を保たねばならぬもので、必要の限度を超えて不釣合に大なる侵害を加ふるのは、等しく違法である。普通にこれを比例原則(Grundsatz der Verhältnismässigkeit)と称している。公益上の必要と自由又は財産の侵害とが正当な比例を保たねばならぬことを意味するのである。」<sup>10)</sup>と述べられている。

美濃部の自由裁量論は、前述のように、裁量権の超過・裁量権の誤用(濫用)から、法規裁量と便宜裁量(自由裁量)の二分論へ移り変わってゆくが、いずれにおいても違法を導く役割を比例原則が担っている。しかしながら、それでは明治憲法下の行政裁判において裁量統制に比例原則が適用されたのかと思いきや、司法裁判所と異なって条理法は適用されず、条理法であるとされる比例原則も法源に位置づけられていない<sup>11)</sup>。裁量統制の項に比例原則を記した美濃部の行政法総論が特異なのである。

---

10) 美濃部達吉『日本行政法 上巻』(有斐閣、1936年)932頁以下。

11) 須藤陽子「行政法における不文法源の発達」立命館法学393・394号407頁以下。以下、須藤・不文法源という。

## （2）法源としての比例原則

行政法総論の裁量統制に比例原則を登場させた美濃部達吉であるが、比例原則が法源となり得るか否かを、1936年『日本行政法 上巻』からは読み取ることができない。1936年『日本行政法 上巻』には「行政法の成文法中心主義」という項目はあるが、不文法源の項目自体が無い<sup>12)</sup>。他方で、比例原則という用語を用いていない1924年『行政法撮要』には「非制定法」の項があり、慣習法と理法の2種が挙げられている。美濃部は理法の中に「条理」を含めているが、比例原則がはたして「条理」であるのか否か、まったく言及がない<sup>13)</sup>。比例原則が裁量統制において学問上の理論にとどまるのか、あるいは、裁判所が適用し得る法源であるのか、その違いは大きい。比例原則がいずれであるのか戦前の文献からは読み取れない。

しかし比例原則が「条理」であるとしても、行政裁判所は「条理」を適用していなかったとされる。学説によれば、司法裁判所では条理法の適用が認められていたが、行政裁判所では条理法を法源とすることができずと解されていた。その論拠は明らかでなく、戦前の田中二郎の論稿には「司法裁判所は制定法慣習法の外条理法によつて問題の解決を為すことあるを認められながら何故に行政裁判所に於て条理法を法源として問題を解決し得ないかの理由に付ては充分明らかにせられて居るとはいひ得ない。」<sup>14)</sup>という記述が見られる。

司法裁判所が行政事件訴訟特例法のもとで行政訴訟に比例原則を適用し（比例原則という用語を使用していないが）<sup>15)</sup>、美濃部以外の論者が比例原則を行政法総論に位置付けるようになったのは、占領期以降のことである。比例原則を初めて適用し、請求を認容した下級審裁判例として知られているの

---

12) 美濃部・前掲注（10）57頁以下参照。

13) 美濃部達吉『行政法撮要 全』（有斐閣、1924年）27頁以下参照。

14) 田中二郎「最近の文献に現はれた行政法上の諸問題（二）」国家学会雑誌49巻12号（1935年）102頁。

15) 須藤陽子「わが国裁判例における比例原則の生成」行政法研究34号1頁以下。以下、須藤・比例原則の生成という。

は、京都地判昭和25年7月19日行集1巻5号152頁「放学処分取消請求事件」である。有倉遼吉の1952年の論説「行政行為における羈束と裁量」は、制定法に内在する意味での条理法を認め、公益原則、比例原則、平等原則、信義誠実の原則を条理法に属せしめ、この下級審裁判例を、比例原則を内容とする条理法に関する例として挙げている。有倉は「裁量行為に属すべき場合には、行政庁の判断を以て最終とすべきであって、裁判所は立入るべきではなく、これに反し、羈束処分である場合には、制定法である多義的概念に適合するか否か、条理法である比例原則に適するか否か認定が裁判所に属し、行政庁の認定と異なるときには、真にどちらが正しいかの問題とは関わりなく、裁判所の判断が優先して、行政庁の処分は取消又は変更を受けることとなる」<sup>16)</sup>と述べ、比例原則は裁量権の限界にとどまらず、条理法として「法の拘束に該る」ものと考えられると結論づけている<sup>17)</sup>。

有倉の論文は比例原則を条理法というなど、1952年当時の学界の理解からすれば革新的である。たとえば、田中二郎の『行政法講義案 上巻 行政法総論』に挙げられている不文法源は慣習法と判例法<sup>18)</sup>のみである。1952年当時、比例原則は行政法総論にはなく、まだ行政法各論警察法の原則であり、警察法上の原則を行政法総論に移して一般化していない論者も多くあった。法源の項目に比例原則が挙げられていないのは、珍しいことではなかった。

---

16) 有倉遼吉「行政行為における羈束と裁量」早稲田法学28巻(1952年)306頁。

17) 有倉・前掲注(16)283頁、311頁(註八)参照。有倉遼吉は比例原則を条例法として法源であるとするが、他方で「条理」を法源として認めていない。有倉の教科書では「条理」と「条理法」の違いは明瞭でない。有倉遼吉『行政法学』(評論社、1950年)56頁以下参照。

18) 田中二郎『行政法講義案 上巻 行政法総論』(有斐閣、1952年)69頁参照。判例法の説明はたった一行、「行政事件に関する通常裁判所の判例は、行政法の法源の一をなす。」とある。

### Ⅲ 自由裁量行為・法規裁量行為の二分論はなぜ消えたのか

#### 1. 学説と判例の乖離

ここまで自由裁量と法規裁量という用語を使用してきたが、占領期以降の行政法総論での表現は、自由裁量と法規裁量ではなく、自由裁量行為と法規裁量行為（＝羁束裁量行為）という表現が用いられている。おそらく訴訟の対象が「処分」であるからであろう。自由裁量行為は、裁判権の外にある行為であるという。しかし、占領期以降の行政法総論教科書において、自由裁量行為が裁判権の外にある理由は明瞭に説明されることがない。行政裁判所法の時代から、自由裁量に裁判所の審理が及ばない理由は、訴訟法的ではなく、ドイツ、オーストリアの行政裁判制度が裁量不審理原則をとっていたという、もっぱら比較法的な説明<sup>19)</sup>がなされる。

裁量不審理原則で知られるドイツ、オーストリアの行政裁判制度では、裁量条項ゆえに行政裁判所の権限から裁量問題の審理が除外されていたが、わが国の行政裁判法には裁量処分の審理を除外する規定はなく、自由裁量行為の不審理は、条文の趣意から導びかれていた。明治憲法61条「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」という表現や訴訟事項を規定していた「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」（明治23年法律第106号）が「違法処分ニ由リ権利ヲ毀損セラレタリトスル者」を出訴し得る者とする旨を定めていることが、行政裁判所の権限から自由裁量問題を除外する趣意を示すものと解されていた<sup>20)</sup>。

行政事件訴訟特例法にも裁量処分を審理から除外する明文規定はなく、除外する根拠は1条の「行政庁の違法な処分」という文言に求められた。「違法な処分」が争われるのであるから、いわゆる自由裁量処分とされる行政処分については「不当の問題」はあっても「違法の問題」とはならない

---

19) 小早川・前掲注(2) 333頁参照。

20) 雄川一郎『行政争訟法』（有斐閣、1957年）121頁参照。以下、雄川・争訟法と略す。

とされた。違法か不当かは審理の結果であって、違法ではなく不当であれば棄却とすればよいはずであり、行政裁判所も自由裁量処分については本案審理の後「棄却」するのを例にしていたとされる<sup>21)</sup>。しかし学説をみれば、「自由裁量行為はその裁量の限界に止まる限りその裁量を誤っても不当の問題を生ずるにすぎず、違法の問題を生じないから、自由裁量行為を争う訴訟は法律上の争訟ではなく、これを却下すべきであると説く見解も有力」<sup>22)</sup>であったという。このように学説上棄却か却下かという争いはあったが、「行政権の合目的な活動については、それが法によって許容されている範囲内に止まる限り、司法権はその当否を審判し得ないものと考えられ」<sup>23)</sup>、それが「通説」であるという。

日本国憲法下、1940年代～1950年代に公開された行政法総論教科書の裁量問題に関する特色を幾つか挙げれば、構成上独自の項目立てが見られず行政事件訴訟の項目の下にあったこと<sup>24)</sup>、記述の分量が少ないこと、日本国憲法施行、裁判所法施行に伴って、新たに、自由裁量行為は「法律上の争訟」に該当するか否かという論点加わったこと、そして自由裁量行為を画する限界について言及が少ないことである。

当時の「通説と思われるところ」を明らかにするために田中二郎が編者となった田中二郎編『法律学演習講座 行政法 上巻』は、「裁量行為の問

---

21) 雄川一郎『行政争訟の理論』(有斐閣、1986年)86頁以下、91頁註(1)参照。以下、雄川・争訟の理論と略す。

22) 雄川・争訟法124頁。雄川本人は「棄却」説の立場のようであるが、田中二郎、柳瀬良幹、田上穰治は「却下」説をとっている。雄川は、自由裁量行為には常に裁量権の限界の問題が随伴するのであって、裁判権の外にある行為の一の類型としての自由裁量行為という観念は成立せず、また、行政行為が裁量権の限界内にあるときは適法でありその取消しを求める請求は「理由がない」ということに帰着するのであるから、請求は却下すべきではなく本案判決で棄却されるべきであるとする。田中二郎、田上穰治は理論的には却下説に立ち、自由裁量か否かが明瞭でない場合には本案審理を妥当とし、自由裁量に属することが明瞭な場合には却下すべきとする学説であった。

23) 雄川・争訟法122頁。

24) 1940年代～1950年代の行政法教科書を渉猟したが、田上穰治『行政法総論』(有信堂、1955年)には「第二章 行政庁の裁量」という章がある。

題で、行政庁に自由裁量の認められている行為については、裁量の当否は法律問題ではなく、法律上の争訟の範囲外にあるとするのが通説である。」<sup>25)</sup>と述べている。しかし、ここでいう「通説」とは何だろう。ここでいう「通説」は裁判例の傾向と乖離したものであり、『行政事件訴訟十年史』を読めば、司法裁判所の裁判例の傾向と決定的に異なっている。学説は、自由裁量（自由裁量行為）に裁判所の審査が及ばないのであるから「却下」であるとするが、「新制度下の裁判例は、ほとんど全部却下説をとらず、本案の理由の有無の問題として取り扱って」<sup>26)</sup>いた。

## 2. 「二段構え」の理論と比例原則

裁判所は自由裁量行為を審理しないとする説に立てば、まずは当該行政処分が自由裁量か否かを判断する（自由裁量行為と法規裁量行為の区分）。そして次に、裁量権の範囲を超えるか否か（裁量の外的限界）、裁量権の範囲内にあつては法が認めた目的を逸脱していないかどうか（裁量の内的限界）を判断する。外的限界と内的限界、その両方を画するには比例原則が用いられる。

雄川一郎は2つの限界について、「第一には、法の許容した裁量権の範囲内に止まらなければならず（裁量の外的限界）、その範囲を超えときは、いわゆる裁量の踰越（Ermessensüberschreitung）となる。一応裁量権の範囲内に止まるように見える場合であっても、法が裁量権の行使を認めた目的を逸脱してこれを行行使する等裁量権を濫用（Ermessensmissbrauch）してはならない（裁量の内的限界）。右の如き意味で裁量の踰越又は濫用があれば、当

---

25) 田中二郎編『法律学演習講座 行政法 上巻』（青林書院、1954年）271頁以下。以下、田中・『法律学演習講座 行政法 上巻』という。この『法律学演習講座 行政法 上巻』は、田中二郎のほか雄川一郎、山田幸男、高柳信一、今村成和が執筆している。「序」によれば、教科書・入門書の類が他の学説や判例を深く顧みることなく著者独自の見解を述べるに止まる場合が少なくなく、できるだけ通説と思われるところに従って執筆されたものであるという。「通説」を明らかにしようとしたものと思われる。

26) 最高裁判所事務総局『行政事件訴訟十年史』（1961年）65頁。

該行政行為は違法となるを免れないのであって、これが裁量の限界の問題」であり、「その限界を超えているか否か即ち裁量の踰越又は濫用があるか否かはこれを審査する」のが通説<sup>27)</sup>であるという。

まずは自由裁量行為と法規裁量行為を区別し、そして次に別立てで、裁量権の2つの限界を論じる方法を、1960年代の学説は「二段構えの論理構造」<sup>28)</sup>と名付けている。「二段構えの論理構造」において比例原則は、裁量の踰越、そして裁量の濫用を導き、裁量権の限界を画する役割を担っている。占領期の最高裁判所事務局行政部の考え方が「二段構え」であったことは記録から明らかである。

1947年5月3日日本国憲法および裁判所法の施行に伴って、行政裁判所が廃止され、「一切の法律上の争訟」を司法裁判所が扱うこととなった。行政事件は司法裁判所の管轄となり、民事の裁判官が行政訴訟を担当することとなった。1948年3月18日・19日、全国から行政事件を担当する裁判官が集められて合同会議が開かれ、行政事件に特有の事項について協議が行われた記録が残っている<sup>29)</sup>。

自由裁量行為をどう判断するかは合同会議の重要な協議事項であったが、その答えを訴訟法の文面から導くことはできない。記録によれば、「判例の趨勢から見ても東京学派の説が正当である。即ち、行政訴訟の対象とならない自由裁量行為は狭くなりつつある。」という見解が示され、最高裁判所事務局行政部は「自由裁量行為は、抽象的には行政訴訟の目的たる行政処分

---

27) 雄川・争訟法123頁。通説の論拠として雄川が挙げる裁判例には1931年(昭和6年)の行政裁判所判決から占領期の下級審判決、そして最判昭和30年6月24日民集9巻7号930頁が含まれている。

28) 山田幸男「自由裁量」田中二郎・原龍之介・柳瀬良幹編『行政法講座 第二巻』(有斐閣、1964年)

29) 最高裁判所事務局行政部『昭和二十三年九月 ●●裁判資料第二号 昭和二十三年三月十八・十九日 行政事件担当の裁判官会同概要』(筆者注:図書館のシールが妨げとなって●●部分が判読できない。2文字以上であるかもしれないが、おそらく「行政」裁判であろうと推察し、●●とした)。

する行為、権利を制限し、義務を課する行為等各種の標準によっていろいろに考えられるので学説判例を研究されたい」<sup>30)</sup>と答えている。自由裁量処分の限界について、最高裁判所事務局の見解は、東京学派の考え方に立つようである。

### 3. 民事裁判官の思考の反映——「一段構え」の理論と「社会通念」——

#### (1) 「一段構え」

ここでいう「一段構え」とは、自由裁量行為と法規裁量行為という二分論を前提とせず、裁判所が裁量権の行使自体に審査を及ぼす占領期の下級審裁判例がとったアプローチである。それを田中二郎編『法律学演習講座 行政法 上巻』は、「自由裁量と羁束裁量（筆者注：法規裁量と同義）の区別の否定」「自由裁量と羁束裁量の相対化」という。絶対的な自由裁量の行為というものを認めず、ある限度において裁判所の審査の余地を認め、他方、裁判所が事後審査を及ぼす羁束裁量行為について行政権の判断を尊重するという態度をとるならば、結局、自由裁量と羁束裁量（＝法規裁量）という区別は相対化するのであって、このような傾向が生じたのは、日本国憲法による司法審査制の創設と審査範囲の非限定という現実と密接に結びついたものという<sup>31)</sup>。

「一段構え」は「裁量権の逸脱ではなく、裁量権の行使そのものを裁判所の審理判断の対象」<sup>32)</sup>とする。また「一段構え」をとることは、違法と不当、司法審査と不服申立審査にも影響を与えることとなり、1960年代の学説は「「一段構え」の方式を採用ことによって、羁束裁量であるか自由裁量であるかの区別を必要とせず、したがってまた「当不当」であるか「違法」

---

30) 最高裁判所事務局行政部・前掲注（29）28頁以下。協議では重要な論点につき、大体において、積極説、消極説、最高裁判所事務局の見解という3つが示されている。

31) 田中・『法律学演習講座 行政法 上巻』276頁参照。

32) 雄川一郎「最近における行政判例の傾向（二）——行政法総則上の諸問題に関して——」法律時報27巻8号（1955年）86頁。以下、雄川・行政判例の傾向という。

であるかの区別を必要とせず、司法的救済の手段に訴えうる。このように考えることが一切の法律問題につきその判断をできる現行憲法下の司法制度にはより適していると考えられる。」<sup>33)</sup>と指摘している。

占領期の下級審裁判例に現れた「一段構え」を評すれば、良く言えば、そこに現代に残る様々な理論や原則のルーツを見出せるが、整序された理論というようなものではない。

たとえば、東京地判昭和25年11月14日行集1巻12号1791頁特許権存続期間延長願不許可決定取消請求事件（以下、昭和25年東京地裁判決という）は棄却判決である。却下ではなく棄却としたことについて、「裁判所は処分は、不当の領域に立入り、不当であるから取消すというようなことはできないというにすぎないから、行政処分が自由裁量処分であるということをもつて、直ちに、裁判所に裁判権がない、即ち訴訟条件を欠くとはできない。」といい、裁判権の問題ではないとする。

また、この判決の審査手法の特色は目的審査を導入した点にある。「自由裁量処分といえども法の目的に従ってなさるべきであり、行政庁の恣意によって法の目的に反する処分をすることは許されないのであるから、その裁量の範囲には自ら限界がある。かかる裁量の限界を超え、法の目的に反することの顕著な処分は当、不当の問題を出でて違法の問題となると解すべきである。」という。

次に、金沢地判昭和27年7月5日行集3巻6号1138頁（以下、昭和27年金沢地裁判決という）は、自作農創設特別措置法に基づく未墾地買収計画をめぐる棄却判決である。土地が開拓に適するか否かの判断について「行政機関の所謂自由裁量行為として、法律の解釈以外には専門的知識経験を有せざる裁判所の判断の圏外にあるものと一応見做されなければならない」として自由裁量行為であるとされる。そして裁判所の審理が及ぶ範囲について、「勿論自由裁量行為であるからとて行政機関の恣意は許されないのでは

---

33) 木村実「裁量権の濫用」社会科学論集15号（1968年）7頁。

つて特に未墾地の買収は国民の権利に重大な制限を課する行政行為であるから、その認定が明白且つ顕著に不当な場合、例えば裁判所がその人格、学識経験よりして信頼すべきものと考えた専門家の鑑定によつて行政機関の認定の不合理が指摘されたり、或いは故意もしくは過失に基く明白な事実の誤認が発見されたり、更には亦その認定の手續内容に於て何人の眼にも明かな論理上或は道德上の背理が存在する等、之を要するに裁判所がその代弁者を以て任ずる健全な社会通念上明白なる不正不当が存する時、即ち所謂条理に反する場合にはかかる認定は単に不当であるに止まらず違法であるとして取消されなければならないのであつて当然裁判所は裁判権を有するし、その違法を宣言しなければならない。」（注：下線部筆者）という。

昭和27年金沢地裁判決は自由裁量行為という用語を使用しているが、自由裁量行為と法規裁量行為という二分論を前提としていない判決である。1955年の雄川一郎の論稿はこの昭和27年金沢地裁判決を挙げて自由裁量行為と法規裁量行為の相対化を指摘し、「裁量権の行使」そのものを審理判断の対象とする判決であるとしている<sup>34)</sup>。1960年代の学説はこのように「裁量権の行使」そのものを審理の対象とする「一段構え」の論理を、「フランス法・英米法的に実務上の英知を示すもの」の出現と評し<sup>35)</sup>、現代からみれば、昭和27年金沢地裁判決は、まるで素朴な判断過程の審査のようである。学説がドイツ法的ではなく、「フランス法・英米法的」と評したことが要点である。

## (2) 「社会通念」「社会観念」の萌芽

「一段構え」の萌芽といえる昭和27年金沢地裁判決には「社会通念上明白なる不正不当が存する時」というフレーズがある。「社会通念」ないし「社会観念」に照らして判断するという発想は行政裁判所の判決ではなく、民事の裁判官が行政事件訴訟を担当するようになった占領期の裁判例に見ら

---

34) 雄川・行政判例の傾向86頁参照。

35) 山田・前掲注(28) 137頁参照。

れるようになった。

昭和27年金沢地裁判決などの下級審裁判例のみならず、最2判昭和28年7月3日行集4巻7号1599頁（「右の決定が違法視されるのは、農地委員会の右裁量が社会観念上著しく妥当を欠きその限界を超えるものと認められる場合に限ると解すべきである。」）、最3判昭和29年7月30日民集8巻7号1463頁（「学生の行為に対し、懲戒処分を発動するかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶかを決定することは、その決定が全く事実上の根拠に基かないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超えるものと認められる場合を除き、懲戒権者の裁量に任されているものと解するのが相当である。」（注：下線部筆者））などの最高裁判例にも見られる。

現代には「社会通念」「社会観念」を基準と捉える論者もいるかもしれないが、「社会通念」「社会観念」が出始めた頃、雄川はそれを「「社会の通念」というような概念で行政庁の裁量権を規制しようとするものであって、それは、恰も、不確定概念ないし白地要件の充足を客観的に判断すべきであるとする考え方と同じ論理に出るものであろう」<sup>36)</sup>と述べている。「社会通念」「社会観念」は基準というような性質のものではなく、裁量権の範囲内にあっても裁判所が客観的に判断し得ることを示す表現であるといえよう。

#### 4. 「一段構え」裁判例の傾向

##### (1) 「裁量権の踰越と濫用」と「不当」の著しさ

1964年の山田幸男の論稿を読めば、その時点で自由裁量行為と法規裁量行為の二分論を採用する「二段構え」の行政裁判例はまだ多くあり、「一段構え」に割り切る裁判例がある、という状況だったようである。そういった状況で、山田は裁判例の傾向を二点挙げている。一つは「裁量権の踰越と濫用を決め手にする」ものが多く見られること、そして二点目は「自由

---

36) 雄川・行政判例の傾向86頁。

裁量と法規裁量との区別の相対化」である。これに筆者がもう一つ付け加えるとするならば、不当の「著しさ」に言及する点である。

前述したように、「裁量権の踰越と濫用」によって違法を導く学説は古くからあるが、しかし「裁量権の踰越と濫用」が詳細に論じられていたとは言い難く、山田は「講学的には、自由裁量権の踰越と濫用はごく簡単に說かれるのに反して、最近の行政判例にはこの点に決め手を求めるものが多く」<sup>37)</sup> 目に付くと指摘している。現在の行政事件訴訟法30条は明文で「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。」と規定し、裁判所は「裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた」と結論づければ違法とできる。現代の裁判所は安易にこのフレーズを用いているようにも見えるが、行政事件訴訟特例法下では、どのような場合に裁量処分が違法となるかの規定がなく、どのような場合に違法となる裁量権の踰越と濫用に該当するかを裁判所が明らかにしなければならなかった。

山田は文献において3つの最高裁判例（2棄却判決、1認容判決）を引用しているが、これらに共通しているのは、文面に自由裁量行為と法規裁量行為を区別するくだりがなく、このことから「一段構え」のアプローチをとっていると判断されるが、裁判所は裁量権というものを広く認め、裁量権に基づく判断を尊重しているが、裁判所の審理が及ばないという考え方をとっていない。

最3判昭和29年7月30日民集8巻7号1501頁（放學処分取消請求事件。以下、最高裁昭和29年判決という。1審京都地判昭和25年19日行集1巻5号764頁は行政事件訴訟特例法下で初めて比例原則を適用して請求を認容した判決）は、「学生の行為に対し、懲戒処分を発動するかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶかを決定することは、この点の判断が社会観念上著しく妥当を欠くものと認められる場合を除き、原則として、懲戒権者としての学長の裁

---

37) 山田・前掲注（28）133頁。

量に任されているものと解するのが相当である。」(注：下線部筆者)とする。この判決文には裁量権を超えるという表現はないが、裁判所は「社会観念上著しく妥当を欠くものと認められる場合」に裁量権の範囲を超えるという立場であろうと解される。

次に、やはり棄却判決であるが、最 2 判昭和32年 5 月10日民集11巻 5 号 699頁には、どのような場合に「裁量権の範囲を超える」かが示されている。「その処分が全く事実上の根拠に基かないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超えるものと認められる場合を除き、懲戒権者の裁量に任されているものと解するのが相当である」という。

裁量権の行使を審査する「一段構え」のアプローチによれば、不当と違法を区別することなく、裁量権の行使であれば基本的には不当の問題にすぎない。違法と不当を画然と区別できないのであれば、行政処分の瑕疵を違法として取り消すには、単なる不当では足りず、不当が違法になり得るには、不当の程度の甚だしさを要し、「著しさ」が裁量権の範囲を超える、あるいは裁量権の濫用による違法のメルクマールとなるであろう。

最後に、最 1 判昭和35年 7 月21日民集14巻10号1811頁は、公務員の分限処分取消請求を認容した判決である。「地方公務員法28条 1 項 1 号、3 号に該当するか否かの判断については、任命権者に或る程度の裁量権は認められるけれども、純然たる自由裁量に委された事項ではなく、右法条の趣旨に副う一定の客観的標準に照らして決せらるべきものであり、若し任命権者において、免職事由とせられる事実が右客観的標準に合致するか否かの判断を誤って免職処分をした場合には、その免職処分は、任命権者に認められる裁量権の行使を誤った違法のものたるを免れないというべきであって、右客観的標準に合致するか否かの判断は、地方公務員法 8 条 8 項にいう法律問題として裁判所の審判に服すべきものといわなければならない。」という。

この判決の文面には「社会観念上著しく妥当を欠く」も「裁量権の範囲

を超える」も見られない。法律の趣旨と客観的基準が問題とされていることから、裁量権の濫用による違法に分類されるのではないかとと思われるが、山田の論稿からは裁量権の踰越と濫用の区別を厳密にする意図は読み取れない。

## (2) 下級審裁判例 民事裁判官の発想

山田が例示する「裁量権の踰越と濫用に決め手を求める」下級審裁判例は5つある。それらの中には現代の分類の視点からすれば、裁量権の踰越ではなく裁量権の濫用ではないと思われるものがある。

たとえば、神戸地判昭和29年3月23日行集5巻3号682頁は、出入国管理令50条に基づく異議の裁決に関する事例であり、行政上の便宜ないし目的の見地からする法務大臣の「自由裁量」を認めつつも、裁量不審理とするのではなく裁判所の審査を及ぼしている。法務大臣の「退去強制令書の発布処分が単に妥当性を欠くに過ぎないというような場合においては、これを訴訟の対象とはなし得ないけれども、法務大臣がその裁量の範囲を逸脱して著しく不公平且つ妥当を欠くような裁決をした場合においては、これに基きなされた退去強制令書発布処分も違法なものとして、その取消を求め得るものと解しなければならない。」（注：下線部筆者）という。

次に、「条理」が用いられている下級審裁判例がある。前述したように、占領期の行政法総論の法源に学問上「条理」ないし「条理法」が位置づけられていたとは言い難い。「条理」の適用は民事の裁判官ならではの発想である。国有地売却決定取消請求に関する松山地判昭和26年4月26日行集2巻5号730頁は、「条理にて定まる客観的基準を無視した不公平な扱いをすることも亦同じく違法と言うべきである」（注：下線部筆者）という。また、免職処分取消請求が認容された福島地判昭和29年6月18日行集5巻6号1495頁でも「条理」が用いられている。「村長が評価員を解職することはいわゆる自由裁量処分に関することであるが、しかし村長に委された右自由裁量権といえどもその行使が全然村長の恣意に委ねられているわけではな

く、そこには条理にもとづく一定の限界があり、その限界を超えたときにはその処分は単に当、不当の問題であるにとどまらず違法な処分として取消の対象となると解すべきである。」(注：下線部筆者)とする。

判断過程を審査する下級審裁判例もある。東京地判昭和27年9月27日行集2巻8号1341頁旅券発給請求事件は棄却判決であるが、「行政庁の判断において事実誤認がないかどうか、その事実から結論に至る過程がいちおう筋の通るものかどうか」を審査している。

また、懲戒免職処分の「動機」について、大阪地判昭和26年7月7日行集2巻8号1341頁は「一般に行政行為の動機が不純であることは直ちにその行為を違法とするものではないが、その行政行為を規律する法令の目的とは無関係な目的のために故意になされたと客観的に認められる場合には違法であると解すべきである。」(「法の許容しない動機ないし考慮に基づく」)と述べている(注：下線部筆者)。

5つの下級審裁判例は、現代の目からすれば、判断過程の審査の萌芽、素朴な裁量権の踰越と濫用論のようである。行政裁判所の判決と異なって、民事の裁判官は非常に柔軟な発想で違法を導いている。しかしその素朴さゆえに、裁量権の踰越と濫用が区別されていない。後述するように、学説において比較法研究の成果を取り入れて、1960年代に裁量権の濫用について理論化がはかられていく。

## 5. 小 括

山田幸男は「裁量権の踰越と濫用に違法性の有無の決め手を求めるとすれば、実務的にいえば、自由裁量行為と法規裁量行為とを絶対的に区別することには、ほとんど実益がない」<sup>38)</sup>という。「二段構え」、「一段構え」のいずれをとっても、違法を導くには、裁量権の範囲を超えるか、あるいは裁量権の濫用か、いずれかによって違法を導くこととなる。そうであるな

---

38) 山田・前掲注(28)134頁。

らば、自由裁量と法規裁量の二分法を用いてわざわざ「二段構え」の審理の仕方をする意味に乏しいであろう。

雄川は、昭和27年金沢地裁判決に見られる「自由裁量行為と法規裁量行為との区別を相対化する立場を徹底させれば、本来の意味での自由裁量の概念の否定に至る」<sup>39)</sup>と指摘している。それは裁判所による不審理という自由裁量概念の否定にとどまらず、違法と不当の区別にまで影響を与える。1960年代の学説は、「裁量権の逸脱ではなく、裁量権の行使そのものを裁判所の審理判断の対象」とすることによって、違法と不当を区別する意味が無くなるという。

木村実は「一段構え」の方式を採用することによって、羈束裁量であるか自由裁量であるかの区別を必要とせず、したがってまた「当不当」であるか「違法」であるかの区別を必要とせず、司法的救済の手段に訴えうる。このように考えることが一切の法律問題につきその判断をできる現行憲法下の司法制度にはより適していると考えられる。」<sup>40)</sup>という。つまり、自由裁量と法規裁量という二分論を棄て去ると、司法審査と不服申立ての対象を区分する意味も相対化することとなる。現代の多くの行政法教科書では司法審査と不服申立てを画する基準というものが語られることがないが、「一段構え」が普及した影響はこのように残っているのではないだろうか。

また、違法と不当を区別しないのであれば、行政処分の瑕疵を違法として取り消すには、取り消すべき瑕疵の程度に「著しさ」を要することとなる。比例原則を用いて違法を導く場合にあっては、瑕疵の程度、換言すれば違法性ないし不当性の「著しさ」をメルクマールとせざるを得ないであろう。

---

39) 雄川・行政判例の傾向87頁。

40) 木村・前掲注(33)7頁。

## IV 1950年代～1960年代の比例原則と「裁量権の濫用」論

### 1. 杉村敏正 イギリス法研究の成果

自由裁量に関する明治憲法下の学説、行政事件訴訟特例法下の学説の傾向は「二段構え」であったが、自由裁量と法規裁量（羈束裁量）とはいかなる点で区別されるか、という問題に議論は集中され、「裁量権の範囲」を超えるというのはいかなる意味か、裁量権の濫用がいかなる意味・内容をもつかという点はほとんど論じられてこなかったとされる。つまり、自由裁量を超過した違法（裁量権の範囲を超えた、裁量権の逸脱）を導くことと、裁量権の行使を誤ったことを違法とする（裁量権の濫用）ことを十分に区別していなかったのではないだろうか。比例原則は、裁量権の逸脱を導く限界、そして裁量権の行使を誤った裁量権の濫用を導く限界という、区別されずに両方の意味で用いられている<sup>41)</sup>。

1950年代から1960年代にかけて、イギリス法研究者は比例原則を適用して積極的に裁量統制を図ろうとした。イギリス法研究者の視点は裁量の濫用にあり、イギリス法における裁量の濫用とされる具体的基準として、不適当目的（不適当目的、多義目的、不誠実）、多事考慮、不合理性（合理性の基準）が紹介されている<sup>42)</sup>。

杉村敏正は1950年代から比例原則の適用を主張しており、杉村の視点は、裁量権を認めたくえて裁量権の濫用を導く内的限界としての比例原則にあった。「行政庁の裁量権の行使が不当の問題のみではなく、違法の問題をも生ずるか否かについて争われているのは、法令が行政庁に裁量権の行

---

41) 角松生史「日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き——裁量統制との関係を中心に——」政策科学21巻4号（2014年）192頁以下、須藤・日本法における比例原則94頁。

42) 杉村敏正の他、金子芳雄「判例よりみた自由裁量の限界」法学研究33巻12号（1960年）203頁以下、木村・前掲注（33）1頁以下。小早川・前掲注（2）ではイギリス法研究の成果は扱われておらず、ドイツ法、フランス法の比較法研究の成果がもっぱら紹介されている。

使の限界を明確に定めるとき、その限界の内部においても又所謂比例の原則が適用されるべきか否かの点である。私はこの問題を積極的に解するのであるが、このことは本件には関係がないのでとくに述べない。」<sup>43)</sup> という。また1958年の判例評釈では「最高裁判決のいう「社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任される裁量権の範囲を超えたものと認められる場合」という表現は極めて包括的であって、更に、法規の内在的目的を逸脱する場合、比例原則に著しく反する場合、平等原則に反する場合などに分析されて行くべきであろう。」<sup>44)</sup> といい、裁量権を超えた場合に違法を導く視点とともに、裁量権の範囲内にあってなお違法を導く視点がある。

杉村敏正は、1966年に公刊した行政法教科書において、「行政機関の定立する裁量基準が、根拠法令の内在的目的に違反したり、比例原則や平等原則に違反して定立され、この裁量基準に従って具体的な行政行為が行われる場合や、裁量基準の適用に際して、その要件事実誤認があったり、比例原則・平等原則に対する違反がある場合には、裁量権の濫用があり、裁量権の行使は違法と解すべきである。」と述べている。杉村は「裁量権の濫用」の違法を導くにあたり、違法を導く方法の一つとして比例原則を挙げるが、しかし残念ながら、杉村は「比例原則とはいかなるものか」を語ることがない。

1960年代の行政法総論における比例原則は、もともと行政法各論警察法の原則であったものを警察処分のみならず不利益処分一般に適用を拡大しようとするものであるが、警察上の比例原則との異同が明確でない。「軽微な障害を除くためには、これに比例する自由の軽微な制限のみが許され、人民の財産に重大な侵害を加えるには、これを必要ならしめる程度の重大な公共の福祉の理由がなければならない」<sup>45)</sup> という警察上の比例原則と変わらない内容が説明されている。1960年代にはまだ現在のような、部分原則

43) 杉村敏正「判例研究〔公法〕裁量の濫用とその違法性」法学論叢59巻4号（1953年）128頁。

44) 杉村敏正「公務員の懲戒処分と懲戒権者の裁量権」民商法雑誌36巻5号（1958年）65頁。

45) 田上穰治『行政法総論 再全訂版』（有信堂、1963年）34頁。

で構成される比例原則の「定式」というものがない。現代において普及している比例原則の「定式」が日本行政法に紹介された最初は、おそらく川上宏二郎「行政法における比例原則」<sup>46)</sup>であろう。

## 2. 最高裁昭和39年6月4日判決と「裁量権の濫用」論

### (1) 二分論の意義の喪失

最1判昭和39年6月4日民集18巻5号745頁（以下、最高裁昭和39年判決という）は、判決文に括弧付き「比例原則」という文言が見られる珍しい最高裁判決である。しかし判決当時の学界の関心はそういったことではなく、比例原則の適用の仕方と裁量権の濫用にあった。最高裁昭和39年判決は、原判決を破棄し、1審判決を取消したが、文献において俎上に上がるのは主に1審判決であり、自由裁量と法規裁量の区分の仕方に特色がある。その区分を論じる際に、1審判決、原審判決は行政事件訴訟特例法下、最高裁判決は行政事件訴訟法の下で出されたことに留意する必要がある。

1審の広島地判昭和35年8月1日行集11巻8号2341頁（以下、広島地裁判決という）は、自由裁量と法規裁量の区分をまず行うことから「二段構え」のアプローチであると解されるが、自由裁量と法規裁量を区分する箇所、後に学説が比例原則の適用を読み取った表現も含まれている。運転免許取消処分が私人にとって権利侵害的な側面を有するところから、免許取消処分をするにつきいかなる事実が情状にあたるかを決すること、そして「いかなる処分が適当な釣り合を保った妥当なものであるかを決すること」（注：下線部筆者）は、自由裁量ではなく法規裁量に属するとした。法規裁量であるから裁判所の審理が及ぶこととなる。かかる2点を法規裁量であるとすることは、裁量権を認めつつも裁量が適切に行使されているか否かを問う裁量権の濫用審査を行うこととなる。

他方、最高裁昭和39年判決は、「昭和二八年総理府令七五号八条一項所定

---

46) 川上宏二郎「行政法における比例原則」成田頼明編『行政法の争点 新版』（1990年）18頁以下。

の運転免許取消事由に該当するかどうかの判断は、公安委員会の純然たる自由裁量に委かされたものではなく、右規定の趣旨にそう一定の客観的標準に照らして決せらるべきいわゆる法規裁量に属するものというべき」（注：下線部筆者）といいながら、「公安委員会は何が右規定の趣旨とするところに適合するかを各事案ごとにその具体的事実関係に照らして判断することを要し、この限度において公安委員会には裁量権が認められている」（注：下線部筆者）として、再度、裁量権を持ち出している。

自由裁量と法規裁量の区別は裁判所の審理が及ぶか否かを決するためであるはずが、審理が及ぶ法規裁量としつつ、さらに裁量権を認めるなど、最高裁昭和39年判決は迷走している。

本稿はここまで占領期の下級裁判所が生み出した裁量権の行使の違法を捉える「一段構え」のアプローチを考察してきた。田村悦一は本件判例評釈において、「近年、自由裁量論の中心が、裁判権の有無の問題としてではなく、裁量権の行使の違法の問題として把握されるに至ったこと」、裁量権の踰越濫用の法理によってかつての「自由裁量行為」に対しても実質的な審理がなされていることなどを併せ考え、自由裁量と法規裁量を区別する実益を失ったとする<sup>47)</sup>。訴訟法の側面からみても、行政事件訴訟法30条が裁量処分について規定したことによって、裁量処分であっても審理は及ぶこと、いかなる場合に裁量処分が違法となるかが明らかになった。自由裁量と法規裁量の区別は不要となったといえよう。

## (2) 「裁量濫用の法理」の適用

広島地裁判決と最高裁判決では結論は異なるが、田村悦一は裁量濫用の法理が適用されていると指摘する。広島地裁判決について「処分が適当な釣合いを保っているかどうか」を比例原則の観点からの審査であるといい、また、広島地裁判決を取り消した最高裁判決は、本件処分が裁量権の範囲

---

47) 田村悦一「判例研究 自動車運転免許取消し処分が違法でないと認められた事例」立命館法学56号（1965年）508頁参照。

内であること、更にその範囲内において裁量の濫用が認められないという二点について判断しているとする。

1960年代の文献によれば、裁量権の範囲内において裁量の濫用の有無の判断は、比例原則、平等原則や多事考慮などの目的面の観点から審査するのであるが、本件の場合、広島地裁判決と最高裁判決では比例原則に関する理解にズレがある。

### (3) 法令に根拠のある加重処分

本件運転免許取消処分は法令に根拠のある加重処分であり、本件は「比例原則」以外にも幾つかの興味深い論点を含んでいるが、そもそも本件事案を現代人が理解・共感することが難しい、やっかいな事情がある。根拠法令が道路交通法制定前の道路交通取締法であること、そして処分時の国民や裁判所の道路交通に関する遵法意識が現代と大きく異なり、運転免許取消処分が「重すぎる」と比例原則違反をいう原告側主張、請求を認容して処分を取り消した1審・原審裁判所の判断に現代人は共感し難く、現代人からすれば処分が比例原則に反しているようには見えないのである。

本件処分の根拠法令は総理府所管の道路交通取締法（昭和22年法律第130号）9条5項、道路交通取締法施行令59条2項、昭和28年総理府令75号8条1項である。現在の警察庁所管道路交通法（昭和35年法律第105号）は不利益処分に点数制を採用しているが、当該運転免許取消処分は、裁量性のある昭和28年総理府令75号8条1項「免許等の停止の処分の期間を満了した日から起算して1年以内に更に免許等の停止の処分を受けることとなるものであるときその他情状により処分を加重する必要があると認めるとき」に基づいてなされた。

運転免許取消処分となった原告の行為は、転回禁止指定されている区域内において警察官の指示・注意を無視した転回禁止違反である。被告広島県公安委員会は、1959年（昭和34年）6月27日の転回違反が、1958年（昭和33年）12月20日運転免許停止処分の期間満了日1959年（昭和34年）2月19日

から起算して1年以内に更に運転免許の停止処分を受ける場合に該当する外、原告が取締警察官を車体外にぶらさげたまま疾走する等情状により処分を加重する必要がある場合にも該当するとして、1959年（昭和34年）9月26日道路交通取締法第9条6項にもとづき聴聞会を開き、運転免許取消処分を行ったという事案である。

原告はタクシー運転手であるが、1955年（昭和30年）7月以降、交通法令違反で20回の刑事処分、1957年（昭和32年）7月以降駐車違反、禁止区域通行違反、速度違反等で9回運転免許停止処分を受け、1958年（昭和33年）11月21日駐車違反により、12月20日付15日間の運転免許停止処分（1959年（昭和34年）2月19日満了）を受けていた。現代人の感覚からすれば、タクシー運転手の資質に欠けていると思われるような法令違反の多さである。原告はたった1回の転回禁止行為違反で加重要件を満たし、運転免許取消処分となった。現代人の多くは、原告の過去の違反歴を知れば、おそらくこのような処分をすることについて反対しないであろう。

ところが、1審の証言等や判例評釈等<sup>48)</sup>を読んでいると、処分の受け止めが現代人とは異なっている。1審裁判所や当時の人々はこのような違反歴の多さはタクシー運転手として「さして稀とはいえない」と受け止め、運転免許取消処分を厳しすぎるという。原告側の主張の要点は、法令上の加重要件を満たしていても、たった1回の転回禁止違反で運転免許取消処分は重すぎないか、というものであった。

### 3. 裁判所のいう「比例原則」とは？

前述したように、1950年代から1960年代にかけて、わが国行政法総論において学問上、比例原則の内容がいまだ一定の形をとっておらず、まだ行政法各論警察法の影響を強く受けた内容が記された行政法総論教科書が多くあった。原告側の主張、広島地裁判決、最高裁判決、最高裁調査官解説

---

48) 木村・前掲注(33) 65頁は、「本件は過去の違反歴を無関係な根拠として他事考慮の主張も可能である。」という。

において比例原則の理解が各々異なっているのは、その時代、比例原則の内容が一定の形をとっていないことの現れであろう。

### (1) 広島地裁判決

比例原則という文言が用いられているのは、原告側の主張においてである。原告側は「免許取消処分はあまりにも苛酷であり、行政処分の比例原則に反し裁量をあやまった違法がある」という。「あまりにも苛酷」という表現が比例原則の本質を示している。

これに対して、広島地裁判決中には比例原則という文言は用いられていないが、一見、比例原則を適用したかのように指摘される表現がある。下記の文中にある「適当な釣り合」という表現である。

「公安委員会において右処分をするにつきいかなる事実が右規定という情状にあたるかを決すること（ただし、同規定自体が、「免許の停止の処分期間を満了した日から起算して一年以内に更に免許の停止処分を受けることになるものであるとき」を右情状の例として挙げているわけであるが。）およびいかなる処分が適当な釣り合を保った妥当なものであるかを決することはいわゆる自由裁量にまかされたものではなくして法規裁量にぞくするものといわなければならないのである。」（注：下線部筆者）

広島地裁判決は「処分が適当な釣り合を保った妥当なものであるか」という観点を示し、「“適当な” 釣り合」を求めている点において、積極的な印象を与えている。しかしながら日本行政法における学説史をみれば、比例原則が積極的に「“適当な” 釣り合」を求める原則であるという理解は見られない。たとえば、比例原則はもともと警察法の原則であるが、警察法の原則として「警察上の必要と警察権による権利自由の制限と程度とが正当な比例を保たなければならない」と説明されるとしても、積極的に正当な比例を求める趣旨の原則とは解されない。もともと裁判所の適用する法原則ではなかったのであるから、「正当な比例を保たなければならない」と学説にあったとしても、その趣旨が異なっている。

原告の主張も釣り合を問題とするのではなく、運転免許取消処分は「あまりにも過酷」というものであった。比例原則は、処分が「重すぎる」「過酷」、あるいは「釣り合いがとれていない」、不適切なことを排除するための原則である。「適切な釣り合い」を求めることと、「釣り合いがとれていない」ことを排除することは、意味が異なる。

## (2) 最高裁判決中の「比例原則」

最高裁昭和39年判決は、比例原則という文言が判決中にあることで知られ、「本件運転免許取消処分を「比例原則」に違反し、著しく公正を欠く裁量を行つた瑕疵ある行政処分として取り消した第一審判決および同判決を正当として是認した原判決は、判決に影響を及ぼすこと明らかな法令の違背あるものというべく、論旨は理由がある。」（注：下線部筆者）と、わざわざ括弧で比例原則を括って強調している。最高裁判決がわざわざ判決中に「比例原則」と入れたのは、「適当な釣り合」を求めるという審査の視点を否定する意味ではないかと思われる。

最高裁昭和39年判決の渡部調査官解説は、「原判決（その引用する第一審判決）の挙示する「比例原則」というのは、右の客観的準則の一つであって、或る行政目的を達するために数個の手段が認められている場合、人民の権利自由に制限を課する行為は、その目的を達するために必要な最小限度にとどめなければならないという条理上の制約を意味するものである、といわれている。」<sup>49)</sup>という。調査官解説は、比例原則を客観的準則の一つとすることから、比例原則を用いた裁量権の濫用審査を念頭に置いていると思われるが、広島地裁判決の示した比例原則の理解の否定に重心がかかり、裁量権の濫用審査として読み取ることが難しい。

調査官解説のいう「比例原則」は、田中二郎による警察比例の原則の影響を受けていると思われる。原審の「適当な比例」も、調査官解説のいう

---

49) 渡部吉隆「44 自動車運転免許取消処分が違法でないとされた事例」最高裁判所判例解説民事篇昭和39年度155頁以下。

「目的を達するために必要な最小限度」も、いずれも比例原則という法原則の内容に含まれるものであるが、広島地裁判決と調査官解説にはそもそも比例原則の理解に相違があり、議論が噛み合っていないのである。

## おわりに

### 1. 「自由裁量」とは？

「自由裁量」ないし「自由裁量行為」に裁判権は及ぶか否か。前述したように、学説では比較法研究により取り入れた裁量不審理原則に則って「及ばない」とする立場ゆえに「却下」説が通説であった。他方、裁判例は「法律上の争訟であるから裁判権は及ぶ」と解するゆえに審査を及ぼしたうえで「棄却」とするものが圧倒的であった。かつて何をもって「通説」としていたのか。後世の論者が教科書に「これが通説」と書いてあることを信じて論を進めれば、かえって「自由裁量」論を見誤ってしまう。また、裁判所は「どちらかといえば裁量権を適法に行使しうる範囲を狭く解そうとする傾向」があり、法規裁量と自由裁量の区別に関しても後者を認める場合が比較的少なく、「戦後の行政裁判例の一つの傾向を示すものとして注目すべき現象である」という<sup>50)</sup>。

現代の文献では「自由裁量」という概念自体が用いられなくなったが、概念が用いられなくなった理由というものは、はたして明瞭に説明されているだろうか。

「自由裁量」とはかつて裁判権の及ぶ範囲の問題であったが、ある時から「自由裁量」権の問題として裁判権が及ぶことを前提とした「広い裁量権」「行政権の判断の尊重」の統制問題へと推移した。現代行政法学において、裁量問題は裁判権の及ぶ範囲の問題ではなく、裁判上の統制が及ばないという意味での「自由裁量」権も存しない。

---

50) 最高裁判所事務総局『行政事件訴訟十年史』（1961年）70頁参照。

裁量統制基準としての比例原則は占領期の下級審裁判例が生成させたものであるが<sup>51)</sup>、占領期以降の下級審裁判例の果たした役割、新たに行政訴訟を担うこととなった民事の裁判官の発想を再評価すべきではないだろうか。裁量統制基準としての比例原則や、「不正な動機」、「条理」、「社会観念」「社会通念」など、行政訴訟において民事の裁判官たちが生み出し現代に残るものは多く、日本行政法における裁量統制を考察するにあたり、占領期以降の下級審裁判例の傾向を踏まえることが不可欠であると思われる。

## 2. 審査方式と比例原則

### (1) 「逸脱」と「濫用」を区別しない理由

1950年代～1960年代の学説を振り返れば、自由裁量と法規裁量を画する標準に学説の関心が集中し、どのような場合に「裁量権の踰越と濫用」に該当するか、ほとんど論じられていなかった。現代の行政法教科書を見れば、違法を導く裁量統制基準が分類され、いかなる場合に行政事件訴訟法30条「裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合」（裁量権の逸脱と濫用）に該当するかが示されているが、裁量権の逸脱と濫用の違法を導く裁量統制基準は、「逸脱」と「濫用」の場合分けがなされておらず、説明の仕方が平板である。

なぜ現代の行政法学説は、両者を区別しないのであろうか。裁量処分が違法となるのは「裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り」と行政事件訴訟法30条が規定しているのであるから、違法という結論を導くためにあえて区別する必要はないという考え方がある。また、「逸脱」と「濫用」を区別して裁量処分の違法を論じたとしても、最終的に結論において違いがなくなってしまうという見解も考えうる。「逸脱」が「裁量権の範囲をこえ」ることだとすれば、裁量権の行使を誤った「濫用」も、結果的に法的に認められた裁量権の枠内から外れること、すなわち「裁量権の範

---

51) 須藤・比例原則の生成 1 頁以下。

困をこえ」ることになり、最終的に両者を厳密に区別することが困難になってしまうからである。

## (2) 「裁量権の濫用」論と判断過程の審査方式

しかしながら、「逸脱」と「濫用」の区別の不要論に対して、筆者は裁量統制の理論化を推し進めるべく、これに反対を唱えたい。筆者がこのような立場をとるのは、判断過程の審査と呼ばれる審査方法に感じる閉塞感ゆえである。現代において評価が高い審査方式は判断過程の審査であるが、判断過程の審査といいながら、判決において、何を、どのように考慮したかが示されないことが多い。多くの最高裁判決は、総合的考慮の名のもとに「どのように審査するか」という原則論を欠く審査態度になっている。

1950年代～1960年代のイギリス法研究の成果によれば、「裁量権の濫用」の法理と比例原則の関係は密接である。たとえば、不正な動機や他事考慮といったことが見られる場合、不正な動機があったこと自体や他事考慮したこと自体によってすぐさま処分が違法となるわけではなく、不当にとどまる場合もあり得る。不正な動機や他事考慮したことによって、処分という結果にその影響が現れ、それが平等原則違反や比例原則違反となるのだという<sup>52)</sup>。現代の行政法学説によれば、判断過程の審査と「裁量権の濫用」論、そしてそこで適用される比例原則の親和性は高い<sup>53)</sup>。

筆者が「裁量権の濫用」と比例原則による審査のメリットがあると考えるのは、不利益的な「加重」処分に関する裁量審査においてである。「加重」処分の裁量問題を平板に「裁量権の逸脱と濫用」の問題として捉えるべきではない。本稿が取り上げた最高裁昭和39年判決の事例はまさに「加重」をめぐる問題であったが、裁判所の比例原則の理解の違いをまず読み解く必要があり、紙幅の都合により「裁量権の濫用」の観点から加重処分

---

52) 金子芳雄「判例よりみた自由裁量の限界」法学研究33巻12号（1960年）229頁参照。

53) 角松・前掲注（41）193頁以下参照、榎原秀訓『行政裁量と行政的正義』（日本評論社、2023年）3頁以下参照。

の問題を論じることができなかった。本稿は2025年3月2日関西行政法研究会において報告した「比例原則による裁量統制の限界」をベースにした論稿であり、内容上、研究会報告の半分に相当する。紙幅の都合上、分割せざるをえなかった。残り半分は「加重」処分に関する具体の裁量統制であり、別稿にて発表予定である。