

比例原則による「加重」処分の裁量統制

須藤陽子*

目次

第1章 問題の視角

1. 本稿の狙い

- (1) 研究会報告を経て
- (2) 「加重」処分の裁量統制論

2. 行政裁量統制と比例原則の定式化

- (1) 比例原則の定式
- (2) 日本国憲法13条の影響——必要最小限の原則——
- (3) 昭和39年最高裁判決中の「比例原則」——定式化の意義——

第2章 平成24年日丸・君が代訴訟最高裁判決に現れた比例原則

1. 比例原則適用の局面

2. 「加重」裁量と審査態度

- (1) 「加重」と「慎重な考慮」
- (2) 「慎重な考慮」は一般化できるか？

3. 神戸税関事件判決の部分的踏襲と判断過程の審査

第3章 比例原則による判断過程の審査と「加重」の裁量統制

1. 「あらゆる行政活動」と比例原則

2. 行政法における立法作用と目的審査

3. 「加重」の裁量統制における目的審査

おわりに

* すとう・ようこ 立命館大学法学部教授

第1章 問題の視角

1. 本稿の狙い

(1) 研究会報告を経て

本稿は、2025年3月2日に開催された関西行政法研究会での研究会報告「比例原則による裁量統制の限界」の後半部分に相当する。研究会報告の前半部分は「訴訟法と比例原則」というタイトルで立命館法学419号に発表済みである。筆者はコロナ禍に行政上の強制措置の研究に取り組み、比例原則を研究テーマとするのは2018年日本公法学会総会報告以来である。本稿では時間の制約から学会報告で論及することができずに残したままとなっていた懲戒処分の「加重」裁量の統制、そして比例原則による目的審査を取り上げる。

関西行政法研究会報告の主題は「加重」処分の裁量統制の方法であって、比例原則の意味内容に関するものではなく、筆者の主張は裁量統制における裁量権の「濫用」という視点を見直すことにあったが、研究会において思いがけず日本行政法における比例原則に関する筆者の問題意識、比例原則の理解について多くの質問を受けた。出席者と活発な意見交換を行い、それによってこれまで活字では伝えきれなかった筆者の意図を明らかにすることができたように思う。研究会で受けた比例原則の理解に関する質疑によって、筆者は比例原則の理解について新たに説明すべき要点を得ることができた。筆者に対する質問は、憲法学と行政法学における比例原則審査の相違から生じているのではないかと思われる。行政法上の比例原則の適用を論じる場合、それは行政上の法律関係に関するものであるから、筆者を含めて行政法研究者は憲法学における比例原則の議論を意識することはほぼない。例外は、平成24年日の丸・君が代訴訟最高裁判決（最判平成24年1月16日判時2147号127頁・139頁（2判決）。以下、本文では平成24年最高裁判決という）に現れた比例原則の姿である。

研究会報告の意図は裁量統制の方式と比例原則の関係を論じることになったが、研究会での質問を踏まえて、本稿では日本国憲法制定に伴う日本行政法における比例原則の変容の観点も加える。平成24年最高裁判決は比例原則を適用したとされるが、通常の懲戒処分に現れる比例原則と異なった形で適用され、また、憲法上の自由・権利の侵害というものにも言及していない。本稿では、平成24年最高裁判決に現れた比例原則の特質を明らかにしたい。

(2) 「加重」処分の裁量統制論

行政裁量論において、「加重」に関する裁量論が理論化されているとは言い難い。むしろ「加重」処分の裁量統制論の必要性があまり意識されることがないまま現在に至っていないだろうか。そのような疑問を抱いたのは、平成24年最高裁判決を読んで以降である。裁判所による「加重」の基準に対する判断の示し方が非常に曖昧だったからである。公務員の懲戒処分のみならず、一般行政の不利益処分についても「加重」処分が見られるが、両者は区別して論じるべきであると思われる。

公務員の懲戒処分と一般行政における不利益処分の裁量統制を比較した場合、2つの点で相違があると思われる。まず、不利益処分の事前手続の相違が挙げられる。事前手続の観点からすれば、公務員の懲戒処分には行政手続法の適用がなく、行政手続法3条1項9号により適用除外となっている。適用除外とされたのは、公務員が通常の国民とは異なる立場にあること、公務員等に対する適した手続が公務員法制において整備されればよいと考えられたゆえであると説明されるが、公務員法制における事前手続は未だ未整備のままである¹⁾。地方公務員の懲戒処分に関していえば、懲戒

1) 須藤陽子「公務員懲戒における事前手続の瑕疵に関する一考察」立命館法学414号（2024年）202頁以下。総務省行政管理局編『逐条解説 行政手続法 [増補新訂版]』（ぎょうせい、2002年）56頁によれば、「公務員は、通常の国民とは異なり、単に行政処分の客体となりうるにとどまらず、一方で公務遂行の主体としての地位を有する者であり、これに対して監

処分基準が明文化されているとは限らず、裁判所は明文の基準のないままに運用されている懲戒処分の適法・違法を判断せざるをえない場合がある。

また、裁量権の行使を審査する方式の観点からすれば、公務員の懲戒処分についてとられる裁量審査の方式は、最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁神戸税関事件（以下、神戸税関事件判決という）が示したように、いわゆる社会観念型審査がもっぱらであるが、一般行政における不利益処分にはそういった制約がない。本稿の懲戒処分の「加重」裁量統制論は、まず社会観念型審査の制約を外すよう試みるところから始めようと思う。

2. 行政裁量統制と比例原則の定式化

(1) 比例原則の定式

比例原則の中核的な意味は「過剰規制の禁止」²⁾にある。換言すれば、比例原則は「過剰である」「重すぎる」「過酷である」等の結論を導く。現代の多くの行政法教科書は比例原則を、比例原則は目的と手段に関する原則であって、① 目的適合性の原則（手段は目的を達成するために適合的でなければならない）、② 必要最小限の原則（規制は必要最小限でなければならない）、③ 狭義の比例原則（目的と手段は不釣り合いであってはならない）という3つの部分原則からなると説明している³⁾。この説明の仕方はドイツ法に学んで1990年代から用いられるようになり⁴⁾、比例原則のおおまかな説明に役立つ

督的な立場から行われる国等の行為については、一般の国民に対する手続的な保障を規律する本法を直接適用することは適当でない」「公務員等に対する処分に適した手続の整備については、必要に応じ、公務員管理の基本法である国家公務員法、地方公務員法等の体系の中で適切に処理されればよい」とある。

2) 塩野宏『行政法I 行政法総論〔第六版補訂版〕』（有斐閣、2024年）93頁、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）14頁以下。

3) 須藤陽子『行政法入門』（法律文化社、2022年）195頁、宇賀克也『行政法概説I 行政法総論〔第8版〕』（有斐閣、2023年）64頁以下、興津征雄『行政法I 行政法総論』（新世社、2023年）67頁。

4) 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』（有斐閣、1990年）18頁参照。

ているが、比例原則の意味・内容は3つの部分原則の説明に尽きるものではない。日本行政法において比例原則は古くからドイツ法、フランス法⁵⁾等、比較法研究の成果が多く取り入れられている法原則である。日本行政法の歴史に即していえば、3つの部分原則からなるという説明の仕方は、権限発動の要件の審査に関わる警察比例の原則の一面が抜け落ちてしまうという欠点がある⁶⁾。

(2) 日本国憲法13条の影響——必要最小限の原則——

日本行政法における比例原則の歴史は明治期に始まる。明治憲法下に警察権の限界論を構成する警察上の比例原則として学問上生成・発達した原則であるが、比例原則が裁判所で適用される法原則となったのは占領期の行政事件訴訟特例法下である⁷⁾。

明治憲法下、警察上の比例原則に必要最小限の原則の意味を含める論者は稀であった⁸⁾。必要最小限の原則は主に日本国憲法13条「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」という規定によってもたらされたものである。日本国憲法下、現代でいう必要最小限の原則が初

5) 亘理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法学教室339号42頁以下、三浦大介「行政法における比例原則」『第10回日仏共同研究会報告集「利益の衡量」』JCCLP Publications No.15 (2020年) 95頁以下参照。

6) 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) 100頁以下、興津征雄「憲法学に学んで比例原則を鍛えなおす(上)——行政法における目的と利益衡量」法律時報97巻4号(2025年) 119頁以下参照。

7) 須藤陽子「訴訟法と比例原則」立命館法学419号(2025年) 91頁以下。

8) 大正6年の近藤駿介「警察上の裁量処分ト所謂警察上の比例の原則並に平等の原則に就て」警察協会雑誌209号(1917年) 1頁以下に「臣民の自由は、唯警察上の必要なる最小限度に於て、制限すべきことは、不文法の原則にして之に違背する処分は違法處分なり」という記述が見られるが、「警察上の必要なる最小限度」という表現は大正時代の他の論者には見られない。昭和に入り、戦前の田中二郎の大学講義用印刷物に「必要な最少限度」(原文ママ)という表現が見られる。田中二郎は戦前から「警察比例の原則」という用語を使用し、「必要な最少限度」の意味を含めていた。田中二郎『行政法講義案下 第一分冊』(田中二郎、1939年) 27頁参照。

めて法律に明文で記されたのは、1948年に制定された警察官等職務執行法(昭和23年法律第136号)1条2項「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであつて、いやしくもその濫用にわたるようなことがあつてはならない。」という規定である。現代で言うところの「必要最小限の原則」ないし警察比例の原則の意味であるが、以下の占領期の逐条解説書では、警察比例の原則に必要な最小限の規制の意味は含まれていない。

占領期の逐条解説書によれば、警察比例の原則とは「社会公共の秩序維持の必要に応じ、その程度に比例して警察権は行使されなければならないことである。すなわちその為には、対象となる社会秩序の障害が、客観的に見て、既に発生し、又は必ず発生しようとする直接の危険性のある場合で、緊急を要することが明らかな場合であることが第一。第二は、その社会秩序の障害が、社会通念上忍容することのできない程度の重大な障害であることが必要であり、第三に、その社会常識上忍ぶことのできない重大な障害を除去するために国民に加えることができる制限は、その除去しようとする障害の程度に、社会常識上ほぼ比例すると認められるものでなければならない。」⁹⁾と説明されている(注:下線部筆者)。

これに対して、田中二郎による警察比例の原則の理解は、第三の点において異なっている。田中二郎は「警察は、社会公共の秩序を維持する上に忍容することのできない障害又は障害の直接の危険を除くためののみ、而もそのために必要な最少(原文ママ) 限度においてのみ、人の自由を制限することができる」¹⁰⁾といい、柳瀬良幹は「障害を除くための手段は障害を除くために必要な最小限度に止まることを要する。」¹¹⁾とする(注:下線部筆者)。柳瀬説では憲法13条「最大限の尊重」の規定を受けて、規制は「必要な最小限度」でなければならないという意味が警察比例の原則に取り込ま

9) 国家地方警察本部総務部企画課編『警察官等職務執行法概説』(新警察社、1948年)20頁。

10) 田中二郎『行政法講義案 下巻 行政作用法』(有斐閣、1952年)41頁。

11) 柳瀬良幹『行政法教科書』(有斐閣、1970年)197頁。

れるようになった。そして警察比例の原則は、1950年代以降、一般行政にも適用される原則として説かれるようになった¹²⁾。

柳瀬良幹の行政法教科書に「比例原則」という文言は見られないが、「警察権の限界の原則は憲法の定める自由主義の原則に由来をもつものであるから」「一切の権力作用に関するものである」という。その一例として国税徴収法の「国税を徴収するために必要な財産以外の財産は、差し押さえることができない」と言う規定を挙げている。「警察権の限界の原則」とあるが、警察比例の原則を意味するものである。柳瀬良幹は警察比例の原則を「一切の権力作用」に適用可能とする論拠を「自由主義の原則を明定」した憲法13条後段に求めている。

警察比例の原則の権力行政一般への適用の拡大は、占領期の警察権の分散により、行政警察に属していた事務を一般行政機関が担うようになったという理由も挙げられる。田上穰治『行政法総論』（有信堂、1955年）は、「第二章 行政庁の裁量」で警察権の限界を説明し、警察目的と異なる行政として、国家の存立と維持を直接の目的とする行政のほか、憲法22条および29条における特別な公共の福祉による経済統制・公用負担を挙げ、いずれも実定法に基づく権力的行政であるから、比例原則が類推されるのみで警察権の限界に関する原則が適用されないという。しかしその論拠が示されていない。もともと行政警察に属していた事項を一般行政機関が扱うようになったのであるから、その行政作用に対して警察比例の原則の考え方が妥当することは否定されないが、権力行政一般における警察比例の原則は警察法理論「警察権の限界論」からまだ離れがたい関係にあった。

1950年代から1960年代にかけて、たとえば杉村敏正¹³⁾ や有倉良吉が「比例原則」「比例の原則」という用語を用いた裁量統制の論稿を著している。しかし杉村敏正の論稿には「比例原則とはいかなるものか」という観点か

12) 柳瀬・前掲注（11）の初版は1958年である。

13) 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、同「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頁参照。

らの論及がなく、有倉遼吉は条理法である「比例原則」を裁量統制に用いる論稿¹⁴⁾を1952年に著しているが、行政法教科書である1950年『行政法学』には「比例原則」はまだ見られない。「行政上の即時強制」の節で警察官等職務執行法に規定された警察比例の原則に若干言及するのみである¹⁵⁾。

警察比例の原則の考え方が権力行政一般にも妥当することによって、1960年代には警察比例の原則と「比例原則」を概念的に区別する必要はなかったといえるが、1970年代には警察比例の原則が否定的に捉えられるようになった。警察比例の原則が規制者と被規制者という二者間の関係で妥当する警察法の一法原則であり、規制によって利益を受ける第三者を関係づけるものではなかったからである。1970年代の行政法学界は、警察比例の原則が依拠している警察法理論を「もはや警察法ではない」をスローガンにして批判し、警察法理論からの脱却を唱えた。従来は行政規制の反射的利益と見られてきた利益を保護法益として、警察法理論では受け止めることのできない積極目的の下で規制する、新しい行政作用法の体系構築を目指し、警察法理論の克服が試みられたのであるが¹⁶⁾、そして同時に、行政法総論から警察比例の原則が消え、警察法理論をベースとする警察比例の原則に代わり、行政法総論では比例原則として概念的な発達をすることとなった。

(3) 昭和39年最高裁判決中の「比例原則」——定式化の意義——

最高裁判決の中で比例原則という用語が用いられているのは少ないが、そのうちの1つが最判昭和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)であり、裁判所が判決中にわざわざ括弧づきで「比例原則」と表現した最高裁判例として知られている。「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

14) 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。

15) 有倉遼吉『行政法学』(評論社、1950年)238頁参照。

16) 須藤陽子『即時強制と現代行政法理論』(信山社、2024年)「第11章 警察行政法と即時強制——行政法各論警察行政法の構築を目指して——」231頁以下。

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。」という（注：下線部筆者）。最高裁判決がわざわざ判決中に「比例原則」と入れたのは、第一審判決（広島地判昭和35年8月1日行集11巻8号2341頁）の裁量審査の視点を否定する趣旨であったと思われる。第一審判決は「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に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）といい、「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」を裁判所が判断することを可能とするものであった。最高裁は「適当な釣り合」という積極的な表現が比例原則の適用を示していると解し、これを否定しなかったのではないと思われる。

本件には3つの異なった比例原則の理解が混在し、そして議論は噛み合っていない。原告は「仮りに、原告の行為が運転免許取消の事由に該当するとしても、右運転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著しく裁量を誤つた違法がある。」と主張し、これに対して第一審判決に見出される比例原則は「適当な釣り合」を意味している。そして昭和39年最高裁判決中の「比例原則」は、調査官解説によれば、「「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」。かかる理解は警察比例の原則を「比例原則」とするものであり、これら3つの比例原則の理解は、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¹⁷⁾。

昭和39年最高裁判決の事例から読み取れるのは、1964年の時点ではまだ「比例原則」の内容理解が定まったものではなかったこと、したがって、裁量統制に「比例原則」を適用しようとしても理解の相違により審査結果が異なったものになる、という点である。現代の学説はドイツ法に学んで比例原則を定式化して説明する。一定の定式がなければ具体的裁量審査に用いることができない。比例原則は発達する法原則であり、比例原則の内容が定式化されたものに尽きないことを認識すべきであるが、他方で、裁量統制に比例原則の定式化は不可欠である。

昭和39年最高裁判決は、道路交通取締法(昭和23年法律第11号)9条5項、道路交通取締法施行令59条、昭和28年総理府令75号8条1項¹⁸⁾を根拠とする、法律に基づく「加重」処分の裁量をめぐる事例であるが、現代において「加重」の裁量統制の例として一般化することは不適當であると思われる。道路交通取締法を廃して制定された道路交通法(昭和35年法律第105号)には「裁量」による運転免許取消処分はなく、また、昭和39年最高裁判決は自由裁量・羈束裁量の二分法の下で判決が出されているからである。

第2章 平成24年日の丸・君が代訴訟最高裁判決に現れた比例原則

1. 比例原則適用の局面

「比例原則」という文言が明記された最高裁判決は2例しかない。したがって、ここでいう平成24年最高裁判決に現れた比例原則とは、学説が読み取った比例原則の姿である。平成24年最高裁判決には従来の懲戒処分を

17) 昭和39年最高裁判決の事案について詳細は、須藤陽子「訴訟法と比例原則」立命館法学419号(2025年)108頁以下。

18) 「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」

めぐる裁量審査において適用される比例原則と比較して、特筆すべき点がある。比例原則が適用される局面が、従来の懲戒処分の裁量審査と異なり、平成24年最高裁判決が手段選択に関わる局面で比例原則を適用している点である。学説¹⁹⁾は比例原則の適用として「過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等（以下、併せて「過去の処分歴等」という。）に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要する」（注：下線部筆者）とする箇所を摘示している。

懲戒処分の裁量審査において比例原則は、通例、結果としての処分の違法性を導くために用いられる。神戸税関事件判決を例にとれば、「懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠く場合、「重すぎる」処分は違法となるとするものであった。これに対して、平成24年最高裁判決では手段選択が問題とされているところから、処分決定に至る判断過程の審査に比例原則が適用されている。ここでいう手段選択とは「加重」処分という選択であって、「加重」処分に至った判断過程に審査が及んでいる。

2. 「加重」裁量と審査態度

(1) 「加重」と「慎重な考慮」

平成24年最高裁判決は、「当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情」が存することを求める。「相当性を基礎づける具体的な事情」とは、たとえば1回の卒業式における不起立では足りず、過去の処分歴に係る非違行為がその内容や頻度等において規律や秩序を害する程度の相応に大きいものであるなどをいう。そして学説が目にするのは、より重い処分を選択することについて「慎重な考慮を必要とする」と述べた点で

19) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）229頁参照、須藤・前掲注（6）104頁以下。

ある。「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについて、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮を必要とする」という。

留意すべきであるのは、「慎重な考慮を必要とする」、その理由づけである。「本件事案の性質等」とは、本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観ないし世界観等に由来する外部的行動とが相違する個人の歴史観ないし世界観等に起因するものであること、不起立行為等の性質、態様が積極的な妨害等の作為ではないことを意味している。それは、他の懲戒処分事例では見られない思想・信条の自由に関わる点であり、その事案の特質ゆえに、処分の選択に際して「慎重な考慮」が求められている。

(2) 「慎重な考慮」は一般化できるか？

平成24年最高裁判決以後、過去に処分歴がある事案を扱う最高裁判例は参照判例として最高裁平成24年判決を挙げる。そして学説は平成24年最高裁判決が言及した「慎重な考慮」を見い出そうとする²⁰⁾。

最判令和2年7月6日判タ1480号123頁中学校柔道部顧問懲戒処分事件(以下、令和2年柔道部顧問事件という)は、神戸税関事件判決および平成24年最高裁判決を参照判例として挙げる。令和2年柔道部顧問事件は、①部員間で生じた傷害事件につき、被害生徒に対し医師に虚偽の説明をするよう指示をした、②加害生徒を大会に出場させないという校長の職務命令に従わなかった、③卒業生や保護者等から寄贈された物品について複数回にわたる撤去指示に対応がなされなかった、という3つの非違行為等を理由として停職6月の懲戒処分となった事例である。停職6月という「処分は、本件懲戒条例の下では免職に次ぐ相当に重い処分であり、また、処分の量定

20) 田尾亮介「受診に際し虚偽説明をいじめ被害生徒に指示した市立中教諭に対する懲戒停職処分と比例原則」ジュリスト臨時増刊『令和2年度重要判例解説』31頁、森稔樹「懲戒処分により停職期間中の公務員が行った同僚等への働き掛けを理由とする停職6月の懲戒処分の適法性」ジュリスト臨時増刊『令和4年度重要判例解説』42頁参照。

に関する上告人の主張には、個々の加重事由の考慮方法が形式的に過ぎるなど、直ちに首肯し難い点もあるものの、前記のような一連の各非違行為の非違の程度等を踏まえると、被上告人に対する処分について、県教委が停職6月という量定を選択したことが、社会観念上著しく妥当を欠くものであるとまではいえず、県教委の判断が、懲戒権者に与えられた裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものということはできない。」（注：下線部筆者）とした。2016年（平成28年）の懲戒処分時、処分基準は有ったが公式に成文化されておらず、11段階に区分して何らかの加重をする場合には直ちに上位の区分とする加重の方法がとられていた。裁判所は加重について、「個々の加重事由の考慮方法が形式的に過ぎる」というのみであった²¹⁾。

次に、最判令和4年6月14日氷見市消防職員懲戒処分事件（以下、令和4年氷見市消防職員事件という）は、消防職員が上司及び部下に対する暴行・暴言等を理由とする停職2月の懲戒処分を受け（第1処分）、そしてさらに、第1処分の審査請求に関わって停職期間中に正当な理由なく暴行の被害者である部下に対して面会を求めたこと等を理由として、免職処分以外では最も重い停職6月を受けたという事件である。令和4年氷見市消防職員事件判決も神戸税関事件判決、平成24年最高裁判決を参照判例として挙げ、第1、第2と連続する非違行為の性質について述べられているが、加重の仕方については検討されていない。

2判決とも加重処分について結論のみをいう。「県教委が停職6月という量定を選択したことが、社会観念上著しく妥当を欠くものであるとまではいえず」（令和2年柔道部顧問事件）、「第2処分の量定をした消防長の判断は、懲戒の種類についてはもとより、停職期間の長さについても社会観念上著しく妥当を欠くものであるとはいえず」（令和4年氷見市消防職員事件）と結論が述べられているが、裁判所が処分の選択を検討したであろうことを「窺わせる」に留まるような記述であり（注：下線部筆者）、わざわざ平成24年

21) 須藤陽子「処分基準の定めのない教員懲戒処分と比例原則審査」民商法雑誌157巻2号332頁以下。

最高裁判決を挙げる意味に乏しい。

日の丸・君が代訴訟における「加重」問題は、思想・信条の自由に関わり入学式・卒業式の不起立によって定期的に懲戒処分事由が生じる極端な例であって、他の事由による懲戒処分の「加重」の事例とは事情が異なっている。「加重」処分をする際に「慎重な考慮を必要とする」ことを他の事由による加重処分にも及ぼすことができるか否か、どのように及ぼすかが問われなければならない。

3. 神戸税関事件判決の部分的踏襲と判断過程の審査

日の丸・君が代問題以前、「加重」に関する裁量統制論は学説にほぼ見られないが、平成24年最高裁判決櫻井裁判官補足意見には「加重」の裁量について言及する部分がある。「公務員の懲戒制度における処分の加重については、制度的に加重の在り方を定める法令上の根拠はないため、過去の処分歴等を個別事案の情状として考慮するのみとする考え方も見られるところであり、加重処分そのものが裁量の範囲内といえるためには、懲戒の対象行為の態様や影響と加重処分による不利益の内容との権衡、公務秩序維持のための必要性などについて、上記に述べた懲戒処分制度の基本的枠組みを踏まえ、より慎重な判断が要求されるといわなければならない。」(注：下線部筆者)という。つまり、懲戒処分に際して「加重」すること自体は否定されないが「加重」の仕方には議論の余地があり、「加重」の仕方を裁判所が審査するには、いわゆる社会観念審査と呼ばれる従来の審査方式ではなく、判断過程の審査方式をとらなければならないことを意味している。公務員の懲戒処分の裁量権の性質からして、はたしてこれは許容されるであろうか。

通例、懲戒処分の裁量統制について、参照判例として真っ先に挙げられるのは神戸税関事件判決である。著名であるのは「裁判所が右の処分の適否を審査するにあたっては、懲戒権者と同一の立場に立つて懲戒処分をすべきであつたかどうか又はいかなる処分を選択すべきであつたかについて

判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく」という一節である²²⁾。端的に言えば、裁判所は処分の判断過程には踏み込まない、とする立場を示し、神戸税関事件判決以降、最高裁判例および下級審裁判例は基本的にかかる立場に立って懲戒処分の裁量問題を判断している。櫻井裁判官補足意見は「加重処分そのものが裁量の範囲内といえるためには、懲戒の対象行為の態様や影響と加重処分による不利益の内容との権衡、公務秩序維持のための必要性など」を判断するというが、もし一般的に懲戒処分における「加重」を裁判所が判断しようとするならば、その審査の態度が神戸税関事件判決のいう「いかなる処分を選択すべきであつたかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論」じることには該当するのではないかという議論になるであろう。

平成24年最高裁判決も神戸税関事件判決を参照判例として挙げているが、上記の一節は参照されていない。引用されているのは、「懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきかを決定する裁量権を有しており、その判断は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に違法となるものと解される」という、懲戒処分にあたり考慮される事項が具体的に列記されている部分である。

平成24年最高裁判決における比例原則の適用の仕方からすれば、処分選択に至る判断過程の審査において比例原則を適用している。比例原則の性質がしばしば議論となるが、行政裁量統制における比例原則は「過剰である」「重すぎる」を排除する機能があり、「いかなる処分が適切か」を導く

22) 下井康史「82 長による職務命令・懲戒処分の適否 ——東京都君が代斉唱事件」別冊ジュリスト『地方自治判例百選〔第5版〕』123頁は、「懲戒権者の効果裁量を広範に承認される部分には言及しない。」と指摘している。

ものではない²³⁾。裁判所が「いかなる処分が適切か」という観点からの審査をしなければよいだけのことであって、「懲戒権者と同一の立場」から審査しないという前提に立ちつつ、公務員の懲戒処分の司法審査に判断過程の審査方式を用いることは可能であると思われる。

第3章 比例原則による判断過程の審査と「加重」の裁量統制

1. 「あらゆる行政活動」と比例原則

現代の行政法学では、あらゆる行政活動について比例原則の適用可能性が論じられている。行政法総論における比例原則の始まりが行政処分に付随する裁量統制論であるとしても、現代では権力行政・非権力行政の区別なく²⁴⁾、行為形式によって区別せず²⁵⁾、地方自治制度²⁶⁾についても比例原則の適用が論じられる。「あらゆる行政活動」を対象にしようとするれば、法律が行政権に付与する裁量権には広狭の差があり、各々の根拠法律に規定される具体の権利・利益は異なり²⁷⁾、それによって行政法関係において比例

23) 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)103頁以下、同「第8章 教科書検定の裁量統制と「比例原則」」「比例原則の現代的意義と機能」(法律文化社、2010年)210頁は、行政の判断を「違法である」と結論づけたいのであれば、必ずしも「何が適切か」を判断する必要はない旨を指摘する。

24) 1990年代の行政法学説の関心は、規制行政のみならず、非権力行政ないし給付行政においても比例原則の適用が可能か否かにあった。川上・前掲注(4)19頁参照。

25) 「任意の協力」によってなされる行政指導(塩野・前掲注(2)93頁)、合意によって締結される行政契約にも比例原則の適用が論じられる(高木光「第二章 公害防止協定と比例原則」高木光『法治行政論』(弘文堂、2018年)所収)。

26) 須藤・前掲注(23)「第7章 地方自治における「比例原則」、補完性原理」172頁以下、塩野宏『行政法 Ⅲ』(有斐閣、2021年)254頁以下。

27) 有倉達吉「公共の福祉 憲法講義5」法学セミナー53号(1960年)12頁以下は、憲法13条公共の福祉による制限と「比例の原則」に関する論稿である。1960年の時点で警察比例の原則ではなく「比例の原則」という用語を使用し、憲法学の側から憲法13条公共の福祉と比例原則の関係を論じた点が非常に珍しい。憲法13条から「比例の原則」は導かれ、「比例の原則」とは、「公共の福祉に反するものとして人権を制限する場合にも、その制限は必要最小限度にとどまるべき要請」、「公共の福祉に対する障害と、人権の制限との間には、厳密な比例を保つべきことの要請」である(14頁)。

原則の現れ方、比例原則による審査は一様ではなくなる。とりわけ、必要最小限の原則適用の考え方に違いが現れることになる。

必要最小限の原則は、行政上の法律関係に当然に適用されるわけではない。むしろ、行政活動の根拠法律が権利・自由の制限を「必要最小限」とすべきことを規定していれば、司法審査では必要最小限の原則が適用されることになるが、「必要最小限でなければならない」という要請がそもそも妥当し難い行政上の法律関係がある。たとえば地方自治法228条3項は「詐欺その他不正の行為により、分担金、使用料、加入金又は手数料の徴収を免れた者については、条例でその徴収を免れた金額の五倍に相当する金額（当該五倍に相当する金額が五万円を超えないときは、五万円とする。）以下の過料を科する規定を設けることができる。」と定め、過料額の設定について裁量権を認めている。この条文は詐欺その他不正行為によって自治体事業に減損を生じさせた場合の罰則規定であり、1926年（大正15年）市制・町村制にルーツを持つ財政罰である。不正利用が長期間にわたった結果、1千万円をゆうに超える高額な過料額となる事例もしばしば見られるが、「過料額は必要最小限でなければならない」という要請は妥当し難い。不正行為が発覚しても必要最小限の額しか徴収しないならば、減損の補填および不正行為を抑制する効果が期待できないからである。罰則として過料額が必要最小限であることを求められるのではなく、違法行為ないし非違行為の程度と罰則との釣り合いが問題とされる²⁸⁾。

2. 行政法における立法作用と目的審査

わが国憲法学において提唱される比例原則を用いた審査の在り方をめぐるとの議論は、行政法学の議論の傾向と異なっている。筆者が憲法学の議論との違いとして関西行政法研究会で指摘したのは、関心の所在の違い、比例原則審査の「順番」をめぐる発想の違い、であった。

28) 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018年）「第7章 過料処分と比例原則」139頁以下。

関心の違いとは、換言すれば、想定される比例原則の適用範囲の差である。「あらゆる行政活動」に比例原則の適用を拡大しようとする行政法学の議論に対して、憲法学の議論は「あらゆる国家活動」を対象としたものではなく²⁹⁾、もっぱら「法律の内容」³⁰⁾を審査しようとしている。比例原則をめぐる憲法学と行政法学の議論が噛み合わないのは、議論の前提である対象が異なっていることを意識しないからであろう。「憲法と法律」という限定された関係を扱う憲法学と、比例原則の適用範囲を拡大しようとする行政法学では、適用される比例原則の部分原則に違いが生じることとなる。

前述したように、「あらゆる行政活動」に必要最小限の原則が同程度に妥当するわけではない。それは憲法学における比例原則適用でも同様にいえることであり、1960年の文献に遡れば、憲法上の権利・自由を「公共の福祉」によって制限しようとする場合、憲法13条から導かれる「必要最小限の原則」の意味での「比例の原則」が妥当するが、かかる制限には憲法上の権利・自由の性質によって幅があるという³¹⁾。

29) 筆者が指摘した一例は厚木基地訴訟問題である。行政法学説が比例原則によって自衛隊機の運航にかかる防衛大臣の権限行使の違法を論じるのに対して、憲法学はこの素材を取り扱わない。また、民事執行法ないし民事執行手続には憲法と関連する問題が数多くあり、ドイツ法では比例原則と基本権の問題として扱われるが、わが国憲法学は民事執行の問題に関心を持たないようである。石川明『ドイツ強制執行法と基本権』（信山社、2003年）2頁以下は、ドイツ法との比較法研究に基づいて、動産差押え、動産の搜索、超過差押えや無益な差押えについて、執行官の裁量を超える問題として比例原則の適用を考え得るのではないかという。これらの執行の問題は、古くは明治憲法下の美濃部達吉の判例研究でも同様のことが指摘されている。

30) 神橋一彦「行政法における比例原則」神橋一彦・鶴沢剛・櫻井智章・栗島智明共著『憲法と行政法の交差点』（日本評論社、2025年）287頁注（24）は、比例原則めぐり、憲法学の視点が法律内容そのままの統制にあり、行政法学の視点は法律の適用執行の統制にあることを指摘している。

31) 有倉・前掲注（27）15頁は、「公共の福祉に反するものとして人権を制限する場合に、その制限は必要最小限度にとどまるべしとする比例の原則を適用するにあたっては、個々の人権によって「公共の福祉違反」と「最小限度の制限」とが比例的に伸縮することとなる。内心的自由のごとく、前者が零であるときは後者も零となり、表現の自由や社会的基本権のごとく、前者に低い数値を与えるべきときは後者の数値も低くなり、経済的基本権のごとく、前者に高い数値を与えるべきときは後者の数値も高くなるというべきであろう。」と

筆者のいう比例原則審査の「順番」をめぐる発想の違いとは、本稿の主題である目的審査に関する問題である。「三段階審査」³²⁾や「二段階分析」³³⁾、「構造化された比例原則」³⁴⁾などの憲法学説に見られるのは、比例原則の部分原則を「順番」どおりに適用してゆく発想である。その「順番」の最初にくるのが目的適合性の原則である。しかし、ドイツ法に倣って目的審査である適合性の原則審査を最初に置き、「順番」どおりに審査してゆくべきとする発想は、行政裁量統制に比例原則審査を適用しようとする行政法研究者の発想とは相容れないであろう。

かつて筆者は第73回（2008年）日本公法学会第一部会において求められた「司法審査基準論」に対する行政法研究者からのコメント」を基にした論稿において、目的適合性の原則（手段は目的を達成するために適合的であればならない）というドイツ法由来の考え方が、行政法における法律と行政処分との関係では有用性に乏しいことを指摘した。そのような指摘をした筆者が目的審査（目的—目的間の審査）の意義を新たに論じようとすることに対して、拙稿を知る人は訝しく思われるかもしれない。しかし、筆者は自説を変えたわけではない。

ドイツ法由来の「適合性」という観点からの目的—目的の審査は、わが国

述べている。

32) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）62頁以下、同「比例原則の意義と問題点」石川健治・山本龍彦・泉徳治『憲法訴訟の十字路口 実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）95頁以下参照。

33) 栗島智明「基本権侵害と比例原則」前掲注（30）269頁参照。

34) 長谷部恭男「グローバル・スタンダードとしての構造化された比例原則」比較法学57巻3号（2024年）1頁以下参照。この論稿は英語文献に基づく比較法研究である。グローバル・スタンダードとは何か疑問であるが、「構造化された比例原則」による審査とは、① 国家による行為が保護された基本権を制約している場合に、② 制約行為に正当な目的はあるか、法律に根拠を持つ制約行為がその目的の実現に役立つか、つまり目的との合理的関連性はあるかを問題とする。次に、③ 目的を達成する上で制約行為は必要か（necessity）、正当な目的を実効的に達成する上で、当該制約行為がもっとも制約の程度が弱いもの（least restrictive alternative）であることを要求する。そして最後に、④ 制約によって得られる利益と失われる利益の均衡は保たれているか（狭義の比例性 proportionality in the strict sense）否かが問われる、ということの意味している。

の行政裁量統制に根付いているとは言い難い。日本行政法における比例原則の歴史からすれば、比例原則の始まりは、目的外に警察権限を行使することを戒めようとした目的に関する原則であり、当該行政処分根拠法規によってはカバーされない目的のために裁量権限を行使する目的外権限行使を違法とする裁判例の蓄積もある。日本行政法には古くから目的(法律)一目的(行政処分)審査はあるが、比例原則ないし部分原則である「適合性」の原則による審査とは認識されておらず、結論は目的違反(不正な動機)³⁵⁾、行政権の濫用³⁶⁾等と表現される。そういった目的審査によって導く違法は、判断過程の審査の方式、裁量権の濫用論と親和性がある。しかし目的審査によって行政処分の違法が導かれることはあっても、行政処分の目的は根拠法規が与えた目的から外れることは、通例、想定されていない。行政処分をめぐる行政裁量統制において根拠法規の趣旨・目的は法解釈に非常に重要であるが、「順番」どおり目的審査を行うという発想は行政法研究者にはない³⁷⁾。

他方、憲法学の議論に見られるように、立法裁量統制に目的(憲法)一目的(法律)審査は不可欠である。行政活動にも立法作用はあり、条例制定に際しての法律と条例の関係、法律の委任による行政命令、裁量権の行使としての基準定立³⁸⁾の審査などに、目的審査が重要な役割を果たす局面

35) 東京地判昭和44年7月8日行集20巻7号コム事件判決。

36) 最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁余目ソーブランド事件判決(国賠)、最判昭和53年6月16日刑集32巻4号605頁(刑事)。

37) 行政法における目的と比例原則について論じる、興津・前掲注(6)116頁以下参照。

38) 大阪地判平成24年2月3日輸送施設使用停止命令処分取消事件判決は、目的審査により処分の違法を導いた裁判例である。大阪地裁は、タクシー事業者に対する事実上の需給調整である減車勧奨及び増車抑制を目的とする加重は、平成12年改正後の道路運送法の趣旨、目的に合致しないものであることは明らかであるといい、道路運送法の目的の実現を図るという同法40条の趣旨・目的からしても、特別監視地域等における減車勧奨及び増車抑制という加重の目的は、同法40条の趣旨、目的からもかけ離れていると指摘した。しかし同種の事案でありながら、東京地判平成24年1月31日裁判所ウェブサイトは、地方運輸局長にある程度の裁量的判断を予定していると解し、加重することを是認し、加重に関する基準を審査していない。控訴審である東京高判平成24年7月11日裁判所ウェブサイトは目的

がある。本稿のテーマである「加重」裁量の統制は、裁量権の行使としての基準定立に関わる問題であり、裁量権を付与した根拠法規の目的と基準の目的を射程とする目的審査に着目している。

「加重」の裁量統制は、「加重」する理由こそが重要である。法律が「加重」を許容しているか否か、「加重」の事由が裁量権の範囲内にあるか否か、「加重」が重すぎないか否かが問われ、比例原則による審査が機能する。本稿の狙いは「加重」裁量を判断過程の審査方式で統制しようとすることにあり行政規則である基準自体の違法性を問題とするのではなく、基準定立に着目して目的—目的審査による違法を導こうとするものである。

3. 「加重」の裁量統制における目的審査

平成24年最高裁判決は、裁量審査の方式に関わる神戸税関事件判決の重要な部分を参照しておらず、懲戒処分について常とは異なる踏み込んだ判断を行っている。行政法学説は判決が「加重」処分について「慎重な考慮」を求めている点に注目するが、それは量定の問題に過ぎない。平成24年最高裁判決の特色の一つは、思想・信条の自由という憲法上の自由と言及しない点であり、言及しないことによって、なぜわざわざ常とは異なる審査方式をとったかが読み取れなくなっている。多数意見も櫻井裁判官補足意見も、加重量定が重すぎることを導くにあたり、不起立行為等の動機・原因が当該教員の歴史観ないし世界観に起因することを挙げ、「慎重な考慮」を要するとしてその点を考慮に入れるべきとしているが、加重の基準そのものを取り上げることがない。

平成24年最高裁判決を読めば、東京都教育委員会の事実上の運用に依拠して「加重」処分を判断しているが、下級審はそれを「基準」として事実

審査をしているが、目的の解釈が異なるため、処分を適法としている。渡辺昭成「タクシー事業者に対する輸送施設停止命令処分取消し請求」ジュリスト1458号（2013年）83頁以下、福重さと子「判例評釈 道路運送法上の輸送施設停止処分の増車を理由とする加重と裁量審査（大阪地裁平成24.2.3）北九州市立大学法政論集42巻2-4号（2015年）313頁以下参照。

認定していない。これに対して、最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁日の丸・君が代事件(差止め訴訟)では、原審の適法に確定した事実関係等として、「懲戒処分は、過去に非違行為を行い懲戒処分を受けたにもかかわらず再び同様の非違行為を行った場合には量定を加重するという処分量定の方針に従い、おおむね、1回目は戒告、2回目及び3回目は減給、4回目以降は停職となっており、過去に他の懲戒処分歴のある教職員に対してはより重い処分量定がされているが、免職処分はされていない」ことを挙げている。差止め訴訟では「重大な損害」(行訴法37条の4第1項)が存することが要件³⁹⁾として求められ、その蓋然性の判断に不文の加重の基準ないし方針を事実認定する必要があると思われるが、取消訴訟では訴訟要件に関わりがないことから、下級審では基準として事実認定をする必要に乏しかったのかもしれない。

加重の基準が事実認定されていないことによって、基準の不合理さを導くことが困難である。基準の不合理さは目的審査によって露わになるが、事実上の運用基準を基準として事実認定していなければ目的審査にかけられない。櫻井裁判官補足意見は、思想・信条の自由に言及し、一般的な加重の在り方、加重の判断枠組みについて述べているが、結論は加重量定の問題となっている。櫻井裁判官補足意見の歯切れの悪さは、事実上の運用基準を裁判所が加重の基準として事実認定していないことに起因しているのではないと思われる。「加重」の裁量統制は、「加重」する理由こそが重要であり、根拠法規が「加重」を許容しているか否か、「加重」の事由が裁量権の範囲内にあるか否かを判断するには、基準として事実認定したうえで目的審査にかけるべきであったと思われる。

39) 山本隆司「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」論究ジュリスト3号(2012年)121頁以下参照。

おわりに

平成24年最高裁判決は、社会通念審査と称される裁量審理の方式と密接不可分な神戸税関事件判決の重要な部分を参照せず、判断過程の審査の方式を採っているが、格別にそのような審査方式となった理由というもの判決は語っていない。格別な審査方式をとった理由を示さないのであれば、それは格別なものにとどめる必要はなく、懲戒処分一般に通用し得るものとする論理構成に努めるべきであろう。本稿は、前稿「訴訟法と比例原則」での主張を踏まえて、「加重」の裁量は判断過程の審査の方式を採って審査すべきであって、判断過程の審査において比例原則を適用することによって裁量権の濫用⁴⁰⁾による違法を導き得ることを主張するものである。

最後に、筆者が執筆にあたり影響を受けた杉村敏正の裁量権の濫用に関する一節を引用したい。杉村敏正は「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、その要件事実を誤認があったり、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。この裁量権の濫用の法理によって、行政機関の裁量権の行使はほとんど全面的に統制されることができると」⁴¹⁾という。1966年の古い文献にある一節であるが、裁量権の逸脱と濫用を区別しない傾向にある現代の裁量論において、なお意味を持つ指摘であろう。

40) 平成24年最高裁判決の判例評釈の中で裁量権の濫用による違法を指摘したのは、行政法学ではなく憲法学の判例評釈であった。青井未帆「起立斉唱命令違反を理由とする懲戒処分の適法性」平成24年度重要判例解説21頁。

41) 杉村敏正・広岡隆・園部逸夫『行政法の基礎知識』（有斐閣、1966年）99頁。