

〔論 説〕

事実認定論から見た行政裁量論
——裁量審理の構造に関する覚え書き——

異 智 彦

0. はじめに
 0. 1. 裁量概念の諸相
 0. 2. 行政裁量審理の特殊性？
1. 取消訴訟の審理構造
 1. 1 規範的要件の審理構造
 1. 2 規範的要件としての「処分の違法性」
 1. 3 規範的要件としての「裁量の逸脱または濫用」
2. 裁量審理の構造
 2. 1 裁量統制の密度と手法？
 2. 2 司法審査の密度
 2. 2. 1 評価根拠事実／障害事実の認定——証明責任
 2. 2. 1. 1 要件事実の構成と証明責任
 2. 2. 1. 2 「総合判断型」規範的要件
 2. 2. 2 規範的要件の充足——論証責任
 2. 2. 2. 1 論証度ないし論証責任
 2. 2. 2. 2 ノン・リケットの許否
 2. 2. 3 司法審査の密度の諸相
 2. 2. 3. 1 論証責任の加重
 2. 2. 3. 2 証明責任の分配
 2. 2. 3. 3 規範的要件の具体化
 2. 3 司法審査の手法

2. 3. 1 判断代置審査

2. 3. 1. 1 裁量と判断代置の否定

2. 3. 1. 2 判断代置の否定と行政判断の「尊重」？

2. 3. 2 社会観念審査と判断過程審査

2. 3. 2. 1 両者の内容

2. 3. 2. 2 両者の対照の意義

2. 3. 3 司法審査の手法の諸相

2. 3. 3. 1 審査手法の意義

2. 3. 3. 2 規範的要件の具体化

3. おわりに

0. はじめに

本稿は、事実認定論の見地から行政裁量論を敷衍し、訴訟法理論および訴訟実務に接続することを試みるものである。

行政裁量が認められる場合の裁判所の審理の特殊性、すなわち、ある行政活動に裁量が認められる場合と認められない場合とで、裁判所の審理がいかなる意味で異なるのかは、実はさほど明確にされていない。行政法学説の側では、行政裁量の司法統制に関して一定の理論枠組みを構築しつつあるものの、それが訴訟法理論ないし訴訟実務と十分に接続されているわけではない。我が国の行政（事件）訴訟が民事事件を取り扱う裁判体によって審理される以上、行政法学説の蓄積を民事訴訟に精通した実務家の思考様式に則った形で敷衍する必要は大きい¹。行政裁量論に関して学説が実務に対して明確な指針を提示しえなかったとの認識²は、実務との対話可能性に開かれた理論構築の必要性を示している³。

1 具体的な議論の必要性を説くものとして、園部逸夫「行政法と行政事件」同『裁判行政法講話』112頁、119頁以下（日本評論社、1988）〔初出：1986〕；塩野宏ほか「行政事件訴訟法施行二五年をふりかえって」ジュリ 925号 78頁、86頁（1989）；藤山雅行「行政事件と要件事実」伊藤滋夫総括編集『民事要件事実講座第2巻』320頁、320頁（青林書院、2005）。

2 戦後の行政法学を牽引した論者は、「戦後の日本の裁量論は裁判所判例に学説が追随していったその過程だと思うのです」と述懐する（塩野宏ほか「立法による行政の変革と公法学——塩野宏先生に聞く」法律時報 80巻 10号 4頁、14頁〔塩野宏発言〕（2008））。

本稿では、こうした問題意識に基づき、事実認定論ないし要件事実論⁴によりどこを求め⁵。事実認定は、実務の要となる法技術である⁶のみならず、法適用のあり方という学理上の基本問題にも深くかかわる⁷ものである。それゆえ、事実認定論ないし要件事実論には、行政裁量論をめぐる学説と実務との建設的な対話の回路として、大きな意義が認められよう。

0. 1. 裁量概念の諸相

上記の問題を考察するにあたっては、まずもって、「裁量」という言葉の意義を敷衍しておく必要がある。現在までのところ、「裁量」という用語は大要二通りの用いられ方をされてきた⁸。

まず、戦後初期の学説は、①自由裁量行為、②羈束裁量行為、③羈束行為を対比していた⁹。この整理は、一方で行政判断の基準の有無ないし程

- 3 同様の問題意識から、行政裁量を裁判所における主張立証過程から捉え直すものとして、藤田宙靖「自由裁量論の諸相——裁量処分の司法審査を巡って」同『裁判と法律学——『最高裁回顧録』補遺』163 頁、177 頁以下（有斐閣、2016）〔初出：2015〕。
- 4 両者の密接な関係について参照、加藤新太郎「要件事実論の到達点」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座（第 3 期）第 5 巻』21 頁、34 頁以下（日本評論社、2012）。
- 5 夙に行政訴訟における要件事実論の有用性を指摘していた文献として、王天華「行政裁量の観念と取消訴訟の構造（五・完）——裁量処分取消訴訟における要件事実論へのアプローチ」国家 120 巻 7・8 号 475 頁、514 頁以下（2007）。
- 6 土屋文昭『民事裁判過程論』45 頁、97 頁以下（有斐閣、2015）；加藤新太郎「民事事実認定論の体系」同『民事事実認定論』1 頁、1 頁以下（弘文堂、2014）。行政訴訟の要件事実に関する実務家の精力的な分析として、岡口基一『要件事実マニュアル 4（第 4 版）』109 頁以下（ぎょうせい、2013）；大江忠『ゼミナール要件事実』219 頁以下（第一法規、2003）。
- 7 さしあたり参照、大村敦志「公序良俗から典型契約へ」大村敦志＝小粥太郎『民法学を語る』28 頁、44-45 頁（有斐閣、2015）。本稿は、事実認定論ないし要件事実論の訴訟実務上の意義ないし機能に重点を置くが、法適用のあり方に関する学理上の問題の側面に関しては、本稿の最後で若干言及する（2. 3. 2 参照）。
- 8 参照、高木光『行政法』476 頁（有斐閣、2015）。夙に、森田寛二「行政裁量論と解釈作法（上）」判時 1183 号 172 頁、178 頁（1986）。

度の側面において①②裁量行為と③羈束行為とを対比し、他方で司法審査の可否ないし程度の側面において①自由裁量行為と②③羈束（裁量）行為とを対比するものであり¹⁰、当時の判例も司法審査の可否の文脈で「自由（な）裁量」の語を用いることがあった¹¹。要するにここでは、「裁量」の語は司法審査の可否ないし程度を表す概念としては用いられておらず、むしろ行政判断の基準の有無ないし程度を表す概念として用いられていた。「法律からの自由」ないし対法律裁量¹²と「司法審査からの自由」ないし対司法裁量を区別する見解¹³や、広義の裁量と狭義の裁量とを区別する見解¹⁴も、このかつての用語法の延長線上にある。

これに対して、「裁量」の語をむしろ司法審査の程度に関わるものとしてのみ用いる見解もある。ある論者によれば、「裁量」とは、「裁判所が行政行為を審査するに当たり、どこまで審査することができるかの問題、つまり、裁判所は行政行為をした行政庁の判断のどこまでを前提として審理しなければならないか」の問題である¹⁵。こうした見解は、司法審査の程度を下げるわけではない②羈束裁量行為の概念を不適切と見ることになる¹⁶。

前者の用語法には、行政による法の適用のあり方そのものを主題化する

9 たとえば、田中二郎『行政法総論』284頁（有斐閣、1957）。

10 藤田宙靖『行政法総論』105頁（青林書院、2013）。

11 たとえば、最判昭和31年4月13日民集10巻4号397頁（「承認するかしないかは農地委員会の自由な裁量に委せられているのではない」）や、最判昭和48年9月14日民集27巻8号925頁（「同条に基づく分限処分については、任命権者にある程度の裁量権は認められるけれども、もとよりその純然たる自由裁量に委ねられているものではない」）。

12 夙に杉村敏正『全訂行政法講義総論（上巻）』191頁（有斐閣、1969）は、「行政法令により具体的に拘束されない判断権という意味での裁量権」を論じていた。

13 芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』69頁（有斐閣、2006）；今村成和＝畠山武道補訂『行政法入門（第9版）』89頁以下（有斐閣、2012）；曾和俊文『行政法総論を学ぶ』177頁（有斐閣、2014）。

14 小早川光郎『行政法講義下Ⅱ』193頁（弘文堂、2005）；山下竜一「行政法の基礎概念としての行政裁量」公法研究67号214頁、216頁（2005）。

15 塩野宏『行政法Ⅰ（第6版）』138頁（有斐閣、2015）。

16 塩野・前掲註（15）152頁註4；山本隆司「日本における裁量論の変容」判時1933号11頁、14-15頁（2006）。

という意義を認めうる¹⁷。これに対して、後者の用語法には、司法審査を一切免れるという印象を与える、自由裁量という用語を避けるという意義がある。また、前者の見解においても司法審査の程度の問題はある程度独立に問題とされる¹⁸し、後者の見解においても、②羈束裁量行為として捉えられていた行政活動を③羈束行為から区別することの意義は否定されないと思われる¹⁹。そこで本稿では、「裁量」概念の定義にはこれ以上踏み込まず、「裁量」の語の意義を文脈に応じて明確にするに留める。

0. 2. 行政裁量審理の特殊性？

本稿が主として対象とするのは、司法審査が何らかの形で制限されるという意味での行政裁量である。この意味での行政裁量が認められる場合、裁判所は行政の判断を「尊重」しなければならない²⁰、その裏面として裁判所は行政の判断について審査を「差し控える」²¹との説明がなされる。しかし、この説明の意味は、実はさほど明確でない。

実定法上は、「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」（行政事件訴訟法（以下「行訴法」とする）30条）と規定されている。それに伴い、行政の判断を「尊重」するというこの意味も、「裁量権の逸脱又は濫用」が認められない限りは処分は違法とはならないとの形で説明されることが多い²²。しかし、この「裁量権の逸脱又は濫用」がい

17 最も明瞭なものとして、小早川光郎『行政法講義下 I』18頁以下（弘文堂、2002）。ほかにも参照、久保茂樹「杉村先生の行政裁量論」杉村敏正追悼『杉村先生の行政裁量論』149頁、154頁以下（有斐閣、2014）。

18 小早川・前掲註（17）18頁以下は「行政案件処理」の観点から、小早川・前掲註（14）189頁以下は取消訴訟の審理の観点から、それぞれ行政裁量を分析する。

19 阿部泰隆『行政法解釈学 I（補訂）』366頁以下（有斐閣、2011）は、法規裁量ないし羈束裁量の概念を不適切としつつも、立法における不確定概念の意義の観点から、「裁量による具体的妥当性の確保」の意義を詳細に検討している。

20 原田尚彦『行政法要論（全訂第 7 版補訂 2 版）』151頁（学陽書房、2012）；中原茂樹『基本行政法（第 2 版）』129頁（日本評論社、2015）；木村琢磨『プラクティス行政法』228頁（信山社、2010）。

21 小早川・前掲註（14）195頁；三浦大介「行政判断と司法審査」磯部力ほか『行政法の新構想Ⅲ』103頁、110頁（有斐閣、2008）。

かなる意味で羈束行為の違法性と異なるのかに関しては、必ずしも十分な説明がなされていない。「裁量権の逸脱又は濫用」を判断するための観点として、重大な事実誤認、目的ないし動機的不正、比例原則違反、平等原則違反等が列挙されるのが通例である²³が、これらは羈束処分についても同様に問題となりうる²⁴。むしろ重要なのは、「裁量権の逸脱又は濫用」を判断する場合に、上記の諸原則がいかなる形で適用されるのかである。

以下では、行政事件訴訟の典型である取消訴訟を題材にとり、司法審査が何らかの意味で制限されるという意味での行政裁量の審理の特殊性がどこにあるのかを、民事訴訟の審理構造に関する議論を援用しながら解明する。具体的には、取消訴訟の審理構造を要件事実論に仮託して敷衍し(1)、それをもとに裁量審理の構造を具体的に明らかにする(2)。

1. 取消訴訟の審理構造

取消訴訟は、行訴法第2章第1節の定める特則によるほかは「民事訴訟の例によ」り審理され(行訴法7条)、民事訴訟法理論にのっとり、その訴訟物の存否が審判の対象となる。取消訴訟の訴訟物は処分の違法性一般であり²⁵、この処分の違法性一般が認められるためには、請求原因たる個々の「処分の違法性」、すなわち処分の違法事由ないし処分の瑕疵のいずれか一つが認められる必要がある²⁶。たとえば、建築士法10条1項に基づく建築士免許取消処分の取消訴訟においては、同法10条1項各号の処分要件に該当する事実が存在しないこと(実体的瑕疵)や、行政手続法14条1項に基づく理由提示が不十分であったこと(手続的瑕疵)が、個々の「処分の違法性」として請求原因となり、そのいずれか一つが認め

22 塩野宏『行政法Ⅱ(第5版補訂版)』160頁(有斐閣、2013)；高橋滋『行政法』86頁(弘文堂、2016)。

23 塩野・前掲註(15)147頁以下；宇賀克也『行政法概説Ⅰ(第5版)』323頁以下(有斐閣、2013)；櫻井敬子＝橋本博之『行政法(第5版)』115頁以下(有斐閣、2016)。

24 曾和・前掲註(13)195頁。

25 この点は、既判力の客体的範囲(民事訴訟法114条1項)および反復禁止効の客体的範囲や、理由の追加・差替えの可否の問題に関わるが、立ち入らない。

26 司法研修所編『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究(改訂版)』141頁以下(法曹会、2000)。

られることが、訴訟物たる処分の違法性一般を認めるための必要条件となる²⁷。

しかしながら、この個々の「処分の違法性」の有無がいかん審理されるのかは、十分に明確にされてこなかった。とりわけ、弁論主義および証明責任の適用対象となるべき主要事実が何であるのかについて行政法学がさほど意識的でなかったことが、訴訟法理論との建設的な対話を妨げてきた²⁸。以下では、取消訴訟の審理構造を訴訟法理論に照らして明確化することで、行政裁量の審理の特殊性を考察する前提を整える。

1. 1 規範的要件の審理構造

民事訴訟法学および司法実務では、不確定概念により構成された要件(規範的要件)の充足判断を構造化すべく、各種の議論が積み重ねられてきた。現在の標準的な理解によれば、不法行為の要件としての「過失」(民法709条)や借地契約および借家契約の更新拒絶の要件としての「正当の事由」(借地借家法6条、28条)のような規範的要件は、それ自体は主要事実とは位置づけられない。具体的には、そうした規範的要件の充足の有無を基礎づけるより具体的な諸種の事実(評価根拠事実および評価障害事実)が主要事実と位置づけられ、それらを総合的に衡量して、規範的要件それ自体の充足の有無が判断されることになる²⁹。

裁判所による行政裁量の審査が、こうした規範的要件の審理構造に類似していることは、これまでもしばしば指摘されてきた³⁰。より正確に言えば、行政裁量が認められる場合に限らず、取消訴訟において審査される「処分の違法性」の多くについて、規範的要件の審理構造が妥当する³¹。

27 これが十分条件でないのは、一定の条件下における手続瑕疵など、取消事由に該当しない瑕疵ないし違法性の存在が認められているからである。本稿では立ち入らない。

28 的確な指摘として、行政訴訟実務研究会編『行政訴訟の実務』615頁〔太田匡彦〕(第一法規、2004)〔最終加除：2017〕。

29 伊藤真『民事訴訟法(第5版)』306頁(有斐閣、2016)；司法研修所編『民事訴訟における要件事実第一巻(増補)』30頁以下(法曹会、1986)〔初出：1984〕。

30 山本克己「事案解明義務」法教311号86頁、88頁(2006)；山本隆司『判例から探究する行政法』237頁以下(有斐閣、2012)〔初出：2010〕。

31 行政訴訟実務研究会編・前掲註(28)614頁以下〔太田匡彦〕。

敷衍すれば、個々の「処分の違法性」の多くは規範的要件であり、それ自体は主要事実とは位置づけられず、それをさらに具体化したところの評価根拠事実／障害事実が主要事実となり、これらの諸事実を衡量して個々の「処分の違法性」の充足の有無が判断されることになる。

1. 2 規範的要件としての「処分の違法性」

行政裁量の審理に係る近時の代表的な判決を例にとろう。最判平成 18 年 2 月 7 日民集 60 卷 2 号 401 頁は、学校施設の目的外使用の不許可処分について、「①学校教育上支障があれば使用を許可することができないことは明らかであるが、②そのような支障がないからといって当然に許可しなくてはならないものではなく、行政財産である学校施設の目的及び用途と目的外使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により使用許可をしないこともできるものである」と述べる。ここでは、目的外使用の不許可処分の「違法性」として、①学校教育上の支障があること³²と、②そのような支障はないが、裁量判断に合理性を欠いたことという、二つの「処分の違法性」、すなわち二つの（選択的な）規範的要件が設定されている。

そしてこの判決は、①②の規範的要件の内容を、さらに敷衍している。①について曰く、「学校教育上の支障とは、物理的支障に限らず、教育的配慮の観点から、児童、生徒に対し精神的悪影響を与え、学校の教育方針にもとることとなる場合も含まれ、現在の具体的な支障だけでなく、将来における教育上の支障が生ずるおそれが明白に認められる場合も含まれる」。そして、このように敷衍された「学校教育上の支障」を基礎付けるべく／否定すべく主張される各種の具体的な事実（たとえば、使用許可を受けた学校施設において開催される集会について右翼団体等による具体的な妨害の動きがあったこと³³など）が、①の違法性を基礎づける評価根拠事実／障害事実として、主要事実位置づけられることになる³⁴。

32 学校教育法 137 条は、「学校教育上支障のない限り、・・・学校の施設を社会教育その他公共のために、利用させることができる」と規定する。

33 同判決は、「本件不許可処分の時点で、本件集会について右翼団体等による具体的な妨害の動きがあったという主張立証はない」としており、この事実を具体的な主張立証の対象となる主要事実と位置付けているように見える。

34 ただし、実際の取消訴訟の審理過程において、どの段階まで具体化された事

1. 3 規範的要件としての「裁量の逸脱または濫用」

他方で、②の「違法性」は、「(A) 管理者の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たっての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものであり、その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、(B) その判断が、(a) 重要な事実の基礎を欠くか、又は (b) 社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である」と、敷衍されている。一見して明らかなおお、ここでは司法審査が制限されるという意味での行政裁量が認められる場合の審理構造が具体化されている。

ここでも、訴訟物たる処分の違法性¹⁾一般を基礎づける個々の「処分の違法性」の一つが問題となっている点に変わりはない。そして、行政裁量が認められる場合には、「処分の違法性」は「裁量権の逸脱又は濫用」とパラフレーズされたうえで、それがさらに (a) 「重要な事実の基礎を欠く」場合および (b) 「社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」に敷衍されるのだといえる ((B) の部分)。そして、この (a) や (b) を基礎づける具体的事実が、評価根拠事実／障害事実として主要事実に位置づけられることとなる。他方で、これに先行する判示部分は、(a) や (b) を基礎づけるべく主張されるべき評価根拠事実／障害事実の選別の基準を示すもの ((A) の部分) と解される。

本稿の問題関心は、こうした判示がいかなる意味で行政裁量に特殊な審

実を主要事実と位置付けるべきかは、一般論として論じることが難しい(参照、行政訴訟実務研究会編・前掲註(28)615頁、647頁註19〔太田匡彦〕)。この点に関しては、一般条項ないし規範的要件の審理構造の分析において、主要事実という形で弁論主義や証明責任の適用を一律に決することを止め、類型ごとに各種の規律を分離して考察する傾向が参考になる(2.2.1.2参照)。

理構造を規定しているのかを明らかにすることにある。項を改めて、行政裁量の司法審査の枠組みそれ自体の考察に移ろう。

2. 裁量審理の構造

日本の行政裁量論は、行政裁量の司法審査に関して、判断代置審査、判断過程審査、社会観念審査、中程度の審査といった、各種の審査態様を観念してきた。しかし、それぞれの審査の具体的な内容および相互関係には、なお不明瞭な点が多い。その理由の一つは、こうした諸種の審査態様の表現が、訴訟法理論上の異なる観点を混在させたままでなされてきたことにある。以下では、裁量統制の手法と密度との区別という観点を、先述の規範的要件の審理構造に仮託して彫琢することで、議論の整理を試みるとともに、行政裁量の司法審査の特殊性を明らかにする。

2. 1 裁量統制の密度と手法？

近時の我が国の行政裁量論においては、行政裁量の審査手法と審査密度とが区別されることがある³⁵。この旨を明確に説く論者は、審査手法の問題として、「行為の内容（結果）」に着目する実体的審査と「行為を行うに至った判断過程」に着目する判断過程審査とを対比し、審査密度の問題として、「裁判所がどの程度立ち入った審査をするかの問題」を観念し、最大限の審査（判断代置審査）、中程度の審査、最小限の審査（社会観念審査）を対比する³⁶。

規範的要件の審理構造においても、類似の観点が設定されることがある。すなわち一方で、規範的要件として何を構成するか（証明主題の選択）という、いわゆる法律構成に関する問題が認識される。他方で、具体化された規範的要件の充足を判断するための、評価根拠事実／障害事実の認定およびその衡量の判断をどこまで踏み込んで行うか（評価基準の選択）、すなわち具体的な要件事実の主張および証明に関わる問題が観念される³⁷。先に整理した通り、取消訴訟においては、処分の違法性一般とい

35 たとえば、亘理格「行政裁量の法的統制」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点（ジュリスト増刊）』118頁、118頁（2014）；山本隆司・前掲註（30）232頁。

36 村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法時 85 卷 2 号 10 頁、13-14 頁（2013）。

う訴訟物の存否を判断するために、個々の「処分の違法性」が規範的要件として設定され、当該規範的要件がパラフレーズされたうえで、その充足を判断するための評価根拠事実／障害事実が衡量される（1. 2 参照）。この点は、行政裁量が認められる場合も同様である（1. 3 参照）。そのため、規範的要件の審理とパラレルに考えるならば、審査手法の問題は証明主題の選択を、審査密度の問題は評価基準の選択を扱うものと、さしあたり整理できる。

以下では、まず、比較的訴訟法理論との接点が明確な審査密度の問題を具体的に考察したのち（2. 2）、審査手法の問題の意義を明確にする（2. 3）。

2. 2 司法審査の密度

司法審査の密度の問題は、さらに、個々の評価根拠事実／障害事実の認定をいかに行うかの問題（2. 2. 1）と、それらを衡量して規範的要件の充足の有無を判断する過程をいかに規律するかの問題（2. 2. 2）とに区別することができる。そして、この両者の組み合わせによって、司法審査の密度は複雑な様相を呈することになり、行政裁量の審理の特殊性も、まずはこの複雑さの中で捉えることができる（2. 2. 3）。

2. 2. 1 評価根拠事実／障害事実の認定——証明責任

民事訴訟における規範的要件の審理において、評価根拠事実／障害事実の存否の認定の段階を規律するのは、証明度ないし証明責任の概念である。行政訴訟に関しても、証明責任の分配は古くから論じられてきたが、行政法学ではそもそも証明責任の対象となる主要事実が具体的に特定されないままに議論が展開されたために、現在の民事訴訟実務における規範的要件の審理構造の理解と接続されなかった感がある³⁷。以下ではまず、

37 「一応の推定」を題材に、規範的要件の審理における証明主題の選択と評価基準の選択とを区別するものとして、三木浩一「民事訴訟における証明度」同『民事訴訟における手続運営の理論』428 頁、466 頁以下（有斐閣、2013）〔初出：2010〕。

38 行政訴訟実務研究会編・前掲註（28）671 頁註 93〔太田匡彦〕；米田雅宏「行政訴訟における要件事実論・覚書」伊藤滋夫編著『環境法の要件事実』197 頁、202 頁（日本評論社、2009）。

取消訴訟において証明責任ないし証明度が果たす役割を明確にする。

2. 2. 1. 1 要件事実の構成と証明責任

証明度とは、裁判官の心証の程度（心証度）がいかなるレベルに達した場合にある事実の存否が証明されたとすべきかの基準をいい、証明責任とは、ある事実の存否に関する心証度が証明度を超えない状態（真偽不明ないしノン・リケットの状態）において、当該事実の証明の有無を決するための法技術である。具体的には、ある事実の存否について裁判官の心証度が真偽不明の状態に陥った場合、当該事実の存否は証明責任を負っている当事者に不利に処理されることとなる³⁹。

そして、個々の評価根拠事実／障害事実の証明責任については、当該規範的要件の充足により利益を得る側が評価根拠事実の証明責任を負い、当該要件の充足により不利益を被る側が評価障害事実の証明責任を負うという形で、基本的な分配の基準が構成されている⁴⁰。すなわち、評価根拠事実の存在／障害事実の不存在のいずれについても原告が証明責任を負う、または、評価根拠事実の不存在／障害事実の存在のいずれについても被告が証明責任を負うというような一律の分配は、ここでは予定されていない。裏面から言えば、規範的要件の審理ないし取消訴訟における証明責任は、「それぞれの要件事実ごとに」⁴¹、すなわちそれぞれの評価根拠事実／障害事実ごとに決定される。

というよりも、ここではいかなる形で評価根拠事実／障害事実を構成するかこそが問題であり、規範的要件の審理ないし取消訴訟における証明責任の分配に関する議論は、むしろそうした具体的な要件事実の構成の表現として理解される⁴²。こうした、立証主題の特定による証明責任の分配と

39 参照、新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』568頁、602頁以下（弘文堂、2011）。

40 司法研修所編・前掲註（29）34頁。

41 山本隆司「行政手続および行政訴訟手続における事実の調査・判断・説明」小早川光郎古稀『現代行政法の構造と展開』293頁、315頁（有斐閣、2016）。

42 笠井正俊「行政事件訴訟における証明責任・要件事実」論叢164巻1-6号320頁、335頁以下（2009）が、行政法学における証明責任論から「具体的な要件事実の分配例」を論ずるのは象徴的である。また、「裁量権の逸脱濫用という評価的要件について、どの事実を評価根拠事実とし、評価障害事実とするかの振り分け」こそが重要な問題であるとの指摘（越智敏裕「新たな環境行政

いう局面は、規範的要件の具体化による論証責任の分配と密接に関連しており(2. 2. 3. 2 参照)、さらに審査手法の問題とも交錯することとなる(2. 3. 3. 1 参照)。

2. 2. 1. 2 「総合判断型」規範的要件

なお、近時の民事訴訟法学説においては、規範的要件をさらに「択一型」と「総合判断型」とに区別する理解がある。「択一型」とは、民法 709 条の「過失」を典型例とする、「要件を満たす行為態様の多様性に着目」して構成された規範的要件であり、「総合判断型」とは、借地借家法 6 条および 28 条の「正当の事由」を典型例とする、「要件の考慮要素の多様性に着目」して構成された規範的要件である⁴³。そして、後者の充足を判断するための評価根拠事実／評価障害事実は、どれか一つが欠けても一般条項の充足の有無の判断が不可能となるわけではなく、通常的事実認定における間接事実に近い役割を果たしているため、そこには証明責任を觀念しないのが妥当とされる⁴⁴。具体的には、ある評価根拠事実／障害事实在が真偽不明の場合に、当該事实在が存在しないものとして(例えば心証が 50% 存在する場合でも、0% として)扱うのではなく、心証度の通りに(50% 確からしいものとして)心証に組み込むことになる。ただし、「総合判断型」の規範的要件ないし不特定要件の評価根拠事実／障害事实在は、弁論主義の局面ではなお主要事实在として扱われる⁴⁵。

取消訴訟で問題となる「処分の違法性」についても、こうした「総合判断型」としての理解への親近感が示されている⁴⁶。ただし、そもそも規範

訴訟の形式と要件事実」伊藤滋夫編『環境法の要件事実』107 頁、113 頁註 12 (日本評論社、2009)も、本稿と同様に問題を把握するものと解される。

43 類似の発想として夙に、遠藤賢治「民事訴訟における要件事実の機能」同『民事訴訟にみる手続保障』227 頁、243 頁(成文堂、2004)。

44 山本和彦「総合判断型一般条項と要件事実——『準主要事実』概念の復権と再構成に向けて」同『民事訴訟法の現代的課題』261 頁、269 頁以下(有斐閣、2016)〔初出：2009〕；高橋宏志『重点講義民事訴訟法上(第 2 版補訂版)』426 頁以下、524 頁以下(有斐閣、2013)。嚆矢として、倉田卓次「一般条項と証明責任」同『民事実務と証明論』252 頁、255 頁以下(日本評論社、1987)〔初出：1974〕。

45 山本和彦・前掲註(46) 269 頁以下。

46 山本隆司・前掲註(41) 321-322 頁；藤山・前掲註(1) 333 頁。

的要件の規範構造の特殊性は相対的なものであり⁴⁷、ある要件事実を規範的要件と見るか否か自体が明確に割り切れる問題ではない⁴⁸。また、ある規範的要件が「択一型」か「総合判断型」かは、当該要件の性質から一律に定まるものではなく、事案に応じて異なりうる⁴⁹。それゆえ問題は、個々の「処分の違法性」ごとに、いかにして規範内容を明確化していくべきかにある。この問題は、裁判所による法適用のあり方というより大きな文脈に位置づけて考察する必要がある（2. 3. 3. 2 参照）。

2. 2. 2 規範的要件の充足——論証責任

他方で、行政法学の証明責任論は、以上とは異なる問題を処理する点に主眼があったようにも見受けられる。具体的には、裁量処分の取消訴訟についての証明責任の議論には、評価根拠事実／障害事実の証明責任というよりもむしろ、それらの事実を総合考慮して判断される規範的要件の充足の判断に関して、何らかの規範的含意があったのではないか。正確に言えば、そこでは証明責任ではなく、以下で見るとような論証責任の配分が議論されていたのではないか。

2. 2. 2. 1 論証度ないし論証責任

行政訴訟における証明責任論は、現在の民事訴訟実務とは異なり、規範的要件それ自体を主要事実と理解し、その証明責任を扱ってきた節がある⁵⁰。最高裁も、抗告訴訟に関しては、違法性の重大明白性（最判昭和 42

47 主要事実の「認定」と要件の充足判断（「評価」）との相対性について参照、伊藤滋夫『要件事実の基礎（新版）』285頁以下（有斐閣、2015）；土屋・前掲註（6）136頁以下；難波孝一「規範的要件・評価的要件」伊藤滋夫総括編集『民事要件事実講座第1巻』197頁、206頁以下（青林書院、2005）。「総合判断型」の評価根拠事実／障害事実に証明責任を觀念しない論者も、問題はこの程度の差が、裁判所の情報処理能力の有限性の観点から特別な取り扱いをもたらす程度に達していると解されるかどうかにあると述べている（山本和彦・前掲註（46）268-269頁）。

48 行政訴訟実務研究会編・前掲註（27）648頁註20〔太田匡彦〕。

49 三木浩一「規範的要件をめぐる民事訴訟法上の諸問題」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』5頁、11頁（信山社、2014）。

50 たとえば、小早川光郎「調査・処分・証明——取消訴訟における証明責任問題の一考察」雄川一郎献呈『行政法の諸問題（中）』249頁、254頁註5（有斐閣、1990）は、倉田・前掲註（46）などを参照し、規範的要件そのものを主

年4月7日民集21巻3号572頁)や、被告の「判断に不合理な点があること」(最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁〔伊方原発訴訟〕)といった規範的要件それ自体について、原告の主張立証責任を語っている⁵¹。

こうした、規範的要件それ自体について「証明責任」を論ずるという枠組みを正面から受け止めるならば、それは、評価根拠事実／障害事実を衡量し、規範的要件の充足の有無を判断する過程において、当事者間のある種の「責任」を観念するものと理解することができる。より具体的に言えば、各種の評価根拠事実／障害事実を衡量した結果、規範的要件たる「処分の違法性」の充足の有無に関する心証が真偽不明ないしノン・リケットの状態に陥った場合、すなわち典型的には違法の心証も適法の心証も50%の状態に陥った場合に、いずれの当事者に有利な判断を下すべきかが、ここでの「責任」として観念される⁵²。

この「責任」を、評価根拠事実／障害事実のレベルのそれと同様に「証明責任」の語を用いて考察することも可能であるが、便宜上、これを論証責任と呼ぶことにする⁵³。論証責任の概念は、いわば規範的要件それ自体の「証明責任」を表すものであり、規範的要件の充足に関する裁判官の心証度が論証度を超えない場合には、当該規範的要件の充足・不充足は論証責任の所在に応じて判断されることになる。

2. 2. 2. 2 ノン・リケットの許否

ただし、こうした理解とは異なり、規範的要件の充足の有無の判断においては真偽不明(ノン・リケット)の事態は想定できないとする立場が多

要事実とし、評価根拠事実／障害事実を間接事実と位置付けるようである。

51 行政訴訟実務研究会編・前掲註(28)655-656頁〔太田匡彦〕。なお、伊方原発訴訟最高裁判決の主張立証責任に関する判示の理解として参照、垣内秀介「相手方の主張立証の必要——伊方原発事件」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選(第5版)』132頁(有斐閣、2015)。

52 倉田・前掲註(45)261頁は、一定の規範的要件に限ってこの旨を認める。

53 こうした意味での論証責任および正当化責任については、立法事実を巡る議論において、すでに民事訴訟法学においても言及がある。参照、原竹裕「裁判による法創造と事実審理」320頁註15(弘文堂、2000)；太田勝造「裁判による民事紛争解決——立法事実と正当化責任を中心として」同『民事紛争解決手続論(新装版)』109頁、155頁(信山社、2008)〔初出：1988〕。

数である⁵⁴。しかし、こうした理解については、なお精査すべき点がある。

一方で、法問題に真理値 (truth value) が観念できないことを理由に、法問題たる規範的要件の充足判断については真偽不明を観念することが論理的に否定されるとする理解がある⁵⁵。しかしながら、規範的要件の充足判断には本当に真理値が観念できないのか、なお考察の余地があると思われる⁵⁶。そもそも、真理値の概念そのものについて、またそれを事実問題に限定することが正当であるかについて、争いがある⁵⁷。また、外国法や慣習法について、一定の場合に「法の存在および内容」の証明が語られている⁵⁸ことからすでに、法問題にノン・リケットを観念すること自体は訴訟法理論上も予定されてきたのではないかと考えられる。

他方で、この点に関しては、心証度と解明度との混同が議論のすれ違いを生んでいる可能性がある。証明度とは、「証明主題の蓋然性がどの程度あれば、その事実を真ないし偽と判断しうるかの問題」であり、解明度とは、「証拠調べ・事実関係解明をどこまでするかの問題、裏がえせば、結果の確実性がどの程度達成されれば、その争点についての判断に熟すかの問題」である⁵⁹。そして、裁判所が審理を尽くし十分な解明度に達していても、結果的に心証度がノン・リケットの状態（典型的には、適法／違法の心証がともに50%）に留まってしまうことは、規範的要件の審理においても論理的には否定できないのではないかと⁶⁰。要するに、法問題にノ

54 山木戸克己「自由心証と挙証責任」同『民事訴訟法論集』25頁、52頁（有斐閣、1990）〔初出：1976〕；吉川愼一「要件事実論序説」司法研修所論集110号129頁、167-168頁（2003）；山本和彦・前掲註（46）276頁註46；難波・前掲註（49）226頁。裁量処分について、藤山雅行「行政訴訟の審理のあり方と立証責任」同編『新・裁判実務大系25（行政争訟）〔改訂版〕』389頁、410頁（青林書院、2012）。

55 山本和彦・前掲註（46）263頁。

56 具体的には、間接事実の積み重ねにより主要事実を「認定」する構造と、評価根拠事実／障害事実の衡量により規範的要件の充足を「論証」する構造とで、いかなる点が異なるのが問題である。

57 太田勝造・前掲註（55）158頁註15。

58 伊藤眞・前掲註（29）344頁；新堂・前掲註（39）580頁。

59 参照、太田勝造『裁判における証明論の基礎』108頁以下（弘文堂、1982）。

60 類似の見解として参照、笠井正俊「不動産の所有権及び賃借権の時効取得の要件事実に関する一考察——いわゆる規範的要件の評価根拠事実と評価障害

ン・リケットを観念しない見解が問題としてきたのは、裁判所が真偽不明ないし判断不能の心証度のもとで判断を下すことそれ自体ではなく、審理結果の確実性が低い状態、すなわち解明度に満たない審理状況で終局裁判を下す⁶¹ことの是非だったのではないか。

ただし、仮に規範的要件の充足判断に真偽不明を観念するとしても、論証度をいわゆる「高度の蓋然性」（最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁〔ルンバル事件〕）よりも引き下げるならば、論証責任の実際上の意義は小さくなる⁶²。見方を変えるならば、規範的要件の充足判断に関しては、論証責任を観念したうえで、適法／違法の心証が50%を少しでも上回る場合には適法／違法の判断がなされるとする、すなわち論証度を50%に設定するというのが、民事訴訟法学においてこれまで想定されてきた規律なのではないか。そして、行政訴訟に固有の証明責任論が語られる際には、この民事訴訟におけるデフォルトの論証度を加重ないし軽減することを通じて、行政訴訟に固有の論証責任の規律が模索されてきたのではないか⁶³。

2. 2. 3 司法審査の密度の諸相

以上のように、規範的要件としての「処分の違法性」の審理過程を規律する概念として、証明責任ないし証明度、論証責任ないし論証度を観念できる。「処分の違法性」の審査密度の問題も、これに応じて二つの局面に分かれる。具体的には、個々の評価根拠事実／障害事実の存否の判断を規律する証明責任ないし証明度の局面（2. 2. 3. 2）と、規範的要件たる「処分の違法性」の充足の判断を規律する論証責任ないし論証度の局面（2. 2. 3. 1）である。裁量審査に何らかの特殊性があるとすれば、それ

事実という観点から」判タ912号4頁、7-8頁、10頁註16（1996）。

61 解明度の概念の主唱者は、終局判決の要件たる「裁判をするのに熟したとき」（民事訴訟法243条1項）を、「必要な解明度が達成されたとき」であると理解している（太田勝造『訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について』新堂幸司編『特別講座民事訴訟法』429頁、437頁（有斐閣、1988））。

62 証明度について、伊藤眞「証明度をめぐる諸問題——手続的正義と実体的正義の調和を求めて」判タ1098号4頁、8頁（2002）。

63 本稿ではこの議論の蓄積に立ち入る余裕はない。近時の考察として参照、山本隆司・前掲註（41）309頁以下；高橋滋ほか編『条解行政事件訴訟法（第4版）』238頁以下（鶴岡稔彦）（弘文堂、2014）。

はまずはこれらの局面で現れるものと理解できる⁶⁴。

2. 2. 3. 1 論証責任の加重

一方で、行政裁量の特殊性は、個々の「処分の違法性」の論証責任のレベルで捉えられることがある。たとえば、裁量の承認が事実関係の「評価」の次元における行政の判断の合理性の推定として働く可能性を示唆する理解⁶⁵は、原告の論証責任を加重することに裁量の特殊性を見出すものと理解できる。

裁量審査における論証責任の加重が比較的明瞭に現れているのは、裁量審理の際に散見される「重要な」や「著しく」といった修辭である。先に見た最判平成 18 年 2 月 7 日民集 60 卷 2 号 401 頁 (1. 2 参照) は、裁量判断は、「その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である」とする⁶⁶。ここでは、裏面から言えば、重要ではない事実の基礎の欠如や、著しいとまではいえない妥当性の欠如では、「裁量権の逸脱又は濫用」は肯定されず、処分は違法とならないことが示されていると解される。換言すれば、こうした判示の意味は、原告被告双方の主張する評価根拠事実／障害事実

64 なお、行政裁量の司法審査の密度に関しては、しばしば解明度の問題も論じられてきたようにも見受けられる。たとえば、藤田・前掲註 (3) 179 頁が、行政裁量審理の特殊性を、「挙証責任の分配問題とは全く理論的性質が異なる問題、「そもそも、主張立証をどこまでさせるか、という問題」として認識しているのは、解明度の問題としてこれを捉えるものと理解しうる。同様に、最判昭和 52 年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1101 頁〔神戸税関事件〕は「詳細に事実を挙げて、処分は妥当としている」、「決して、緩い裁量審査をしているようには見えません」という評価 (蟻川恒正 = 中川文久 (聞き手)「藤田宙靖先生と最高裁判所」藤田宙靖『裁判と法律学——『最高裁回想録』補遺』217 頁、320 頁〔中川文久発言〕(有斐閣、2016)) は、最高裁が裁量審査において高い解明度を前提としている旨の指摘とも理解することができる。解明度の問題は行政の調査義務との関連等において理論的に重要な位置づけを占めるが、本稿では立ち入らない。参照、山本隆司・前掲註 (41) 299 頁。

65 垣内・前掲註 (53) 133 頁。

66 判示のこの部分を審査密度の問題として捉え、審査手法の問題から切り離す理解として、大貫裕之『ダイアログ行政法』156 頁 (日本評論社、2015)〔初出：2013〕。山本隆司・前掲註 (30) 229 頁以下も参照。

を衡量し、事実の基礎の欠如や妥当性の欠如を判断する際の論証責任を原告に負わせ、それが「重要」または「著しい」と言えるレベルまで論証度を加重するもの、と解することができる。

他にも、著名なマクリーン事件（最判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）では、「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、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となるものというべきである」とされており、「裁量権の逸脱又は濫用」を認定する論証度が一層高く設定されたものと理解する余地がある⁶⁷。また、弁護士懲戒処分に関する最判平成18年9月14日判時1951号39頁は、「弁護士の裁量権の行使としての懲戒処分は、全く事実の基礎を欠くか、又は社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法となるものというべきである」としており、「事実の基礎の欠如」と「社会通念上妥当性を欠く」とで論証度に差をつけたものとも解される。他方で、裁量を認めつつも、「重要な」や「著しく」といった修辭を使わない判例もある⁶⁸。もっとも、最高裁がこうした文言を意図的に書き分けているのかは判然とせず⁶⁹、解釈の余地は多分に開かれている。

2. 2. 3. 2 証明責任の分配

他方で、上記の判示群に関しては、個々の「処分の違法性」の評価根拠事実／障害事実の設定による証明責任の分配の問題（2. 2. 1. 1 参照）として捉えることも可能であろう。具体的には、「その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である」という先述の判示は、①「事実の基礎を欠く」または「社会通念に照らし妥当性を欠く」という規範的要件の原告の論証責任を加重するもの（2. 2. 3. 1 参照）というよりも、むしろ、②

67 参照、常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義——統合過程論的考察」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』235頁、247頁（有斐閣、2008）。

68 たとえば、最判昭和48年9月14日民集27巻8号925頁〔分限降任処分〕、最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁〔剣道受講拒否事件〕。村上・前掲註（36）14頁は、これらの判例を「中程度の審査」の例と理解する。

69 大貫・前掲註（68）156頁。

事実の基礎の欠如や妥当性の欠如が「重要」または「著しい」ものであることを示す評価根拠事実の主張立証を、さらに原告に求めるもの（評価根拠事実の設定を通じた証明責任の分配）とも理解できる。最高裁も、無効確認訴訟について、原告は「行政処分が違法であり、かつ、その違法が重大かつ明白であることを主張および立証することを要する」（傍点筆者）としており（最判昭和42年4月7日民集21巻3号572頁）、処分が違法であることを基礎づける事実と、それが重大かつ明白であることを基礎づける事実とを、異なる評価根拠事実として位置づけているようにも見え、②に近い理論構成であるとも解される。①の理解と②の理解との差異は微妙である⁷⁰が、②の理解には、評価根拠事実が典型的に把握されることで立証主題が明確化されるという意義がある（2. 3. 3. 1参照）。

2. 2. 3. 3 規範的要件の具体化

こうした、規範的要件の論証責任そのものの分配と、評価根拠事実／障害事実の設定による証明責任の分配は、翻って、個々の「処分の違法性」という規範的要件を具体化する作業であると位置づけることができる。

行政裁量に関してこの旨が明確に現れているのは、学生や公務員の懲戒処分に関する判例である。たとえば、最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁〔剣道受講拒否事件〕は、学生を退学に処する場合には、「当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要する」とする⁷¹。また、最判平成24年1月16日判時2147号127頁〔君が代事件〕は、懲戒処分中の減給処分について、「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えて減給の処分を選択することが許容されるのは、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と解すべきである」と

70 山本隆司・前掲註(41)322頁。

71 この判示は、最判昭和49年7月19日民集28巻5号790頁〔昭和女子大事件〕が、当時の学校教育法施行規則13条3項4号（現在の26条3項4号）の解釈として示したものを一般化したものである。

する。これらの判決は、「当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる」ことや、「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、「社会通念に照らし（著しく）妥当性を欠く」という規範的要件をもう一段具体化した要件として設定し、その論証責任および、それを基礎づける事実（「処分の違法性」の評価障害事実）の証明責任を被告に課すものと解される。

そのほか、行政文書の不開示決定の違法性に関して、最高裁は不開示事由たる各種の「おそれ」という規範的要件の充足の有無を判断するための要件事実を類型化し、規範的要件の具体化を行っている⁷²が、これは要件事実の設定による証明責任の分配の作業そのものである⁷³。また、前掲最判平成 18 年 2 月 7 日（1. 2 参照）は、教育上の支障の有無に係る二つの規範的要件を定立する際、「原審の採る立証責任論等⁷⁴は是認することができない」としている。ここでも、最高裁は実際には原審の規範的要件の具体化の仕方を問題としたのであるが、それが「立証責任論等」の問題と把握されているのは、やはり両者の表裏一体の関係を浮き彫りにするものである。

2. 3 司法審査の手法

以上のように、司法審査の密度の問題が規範的要件たる「処分の違法性」の充足判断の過程に関わるのに対して、司法審査の手法の問題は、そもそも規範的要件たる「処分の違法性」をいかに構成するかに関わる（2. 1 参照）。そして、司法審査の手法に関わる問題としては、判断代置審査の可否（2. 3. 1）や、社会観念審査と判断過程審査の対比（2. 3. 2）が議論されてきたが、その内容は必ずしも明確でない。他方で、この司法審

72 行政訴訟実務研究会編・前掲註（28）658-659 頁〔太田匡彦〕。

73 山本隆司・前掲註（41）320 頁以下。文書不存在を理由とする不開示決定の取消訴訟の主張立証責任に係る最判平成 26 年 7 月 14 日判時 2242 号 41 頁も、文書不存在という要件の主張立証のあり方を具体化したものと理解できる。

74 原審および第一審は、「本件教研集会を使用目的とする申請を拒否するには、正当な理由が存しなければならないというべきであって、その正当の理由の存在については、使用を拒否する側、本件にあっては、被告がこれを立証しなければならない」としていた。

査の手法の問題は、規範的要件の具体化というより広い文脈に位置づけることで、その重要性が明らかとなる（2. 3. 3）。

2. 3. 1 判断代置審査

判断代置とは、「ある者が一旦処理した、または処理すべきであった事項そのものについて、他の者があらためてみずからの判断を形成し、これを前者による処理に置きかえて通用させるという仕組み」⁷⁵をいい、行政裁量が認められない場合には、裁判所はこの判断代置審査を行うものと解されている⁷⁶。では、裏面において、この判断代置審査の否定が行政裁量の審理の特殊性を表していると言えるだろうか。

2. 3. 1. 1 裁量と判断代置の否定

最高裁は、行政裁量の認められる処分の審査に関して、裁判所は行政庁と同一の立場に立って判断し、その結果と処分とを比較して論ずべきものではない⁷⁷、処分が行政庁の「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」審査する⁷⁸のだと繰り返し述べている。とりわけ、分限降任処分に係る最判昭和48年9月14日民集27巻8号925頁は、「原審の右認定判断は、その認定事実に対する独自の解釈と見解のもとに上告人の具体的な各主張事実を観察評価したうえ、被上告人の適格性の有無について一定の結論を下し、これと異なる上告人の判断を裁量権の行使を誤つた違法のものと断じているのであつて、原審の判断には、上告人が本件降任処分の事由の存否について上記のような裁量的判断権を有することを無視したか、ないしは裁判所のなすべき審査判断の範囲を超えて処分庁の裁量の当否に立ち入つた違法があるといわなければならない」として、行政裁量について判断代置審査を行ったことを原審の違法と論難している。

75 小早川光郎「裁量問題と法律問題——わが国の古典的学説に関する覚え書き」法学協会編『法学協会百周年記念論文集2』331頁、342頁（1983）。

76 大橋洋一『行政法I（第3版）』209頁（有斐閣、2016）；大浜啓吉『行政法総論（第3版）』269頁（岩波書店、2012）。

77 たとえば、最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁〔神戸税関事件〕、最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁〔剣道受講拒否事件〕。

78 たとえば、最判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁〔マククリーン事件〕、最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁〔学校施設目的外使用許可〕、最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁〔小田急高架化訴訟〕。

逆に、最判平成 25 年 4 月 16 日民集 67 卷 4 号 1115 頁は、公健法 4 条 2 項の水俣病の認定について、「この点に関する処分行政庁の判断はその裁量に委ねられるべき性質のものではない」としたうえで、「処分行政庁の判断の基準とされた昭和 52 年判断条件に現在の最新の医学水準に照らして不合理な点があるか否か、公害健康被害認定審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があってこれに依拠してされた処分行政庁の判断に不合理な点があるか否かといった観点から行われるべきものではなく、裁判所において、経験則に照らして個々の事案における諸般の事情と関係証拠を総合的に検討し、個々の具体的な症候と原因物質との間の個別的な因果関係の有無等を審理の対象として、申請者につき水俣病のり患の有無を個別具体的に判断すべきものと解するのが相当である」とし、やはり裁量の否定を判断代置審査に結びつけているように見える。

2. 3. 1. 2 判断代置の否定と行政判断の「尊重」?

こうした判断代置審査の否定には、たしかに裁量に特有の審査構造が表れているようにも見える。すなわち、判断代置の否定は、裁判所が行政の判断を追試ないし統制する立場から審査をするということを意味し、この点に行政裁量が認められる場合の審理構造の特徴が見出されるようにも見える⁷⁹。判断過程審査こそが行政裁量の司法審査の特徴とする理解⁸⁰は、そのような理解に立つものと理解される。

しかし、判断代置審査を否定することが、司法審査を制限するという意味での裁量に特有の問題なのか、すなわち、それが即座に行政の判断の「尊重」に繋がるのかは、必ずしも明確でない。一方で、判断代置審査をせず、行政の判断過程を追試ないしは統制する審査手法が、行政裁量が認められる場合に固有のものではないとの指摘がある⁸¹。他方で、判断代置審査をせず、行政の判断過程を追試ないしは統制する場合であっても、行政の判断を「尊重」せず、行政の判断の合理性について踏み込んだ司法審査を行うことは可能である⁸²。

79 小早川・前掲註 (77) 342 頁。

80 曾和・前掲註 (13) 195 頁。

81 山本隆司「行政裁量の判断過程審査——その意義、可能性と課題」行政法研究 14 号 1 頁、6 頁 (2016) は、判断過程審査が行政裁量が認められない場合にも一般的に用いられうることを指摘する。

要するに、司法審査を制限するという意味での裁量に特有の問題は、判断代替審査をするか否かという審査手法の問題そのものではなく、行政の判断それ自体の適否を問題とするとして、裁判所はどこまで踏み込んでそれを問題とするのかという、やはり審査密度の問題なのではないか⁸³。分限処分に係る判決は他方で、「同法（地方公務員法。筆者註）8条8項（現9項。筆者註）にいう法律問題として裁判所の審判に服すべきものであるとともに、裁判所の審査権はその範囲に限られ、このような違法の程度に至らない判断の不当⁸⁴には及ばないといわなければならない」（傍点筆者）と述べ、司法審査の密度の問題を言い換えただけのようにも見える。水俣病最判も、「審査会の調査審議および判断の過程の看過し難い過誤」と述べており、審査密度を合わせて問題としたものとも解される。

2. 3. 2 社会観念審査と判断過程審査

他方で、行政裁量が認められる場合には、判断代替審査が否定されることは前提として、社会観念審査と判断過程審査とがさらに対比されるのが常である。この対比には、行政裁量の審理に特有の問題が現れているだろうか。

2. 3. 2. 1 両者の内容

最高裁は、「裁量権の逸脱又は濫用」という規範的要件の内容を、処分

82 小早川・前掲註（77）343頁以下は、法律問題と区別される意味での裁量問題の審理の特殊性を、行政の判断の「模範からの逸脱」を問題とする逸脱審査ないし裁量権濫用審査に見出すが、「いかなる程度のものであればそこにいる逸脱として裁量権濫用にあたと認められるかの問題」をさらに区別し、この「程度」の問題の理解如何では、逸脱審査は判断代替審査に「接近」と述べる。

83 三浦・前掲註（21）113-114頁。行政裁量が認められる場合の判断過程審査は、「行政庁の説明を一応納得できるものかという観点から」審査する（山本隆司・前掲註（30）232頁）、「行政機関の説明する判断過程が一応の説得力をもつか否か」を審査する（山本隆司・前掲註（83）6頁）との指摘も、審査密度の問題を含意しているように見える。

84 行政法学において違法性と不当性が区別される際にも、実際には審査密度の問題が念頭に置かれることが多いように見受けられるが、本稿では立ち入らない。不当性概念の多様な含意について参照、稲葉馨「行政法上の『不当』概念に関する覚え書き」行政法研究3号7頁、15頁以下（2013）。

が社会観念上、または社会通念に照らし(著しく)妥当を欠く場合として理解してきた。一方で、要件裁量に係る事例では、「その判断が(a)全く事実の基礎を欠き又は(b)社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合」⁸⁵、「(a)重要な事実の基礎を欠くか、又は(b)社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合」⁸⁶が、「裁量権の逸脱又は濫用」が認められる典型例とされてきた。他方で、効果裁量に係る事案においては、「懲戒処分は、それが社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したと認められる場合」に違法となる⁸⁷という趣旨の判示が繰り返されてきた⁸⁸。こうした判示は、一般に社会観念審査と呼ばれてきた。

他方で最高裁は、「考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断」したかどうか⁸⁹、「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠くかどうか⁹⁰など、「判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないか」⁹¹、「判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等」があったかどうか⁹²を審査することがあった。こうした判示は、一般に判断過程審査と呼ばれてきた。

2. 3. 2. 2 両者の対照の意義

しかし、社会観念審査と判断過程審査とは、そもそもが明確な対照を為すものではなかった⁹³。(a)「事実の基礎を欠く」という部分も、(b)「社

85 前掲最判昭和 53 年 10 月 4 日〔マククリーン事件〕。

86 前掲最判平成 18 年 2 月 7 日 (1. 3 の (B) の部分)。

87 最判昭和 52 年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1101 頁〔神戸税関事件〕。

88 前掲最判平成 8 年 3 月 8 日〔剣道受講拒否事件〕、最判平成 24 年 1 月 16 日判時 2147 号 127 頁〔君が代事件〕。

89 前掲最判昭和 48 年 9 月 14 日〔分限降任処分〕。

90 前掲最判平成 8 年 3 月 8 日〔剣道受講拒否事件〕。

91 前掲最判平成 18 年 2 月 7 日 (1. 3 の (A) の部分)。

92 前掲最判平成 18 年 11 月 2 日〔小田急高架化訴訟〕。

93 藤田宙靖「自由裁量処分の司法審査」同『裁判と法律学——『最高裁回顧録』補遺』129 頁、141 頁(有斐閣、2016)曰く、社会観念審査と判断過程審査とは「同一レベルでの比較の対象となるものではない」、「理論的に並列の関係にあるものではない」。

会通念上／社会通念に照らし（著しく）妥当性を欠く」という部分も、行政が実際に考慮した、または考慮すべきであった事実の存否およびその衡量を問題にするものであり⁹⁴、そもそも判断過程審査との差異は相対的であった⁹⁵。その意味では、前記最判平成 18 年 2 月 7 日や最判平成 18 年 11 月 2 日が社会観念審査と判断過程審査とを「併用」したのは、なんら驚くべきことではない。

むしろ、社会観念審査や判断過程審査といった用語もまた、司法審査の手法の側面のみならず、審査密度の設定の側面にもまたがる含意を持っていた。たとえば、社会観念審査は、上記のように審査手法の問題として論じられる一方で、「著しきの統制⁹⁶」という審査密度の問題としても議論されてきた⁹⁷。同様に、判断過程審査も、主として審査手法の問題として論じられる一方で、「中程度の審査」という一種の審査密度の問題としても議論されてきた⁹⁸。そしてやはり、司法審査の程度を下げるという意味での行政裁量の審理に特殊なものとして認識されてきたのは、これらの用語法に伏在していた審査密度の問題であったのではないかと考えられる。

2. 3. 3 司法審査の手法の諸相

このように、判断代置審査や、社会観念審査や判断過程審査といった用

94 敢えて分析的に見れば、(a) は「裁量権の逸脱又は濫用」の評価障害事実（行政が主張する、処分要件を基礎づける事実）がそもそも存在せず、評価根拠事実との衡量を行うまでもなく「裁量権の逸脱又は濫用」が肯定される場合であり、(b) は行政の主張する評価障害事実は存在するが、原告の主張する評価根拠事実との衡量ないしは衡量の結果が妥当性を欠く場合であると整理できるかもしれない。ただし、このような細かな使い分けが実際に判例において意識されているわけではない。

95 山本隆司・前掲註 (16) 15-16 頁は、社会観念審査を、むしろ判断過程審査の「特殊な形態」と位置付ける。

96 山本・前掲註 (16) 15 頁。

97 榊原秀訓「行政裁量の『社会観念審査』の審査密度と透明性の向上」室井力 追悼『行政法の原理と展開』117 頁、123 頁（法律文化社、2012）は、「社会観念審査の典型例であった、神戸全税関事件最判は、判断過程審査と審査方式が異なるものということではなく、審査密度が低いものと説明することも可能であるように思われる」とする。大橋・前掲註 (78) 209 頁も、社会観念審査を独立の審査手法としては取り上げない。前掲註 (68) も参照。

98 小早川・前掲註 (14) 197 頁、三浦・前掲註 (21) 110 頁。

語は、審査手法の問題というよりも、むしろ審査密度の問題において裁量審理の特殊性を示すものであった。とはいえ、審査手法の問題と審査密度の問題とは、実際には重なり合う部分があり、裁量審理の問題を審査密度の問題に解消することは妥当でない(2. 3. 3. 1)。また、この審査手法の問題は、規範的要件の具体化というより広い文脈に位置づけることで、その重要性が明らかになる(2. 3. 3. 2)。

2. 3. 3. 1 審査手法の意義

既に述べたように、規範的要件の審理構造においては、証明責任の分配は、むしろ評価根拠事実／障害事実の設定の問題であった(2. 2. 1. 1 参照)。そして、一定の事例群においては、「社会通念に照らし(著しく)妥当性を欠く」という規範的要件について、典型的な評価根拠事実／障害事実が構成されていた(2. 2. 3. 2 参照)。こうした評価根拠事実／障害事実の類型化は、結局のところ、規範的要件を証明可能な具体的事実のレベルまで類型化する作業にほかならず、規範的要件の具体化を意味する審査手法の問題の一部でもある。敢えて図式化すれば、違法性を認めやすい形で／認めにくい形で規範的要件を具体化することは、一種の審査の「深さ」／「浅さ」として表現しうる⁹⁹。

換言すれば、司法審査を何らかの形で制限するという意味での行政裁量の特殊性を、審査密度の問題に回収しきってしまうと、こうした規範的要件の具体化という側面を見落としかねない。この規範的要件の具体化という作業は、認定主題の特定を通じて審理構造を明確化する意義を有するのであり¹⁰⁰、これを安易に後景化してしまうのは妥当でないだろう¹⁰¹。個々

99 判断過程の審査を「中程度の審査」と位置付ける理解は、こうした文脈においてその意義が認識される。なお、この「中程度の審査」という整理は、フランス行政裁量論における「通常審査 (contrôle normal)」という整理の影響を多分に受けている(参照、山本隆司・前掲註(16) 21 頁註 66)。フランスの「通常審査」の位置づけについて参照、阿部泰隆『フランス行政訴訟論——越権訴訟の形成と行政行為の統制』101 頁以下(有斐閣、1971)。現在の標準的な文献として、Jean WALINE, *Droit administratif*, 26^e éd., Dalloz, 2016, n° 433。

100 行政訴訟実務研究会編・前掲註(28) 658 頁〔太田匡彦〕。

101 高橋滋ほか編・前掲註(65) 615-616 頁〔橋本博之〕は、「重要な」事実の基礎を欠くという判示に、裁判所が何が「重要な事実」であるかに立ち入るこ

の「処分の違法性」の規範構造の分析の必要性(2.2.1.2参照)や、司法審査の密度の問題において論証責任の設定の文脈と要件事実の設定による証明責任の設定の文脈とを区別する必要性(2.2.3.2参照)は、この点に関わるものである。

また逆に、いかなる形で規範的要件たる「処分の違法性」を具体化するかという司法審査の手法の問題は、裁量審理に特有のものとしてではなく、広く行政統制一般に関わるものとして論じられるべきものである¹⁰²。審査手法の問題としての社会観念審査の特徴は、行政の行為規範においては必ずしも明確に考慮が予定されていない事実を、司法審査における評価規範においては考慮すべきものと位置づける点に見いだされる¹⁰³。これに対して、審査手法の問題としての判断過程審査の意義は、行政の行為規範を司法審査における評価規範と一致させることを通じて、裁判所と行政との「協働」の下で「処分の違法性」という規範的要件を具体化するものである¹⁰⁴。ここにはさらに、弁論主義の下での行政の訴訟追行のあり方とい

とを可能とするという積極的な意義を見出す。これは、「重要性」を独立の要件として立証主題を明確化したうえで、その要件の解釈に裁判所の判断代置を認めるという意味と理解できる。

102 裁量審査に限らない形で「結果の統制」と「過程の統制」とを対比し、ドイツの行政訴訟理論の沿革と現状を精緻に解明するものとして、須田守「取消訴訟における『完全な審査』(一)～(五・完)」法学論叢178巻1号33頁；同2号37頁；同3号1頁；同5号27頁；同6号34頁(2015-16)。さらに言えば、これは行政統制に限らず、訴訟における主張立証過程の整序全般に関わる。検索事業者に対する検索結果削除請求に係る最判平成29年1月31日判時2328号10頁が定立した「優越することが明らか」という要件について参照、神田知宏「検索結果削除請求の実務と課題」判時2328号19頁、21頁以下(2017)。

103 山本隆司・前掲註(83)4頁。翻って、審査手法の問題としての判断代置審査は、このように理解された社会観念審査と同様と見る余地がある(参照、三浦・前掲註(21)113頁以下)。夙に、園部逸夫「現代行政と行政訴訟」公法研究45号145頁、147頁(1983)は、「行政判例に対する学界の反応の中には、行政実体法を離れて裁判所独自の立場から何らかの裁判規範を発見するか、あるいはそれを新たに形成することを要求するにひとしいものが見受けられる」と述べて、判断代置審査を是とする学界の潮流に異を唱えていた。他方で、比例原則等の憲法原理が裁量を「外から」制約するという理解に積極的な意義を見出す、穴戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号100頁、106頁以下(2009)も、この文脈において再度注目されるべきである。

う、これまた裁量審査に関わらない一般的な問題が関係する¹⁰⁵。

2. 3. 3. 2 規範的要件の具体化

なお、この規範的要件の具体化という問題は、少し視野を広げてみるならば、他の法分野においても同様に意識されていることが分かる。民事法における一般条項の解釈論¹⁰⁶や、憲法学における違憲審査基準論¹⁰⁷は、規範的要件それ自体の内容を彫琢するという観点から、豊富な議論が積み重ねられてきた典型であろう。また、明確な要件効果規範が存在しない家事事件においては、法律要件の抽出、法律要件に該当する具体的事実についての主張・証明責任の分配、主張の順序等を規整する機能を有する要件事実論¹⁰⁸が、裁判所の「裁量」を枠づけるものとして注目されている¹⁰⁹。とりわけ、当事者間の紛争解決という観点を超えて、広く関係者の利益の適

104 山本隆司・前掲註 (30) 232 頁；山本隆司・前掲註 (83) 6 頁以下。

105 交告尚史『処分理由と取消訴訟』139 頁（勁草書房、2000）；山本隆司・前掲註 (16) 17 頁。この点は、職権探知主義が採られるドイツとは大きな違いである。Vgl., *Wolf-Rüdiger Schenke*, in: Ferdinand O. Kopp/ Wolf-Rüdiger Schenke (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 22. Aufl., 2016, § 86 Rn. 1 ff.

106 大村敦志『公序良俗と契約正義』346 頁以下（有斐閣、1995）〔初出：1987〕；山本敬三『公序良俗論の再構成』46 頁以下（有斐閣、2000）〔初出：1995〕。

107 とりわけ意識的な分析として、松本和彦『基本権保障の憲法理論』6 頁以下（大阪大学出版会、2001）。

108 山本和彦「民事訴訟における要件事実」判タ 1163 号 15 頁（2005）；笠井正俊「要件事実論と民事訴訟」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』160 頁、161 頁（有斐閣、2009）。

109 山本和彦「家事事件における裁量とその統制のあり方雑考——裁量統制の手法としての『要件事実論』の意義」伊藤滋夫編『家事事件の要件事実』103 頁、105 頁以下（日本評論社、2013）；垣内秀介「家事事件における要件事実の機能——手続保障の観点から」伊藤滋夫編『家事事件の要件事実』122 頁、124 頁以下（日本評論社、2013）。また、「総合判断型」規範的要件（2. 2. 1. 2 参照）に対する批判の中には、主張立証の対象を明確化するという要件事実論の問題意識が含まれているように見受けられる（伊藤滋夫・前掲註 (49) 327 頁）。ただし、この問題意識はこの論点とは無関係に成立するようにも見える（参照、垣内秀介「家事事件要件事実研究会を終えて」伊藤滋夫編『家事事件の要件事実』192 頁、194 頁註 8（日本評論社、2013））。

切な保護の観点から、司法審査を事前の法規範に服さしめることが必要であるとの指摘¹¹⁰は、「法律による行政の原理」の下で認められる行政裁量については、より重要な意味を有するといえよう。

ただし、このように他分野の議論を涉猟してみると、規範的要件を具体化するための方法論も一様ではないことが分かる。たとえば、一般条項の解釈論においては、事例群の形成およびルール化による規範的要件の精緻化の思考を相対化する視点が提示されている¹¹¹。この文脈では、既存の類型ないしカテゴリを用いた判断の定型化のための理論である要件事実論に、新たな類型ないしカテゴリを創出するための理論としての利益衡量論を対置し、両者を相互補完的なものと位置付ける見解が注目される¹¹²。同様に、要件事実論ないしルール準拠思考と、総合判断型思考ないしケース準拠思考とを対比し、前者に規定された我が国の民事法学が後者を受け止めるために、包摂ないし性質決定の精緻化、ひいては法適用過程の構造化に取り組む見解¹¹³は、規範的要件の具体化のための方法論としての要件事実論に意識的に取り組むものと理解できる。こうした議論の文脈に照らしてみると、行政裁量の司法審査に関しては、規範的要件としての「処分の違法性」の具体化の仕方それ自体についても、目指すべき方向性を議論する必要性が看取される¹¹⁴。

110 伊藤滋夫ほか「家事事件要件事実研究会議事録」伊藤滋夫編『家事事件の要件事実』1頁、35頁〔垣内秀介発言〕（日本評論社、2013）。

111 山本敬三・前掲註（108）106-107頁。

112 大村敦志『典型契約と性質決定』211頁（有斐閣、1997）〔初出：1993-95〕。

113 小淵太郎「裁判官の法的思考」同『民法学の行方』54頁、72頁以下、81頁以下（商事法務、2008）。規範的要件の構造それ自体の分析として、要件効果規範とは区別された「要因規範」を観念し体系化しようとする理論も、類似の問題意識と言えよう（山本和彦「民事訴訟における裁判所の行為統制——『要因規範』による手続裁量の規制に向けて」同『民事訴訟法の現代的課題』209頁、225頁（有斐閣、2016）〔初出：2001〕）。

114 紛争解決における裁判官の「良心」の役割を強調する立場（藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の七年半』137頁（有斐閣、2012））や、行政訴訟の本案審理における「包摂モデル」の重要性を指摘する見解（原田大樹「本案審理の充実に向けて」判時2308号13頁、15-16頁（2016））などは、こうした議論の必要性を学界に問うたものとも位置付けられよう。

3. おわりに

以上、取消訴訟の審理構造を規範的要件の審理構造に仮託して敷衍し、それをもとに裁量審理の構造の特殊性を、審査密度と審査手法の観点から具体的に明らかにした。結論的には、司法審査の程度を何らかの意味で制限するという意味での行政裁量に特殊な審理構造は、規範的要件の充足判断の規律としての審査密度の問題に見いだされるが、その一部は規範的要件の具体化という審査手法の問題と交錯しており、すべてを審査密度の問題に解消することは、認定主題の特定を通じた審理構造の明確化という点から妥当でないことが確認された。また、審査手法の問題は、法適用のあり方に関する学問上の関心に接続しており、行政裁量の司法審査のあり方をより広い文脈でとらえなおす必要性があることも示した。

以上の考察は、古典的な論点に関する議論の整理に留まり、現在の学界の問題関心に直結する具体的な解釈論、立法論の提案に及ぶものではないが、学説と実務との建設的な対話の回路を開き、今後の行政裁量論の発展に資するものと信ずる。

※本稿は、第1回判例時報賞にて選考委員特別賞を受賞した論文に、弱干の誤記の訂正等を加えたものである。株式会社判例時報社および同賞選考委員の方々に、記して謝意を表す。