

博士論文

論文題目 行政決定の実相と裁判所の審査態度：
行政過程を通して見た法適用の合理性

氏 名 上床 悠

序章 問題意識と論文の構成	1
第一節 問題意識：行政過程における法の具体化	1
第二節 論文の構成	3
第一章 意思決定に関する理論的モデル	5
はじめに	5
第一節 法学の意思決定モデル：法適用と三段論法	9
第一款 三段論法	10
第一項 大前提：法命題の導出	10
第二項 小前提：事実と適用	15
第三項 命題における「弛緩概念」	17
第二款 三段論法の問題点と限界	19
第一項 発見と正当化	19
第二項 法的議論の理論	20
第三項 対話的合理性	22
第四項 小括	23
第三款 行政法学的立場から見た法適用	24
第一項 基本的モデル	24
第二項 複雑なモデル：裁量と衡量	26
第二節 行政学・政策学の意思決定モデル	27
第一款 政策過程論の提示する諸モデル	27
第二款 行政学の意思決定論	29
第一項 意思決定の合理性	29
第二項 意思決定と稟議制	32
第三項 小括	32
第三節 結果の論理と適切さの論理：両モデルの並立	33
第二章 行政処分決定の実相：事例研究	35
はじめに	35
第一節 不利益処分決定過程	37
導入	37
第一款 機械的処理の可能性 [自動車運転免許の停止又は取消]	37
第二款 不利益処分決定の裁量性	39
第一項 [水質汚濁防止法の改善命令等]	39
[補足. 処分を行うべき義務が事後的に認められた事例]	43
第二項 [保険業法の業務改善命令等]	45
第三款 効果裁量の無い場所での包摂 [関税法の輸入禁制品取締]	49
第一項 導入・法の規定	49

第二項 物品指定の実務	52
第三項 案件処理の手續過程	54
第四項 要件該当性認定の問題	56
第四款 小括	59
第二節 申請に対する処分の決定過程	60
導入	60
第一款 事前相談の無いように見受けられる事案処理過程 〔宅地建物取引事業免許〕	62
第二款 事前相談を伴う事案処理過程 〔河川法上の許可処分〕	63
第三款 法定外の考慮事項にこだわりすぎたと認められた事例 〔海岸法ないし国有財産法上の占用許可〕	65
第四款 小括	70
第三章 カナダ判例法理に見る行政への敬讓	71
はじめに	71
第一節 行政に当たる組織の構造	73
第二節 方針 (Policy) を持つことの許容性と適用条件	75
第一款 方針：法の効力を持たない規範	75
第二款 規則・方針の機能的分類	76
第三款 大臣の下にある機関：裁量基準の保有と裁量拘束禁止	79
第四款 行政審判所：統一性を保つための方針と自然的正義	81
第三節 行政による法解釈への裁判所の敬讓	84
導入	84
第一款 明白な不合理性 (Patent Unreasonableness / Patently Unreasonable) の審査基準	85
第二款 単純な合理性 (reasonableness <i>simpliciter</i>) の審査基準	88
第三款 実践的・機能的アプローチの確立	90
第四款 明白な合理性の基準の廃止・合理性基準の一本化	91
第五款 (不) 合理性とは何か	92
第四節 裁量審査	93
第一款 審査基準の裁量審査への拡張	93
第二款 重み付けの問題	96
第五節 小括	97
第四章 日本法への示唆と残された課題	98
第一節 二種類の審査手法	98
第二節 合理性審査の内容	102
第三節 法の解釈権の分担	103

序章 問題意識と論文の構成

第一節 問題意識：行政過程における法の具体化

(1) 本論文で考察したいことは、大きく一言であらわせば、行政処分が実際に行われる過程において、どのように法は具体化され決定へと結実していくのか、ということである。法が具体化され、適用されるためには、人の手と頭を使った作業が必要である。この問題に関して、本論文は行政組織が法の具体化に際して果たし得る役割の非常に大きいことを強調する立場から考察を行っていきたい、と考えている。

行政処分は法の適用として行われる。法の適用は裁判所の専門としている営為である。裁判官は法適用に関する方法に通暁している。裁判所は、紛争の発生と適法な提訴を俟って事件の取り扱いを始める。そして、法を適用して事件を解決する。通常、法は要件規定と効果規定とからできている。事件において見出される事実の中で、法の要件に該当するような事実が認められる場合には、要件に対応する法律効果を発生させることができる。

裁判所は提訴を受けた後、当事者から事実に関する主張・立証を聴く。当事者は一般に適用されるべき法が何であるかということについても主張し訴えかけをする。裁判所はそのような法に関し、解釈や具体化を行い、その法が本当に目の前の事件に適用できる法であるのかを考える。

行政事件に関し訴訟を受けたときも同様である。裁判所は自ら問題となっている法律の解釈を行うことができる。そこでは、当事者によって争われている法についても、当然自ら新たに解釈を行い具体化を行い、そして適用を行うことができる。

(2) では行政組織ではどうなのであろうか。行政組織は最初に申請を受けたり、又は自ら問題事例を発見したりする。行政組織が法適用として事件を処理するのだとすれば、そこではまず自ら法を解釈しなければならない。しかし、どのようにしてか。行政組織の中の人間は常に裁判官ほどの法的素養を備えているわけではない。そのときにも行政組織はうまく法適用という作業をおこなうことができるのだろうか。

続いて、何らかの形で解釈され、具体的に得られた要件に、目の前の事件が該当しているのかどうかということを考えなければならない。この過程の両段階では、行政は法の解釈・具体化を自らの職務として担っているのである。

しかし、このようにしてせつかく得られた法の解釈・具体化は、既に言ったように訴訟を提起された時にはなかったことにされかねないものである。それでは、行政過程において示された法解釈というのはいったい何なのであろうか。どうして法はわざわざ行政組織を置いて、それらに事件を解決させるという途を

選んだのだろうか。

ここでは、二つの事柄を考える必要がある。第一に、行政は本当に法適用として事件を処理しているのか。法適用と呼ぶに値するような意思決定をうまくできているのか。そして、目の前の事件の事実が要件に該当するかどうかということに注意をしながら意思決定を行っているのか、ということである。もしそうでないのなら、行政組織に対する統制ないし事務処理作業自体への統制ということから考えなければならない。

第二に、行政事件訴訟において、裁判所が自ら法を解釈し適用するという審査の方式は本当に必然的なものなのか、という問題である。それ以外に審査の方式はないのか。あるいは行政が示してきた法解釈をうまく活用するような方途もあるのではないか。

(3) そこで、本論文はこの二つの問題を直接に考察することとしたい。もし行政が的確な法適用として事件を処理しているのであれば、そこで行われている作業は裁判所によって行われるべき作業と本質的に同じということになる。もし裁判所が、行政により導かれた法の解釈・具体化をうまく活用できるとするならば、法の適用の過程は全体的に両者の協働作業として捉えることができるようになる。

逆に、行政組織による処分決定が適当な水準を満たした法適用でないのならば、裁判所は行政組織と徹底的に対立すべき立場に置かれることとなる。行政処分が法の具体化であり法適用である以上、そのようなものとして行われていない処分決定は是正されなければならないからである。行政組織が適当な水準を満たした法適用を行えるようになれば、裁判所はこれと協働しながらより良い行政を実現するための事案処理に注力できるようになる。行政組織もまたより良い行政に向かった道を進むことができる。このときには、行政全体の質の向上を図ることもできるようになるだろう。

裁判所が徒に行政による法解釈を覆すとき、行政による社会管理活動や政策展開は著しく阻害されかねない。それが阻害されてしかるべき程度のものであるならばそれは当然の結果である。しかし、裁判所があまりよく親しんでいない個別行政的問題や政策的問題に積極的に介入しているのであればどうだろうか。もし行政が一定水準を満たす法適用や法の運用を行うことができるような条件が確保されたとしよう。そのときにおいては、行政組織により良い制度運営を委ねて良い行政を目指すことが好ましいのではないか。裁判所の側でも、本当に法の要求に適っていないような不適正な行政活動だけを適確に批判することができるようになるのではないか。

第二節 論文の構成

予め論文の構成を示しておく。

第一章は、行政組織における意思決定ということに関する議論の総括である。まず法学・行政法学の立場から、法適用による意思決定には一定の範型があるということを示す。それは基本的には第一節で言ったような、法の解釈・具体化と事実の認定とから結論（法律効果）を導き出すような意思決定モデルである。そのモデルについては基礎法学において優れた分析が見出されるので、本論文ではそれらの成果をまとめることとする。しかし、それらの文献では法律の適用は裁判所で裁判官が行うことが想定されている。本論文は行政組織における法適用又は意思決定の考察を目指すものであるので、この点で補足が必要である。第一に、行政法学の立場からの法適用論についての考察を参照する。第二に、行政の実態分析を行う行政学や政策学においては、意思決定をどのように分析するのかということを確認する。このようにして、行政組織における意思決定というものを見通すための枠組みを得ようとするものである。

第二章は行政組織において、案件処理としての行政処分は本当に法律の執行として行われているのか、ということに関する事例研究を行う。行政組織は、実際に法律の適用として、あるいは法律の要件の認定ということに注意を払いながら意思決定を行っているものと認められる。ただし、個々の意思決定を行う行政官はすべての者が自ら法解釈を行うわけではない。あるいは、それらの者が個々に別々に法解釈を行うことは望まれていないかもしれない。そこでは、しばしば意思決定者ではない者が発出したマニュアル・通達等を用いて法解釈が行われている。

しかし、行政官が自ら法解釈を行おうと、意思決定者でない者が示した法解釈を用いようと、それは大した問題ではない。第一節で示したように、いったん事件が裁判所へ持ち込まれたら、裁判所は行政過程での法解釈に縛られずに自ら法適用を行い事件を解決することができるからである。このような制度的建前は、二つの問題を惹起しうる。まず、後ろに裁判所が控えているのに甘んじて、行政過程の側に不適切な解釈を放置・蔓延させておいても構わないかという問題。そして、適切な解釈かもしれないものであっても、裁判所は任意にそれを置き換える解釈を採用することができるか、という問題である。

第三章では、行政過程で具体化された法の解釈に関して、カナダ法との比較法的な考察を行う。カナダには敬讓の法理と呼ばれる法理が認められる。裁判所は、行政に対する司法審査において、原則的には自ら一から法律を解釈して判断を行おうとはしない。むしろ、行政による法解釈や法適用があったことを前提として司法審査を行う。重要なのは、裁判所は行政に容喙・介入しないという考え方

は採っていない、という事実である。裁判所は、行政による事件の処理が合理的に行われたか行われなかったかということを審査する。この合理性という基準がどのように用いられているのか、ということが一大関心事となる。

第四章は、第三章で得た知見を用いて日本行政への示唆を得ることができるかということを検討し、論文のまとめとする。法の解釈・具体化という作業に関する裁判所と行政との協働関係について考察を行いたい。また、行政内部における法の解釈・具体化はどのように行われ得るかということについても若干の展望を示したい。

第一章 意思決定に関する理論的モデル

はじめに

(1) 本章の議論を通じて確認したいのは、規範に基づく思考法ないし意思決定の特徴である。また、そのような思考法が重要であるということについてもコメントを加えたいと考えている。

伝統的な行政法の考察対象はいわゆる行政行為という行為形式である。法律の定める要件が充たされていれば、発せられた行政行為によって法律の定める通りに私人の活動を許可したり禁止したりすることができる。このとき、法学の関心は、先ずもって当該法律の要件の意味内容を明らかにすることに向けられる。それが明らかになれば、当該意味内容に現在認められる事実状況が適合しているかどうかということ判断する作業だけが残される。このような作業は、行政行為を発するかどうかを決定しなければならない場面、すなわち行政の現場の場面で行われうるだけでなく、第一次的な決定を事後的に審査しなければならない場面においても行われうるであろう。事前に定められた法規範に即して為されるこのような意思決定は、その追試を行うために考えなければならない事項をやはり法律の定める事項に限定するという点において意思決定の再現可能性を高めるものであるように見受けられる。

行政行為ないし近年好まれる用語法によれば行政処分に係る意思決定は、このように事前に定められた法規範に即して意思決定を行うか行わないか、また行うことが適切か適切でないか、を考えるような意思決定である。行政法学と関わりの深いこのような意思決定様式は、あまりほかの分野では認知されていない様式であると思われる。より広く行政における意思決定・政策的意思決定ということを考えてみると、そこでは意思決定の合理性、与えられた目的に対して適当な手段を選択するという様式で意思決定を分析することが多いからである。田中成明は、法的思考を特質付ける「要件＝効果図式」と対置して、「政治・行政・経済などの領域で広く用いられている」「合意型調整図式」「目的＝手段図式」なるものがあることを指摘している¹。それによると、「合意型調整図式」とは、「規範的判断枠組に義務論的に拘束されることなく、関係者のその場ごとのアド・ホックな取引交渉によって、相互に合意可能な妥協案をさぐり利害調整を図る手法」である。また「目的＝手段図式」とは「一定の目的を実現するのに最も効率的な手段を選択するという、広義の功利主義的な考慮に基づいて決定を正当化する方式」である。田中の提示した二様の意思決定様式も、それぞれに広い適用可能領域を有しており、社会で現実に行政的・政策的意思決定がなされる局面では広く用いられているものである²。

¹ 田中成明『現代法理学』(有斐閣、2011) 509頁。

² 追試可能性ないし再現可能性の問題について考えてみよう。目的＝手段図式は、学術的方

(2) 行政法学に立ち返って見ると、実はその対象設定は狭きに失するということが戦後長い間指摘されてきた。例えば、現実には存在している日本の行政組織は、実際には処分には至っていない段階で行政指導により自らの志向する目的を実現しようとするというような指摘が見られる³。また、直接には私人の権利義務に影響を及ぼしていないものと評価される、スキームだとかルールのような枠組みを先回りして作ってしまい、これによって「行政」が進められている、というようなことも指摘されている。私人の側は、後からこれを争うことが難しく、事実上これに従うように誘導されている、と不満を抱くこともありうるだろう。例えば、法律の意味内容はこれこれである、との解釈を通達として発出し、通達に基づいて以後ある分野での行政政策を進めていく、というような事例がこれに当たる⁴。行政行為に当たらないような「行政活動」、行政行為以外の行為形式によって私人の権利利益が侵害されてしまっている、これらの行政の行為形式についてもその統制を図っていかなければならない、という志向性の下、現代行政法学は発展してきているように見受けられる。行政法学の論文であるならば、本論文でもそのような統制への志向性を抱くべき、と行うことができるかもしれない。

しかし、法律要件、すなわち活動を行う前提として充たされるべき実体的条件に従った意思決定というものはこれ以上研究する意味がないものであるのだろうか、と問うと、これはそうではないと思う。また、より多数の行政活動はそういった要件に規定されずに行われているものなのであるか、と問えば、これもまたそうではないと考える。

本論文の関心は、決して少数ではない行政活動は、法律の執行として行われているのではないか、という点に第一に向けられている。この点の事実認識を

法としてこれを実行するための理論やこれを詳細に分析する理論の蓄積が著しく、非常に形式化されてきているものと理解することができる。制約条件が共通に与えられていれば、分析を行って、前もって行われた意思決定の適切さを追試することは比較的容易であるように思われる。ただし、制約条件の内容、何を考慮に入れ何を考慮に入れないかということについては、分析者間で前もって共通認識を得ておかなければならない。この問題については本章の行政学の理論を概観する部分で紹介する。他方、合意型調整図式については、アド・ホックさが田中によって指摘されているところがまず意識される。そして、規範的判断枠組に拘束されない、との前提が指摘されている点と併せて考えると、意思決定（ないしは調整）の追試可能性は念頭に置かれていないのではないかと思われる。

³ 例えば、伊藤大「マックス・ウェーバーと日本官僚制」『現代日本官僚制の分析』（東京大学出版会、1980）22頁以下は、細かな指導によって行政実務が行われている分野の存在を指摘している。また、そこでは民間側の発意や要請、民間側との話し合いが規制内容を定めるために重大な役割を有していることも指摘されている。

⁴ 例えば墓地埋葬法に係る最判昭和43〔1968〕年12月24日民集22巻13号3147頁の事案。

行うことは、実際には行政法学の関心と、僅かにかもしれないが、ずれているものであると思われる。戦前の、日本行政法学にとっては古典にあたる行政法教科書を眺めてみると、そこには各論という部分を備えた文献や各論という題名を備えた文献が見出されるであろう。戦前日本行政の実際を知りたいと思ってそれらを繙読すると、結果としては、それらの期待は裏切られる。それらの教科書で記されているのは、実際には個々の法律においてどのような行政行為が設けられているか、不許可営業や命令違反にどのような制裁が定められているか、という事項のみである。どのような行政組織がどのようにその制度を操って、社会公共の事務管理を行っていたか、という点には論述が及ばないのである。

(3) 本論文は第二章において、行政組織自体において、本当に法律の執行として意思決定が行われているのか、ということ进行调查する。ただ、その前提として、法律の執行とはどのような営為であるのかを知らなければならない。したがって、第一章第一節ではその準備も兼ねて、法律の適用とはどのように行われるものであると考えられているのか、ということを整理し確認しておきたい。実際のところ、法律の執行ないし適用としての意思決定にあつては、二段階にわたる構造を考えることができる、と言われている。第一に、まず決定の発見の段階というものがあると言われ、第二に、その決定を法に照らしその適用というかたちを与えて正当化する段階がある、と言われるのである。第二段階の正当化を法律の執行の体裁をとって行わなければならない、というのは、現代では必須の要請である。行政手続法典ないし行政手続法理における理由付記の制度というのは、このことを行わない行政活動は違法なものとなることを明確に語っている。

決定の発見については、前項に記したことから、少なくとも戦前行政法学にあつては興味が持たれていなかったのではないかと私見は考えている。現代法制は少し異なった方向で考えているように見受けられる。行政処分を行うに当たって、申請に対する処分にあつては事前に許可基準を定め明示しておくこと、不利益処分にあつては処分基準を定めるべき責務があることが、同じく行政手続法典上の要請となっているからである。基準を定めて明示しておくことは、要するにそれを適用して事件を処理すべきことを要求している、と見るべきではないか。そこで、本論文の目標の一つは、決定の発見が法律ないし何らかの規範に基づいて行われているか、ということを確認することとなる。

もし決定の発見が法律ないし規範上の要件への該当性の認定として行われているのであれば、実際の行政の活動をこの規範適用の方式を通じて制御していくという方針を選ぶことは十分な根拠を有していることになる。逆に、実は行

政の決定発見が、規範に基づいた・あるいは規範の適用として行われているものでないのであればどうだろうか。その他の方式によって実際の行政の意思決定が行われているのだと想定すると、行政活動の制御や改革をどのようにして実現していくのかということから改めて考え直さなければならない。行政手続法の定めた規整も、画餅に帰してしまいかねない。

(4) 行政の実態を分析する隣接諸学として、行政学や政策学のあることを指摘することができる。本章では、法学的な意思決定論と並んで、それらの学問における意思決定論の枠組みというものについても一定の認識を得ておくこととしたい。先回りして言う、それらの学問における意思決定論の枠組は、先に田中が指摘していたような「目的＝手段図式」や「合意型調整図式」のような枠組であるように見受けられる。もちろん、本論文はこれらの枠組の示しているような意思決定が実際に行われているという事実を否定しようというものではない。これらの枠組を用いて、諸意思決定を分析しようという試みを否定するものでもない。ただ、隣接諸学が充分には注意を払っていないように見受けられる、法学的な意思決定枠組ないし法適用論との適度なバランスを保った認識をしておきたいと願うものである。

このような考え方は独り私だけのものではないと理解している。というのは、大きな実績のある行政学者・政策学者もまた、両方の認識を得ておくことの必要性を指摘しているように見受けられるからである⁵。詳しくは本章第二節で検討するが、行政学的意思決定論の枠組においては、その「合理性」を想定することがよく行われている。これに対し本章第三節で検討する上記の指摘を行った議論では、現実の行政における意思決定の実情を把握し、また分析するためには、合理的な意思決定論だけでは足りないと言われるのである。その指摘によると、行政における意思決定には、ルールに基づき、事実状況を解釈して行うべき意思決定を導き出すという型が認められる、と言う。これは、法学者に共有された法適用論の意思決定論と非常に親和性の高い議論ではないか。

そうだとすると、実際には、行政法学者が行政法における法適用論を詳細に論じていくところからは、隣接学問との学際的な研究の可能性も拓げられていくのではないか。学際的な研究を行うことは本論文の課題ではなくむしろ将来

⁵ 例えば、James G. March, 'How Decisions Happen in Organizations', *Human-Computer Interaction*, 6 (1991), 95. 行政学的あるいは経済学的意思決定論に見られる合理的推論法は、「結果の論理」に基づいた推論を行うものである。これに対して、March は状況認識とルール遵守とからなる推論法の存在を指摘し、これを「適切さの論理」に基づくもの、と言っている。これらの論理に関する考察に関しては、夙に日本でも先行研究が見られる。例えば、原田久「行政理論と組織理論の再結合？—行政学のスカンジナビア学派の意義と限界—」立教法学 80 号 (2010) 408(1)頁、401(8)頁。

的な課題であると考えているが、その全段階として第三節ではこのような議論に関する検討も行いたい。これは本論文が、(2) で言ったような実体的法律要件の認定に従った意思決定を研究するという意味の一つでもある。

(5) いま一度本章の構成を述べ直そう。第一節では、法学の基礎論に当たる、法適用論というものがどのようなものであるかということを確認するために、それを整理して叙述する。伝統的には、法適用は、法の解釈、事実の認定、法的結論の導出の三段階を経るものであると言われてきた。しかし現代では、この三段階はどれだけ実情を反映しているものであるのか、という疑念が提示されているところでもある。とりわけ近年の議論は、少なくとも法的決定の発見と正当化という二段階を分別して理解することを知った。また、三段論法は法の解釈適用を行う者は一人であることを想定しているかに見える。これに対し、近年の議論は複数の当事者の主張・立証や議論を通じて法適用が行われるということを強調する。したがって、第一款で伝統的な三段論法を論じ、第二款でそれに対する近年の議論の構想を示すこととする。第三款では、基礎法ではなく行政法学の立場から法適用を論じた議論を参照する。

第二節では同様に、行政学・政策学における意思決定論の枠組の確認・整理を行う。これを通じて、行政法学の意思決定論との相違点なども把握できるようになるだろう。第三節では、意思決定論研究における行政学・政策学との協働の可能性について示唆を得たい。それぞれの意思決定方式に、今後更に研究を重ねていくべき部分が認められるというところで考察を打ち切らざるを得ないが、その問題には別途充実した研究を要する。まず法学的な意思決定論の特徴と重要性の認識を得ることができれば、本章の目的は達成される。

第一節 法学の意思決定モデル：法適用と三段論法

ここでは、意思決定の中でも、法適用という態様に関して詳しく分析を進めてきた論者の議論を学ぶ。それにより、法律家による法の適用という様式を分析するための視座を得ることができる。ただし、以下で検討する議論は概して裁判官によって法廷で行われる法適用を念頭に置いているものであることに留意しておかなければならない。

近代法治国においては、行政は法の適用、法の具体化である。そして行政による公権力の発動は事後的に裁判所による審査統制を受けることとなっている。裁判所の審査については、これを免れる領域というものが（あるとしても）例外的な領域であり、通常は裁判所による包括的な審査、判断の置き換えが原則である。したがって、仮に行政組織側で法の適用として行政活動を行ったとし

ても、それが裁判所を満足させない場合には個々の事件ごとに事後的に、法律家による法の適用として最終的な決定がなされることとなっているはずである。では、行政組織における行政もまた法律家による法適用と同じ方式で行われるべきなのであろうか。法適用の形式をとってはいても結論に裁判所が満足できない場合には裁判所は判断を置き換えることができる。逆に法適用の結果として得られた裁判所の結論が、実は法適用とは異なった方式に導かれた行政の結論と異ならなかった場合には、行政の判断を取り消す必要がないかもしれない。この問題はより後で検討することとして、先に法律家による法の適用という様式を学びたい。このことは大いに参考になるはずである。

まずは、法適用の諸段階につき詳細な分析を行っている青井秀夫『法理学概説』⁶を手掛かりにして、見通しを得ることとしたい。代表的な見方によると、法適用は、法（大前提）が与えられているときに、法の要件に該当するような（あるいはしないような）事実を認定し（小前提）、それに対応する法効果を結論として導き出すという三段階の推論プロセスである。これはしばしば法的三段論法と呼ばれる。要件に採用されている概念を X とし、目の前にある事実が該当するかどうかの認定をする。該当すれば法の効果が帰結し、該当しなければ法の効果へと推論することはできない、という形のものである⁷。

大前提は法である、とした。法は単に法律のみから成るというものではない。法律の中からも一ないし複数の条文を取り上げ、必要に応じてこの内容を取捨選択する必要がある。また、法律化ないしは明文化されていない規範が重要である場合もしばしばある。大前提は所与、と考えるよりは、これもまた段階を追って構築していくべきもの、と考える方が適切かもしれない。この問題について、次款で検討する。その次には、小前提ないし事実というものは、法適用の過程を通してどのように認定され確定されていくか、ということを確認する。

第一款 三段論法

第一項 大前提：法命題の導出

イ 大前提の導出

いわゆる三段論法において最初の段階に置かれているのは大前提の作成、適

⁶ 青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007）。同書はドイツ的な思考様式の影響を強く受けた業績である。とりわけ本論文で用いる部分の大部分については、引用箇所を示さない場合にあっても、Karl Engisch に依拠ないし負う部分が大きい、としている。403 頁註 1。

⁷ このような推論構造については、亀本洋「法を事実当てはめるのか、事実を法に当てはめるのか」、『民事裁判における「暗黙知」—「法的三段論法」再考—法哲学年報（2013）』16 頁表 2 並びに 17 頁-21 頁を参照。同論文は、このような三段論法の構成につき、論理学史的な知識も採り入れながら検討を行っている。論理学的な問題については更に、高橋文彦「法的三段論法モデルの問題点—伝統的論理学における三段論法との比較—」『法的思考と論理』（成文堂、2013）63 頁以下も詳細な検討を行っている。

用法規・法命題の導出である。大陸法系に属する国では、いくつかの条文の集合である成文法典が法（律）の主要な存在形態である。行政法に分類される法律も例外ではない。と言うよりは憲法レベルの要請により、私人の権利義務を左右するような行政法的仕組みを設けるときには、成文をもって権利侵害・義務賦課を根拠付けるような法律を制定すべき、とされている。その上で、一つないし複数の条文から、そのような仕組みを形成する法制度が組み立てられている。しばしば複数の条文をまとめながら、私人に義務を賦課するだとか、あるいは権利を与えるといったような法命題が導かれるようになっている。

ここでは「抽象的な条文と具体的ケースの距離を縮め、ケースについての適切な判断に到達する」⁸ことが重要な目的である。複数の法律（さらにことによると不文の法規範）から大前提を構築するという作業もちろんこの過程では見逃しがたい重要な作業である。青井はこれを横系的な、組み立て作業と呼んでいる。ただそれと同様に、与えられた条文につき、「解釈その他の方法により法律から大前提を展開する」という思考活動が大前提の形成にあっては本質的であることに注意しておかなければならない。青井はこのような思考活動を、横系に対する縦系であるとし、具体化の展開と名付けている⁹。

ロ 解釈・具体化の展開

具体化の展開と言われているのは、ある抽象的な法文を念頭に置き、その具体化、解釈・推論等を連鎖的に行っていく活動のことである。青井が用いる例は刑法解釈の例であるが、行政法規においても法律の解釈、具体化は常に必要とされる作業である。例として、根切り工事に既に着手されている工事中の建築物は「現に建築の工事中の建築物」（建築基準法三条二項）に当たる、とするのも法解釈であり、具体化の展開に当たると考えられる。ある条文が与えられているときに、その条文上の要件を細かく言い換えたり、類型化して一つ一つの範例を列挙したりするわけである。解釈や具体化が進められれば進められるほど、本来の条文上の表現とはかけはなれた考えが得られることとなってしまうリスクもないではないだろう。他方で、条文の表現が一般的で包括的であればあるほど、これを具体化したものやこれに関する事例は実際の法適用に際しての手助けとなると考えられる。いや、それを行わなければむしろ条文に当てはまるかという判断を行うことができないかもしれない¹⁰。この過程では、解釈や具体化を論理的に細かく展開していくことで、推論の妥当性を基礎づけることができる。

⁸ 青井・前掲註6・411頁。

⁹ 青井・前掲註6・412頁以下。

¹⁰ 青井・前掲註6・412頁。

ハ 複数の解釈方法

(1) 法の解釈を行うに当たっては、伝統的に複数の方法論のあることが認められている。一つは、法律の表現と意味に忠実に解釈をするという方法で、これは文理解釈と呼ばれている。ただし解釈方法はこれにとどまるというものではなく、他にもいくつかの方法が広く用いられているところである。青井は、このような解釈方法として、法の体系的連関を考える体系的解釈、規定の目的や根拠に依拠する目的論的解釈、規定の成立史に注目する歴史的解釈を取り上げている¹¹。これらについてもう少し踏み込んでみていこう。

(2) 体系的解釈は、法秩序全体における意味連関のネットワークの中で（法秩序の統一性の下で）個々の法命題の意味を解釈する、という方法である¹²。体系を見出す着眼点には多様なものがありえると言われ、例えば具体的な法律において、その条文がどのような位置付けを与えられているか、どのような章立てに置かれているか、というような外面的な位置付けを手掛かりとする着眼点はその一つである。

(3) 目的論的解釈にあつては、これを大きく分けるとさらに二様の解釈方法を取りうることが指摘されている。一つは、法におけるあるべき価値理念を目的とし、これを追求するような解釈方法である。これを青井は価値理念的解釈と呼ぶ¹³。このような目的は法命題に内在している場合もあるが、その「外部にあることも考えられる」と言われる。また、一つの法規範は複数の、卑近な目的と遠大な（理念的な）目的といった多段階的な目的を有していることが通常であると考えられている。価値理念的解釈をとるにあたっては、かような「目的」を見出すことが一つの重大な課題となるものと思われる。

もう一つには、利益・法益の複雑な葛藤が見られる状況の下、制定法の基準・評価・優先行為を手がかりに、利益葛藤を解決しようとする際に持ち出される方法論があると言われる¹⁴。青井はこれを利益状況的解釈と呼ぶ。広く見てしまうと、利益葛藤の中には、例えば税法における経済的考察なども広く含まれると青井は指摘しており、そのようなことをも考慮しつつ目的論的解釈を行う方法もありえるようである。

青井は、この二つのような、制定法解釈の次元における目的論的解釈とは区

¹¹ 青井・前掲註6・453頁以下。

¹² 青井・前掲註6・457頁。

¹³ 青井・前掲註6・459頁。

¹⁴ 青井・前掲註6・460頁。

別される、「目的的解释」のあることを指摘している。目的的解释では、個別ケースの解決としての結果が先取りされていると言われる。そしてその結果をめざして法文の解释を操作しようとするとして批判が加えられている。また、「目的」を志向する主体は立法者ではなく適用者（最終的には裁判官）である、として目的論的解释との全体的な構造の違いを指摘している。青井はこのような解释は行われるべきではないものと主張している¹⁵。

（４） 歴史的解釋というものについては、三つの観点を提示して整理している。素材とされるのはやはり法律であり、その制定時と適用時との隔たりが大きければ大きいほど成立「当初の歴史的事情」に無自覚になってしまうおそれがある。これに対して、第一に、規定が生まれた社会的政治経済的な原因を明らかにし、立法当時の利益対立や社会的価値を考慮するという方法を取り上げることができる。第二に、規範制定に影響を与えた思想史的概念史的背景を調べ、その由来を外国法等にまで遡るという方法を見出すこともできる。そして第三に、立法者が立法当時に有していた意思並びに、その念頭にあった制定当時の法的状態を捉えるという方法を探ることもできる¹⁶。

（５） これらの方法を何時どのようにとるべきであるか、相互に優劣順位があるものであるか、ということについても青井は考察を加えている。個々の事例に即した解決や個別ケースにおける法適用者の決断を重要とし方法論間の関係に消極的な立場も有力であることを認めつつ、青井自身は消極説ではなく積極説に与している。簡潔に示せば、文言又は文理解釈をそもそもの出発点として、文言又は語義が解释として可能な範囲を限界づける、ということを目指する¹⁷。その上で¹⁸、第一には立法者の意思の明白な表示を受け容れて、それを探求する手段として複数の方法論の併存を認める、という段階を置く。第二に、制定法の表現に対し拡張解释ないし制限解释を用いるという段階を置く。この場合には歴史的目的論的解释がとりわけ役に立つことも考えられることが指摘される。第三には、立法者意思よりも法律の客観的目的論的解释、「理性的」な解释が用いられる段階が続く。最後に第四として、法の欠缺補充・編纂誤謬の訂正・反制定法的な法発見等の、法解释を離れた「発展的法形成」が許容され

¹⁵ 青井・前掲註 6・460 頁以下。

¹⁶ 青井・前掲註 6・461-462 頁。

¹⁷ 青井・前掲註 6・465 頁。

¹⁸ 別途法哲学的知識を織り交ぜつつ、ここでも Engisch のアイデアを基本的には採用して四つの「ステップ」を段階化している。青井・前掲註 6・488-490 頁。ただし、この部分についてはとりわけ「通説的」と言うよりも、多種多様な見解から論者の適切と考える見解を示しているところとなっているため、紹介はあくまで簡潔にとどめることとした。

る段階を認めることができるだろう、と青井は考察する。ここにおいては、文言の限界を超えた操作も用いられることもあるだろう、とのことである。

ニ 組み立て作業

もう一つの、「横糸」的な、組み立て作業についてももう少し踏み込んだ理解が必要であろう¹⁹。単なる法典中の個々の条文であっても通常、命題という形式で理解することができる。しかし実際の法適用にあっては複数の条文、複数の法命題を選び出し、「複合的全体である大前提にまで組み立てる」作業が必要である、とすることができる。ここでは、数多ある条文のうち、直面している事件を取り扱うために関係する（重要な）条文を選び出すという能力が必要となるであろう。行政法に属する法律のうち、明文で複数の条文の合成を要求しているものの中には例えば、廃棄物処理法（廃掃法）の15条の2（産業廃棄物処理施設の設置の許可基準）があり、そこでは申請者が14条5項2号（処理事業者としての欠格事由）に該当しないことを要請しており、更に14条5項2号は7条5項4号（一般廃棄物処理事業者としての欠格事由）に該当しないことを求めている。

また、法律での表現上は明確ではない法的要請も大前提へと合成することが求められる場合があるものと考えられる。これについては、基本的人権への正当化されない侵害を行うことのないよう、事前に慎重な配慮を行う、というような要請を挙げることができるかもしれない。

反面、青井は、事件を取り扱うために当面は必要ないような要件・事由については省略することも可とし、組み立て＝合成の程度は事例毎に異なるものと指摘している。法命題である大前提の形成に当たっても、取捨選択につき目の前の事件が影響するということであり、そして作成された大前提はケースの判断に影響を与える、という相互作用的な影響関係を青井は指摘している。これを「視線の往復」と表現することもあるようである²⁰。このような視線の往復を認識するならば、安易に大前提・法を所与である、とってしまうことは適当ではなくなる。

とは言うものの、私人によって純然たる事実の主張・諸要望の申し立てが行われている、というところから出発するときには、行政はどの程度まで法命題を見出す役割を担っているのだろうか。どのような行政決定をするか、それを基礎づける法（条）をどのように見出すか、に関する調査全てが行政の任務であり、また行政が自由に行うことができる事項である、とすることは些か極端

¹⁹ 青井・前掲註6・415頁以下。

²⁰ 青井・前掲註6・417頁。この論点につき、432-438頁においては、裁判官の心理に関心を置いた考察を展開する。

に過ぎるだろう。民事法の場合は公序良俗のような一般条項を大前提に持ち出すことで当事者がはじめに言っていた大前提の提案を覆す例もあるようであるが²¹、この特定についてはまだ問題が残されていると見るべきであろう。

第二項 小前提：事実と適用

イ 小前提の二つの部分

引き続き、典型的なかたちとして、十分に詳細な（そして必ずしも評価を必要としないような、あるいは「記述的」な概念を用いた）根拠法規が与えられているときに、それをどうやって適用するか、ということを検討しよう。そこには、十分に明確な要件が定められており、そしてそれに対応する効果が規定されている。したがって、要件規定に対応するような事実が認められるかどうか、ということが関心事となる。青井の整理では、いわゆる法的三段論法における小前提の作成に対応する。更に細かく分けると、事実の認定と、認定事実を大前提である法命題概念の下に当てはめること（包摂）との二段階に分けられる²²。なおここでも青井が用いている例は刑事裁判である。

なお、事実認定については、詳細は「訴訟法上の問題」とされている²³が、現行行政法における第一次的な法適用については単に訴訟法の問題であるだけではないことに注意しておきたい。すなわち、現在では少なからぬ事項が行政手続法（そして場合によっては憲法上の適正な手続的処遇を受ける権利）の問題となっているのである。

ロ 事実認定

（１） さて、そこで重要視されているのは、まず裁判の場における「証明」ということである²⁴。特定の事実の存在を証明することで、法の適用を促すことが、法廷における関心事である。事実の存することを証明し、並びに第二次的

²¹ 村田渉「民事裁判における法規範の選択と形成の手法」、前掲註 7『法哲学年報（2013）』57 頁以下、加藤新太郎「民事裁判における「暗黙知」 - 「法的三段論法」再考（総括コメント）」、前掲註 7『法哲学年報（2013）』136 頁以下。

²² 青井・前掲註 6・419 頁以下。なお、主要事実が認定されないような場合とか、包摂ができないというような場合については、青井は「小前提作成の挫折」として項を立てた説明を行っている。「小前提において大前提の前件が否定されるとき、論理的観点からみれば、何の帰結も生じない（つまり論理的には、結論において後件が否定されるということにもならない）。[...]にもかかわらず、裁判官が何らかの判決を下すためには、追加的な大前提が必要となる」と述べている。このような追加的大前提の一例として、青井は、刑事裁判においてこのような場合に無罪判決を命じているという大前提を挙げている。また、いわゆる立証責任、事実の存在が不明であるときに裁判当事者のどちらに不利に判断をするかという問題についてもこの項で説明が行われている（前掲註 6・429 頁以下）。

²³ 青井・前掲註 6・419 頁。

²⁴ 青井・前掲註 6・421 頁以下。

な事実から（法適用について直接的な）主要事実を推論するに当たっては、しばしば「経験則」というものが基盤に置かれている²⁵。ある事実を証明するに際しての伝聞証拠の扱いや自白の問題のような証拠法則等の問題と並んで、青井もまた、推論に関する問題を取り上げている。訴訟における推論は、「経験則を基礎とする推論であり、しかもその妥当性は蓋然性の種々の程度という形でしか示しえない推論（蓋然的推論）」であり、「演繹的推論ほどの不動の必然性（恒真性）を保証するものではありえ」ない、と言われている²⁶。経験則は裁判所が習得している場合のほか、「その時々専門家の鑑定を通じて裁判所に伝達されることも多い」。経験的推論の中で「とりわけ重要なのは、結果から原因への推論、または原因から結果への推論、つまり因果的推論である」。

（２） さて、訴訟手続並びに行政手続の観点から看過することのできない証拠法上の問題は、証拠探しのイニシアティブを誰が持っているかという問題並びにある主張に対する反論・反対尋問を行うことができるかという問題である。証拠探しのイニシアティブを裁判所（裁く者）が握っている場合は職権探知主義と呼ばれる。これに対し、裁判所・審判所が第三者的立場から事件を裁断することが原則であり、当事者が収集・提出したことしか考慮に入れることができないとする証拠法上の原則は、弁論主義と呼ばれる。

行政手続過程において、行政側が既に処分原案を用意しているとしよう。とりわけ、私人に不利益な処分を加えようとする過程について、行政手続法は私人の側から意見を聴取することないしは聴聞を行うことを義務付けている（15条、29条）。処分案の事実認定や法律解釈について反論を行う可能性を保障する（もって、行政側の不正確で不用意な処分が行われることを防ぐ）という仕組みについては、行政手続法理論が整備される過程で大切な要素の一つと考えられてきた。弁論主義的な構造をより望ましいものとする立場からは、とりわけアメリカからの影響を受けつつ、反論可能性の保障が求められることとなる。そしてまた、行政の最終的な意思決定者が第三者的な位置付けから、つまり事実調査・原案用意を行った行政スタッフから独立した立場から判断を行うということの保障も重要視されるのである²⁷。ここでは、行政原案にも相手方私人にも偏することなく、独立した立場から最終的な行政判断がなされることが望ましく、そうすると結論を誘導するような証拠探しのイニシアティブを最終的意思決定者が有していることは望まれないケースもあり得る。法適用時

²⁵ 青井・前掲註6・422頁以下。

²⁶ 青井・前掲註6・422頁。

²⁷ 反論を行うことについては、例えば杉村敏正「行政手続法制定の今日的状況」『続・法の支配と行政法』（有斐閣、1991）100頁、111頁以下（初出1980年）。アメリカ法研究については、例えば小高剛『住民参加手続の法理』（有斐閣、1977）14頁以下。

において、事実が認められるのは、一方当事者の主張が他方当事者の反論に對峙してなお説得力を有し、広汎な争点を一貫して説明する経験則的信頼性を認められるときであると言うべきであろう。このときに主張された事実が裁判者の心証において事実と認定されるところとなり、こうして判決ないし決定の基礎となることができるのである。

ハ 包摂

引き続いて、青井の言う包摂について見てみたい。包摂とは、大前提である法命題の構成要件に、目の前にある個々のケースが当てはまるかどうかに関する判断である²⁸。法解釈によってかなりの程度具体的なレベルにまで法律上の要件を明確化したとしても、最終的にはかなりの程度具体的な大前提に認定事実が該当するかどうかを判断しなければならない。この作業が包摂である。一つの立場として、包摂を「同種のケースを確立した判例に機械的にあてはめるだけのルーチンワークにすぎない」と見る立場を認めているものの²⁹、青井はこのような立場を採用していないようである。そこにおいて、青井はやはり **Engisch** に依拠しつつ、「新規の、はじめてのケース」を、ある「クラス」に編入することができるかどうかの決定である、と述べている³⁰。この「クラス」というものは、「法命題の抽象的構成要件によって特徴づけられた諸事例から成り立っている」ものである。新規の事例を、このような「クラス」への帰属性がすでに確立している既知の諸事例（具体的でリアルなケース）と比較する。ここで、両者を同等視することができるかどうか、ということの判断を行い、同等視できる際には、これによってクラス編入の決定を行う。このようなリアルなもの同士の比較こそが「包摂」である、と青井は述べている。

このような包摂の前提条件は、第一に、事例群が疑いなくある法律上の要件、法概念に帰属しているということを証明する作業、つまり法解釈である³¹。新しい事例との比較において何をクラス編入のために本質的な属性とするかということもまた解釈によって決せられる、とする。そうすると、この点においても、小前提作成と大前提の作成とは関連性があるということになりそうである。

第三項 命題における「弛緩概念」

(1) 前款では法律上の要件が「記述的」である場合に限定して叙述を行った。では、法律が十分に詳細でない場合はどうだろうか。青井は、これを法律

²⁸ 青井・前掲註6・420頁。

²⁹ 青井・前掲註6・428頁。

³⁰ 青井・前掲註6・427頁。

³¹ 青井・前掲註6・428頁。

に用いられているのが「記述的概念」である場合と対比して、立法者により制定法への拘束を弛緩させることを選択された、「弛緩概念」が取り入れられた場合である、としている³²。細かくは、規範的概念、裁量条項、一般条項が立法で用いられているときをそのような場合であると捉えているようである。

(2) 規範的概念というのは価値判断と密接にかかわるような概念であるとされる³³。とは言っても、こうした概念として青井が掲げる「わいせつな」文書、「善良の」風俗、「正当の」事由等の概念の適用にあつては、制定法が望むのは「明らかに、裁判官の個人的価値判断による解答ではない」。むしろここでは、標準的な倫理思潮や価値観によって方向付けられた法適用が望まれる、と考えられており、それは認識問題である、と指摘されている³⁴。

(3) 裁量条項は「法適用者による個人的主体的な価値判断を許容する」点が特徴的であると言われる³⁵。行政法学が問題とするとりわけ代表的な論点は、法律における裁量と不確定法概念という論点であろう。「公益」のために、とか、「必要な場合」、「相当な措置」といったように、法律はここでも一義的に明確とは言えない表現を採用することがある。青井は、視座をこれに限定することは狭隘である、として、より広く裁判官裁量にも通じる幅広い原理的考察をまず基礎として重視すべきである、とする³⁶。

青井の見解では、裁量のあるところでは複数の選択肢の中から一つの決定を選択する可能性に幅がある。そこでは、決定を授権された裁判官又は行政官が、「個別事案の一切の事情を考慮した上で、唯一無二の正しい決定を下すことを法が期待する」³⁷。ここで何が正しいかということの決定が主体としての意思決定者の個人的確信に委ねられている、と解されるのである。

もっとも、このことが逆に不正や不合理な結果を招いてはならないわけで、その問題への対処法について青井は四点のコメントを与えている³⁸。第一に、決定に恣意や専断、「本来の事柄に即さない考慮（他事考慮）」が持ち込まれてはならない。第二に、決定が恣意によって非合理的なものとならないよう、「決定に至る意思的な思考のなかに一定の論理構造を組み込み、構造化することが要

³² 青井・前掲註6・496頁以下。

³³ 青井・前掲註6・499頁註3。

³⁴ 青井・前掲註6・502-505頁。なお、規範的概念の理解については判例研究や先例解説が重んじられているということが指摘される。

³⁵ 青井・前掲註6・505頁。

³⁶ 青井・前掲註6・506頁。もちろん、行政法学が提供する素材の分析を欠落させるというわけではない。

³⁷ 青井・前掲註6・509頁。

³⁸ 青井・前掲註6・515頁。

請され」る。構造化にはまず、目的・手段の選択のそれぞれについて限定をする目的論的構造化がある。第三に、それと並んで正義や公正のような価値論的なルールによっても構造化されるべきである。第四に、立法が裁量付与に関する正当化を行うべきということである。

(4) 一般条項は法律上の構成要件において、ある事例の領域をきわめて一般的概括的に処理しようとするものである³⁹、とされている。立法的には、事実の大きなグループが弾力的にカバーされ欠陥が生じなくなる一方で、曖昧で関係のないものまでカバーしてしまう傾向があることに注意が喚起される。裁判官にとっては、一般条項は、「法命題概念の不確定性を増幅させ[...]規範的概念の規範的性格を増幅させる」もので、その他の弛緩概念を強化させないしは増幅させるものとして処理すれば良い、と青井は指摘する。

第二款 三段論法の問題点と限界

第一項 発見と正当化

(1) 法的三段論法は法適用のプロセスを、大前提の形成、小前提の形成、結論への推論の三段階に整序している。ところで、実際の法適用を観察するとき、このような三段論法の枠組みは実態に即したものとなっているのだろうか。裁判官ないし法律家の法適用は本当にこのように単線的なプロセスに則って行われているものなのであろうか⁴⁰。

既に三段論法のオーソドックスなモデルにおいて、大前提の箇所でも小前提の箇所でもそれを修正する議論のあることを紹介した。すなわち、青井・Engischの指摘する「視線の往復」の論点であり、事件の解決に求められる範囲で大前提を構築し・構築された大前提が小前提と結合されるという相互影響的な関係のことである。現実の事件を裁く際に大前提は所与とされているわけではなく、必要な大前提は事実関係の解明の中から見出されることもあるだろう。

(2) しかしこのような相互関係の指摘以上に三段論法モデルに批判的な議論として、裁判での結論は裁判官の直観により発見されている、とする立場が存するのである。すなわち、「制定法からの基礎づけは、非合理的に発見された決定を事後的に合理化するにすぎない」「みせかけの基礎づけ」である、という

³⁹ 青井・前掲註6・519頁以下。

⁴⁰ 村田・前掲註21・52頁、57頁以下は、民事裁判について、最初は当事者の訴えている法律構成を用い、それで結論がおかしくなるときは自ら別の法を探すという順序を指摘している。

ような議論の存在を無視することができない⁴¹。このような指摘をする者はしばしば、裁判官の勘、パーソナリティに加え、政治的信条、社会経済的事情の考慮といったような事情がより判決内容に影響を及ぼす、というような指摘をされると言われている。恣意的な結論や非合理的な結論があるのであって、法律論的な理由付けは見せかけかせいぜい事後的な合理化である、とするこれらの批判的問題提起についてはどう考えるべきであろうか。

(3) 近年の法学基礎論の中には、判決の「正当化 (justification) の過程」と「発見 (discovery) の過程」との区別を認識すべきである、と主張するものがある⁴²。このような論者の中で、田中成明は、まず正当化の結果としての判決理由が発見の過程における動機を常に説明し、これに対応するようにはなっていないという可能性は認める。しかし、それは三段論法に対する全面的な批判とはなりえない。田中によれば、「正当化の過程に関する規準・手続が発見の過程に対して指針・評価規準として規制的作用を及ぼす」という側面が認識されるべきである。この側面を「独自の規範的次元としてとらえる」ことが裁判制度にとっては必要不可欠である⁴³、と言われる。「判決形成の事実上の動機がそのまま判決の正当化の適切な理由として制度的に承認されるのではない」、「裁判官に対しては、証拠に基づいて事実を正確に認定し、その事実に関連する法規範を適正に適用した結果、一定の内容の判決が導き出されたという過程を合理的に説明 (正当化) することが制度的に要請されて」いる、と田中は指摘する。そうすることができないのであれば、単なる直感的決定発見やイデオロギ一的発見は、法的決定として受け容れることはできない、ということとなるであろう。この論点については、田中は三段論法的な考え方をある程度擁護する。

第二項 法的議論の理論

(1) しかし、三段論法は判決の正当化にとっても、形成・発見にとっても、その複雑な思考過程をとらえつくすことができないという限界を抱えているのではないか、と田中は指摘する。大前提・小前提の「作成および正当化の過程は、それぞれの争点に関する多様な証拠・論拠について多面的な熟慮・議論を重ねて、微妙な程度の比較を含む問題についても納得のゆく適切な理由づけを伴った判断が求められる複雑な思考過程である」⁴⁴。それは形式論理的には

⁴¹ 田中・前掲註1・452-453頁。青井・前掲註6・408-410頁、438頁以下。

⁴² 田中・前掲註1・454頁以下。この区別については Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: toward a theory of legal justification*, (Stanford, Stanford University Press, 1961), pp.26ff.

⁴³ 田中・前掲註1・455頁以下。

⁴⁴ 田中・前掲註1・457頁。

なく、非形式論理的な議論図式などの実践的議論の理論を基礎に解明すべきではないか。

このように説く田中は、三段論法よりもより正確に法適用の構造を分析しようとするものとして、Stephen Toulmin の議論図式につき注意を喚起している⁴⁵。三段論法の下での法命題については、 X という要件があるならば、 Y という効果が発生する ($X \Rightarrow Y$) という図式が含まれていた。これに対し、Toulmin の図式には、 $D \Rightarrow Q, C$ という図式がまず含まれている。 D (データ) があるならば、 C (結論) が導かれると考えて構わない。ただし、ここで Q (限定詞) は、「そのような主張・結論に付けられる「たぶん」「おそらく」「ほぼ確実に」のような」ものである。

この基本的な図式に対しては、「 Q, C 」の部分につき一定の留保を加える R (例外・反駁の条件) という部分を付け加えることができる。 R であるときには主張・結論に対し例外条件や阻却事由などが認められてそのような帰結へ至ることができなくなる。「 $D \Rightarrow C$ 」という部分の推論を根拠付ける推論規則を W (根拠) と呼ぶことができ、最後にこの W を権威付け・裏付ける根拠を B (裏付け) と呼ぶことができる。

(2) このような議論図式を考慮に入れて、民法学者瀬川信久が示した図式を田中は自らの教科書で採り入れている⁴⁶。それによれば、 D に当たる部分は「三段論法の小前提」、 W に当たる部分は「三段論法の大前提」、 C に当たる部分は「三段論法の結論」である。大前提を推論の根拠規則として、小前提が与えられているときには、結論へと推論することができる。このとき D, Q, C, W, R から成る構造は「マイクロ正当化」と呼ぶことができ、このマイクロ正当化は「事実の法律要件へのあてはめ」ということとなる。これに対し、 B の裏付けにより W という推論規則・大前提が出てくる、という部分はどのようなのであろうか。この構造は「マクロ正当化」と呼ぶことができ、これは「大前提となる法律要件そのものの特定化に関」わる、とするのが田中の見解である。

このような図式を取り入れることのメリットは二つ挙げることができる。第一に、法的三段論法よりもより詳細に法的推論の構造を示すことができる。請求に示した法律構成につき、要件事実を示し、これに対する抗弁が行われ、再

⁴⁵ 田中・前掲註 1・357-358 頁。高橋文彦「統一テーマ「民事裁判における「暗黙知」—「法的三段論法」再考—」、前掲註 7『法哲学年報 (2013)』1 頁、3 頁以下。

⁴⁶ 田中・前掲註 1・547 頁以下。田中は、青井と比較すると、よく民法ないしは民法学者の議論を例として取り挙げる。ここで紹介した図式を示した瀬川のほか、とりわけ重要なものとして、民法学者平井宜雄の議論と格闘しながら自らの見解を示していること見受けられる。ただし、平井の見解自体に対しては、処々で根本的な疑念を示しているということも注記しておくべきであろう。547 頁以下に加えて 501 頁以下も参照。

抗弁が提出されるという法廷での対論の構造を考えると。これらの事項はQやRの項に置くことで明快な位置付けを与えることができる。第二に、法解釈論にとっても、マイクロ正当化とマクロ正当化を区別することで議論の明晰化をもたらすことができる⁴⁷。とりわけ、「法的正当化の最終段階ないし基幹的部分であるマイクロ正当化は、要件＝効果図式で行われるべきである」。法的推論にあっては、「目的＝手段図式などは、マイクロ正当化の大前提となるマクロ正当化の段階で部分的に導入・活用されるにとどまると考えるべきであろう」⁴⁸。

第三項 対話的合理性

田中によれば、法解釈の目標は、「マイクロ正当化の大前提となる法律要件を、特定の結論を三段論法的推論によって導き出すのに必要かつ十分な一般的命題の形式で特定化すること」である⁴⁹。この特定化をめぐる意見が対立するような事件にあっては、マクロ正当化をめぐる議論も必要とされるようになる。マクロ正当化を行うためには、「憲法をはじめ関連法令・判決などの実定法規範、当該事例および類似の類型的問題事例、通念的正義・衡平感覚、これらそれぞれに関する議論参加者の直観的および熟慮に基づく判断を、相互にフィード・バックさせながら試行錯誤的に調整を繰り返す。そして「実定法規範の可能な解釈の比較衡量、当該事例の事実認定、類似の類型の問題事例の範囲の選択、直観的判断の修正や洗練などを行い」、最終的に具体的な結論に到達する、という構想を田中は示す⁵⁰。

ここで、複数個の法解釈が並立しうる場合に、一定の制度的制約の下で法的議論によって解決を得ることを田中は構想する。重要なのは、「各人が一定の問題事例に則して対話的議論をふまえて熟慮に基づいて下す価値判断が、関係者にとって納得のゆく適切な法的正当化理由として受け容れられる」かどうかということである。重大な価値判断をめぐる判断を下さなければならない事件にあっては、このように議論・対話を通じて合理的な判断を下すことが目標とされる。より正確には、正当化・合理化のためにどのような制度・手続・構造の下で合意がめざされるべきであるか、ということを田中は問題とするのである⁵¹。対話というのは、「個人の直観的なモノローグ的判断」ではないものを暗示する。

⁴⁷ 田中・前掲註1・549-550頁。

⁴⁸ 田中・前掲註1・549頁。とりわけ、民事法学に見られる利益衡量論が、判決・法解釈の結果の考慮を重視するあまり、田中の謂うところの目的＝手段図式に偏した思考・決定をするようになってしまう危険性を警告し、改めて要件＝効果図式によるマイクロ正当化の重要性を説く部分として、553頁以下とりわけ562頁。

⁴⁹ 田中・前掲註1・564頁。

⁵⁰ 田中・前掲註1・565頁。

⁵¹ 田中はここで「対話的合理性」というものを重要な概念として提示する。田中・前掲註1・355頁以下、とりわけ362頁以下、また564頁以下。

「すべての人びとの同意を正当に要求できる判断」であるものへの到達が志向されるのである⁵²。

第四項 小括

以上、田中成明に代表される議論を参照しつつ、三段論法とは些か異なった見方からの法適用のモデル的認識を得た。それは、第一に法適用における結論の導出に関連して、決定の発見の過程と正当化の過程とを区別する。実際のところ、この区別は行政法の見地からも採用可能なものである。決定を法律ないし法の適用として正当化するという要請は、例えば行政手続法（理）の要求する理由の提示の要請として採り入れられているものと見ることができる。

では、決定の発見はどのようなのであろうか。田中は、決定の発見自体についても、正当化の過程を構造化し規制している合理性・正当性基準が一定の枠組や指針を提供している、と言う⁵³。青井もまた、裁判官の課題は制定法によって基礎づけられた決定を発見することである。基礎づけを優先させながら、両過程を接近・収束させるための方策を考えなければならない、と指摘している⁵⁴。

本論文全体の立場は、行政決定の発見自体もまた法の適用活動として、つまり要件の認定による効果・処分の発動というかたちで行われるべきである、というものである。同じく行政手続法の規律を参照するとすれば、審査基準並びに処分基準の規定は、これらの規定の適用として審査・処分が行われていくべきことを要請しているものと見られる。ただし、このような総則的規定の存在に対して、実際の行政決定がどのようにもたらされているかということに関する研究はそれほど多くはない。行政研究全体に目を広げても、決定をもたらす要因は法律の外にある契機や合理性に求められることが少なくない。そのような分析については、次節以降で隣接学問の意思決定論を検討した後、次章で事例を用いた検討を試みることにしたい。

第二に、法的議論の図式を採り入れ、正当化におけるマイクロ正当化とマクロ正当化の分類を行う説を見た。第三には、とりわけマクロ正当化における議論について、田中による対話的合理性へ向けた正当化手法の構想を概観した。法的議論の図式にあつては、複数当事者間における法廷での対立的な構造を採り

⁵² 田中はここで、Kantにおける「規定的」判断力と「反省的」判断力との区別を紹介する。田中によれば、これはマイクロ正当化とマクロ正当化とにそれぞれ対応する。前者は、法則が与えられているときに、その下に包摂するという規定的な能力として捉えられる。後者にあつては、特殊なものが与えられているときに、特殊に対する普遍が見出されなければならない。この普遍を目指すときに、対話や、社会通念との動態的なかわりあいが必要とされるというのである。田中・前掲註1・568-569頁。

⁵³ 田中・前掲註1・547頁。

⁵⁴ 青井・前掲註6・410頁。

入れることができる。双方ともに、複数の当事者・主体を想定しなければ成り立たない議論であり、法適用は一者の思考の中だけでは容易に成り立たないということを示唆する議論であるように思われる。このような問題意識は従来あまり行政法学では強調されてこなかったところであり、示唆に富むものと理解する。

第三款 行政法学的立場から見た法適用

第一項 基本的モデル

(1) 法適用に関する上記の議論は、主に基礎法・法理学を専攻する論者によるとりまとめを参照したものであった。中でも青井は刑法・刑事訴訟法から想を得ていたものであり、田中らの議論は民法・民事訴訟法を観察しながら法適用の在り様を議論するものであった。行政法は、これら双方と一部において似通いつつ一部において異なっている独自の法分野であるということは言うまでもない。既に、小前提の作成、事実認定の箇所、行政法においては訴訟法のみならず手続法もまた事実認定過程を規律している、と述べている。また、しばしば事例としても行政法の実例を用いながら私見を述べてきてしまっているところであるが、本節のまとめとして、行政法学者が法適用につきコメントしている議論を眺めておきたい。

ドイツの指導的な行政法学者の一人である **Eberhard Schmidt-Aßmann** は、行政法分野においても、法適用の基本モデルは、「解釈・事実の確定・包摂」というモデルであることを認めている。但し他方で、法律において開かれた要件、「衡量・形成・評価の授権」が見られるときには、より複雑なモデルが求められる、としている。このような要件が置かれている状況の下では、多様な「利益を考慮せねばならず、また、不確実な遠隔効果・後続効果を考えなければならぬ」と言われる⁵⁵。それぞれをもう少し詳細に述べた箇所を見てみよう。

(2) 法律要件の適用において「解釈・事実の確定・包摂」という三段階からなる方法モデルを採ることの目的は、論証の「見晴らし」をきかせることにあると考えることができる⁵⁶。

法適用は、関連する規範を適切な関係に置くことを要求する。それは法・規範を選択的に取り上げることであってはならない。ドイツ基本法は、行政という者が、法及び法律によって拘束される、という「受動的」な定式を与えている。この定式に対して **Schmidt-Aßmann** は、「能動的に」、「方法によって導か

⁵⁵ エバーハルト・シュミット・アスマン（太田匡彦／大橋洋一／山本隆司[訳]）『行政法理論の基礎と課題—秩序づけ理念としての行政法総論』（東京大学出版会、2006）29頁参照。

⁵⁶ シュミット・アスマン・前掲註 55・53頁。

れた意識的な、法の具体化という任務として、理解されなければならない」と主張している。従来、このような具体化を統制し嚮導してきたのは行政裁判権だっただろうし、それは今後ともそうであるだろう。しかし Schmidt-Aßmann は、「行政の行う法適用の理論を発展させなければならない」とし、裁判所だけに期待する立場から一歩離れようとしている⁵⁷。

(3) 行政に課せられている「法」はしばしば多数にのぼる。様々な法律、実体的規定並びに手続的規定、憲法（、ドイツの場合は EU 法）、法規命令、条例等が、再構成されなければならない。その下で、まず諸法規は、憲法（及び EU 法）に適合し導かれるようにして解釈されなければならない。但し憲法等が不確定な概念を通じて、法律要件の定める構造を揺るがしてしまう危険があることに注意しなければならない⁵⁸。

「法文への取組み」は、「方法論による法律のテキストの解釈、証明法による事実の確定、そして法に羈束された衡量を含む包摂」から成る。このとき、色々な規範のレベル、関係する個別的ないしは一般的な要件から、「法律的拘束プログラム」をまとめあげることが重要である。また法律はプログラムや手続的文脈的・補足的な「制御モデル」を仕組むことがあることにも注意が必要である。明示的黙示的な裁量要件、その基礎、目的、限界確定を意識しつつ、様々な規範の構造を把握することが大切である。このような作業は、法適用者に困難な利益衡量を求めることもあり、単に「立法者が予め決定したことの模写ではない」と Schmidt-Aßmann は言う⁵⁹。

事実の確定レベルでは次のような諸手続ないし手続的ルールが今後ますます重要となるであろう。すなわち、「予測を伴わざるを得ない状況のためのルール、事態を想定する場合の類型化のためのルール、行政の外部に存在する専門的知識の取り扱いに関する討議のためのルール」である⁶⁰。

しっかりとした包摂が行われるための条件は、「インプットの数を超えて概観可能なものに止めておくこと」である。法律が諸目的や諸利益の比較衡量を命じているときには、このような条件が実現されないかもしれない。他方で、行政規則や行政のルーティーンはこの困難を軽減できる、と言われる⁶¹。(2-17)

⁵⁷ シュミット・アスマン・前掲註 55・56 頁。これに対し、217-218 頁は裁判所の視点から法適用の統制を概観する。

⁵⁸ シュミット・アスマン・前掲註 55・54 頁。

⁵⁹ シュミット・アスマン・前掲註 55・212 頁。

⁶⁰ シュミット・アスマン・前掲註 55・54 頁。

⁶¹ シュミット・アスマン・前掲註 55・54 頁。法の適用という装いをしつつ行政の現場で決定が行われるときは、確かにそうかもしれない。Schmidt-Aßmann が提唱していたような、行政に視点を置いた法適用論を行政法学の枠内で構想できるのであれば、そのための条件整備が随分と進められることとなる。しかし、結局法適用を裁判の場において確定される

第二款 複雑なモデル：裁量と衡量

(1) 裁量領域には、三段論法的な法適用よりも複雑なモデルが求められる、と指摘されていた。Schmidt-Aßmannによれば、裁量とは「規準の束の全体によって構造を与えられ、合理性を指向する、行政への行為の委任」であって、「行政が法律の目的によって指揮されて、正しさの諸基準を衡量すること」である。衡量には「規範または法益の衝突の解決」という種類のものと、「基準相互間の序列を決定することの委任」という種類のものがあると言うが、行政裁量の特徴づけるのは后者である、とされる。このとき、これを授権する規範は、「行政がどのような方向で行為のオプションを用いるべきかを示す」ものの、それ以外には「どのような観点は、当該行為の任務を合理的なものにするために使用することが許される基準の幅にもはや含まれないか、という点のみである」。「裁量に典型的な開かれた決定の状況はしばしば、とりわけ関係する法律の規定相互の間の領域に存在する」⁶²。

(2) 裁量は決定の状況に応じ様々な種類の概念に分解することができることが示唆されている（例えば、計画裁量、規範制定裁量、マネジメント裁量、手続裁量）。このような分解・整理を行うためには、「決定の状況、その枠条件、そこで使用できる手法と手続」等に注目すべきである、という。Schmidt-Aßmannはとりわけ手続の要素に重要性を見出しており、例えば、「難しい予測による決定は、方法を特別に透明にする義務を課す「予測裁量」を基礎に行われる」。計画や規範制定にあっても、その具現化に当たっての手続法的規律が法律によって形成されることで衡量の枠付けがもたらされたであろう⁶³。

Schmidt-Aßmannは、Michael Gerhardtによる「衡量モデル」を要約しながら、これに関する裁判所の統制を二段階に区分けする⁶⁴。

①裁量の授権の法的要件の検討。法律のどの構成要件に関わるか。手続規定や他の強行規定は遵守されているか。濫用はないか。（全面的に審査される）

②衡量への統制。衡量における指針、考慮事項（素材）、過程に注意が向けられ

法の実現と考えるのであれば、このように言うことはできないはずである。何故ならば、行政規則、まして行政のルーティーンは到底法源となりうるようなものではないからである。これらの、事実上の規範的拘束、あるいは一種のソフトローを「前提」として裁判所に審理を行うよう迫ることができるのだろうか。この点については、本論文後半で考察を試みることにしたい

⁶² シュミット・アスマン・前掲註 55・208-209 頁。なお彼は、行政裁量を単に行政裁判上審理の及ばない領域、そしてまた全くの選択の自由であるとする二つの理解を斥けている。

⁶³ シュミット・アスマン・前掲註 55・210 頁。

⁶⁴ ここでは、裁判所の統制は全面的なものであるというよりは制限的なものとなる。シュミット・アスマン・前掲註 55・221-222 頁。

る。指針は具体化の授権であって、考慮事項選択に寄与する。考慮事項として素材となる事実については、行政庁に実体法上の調査義務が課されていることを前提として裁判所も事後的調査を行う。衡量過程では理由を徹底的に検討する。「これに対して衡量の結果は、諸利益が客観的な重要性に比して均衡を欠く態様で扱われているかという点を」審査できるにとどまる。(70)

但しここでも、「裁判所によるコントロールの新たな基準を創出することが、主に、あるいは必然的に問題になるのではない」と指摘される。論者自身の指前は行為行態の規律の定式化に向いているかに見られる。

第二節 行政学・政策学の意味決定モデル

行政学、政治学、政策学はそれぞれいくつかの意味決定に関するモデルをもって「行政の意味決定」につき考察している。ただし、普通それらは法学が有しているような、規範に基づく意味決定という類型をあまり意識していないものと見受けられる。規範に基づくものでないのであれば、意味決定は何を基準として行われているものなのであろうか。

他方で、隣接諸学は行政法学と同様に、意味決定の「合理性」ということを一つの評価軸としているように思われる。ここでは、合理性に関する考察から学び取るべきことがあるかを検討するとともに、もし可能であるようであれば法学的な意味決定モデルの独自性とメリット（およびデメリット）につき提示することを行いたい。上記諸学問の教科書等で「意味決定論」が一つのトピックとしてまとめられて配列されている例は必ずしも多くはないところではあるが、本稿ではまずいくつかの論文を用いつつ行政学・政策学の意味決定論の議論をまとめるところから始めたい。

第一款 政策過程論の提示する諸モデル

(1) 最初に、政策過程論において提示されている諸モデルを、(政治学者であるが)辻中豊のまとめているところから示しておきたい⁶⁵。彼は、政策決定が一定の合理性を備えているという見解と、必ずしも合理性を備えていないという見解の二つを区別している。

辻中はまず、Allisonの3つの行為モデルを掲げる。それは、i. 合理的行為者モデル、ii. 組織過程モデル、iii. 組織内政治(政治的官僚政治)モデル、である。一つ目の合理的行為者モデルでは、政府は単一のアクターとみなされ、このアクターが<利益の最大化>という目的に合致するよう合理的な行動を行う

⁶⁵ 辻中豊『政治学入門・公的決定の構造・アクター・状況』(放送大学教育振興会、2012)130頁以下。

と考える。このモデルに対して、組織内部における意思決定を分析しないという点につき批判されることがある。

その他二つのモデルでは複数の下位組織ないしアクターの間での意思決定を分析する。

組織過程モデルにおいては、組織の部門・下位組織がそれぞれの作業を全体とは切り離されたかたちで独自に進めていく。組織全体の最終的な意思決定はそれら下位組織の「標準的作業手続き」の積み重ねの結果として出力されると見る。

組織内政治モデルでは、「役職に就いた個人」をアクターとし、個々人がそれぞれの背景に組織を持ち、それぞれの思惑から「駆け引き」が行われると見て、その駆け引きを分析する。

こうして辻中は、政策決定を分析する際のレベルとして、組織（政府）、下位組織、役職付の個人という三つの視点がありうる、とする。意思決定の出力のされ方としても、それぞれのモデルにおいて、シンプルな目的合理的な行動、下位組織ごとの標準的な手続に沿った意思決定の結果、個々人の政治的駆け引きの結果、という三つが認められていた。

(2) 辻中は、Allison のモデルのうち合理的行為者モデル以外のものにつき、「政治システムとしての合理性「以外の論理」で決定に至」っており、集合的に見て合理的に進められているとは必ずしも思われぬ、と指摘している⁶⁶。

そもそも、本当に政策決定は集合的に合理的なものとして行われるのか、というところが問題で、辻中は逆に、意思決定の非合理性を強調したモデルにゴミ缶モデルと言われるものや政策の窓モデルと言われるものがあると引き続き紹介を行う。ゴミ缶モデルという記述モデルは、組織の意思決定を分析するために考案されたものであるが、問題・解答・参加者・選択機会という四つの流れを想定し、それぞれの流れは互いに別々に流れていると見る。組織における選択はこれらが偶然に合流することでなされる、というのである。「解答が問題とは独立して生み出され」、「解答ができあがってから問題を探すこともある」。

政策の窓モデルは概ねゴミ缶モデルから出発している⁶⁷。すなわち、政策過程は、問題の流れ、政策の流れ、政治の流れの三つの流れから成るものであるとされ、これらの流れが一つに合流したときに政策転換が（より具体的にはアジェンダの設定と特定の政策案の提示が）起こると見るのである。そうするとこのモデルにおいても、問題の認知から政策の立案・決定に至るところか、それ

⁶⁶ 辻中・前掲註 65・134 頁。

⁶⁷ 政策の窓モデルについては、松田憲忠「キングダムの政策の窓モデル」、岩崎正洋 編著『政策過程の理論分析』31 頁以下、33 頁を併せて参照。

らが逆転していることさえもありうることとなる。更には決定発生自体が、政治家や官僚が主導して段階的に進められるようなものではなく、ランダムなものであるようにさえ思われるかもしれない。最後の点については、キングダムは政策過程にはある程度のパターンが見出されることを強調し、それを生み出す制約要因の指摘も行っている、とのことである。とは言え、それらの制約要因がどのように揃えば政策決定が起こるかという点については十分に論究されていないとのことであり、決定発生の予測可能性を高められない点は現時点でのこのモデルの弱点であると見られるようである。

さて、このように、政策的決定が生み出される過程については複数のモデルが提唱されており、それぞれにメリットとデメリットとが認められながらも現実分析に活用されている。辻中は最後に、「公的決定に至らせない、「権力」も重要である」と指摘する⁶⁸。課題をアジェンダに乗せない（そうして政策過程に乗せない）ようにする操作（非決定）、非決定を生じさせる権力について、政策学は「非決定権力」という概念を準備し論点化させているようである。

第二款 行政学の意味決定論⁶⁹

行政学者橋本信之は、行政学における意思決定論をレビューする論文において、そもそも日本の行政学の文献にあっては、問題意識の異なった二つの用語法のあることを指摘する⁷⁰。一つは、法律案や許認可の決定など「さまざまな案件について、組織として決定する際の手続き、過程に注目し、稟議制と呼ばれる手続きとの関連で考察」されるもの。もう一つは、経済学などの社会科学との学際的な関係を持つ意思決定論であり、「この用法の問題関心の中心は、意思決定の合理性である」という。後者は先に概観した政策学における意思決定の合理性論とも隣接している。

第一項 意思決定の合理性

(1) 前項との関係から、橋本の叙述とは順番を変えてまず第二の用語法について検討したい。橋本によれば、第二の用法における意思決定については、「合理性、つまり、目的に対して適切な手段が選択されているかどうか」に問題関心がある。あるいは、行動の目的指向性を前提として、複数の選択肢の中から目的を最もよく実現する一つを選択すること、といわれている。実際の行動においては、そのような行動が観察されないこともあるだろう。しかし、合理的

⁶⁸ 辻中・前掲註 65・136 頁。

⁶⁹ 本款では、橋本信之「意思決定」、森田朗 編『行政学の基礎』（岩波書店、1998）248 頁以下による整理を用いてその流れを追うこととする。

⁷⁰ 橋本・前掲註 69・248 頁。

な意思決定論は、行動が実際になされる前の予測に利用されることもあり、あるいは決定がどのように行われるべきかという規範を論じるに当たっても利用される可能性がある⁷¹。

このような合理性を論じるためにはいくつかの条件が必要である。第一に、「目指すべき目的とか価値にあたるものが特定されている」こと。第二に、「選ぶことができる選択肢群の範囲もわかっている」こと。合理的な決定を徹底的に包括的にしようと志向する場合、「選択肢は実質的に無数の場合もあるが、原理的にすべての選択肢を確認し、あげることができる」と前提されている⁷²。

各々の選択肢につき、それを選んだ結果を予測する。この結果を比較し、前提された「目的や価値にてらして、それを最もよく達成するものを選び、それを導く選択肢を選択する」。このような作業を通じて目的や価値（あるいは消費者効用等）の最大化を実現するというのが合理的な意思決定論であり、とりわけ経済学はこのような分析に長じている⁷³。

このような合理的な意思決定論の政策決定への適用に当たっては、まず二種類の区別を考えることができる⁷⁴。一つは、意思決定者が合理的であることとして、このような意思決定者の行動自体を考える方法。もう一つは、政策の形成等に関与する個人々人を合理的な意思決定者であるとして、このような諸個人諸アクターの行動結果やその相互作用からもたらされるであろう集合的な現象・全体像を説明するような分析ないしモデルの提示である（「合理的選択理論」）。

前者にあつては、意思決定主体を、個人である行政官とすることも、集団である省庁・政府全体とすることも容認されている。これは前項で検討した Allison モデルのうち合理的行為者モデルとほぼ重なるだろう。この下で目的や価値が所与であるとして、挙げられうる選択肢のそれぞれとそこから得られる結果につき最適なものを見出すべく意思決定を行うこととなるわけである。ただし、ここで「所与」であるということは、「政策決定に移して考えると、政策目的について合意のあること」となる。したがって、合意が得られるまでの過程については、もう一段階踏み込んだ分析なり異なった分析枠組みなりが必要となるものと思料される⁷⁵。

手段レベルの分析については、橋本はここでも二種類の区別を取り上げている。一つは、「あらゆる選択肢を検討せよ」ということを理想として、実際にはす

⁷¹ 橋本・前掲註 69・251 頁。

⁷² 橋本・前掲註 69・252 頁以下。

⁷³ 結果の予測には、しばしば不確実性が伴われる。経済学は例えば、このような不確実な状況の分析に当たって、確率とか期待とかいったものを用いるという手法を洗練させてきている。

⁷⁴ 橋本・前掲註 69・254 頁以下。

⁷⁵ 橋本・前掲註 69・255 頁参照。

べてを検討できなくとも、重要な選択肢を見落とさないようにする手段として、規範的に用いる」、そして「避けられる非合理性を避ける手段として用いる」というやり方である。もう一つは、「より特定の用いるもので、特定の政策について、目的、選択肢、それらからの結果などについて、現実を単純化したモデルを構成し、そのモデルの中で最適解を求め、それを現実の政策決定に用いるものである」と言われる⁷⁶。オペレーションズ・リサーチや公共事業などにおける費用便益分析が例として挙げられている。手段ごとの結果につきどの程度の範囲への影響を結果と認めるか、どれだけを選択肢を実際に検討することができるか、等現実の行政への適用にあってはなお論じるべき問題もあるだろう。費用便益分析で価値や効用を金銭へと換算しなければならないという困難、それをどのように行うかという困難もこのような論点の一つに含まれる。

(2) 上記のような合理的決定論に対して、意思決定の合理性(完全合理性)仮定に関しては多くの批判が提起されてきている。この文脈で、橋本論文では、Lindblom の「インクリメンタリズム」や Simon の「限界のある合理性」の議論の紹介がなされる。合理的意思決定の議論にあっては、目的ないし価値が所与のものであるとして、それを実現するための手段として最良のものの選択を目指すと考えていた。しかし実際の政策決定では、目的についての合意が容易になされない場合も少なくない。またむしろ「具体的な政策の決定を通じて目的および手段を同時に選択している」という主張への注意も喚起される⁷⁷。

選択肢ないしそこから得られる結果の検討についても、実用上、検討を行う範囲の限定がされていなければ能力上・情報上包括的に行うことのできるものではなく、また実際の政策決定でも行われていない、と言われる。ここにおいて Lindblom の理論は、実際の政策決定で行われているのは、「現状の政策から少しだけ異なる選択肢に限って取り上げ、選択肢からの結果についても現状から変化するところを検討」することである、と主張するものであったとされる⁷⁸。ただし、政策の決定は一度きりのものではなく、再検討を通じて終わりなく続く、と言われる。また、重要な結果が無視されている場合には、それはこの点に関心のある他の集団等によって取り上げられる可能性がある点も留保されている。このような、実際の政策形成過程の不断の継続性や利害関心の調節機能を背景とした Lindblom の議論においては、これらの過程を通過する中で「合理性が得られるのであり」、「人間に不可能な方法によって包括的に政策決定をするという、実際には行われていない方法より望ましいという」、と紹介がなされ

⁷⁶ 橋本・前掲註 69・255 頁以下。

⁷⁷ 橋本・前掲註 69・257 頁以下。

⁷⁸ 橋本・前掲註 69・257-258 頁。

る。このような立場は「インクリメンタリズム」と言われ、「現実分析の概念」として利用されるようである。

「限界のある合理性」の指摘を行う Simon のモデリングは、「人間は限られた知識、情報しか得られず、限られた情報処理能力しかもっていない。その中で、複雑な状況に対処し」なければならない、という見解から出発する。この下で、第一に、取り上げる対象につき「注意の焦点」が特定のことに向けられること、第二に、選択肢は与えられるというよりは自ら探し出したり作り出したりしなければならないこと、第三に、諸選択肢から選び出す際には「最適」なもの追求ではなく「満足」できるものを追求すること、というようところが特徴的なモデルが示される、という⁷⁹。

第二項 意思決定と稟議制

続いて、橋本の叙述する第一の用語法の問題関心に即した意思決定論を概観しよう。橋本は、第一の用法の下における意思決定は、「個人の意思決定ではなく、組織の意思決定であり、分析の対象は、集合的な決定がなされる過程であり、それを制度を中心に分析している」と言う⁸⁰。戦後日本の行政学が問題関心を抱いてきていた「稟議」という手続においては、下位の者が文書の原案を作成（起案）し、下位の者から上位の者へ順次回覧し、捺印・決裁をあおいでいく。そもそもは、辻清明による稟議制に関する論文が議論の出発点であり、辻はこの稟議制を、「関係あるすべての組織成員を参加させる」、「組織の内部意思の一致を可能にする」一方で、「決定に至るまで長い時日を必要とし、能率を低下させる」、「責任が分散される」、「上位者のリーダーシップが発揮されない」など問題があり、その改革の必要を論じた、という。もともと辻の稟議制論に対しては、それが普遍的に見られるものであるかどうかという観点や本当に時間がかかりすぎているのか、リーダーシップや責任が低められる帰結がもたらされているのかという観点等から、実務経験のある井上誠一による批判的検討が行われているという。

第三項 小括

意思決定については、論点として、稟議制という問題と隣接諸学問との学際的な主題としての意思決定の合理性という問題との二つがある、と橋本は整理していた。

合理的意思決定論並びにその批判としての諸モデルにおいて気にかかるのは、要件に基づいてその適合性の確認の積み上げから決定を行う、という意思決定

⁷⁹ 橋本・前掲註 69・259-260 頁。

⁸⁰ 橋本・前掲註 69・249 頁。

プロセスに対応するようなモデルが一見提示されているように見えない、という特徴である。限定合理性（満足水準）論の枠内ではそれらと整合する説明をすることもできるとは考えられる。しかし法学の持つ意思決定論の立場からすれば、かような意思決定論が持つべき一つの地歩を強調していくことが必要ではないかと思われる。

ところで、行政処分決定は稟議制の下に行われているのだろうか。単純に法律適合性を客観的に確認するだけの作業であるならば、要は誰がやってもこのように確認できるという要件適合性審査を資格を備えた者がするというだけのことである。下からの積み上げによって一々各員の印鑑・決裁を俟つまでもなく、担当者一人が確認をすれば充分であろう、と見ることもできよう。地方公共団体において、知事が全ての許認可を自ら決裁することは確かに事務の分量的に不可能であるかもしれない。決裁権の副知事・局長以下への委任自体は実務上ひろく行われていることである。極端な例として、民主的に選出された者でなければ自動車免許の作成交付はできない、というのは法律適合性の論理だけからは説明が困難であるように思われる。他方で、積み上げ的な共同作業として意思決定をできるからこそ、部分的な審査や認定を各員に割り当てるかたちで分業を導入することもできるのかもしれない。

実際に許認可はやはり稟議制で行われている、ということを示唆する議論も認められる。かつて辻清明の稟議制論を批判した元農林水産省官僚の井上誠一は、行政処分の決定は稟議書で行われるが、その中でも「法規裁量型行政処分の決定」は「順次回覧決裁型」の決裁の下、「便宜裁量型行政処分の決定」は「持回り決裁型」の決裁の下それぞれ行われるとの例を紹介したという⁸¹。

第三節 結果の論理と適切さの論理：両モデルの並立

行政学の意味決定論の中心的な問題は、決定の合理性であることを見た。ここまで見てきたとおり、意思決定に関する人口に膾炙したモデルとして、合理的であることを志向し、諸選択肢につきそこから導かれる結果というものを考慮し選択を行うというモデルがあった。そこでは、意思決定者が 1.諸選択肢を有している。2.そのそれぞれにつきそこから導かれる帰結に関する情報が得られ

⁸¹ 遺憾ながら原文は参照できなかったが、例えば、松尾聖司『裁量の拘束と政策形成－公証行政における執行態様の分析（東京大学行政学研究会 研究叢書 2）』（東京大学 21 世紀 COE プログラム「先進国における《政策システム》の創出」、2005）62 頁などが井上の決裁分類を整理した図表を掲げている。松尾は、この整理に引き続き地方自治体での決裁の分類を自ら提示してもいるが、行政処分がどのように行われているかということは必ずしも明確ではない。あるいは、必ずしも決裁を要しない意思決定が窓口で行われることもあられるようにも見受けられる。

ることとする。3.意思決定者はそれぞれの選択肢間での比較検討を行うための一貫した順列付けを行うことができ、4.諸選択肢の中から単一の選択を導き出すことができるような決定方法を有している⁸²。意思決定において「結果」の導出と比較が重要であるとするこのような考え方は、「結果の論理」と呼ばれる。

しかし、そこでは現実の意思決定が得られる過程に関する、非常によく観察されるパターンを見落しているのではないかと March は指摘する。多くの意思決定は、「人々がどのように行動すると期待されているかというルーティーンを反映し」てなされている⁸³。人々は、彼ら自身の利害関心とは無関係に組織の中である種の規則に従っている。組織の中での行動は、標準的作業手続き、専門職的な規準、文化的規範、組織機構の構造によって特定される。そこでは、計算に基づいた選択ではなく、義務だとか役割だとかいったことが強く作用しているのではないかと、と言われるのである。

そのように、役割とか標準的な作業手続きとかいうものが支配的な場面では、意思決定者が第一に行うべきは、「従うべき「適切な」ルールを見出すことである」と March は指摘する。彼は、これを「結果の論理」と対置して、「適切さの論理」と名付ける。この論理の下では、意思決定者は選択肢についての評価を行うのではなく、a.現在置かれている状況はどのような種類の状況であると定義すべきなのか（状況の問題）、b.意思決定者としての自分はどのような種類の者であるのか（アイデンティティの問題）、c.自分のような者にとって現在置かれているような状況では何を為すことが適切（appropriate）であるのか（適合性の照合の問題＝マッチング）、という問いを解いていくこととなる、と March は言う。このとき、変化する（そしてしばしば曖昧な）状況に対して変化する（そしてしばしば曖昧な）ルールを適用していく作業から意思決定が「生じる」のであると見ることができる。

March は「適切さの論理」が妥当な考え方であり、「結果の論理」は否定されるべきである、と主張するものではない。彼の問題関心は基本的には、行政組織の中でどのように意思決定がなされるかという点に置かれている。そして、両者の考え方を中立的な観点から比較するものである。しかるに、一見したところ政策学・行政学の問題関心は「適切さの論理」には向いていないようであり、そして法学の意思決定論は「適切さの論理」による意思決定論に程近いものであるように思われる。この点において、法学が「適切さの論理」による決定を取り上げ考察していくことの意義が見出されるのではないかと考える。

⁸² March, *supra* note 5, 97.

⁸³ March, *supra* note 5, 105.

第二章 行政処分決定の実相：事例研究

はじめに

(1) 行政法的統制における当然の前提として、処分決定は法律に基盤を置いた法適用プロセスを経て決定されるものである、と認識していた。そして法学では、法適用という営為を考えると、出発点としては単純で明快な三段論法プロセスを想定している。適用すべき法命題があり、事実状況を具体的に認識し、法を適用するのである。しかるに、現実に行われている法の適用ということを抑えるときには、それは十分な説明力・統制力を有していないという指摘が見られた。また、行政処分決定ということを考え直してみても、実際の判断はそれほど単線的に進行しているのか、は確認を要するものである。そもそも、本当に現実の行政決定は規範に基づいて行われているのか、という疑問も生じ得る。以下では、行政決定に係る個別分野での先行する事例研究をまとめ、またいくつかの分野での行政決定のもたらされかたに関する事例研究も行いながら、上の疑問に対する回答を試みる。とりわけ強調しておくべきことは、これは行政の裁判的統制ないし裁判上の再構成としての、思考上の話をするものではなく、行政体の中で実際に法適用が行われているかどうかという事実に近いレベルの問題を調査する、というところである。

(2) 行政決定というものは、広く捉えようとすればいくらかでも広く捉えることができってしまう。行政学・政策学が提示してきた意思決定モデルは、外交政策上の諸決定・予算決定や、法律案の策定を含めた様々な政策立案・政策革新の事例をとりながら案出されてきたものであった。そのような政策決定の一つ一つが日常の社会生活だとか私人の権利だとかに影響を及ぼすことがあることに鑑みれば、それらの行政法的統制を目指していこうと志向する考え方が生じるということは想像に難くない。しかしながら、そのような決定対象は、現時点の考察すべき対象としてはさすがに広範過ぎる。

近年の行政法学が、行政が決定するような形式として取り上げてきているのは、古典的な行政処分の決定の他、より複雑な考慮を必要とする、例えば土地空間利用だとか、先端技術／リスク技術利用に係わる決定だとか、また行政計画決定だとか、あるいは行政指導だとかいったようなものである。もともと、とりわけ行政指導はその用法の一つとして「法定外の政策内容の実現手段」という指摘がされることのあるように¹、要件や効果等について法律的な規律が施されていないことがむしろよくある。行政計画に関しても、むしろ「行政によ

¹ 中川丈久「行政指導の概念と法的統制」高木光、宇賀克也[編]『行政法の争点』(有斐閣、2014) 46-47頁。

る形成」が強調されることがあるように²、法律的根拠から出発した推論過程を経て決定に至っているかどうかということの判別することがやや難しい。そうした複雑な形態の行政活動に関しても、手続法的・組織法的観点からの規律をはじめとしたそれぞれ適当な統制方式が案出されつつあるところではある³。

しかしその一方でやはり、要件・効果が明確に定められているという意味で「単純な」行政処分の類型では、伝統的に行政法学固有の意思決定類型を認められるのではないかと考えることができる。要件・効果が法律上明確に定められ、これが正しく乃至は妥当に適用されたかどうかということの事後的にも確認しやすい。法律に基づいて論証することのできない処分については、事後的な統制段階においてこれを取り消すことができる。

翻って、このような伝統的な行政法学的な統制を手掛かりにその他の行為形式の統制にも活かしていこうという志向を抱いたとしよう。例えば、裁量権限の行使に当たって行政に自らの活動を予め構造化させる規範を作成させこれをもって裁量統制の道具に用いることにすること⁴を考えることができるだろう。あるいは行政指導につきそれが行われる要件効果や基準を定めさせることにするとかして、「要件に基づいた推論過程」ベースで行政の活動過程や事案処理過程を構想するときには、かような推論過程が実際にどの程度現実への妥当性を有しているものであるのかということ並びにその規範的統制能力の有無に関する実証的研究から役に立つ知見を得ることができるのではないかと考える。

そこで本章では、上記の疑問の解消をまずその目標とし、最も単純なタイプの、かつ法律の規定がよく羈束を行っているような、行政処分（行政行為）が本当に法律に基づいた推論・法適用過程を経て行われているのか、ということの検討から出発したい。ただ、一概に行政処分と言ってしまうと、その内包はやはり茫漠としており相当に広い。本章の整理は、行政手続法において公式に提示された、不利益処分および申請に対する処分の類型を利用しながら進めてみたいと思う。

² 行政計画論が戦後の日本で展開された社会史的な背景を示した論文として、村上順「国立マンション事件判決と行政過程の正常性」『政策法務の時代と自治体法学』（勁草書房、2010）175頁、とりわけ176-177頁。

³ 例えばリスクを取り扱う行政決定に関する制度構想的な考察に、山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明、山本隆司編『環境と生命〔融ける境 超える法 5〕』（東京大学出版会、2005）3頁以下がある。

⁴ 裁量構造化に関する古典的な研究としては、Kenneth Culp Davis, *Discretionary justice: a preliminary inquiry*, (Baton Rouge, Louisiana University Press, 1969).

第一節 不利益処分決定過程

導入

処分要件と効果とを定められた、標準的な法規定が与えられているときに、不利益処分にいたる意思決定過程を分析するとしよう。ここでは、処分を行うか行わないかという、言うなれば効果選択の裁量に係る問題が最も重大な問題として立ち現われる。文言上「処分をしなければならない」と定められているときはまだしも、例えば「処分をすることができる」とされている場合はとりわけ困難な問題を提起する。古くは、学説の上でも、行政裁量は効果選択の側にある、という考えが非常に有力であったと言われている⁵。その後現代にいたるまで、行政に対し不利益処分をなすべきことを命じないしは要請するような裁判的統制の手法は未だ確立されるに至っていない。事実上、法律の拘束の存在しない、自由な行政の領域が残っているように表面的には見受けられるのである。

また、実際に行政法に当たる諸法を運用する行政官吏においても、不利益処分の発動ということはあまり選好されていない、と言われている。先行事例研究は、一見して法律の規定が処分を行うことを許容している場合、あるいは時として処分を行うことを求めていると思われる場合であってさえも、現実の行政担当者は処分するという意思決定を避けたがる、ということを示唆してきた。

処分を行わないという「非決定」的な、消極的な意思決定を導く意思決定過程も興味深いものであるが、ここでは先ず、処分を行う方向で事案を処理している行政過程から見ておこう。ここでは、処分を行うことを基礎付ける法律上の要件、その要件に該当しているという事実の認定、認定に当たって必要な証拠となる事実の調査・情報収集が必要となる。

第一款 機械的処理の可能性〔自動車運転免許の停止又は取消〕

自動車を運転して、交通の用に供された道路を移動するためには、道路交通法上の自動車運転免許を得なければならない。公安委員会は、免許の欠格事由に該当する者以外の運転免許試験合格者に対しては免許を与えなければならない（法 90 条。但し、一定の法令に定める要件に該当する者については免許を与えないことができる）。そして、法 103 条所定の要件⁶に該当する者については、

⁵ 原田尚彦『行政法要論（全訂第七版）』（学陽書房、2010）147 頁。

⁶ 法律に列挙され、あるいは政令で定めるような病気に罹っているか又は身体の障害が生じている者であることが判明したとき。アルコール又は薬物の中毒者であることが判明したとき。他人に重大な違反を唆す等したとき。道路外の土地で自動車に乗車・運転を行い人を死傷させたとき。自動車等の運転に関し関係法令の規定又は道路交通法の規定に基づく処分に違反したとき。その他免許を受けた者が自動車等を運転することが著しく道路にお

与えた免許を取り消し、又は六か月以内の期間を定め免許の効力を停止する「ことができる」。道路交通法に基づく行政処分手続については、昭和 61〔1986〕年に神奈川県においてとりまとめられた研究（報告書）、『行政参加と行政手続』⁷が簡潔な報告を行っている。いささか古くなってきてはいるが⁸、まずはその内容をまとめたい。報告書によれば⁹、道路交通法による行政処分には、一. 点数制によるもの、二. 点数制によらないもの、三. その他のものがある。

一. に関し、点数制度は法律の施行令に定められており、そこではルール違反や事故等を類型化し、それぞれに一定の点数を定めている。違反に対応した点数が一定水準まで累積したとき、免許の取消や停止処分を行うこととなる。もちろん、この点数や基準は公表されている。二. の点数制度によらない処分については、「免許の欠格事由に該当する身体的障害のある場合の免許取消し、仮運転免許の取消し等がこれに該当する」とあり、三. のその他には「特定の違反行為が原因で死亡事故を起した場合の警察署長による免許の仮停止等がある」とのことである。

法令違反・交通事故が探知されたとき、「事故処理の結果と前歴データとにより審査量定し、免許取消し又は 90 日以上免許停止に該当する場合、聴聞手続に入る」¹⁰。留意点として特記されていることの中に、「聴聞は、チェックを重ねるということであり、点数制度が機械処理を可能としたのに比べ、個々の事案の状況をよく把握するという個別性に留意し、画一的処分とならないようにする面がある。非聴聞者の弁明による処分内容の軽減につながる事由は多様で幅広く、社会的妥当性のあるものを基本としている」という事項がある。

二. や三. における意思決定ないしは決裁の過程に関する情報は与えられて

ける交通の危険を生じさせるおそれがあるとき。第二項は自動車等の運転において人を故意に死傷させたり、酒気帯びで運転したり酒気を帯びた他人に運転させたりした者については免許停止を選択することを認めず、ただ「免許を取り消すことができる」としている。⁷ 神奈川県『行政手続と住民参加に関する研究〔独自研究〕』（1986）。同報告書は現在神奈川県 web サイトに公開されている。また、この報告書の調査・執筆・とりまとめに構成員として関与した大橋洋一によって、「市民参加と行政手続——地方公共団体の行政手続の実態分析」『現代行政の行為形式論』（弘文堂、1993）69 頁以下として概要等が公表されている（初出は 1986 年）。

⁸ 通則的規定としての行政手続条例（また行政手続法）の制定前の報告書である。また実体法制度についても、飲酒運転防止や諸々の危険運転の防止等を課題として頻繁に法改正まで含めた制度の改定が行われる分野でもある。これ以降の制度改定の概要は、平成 17〔2005〕年までのものは「世界一安全な道路交通を目指して」をテーマとした特集を組んだ同年の警察白書にまとめられている。それ以降も、例えば平成 21〔2009〕年施行の法改正では悪質な危険運転者の免許取消後の免許を受けることのできない期間に関する改正、平成 26〔2014〕年施行の法改正では一定の症状を呈する病気等に該当する者を的確に把握するための仕組みの整備などの改正が行われている。各年度の警察白書がやはり参考になる。

⁹ 神奈川県・前掲註 7・108-109 頁。

¹⁰ 神奈川県・前掲註 7・108 頁。

いない。それに対して一. の類型では、不利益処分を行うための要件の点数化が行われており、その累積によって処分を行おうという決定に至るという意味で、透明で予測可能性の高い意思決定過程が持たれていると見ることができる。聴聞の結果として処分の選択を変更することが折り込まれてはいるようであるものの¹¹、法律ないし法律に基づく規定により機械的に意思決定を行うことのできるような仕組みが整えられている。

第二款 不利益処分決定の裁量性

とはいうものの、このような不利益処分にいたる意思決定過程は一般的なものではないようである。一つ、機械的に処分を行うことができるか、選択的にでない網羅的かつ徹底的な（この分野については）処罰・処分を行うことができるか、という問題も、それを可能とするだけの十分な資源が行政の現場に与えられているのかという実際上の制約との関連で、調査研究に値する論点ではあるだろう。ただそれ以上に、ある種の不利益処分をおこなう仕組みが整えられている行政分野において、それにもかかわらず処分を行わずに指導等をねばりつよく続けるというようなスタイルで行政が行われている、という報告が多く見受けられるのである。そのようなものの例として、次に言及すべきは、北村喜宣ならびに平田彩子が行った水質汚濁防止法（水濁法）に関する事例研究である¹²。

第一項 [水質汚濁防止法の改善命令等]

(1) 水濁法によれば、政令で定める特定事業者からは排水基準に適合しない排水を排出してはならず（法 12 条）、行政の側は、これを排出する「おそれがあると認めるときは [...] 特定施設の構造若しくは使用の方法若しくは汚水等の処理の方法の改善を命じ、又は特定施設の使用若しくは排出水の排出の一時停止を命じることができる」（法 13 条）。排水基準は最低限度の水準を環境省令が定める。都道府県は条例によってこれより厳しい限度の基準を定めることができる（法 3 条）。特定施設は、人の健康に係る被害を生ずるおそれがある物質として政令で定める物質を含むか、あるいは水の汚染状態を示す政令で定める項目に関し生活環境に係る被害を生ずるおそれがある程度の汚水又は廃液を輩出する施設であって、政令で定めるものを指す（法 2 条、法施行令別表第一）。

¹¹ 大橋の報告では「処分の軽減率も少なからざる水準に達していた」とのことである。大橋・前掲註 7・76 頁。

¹² 北村喜宣『行政執行過程と自治体』（日本評論社、1997）23 頁以下、同書では産業廃棄物の不法投棄をめぐる対応との比較も含んだ研究が行われている。平田彩子『行政法の実施過程：環境規制の動態と理論』（木鐸社、2009）。

(2) 水濁法に関しては、最初に重要なのは排水基準への違反が認められるか否かである。この探知方法については、行政が立入検査を行い、水を採取するという方法が挙げられる¹³。採水検体は分析機関が分析を行う¹⁴。検査は基本的には定期的に行われるものであるが、市民の苦情や通報により行われることもないではない、と報告されている¹⁵。排水基準の遵守状況を知るために報告を徴求することもできるが(法 22 条 1 項)、現実にはなされていないという¹⁶。

違反が判明したとして、それに行政はどのように対応するだろうか。これについては、文書による行政指導又は改善命令といった行政処分のいずれかが採られる、という¹⁷。処分を出す場合には、①法律における「おそれ」の認定が必要であり、また②行政手続法の弁明の機会の付与を行わなければならない、とされる¹⁸。しかし、「排水基準違反に対しては、文書による行政指導が行われる」と報告されており¹⁹、水濁法の施行状況全体を見ても圧倒的多数の案件処理が文書指導により行われている²⁰。

措置のとり方は自治体により異なると言われ、排水基準違反イコール行政指導という対応をとるところや、考慮事項をチェックしマニュアルに従って処分・勧告・指導を選択するところがあるという²¹。命令を選択するとしても、これを基本的には躊躇するスタンス、マニュアルに従って粛々とするスタンスがあると言われる。ただし、「警察や海上保安庁が違反を発見し送検した場合や、違反が新聞沙汰になった場合は、改善命令を発動する」とされている²²。

文書による指導が出された後は、行政職員と指導を受けた者が、原因や対策、改善策についてやりとりを行う、と報告されている²³。改善策が提案されたときには行政が注文を付けたリ変更を求めることもあり、行政はできる限り指導を受けた者が納得するよう努めるという。措置がなされた後には改善完了届というものの提出を受け、再度立入検査を行う。完了届を提出しない者や違反

¹³ 北村・前掲註 12・30 頁。平田・前掲註 12・25 頁。

¹⁴ 北村・前掲註 12・31 頁。平田・前掲註 12・25、34 頁。

¹⁵ 平田・前掲註 12・28 頁。北村・前掲註 12・29 頁以下では、河川の異常等から直ちに違反事業者が特定できるわけではないことが指摘されている。また 30 頁に、計画的に立入を行うことと同時に、立入検査自体は抜き打ちが原則であると言われている。

¹⁶ 北村・前掲註 12・30 頁。

¹⁷ 北村・前掲註 12・33 頁以下。平田・前掲註 12・31 頁。

¹⁸ 平田・前掲註 12・24 頁以下、31 頁。

¹⁹ 平田・前掲註 12・31 頁註 37。なお、文書ではなく口頭による行政指導という方式も考えることができるようであるが、行われるのはまれであると報告されている。32 頁。

²⁰ 平田・前掲註 12・20 頁以下。北村・前掲註 12・33 頁も同趣旨。北村 39 頁以下はその要因や効果を説明する。

²¹ 平田・前掲註 12・33 頁。

²² 平田・前掲註 12・34 頁。警察の強制捜査後につき、北村・前掲註 12・35 頁以下。

²³ 平田・前掲註 12・34 頁以下。

を繰り返す者については改善命令を発する可能性が視野に入ってくる²⁴。

命令を発する要件ないし考慮事項に関連して、北村は様々な事項を挙げている²⁵。機関委任事務の時代の報告であるが、基本的には環境庁（当時）の通達さえなく、自治体に大きな裁量があったと評価されている。直ちに命令を発する基準としては人体の健康に悪影響を大きく及ぼす項目に違反が見られたときを挙げることができる。これに対して、不処分を選択することとも関係して、違反者側の事情を考慮するということも報告されている²⁶。一般的に企業・事業者と協力して信頼関係を構築できるようにしておくことが重要視されることがあるようである。また、例えば、命令を出したとしてもそれに対応するための設備を導入するための資金が足りない企業は現に存在するという。さらには、企業保護それ自体を重視する例もあると指摘されている²⁷。

（３） これらの研究の摘示する不利益処分に関する特徴をまとめていこう。まず、実際の行政担当者は、一見して法定要件が充たされているように思われる場合にも不利益処分である行政命令を出すことを選好していないことが指摘されている²⁸。命令に先行して様々なタイプの指導がしばしばねばりづよく行われるのである。

これに関連して行政指導とはいっても、文書による行政指導は、少なくとも今日では、決裁手順としては正式な行政処分と変わらない、ということが指摘されている²⁹。従来の行政法学等からは、行政指導は簡便かつソフトな行為型と捉えられてきていたが、このような把握は必ずしも正確なものではないと言われる。他方で、行政指導に当たる行為の中にも複数の指導の型があり³⁰、それぞれを行うに当たっては段階分けが存在していると指摘されている。決裁の手順としては確かに行政処分と同じであるのかもしれないが、行為への重み付け

²⁴ 平田・前掲註 12・37 頁。

²⁵ 北村・前掲註 12・35 頁以下。マニュアルが定められている自治体の例について 47 頁以下で詳細に報告をしている。

²⁶ 北村・前掲註 12・43 頁以下、81 頁以下。平田・前掲註 12 の報告はむしろこのような違反者の事情を考慮しつつコミュニケーションをとり、違反という問題の解決を図る行政側の姿勢について手厚く報告を行うものである。

²⁷ 北村・前掲註 12・82 頁以下。ここでは、前身法である水質二法から「経済発展との調和」条項が取り去られたにもかかわらずこのような実態があることにつき、批判的観点から考察が行われている。

²⁸ 平田・前掲註 12・53 頁。北村・前掲註 12・37 頁以下。

²⁹ 平田・前掲註 12・31 頁。北村・前掲註 12・44 頁以下。なお、これ自体は行政手続法の要請ではない。

³⁰ 平田・前掲註 12・32 頁には改善指示や行政勧告の方が厳しい行政指導であるとある。北村・103 頁には、廃掃法違反への対処法においても、文書指導に注意・勧告・警告というランクを設けているところがある、とされている。

や効果の重大性との関係で、軽微な指導、重み付けされた指導、それに引き続く処分と、それぞれを発出するために越えなければならないいわばハードルの高さに相違があるということである。

次に、法律にないような要件を行政限りにおいて創造してしまっているという指摘が見られる。北村のいわゆる「考慮事項」である³¹。法律の空白を埋めたり詳細化したりする例もあるであろうが、法律とはかかわりのない考慮を作出してしまっている危険性を無視することができない。細目等はマニュアルというかたちで明文化されていることがある。このとき、マニュアルの定め方は「裁量の余地を認めない書き方になっているものが多い」が、実際には「ケース・バイ・ケースの運用」が多かった、と言われている³²。

もう一つ、これらの事例研究における構造として、行政処分（命令等）、行政指導（勧告等）と並べて、行政調査（立入検査等）を行うという決定を諸決定の連鎖の重要な一部として認識している、ということが挙げられる。とりわけ、定期的に行われるようなもの立入検査ではなく、特別に検査等を行うこととするような場合には、この検査自体が相手方に象徴的ないし黙示的なメッセージを送る機能を有することもありうるだろう。

（４） 北村の研究においては水濁法に関する事例研究と廃掃法に関する事例研究が行われている。これらの法を比較すると、かつての廃掃法に関する不利益処分には「重大な支障」というような一段階厳格な条件が課せられておりしたがって処分をおこなうために越えなければならないハードルがより高いのではないかという指摘が行われている³³。

このような指摘を、前記の「考慮事項」に関する指摘とも併せて見てみる。水濁法執行の現場では、処分決定については事前に定められた要件に基づいて判断が行われるように構成されている。事前に定められた要件として、法律はそれほど詳細な定めを置いていない。この空白を埋め一貫した執行を図るためにマニュアルを用いている自治体があったことを北村は報告していた。ここではおそらく、法律およびマニュアルに示された要件への該当性に係る認定に端を発して、行政の意思決定が行われているもの、と見ることはできないのだろうか。しかも、それは処分決定のみならず指導も含めた全体的な意思決

³¹ 北村・前掲註 12・34 頁以下、81 頁以下。近年では行政法学上の術語としてのニュアンスを帯びてきた言葉であるが、この論文の公表は 1991,1993 年である。術語としてよりも日本語の普通名詞として用いているのかもしれない。

³² 北村・前掲註 12・49 頁。例外として比較的忠実に執行する千葉県、千葉市の事例が報告されている。川崎市はかなり以前に点数制度による執行を行っていたが、「水質は必ずしも向上しないなど、望ましい結果が出なかったためにやめた」とある。52 頁。

³³ 北村・前掲註 12・111 頁以下。

定を総合的に説明することができるように見受けられる。ただし、マニュアルであろうが明文でないものであろうが、要件が法律から抽出されているかどうかの問題があるのであって、法定外の考慮事項を勝手に創り出してしまうことに関しては問題があると言うべきではないか。

ところで、事例研究等をまとめるという趣旨からは外れることとなってしまうが、このような不文の「要件」についてはもう一種類別様のものの存在を指摘しなければならない。昨今裁判所の判決が法律に明示されていない要件を取り上げてくる傾向があるのである。

〔補足。処分を行うべき義務が事後的に認められた事例〕

(1) 以上は、法律を執行すべき行政組織が実際には執行を回避する傾向がある、ということを示す事例であった。続いて、執行を回避し続ける行政に対して、本来は規制が執行されるべきであったということを裁判所が事後的に示した、示唆的な事例を紹介することとする。この事例³⁴においては、国と県が水俣病による健康被害の拡大の防止のために規制権限を行使しなかったことの違法性が問題とされた。示唆的ということと定める理由は概略二点あげることができる。第一に、これは水質汚濁防止法の事例ではなく、原則的にはその前身にあたる水質二法（並びに熊本県漁業規則）の規定が問題となった事例であること。第二には、これは処分義務付けではなく国家賠償法によって規制権限不行使の違法性が問題とされた事件であること。国家賠償は事後的に損害の回復を目指す制度であり、かつこの事件では事後的に重大な結果が生じていることが明らかであるため、事前目線で意思決定を誘導するという議論をするためにはやや不適當である。

それに対して、示唆的と評価することのできる根拠についても述べておく必要があるだろう。第一に、この事件では裁判所が端的に処分を発動すべきであったことを指摘しているところである。処分の義務付けを直接的に基礎付けるだけの法理論が十分に蓄積されていない今日にあっては、この事例はそれを論じるための重要な一資料であるとみなさないわけにはいかない。第二に、この事件は処分が発動されるべきであったということを基礎付けるための根拠の一つとして、法律の明文には示されていなかった事情が指摘されている点である。近年では行政裁量の統制の文脈において、不文の法源や法律では明示されることのなかった重要な考慮事項を裁判所が指摘するということがしばしば見られる。それはそれ以降の同種の案件処理において行政が念頭に置くべき事項という意味で高い重要性を持つ要素である。この事項を組み込むことが出来なければ、その後の行政の事案処理過程は依然として事後的是正を受け続けるべきも

³⁴ 最判平成16〔2004〕年10月15日民集58巻7号1802頁。

のとなるであろう。他方、行政がそのような法源や考慮事項をこの事件を処理する以前に認識できていたか、認識することが本当にできたか、という点にも検討の余地がある。これが明らかに不可能であると考えられるときに改めて、行政法学の提示する行政像は、現実中存在する行政というものとは位相の異なったものであるということをよく理解できるようになるからである。

(2) そもその前提として判決が要求しているのは、法律が規制権限を用意していることである。規制権限がない場所では規制を要求するほどの強い要求をなしえない、とまで明言されているわけではない。しかしながら、規制が他方で私人の権利を侵害する(少なくともその可能性のある)方法である以上、それを根拠づける法律が必要とされることは当然であるというべきであろう。もう一つ、規制権限がある(ないしはそれを実際に行使できる)、ということも行政の側が認識している必要があるということが要求されていない、ということも言うことができるだろう。これは事後的な裁判であるからということもあってのことであるが、事前の視点から行政が本当に規制権限のあることを認識できていない(大前提が未発見)場合にどのように行政にそれを認識させることができるか、というのは実際には別の重要問題となる。それを認識させることのできる方法が制度上確立されれば有益ということができるだろう。

さて、「規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において」国賠上の適用上違法となると解するのが相当である、と最高裁は言う。この上で、このとき最高裁は、明文にはないものの、水質二法の「権限は、当該水域の水質の悪化にかかわりのある周辺住民の生命、健康の保護をその主要な目的の一つとして」、「適時にかつ適切に行使されるべきものである」と判示した。不文であるにもかかわらず、周辺住民の生命、健康の保護の重要性から、権限不行使の著しい不合理性を導き出した、ということとなる。裏返せば、事前的観点から考えても、周辺住民の生命、健康の保護は優先度の高い考慮事項として、意思決定を誘導していくべきものと考えらるべきであろう³⁵。

当該事件の事実関係において、水俣病の公式発見から三年半が経過しており、住民には多数の患者、そして死亡者があらわれていた。ひろく、生命、健康等

³⁵ 熊本県に対する請求においても、県漁業調整規則は「水産動植物の繁殖保護等を直接の目的とするものではあるが、それを摂取する者の健康の保持等をもその究極の目的とするものであると解される」として原審を支持是認しており、このような事項を考慮すべき状況を広く見積もっている。

に関する深刻かつ重大な被害が生じ得る状況が継続していた、と裁判所は認定した。このとき国は、水俣病の原因物質が有機水銀化合物であり、排出源がある企業の工場施設であることを高度の蓋然性をもって認識「し得る」状況にあった、また、当該工場の排水に水銀が含まれているかにつき定量分析をすることが「可能であった」とされる³⁶。この状況下では、①水俣湾及び周辺海域の指定水域への指定、②指定水域に関する水質基準の設定、③工場施設を法の定義する特定施設に定めること、が可能であり、またそうすべきであった、と最高裁は言う。そして、そこから一月以内に、企業に④工場排水についての処理方法の改善、当該施設の使用の一時停止その他必要な措置を採ることを命ずることが可能であった、と言われる。ここで、水俣病の健康被害の深刻さに鑑みて、「直ちに」権限を行使すべき状況にあった、としたのである。

本判決が権限を行使すべきであったと指摘する時点から、本件最高裁判決にいたるまで44年、原審高裁の判決にいたるまでであっても41年の期間を経ており、この過程において、当時から知見の質・量ともに大変な差が生まれている。また問題の深刻さの認識についてもおそらく違いが生じているだろうということを指摘することはできるであろう。この点、やはり本件最高裁判決の論理を、「処分を回避せずに行う意思決定過程」へとフィードバックさせることは少々難しいように見受けられる。法令の「目的」や「考慮されるべき事項」を、行政の側で実際にかつ真剣に、そして速やかに自覚して考慮できるようにするためには、どのような方途を考えることができるであろうか。引き続き事例を見ながら示唆を得ていきたい。

第二項 [保険業法の業務改善命令等]

(1) 水濁法に関する先行研究は、しばしば執行に欠缺が生じること、法定要件が充たされているとしても行政の現場では行政処分発出が好まれてはいないことを指摘していた。かつてはこのように処分をおこなわない、いわゆる護送船団方式がとられていたものの、近年は処分の発動を躊躇わないという行政スタイルへの転換を行った行政分野に、金融監督行政の分野がある。引き続き、金融監督行政の先行する報告をまとめる。

金融監督行政について、金融庁監督局の現在の組織構成を参照すると、大きく分けて銀行監督、保険監督、証券監督という三分野をまず想定することができる。このうち主に保険監督に素材を取った保井俊之の研究³⁷を主として活用す

³⁶ 排出源企業が排水浄化装置を整備したことも事実として摘示されている一方、これが水銀除去を目的としたものでなかったことを「容易に知り得た」という事情も指摘されている。

³⁷ 保井俊之『保険金不払い問題と日本の保険行政——指向転換はなぜ起こったのか』（日本評論社、2011）。歴史的な経緯の記述として、主として第2章の79頁以下を参照する。

る。

(2) 保険会社・保険業務運営に係る本格的な規制監督法である保険業法は1900年に制定された。同法は当初から行政当局に検査権限、一定の命令権限を与えており、命令違反が見られたときは事業停止命令や免許取消を「なしうる」ことが定められていた。但し、その要件の明確化や類型化は極めて弱くしか行われていなかった³⁸。また、業法制定当初の保険監督の主眼は、「悪質業者または脆弱な財務基盤を有する業者を契約者保護のために駆逐することであった」と説かれており、実際に火災保険会社については大部分の会社が成立後十年以内に解散ないし免許取消により消滅したという経緯が示されている。前史として、この当時には強力な法執行が行われていたのである。

これに対して、戦後まもなくから2005年までの時代には、「業務の不適切性を理由とする行政処分は1件も発出されていない」³⁹。旧大蔵省時代（大蔵省への業務の全面移管は1941年、その前に保険業法の全面改正が1939年に⁴⁰行われている）の行政スタイルとして、「日常における細部にわたる行政指導」、「生損保両協会の協会長会社と当局はさまざまなレベルで接触し、細やかな政策課題の設定と解決を主として通達の発出や口頭指導という形で行っていた」と概観されている⁴¹。ここでは、「生損保業界が保険規制監督行政の遂行のための専門知識の提供をかなり密接な形で行うスタイル」が形成されていた、と考えられている。他方で前項で見られたような「行政調査」については、この時

³⁸ 保井・前掲註37・90頁。1900年保険業法11条に「主務官庁カ保険会社ノ業務又ハ会社財産ノ状況ニ依リ其事業ノ継続ヲ困難ナリト認ムルトキハ其事業ノ停止ヲ命シ又ハ期間ヲ定メテ業務執行ノ方法若クハ計算ノ基礎ノ変更ヲ命シ其他保険契約者、被保険者又ハ保険金額ヲ受取ルヘキ者ノ権利ヲ保護スルニ必要ナル命令ヲ為スコトヲ得」とあり、12条に「保険会社カ主務官庁ノ命令ニ違反シタルトキハ主務官庁ハ事業ノ停止若クハ取締役ノ改選ヲ命シ又ハ免許ヲ取消スコトヲ得」とあった。12条は1927年に改正を受け、「主務官庁ノ命令ニ違反シタルトキ」が「本法、主務官庁ノ命令又ハ第五条ニ掲ケタル書類ニ定メタル特ニ重要ナル事項ニ違反シタルトキ」に改められた。

³⁹ 保井・前掲註37・95頁。97頁では、規制を強力に執行することのできるような人員配置がまるでなされていなかったことを指摘している。そして、高度成長期からバブル期にあっては、「事前に規制内容を行政と業界がすり合わせることにより規制違反がない状態を作り出し、制裁などの執行戦略が発動されないよう事前に形骸化されていた」との指摘がなされている。

⁴⁰ 監督命令については9条に「主務大臣保険会社ノ業務又ハ財産ノ状況ニ依リ必要アリト認ムルトキハ業務執行ノ方法ノ変更又ハ財産ノ供託ヲ命ジ其ノ他監督上必要ナル命令ヲ為スコトヲ得」と定められ、法令違反・公益侵害等に対する処分については12条に「保険会社ガ法令、主務大臣ノ命令若ハ[...]特ニ重要ナル事項ニ違反シ又ハ公益ヲ害スベキ行為ヲ為シタルトキハ主務大臣ハ取締役若ハ監査役ノ解任若ハ事業ノ停止ヲ命ジ又ハ事業ノ免許ヲ取消スコトヲ得」と定められた。

⁴¹ 保井・前掲註37・117頁。

代は定期的に金融機関への監査が行われていたということは認識しておく必要があるだろう。

1990年代には⁴²、規制緩和と透明性向上の必要性が認知され訴えられるようになり、まずは1995年に保険業法が全面改正されることとなった⁴³。97年以降、いくつかの生命保険会社が資産運用の行き詰まり等から経営破綻するに至ってしまう。このとき、破綻保険会社からの申し出等もあり、大蔵省は業務の一部停止命令の発動を迫られるところとなった。保険業界に留まらない金融危機が生じ拡大していく中で、大蔵省から金融監督機能の切り離しを行うことが政治的な議論の主題として認知されるに至り、1998年に総理府金融監督庁の発足、2000年には金融庁への改組が行われるところとなる。

2002年に、とりわけ銀行行政分野において、金融庁は業務改善命令等の処分による制裁をためらわないという方針を明らかにした。しかしこの制裁は恣意的・裁量的であるという批判を受け、2004年には行政の透明性・予測可能性の向上を政策課題とするようになる⁴⁴。保険行政については2005年に「保険金の不適切支払い・支払漏れが大量に発覚し」、監督当局は「業務の適切性に関する事後の法令順守チェックを重視し、法令違反には行政処分の積極的発出をためらわない」スタイルへと転換した、と指摘されている⁴⁵。実際に、2005年2月からはじまって、2008年7月までの間に、生保並びに損保両業界に向けて、業務停止命令が10件、業務改善命令が51件、また支払漏れ等の状況を報告することを求める報告徴求命令が出されたと報告されている⁴⁶。ただし、このように

⁴² 保井・前掲註37・98頁以下。

⁴³ 現在の保険業法では、132条以下で業務停止等命令を定める。132条1項は、「保険会社の業務若しくは財産又は保険会社及びその子会社等の財産の状況に照らして、当該保険会社の業務の健全かつ適切な運営を確保し、保険契約者等の保護を図るため必要があると認めるときは、当該保険会社に対し、措置を講ずべき事項及び期限を示して、経営の健全性を確保するための改善計画の提出を求め、若しくは提出された改善計画の変更を命じ、又はその必要の限度において、期限を付して当該保険会社の業務の全部若しくは一部の停止を命じ、若しくは当該保険会社の財産の供託その他監督上必要な措置を命ずる」と、要件の詳細化と並んで効果選択についても少なからず限定を加えるところとなった。133条は、法令・法令に基づく処分ならびに定款・事業方法書・約款等の書類の定める特に重要な事項に違反したとき、免許に付された条件に違反したとき、公益を害する行為をしたときには、業務の全部又は一部の停止命令、役職者の解任命令、また免許取消を行うことができる、と定めた。134条は事業者の業務継続が契約者保護の見地から適当でないとき認めるときに免許を取り消すことができると定めた規定である。

⁴⁴ 保井・前掲註37・109頁。

⁴⁵ 保井・前掲註37・110頁以下。

⁴⁶ 保井・前掲註37・22-23頁。初期の行政処分は「一罰百戒」的であったとされるが、重い処分を課するときには保険金不適切不払いの質・量が突出していたことを理由として示していたという。しかしこの後、不適切不払いや支払い漏れは業界横断的なものであると指摘されるようになり、執行戦略は全社一斉に実態把握を行い、法令違反の事実があれば

処分をためらわずに積極的に出すという方針が常態化したわけではなく、保険会社への行政処分はその後 2010 年から再び年 0 件のペースに戻っている⁴⁷。

金融庁の行政スタイルについては、当初、業界と規制監督当局との間の隔絶が広がるように広がるようにという動きが観察されたことが示唆されている⁴⁸。そのようにして距離感・緊張感が認められるようになったと考えられているのである。2007 年、金融上の行政処分についての基本方針と基準が体系的に示され、予見可能性・透明性の確保やデュープロセスの遵守が強調されるようになる⁴⁹。2008 年には、処分発出の方法も変化した、と言われ、金融機関全社への要請や業界団体への要請を通じてよりソフトな手法で、不払等が自主的・自律的努力により発生しないような仕組み作りに重点が置かれるようになった、とされる⁵⁰。

(3) 要するに、保井の論文は 2005-2008 年の時期の処分の積極的発動という監督行政の行動は「いかなる目的を持ち、[...]保険会社の業務改善と契約者保護にどの程度効果を持ちえたのか」等の問題につき研究を行う、というものであった。このときの分析手法として行政学的公共政策論的方法論を採用し、様々な考察が行われている。したがって、法律上の要件該当性に関するような詳細な報告はあまり含まれていない。むしろ、処分発動に至った過程については一章で見たゴミ缶モデルや政策の窓モデル、そして合理的意思決定論の一種である「公共政策分析」モデルを用いた説明が行われている。行政活動についても当然金融庁の採った活動並びに採ることができた政策パッケージ（処分にとどまるものではなく、より様々な方策を駆使して事業者・業界社会への働きかけを行うものである）に視野を広げた検討が行われている。それらの研究成果については本論文で紹介を行い得るところではない。

本論文本章の観点から注意しておきたいのは以下の事情のみである。第一に、処分の根拠規範は、百余年の期間において実質的には三回しか大改正を経なかった、そして大改正間の時間も一定程度以上開いていた、という意味で、相対的に安定的だった。第二に、その期間の範囲内においてさえ、処分が積極的に

多数の社を一斉に処分する「百罰百戒」的なものとなったことが論じられている。110 頁以下。

⁴⁷ もちろん、重大な法令違反等が発見されていないところで処分を発動する必要はないわけで、高い処分発動数だけを目標として設定して良いはずはない。数字は金融庁『金融庁の 1 年（平成 25 事務年度版）』555 頁の表を参照。

⁴⁸ 保井・前掲註 37・120 頁以下。

⁴⁹ なお、金融庁は行政処分事例集を編集して公開しており、xls ファイルから各処分を個別に見ることができるようにリンクが貼られている

る。 ”http://www.fsa.go.jp/status/s_jirei/kouhyou.html” (2015/03/27 最終確認)

⁵⁰ 保井・前掲註 37・111 頁以下。

発動される時期と処分発令に消極的だった時期とが交互に入れ替わっており、その時期の入れ替わりは必ずしも法令改正とは重なっていない。ここでは、処分発動については消極的な立場から積極的な立場への変動が確かに生じていた。しかし、それを規定したのは法ではなく、行政・業界を取り巻く環境、そして行政内部における政策ないし内部規定であった。もっとも、処分を行うための要件並びに処分の重さを定めるための要件については一貫して詳細化が進められている。処分理由の明記についても独自のスタイルをもって実務が確立しつつある。

(4) 処分を行わないという文化から処分を行うという文化へと行政スタイルが変化した事例を紹介した。これらの事例のみから考えてしまうと、効果選択・処分選択は多分に「恣意的な」問題であるように見えてしまうかもしれない。「恣意的」は意思決定者の自由を過剰に強調しすぎた表現であるかもしれないが、公共団体や行政組織の立場からの政策的な考えだとか組織文化的な要因だとかが過分に意思決定の出力に影響しているようにも思われる。事業者が検挙されたかとかいうような条件が一応明示されており、意思決定が一定程度は複数の要件から構成されているということは言うことができる。これは「恣意」という批難を免れる方向へ評価することができそうな事情ではある。法が空文のまま残した裁量領域につき、処分が個々人の恣意に流れることのないよう、ある程度は構造化されている、と見ることもできるかもしれない。しかし、そこで考慮されている個々の事情が考慮を禁止されている事項ではないか、他事考慮ではないか、というのは別の問題である。

法律は、事業者の利益や事業者よりも大きなレベルの経済的事情等を考慮することに言及してはいない。こと事業者の利益については、許可等が取り消されるときには憲法上の営業の自由等との関係からこれを考慮することが要請されるかもしれない。不文の法原則としての比例原則等が処分不処分や処分の重さ等の効果選択を制約するとする見方もありうる。しかしその他の要因を考慮することはどうであろうか。まして、政策的な理由だけで、不処分文化から処分文化へと転換することが、本当に適法なものとして評価されうるのか、ということにも検討する余地がある。

第三款 効果裁量の無い場所での包摂〔関税法の輸入禁制品取締〕

第一項 導入・法の規定

(1) 次に取り上げる事例は、税関における輸入禁制品の検閲・取締行政（関税法 69 条の 11 第 1 項 7 号）である。携帯品にせよ別送品にせよないしは貨物としてにせよ国外から特定の物品の持ち込みを試みるとする。その際色々な形

式で申告が求められているとはいえ、輸入禁制品に関しては当該特定の物品の持ち込みの一般的な禁止を個別的に解除するような仕組みが採用されているわけではない。そこで本稿ではこれを不利益処分に近い類型のものとして捉えることとした。個別的な禁止の解除がなく絶対的な輸入の禁止というのが建前であるということはまた、行政の側に効果裁量の余地がないはずである、ということをも意味する。更に特徴的な点を幾つか挙げよう。前述のように効果裁量がないということの一方で、以下で取り上げる七号の物品に関しては、わいせつであると評価できるような事実を認定できるかどうかが決定的に重要な問題となると考えることができる。法適用に当たる官吏としては、書籍図画映画等の内容のみから規制の網にかかる属性（例えばわいせつであること）を抽出でき、それ以上の情報を収集する必要に乏しいようにも思われる⁵¹。また、後に詳細に述べるように、法律上用いられている用語としては解釈を俟たなければならない規範的法概念を用いている。青井の用語で言うならば弛緩的な法概念が用いられているこの種の法適用では、どのようにして実用に堪える大前提の導出、法命題の提示がなされうるか、ということが興味ある部分である。関連する裁判例の示したわいせつ性の解釈や事例ごとの当てはめに留意しつつ、（さらに行政としての決定の一貫性を保つためには行政実例をも参照しながら）法適用を行うことが期待される分野でもある。おそらく当てはめの際に、複雑な考量を要求されることとなるというところから、不服審査時には諮問機関的な合議機関の判断を仰ぐことともされているところも注目に値する。

（２） 関税法 69 条の 11 では、「輸入してはならない貨物」が各種規定されており、その 1 項 7 号に「公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」の輸入をしてはならないということが規定されている。同規定につき、平成 18〔2006〕年法律第 17 号による改正前は関税定率法に対応する規定が置かれており、これが累次の最高裁判例でも知られる、関税定率法 21 条 1 項 3 号⁵²の輸入禁制品を定めた規定であった。なお、現行の関税定率法は明治 43 年の法律であり、同規定に基づく行政実務は明治以来継続してきている、というこ

⁵¹ もっとも、その逆が正しいと批判することもできるだろう。事実認定が決定的に重要であるからこそ、このような属性の有無に関し当事者からの反論を十分に聴取できるような仕組みを整備すべきである、とすることができるかもしれない。「事実認定の適正化のためにどのような仕組みを設けるのが適正であると考えられるか」という問題に関して、従来この分野では意見聴取をやや軽視していたように見受けられる。

⁵² 輸入禁制品に該当する旨の通知につき、行政事件訴訟法に基づいて争うことの可能性を認めた、処分性に関するリーディングケースとして知られる大法廷判決は、最大判昭和 59〔1984〕年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 308 頁。後に平成 6〔1994〕年法律 118 号による改正で 3 号から 4 号へと数字が改められ、同 4 号に基づく処分が争われた最高裁判例には最三判平成 20〔2006〕年 2 月 19 日民集 62 卷 2 号 445 頁がある。

ととなる。

(3) 同規定の解釈に当たっては、「その他の物品」の外縁をどのようにとるのか、ということも問題とならないわけではないであろう。しかしそれは無視するとしてもその前の、「公安又は風俗を害すべき」という表現が問題となる。その内容は、一義的であるとか一読して容易に理解することができるとか言うことはできないだろう。實際上解釈や具体化の俟たれる表現であるだろうし、該当性判断については評価的要素が含まれるだろう。正にその解釈・適用（とりわけ「風俗を害す」という表現の解釈・適用）について大法廷判決を含む最高裁判例が出されてきたところである⁵³。すなわち、同号の「物品に該当するか否かの判断はそれ自体一種の価値判断たるを免れない」ものであって、そのような「物品がいかなるものであるかは、もとより解釈の余地がないほど明白であるとはいえず、3号物件に該当すると認めるのに相当の理由があるとする税関長の判断も必ずしも常に是認され得るということはできない」。

その下で、「風俗」という用語の意味内容は、「性的風俗、社会的風俗、宗教的風俗等多義にわたり、その文言自体から直ちに一義的に明らかであるといえない」ものの、「およそ法的規制の対象として「風俗を害すべき書籍、図画」等」というときは、性的風俗を害すべきもの、すなわち猥褻な書籍、図画等を意味するものと解することができる」。このことは、「旧刑法（明治13年太政官布告第36号）が「風俗ヲ害スル罪」の章の中に、書籍、図画等の表現物に関する罪として猥褻物公然陳列と同販売の罪のみを規定し、また、現行刑法上、表現物で風俗を害すべきものとして規制の対象とされるのは175条の猥褻文書、図画等のみであることによっても窺うことができる」。「風俗を害すべき」の用語につき、「旧憲法の下においては、当時施行されていた出版法が「風俗ヲ壊乱スルモノ」を、また新聞紙法が「風俗ヲ害スルモノ」を規定の対象としていた関係規定との対比において、「猥褻」を中核としつつ、なお「不倫」その他若干の観念を含む余地があったものと解され得る」が、日本国憲法施行後は、出版法・新聞紙法等の廃止により、「猥褻物以外の表現物については、その頒布、販売等の規制が解除された」と言われている。そして、「猥褻性の概念は刑法175条の規定の解釈に関する判例の蓄積により明確化されており」、「規制の対象となるものとそうでないものとの区別の基準」も明らかにされているものとの判断が示されている。かくして、最高裁判例は、「風俗」という要件上の表現については限定解釈を加えることによって、合憲性を認めるところとなった。

裁判官4人による補足意見は、立法論として「風俗を害すべき」という表現を理解の容易な表現に改めるべきことを訴えており、それ以上に「公安」とい

⁵³ 以下、ここでは前掲最大判昭和59年12月12日の内容をまとめる。

う文言は風俗と違って限定解釈を施す余地がなく違憲の疑いを免れない、としている。別の裁判官 4 人による反対意見は、風俗を「性的風俗」へと限定する解釈はこれを採るべき根拠を欠くとしており、この規定は「不明確であり、かつ、広汎に過ぎる」、したがって憲法に違反するものである、と指摘している。また「公安」の表現につき、違憲の疑いを指摘する補足意見に同調する考えを示している。とは言え、「風俗を害すべき書籍、図画」等という規定が猥褻表現物の輸入のみを規制しようとするものであるとするならば、右規定を「猥褻な書籍、図画」等と規定することによってより明確なものにすることは、立法上容易なはず」との見解も示されており、猥褻表現物の輸入規制それ自体について反対するものとは言えないことには注意しておく必要もある。

第二項 物品指定の実務

(1) 続いて、この規定に基づく輸入禁制品物の指定に関する実務についても検討したい。遅くとも 1984 年以来、現在ではこの規定に該当する物品は「猥褻」な物品に限定される、と考えることができる。とは言え「猥褻」の該当性にも変遷があり、直近の事件だけを考えても、ある一人の写真家による一連の写真作品（が編集されたカタログないし図録）につき、それを猥褻物に当たると結論付けた最高裁判例（2 人による反対意見あり。また 1 人による補足意見も示されている）⁵⁴と猥褻物には当たらないと結論付けた最高裁判例（1 人による反対意見あり）⁵⁵がある。ここでの判断に当たる官吏は、言うなれば、猥褻性の捉え方に関する社会通念の先端に立って実務を行っているようなものである。先例・既存のルールに基づいて限りなく精密な判断を行ったところで、それが「なされるべき正確な判断であった」との確信を持つことはできないのではないだろうか。とはいえ、もとより、常に「より良い、ベストに近い水準の」判断を行うことが望ましいことは論を俟たない。

猥褻性の認定はどのように行われるべきであったのか、ということと並んで、それがどのような現実の判断過程に基づいて行われてきたのか、ということが重要な問題である。それを明確に示したものはあまり見当たらない。税関での担当官が携帯品をチェックしている最中に、自己判断により猥褻物該当性を指摘している、ということを示唆する報告がしばしば見られる⁵⁶。しかし、そこで

⁵⁴ 最判平成 11〔1999〕年 2 月 23 日集民 191 号 313 頁。

⁵⁵ 最判平成 20〔2008〕年 2 月 19 日民集 62 卷 2 号 445 頁。

⁵⁶ 大蔵省税関部 編『かすとむす 税関八十周年記念誌』（大蔵財務協会、1952）100 頁は、1920 年頃の通関時の回想として次のようなエピソードを語っている。フランスの博物館にある裸体画が集められている本が猥褻に近いということで横浜税関で止められ、職員が一枚ずつ「これは深刻だ」とか言って見ている。「外国に行けば博物館に飾ってある画ですから」と答えて結局日本への持ち込みは許されたが、実は「その本の数冊下にポンペイの画

の担当官は、究極的には、何らかの客観的なルール・規則に基づいて（例えば、「男女を問わず、性器が露骨に、直接的に、具体的に」描かれている図画は禁制品である、というような）判断を行っているのか、それよりも直感的な（ある意味では主観的な）判断を行っているのか、ということが今一つ明確ではない。

（２）ところで、戦後に限ってみても、同規定に根拠を置いた規制は猥褻な物品のみを対象として行われてきていたわけではない、ということも指摘しておかなければならない。実際には、「残虐」と言われる物品（写真や映画等）を対象とした輸入規制も行っていった時期がしばらくの間見られたのである。現在はそのような規制活動は撤廃されており、もしそれを行おうとしても先に見た最高裁大法廷判決の相対的に多数の考え方に従えば規制は違憲となる可能性が高い。

撤廃に至るまでには税関での輸入のストップが社会的な問題と見られた事件があった。簡単に紹介すると次のような事件である。昭和41〔1966〕年から翌年にかけて、ベトナム戦争時のベトナムにおけるアメリカ軍の行動を撮影ないし報道した写真・パンフレットの類を日本に持ち込もうとしたところ、それが税関で差し止められたということが連続して起こった。このストップの根拠がまさにいま問題としていた条文に求められていたのであるが、このときの行政解釈（関税局長による答弁）によると、「この風俗を害すべきものという中には、わいせつもの以外に、健全な常識のある人が一見してきわめて残酷である、見るのもいやだという感情を持つようなきわめて残虐性を持った写真等が入るといふうに従来解釈されてきておりますし、また税関当局に置きましても長年そういう解釈のもとに行政をやってきた」⁵⁷という。写真等は、きわめて残虐である、と判断されて輸入が止められた、ということとなる。この事件に関して、何度かの国会（委員会）における質問・答弁が行われた。最終的には、昭和42〔1967〕年7月に「輸入映画等審議会で、新しい、従来よりも緩和された方針が打ち出され[...]、この方針に従いまして、八月になりまして新しい通達を出しました」というかたちで行政の方針転換が起こったようである。当初は部外秘のものとして発出された当該通達の概要は次の通り。

「輸入禁制品のうち、いわゆる「残虐表現物品」の認定基準を下記のとおり定めたので、昭和四十二年八月一日以降、これにより処理することとされたい。

があったんですよ。これは小さかったので目立たなかった。これにはずいぶんひどいのがあったのです」（澁沢秀雄）。

⁵⁷ 第55回国会参議院大蔵委員会昭和42〔1967〕年5月25日、谷川宏政府委員発言。

なお、具体的案件の認定に関し、疑義のある場合は当局の意見を求められたい」。

①個々の写真等の物品で、(1) 人体の損壊行為(残虐行為)又は損壊された人体の状態を表現した実写場面で一見して見る者の目をそむけさせる程嫌悪の情をもよおさせ、かつ(2) 残虐行為をあおりそそのかすもの。

②映画、書籍(写真が含まれているものに限る)等で、その一部分が①の(1)に該当するものであり、かつ、作品全体として残虐行為をあおりそそのかすもの。

③商業用のものである等その性格からみて社会的影響力の特に大きい映画(②に掲げるものを除く)で、その作品の全部又は相当部分が残虐場面を取り扱ったものであり、かつ、その一部が①の(1)に該当するもの。

①から③に掲げる物品を「風俗を害する」に該当する物品とする、という通達である。なお①②に関し、「あおりそそのかすかどうかの認定は、単なる推測でなく、あおりそそのかす旨が文字等により明確に表現されていることを要する」。また、①の(1)に該当する部分を映画等の輸入者が除去する場合には「通関を認めても差支えない」。掲記の通り、残虐表現物品の規制を取り止めるという内容のものではなかったことには一応留意しておきたい⁵⁸。

第三項 案件処理の手続過程

(1) 昭和4〔1929〕年1月31日達第3号⁵⁹の「検閲事務処理規程」は、1条で、

「検査官吏(監視部旅具係員及船内検査を担当する同海務係員を含む)が輸入貨物検査中「出版法第20条新聞紙法第24条関税定率法第11条第3号に依り発売頒布及輸入を禁止せられたる物件」ないし「公安又は風俗を害する虞ありと虞(ママ)めたる物件」を「発見したるときは税関長官房検閲掛(ママ)員に送付しその検閲に付すべし」、「但し関税法第74条に該当する嫌疑あるものに就ては直に其の要領を監視部に通報すると共に当該物件を送付するを要す」

と定めている(適宜字体・カナ遣い・数字表記を改めた)。5条は

「検査官吏より送付を受けたる物品が図書類活動写真用「フィルム」及蓄音機用円盤に係るとき検閲掛員は検閲後「貨主・取扱人・発見部課・受理年月日・内容の梗概・不穏なる部分の全訳又は記述・処分区分及びその理由等を記載した「報告書を作成し現品を添え検閲主任官に報告すべし」

⁵⁸ 参議院大蔵委員会(第56回国会閉会后)昭和42〔1967〕年10月13日における須藤五郎委員発言より抜粋。関第3485号、昭和42年8月1日付、大蔵省関税局長よりの通達。

⁵⁹ 直接の発出者は高い確率で横浜税関長である。根拠とした資料が横浜税関の編纂にかかる昭和8〔1933〕年10月・税関長令達であるところによる。

としている。なお、検閲主任官は「監視部長」である⁶⁰。

税関長がさらに決裁をするものであるのか、今で言うところの専決が行われていたものであるのか、ということについてはそれ以上に確信を持つことのできる資料を入手できていない。主任官が原報告書の結論を是認するか覆すかという割合等に関する資料も入手できていないが、6条は

「検閲主任官が許放の決定を為したるときは其の旨貨主に通告すると同時に総務課に通知すべし」

とある。そして、10条は

「第1条の物件に対し輸入を禁止したる場合又は犯則処分を為したる場合には検閲掛員は其の要領を大蔵省、各関及内務省に通報すべし」

と定めている。図書については、

「検閲掛員は輸入禁止図書目録を調整し之が加除整理に任ずべし。

前項の図書目録及追録は之を関係部課に送付するを要す」(11条)

との定めがある。13条は

「検閲掛員は検閲原簿に」書籍(映画等)の名称・著者(原作者等)・発見部課・受理年月日・処分区別・決定年月日・検閲担当者・処理顛末・摘要等の要領を「記入し検閲物品の出納処理を明にすべし」

と定めている。

(2) ここでは、先行決定例につき情報共有を行う仕組みが設けられていたことが示唆されている点を強調しておきたい。とは言っても、横浜税関外にまで情報共有が図られていたと認められるのは輸入禁止事例のみではある。税関内では目録及び原簿を参照することによって、諸決定の一貫性を高めることを図ることができただろう。輸入禁止をした物品については、各税関および大蔵省、そして内務省(言うまでもなく出版法や新聞紙法を所管していた官庁である)に向けて事例の共有が図られていたものと見られる。他方、各税関等から横浜税関へ向けた通報が行われていたかどうかはここからは明らかではない(戦後のある時点においてそのような通報が行われていた形跡はある)。そのような共有された情報が個々の「検閲掛員」・「検閲主任官」においてどのように取り込まれたかということは未だ明らかではないことは認めなければならない。とは言え、戦後の最高裁が指摘したように、猥褻性の概念は判例の蓄積によって明確化された、のだとすれば、「公安又は風俗を害す」る虞のある物品の概念の内包も、多くのケースの積み重ねによってそれなりに明確性と一貫性が高められた可能性もあっただろうと考えられる。

⁶⁰ 昭和3〔1928〕年12月29日達第12号「税関長官房に検閲主任官設置の件」に「税関長官房検閲事務を司掌せしむる為検閲主任官を置き監視部長たる事務官を以て之に充つ」。

第四項 要件該当性認定の問題

(1) もう一点、本来重点的に検討すべきと思料するのは、行政内部での規定該当性判断についてである。上記の通り、主任官が検閲掛員による報告書をそのまま追認したものであったか、それが覆されることもあったのか、ということについては、資料を入手することができていない。また、輸入禁制品該当性の問題については、行政訴訟はもちろん、訴願・不服審査の対象でもなかったであろう。

この点に注目をする理由はむしろ戦後における事務取り扱いの変遷の経緯にある。戦後のおそらく比較的早い段階から、この事務に関して手続的・組織的に不服審査・行政内部統制の仕組みが展開を続けてきたのである。前記の「猥褻性」の捉え方に関する判例（判例の言うところの「社会通念」）の変化ということとも関連するのであろうが、通時的（歴史的）な決定の改善・品質向上ということを考えるに際して、この事務は好箇の事例であると見ることができる。

(2) 検閲掛員が実際の業務に当たるのか、主任官が決裁権を有しているのか、あるいは法律上の構成に正確に則って税関長が決裁権を留保しているのかはよく分からないと述べた。しかしいづれにせよ、輸入されてくる物品を税関でシャットアウトできるという仕組みについては、戦後に日本国憲法が施行された時点で憲法に適合しないものではないか、と言われるに至った。

違憲論の立場を唱えていたことのある宮沢俊義の証言を見てみよう。「戦後まもなく私は税関に相談を受けたときに、この規定は憲法違反の疑い大いにありといったのです。けれども、税関としてはこの法律がある以上それを適用せざるを得ない、したがって、輸入映画の場合も審査するといえますから、それならせめて公正な委員会でもつくて、その意見を聞いてやるようにするがいい、という意見を述べたのです。そうしたら税関も賛成して、そのかわり映画の諮問委員会をつくるからおまえその委員長になれといわれ、私もその委員長になってしばらくやりました」⁶¹。

少なくとも法解釈上は、審議会や諮問機関を媒介することによって解釈が正確になるとかいう筋合いのものではない。法適用ないし判断の公正さ、あるいは当時は民主性を担保するような意味合いからこのような組織を設けることが推奨されたものと推測できる。とはいえ諮問は、映画の問題と思料される箇所を一々摘示しつつ、同箇所をカットすることについて、という形式で行われていたようである。宮沢は事務方の「指導能力」が高かったと回顧し、あまり（宮

⁶¹ 我妻栄、宮沢俊義、鶴飼信成、雄川一郎「ジュリストの目 税関検閲をめぐって」ジュリスト 378号 17頁（1967年）。

沢にとって) 満足な成果を収めることができそうもないと考え数年で職を退いた、とのことである⁶²。

ところで、この組織は 1961 年の関税定率法改正によって、法律に根拠を置く「輸入映画等審議会」となる。立法時の説明では、それ以前から審議会類似の組織の運営を行ってきた、との説明がされており、どうやら諮問機関の設置は 1952 年に横浜税関に置かれたのであったのではないかと思われる。戦前以来その時点に至るまで、関東圏の税関行政を担っていたのは横浜税関であった。1953 年に東京税関が横浜税関から独立し、以降羽田空港を(1978 年以降は成田税関支署を通じて成田空港をも) 管轄する東京税関が税関検閲訴訟では前面に立ち現われてくるところとなる。重要なのは、上記の輸入映画等審議会は東京税関に置かれながらも形式的にはすべての税関が輸入禁制品通知処分、その異議申し立ての審査を行うに当たって諮問をすべき対象の組織となったことである。なおこのときには特殊な不服の申し出に対する審査のための機関でしかなかった輸入映画等審議会が前掲 1984 年の最高裁大法廷判決を承けて異議申し立て審査の機関となること、またそもそも通知自体に処分性が認められたということは周知の通りである。

(3) もう少し細かく、戦後における行政判断過程のスタイルを見てみたい。

1967 年 5 月の時点での意思決定のありようはどうか以下のようなものであったらしい。この種の行政においては第一線の官吏がいきなり判断を下すのは適当ではない、ということで、各税関ないし支署に専門官を置く。専門官が統一的に見て、従来の例あるいは輸入映画等審議会等において行われた議論等を斟酌し統一的に判断を行う。例えば横浜税関には 2 名、東京税関には 3 名の専門官がいて、「長年にわたりまして、客観的にその事物についてわいせつであるか、あるいはきわめて残虐であって、それが社会に害を流すものであるという即物的な判断ができる担当者を置いて」いる⁶³、と報告されている。税関側の判断として法 21 条 1 項 3 号(当時)に該当する物品であると認めたときには、該当通知を行う。これに異議があった場合には輸入映画等審議会において審議を行い、この意見を税関長に答申する、という流れがある、とのことであった。

もともと、疑わしい物品の発見自体は、より大勢の職員の仕事に期さなければならなかったようである。この点については、前述の昭和 42 年通達につき、

⁶² Ibid.

⁶³ 第 55 回国会参議院大蔵委員会昭和 42〔1967〕年 5 月 25 日谷川宏政府委員発言。なおこの答弁の前で、政治的な判断で「取り押え」をやったのではないかと質問されている。そのような「政治的な配慮ということは全然なかった」、税関当局が「政治的な偏見を持って判断をするということは、絶対これはやらないということやっておる」と答弁されていることについても一応付言しておく。

若い職員、末端の職員にまでは周知していなかった、ということが大蔵省側の答弁が示唆している。ある物品が「残虐に当たるのじゃないかという懸念を持ちますときには上司に相談することになっております。それで、上司のほうにはこの方針は十分に徹底しております」⁶⁴とされている。

各証言をまとめると、発見者である第一線、あるいは末端の職員が疑わしい物品につき上司に相談する。上司とか専門官だとかいった中位の判断者がおり、おそらく専門官が通知を行うことの決定権ないし決裁権を有する。通知に異議がある場合には輸入映画等審議会に税関長が諮問を行い、審議会の答申が重視され最終的な判断が行われる、というような流れを想定することができる。宮沢の証言にかんがみても、審議会内での意見集約ないし決定過程についても調査を行わなければならないだろう。

(4) もっとも、この点に関する資料はそれほど多くはない。ここでは、宮沢の証言と後年の実務との異同を見出す限りとし、より本格的な調査は後日の課題としたい。時代は下るが、現在設置されている関税等不服審査会の輸入映画部会は、平成 13〔2001〕年以降 6 回分の議事要旨を公開している。各年 1 回程度のペースで会が開催されていたようであり、18 年度から 4 年度の間は開催実績がなく、議事要旨も 18 年度以降は置かれていない。

さて、近年写真の差止が問題となった事例としては最判平成 20 年 2 月 19 日の事例⁶⁵が知られている。ただ、同事例は平成 11 年 10 月 12 日に通知処分が行われた事例である。したがって、不服審査に関する議事録の公開は少なくとも web 上では行われていない。また判決文にも不服審査過程に関する事実の認定は行われていない。処分の性質上、審査は税関支署長による処分の法的正確性に関して行われており、そこで行政部内での意思形成過程の一部に過ぎない審議の過程に触れられていないのは特段不自然なことではない。

宮沢の証言は、映画の輸入に際しての、法定事由に該当すると認定された映画の一部分のカットについて、行政側の誘導が有効にはたらき議論をリードされたような気がした、という趣旨のものであった。先に挙げた写真・パンフレットの輸入差止め事件等は、一部分のカット等ではなく、したがって少し事例の違う話であったことには留意しておかなければならない。ただし、審査会での議論が実質的に行われたか、という観点から宮沢証言との対照を試みることができる。と考える。

この点、例えば平成 13〔2001〕年の審査会では、まず先行して輸入映画部会

⁶⁴ 参議院大蔵委員会（第 56 回国会閉会后）昭和 42〔1967〕年 10 月 13 日における武藤謙二郎説明委員発言。

⁶⁵ 最判平成 20〔2008〕年 2 月 19 日民集 62 卷 2 号 445 頁。

の議事が審査請求3点について行われた旨報告されている。2件は各雑誌1冊に関する不服審査で、両方ともわいせつに該当するものと認め、棄却することが適当であると議決されている。残り1件は写真100枚に関する審査請求で、そのうち3枚については処分を取り消すこととし、その余の部分は棄却することが適当であると議決された。注目すべきは、前者2件につきわいせつに該当しない等の意見があったことが付記されており、後者1件についてもすべてわいせつではないという意見や最も判断が微妙なものについてもわいせつ性を有する者と認められるという意見があったことが報告され、少数意見についても一応言及する態度がとられているところである。このときは、同日それに引き続く時刻に開催された関税等不服審査会総会ですべて部会の議決の通りの判断が適当であると議決されている。他方、平成16〔2004〕年3月15日の15年度第2回審査会輸入映画部会及び総会議事要旨報告では、例外的に部会の議決を総会が覆したことが報告されている。その過程で、「輸入映画部会において認容したものであるが、当該部会でも賛否同数の中で決したものであり、当審査会の規則に沿って総会で議論することに意味がある」との見解が出されたことが取り上げられている。

なお、これらの処分については、行政手続法の適用が除外されている、ということにも注意しておかなければならない。

第四款 小括

上記の事例研究から、本論文としては、不利益処分の決定はある種の規範ないしその定めた要件に則って行われている、と考えることとしたい。そこで定められている要件に、認められる事実が該当しているかどうかということに傾注して実際の行政は行われるということである。

とりわけ保険業法については、それ以外の要因による方が説明しやすいという趣旨の研究書を引用した。しかし、その分野でも「金融上の行政処分について」という文書に代表されるように、処分の基準が明確に打ち出されるようになっていくということが重要であると考えられる。

これらの規範ないし要件は、基本的には法律ないし法の定める規範ないし要件に基づいて、その解釈や具体化として導き出されるものでなければならない、という規範的要請についても改めて思い起こすべきであるだろう。そのようなものでないときには、行政法の法理論として、決定が違法にして無効となるものと考えなければならない。

法律ないし法に基づいているかのような体裁を保つという要請に従いつつ、実際にはそれに基づいていないような決定をどのように排除するか、という問題は確かに残存する。本当は処分理由とはほぼ無関係に決定がなされたにもか

かわらず、当たり障りのない理由を起案する、という事態の排除は重大な問題でありうる。

しかし、それは本当に「常態」なのか、ということも同時に考えられるべきであろう。提示される処分理由及び実定法規上の要件は本当に行政決定過程を嚮導する機能を有しているのではないか、ということについて本節では不利益処分の事例から考えた。

第二節 申請に対する処分の決定過程

導入

前節では、行政処分の中でも、不利益処分の発出されるプロセスについて、いくつかの事例を取り上げながらその特徴を確認してきた。ここでは、本章の課題とした、行政処分の決定がある種の規範に基づいて本当に行われているのか、という点の検証についても、これを支持する事例が見出された。

本項では、行政手続法の採用した分類のもう一方である、申請に対する処分について同様の作業を行う。申請に対する処分の過程においては、観念的には、私人（申請者）による申請がなければ事案処理がスタートすることではなく、適法な申請がなされたならばそこでは事案処理を行わなければならない。一般的にそこでは、当該私人が、行政の事務所に備え付けられている書面の様式に従って、何を望んでいるのかを明確に言語化することが事実上強制されている。申請がなされた後は、法律の定めに遵い、申請の法適合性（不適合性）の確認・審査が行われるだけである。そこで用いられる情報の源は、提出書類・添付書類や行政が自ら調査しあるいは行政の下に集められた情報である。

図式的には、行政の側は、その様式が何法の定めるどのような処分を求めるものであるということをも前提として、法の定める通りに事案を処理すべきものである。とりわけ、職業選択・営業の自由とか所有権とかが根底に置かれているような事業規制の分野においては、法律に定められている「許認可等を与えてはならない」事由が充たされていない場合には当該許可を与えなければならないのが原則である。

しかし、時には私人が、自らが何を求めているのか言語化できていないケース、あるいは何を得れば良いのか自覚していないケースなどもあるであろう。現実の行政における事案処理過程では、行政と私人との間のコミュニケーションによって、徐々に申請内容の明確化、具体化がされるということもありうる⁶⁶。

⁶⁶ 法的三段論法の整理を借りつつ、民事訴訟の過程を例にとり詳しく見てみよう。大前提である法命題は法適用者である裁判所が究極的には自ら探し出し自らの権限において適用できるものであった。とはいえ、最初は当事者双方が提案しているような法条・法律構成

また、申請者私人側の申請内容が（時として適法裡に、時として違法に）行政側とのコミュニケーション過程で変容されあるいは改められるよう指導されることもある。先行する事例研究は、しばしば「申請が実際に行われる以前」の事前調整や事前指導の存在を指摘している。

従前の日本の行政実務の批判は、一つには当該事前過程の肥大化ないし不透

を前提として直面しているケースを眺め、かつ法律の解釈に当たっては判例若しくは通説の採る見解を基軸として、法適用を進めていくと言われている。そしてその中でも、当事者の唱える法律構成に違和感があるような場合にのみ、その他の法律構成をとる（それを促す釈明をする）なり一般条項を適用するなりといったような大前提形成をする、と報告されていた。村田渉「民事裁判における法規範の選択と形成の手法」、『民事裁判における「暗黙知」—「法的三段論法」再考—法哲学年報（2013）』49頁以下。行政の場合は、そもそも行政を上記の法適用者の立場に置くことができるかどうかも問題とならないわけではない。それを措くとすると、申請が行われた段階で大前提（の主軸）たるべき法律規定が特定されていることが少なくないだろう。それ以上に、行政に異なった法条を教示すべき義務、あるいは少なくとも探索すべき義務があるかどうか、ということは一つの興味深い論点ではあるだろうが、本論文では大前提は概ね特定されているというケースのみを考えたい。そうすると、法律規定の具体化や言い換えがどのように行われ行政の現場での実用に変換されていくか、という点が主要な関心事となる。

これに対して、事実の認定ないし事実構成については、正に行政が自らの仕事としてなさなければならないものであり、またそれは行政手続法等の規律の下に果たされなければならないものである。しかし申請に対する処分については、不利益処分とは異なり、聴聞ないし意見聴取のような規定は置かれていない。したがって、法律の規定が（総論的には）置かれていない領域で、例えば行政が職権的に（ないしは何者かからの通報を受け）得た情報だけにに基づいて、ことによると恣意的に事実認定がされてしまいかねないわけである。関連する判例は、法律に聴聞の規定がある場合において、「多数の者のうちから少数特定の者を、具体的個別的事実関係に基づき選択して免許の拒否を決しようとする」とときには「事実の認定につき行政庁の独断を疑うことが客観的にもっとも認められるような不公正な手続をとってはならない」と言っている。そして当該事件のように内部的に定めた、具体的な審査基準が設定されているとき、「とくに、右基準の内容が、微妙、高度の認定を要するようなものである等の場合には、右基準を適用するうえで必要とされる事項について、申請人に対し、その主張と証拠の提出の機会を与えなければならない」と言っている。最判昭和46〔1971〕年10月28日民集25巻7号1037頁。

行政が申請者とのコミュニケーション過程から事実の構成を進めるときは、少なくとも行政が一方向的に議論をリードし相手方私人の立場を軽んじているのでない限りは、違法な事案処理が行われていると批判する必要まではないものと思料する。この点、民事訴訟結審に至る過程において、裁判官と弁護士とがそれぞれ異なった立場から異なったやり方で事実構成にアプローチするものであることを提起する論考は示唆に富むように思われる。中村多美子「弁護士からみた事実—「小前提」形成過程における法的思考—」、『法哲学年報（2013）』89頁。「生の事件」の「法化」ないし法的言語への翻訳に当たっては、多段階での変換作業・情報処理が必要となることもあるのである。日本法は、行政事件が訴訟の場に持ち込まれたときには裁判所が事実認定を自ら行うことのできる事項であると考えている（その例外が、いわゆる実質的証拠法理である）。もしも事件が訴訟となってしまった場合には、行政（とある程度までは申請時点における申請者と）が構成した事実についての認定が覆されてしまう可能性もあるだろう。しかしそれでもなお前提となる事実の特定ないし認定のために行政過程は一定限度の制約をもたらす作用も果たしうるのではないか。

明性に向けられてきていた⁶⁷。更に、そのような事前の過程において、しばしば行政の意思決定過程が先取りされてしまうことがあるようである。では、この先取りされてしまった意思決定過程は「規範の適用としての意思決定過程」にはなっていないのだろうか。

さて、その後に、形式的に整えられた様式書面による申請が、法律の定めた正式な審査の過程に乗ったとしよう。先行する事例研究では、行政分野によっては、事前に調整が済まされており、正式な審査を通過する見通しが立ったものでなければそもそも申請を受け付けられない分野も認められたことが報告されている。このように正式な審査がもはや「形式的」な審査となってしまうようにさえ評価できそうな事案処理過程において、またその他これを包含する一般的な申請処理過程において、「規範の適用としての意思決定過程」が持たれているのかどうか。とりわけこうした論点に注意を向けながら、以下では申請に対する処分が行われる過程に関する先行する事例研究をまとめていきたい。

第一款 事前相談の無いように見受けられる事案処理過程〔宅地建物取引事業免許〕

第一に、事前に行政と申請者との間のコミュニケーションが置かれていないように見受けられる事例を紹介したい。宅地建物取引業法は、当該事「業を営む者について免許制度を実施し、その事業に対し必要な規制を行うことにより、その業務の適正な運営と宅地及び建物の取引の公正とを確保する」（1条）こと等を目的とした法律である。現在、事業を営もうとする者は都道府県知事（ないし2以上の都道府県の区域内に事業所を設置して事業を営もうとする場合にあっては国土交通大臣）の免許を受けなければならない（3条）。免許を受けることなく宅地建物取引業を業として営んではならない（12条）。免許の基準は法5条に定められており、例えば「成年被後見人若しくは被保佐人又は破産者で復権を得ないもの」、法定の事由により免許を取り消され・取り消しの日から5年を経過しない者、および犯歴のある者等には免許をしてはならない。これらの要件については、おおむね認定の基準が明確⁶⁸であるといえることができる。

同法に基づく免許の交付事務の手續については、前掲の昭和61年の神奈川県
の報告書に記述がある。当時の神奈川県は知事による免許の交付の手續につき、

- a. 窓口審査・申請書受理、
- b. 犯歴調査、
- c. 審査、

⁶⁷ 大橋・前掲註7・90頁以下。

⁶⁸ 本文掲記のものとは異なって、最も認定が困難なのはおそらく法5条1項5号にいう「宅地建物取引業に関し不正又は不誠実な行為をするおそれが明らかな者」であるだろう。要件該当性に評価の必要な要素が表現上取り込まれている。

を行い、審査の後に免許の「通知」ないし拒否を行っていた、とある。なお通知後、

d.営業保証金供託済書又は弁済業務保証金供託届出書を受理した後に

e.免許証の交付（なお、法6条）が行われていた、とある⁶⁹。

特記事項として、

①窓口審査の段階で申請書の「補正」を行う。

②犯歴調査は、本籍地市区町村役場等への照会により行う。

③審査の段階で申請の取下げ（昭和59年度8件）、免許拒否処分（同5件）がある。

⑤大臣免許の場合で主たる事務所が本県所在の場合は、審査後建設大臣に送付し、大臣からの免許証の送付を受けた後、免許通知を行い、以下知事免許の場合と同様となる。従たる事務所が本県所在の場合は、事務所要件調査依頼書を受理し調査結果を国へ送付する、とある。なお、事業者の営業に関しては、法に違反する事実等があったときのために業務停止命令等の事後的監督を行うよう仕組みが整えられているが、このような処分は「不利益処分」に当たるためここでは重ねて詳述しないこととする。

時代的な事情もあるであろうが、「受理」が明らかに存在していたことが隠されていない⁷⁰。とはいえ、窓口「審査」時に申請書の補正を行わせ、例えば形式を整えないし正すために余計な誤表記等を減らすことは直ちに申請者のデメリットになることではないため、「受理」の存在よりも「不受理」の存在如何が本質的な問題であると言うべきである。この点で、本格的な審査の段階に見られる拒否処分の存在は、後述する他の処分と違い「許可が出る見通しを得た段階で受理を行う」という実務とは異なった処理がなされていた可能性を示唆するものであるかもしれない。

免許の欠格要件となる事実の調査に関しては、犯歴調査としての照会を一つの段階として取り立てて報告している点が興味深い。これに対し、その他の要件の審査ないし審査のために必要な調査の内実についての報告は欠けている。

第二款 事前相談を伴う事案処理過程〔河川法上の許可処分〕

(1) 許認可の得られる可能性について、法の正式なメカニズムに乗る前に「見通し」が得られるように事案処理のフローが形成されていたことを証言す

⁶⁹ 神奈川県・前掲註7・95頁。

⁷⁰ 戦後日本行政においては、事務所に到達している申請書を受理せずに返戻するという実務が広く行われていた。その多くは事前指導が完了するまでは申請書を受理しないという方針を法定外に定めているものであった。この実務の事例については例えば、椎名慎太郎「違法な行政指導とは何か―申請・届出の取扱いと行政手続法の規律―」『行政手続法と住民参加』（成文堂、1999）27頁、32頁以下。

るのは、河川法における許可処分的事例報告である⁷¹。そこで第二番目にこの事例報告を取り上げることとする。ここでは、申請内容の具体化過程で、行政と申請者との間のコミュニケーション過程が小さくない存在であったことが報告されている。

報告書は、河川法における許可処分の内容として、①流水占用許可(法 23 条)、②土地の占用許可(法 24 条)、③土石等の採取許可(法 25 条)、④工作物の新築等の許可(法 26 条)、⑤土地の掘削等の許可(法 27 条)、を挙げている。

(2) これらの許可処分の事案処理の手續において、申請が受け付けられるより以前に、

a. 事前指導の段階が存在していたと報告されている。ここでは、河川区域内等で許可の必要な行為をしたいという申請者が許可について相談をしに来ると同時に行政(河川事務所・許認可指導課)が指導を行っていたとの報告がある。事前指導段階において、行政部内では、許可の見通しについての協議を許認可指導課と河川事務所内の河川砂防課、あるいは県庁の河港課(当時)との間で行っていた模様である。

b. 申請書作成段階が第二段階目として挙げられている。ただし、ここで申請者が申請書を作成し持参したとして、申請書の「受理」が行われるわけではなく、文書の「預かり」が行われていた、という。「預かり」とは言っても、この段階で既に内容面の(先回りした)審査も行われていたようで、やはり行政側からは補正を行うよう指導が行われていた、とある。

注が付けられており、「河川の占用について(通達)には、事前指導の徹底がうたわれている」とある。「河川管理上の支障の有無、行為の必要性、公共性の有無、添付書類のチェックを相手方との協議で、担当レベルにて行う」といい、「正式受理しても許可できないものは明確に言うが、内容の修正で許可できるものもあるので、あくまで行政指導の範囲内で対応している」とのことであった。行政部内では、河川事務所の河川砂防課で技術審査を行い、技術意見を返していた、とある。技術意見を待って「調査意見書」の作成が行われ、この辺りで「河川管理上支障なく、許可の見通しがある程度だった」ということで申請書の受理が行われた、とのことである。これらの段階を経て、

c. 許可書交付段階に至る。ここでは、事務所で許可を出せる種類の事例と本庁による許可を俟たなければならない種類があるようで、後者の場合には県庁へ進達が行われ、県庁内で書類の審査(並びに河川調査班による技術審査)が行われ、許可書の作成が行われる。事務所許可の場合と本庁許可の場合とい

⁷¹ 神奈川県・前掲註 7・101 頁以下。先に述べたように、報告書作成に携わった大橋洋一が、夙に同報告書の内容の一部をとりまとめ論文化していた。前掲註 7・78 頁。

れも、許可書が作成されればこれを交付する。この後に工事の施行段階で工事の着手の届出並びに完成届に関する事務フローが報告されている。(後者の工事の完成の際には、申請者による届け出を許認可指導課が受理した後で河川砂防課による完成検査があり、この後に許認可指導課における台帳への記入が行われた、とのことである。)

(3) ここでまず重要なのは、法による正式なメカニズムを動かす以前に、実質的な意思決定プロセスが進められていた、ということである。但し、ここで報告されている範囲では、実質的な意思決定プロセスで法律においてフォーマルに定められているようなやり方とは異なった方法で意思形成が行われていたとは必ずしも思われぬ。確かに法定要件に基づく形式ばった審査を行っていたという報告が行われているわけではないことも事実である。法は今なお要件を精細に定めてはいない。とはいえ行政側は、一定のポイントに注意を払いながら申請者との相談のうちに事実認識を構築していたと読み取れるようになっていく。技術審査についてはやはり内容を詳細に報告するものではないものの用語的に技術面からの審査が進められていたとおぼしい。ここでは、厳密に法律に(法律のみに)基づく意思決定が進められていたと断定できる証拠はないものの、一定の「規範」に基づきながら意思形成が進められていたと考えてよいのではないか。

もう一点留意しておくべきは、当時大橋が既に指摘しているように、「行政側に受理する以上許可を得られるようにしておくべき」という意識があったという点であろう⁷²。「事前指導で相当の時間と作業量が必要となるが、申請書を受理した後は、すみやかに許可ができるような配慮がなされている」とある。なお河川法上も監督処分の規定がありこれに関する報告もなされているが⁷³、この点については宅建業法の事例と同様ここへの記載は行わない。

第三款 法定外の考慮事項にこだわりすぎたと認められた事例

[海岸法ないし国有財産法上の占用許可]

(1) 前款では、法律ないし予め定められた基準上の要件に導かれた、規範の適用としての意思決定が行われているように見受けられる、との見解を述べた。ただ、この「規範」はしばしば法律上のものではない。純然たる法律ではなく、その「解釈」を現場が第一次的に用いるルールブックとして用いる場合もあるだろう。あるいは、行政部内で定められた規則がルールブックとして機能している場合もあるのかもしれない。それらの適用につき、事前に問合せ意

⁷² 大橋・前掲註7・77頁。

⁷³ 神奈川県・前掲註7・103頁以下、大橋・前掲註7・75頁以下。

見をすりあわせた結果こそが、要件該当性認定の際に重要であるのかもしれない。

この場合当該解釈・規則・意見が裁判所に受け容れられるのであればなんら法律による行政の原理に反するものとは捉えられないかも知れない。しかるに、「規範」に基づいた意思決定が、法に基礎を置いた意思決定とは認められないケースも考えることができるだろう。そのような実例として、いわゆる最高裁まで争われた鹿児島の一事例⁷⁴を取り上げてみたい。

(2) この事件では、ある事業者が、国有地であった一般海浜地海岸に石材搬出用の栈橋を設置したい、という申請を行った。当初(1999年)この海岸は海岸法の指定適用を受ける土地に当たらず、ただ国有財産法による管理が行われるという土地であった。国有財産法には、その用途又は目的を妨げない限度において使用又は収益を許可することができる(18条3項)、と定められているにとどまる。本件国有財産の管理は当時都道府県知事による機関委任事務として行われており、鹿児島県では一般海浜地等管理規則を定めていた。規則3条2項は使用収益の許可を与えることのできる場合として、

- ①電柱・電線・水道管・下水道管・ガス管その他これらに類する施設の敷地の用に供する場合、
- ②通路・材料置場・乾場・船揚場その他これらに類する施設の敷地の用に供する場合、
- ③一時的に設置する駐車場・休憩所・遊戯場・露店・商品置場その他これらに類する施設の敷地の用に供する場合、
- ④農地または採草放牧地の用に供する場合、
- ⑤土石土砂を採取する場合、
- ⑥これらの他、公衆の利便に供する必要がある、または、知事が特に必要やむを得ないと認めた場合、

としていた。なお、管理規則は一般海浜地使用に当たって使用料を徴収することを定めていたが(7条・別表)、この中で「娯楽施設用地」の中に「栈橋又は渡船場」の類型が設けられていたという。また規則は、申請書に各種図面のほか、市町村の意見書及び利害関係人の同意書を含めた所定の書類を提出することと定めていた。

この後、2001年には改めて海岸使用の申請が行われた。このときは、一般海浜地が一般公共海岸区域として海岸法の適用を受けることとなる内容を含む改正海岸法が成立・施行されており、海岸法37条の4に基づく使用許可の申請が行われたものである。同法の施行に当たっては鹿児島県海岸法施行細則が規則

⁷⁴ 最判平成19〔2007〕年12月7日民集61巻9号3290頁。

として定められていたものの、同規則には申請にまつわる手続的内容が定められていたにとどまる。裁判所の認定によれば、許認可実務はこのときもまた国有財産管理に関する管理規則の基準を用いて判断を行っていた。手続的には、国の海岸法施行規則が申請書類の記載事項等について定めたほか、県の施行細則は設計書類等の図面に加え、占用によって影響を受ける他の権利を有する者の同意書または意見書等を提出すべきことを定め、ここでは市町村の意見書は添付書類とされなかった。

99年申請については、同年、栈橋は、要件①から③のような公共的・一時的・公衆の利便の用に供するものでなく、知事が特に必要やむを得ないと認めるものに該当しないこと、地元町長の意見は同意できないというものであったこと、漁協組合長の同意書が添付されているが、漁協から行政として慎重な対応を望むとする意見書が提出されていることを理由として不許可の通知を行った。01年申請については、同年、「一般公共海岸区域の占用は簡易で短期的なものを前提としており」、本件栈橋は大規模・堅固・長期的なものが必要とされるため「占用は公衆の自由使用に供するという一般公共海岸区域の用途又は目的を妨げる」こと、近隣の港湾区域の利用を図るべきであること、地元町長の意見が同意できないというものであったこと、申請書に添付されている地元漁協組合長の同意書の期限が占用期間のすべてにわたるものでないため自室的に同意書が添付されていないと判断したことを理由として、同じく不許可処分を行っている。

第一審に提訴された段階では、両方の申請に関する不許可処分の取消が求められていた。このうち99年の国有財産法に係わる申請については請求が不適法却下され控訴されず確定した。海岸法に係わる申請の不許可処分につき、第一審で原告勝訴の取消判決、第二審で控訴棄却があり、事案は最高裁に持ち込まれた。最高裁は、第二審の法律構成を採用しなかったものの、結論としては上告を棄却した。最高裁の示した法律構成は以下のようなものである。

(3) 海岸法には一般公共海岸区域の占用の許可に関する明文の規定が存在しないが、そのような区域は用途又は目的を妨げない限度でその占用の許可をすることができる。それらが妨げられるときには占用の許可をすることができない。それらが妨げられないときであっても、海岸管理者（行政）は必ず許可をしなければならないというものではない。海岸法の目的等を勘案した裁量判断として占用の許可をしないことが相当であれば、許可をしないことができるものと言うべきである。その判断に当たっては、当該地域の自然的又は社会的な条件、海岸環境、海岸利用の状況等の諸般の事情を十分に勘案し、行政財産の管理としての側面からだけでなく、同法の目的の下で地域の実情に即してその許否の判断をしなければならない。なお、規則もまたそれが定める一定の

場合「に限り許可をする」としているにとどまり「許可をしなければならない」と定めていないことも指摘されている⁷⁵。

(4) さて、この事件において行政が申請に対応している過程でどのような案件処理を行っていたか、ということを実事関係に基づいて見ていこう。許可事務の処理は、県の規則により各地の土木事務所長に委任されていた。99年申請の際、3月に土木事務所長は「法律により」「原則として」一般海浜地の使用収益を許可することはできないと説明した、と認定されている。

しかし申請者・原告側は6月に棧橋設置許可申請書等に地区住民・隣接住民・漁民の要望書を添えて土木事務所に訪れた。このとき、事務所担当者は漁協の同意書を新規に提出するように求め、新規に入手して提出しなければ申請書は受理しない、と答えたとされている。翌日原告が漁協を訪れ同意書の作成を求めたところ、漁協は土木事務所に電話で同意書の要否を問い合わせ、結果事務所は新規の同意書を求めないこととした。同意書についてはそれより以前1997年に原告が石材を採取する採石場を設置することを申請した際に取得し提出した漁協の同意書を添付した。01年の海岸法下での申請にあっても、この同じ同意書を添付して申請を行ったが、前にも記したように、この同意書の同意期間は許可申請に記載された占用期間の間に到達するものであり、占用期間すべてにわたる同意がなかったため、実質的に同意書は添付されていない、と判断された。また、事務所長側には地元の町長側からも意見書等が提出されていたが、この中には地元の集落や漁協からの反対の旨の意見書も添付されていたと認定されている。

第一審と第二審とは互いに法律構成を異にしており、またそれぞれ最高裁とも法律構成を異にしている。第一審では法律や規則の文理から許可の仕組みを再構成することに主眼が置かれている。他方で、地元の意見を参考とすることは県としては重要な行政上の要請と評価しており、それについては、手続的に正しく形成されたか、内容的に首肯できる合理的根拠に基づいているかどうか、ということ十分に吟味するべきである、としている。

第二審は、規則の定める要件の一つが存在し、かつ占用によって一般公共海岸区域である本件海岸の用途・目的が妨げられることとならないときは、占用許可をしなければならない、との解釈を示した。そして、用途・目的を妨げるか否かということと無関係に地元町長の不同意意見を理由として占用を不許可

⁷⁵ 山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣、2012）302頁は、「本件規則の文言からは、2審判決の解釈も最高裁の解釈も成り立つであろう」と言う。本件の事案では、占用の許否の判断を海岸法の下で裁量権の行使として行わなければならない、ということが重要とされる。このときには、規則の「定める占用の目的・態様だけを根拠に占用を許可するような裁量権の行使の仕方は」海岸法の趣旨に反するおそれがある、と言われるのである。

とすることは許されず、用途・目的を妨げるかという判断の一資料として不同意意見を考慮したとしても、当該意見の根拠とされた事情は意見を根拠付けるには足りない事情である、と指摘した。また、地元漁協の同意については、同意書又は意見書を申請書に添付すべき手続的規定が設けられていたことは認めるとしても、当初の99年申請に同意書を提出していたこと、本件全証拠によっても漁協が占用に反対していたと認めることはできないこと等に照らして、手続的な瑕疵をもって不許可処分をすることは許されない、との見解を述べた。漁協が占用に反対していたか、という事実問題について、第一審・第二審はそれぞれ、事実を照らして漁協が棧橋設置に反対していたものとは認められない、としている。

最高裁は、申請者・原告である事業者側が、地元漁協の「同意書を申請書に添付していたにもかかわらず、新たな同意書を提出するよう求めた上、関係市町村長の同意がないことをその理由の一つとして」国有財産法下では不許可の通知を行い、海岸法下でも漁協の「占用期間に係る同意がなく新たな同意書の提出もないことをその理由の一つとして」不許可処分を行ったという経緯を重視しているように見える。

まとめると、どの審級においても、当初原則として許可を出せないと説明をした、ということから、最初から拒否をする結論を固めていた、とする評価を導くことは行われていない。申請を処理する過程で、法令や規則等が定めているような申請書一式が出されるべき、ということは一応の前提として受け容れた上で、この申請書一式に含まれている地元町長や地元漁協の同意書・意見書の取り扱いをどのようにすべきか、ということを考えるところから行政の事案処理が不適法ないし不当であった、との評価を得ているように読むことができるのではないか⁷⁶。法律に基づき、あるいは規則に基づいたとき、地元市町村長の同意は不許可要件に当たらないし、裁量判断にあってもこれを重要事項として取り入れるべきではない。にもかかわらず、同意を要件ないし裁量的許可における必要的条件として考えることは、法的意思決定過程として是認できない、ということとなる。

⁷⁶ 山本・前掲註74・307頁以下は、「行政庁が不許可という結論を先取りして、必要な調査・判断を基本的に行わず、その意味で現実の処分手続がバイアスを帯びていたと評し得る」としている。山本の言うように「バイアスの認定は通常はむずかしい」。また本件で鹿児島県（土木事務所）が事案の調査を怠り、「公益性の判断任務・責任を法的根拠なく委譲・放棄」したように見えることには同意せざるを得ない。第一審・第二審・最高裁ともに、行政が業者側にとって不合理な勧告を続けたこと等も考慮に入れて判決を下していることは見落とすべきではないだろう。しかし、判決に現れている事情だけで本当に結論の先取りが行われていたと言えるのか、私見では未だに疑問がある。

第四款 小括

申請に対する処分においては、申請を受けた行政は必ず審査を開始し処分を行わなければならない。しかるに、要件を具体的に定めている法律と要件があまり明らかでない法律とがともに認められる。

審査に当たっては、細目を定める要件を内規や規則で定める例もみられる。また、事前の協議を行政部内で行う例も見られた。このような過程を通じて個別的事件における事実認定と法の具体化とが並行し、時間をかけて行われているのではないかと考えることができる。法の要件や規範上の要件、それらへの解釈は、審査・意思決定過程に課せられた重要な制約である。しかし、事前に見出された解釈や要件に観点を固定させてしまうことは事件の処理としては必ずしも適切ではないだろう。

もっとも、処分決定に至るまでに案出され採用された法の解釈や具体化は、処分に対する訴訟が提起されてしまえば裁判所による置き換えを受けるべき立場に置かれるものである。それでは、行政過程は何のために設けられているのであろうか。そこで得られた解釈等は意味のないものとされてしまっても構わないのであろうか。

これは要するに、行政機関が得た法解釈を無視するのが正道であるか、それ以外に何らかの態度の採り方があるのではないか、という問題である。本論文では、次章において、「行政による法解釈」への審査方法の代替案を考察する。それは、行政による法適用・決定・処分の理由への合理性の審査という手法である。

第三章 カナダ判例法理に見る行政への敬讓

はじめに

(1) 前章で得られた知見は、行政処分決定が、少なくとも何らかの規範の適用として行われている、ということを支持しているように考えることができる。この何らかの規範は、前章の事例研究のあるものにおいては、法律ないし法の具体化されたものと見ることができるものであった。

しかし、法律に基礎を有しないような要件を行政が創出してしまうこともあるだろう。なおかつその要件を充たさせることに事案処理に当たる機関が固執しすぎたことで、結果不適法な決定、私人にとって権利を違法に侵害されてしまうような決定につながってしまうという事態は確かに懸念されるどころである。このような事態の発生を事前に抑制し事後的な統制によっても排除することは、確かに、行政法学の一大目的であろう。

では、法律に正に基礎を有する要件、その具体化・詳細化・換言・解釈等として導き出された要件に基づいて規範の適用を行っていく、ということについては、行政法学はどのように対応していくべきであろうか。伝統的、また通説的には、裁判所はそれらの解釈に拘束されるべきものではなく、むしろそれらが正しくないものであると考える場合には、自らの法解釈をもってそれらを置き換えて事件を解決してゆくべきものである¹。しかるに、この原則を常に貫いていくとすれば、行政による法適用としての行政事案処理過程というものは、全て容易に事後的に覆されていくべき、非常に不安定な過程となりかねないように思われる。行政決定が容易に覆されるべきものであるのであれば、わざわざ行政によって法適用を行わせ事件や問題解決を行わせていくという現在の社会制度は一体何を指して設けられているものなのであるだろうか。

もちろん、ここに述べたような行政決定は容易に覆される非常に不安定なものに過ぎない、という意見は、現実の日本行政と照らし合わせるとあまり正鵠を得ているものとは言い難い。というのは、しばしば裁判所は行政事件訴訟で原告の請求を認容するのに消極的であると言われ続けてきていたところだからである。ここでも必要とされるのは、一方で行政決定へ無際限に介入すべきではないという自制と、他方で行政に向かってより良い決定を求めていくという監督的立場とのバランスである、と言わねばならない。

(2) 上記の問題意識から出発して、本章では、カナダ行政法の議論について、主として連邦最高裁判所の判例を参照・整理しながら比較法的考察を行う。カナダという国において展開してきた行政法理を参照する理由は次のようなところにある。

¹ 最判昭和 43〔1968〕年 12 月 24 日民集 22 卷 13 号 3147 頁。

カナダ行政法は、四半世紀来、行政による法律解釈に対して裁判所は踏み込んだ判断代置を行うべきではない、と考える、いわゆる敬讓²の議論と格闘し続けてきた。敬讓の法理は、カナダの他、その南の隣国、アメリカ合衆国にも見られる理論であり、アメリカの判例法理については既に日本でも一定の研究分析が積み重ねられてきている³。アメリカは英米法圏として、イングランド法ないしそこから派生して法が進化してきた英連邦系の法の支配する諸国と類似した法を有してはいる。しかし、基本的にはアメリカ合衆国の連邦行政法並びに州行政法は、イングランド系の行政法とは異なったものとして理解するべきである⁴。カナダ（行政）法は、イングランドの貴族院や控訴院のような裁判所の判例を明示的に引用したりそれらに言及したりすることが決して珍しくはなく、イングランド系行政法の明らかな影響の下に発展してきたものである。しかしイングランドには現在敬讓の法理は見られないと言われており⁵、この点では独自の発展を遂げているものと見ることができる。

行政による法律解釈の捉え方ないしは敬讓の法理の検討を行うために、カナダ行政法は大いに示唆に富む素材を提供するものと見ることができる。それらは、イングランドともアメリカとも異なったものとなってきているため、例えばそれらの理論の根底にある基礎のようなものにおいても、両国とは異なった基礎付けがされていると予想することができる。

² 原語は動詞で *defer*、名詞形で *deference* である。敬讓は日常的な表現としては用いられることの少ない単語であると理解しているが、この用語を採用する論者においてはおそらくこれを公法学上の専門用語として確立する趣旨があるものと認識し、本論文ではこの訳語を採用することとした。

³ 最も有名なのは *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) に定式化された方式であろうが、裁判所が行政に対する判断代置に積極的に踏み込まない敬讓の法理には複数の種類のものがある。例えば、今本啓介「アメリカ合衆国における行政機関による制定法解釈と司法審査 - 法規命令・行政規則二分論の再検討をめざして (1)」(小樽商科大学) 商学討究 59 巻 4 号 (2009) 99 頁以下、同「(2)」商学討究 60 巻 2-3 号 (2009) 131 頁以下、同「(3)」商学討究 61 巻 1 号 (2010) 159 頁以下 (未完) は比較的広い時間の幅をとって法理の変遷を示している。

⁴ Bernard Schwartz and H. W. R. Wade, *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States*, (Oxford, Clarendon Press, 1972) は比較的早い段階においてイングランド法とアメリカ法との比較法研究を広範に行った文献である。

⁵ Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2012), 288. Paul Craig, 'Judicial review of question of law: a comparative perspective', in Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, (Cheltenham and Massachusetts, Edward Elgar, 2010) 449. は法律問題に関する裁判所の審査につき、イングランド、アメリカ連邦裁判所、カナダ最高裁の判例法並びに EU 法の審査態度の比較研究を行うものであるが、やはり現代イングランド法はすべての法律問題につき判断代置を裁判所が行う立場を原則的にとっており、その点ではイングランド法は EU 法に近く、アメリカ合衆国並びにカナダとは異なった立場をとっている、ということを指摘している。

また、今日のカナダでは、敬讓の法理の対象は、行政による法律解釈にとどまらず、行政による裁量決定についてまで拡大しているということが知られている。裁量決定にあつては、行政決定の踏み込んだ判断代置ではなく、具体的な裁量決定を出す枠組みとして、現実に行われた決定の理由だとか、そのような決定を規定する諸々の規範に着目しつつ、その合理性の審査を行うべきである、というのが現在のカナダにおける裁量審査法理の考え方である。このような考え方は、翻って、日本の裁量審査法理を考えるためにも示唆を与えてくれるものとなるのではないかと考えられる。

第一節 行政に当たる組織の構造

(1) ここでは最初に、前提として、カナダ行政法における意思決定者に関する事項を見ておきたい。どのような意思決定者が制度上置かれているか、その中で実際には何者がいかなる手続の下に意思決定を行っているか、といった意思決定の在り方の問題ないし基本的な前提に関しても、カナダの前提は日本のものと異なっていることに留意しなければならないからである。

(2) カナダは英米法圏ないしはコモン・ロー圏に属している。コモン・ロー圏の例にもれず、カナダ行政法においては行政審判所 (tribunal) の制度が重要な地歩を占めている。通常の官僚機構に属さないような人材を法律等の基準に従い選出し、そのような人材＝審判官の単独ないし合議による法適用ないしは裁決として個々の事件の処理を行わせる、という制度である。そこでは審判所が直接にないし不服の処理として、行政としての最終的な決定を出す立法例が見られる。またその審判所の決定についても司法審査が行われることもある。具体的な数値は個別の審判所によって異なるであろうが、普通は行政組織 (官署) としての審判所には複数の審判官が含まれており、その審判官の中から何名かをもって裁判体としての審判所が組織される。日本においても、国家行政組織法的な官署としての公害等調整委員会があること、公害等調整委員会の中に複数の裁判体が組織されるということと同じことである。したがってこの段階では、複数個想定することができる裁判体相互の間で、ある単一の時点において発出される決定が相互に異なり、時として矛盾抵触さえする可能性を否定することができない。この問題については後でより詳細に触れることにする。

カナダ行政法における意思決定者のすべてが審判所 (個々の裁判体) である、というわけではない。ここでは、エージェンシーもまた主要なアクターでありうるのであり、また大臣ないし大臣の下にある省庁の職員が意思決定者として登場してくることもよくある。

(3) 立法が明示的に、行政の内にいる何らかの官吏（オフィサー）に決定権限を付与していることもある⁶。しかし必ずしも明示的に権限を付与していない場合であっても、立法によって大臣に決定権限が与えられているときに大臣より下位の職員が決定を行うということは、直ちに違法となるわけではない。判例法理として、まずここでは、Carltona の法理というものに言及しておかなければならない。

コモン・ロー圏の原則は元々、立法がある者に付与した裁量決定権限については、その立法が容認していない限り再委任を許さない、というものであった。当該意思決定権者は自らが裁量を行使して決定を行わなければならない、とされていたのである⁷。その原則に対して、1943年の英国控訴院の判決、Carltona Ltd. v. Commissioners of Works⁸では、立法が大臣に権限を付与しているときに、大臣ではなく大臣の下に置かれた官吏によって当該権限が行使されることを認めた、と言われている。事件は戦時中のものであった。国防に関する一般的規制 51 (1) 条には、「もし権限ある機関において、公共の安全・国土の防衛若しくは戦争の遂行のため、又は共同体の維持にとって重要な供給・役務を維持するために必要ないし得策であると認めるときは、当該機関は土地を収用し、又は土地収用と関係して必要ないし得策であると認められる命令を発することができる」と定められていた。この条項に基づき Carltona 社の工場を接収しようとする命令文書が、大臣（法律上首席コミッショナーを兼ねる）ではなく当該大臣の下に置かれる省の高級官僚である者から発された。法律に示された機関が事件を取り扱い命令を発したのではないこと等が手続上違法である、と原告 Carltona 社は主張した。これについて控訴院（Greene 判事の意見が同意を得て 3 人全員一致）は、大臣に割り当てられている職務は非常に多様であり、いかなる大臣もそれらすべてを個人的に行うことはできない、大臣に課された義務と与えられた権限とは通常省庁の責任ある官吏によって行使されることができる、と判示した。この現象を言い換えて、官吏は大臣の「もう一人の自分 alter ego」として活動する、と言われることもある⁹。この法理はカナダにおいても受け容れられているものと考えられており、カナダの連邦最高裁判所が同判例に言及した事例も存在する¹⁰。とは言え、その「責任ある官吏」は当該大

⁶ David J. Mullan, *Administrative Law*, (Toronto, Irwin Law, 2001), 6.

⁷ Peter Cane, *Administrative Law*, (5th edition, Oxford, Oxford University Press, 2011), 167 以下. Paul Craig, *Administrative Law*, (7th edition, London, Sweet & Maxwell, 2012), 535.

⁸ Carltona Ltd v. Commissioners of Works, [1943] 2 All E. R. 560 (C. A.).

⁹ Craig, supra note 7, 538.

¹⁰ The Queen v. Harrison, [1977] 1 S.C.R. 238. Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), [1997] 1 S.C.R. 12.

臣の下にある省庁に属していれば誰でも良いのか、という問題についてはあまりはつきりしない。

もっとも、カナダでは、法律解釈に当たっての法律の定めにより、一般法としては大臣の決定権限を下位の官吏が行使することが認められている¹¹。いかなる重要な決定であってもこれを下位の者が行うことができるか、という問題は重要な問題であると考えられるが、別途本格的な研究を要するところである¹²。

第二節 方針 (Policy) を持つことの許容性と適用条件

第一款 方針：法の効力を持たない規範

個別の案件の処理として行政作用を見るとき、問題は、適正な手続きに則って、法律の規定に反しないかたちで私人と個々の事件とを取り扱ったか、ということとなる。ところで、個別的に処理された同種の案件が積み重なったときには、結果としてある種の案件に関する処理の結論につき何らかの方向付けが（私人の側から見れば結論に関する予測が）成立するようになるかもしれない。それは集積・整理され、文書化されない限りは、個別の行政官の直感と勘によって偶発的に参照されるに過ぎない不明確な一資料たるにとどまるものかもしれない。まして、私人の側からすれば、文書化されるより以前に適切に公開されていない限りは活用しようがない。せいぜい、以前の取り扱いの例として調査したものを散発的に援用できるにとどまる場所となるだろう。

あるいは、諸々の案件を処理する主体として特定の組織が設けられ、その組織内に複数の案件処理ユニットが置かれたとしよう。このとき、それぞれのユニットにおいてバラバラの結論が出されることとなってしまうかもしれない。そのようなことを予防するため、決定の一貫性を高めるため、組織としての統一的な方針、例えば明文のガイドラインを置くことはできるだろうか。また、組織の管理部門のようなものがある場合には、管理部門が各ユニットを統制する目的で部内的な拘束力をうたう規律を定めるかもしれない。（なお、これらの

¹¹ 連邦法として、*Interpretation Act, R. S. C., 1985, c. I-21, s. 24(2)*.

¹² 教科書等では議論として切り離されており、本質的には別個の問題と考えられているように見受けられるが、このような場面においては手続的な規整にも目を配る必要があるように思われる。手続法の原則によれば、聴聞を行った者が意思決定をしなければならない、という。そうであるとすれば、聴聞を行っていない大臣ないし上位者に意思決定をさせるよりは、聴聞を実際に行った下位者が直接に意思決定を行う、ということが理屈の上では望ましいようにも思われる。ただし実際には、この原則も常に貫徹されるようなものではなく、適用に幅のある法原理であるようだ。例えば聴聞や情報収集を下位の者に委任して、その下位の者から提出を受けたレポートに基づいて意思決定を行うことが直ちに違法であると考えられるわけではないようである。広くコモン・ロー圏の判例や下級審判例を参照した考察として、*Mullan, supra note 6, 293* 以下。

方針、ガイドライン、規律について、ここでは、法律としての効力を有するようなものではなく、議会通过した成文規範ではないものを想定することとする。）

個別案件処理としての行政決定においては行政部内での上下関係・管理統制関係に注目することには却って事態を無用に複雑に見ることになってしまう危険がある。しかし決定担当者が特定の組織ないしそこに置かれる審判体の一員として活動しているときに組織内部の構造に目を向けないでいることは妥当なのだろうか。

個別的な決定への行政内部的な統制のために用いることのできる類の規範については、日本行政法学においては行政規則というテーマの下に論じられている。行政規則は法律の委任なく、またしばしば法律の根拠もなく定められる規則である。したがって通常は外部的な（私人・裁判所に対する）拘束力を持たない、非-法規としてのルールである。

これに類似したものとして、カナダの行政判例は方針（policy）などと呼ばれる概念を有している。この方針は法としての効力を有しない。しかし、方針を持つこと自体は法的に禁じられているわけでもない。それどころか、事案によっては方針を持つことがむしろ望ましい、と言われることさえある。注意しておかなければならないことは、方針を持っていたとしても、それをあたかも法律であるかのように運用してはならない、ということである。以下では、この方針にまつわる法理論について詳細に見ていくこととする。

第二款 規則・方針の機能的分類

英国を題材とした研究ではあるが、コモン・ロー圏の行政規則に関する代表的な研究¹³は、以下のような整理を示している（当該論文の題名にも示されているように、ここでは rule という術語が与えられている）。まず、法律ではない規範については三種類に分類することができる。一つは委任立法。二つ目には、準委任立法として、根拠法に委任の意思とか当該文書に法的効力を与える表現とかが明確には与えられていないもの。三つ目は、立法の委任なく、行政ないしその他の主体によって発布された、表現上は一般的適用可能性を持つ規則。当該論文が対象としているのは後ろ二者である。

次に、網羅的な分類でも相互に排他的なものでもないとは断りつつ、それらを概要八種に分類して、性質面や機能面からの分析を示している。順次概観していくことにしよう。

¹³ Robert Baldwin and John Houghton, 'Circular Arguments: the Status and Legitimacy of Administrative Rules', [1986] Public Law 239.

①権限行使に際して履踐されるべき手続を定めた規定（Procedural Rules）¹⁴

例として、許可ないし免許を求める際に、申請者が遵うことを求められる手続規定だとか、あるいは収監者への紀律的措置を行うときの監獄規則、被疑者や被逮捕者に対応する際に遵われるべき手続規定だとかいったものが挙げられている。なおこの中にも、義務的なものと指導的なものとが分類できると指摘されている。

②法律や下位法令の解釈・適用に当たって参照されるべき解釈規程および解釈宣言（Interpretative Guides）¹⁵

政府機関から発された、公式の文書であって、ルールないし術語がどのように解釈され適用されるかの説明、今後の判断基準の表現、遵守され履行確保されるべき標準、考慮に入れられるべき関連事項を含むあらゆる規範的文書である。

③外部に向けてではなく・行政部内の官吏に向けて発出される点が特徴的な命令ないし規定（Instructions to Officials）¹⁶

②と類似しているものの、この類型に当たるルールは、外部ではなく行政組織内部に対して、例えば計画の実現や決定の一貫性の確保等を図り今後の権限行使を統制するために発せられたものである。そのため公に対して公開されていないような文書も含まれる。このような文書類については、法学的観点からは、当然公表されている法律との抵触がないようにされなければならない。

④法律や行政的規制の適用をどのように行うかを宣言する記述的ないし立証的規定（Prescriptive/Evidential Rules）¹⁷

むしろ外部の主体の存在を意識しつつ、行政組織部内で今後どのように決定がなされるか、政策を展開していくかを発信するためのものである。これにより、外部の主体の以降の活動を嚮導していくというところに分類の主眼がある。規則に反したことを直接的な理由として制裁を加えていくことが念頭に置かれるのではなく、関係する他の立法への遵守へと導くことが目標である。こうして、規定違反がその他の法律への違反の認定ないしその他の紀律処分の適用に当たって重大な考慮要素となる可能性がある。

⑤規制的にはたらくというよりはむしろ助言や勧告的な規定（Commendatory

¹⁴ Id, 241.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Id, 241f.

¹⁷ Id, 242f.

Rules) 18

直接的ないし間接的なサンクションを結合せずに、望ましい活動等を提案するような文書。この点で伝統的な「法」の理解と合致しないということもできるだろう。時として記述的立証的規定と重複しうることが示唆されているが、それはサンクションと結合しないという点に主眼を置いた説明法である。

英国労働安全衛生規制行政の例が掲げられており、義務規定が置かれている1974年労働安全衛生法をその根本に置いた具体例が示されている。それによると、より内容を詳細化した「レギュレーション」が大臣において作成され、これへの規定違反は刑事罰の対象となったり民事手続きにおける違反の証拠となったりしうる。なお、現在のレギュレーションは EC 指令に基礎を置いたものとして定められており、かつ議会の承認を経たものである。さらに、労働安全衛生委員会が法律とレギュレーションとの要求に関係した「コード・オブ・プラクティス」を発し、これは証拠的価値を有したり立証責任を転換したりするものとして④に該当する。法規範の体系においてこのもう一段階下に「ガイダンス・ノート」がある。これも労働安全衛生委員会が発するものであるが、制裁とはかわりを持たせられることなく、法の効力も欠くものであり、ただ、どのようにして安全の目標が達成されるべきかにつき助言を行い、行動の方向性につき勧告を行うに過ぎない。これが⑤の例である。

⑥自主規制的に定められた（ものの事後的に行政省庁等によって利用されることのある）ルール（Voluntary Codes）¹⁹

政府機関ではないような組織、業界等によって自主的に策定された規制等を指す。ただし、これを策定した者により何らかの意味でのサンクションや強制力を伴った履行確保がなされる可能性があることには留意しておくべきである。また、制定されて以降は政府機関がその活動の標準や目安として取り入れることもありえ、例えばこれへの違反により政府機関の調査が行われることもありうる。

⑦そのルールに従って行政が活動するとの考えを示す行動規範（Rules of Practice, Management or Operation）²⁰

即自的に規範であるということとはできないものの、主体対主体の関係においてある約束や期待形成として働くことのあるような発言や活動や文書のようなもの。

¹⁸ Id, 243.

¹⁹ Id, 244.

²⁰ Id, 244f.

⑧他者との協議や相談にあたって行政から発せられた道具ないし書面
(Consultative Devices and Administrative Pronouncement) ²¹

個々の事件を越えた影響力ないし効力を有するような規範ではあるが前七者の
いづれにも該当しないようなものの受け皿としてこの論文ではこの概念を用意
している。その内容を堅持しようという意図が未だに生まれていない段階の行
政の政策草案的なものとか、あるいは協議文書などが含まれる。

以上のような分類を概観するに、その受け手には行政内部の者と行政外部の
主体との二種類がありうるということがわかる。外部の主体へ向けて発信された規則
は、その性質上公表されていなくては目的を果たし得ない。直接に外部の者を
拘束することはできないという前提を共有しているときにも、それが外部に対
して及ぼしうる影響力にはなお複数の段階を区別することができる。本当に働
きかけにすぎない、拘束力を持たないもののほかにも、行政が以降それに従っ
て行動するであろうという予想を形成する種のものでありうる²²。また、関連す
る法律や拘束的な規則との関係性の上に位置付けられるものもあり、それはそ
の他の制裁や裁判上の証明と関連付けられることもある。裁判上問題となるよ
うな文脈の外においても²³、社会統制の手段としてこれらが果たす機能は無視し
えない、ということもできるだろう。

第三款 大臣の下にある機関：裁量基準の保有と裁量拘束禁止

(1) その機能や用いられ方は様々であるが、実際の行政機関は、確かに方
針を持っている。ここでは方針を持つことの許容性を、判例等を根拠としなが
ら論じる。また方針を適用することへの制約等についても論じることとしたい。

(2) カナダ判例法の源泉として見るのに相応しいのは、1970年の英国貴族

²¹ Id, 245.

²² 一つ重要な法理として、ある規則が自己に関しても適用されるべきことを主張する「正
当な期待」の法理と呼ばれるものがある。英国法における当該法理の研究には例えば深澤
龍一郎「裁量基準の法的性質と行政裁量の存在意義」『裁量統制の法理と展開—イギリス裁
量統制論』(信山社、2013) 82頁以下がある。ただしこの法理は現在もなおカナダ連邦最
高裁の一般的に採用するところとはなっていない。Mullanは自らの教科書でこの法理の採
用を訴えて一章を割いており、下級審判例も含めた検討を行っている。Mullan, *supra* note
6, chapter 9, 177以下。

²³ BaldwinとHoughtonは、紹介した機能的分類の後に、英国判例法を用いながら、規則
の裁判的取扱いについて厚い考察を加えている(*supra* note 15, 247ff.)。それは本章の主題
から大幅に離れるためここでは紹介を行うところではない。

院の判例、**British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology**²⁴事件であろう。この事件では、原告である会社が、その工場の機材を導入するための資本支出につき補助金の支給を求めた。行政側においては、単価 25 ポンド以下の物品は少なくとも他の物品とともに用いられない限りは補助金の対象としないとする規則が定められていた、そのため支給が拒否された、と原告側は主張しており、これについて不服が申し立てられている。

Lord Reid の見解は、五人の判事のうち彼自身の他に三人の同意を得た。補助金支出の根拠法は支出を「できる」ものとするのと定めるにとどまり、「する」ものとするとは定めなかった。裁判所はこの点において行政裁量を認めた。そして、法には支出をなすべきと示唆しているような方針が示されていないものと裁判所は解釈を示した。その上で、Lord Reid は、かつての控訴院の判例、**R. v. Port of London Authority ex p. Kynoch**²⁵における Lord Bankes の意見を下敷きにしつつ、裁量決定権を行使するあらゆる者が方針だとか規則だとかいったものを持つこと自体は禁止されるものではないことを認めた。もっとも裁量行使が求められる場面は広く、方針・規則の文面表現通りに方針が適用されることはできない、という留保があることは認識しておかなければならない。すなわち、政策の変更を求めて理に適ったものとして提出された主張に耳を傾けるべきときには、行政は耳を傾けることを一切拒否してはならない、という法理が提示されたのである。

とりわけ、大臣ないし大きな規模の行政組織においては、既に大量の累次の申請を取り扱ったことがあるかもしれず、そうすることの中からルールと呼ぶことのできるような明確な方針を得ていることもあるだろう。このようなことが実現されている場合には、申請人が本当に新しい事項を主張しているときにこれにしっかりと耳を傾けようとする態度を示す限り、これの適用を妨げるようなことはない、と当該判例は示している。

(3) カナダ連邦最高裁の判例、**Maple Lodge Farms v. Canada**²⁶では、McIntyre 判事が五人の判事全員一致の法廷意見を執筆している。そこでは、下級審である連邦控訴裁判所における Le Dain 判事の意見の引用をしており、「大

²⁴ **British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology**, [1971] A.C. (H.L.) 610. この判例については、夙に榊原秀訓「イギリスにおける行政裁量基準」名古屋大学法政論集 118 号 43 頁が注目していたほか、イギリス行政規則論に関する体系的な研究、深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開—イギリス裁量統制論』(信山社, 2013) 68 頁以下(初出 2003 年)が紹介している。なお、この事件で訴えられていた行政組織は元々は **Board of Trade** であったためか、そちらの名前で引用している文献が見られたことを注記しておく。

²⁵ **R. v. Port of London Authority, ex parte Kynoch Ltd.**, [1919] 1 KB 176.

²⁶ **Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada**, [1982] 2 S.C.R. 2.

臣は、彼に与えられた裁量権限の行使に当たり一般原則としてそれを導くような考慮事項を有効かつ適切に指し示すことができるだろう」との見解に注意を促している。Le Dain はそこで、カナダ連邦最高裁による *Capital Cities Communications v. C.R.T.C.*²⁷判決と、前出の英国貴族院判例、*British Oxygen* 判決を引用している。

Capital Cities 判決では、CRTC 側が *British Oxygen* 判決と *Kynoch* 判決を援用して、自らが方針としてのガイドラインを保持し用いることの根拠付けを試みたようである。九人中六人の多数意見を執筆した Laskin 最高裁判所長官は、CRTC がガイドラインを用いていることを肯定している。もともと、*Capital Cities* 判決では当該ガイドラインが、利害関係者が参加し意見提出を行った聴き取り手続によって得られていたことに注目している。行政限りで作られるような方針とは少し事情が異なるものと見ないわけにはいかない。

以上、一般的な意味で行政体が裁量基準としての方針を持つことが許容されているということをもとめてきた。そして *Capital Cities* 判決においては、policy を持つことは、将来免許を申請する者及び広く公衆の利益にとってむしろ望ましいことである、とさえ言われている。

第四款 行政審判所：統一性を保つための方針と自然的正義

(1) 次にまとめるのは、行政規則というものとは少し異なる性質のものであるが、事案の裁決に当たる行政審判所内の裁判（裁決）体に対して、より大きなレベルとしての行政審判所内の合議体が何らかの統制的ないし政策的な誘導を図ることができるか、という問題である。上の款では、裁量事項を政策の機械的適用によって拘束しないこと、そのように裁量濫用をしないことが論じられていた。次に論じる項目では、自然的正義とある種の内部的規範との関係を項目立てることが多い²⁸。

(2) ここでのリーディングケースは、*IWA v. Consolidated Bathurst*

²⁷ *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141.

²⁸ 自然的正義は二つの法諺から言い表される、手続法上の大原則である。一つは *audi alteram partem*、当事者双方の意見を聴け、という原則。もう一つは *nemo iudex in sua propria causa debet esse*、何人も自らの事件を裁くことはできない、という原則である。後者は独立した裁判者を持つことへの要請、*rule against bias* などと言い換えられることもある。Mullan, *supra* note 6, 232. なお、伝統的な自然的正義の語に対し、近年のカナダでは公正義務 (*Duty of Fairness*) という用語を用いる例も見られる。Grant Huscroft, 'From Natural Justice to Fairness: Thresholds, Content, and the Role of Judicial Review', in Colleen M. Flood and Lorne Sossin (ed), *Administrative law in context*, (2nd edition, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2013), 147, 150.

Packaging Ltd.²⁹事件である。労働組合 International Woodworkers of America, Local 2-69 と Consolidated-Bathurst Packaging 社との間での紛争を裁定した Ontario 労働関係委員会 (OLRB) の審判が問題とされた。OLRB は 48 人のメンバーから成る。通常は 3 人によるパネルが事件を取り扱う。しかし、政策的な問題 (policy issue) を議論することが必要だと認められる場合には、パネルを越えてその問題を議論するために全体会 (full board meeting) と呼ぶことのできる会合を催すという実務上の慣例が持たれていた。とはいうものの、そのような実務を認める明示的な法文は存在していなかった。

この労働紛争の審判において、事件を担当したパネルは委員会のある先例およびこれが設定した審査手法につき再考するかどうかということを追られた。これはまさに方針の問題・政策的問題であり、パネルはこの問題を全体会で議論することを希望した。全体会での議論とパネルでの結論との関係について判断をしたのが本件判決である。

裁判体の独立性という文脈で、Gonthier 判事執筆の多数意見では、意思決定者による聴聞 (he who decides must hear) の原則を取り上げた。言い換えると、事件に関する聴聞に参加していない者は決定に「影響」を及ぼすべきではない、ということである。この「影響」の捉え方は一つの論点とはなりうるものの、多数意見は、本件では次のような条件が充たされていたため、自然的正義は妨げられていない、と判示した。すなわち、

「聴聞を行ったパネルないしそのメンバーによって開催が求められた」
言い換えると、そのパネルの心証を変えさせるために外部からの圧力によって開催され、そして聴聞を行ったパネルの者に参加を強制させるような仕組みとはなっていない、ということである。

「意見の一致が実現されたかどうかを確かめることとならないよう慎重に審議過程が設計されていた。すなわち、時間が測定されておらず、何らの評決も行われておらず、出席は自主的なもので委員会全体ミーティングに誰が参加したかも記録されていなかった」。また「意思決定は完全に聴聞をしたパネルに留保された」

このような条件の下で、委員会全体の多数意見に従うことを聴聞パネルに伝えることを意味する実務運用であったとは言えない、と Gonthier は判示した。「他方」、投票無きコンセンサスの実現、協議プロセスの制度化そのものは確かに大きな「影響力」をメンバーに及ぼしうるという可能性については、多数意見は否定していない。重要なのは、「影響の不在」ではなく、「判断者の良心と意見

²⁹ I.W.A. v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd., [1990] 1 S.C.R. 282. 判事五人を代表する多数意見を Gonthier が執筆しており、これに対して Sopinka 執筆の反対意見に Lamer が同調している。

とに基づいて決定を行う自由」があることである、とされたのである。そして、パネル決定が、議長の意見に対する、一名の審判官の「結論同調」意見と一名の審判官の「反対意見」とからなっていたこともこの自由の認定に資すると見たのである。

これに対して、当事者からの意見聴取という文脈ではどうであろうか。当事者には全体ミーティングで何が話されたか分からず、その意見に反論ないし応答するという機会が与えられていなかった、とすることができそうだからである。この問題については多数意見は、事実問題の議論と法的ないし政策的問題に関する議論を切り分ける、という考え方で応じた。とりわけ政策問題に関する議論は、直面している事件においてどちらの当事者が勝つかということを決めるためではなく、多様な法的標準を概観し整理するため、そしてそれらの相対的な価値を議論するために行われる、と指摘される。このような問題は直面している事件の解決よりも広い射程を有しており、この点では法的問題に近いところにある、と言われるのである。

多数意見は、新しい政策ないし方針が全体ミーティングで提案され、かつ当事者からの反論を聴く機会を設けることなく新方針に基づいて事件の決定が行われたときには、その場合にのみ当該決定が自然的正義の原則に反するものとして違法となるということを認めた。本件では、先例の拡張ないしそれに対する反対ということそれ自体が論点であったのでありこの問題について当事者双方が議論ないし主張を行う機会が元々充分にあったことに鑑みれば、上記のような違法な事例に当たると考えることはできない。

このような事件の解決に対し、Mullan は多数意見の条件は十分なものであるのかに強い疑念を示している³⁰。正式な記録を残すことは独立性を保証するための防壁としても活用しうるし、誰が参加したかという情報もまた議論過程でどの程度圧力影響があったかを評価するのに資する、というのである。

(3) 当該事件の後、Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)³¹もこの問題に取り組んだ判例である。同じく Gonthier 判事による五人全員一致の法廷意見は、全体協議プロセスが自然的正義に違反した一事例に当たるということを判示した。この事件では、包帯等の費用を給付するよう求めた申請者の申請を大臣が拒否し、申請者は社会問題委員会へ上訴した。委員会の担当部では申請を認める方向に判断を行う決定原案が起案され、これが委員会の法務部に回付された。裁判所の認定によると、この回付された原案が委員会委員長の目に触れ、委員長は担当部のメンバーに「自分はこの決定に反対

³⁰ Mullan, supra note 6, 302.

³¹ Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales), [1992] 1 S.C.R. 952.

である」という趣旨の意見を送った。この意見を受け、担当部では委員会の「コンセンサス・テーブル」なる機構に事案を回付し、当該会合での議論を行うこととなった。会合後、原担当部の一名が意見を変えて申請を認めないという意見書を書き、この不一致を受けて委員会委員長が元々示唆していたように申請を斥けるという決定を行った。ここでは、担当部のメンバーが自発的に全体でのコンセンサス・テーブルを開催したように見えはするものの、実質的には強制開催・強制参加の色彩を帯びるものであったと認定され、更に意見の一致が会合の目的とされていた点、メンバーの挙手による投票が行われていた点、出席記録と時間記録がされていた点から、この仕組みそれ自体が自然的正義の原則に反する、と判示された。ただし、会合の論点自体は法的問題であったとされ、他方当事者聴聞の原則には違反していない、ということには一応注意しておくべきであろう。

より最近の事例では、**Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)**³² がこれら二つの先例の適用について論じている。ここでは、決定草案から全体会を経てパネルの本決定が発出される過程において、結論が反対に変わったとされている。しかしこれだけでは決定が違法となるには不十分とされる。むしろ本件では、本決定は **Ontario** 委員会の諸先例とよく一致するものと言われている。これ以外にも自然的正義に反したという証拠は見出されなかったため、パネルによる本決定は取り消されなかった。

まとめると、裁判体としての審判所を越えたレベルの・組織的な意味での審判所において、政策・方針的な問題を討論するための会合を行うこと自体は禁止されていない、ということとなる。かような方針の適用を図ること、それを通じて決定の一貫性を確保しようとすることも同様に、直ちに禁止されることはない。ただし、それに対する規制原理として、自然的正義の原理が働くということはしっかりと認識しておくべきである。具体的には、全体ミーティングのような仕組みを利用して、裁判体の結論をねじまげたり、個々の審判官が自己の意見を形成する自由を侵したりしてはならない、ということ。そして全く新しい方針が案出されたときには当事者から反論を聴く機会を設けるべきであるということとなる。

第三節 行政による法解釈への裁判所の敬讓 導入

前二款で見た「方針」は、基本的には法律の規定の不在の下でその空白を行

³² **Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)**, [2001] 1 S.C.R. 221. 七人の支持を得た多数意見を Lebel が執筆。Binnie の反対意見に Major が同調。

政が埋めてしまうというものであった。このこと自体は禁止されていない。

ところで、イングランドにおいても、もとより、法及び法律の解釈は裁判所の専権に属していた。法律がある種の事件につき、これを取り扱いあるいは裁決することを大臣だとか審判所だとかに行わせることとする、と規定していたとする。たとえば、大臣は X のとき Y をなす、というような規定である。このとき、法は X という問題を判断するための管轄・権限を大臣に与えているか、という問題は裁判所の審査に服すべきものであった。上記の例で言うならば、裁判所は管轄を定めるような X の解釈を自らの権能において行うことができたのである³³。

ところで、日本法では見られない立法技術として、カナダないしイングランドの立法には、審査制限条項 (*privative clause*) などと呼ばれるべき条項が組み込まれているときがある。決定は「裁判所の審査に服するものではない」とか「審判所の決定は終局のものである」とかいう定めが設けられていることがあるのである³⁴。議会が定めたものをその通りに適用するというのが制定法適用上の大原則であるとするれば、裁判所はこうした条項を無視することはできないはずである。しかし、裁判所による事後的審査から免れる権限行使とは専制的ではないか。こうした条項を、裁判所は法適用に際してどのように取り扱うべきであるか、ということは一つの問題である。カナダにおいては、1979年に、審査制限条項があるときには、行政の意思決定者による決定が明白に不合理でない限りは裁判所は当該決定を覆すべきではない、とする審査基準が示された。同時に、そこでは意思決定権が行政の意思決定者に委ねられている、と考え、裁判所は行政の考え方に一定程度まで重きを置くべき、とする「敬讓」の法理が確立された。

第一款 明白な不合理性 (Patent Unreasonableness / Patently Unreasonable) の審査基準

(1) 大きな転換点が画されたのは 1979 年のことであつた。最高裁判所は、

³³ いわゆる先決問題の法理 (*collateral/preliminary/jurisdictional fact doctrine*)。ただし、どのような要件が管轄を定めるような要件であり、どのような要件はそうでないものなのかという明確な基準は見出されなかった。Craig, *supra* note 5, 450. Craig, *supra* note 7, 475 以下。

³⁴ David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of administrative law*, (4th edition, Toronto, Thomson Carswell, 2004), 488ff には、「終局的」、「拘束的」、決定は「上訴に服しない」など様々な立法の定められ方の例とその取扱いの例がまとめられている。イングランドにおける審査制限条項の種類と、現在ではそのような条項は司法審査を制限するものとして捉えられなくなっているという経緯については、Craig, *supra* note 7, 885-887。

C.U.P.E., local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation 事件³⁵において、行政に対する敬讓（curial deference）という考え方並びにその違法性に関する明白な不合理性の審査という立場を導入した。

労働委員会 C.U.P.E.は、相手方 N.B. Liquor Company が州法律 102(3)(a)条の規定に反してストライキ中の者を配置転換し別の者によって事業を継続させたとして、New Brunswick 州の公役務労働関係委員会に訴えを起こした。委員会は訴えを認めたが、これに対する上訴事件で州裁判所は委員会の法解釈が正しくなかったとして自ら改めて法解釈を行い、委員会の決定を破棄した。しかし問題となった法律の 101 条には審査制限条項があり、決定は終局的であり裁判所によって問われあるいは審査されることがない、と定められている。州裁判所の判決が上告されたのが本件である。

この事件では、控訴裁判所は、法律上の要件につきその解釈の「正確さ」を見ることとして、控訴裁判所の解釈が結果として審判所と異なっていたことから、審判所の解釈が正しくなかった、として排斥した。この取り扱いにつき、最高裁の法廷意見は、問題となっている条項があいまいであることを認め、これにつき解釈の仕方に幅の広さが認められるとした。一見すると委員会の解釈は不合理に見えるかもしれない、と法廷意見は言う。しかし、「少なくとも審判所の法律解釈は控訴裁判所が提案したものと同一程度には合理的」であると続けられるのである。

重要なのは、両解釈がともに成り立ちうることを認めたところである。そして、法廷意見は、本件の下では審判所の決定を覆すことは適切でない、と述べた。審判所の決定を覆すのは、審判所の解釈が明白に不合理であるあまり、その構成が関連法律によって合理的に支持され得ず、結果審査に当たる裁判所が介入しなければならない事態に限る、との基準が提示されたのである。これが後に「明白な不合理性」の基準として論点化されるようになる。

(2) こうして明白な不合理性の審査基準並びに行政への敬讓的姿勢が司法審査法上の論点として明確化された、ということになる。ただし、司法審査では全ての問題につき明白な不合理性の基準を用いるようになったというわけではない。これを経た後には、第一段階として、しばらくの間、正確性の基準と明白な不合理性の基準との二種類の審査方式がある、ということが認識されるようになる。

正確性の基準については、別段難しく考える必要はない。そこでは、「裁判所

³⁵ Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation, [1979] 2 S.C.R. 227. 九人全員一致の法廷意見を Dickson が執筆。

は、自らの推論過程をたどって考え、自らが正しいと考える結論に到達する」³⁶。問題は、どのような論点を正確性の基準により審査し、どのような論点を明白な合理性の基準により審査するか、という点につきる。

(3) この後、明白な不合理性で審査された事例には、例えば **National Corn Growers Association**³⁷事件がある。この事件では、生産奨励金を与えられたアメリカのとうもろこしの輸入が、カナダのとうもろこし生産に実質的な損害を起こしたこと、損害が引き続いていること、また今後も損害を及ぼすおそれがあることを認定したカナダ輸入審判所の決定が争われた。最高裁では、審判所が法律解釈時に **GATT** を参照したこと、審判所の決定において現実に行われた輸入のみならず輸入による被害の可能性を考慮したこと、そして損害ないし損害のおそれを認定した決定そのものが、それぞれ明白に不合理ではないかが争われた。多数意見は、審査制限条項があるときには、審判所の決定が法律または事実についてどのような合理的な解釈によっても支えられていないときでなければ、裁判所は専門審判所の認定に介入すべきでない、とした。ただし、決定の不合理性は常に記録の精査を必要としないほど明らかなものであるとは限らない。事例によっては立ち入った分析を行わなければ不合理性の認定はできないのである。

ここでは、司法審査や分析は、裁判所による法律解釈から出発するというものではなくなる。そして本件では、関連する立法並びに、審判所が当該立法をどのように解釈しどのように事実に適用したか、ということについて分析する必要がある、と言われるのである。

(4) やがて、正確性を見るというよりは行政の判断の合理性を見るという方向性をとりながらも、明白な不合理性を要求するほどに行政に対して譲るというものでもない中間的な審査基準の可能性が提示されるようになる。このような、「単純な合理性」(*reasonableness simpliciter*)の基準は1997年に提唱されることとなる。一旦単純な合理性の基準が提示され審査基準が三種類ある(かつ三種類だけある)と言われるようになると、下級審裁判所では単純な合理性の基準と明白な不合理性の基準との使い分けはいつどのようになされるべきであるのか、ということが重要な課題と認識されるようになる。先取りして

³⁶ *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 50 per Iacobucci. Sheila Wildeman, 'Pas de Deux: Deference and Non-Deference in Action', in Flood and Sossin (ed), *Administrative law in context*, supra note 29, 323, 333.

³⁷ *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324. 計四人の支持する多数意見を Gonthier が執筆した。結論に同調する意見を Wilson が執筆し、Dickson と Lamer がそれを支持した。

しまうと、この問題は 2008 年に明白な不合理性の基準の廃止、一本化された（しかし中身に幅のある）合理性の基準による合理性の審査の確立、そして正確性の基準による正確性の審査と合理性の基準による合理性の審査との二種類の審査基準への移行、というかたちで解決されることとなる。

次に、単純な合理性の基準が現れてくる過程を見る。それに引き続き、どのような条件下で敬讓を伴う合理性の審査が採られるようになったか、という事項についても確認をしたい。

第二款 単純な合理性 (reasonableness simpliciter) の審査基準

(1) 問題提起は 1994 年の *Pezim*³⁸事件でなされた。Superintendent は British Columbia 州証券委員会における首席の行政官であり、また証券委員会は Vancouver 金融証券取引所を運営している。この事件では、証券委員会が、上告人たちが経営している会社等につき、情報開示を法の要請に基づいて適切に行わなかったことを理由に、取引から一年排除するべきことと費用負担を命じる命令を発した。根拠法である証券法には審査制限条項はなく上訴を行うことが認められていた。州控訴裁判所は命令を取り消したが、これに対して上告が行われた。

法廷意見がまず考察したのは、この事件で適用されるべき審査の基準は何であるか、ということであった。それによれば、このとき重要な問題は立法者の意図を見定めることである。本件で *Iacobucci* 判事は、明白な不合理性と正確性の二種類として基準を分けることなく、合理性から正確性に至る審査基準の連続性を指摘した。ここで合理性審査の極端な形態は明白な不合理性の基準であると考えることができる。これは審査制限条項があるときに明らかに適用できるものであるが、そうでない場合であっても、とりわけ高度に専門化している審判所において職務と専門性の中核に位置するような問題に関してはこのような基準で判断を行うべき場合がある、と言われる。ここでは、*Bell Canada*³⁹事件の *Gonthier* 法廷意見を引用しつつ、審査制限条項がなく審判所の決定からの上訴が認められている種の事件にあっても、職務の専門化という原理に注意を払わなければならないということに注意を喚起した。専門化というのは、つ

³⁸ *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. *Iacobucci* 判事が七人の判事全員一致の法廷意見を執筆。

³⁹ *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722. この事件では、放送・通信委員会の、電気通信事業者 *Bell Canada* の料金設定に関する命令が争われた。控訴裁判所が命令を取り消したのに対し上告された事件で、参加人がいくつかの裁判例を引用しつつ、委員会の命令は明白な不合理性の基準で判断されるべきである、と主張した。*Gonthier* は上記の言明を行い、審査制限条項がない事件であっても敬讓を行うべき場合があることを認めつつ、結論としてはこの事件は明白な不合理性で審査されるべき事件に当たらない、とした。

まり、審判所の専門分化している分野の中核に完全に含まれるような問題のことであり、この問題については敬讓が払われるべきことがある、というのである。本件では、法律の規定が委員会に広い権限、とりわけ何が公益に適っているかということを決める非常に広い裁量を与えている。委員会による規制の枠組みの下に置いて本件で争われた命令の根拠条文を考えると、命令を行う判断は証券委員会の職務の中核にあると認められる。したがって本件では委員会の決定について敬讓的な姿勢で審査を行うのが相応である。

(2) 1997年に、**Southam**⁴⁰事件において、正確性の基準と明白な不合理性の基準とを両極端と見て、その間にあるべき第三の基準として単純な合理性の基準が導入された。

Southam社はBritish Columbia州のLower Mainlandという地域で二つの日刊新聞を発行している会社を保有していた。同地域にはこれらの他に複数のコミュニティ紙が存在しており、それらのコミュニティ紙は同地域の新聞流通において少なからぬシェアを有していた。**Southam**は自らの日刊紙が商業的に成功していないことを認識し、これらコミュニティ紙の事業が自らの事業と共同関係にあるとの報告を得た。数年後、**Southam**社は13のコミュニティ紙、一つの不動産広告事業者、三つの配達事業者、二つの印刷事業者の株式を購入し支配権を握るに至った。1990年11月、Director of Investigation and Researchは、**Southam**が三つの比較的大規模なコミュニティ紙等の支配権を放棄すべきことを命ずるよう競争審判所に申請をした。その理由は、Lower Mainland地域での小売及び不動産に関する印刷広告事業の競争が実質的に阻害されている、とするものであった。審判所は、小売の印刷広告事業では競争の実質的阻害が認められないとし、他方不動産印刷広告事業では競争が阻害されていると認めて、上記の三紙のうちNorth Shore NewsかReal Estate Weeklyの一紙を売却するよう命じた。**Southam**社はNorth Shore Newの不動産部門を売却することを申し出たが、これでは不十分であるとして認められなかった。Director側と**Southam**側がそれぞれ連邦控訴裁判所に上訴したところ、Director側の訴えが認められ、**Southam**側の訴えは退けられた。これに対して**Southam**が上告した。

本件で問題となった法律には審査制限条項が置かれておらず、むしろ連邦控訴裁判所への上訴が認められていた。審判所の構成員については、四人以下の者が裁判所から選出され、その他経済や商工業の有識者であって財界・法曹界・消費者団体・労働者から選出される等の明確な規定が置かれていた。その審

⁴⁰ Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 SCR 748. 九人全員一致の法廷意見をIacobucciが執筆。

判手続において、法律問題は出席した裁判所関係者が判断するもの、とされていた。このことから、控訴裁判所では、法律問題について審判所は裁判所以上の専門性を備えていないものと認めた。このような条件下において、控訴審裁判所は第一審に当たる審判所の判断をどのように監督すべきか、が本件での問題と考えられた。最高裁判所によれば、それは普通の第一審裁判所に対する控訴審裁判所の審査と同様であるべきである。

法廷意見は、敬讓を要求するような考慮事項として、争点が法と事実の混合問題であること、法の目的が経済問題にかかわるものであること、競争法の適用は完全に審判所の専門事項であることを挙げた。逆に、上訴が認められていること、審判の法律問題の解決は裁判官が担っているということは司法審査の可能性を認めることにつながる。結局のところ、このような条件の下では、審査を正確性の基準か明白な不合理性の基準かという両極端のどちらかで行うというのではなく、その間にありうる適当な基準で行うべきであろう、とするのが法廷意見の考えであった。

このとき最高裁判所は、単純な合理性という審査基準を提唱し、審判所の決定が合理的なものであったのであればこれを支持し、そうでなかったのであればこれを破棄する、という考え方を提示した。決定が合理的でなくなるケースというのは主に、「決定がある程度の精査に堪えるような理由によって支持されていないような場合」である。

第三款 実践的・機能的アプローチの確立

最高裁判所は、1998年のPushpanathan事件で、審査基準を定めるために考慮すべき四つの観点を整理して体系化した。この事件で、多数意見はそれ以前の判例の考慮してきた事柄をまとめつつ、審査基準を特定するための考慮要素を四つ整理して示した。このような方法は実践的・機能的アプローチ (pragmatic and functional approach) と呼ばれることがある⁴¹。その四つの要素というのは以下のものである。

1. 審査制限条項が設けられているかどうか。完全な審査制限条項が置かれているときは、裁判所が審判所の決定に対し敬讓を払うべきという強力な根拠があるものと考えられる。

⁴¹ Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982. Bastarache が四人を代表して多数意見を執筆、Cory の反対意見に Major が同調した。アプローチへの命名自体はこれより以前に行われている。本判決の位置付けについては、Audrey Macklin, 'Standard of Review: Back to the Future?', in Flood and Sossin (ed), Administrative law in context, supra note 29, 279, 293 を参考にした。

2. 専門性の確立。例えば法の目的を達成するための専門性が備えられるように審判所が構成されているときは、より高度に敬讓が払われるべきである。

3. 特定の条項ないしは立法全体の目的の考慮。例えば、多様な利益の衡量を行うよう手続が要請している場合、したがって当事者対当事者の対審構造とは異なった利害関係の構造がある場合、裁判所はより自制すべきである。

4. 問題の性質。問題の性質が、法律問題であるか、事実問題であるか、いわゆる法と事実の混合問題であるか。立法の意思が明確に示されているときには、純粋な法律問題についてさえ敬讓が払われるべきことは確かにある。しかし、上記三要素に立法の意思が明確に現れていないのであれば、純粋な法律問題について裁判所が敬讓する必要はない。

第四款 明白な合理性の基準の廃止・合理性基準の一本化

2008年の *Dunsmuir*⁴²事件最高裁判決は、30年弱にわたる行政への司法審査・敬讓法理の議論に関し、新たな段階への移行を示す重要な判決となった。まずは、単純な合理性基準の導入後、下級審裁判例等で混乱を招いてきた、単純な合理性基準と明白な不合理性基準との使い分けという問題について重要な決定を下した。両者の区別を撤廃し、行政への敬讓を示す際の合理性の基準という審査基準への一本化を行った、ということが重要である。

第二に、裁判所が正確性の審査を行うべき場面を列挙することで、合理性の基準によって審査されるべき問題が原則として広く認められるようになった。少なくない法律問題はなお正確性の基準からの審査が行われるべきである。しかし、事実問題、裁量問題、方針の問題については、機械的に、敬讓の姿勢を示すことが望まれる。さらに、法律問題と事実問題とが密接に結びついており容易に切り離すことのできない問題についても、同様に敬讓的審査が相応しいとされる。

逆に、正確性の基準で判断されるべき問題というのは例えば次のような問題である。

⁴² *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR 190. 上告人は New Brunswick 州の司法省で雇用されていたが、能力的要求等に満たないことを理由として解雇された。解雇時の手続が不適法であったこと等を理由として、副大臣への不服申立、労働雇用委員会への訴願、を行った。委員会の裁決は原告の申請を認めた。これを不服として州が裁判所へ提訴し、第一審・控訴審で州勝訴。上告人が上告したのが本件である。本件は事実上、審査基準という問題に関する最新判例である。*Bastarache* と *Lebel* の執筆した意見に *McLachlin*、*Fish*、*Abella* が同調し多数意見を形成。結論に同調する意見が *Deschamps* (*Charron*、*Rothstein* が同調)、*Binnie* によってそれぞれ執筆された。

1. 権力分立の問題のような憲法上の問題
2. 真正の管轄ないしは権限 (vires) に関わる問題
3. 裁決者の専門特化した領域の外にある・法制度全体にとって中核的に重要な意義を持つ一般的法的問題
4. 二以上の複数の審判所の権限管轄の競合が見られその解決を図るべき事件⁴³

第三に、実践的・機能的アプローチという名前は不適當であり、向後は審査基準分析 (standard of review analysis) という術語を用いるという宣言がなされた。もっとも、実践的・機能的アプローチの掲げた考慮要素を放棄したわけではない。基本的にはそれらの考慮要素を用いながら、文脈に適合するように審査基準を決定するものである。本件では、裁定者の裁定に関して審査制限条項が設けられていた。労働問題については先例がしばしば裁定者の専門性を認めてきたところであり、本件における問題は法制度全体にとっての中核的な重要性を持つものではない。したがって合理性の基準による審査を行うものである、とされた。もっとも、本件では裁定者の推論過程に欠陥があり、法律解釈においても許容可能な枠を越えるものを採っているといわれる。したがって決定は合理性の基準の要請を満たすものとは言えず、上告もまた棄却されることとなった。

第五款 (不) 合理性とは何か

(1) 行政に対して敬讓の姿勢を示す、合理性の基準というものの変遷過程は以上の通りである。それでは、合理性というのは具体的には何を指すもので、何を行政に要求するものなのであろうか。

Dunsmuir 判決の多数意見の言う合理性とは次のようなものである。ある問題に関しては「単一の特定された個別的な結果を得ることはできない。むしろ、いくつかの可能な、合理的な解が得られるのである。審判所は受け入れ可能で合理的 (rational) な諸解決の枠内での選択の余地を有している。合理性の審査を行う裁判所は、ある決定について、決定理由を明確に表現する過程と決定の帰結とに注意しながら、決定を合理化しうる特性について審査するものである。司法審査において、合理性は意思決定過程の中に存する正当化・透明性・明瞭さと一般に関連している。またそれは、決定が、事実と法律との関連において擁護可能な複数の帰結の枠内におさまっているか、ということとも関連してい

⁴³ 例えば、Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General), [2004] 2 S.C.R. 185 は、労働問題の調停につき人権問題審判所に持ち込まれた事案が、労働裁決担当の審判所の専属的管轄に属するのではないかと争われた事案であった。最高裁判所は人権委員会が管轄を有することを認めた。

る」⁴⁴。

(2) 不合理性の徴表については、カナダ最高裁判所の判例の他、英国の不合理性に関する判例等やアメリカ連邦最高裁の判例を用いつつ、Paul Daly が現時点での整理を行い列挙している。もっともこれは徴表であるにとどまり、不合理性の本質と構造とを明確化し展開するまでにはいたっていない、と彼は断っているが、この整理は我々にとっても裨益するところが大きいと考える⁴⁵。

Daly は、大きく分ければこれを五種類に分けている。即ち、a. 論理的不整合 (illogicality)、b. 手段・措置の不釣り合い (disproportionality)、c. 条文との不整合 (inconsistency with statute)、d. 不平等取扱い (differential treatment)、e. 既存の政策からの告知されない又は説明されない転換 (unexplained change in policy)。それぞれをより詳細に以下のように説明している。

a. Daly は、特定の目的を達成するために行政が採った方法・方法が当該目的を達成するために不相当であるとき、このような不相当性から不合理性を導くことができると指摘している。このような状態の最も極端な形として、不可能な義務を条件ないし要求として課すということを挙げ、これ以上に論理的に筋が通らないものは考えられない、としている⁴⁶。

b. 手段・措置の不釣り合いに該当するのは次のような場合である。所与の目的を達成するために採用された手段が、行政が実現しようとしている利益と比べて、個人に対して到底不釣り合いな費用を課すようなものである場合。あるいは同じ目的を達成するために、かような費用を個人に課することなく、他の手段を採ることが可能である場合⁴⁷。

c. 条文にそぐわないと言っても、不整合となるような対象はもう一段階整理できることを Daly は指摘している⁴⁸。一つには、条文の一読して平易な読解から逸脱してしまっているような不整合。二つ目として、関連する条文によって課せられている義務を達成することに失敗しているという不整合。そしてまた、条文に伏在している③目的、④方針、⑤価値に整合しないような不整合というものも挙げることができると言われる。

不平等取扱と政策の変更は同じ項目として括られている⁴⁹。また、政策の変更は手続的不公正の端緒と位置付けられることもありうることが指摘されている。変更が基礎付けられるために必要なのは、そうするための権限が与えられてい

⁴⁴ Dunsmuir, supra note 42, at para 47.

⁴⁵ Daly, supra note 5, 142ff.

⁴⁶ Id, 143.

⁴⁷ Id, 143-144.

⁴⁸ Id, 144-148.

⁴⁹ Id, 149-151.

ること、そして変更をすることにつき説明をすることができること、と言われる。

したがって、ここでも決定の説明可能性や分かりやすさ・明瞭さが重要であると考えられていることになる。

第四節 裁量審査

第一款 審査基準の裁量審査への拡張

(1) 前節で見てきた敬讓の法理は、行政による法律解釈に向けられた法理であった。1999年、最高裁判所は当時の実践的・機能的アプローチからの審査の手法は、裁量決定に関してまで拡張しうるということを判示した。ここで取り扱う Baker⁵⁰事件がそれで、他にもいくつもの重要な法的判示を含むものではあるが、敬讓の法理の対象を裁量決定まで広げた、という点が本論文の文脈ではとりわけ重要なところである。Dunsmuir より以前の判例であるため、審査基準分析・一本化された合理性の基準の下での修正を受ける必要があるであろうが、本件では適切な審査基準は単純な合理性である、として裁量の審査を行ったものである。

(2) まずは事案の概要を紹介しよう。原告はジャマイカ生まれの女性であり、1981年にカナダへ入国、以後定住資格は得ることなくカナダに留まり続けた。1985年以降カナダで四人の子供を産んだ。四人目の出産後、精神疾患を病んだ。1992年国外送還の命令を受けたが、これに対して移民法 114 条 2 項の「人道的共感的考慮」に基づく適用除外を申し出た。同条項は、規則 (regulation) の定めるところによって、大臣が人道的または共感的考慮の下に適用除外、定住の許可を与えられるという授權を定めている。審査に当たった移民担当審査官吏は要件は充たされていないとして申請を却下したが、ここに理由は付されていない。法の規定に従い原告は裁判所へ上訴。その後原告の代理人の請求の結果、聴き取りに当たった審査官によるメモ (審査に当たった審査官に決定に当たって利用された) が得られた。そこには、申請者は「精神疾患を患っ

⁵⁰ Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, とりわけ para. 49ff. 裁判官五人による多数意見を L'Heureux-Dubé 判事が執筆。Iacobucci 判事による意見 (Cory 判事同調) が別個に執筆されているが、そこでは国際法を援用した裁量統制を図ることができるか、という論点に関し否定的な見解が採られているだけであって、それ以外の部分に関しては裁判官全員の意見は一致している。同判決については、日本でもいくつかの先行研究が見られる。例えば、村上正直「カナダの出入国管理行政における子どもの利益の考慮の一端—カナダ連邦最高裁判所 Baker 判決を中心に—」、藤田久一・松井芳郎・坂元茂樹 編『人権法と人道法の新世紀—竹本正幸先生追悼記念論文集』(東信堂、2001) 119 頁以下。

ており福祉の受給を受けている」、「(おそらく) 残りの人生に及んで我々の社会福祉制度に重い負担をかけるだろう」、「四人のカナダ生まれの子ども以外には人道的共感的要素は認められない。我々はこのことによって彼女の在留を許すべきだろうか? 私の意見では、カナダはこれ以上このような種類の寛大さを許容することはできない」などの記述が見られる。

さて、争点は複数個挙げられているが、法廷意見では、実体法的観点からは、手続的公正の原理への違反があったか、裁量が不適正に行使されたか、ということが問題とされた。前者については、聴聞が不適切にしか行われていなかったのではないか⁵¹等の問題がまず問われ、これらの点については本件では違法の原因を構成しない、と言われている。引き続き、理由付けを与えること、とりわけ文章で理由を付記することに関して検討が行われた。本判決では、コモン・ロー圏の法理としては例外的に、またカナダ連邦最高裁としても初めて、コモン・ロー上の一般的義務として行政側から書面での理由付記を行うべき義務が認められた。ただし、理由付記の程度ないしは充分さについては、事案ごとに検討すべきであると言われており、本件では **Baker** の代理人の要求に応じて事実認定で部分的に紹介したようなメモが一件開示されており、このメモをもって手続的公正の義務を果たしたと認めるに充分であると判断されている。これに対して、最後に、審判者における偏見（バイアス）の問題について考察されている。本件では、メモを一読すれば、移民審査官による決定には不適切なバイアスが見出されるだろう、として決定に違法性が見出されている。

これに対して、後者すなわち裁量審査の問題である。立法及び規則は大臣に一定の選択の自由、すなわち裁量を与えていると読むことができる。法廷意見によれば、「裁量決定はその他の行政決定と同様に法律によって定められた権限の範囲内で行われなければならない」が、また「裁判所が意思決定者の権限を画定し並びに裁量行使を審査するとき、裁判所は意思決定者に対し一定量の敬讓を払わなければならない」。このことは立法意思に基礎付けられている。そして、裁量行使は、立法の規定の合理的な解釈の範囲内で、法の支配の諸原理に合致し、裁量行使を統制する行政法の諸原理に沿い、またカナダの人権憲章と抵触しないように行われなければならない。裁量は意思決定のいたるところに、様々な程度を伴って現れるものであり、また裁量行使と法解釈との間に明確な線を引くことは容易なことではない。この下で、裁量決定の実体的側面への審査基準は、実践的・機能的アプローチの枠組から考えるのに適している、と裁判所は示した。本件の規定では、審査制限条項は存在しておらず、「一般的重要性を持つ問題」であると第一審裁判所が認めた問題については控訴裁判所へ上訴していくことができる。法律上の形式的な意思決定者は大臣であり、大臣は

⁵¹ 表題を参加権 (participatory rights) としている。

移民問題について裁判所よりも比較的高い専門性を備えている。決定にあつては諸々の法原理を考慮に入れなければならない、また根拠規定の目的は法律・規則の適用から除外することである。このような事情はより敬讓を払うべきという指標となる。他方で決定は、諸利益のバランスをとりそれら相互の調整を図るものではなく、私人の権利利益を定めるものであり、このことはより厳格な基準で審査すべきことを示唆する。事件処理のためには、確立されている法規範の解釈適用よりも、事件における事実の認定と評価が大きな比重を持っており、このようなときはより敬讓が払われるべきである。

以上の事情を総括し、本件では、単純な合理性の基準による審査が適当である、とされた。本件で、上記のメモの示すところからは本来児童の利益に対して払われるべき真剣な重み付けと考慮とが行われたとは認められない。理由付けは裁量授權における潜在的な諸価値と抵触するものであり、決定が合理的であるとして支持できるものとは言えない。なお、児童の利益が重要であるということの根拠としては、法の目的、関連する国際法的規範の要請、大臣によって定められた人道的共感的考慮に係るガイドラインが挙げられた。ガイドラインは大臣が行政官に対して定めた裁量行使の基準である。それは何が裁量決定の権限の行使に当たっての合理的な解釈を構成するかということに関する有用な指標となる。

第二款 重み付けの問題

Baker 事件では、児童の利益という事項が、考慮されるべきであつたのに考慮されたと認められない、と指摘された。これと関連して、ある事項を考慮したものの、その考慮が不十分であつたのではないか、との心証を裁判所が抱いた場合を考えることができる。例えば、ある事項を過剰に重視し、又は過度に軽く評価したのではないか、という心証である。このような問題を、重み付けの問題ということができる。

この問題については、**Suresh**⁵²事件が検討を行っている。原告はスリランカから難民としてカナダに受け容れられた者である。しかしスリランカで活動しているテロ組織のメンバーかつ資金提供者であるとの疑いをかけられ、安全保障上の理由から国外への退去命令を受けるに至った。大臣による退去命令の不合理性、手続的不公正、人権憲章上の権利の侵害等を訴えて事件になったのが

⁵² **Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)**, [2002] 1 S.C.R. 3. 執筆者を明示しない裁判所としての九人全員一致の法廷意見が出されている。本件については、手塚崇聡「カナダにおけるテロと行政裁量統制—**Suresh** 事件最高裁判決の考察—」慶應義塾大学大学院法学政治学研究科論文集 48 号 (2007) 43 頁以下が、憲法学・テロ法制の観点から紹介を行っている。同論文では先例として **Pushpanathan** 判決や **Baker** 判決への言及も見られる。

本件である。

退去命令は大臣による裁量決定である。本件は、**Pushpanathan** 判決の示した四要素を考慮しつつ、決定は敬讓の立場からアプローチされるべきで、決定が明白に不合理でないのであればこれを取り消すべきではない、と述べた。明白に不合理というのは、大臣の決定が恣意的であるとか、不当な動機から発せられたとか、証拠によっては支持されていないとか、あるいは大臣が関連する考慮すべき要素を考慮するのに失敗しているようなときである。しかし、法廷意見によれば、裁判所は諸要素の重み付けのやり直しを行うべきではなく、また単に裁判所の見解によると異なった結論が出てくるということだけでは命令への介入が行われるべきではない、とされている。これによれば、大臣が適切な事項を考慮しているかどうかということについてのみ、裁判所は審査を行うことができるのである。

第五節 小括

ここまで、カナダ判例法をとりまとめてきた。カナダでは、広範な問題につき、裁判所が自らの法解釈や結論をもって行政の法解釈や結論を置き換えていない。行政の法適用プロセスや意思決定プロセスに重きを置きつつ、その合理性を審査するという方法が採られていた。次章では、本章で認められた敬讓の法理や合理性の審査の考え方から、何か日本法が示唆を得ることができないか、ということを考える。

第四章 日本法への示唆と残された課題

第一節 二種類の審査手法

(1) 前章では、カナダ行政法における、行政事件訴訟に対する裁判所の審査基準について検討した。そこではそもそも、行政事件に対する裁判審査の在り方としては少なくとも二種類のことを考えることができた。行政決定に関する争いが訴訟の場に持ち込まれたときに、審査に当たる裁判所は、決定に関しては白紙ベースで法適用をやり直し、自らの見解が行政の原決定と異なっていた場合には、行政の原決定を取り消すべき、とする考え方（日本のいわゆる判断代置方式）が第一のものである。第二のものは、審査に当たる裁判所は行政の原決定をひとまず前提として取り扱い、まずはそのような判断が行われるに至った理由や経緯のようなものを審査する、という方式である。前者は、正確性の審査（correctness review）が行われるときの基本的な方法である。後者は、合理性の審査（reasonableness review）が行われるときのもの、ということができる。但し、歴史的には合理性の審査の中でも大きな分類が認められていたのであり、決定が明白に不合理（patently unreasonable）であるときにこれを取り消すとする審査の態度と、合理的説明ができない場合に行政決定を支持しないとす態度との二種類が暫く保たれていたところである。

(2) 実のところ、日本法は裁量審査に関して既にこれに近い分類を知っていた。元々の行政裁判統制のやり方としては、「いわゆる」判断代置方式と呼んだもののように、行政決定の法律適合性を見直す、とする審査態度が広く想定されていたところである。とりわけ法律に羈束された処分ではもちろん、このような考え方から事件の再構成を行い行政処分の審査を行う筋道がありうるだろう。

このように審査機関としての裁判所が自ら白紙状態から法律解釈・判断を行うという考え方に対して、それとは異なった思想を基底に持つ考え方が1960年代以降提唱され、やがて一定程度以上の支持が集められるところとなる。すなわち、学説及び裁判例に、行政決定が行われた手続だとか過程だとかいったものに焦点を絞った審査を行う、とする態度が見受けられるようになるのである¹。いわゆる行政裁量の認められる論点につき、行政の判断過程を析出し（あるいは吐き出させ）これの合理的統制をしていこう、とする立場からのアプローチである。例えば裁量権の行使としてなされた懲戒処分の審査にあつては判断代置の立場をとることが適切ではない、とした最高裁判決として神戸税関事件の

¹ 原田尚彦「行政過程と司法審査—行政訴訟における実体審理のあり方—」『訴えの利益』（弘文堂、1973）166頁以下、とりわけ179頁以下。

判決を挙げることができる²。このような審査手法は、近年では「判断過程審査」方式として用語の定着を見ている。ただしその内部にあっても、またこれを採用したと見られる諸最高裁判決においても、その審査対象事項や審査密度の程度につき複数の立場がありうるということが認知されている³。これとカナダにおける「合理性」審査は完全に同じものということとはできない。

(3) 私見では、判断代置方式の根底にある思想は、そこに行政を担当する具体的な組織・機関が実在していようが実在していまいが大した問題ではない、というものである。公権力が認められるために必要なのは、法（律）による授權である。そして、個々の具体的場面が法令の定め即しているという環境下で法適用が行われる。法の解釈適用に最も素養があるのは裁判所であり、誤った法適用は裁判所がこれをたやすことができる。

しかし他方で現代の社会に占める行政の機能を分析したいと考えたときに、既に存在し活動している行政機関による公共管理機能を否認するという立場は容易には採用し難い。例えば、パチンコ球遊器は非課税であるとする取り扱いが一定期間続いた後には、そのことを所与として活動する者が数多現れても不思議はない。却って課税をする取り扱いが法に合致しているとしても課税処分を行政機関が任意の時期に始めることはあまり望ましいものとは言えなくなってしまふ。処分の類型に限っても、国家ないし公共団体の行政活動として行われた個々の処分・不処分は、そうすることを敢えて意識しなくても、新たに行われる一つ一つの処分の先例としてこれを規定する（あるいはしてしまふ）ということである。

同時に、国や公共団体が自ら明文のルールや明文による法解釈を示すことで、事実上のしがらみから自由な、新たなものとして行われるべき一つ一つの処分を規律しようとしてしまふことがありうる。行政規則は法ではなく、時として法律の委任に基づかずに、法の解釈適用に関連する事柄を定めるものである。しかし規則があたかも支配的なルールであるかのように行政決定の現場で受け止められてしまふということもあるのである。

確かに、裁判所は不適切と思われる先例から自由に「正しい」法適用をすべきであろう。法律の委任に基づかないという点において、過剰な規則による拘束から自由に「正しい」法適用をなすべきであろう。しかし常にこの原則を貫くことは本当に行政事件の統制にとって望ましいことなのだろうか。

² 最判昭和 52〔1977〕年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1101 頁。

³ 村上裕章「判断過程審査の現状と課題」法律時報 85 卷 2 号（2013）10 頁、榊原秀訓「裁量的行政処分の違法性」、岡田正則、榊原秀訓、本田滝夫 編『判例から考える行政救済法』67 頁以下。

(4) 法律の規定は、どれだけ記述的な概念を採用している場合であっても、ある程度の解釈の余地並びに包摂の余地が存するものである。まして、法律は一般条項や不確定な概念、規範的な概念を採用するということが少なくない。それに対応して、法解釈の余地は広がり、あるいは包摂の予見不可能性も高まるかもしれない。

一応、法律が具体的な細目事項の規定を行政による命令（法規命令）に委任する場合があります、このとき法規命令は法源として機能する。新たに裁判所が解釈を行いこれを置き換えるのではなく、これを前提とした法適用が期されることともなる。しかし、行政が定めた規則や行政の示した法解釈すべてが法規命令であるわけでは勿論ない。その場合には裁判所が示す正しい法解釈が、行政の仕組んだレジーム、機構をご破算にしてしまう場合も充分にありうる。実際問題として、裁判所は行政による解釈をしばしば覆すだろう。より複雑なことに、下級審裁判所の法解釈もまた上級裁判所で覆ることがありうるのである。

合理性の審査は、判断代置方式よりも、裁判所が注意すべき箇所を限定させる。裁判所が行政による規則や法解釈を一応受け容れた上で審査をするときには、法適用にかかるコスト⁴や法制上の不確定性・予見不可能性を減らすことができるかもしれない。実務の積み重ねの中で展開してきた法解釈や先例を安定なものとすることができるかもしれない。

判断代置型の審査では、どれほど先例が蓄積されていようと、それとは無関係に裁判所が法令の解釈適用を行うことができる建前である。これに対して、合理性の審査は、行政規則や訴訟の場で摘示された先例につき、これが合理的である限りは裁判所はこれに代わる法解釈をしない、という審査方式である。この下では、法の解釈や具体化は、裁判所と行政との間で分担される作業と見られるようになる。私見では、判断過程審査もこれに類似した方式として理解されるべきである。また日本について言えば、裁量事項だけでなく法解釈の分野にまで一般論としてこの審査方式が拡張される方がより望ましい、とも考えている。そのように拡張した考え方の下ではじめて、立法者がわざわざ行政組織を設け、それに事案を処理させる行政過程を置いた趣旨が理解できるように思われるからである。行政への司法審査に関しても、行政の役割と法解釈について敬讓を払いつつ審査が行われるべきであると思われるのである。

(5) 代置型の（正確性の）審査と合理性の審査を分けたところで、ではこの部分では正確性を見、どこの部分では合理性を見るか、とする立場のとり

⁴ 原田・前掲註1・179頁。

方で数多のバリエーションが認められる、と指摘されている⁵。司法審査の対象としては、法、事実、裁量と三つの対象がありうる。法律問題、とりわけ法律上の要件の問題に関しては、日本では法解釈は裁判所の専権である、とする立場が有力であるだろう。すべて法律問題については裁判所の判断をもって行政過程での判断を置き換えることができる、という立場である。

これに対して、Craig の整理は、異なる三つの立場を示唆している。一つ目は、何が行政側の意思決定者（例えば省ないし審判所）の管轄に属するものであるかということを決める法律問題について裁判所の判断代置を行う立場。二つ目は、問題となっている用語・概念につき立法者が明確に行政による内容形成に委ねることを示しているときに合理性審査を採用し、その他の法律問題については裁判所による判断代置の審査を行うという立場。三つ目は、広範な作用ないし機関に係る事項を勘案し判断代置審査と合理性審査とを切り分ける立場。とりわけ後ろ二者では、（何らかの根拠付けによって）法概念に関する問題についても裁判所が判断代置を行うのではなく行政側の見解の合理性を見るものである。このような考え方は、日本の考え方とは確かに違いうだろう。しかし大いに興味深いものであるように思われる。そして本稿が比較法の対象として取り上げたカナダは、三つ目の立場を採る国として、行政の見解の合理性、支持可能性の審査が非常に広くとられることとなった国であった⁶。

⁵ Paul Craig, 'Judicial review of question of law: a comparative perspective', in Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, (Cheltenham and Massachusetts, Edward Elgar, 2010) 449.

⁶ Craig, *supra* note 5, 449. 第一のものはかつての英国及びかつてのカナダの立場である。第二のものについてはアメリカの連邦裁判所の判例を用いて説明を加えている。

ところで、Craig は、カナダの合理性審査を分析した部分でも、*rationality review* という用語法を用いている。語源の問題はともかく、*rationality* と *reasonableness*（あるいは *unreasonableness* の対義語）との互換可能性についてははっきりした見通しを得られていない。わざわざこう記すのは、カナダの裁判では後者を用い、管見の限り前者を用いるものが多くはないからである。

この点、田中成明が狭義の合理性と広義の合理性とを分け、前者を *rationality*（ドイツ語で *Rationalität*）、後者を *reasonableness*（ドイツ語で *Vernünftigkeit*）としているところが興味深い（『現代法理学』（有斐閣、2011）365頁）。もう少し紹介すると第一章で見たように、田中の支持する「合理性」は、議論を通じて形成されるもの、「対話的合理性」である。対話で直ちに一致を得ることが目標なのではなく、一つの見方として、「狭義の合理性基準に合致していないこととか、意見の不一致が存在することが、ただちにその議論や結論が非合理的で恣意的であることの徴証とはみられ」ないという評価の仕方もありうる。田中は両者を思想史上の文脈に置いて、狭義の合理性に依拠する「理論知 (*episteme*)」と広義の合理性ないし理性性に依拠する「実践知=賢慮 (*phronesis*)」とに遡らせる整理も示している。

合理性は日本語では非常に多義語であるのであり、それは原語（の一つ）である英語に遡ってもそうであるかもしれない。したがって訳語で合理性という語を用いるのも本来は不適當であるのかもしれない。これが私見で合理性を時に支持可能性などと言い換える理

第二節 合理性審査の内容

(1) 行政の法律解釈についても合理性を審査する、というとき、その合理性をどのように認定するか、支持すべきか、ということが問題である。文章化された規則や通達があるときには、これを手掛かりとすることを考えられる。この場合、解釈の内容は比較的同定しやすい。ただしこれは支持するということとは別問題である。合理性の審査では、同定された解釈の内容が、例えば法律の規定に照らして本当に説得的で支持可能であることをしっかりと審査しなければならないからである。

したがってそこでの支持の最低条件は、根拠法律の文言ないしは趣旨に違背していないことであるだろう。法廷の場であるにせよ通達等においてであるにせよ、どうして法律から特定の具体的な解釈を導き出すに至ったかの説明を行政が行うことが期待される。逆に、説明がなされなければ、そもそも合理性を認定し支持をするだけの基盤を裁判所に与えられないことになる。

実のところ、合理性の審査は、実は全然司法消極主義的な手法ではない。むしろ、責任ある主体として行政を受け容れた上で、行政の権限行使の正当化を積極的に求めていく手法なのである⁷。

(2) その合理性の内実については、前章第五款で見たような、意思決定の正当化の水準、終始一貫して明瞭であることが重要であると本論文では考える。平易に表現すれば、筋が通っていること、理に適っていることがここで言う「合理性」の意味なのである⁸。

由の一つである。ただ、合理性の用語法が行政法学でも社会科学でも広く普及しており、かつ第一章で確認したように社会科学で主流な合理性概念は目的手段関係に関するものである。そして目的手段関係に関する合理性という用語法は、隣接する法学分野である憲法学においても、さらには行政法学コミュニティにおいても語られることのあるものである。言葉の混乱の解決法があるわけではないが、外国語も交えてあまりに混乱する要素が多いためにここで簡単な状況確認を示した所以である。

⁷ 参照、David Dyzenhaus, 'Proportionality and Deference in a Culture of Justification', in Grant Huscroft, Bradley W. Miller, Grégoire Webber [ed], *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, (New York, Cambridge University Press, 2014), 234, 255.

⁸ 前註6も参照。したがってこの段階では、目的に対する最適な手段だとか、諸代替案の比較検討だとかいう、社会科学的な合理性とは異なった発想に立っている。この二つの合理性分析は、究極的には接合可能なものであるかもしれないし、あるいは相互補完的なものであるかもしれない。しかし、それはまた別に検討を要する課題である。代替案の検討のような「合理性」確保のための手段を用いながら裁量統制を構想する業績は、例えば山村恒年『行政法と合理的行政過程論—行政裁量論の代替規範論』(慈学社、2006) 322頁。

第三節 法の解釈権の分担

(1) 仮に行政の側に一定の法解釈権限が認められるとして、その法解釈はどのように認められるべきであろうか。また、案件処理全体から見て誰に解釈の権限と責任とを帰すべきであるだろうか。敬讓は裁判所が行政に対してとる態度であるから、これが行われるのは実際に事件が訴訟の場に持ち込まれた後である。そこでは、行政を代理する訴訟代理人と原告（及びその代理人）とが対立する。証人尋問が行われる場合もあるであろうが、主には行政側の代理人の主張が裁判の場面では行政の側の法解釈と捉えられるだろう。しかしこのように見るときは行政の法解釈をあまりに静態的に捉えすぎてしまう。行政側に法解釈が発生する、その前段階として、実際には案件処理の場面で徐々に法具体化が行われている場合も考えられるからである。

第一章で指摘した通り、法の解釈適用は多段階的な営みである。司法権の下では、具体的事件に直面していることを前提として、双方が事実を主張し、適用されるべき法律構成を提言していく。三段論法の枠内では、事実と法解釈との視線の往復の中で適用されるべき大前提が見出されてくるであろう。民事訴訟の法廷を念頭に置くときには、適用されるべき法律が原告の主張しているもので良いときにはその法律の要件に照らして事件を裁く。もし当事者の主張する法律構成に違和感があるときには、時として裁判官は自ら適用すべき法を探索する。

それでは、行政権の下、あるいは行政事件訴訟の下では、この多段階性をどのように位置づけるべきだろうか。この問題もまた十分に検討課題とする価値がある。

(2) 法の解釈・具体化は、その適用に至るまで一団体としての行政官によって行わなければならないか、ということは、あまり考えられてこなかったように思われる。もちろん名義の上では、行政行為・行政処分は行政庁によって発せられるものである。

これに対して、実際の許可や命令は行政庁より下位の、いわゆる補助機関に当たる諸々の官吏によって準備されているという事実は認識されてきていた。さらに、それらの官吏によって決定案が起案されること、起案だけならまだしも決裁に至るまでしばしば行政庁によってではなくそれより下位の者によって行われている、ということの指摘もしばしば行われてきていた。これに対する批判についても、既に教科書レベルで取り上げられるほどには広く知られてい

る⁹。

また、補助機関という言葉で一個体としての主体を想定することも適切ではない。第二章で見たように、審査事務はしばしば複数の分担者による共同作業として処理されているからである。法律とその解釈さえ定まっていれば、事務自体は誰がやっても同じように処理できるはずである。だから、一人の者によって事案が処理されるべき、という発想は必然的なものではない。とはいえ、分担者間で互いに違う法解釈を抱いていて構わない、とまでは思われない。

(3) 法の解釈については、多くの事務が機関委任事務であった時代に、地方の行政を中央が統制していたとか法律ではなく通達による行政が一般であったとかいう指摘を思い起こすことができる。その時代は過去のものとなり、現在では「自治体」による自主的な法令「解釈権」の存在が自覚されるべきと提言されるようになった¹⁰。ただしこれは、「自治体」が必然的に集合的な組織であるため、「一個の行政官」による法の解釈・具体化の権限ないし義務というものがあるという主張ではない。自治体の中でも、なお中央とか管理部門とかが発した法解釈に基づいて、地域ないし現場はそれを淡々と執行すれば良い、という見解についてはどう考えるべきか。自治体レベルでも、法令の自主解釈権を具体的にどのレベル、どの内部組織に分配するか、という問題はなお残存しうるから、これは決して過去の問題ではない。

行政過程中の法の具体化の態様について考えると、次のような三つの様式を想定することができそうである。まず、裁判所が確立した判例や解釈を受け容れるときがあるように、法解釈は確立した法解釈を受け容れるときのような場合において自ら率先して行う必要はないものである。したがってこのようなときには他者による解釈をそのまま受け容れることも認められるかもしれない。ただし、裁判所と行政官との間の法的素養の差異には注意する必要がある。裁判所ではその気になれば自己の法解釈を示すことができる可能性が高い。行政官が中央の解釈を受け容れてそのままに法適用を行うのであれば、それは固定的な基準の機械的適用に墮してしまいう危険性も高まる。

第二に、例えば自治体内部での機能分化として、法解釈を主として担当するユニットと案件処理を主として担当するユニットとの二種類の分立をさせる可

⁹ 例えば、宇賀克也『行政法概説Ⅲ 行政組織法／公務員法／公物法〔第3版〕』（有斐閣、2012）52-56頁参照。逆に、行政庁自身において、法の解釈・具体化をその適用に至るまで行うことが理想的かという問題を考えることもできるだろう。私見は、むしろ、英国判例の指摘していたようにすべての事件の審査を大臣・首長だけが行うことは現代行政国家では不可能である、ということをも重視すべきと理解する。

¹⁰ 戦後史の展開の中でこのことを位置付ける業績は、村上順「政策法務の諸潮流」『政策法務の時代と自治体法学』（勁草書房、2010）1頁以下。

能性を考えることができそうである。ここでは法解釈は確立されていない。日本では、カナダ法ほどに厳密な、当事者の主張を聴いた者が決定を行うという原則は見られない。この場合には、法解釈ユニットと案件処理に当たる者との間のコミュニケーションをより一層密にすることによって、よりきめ細やかで事件に適した法解釈を導く可能性もあるように思われる。従来より、事件の決裁に至る過程で「上司との相談」なるものがあつたことにかんがみれば、このような相談の仕組みを文書決裁に取り入れること自体は難しいことでもあるまい。この分業・相談を行うのであれば、どのような法解釈をどうやって見出したかの記録をしっかりと残しておくことが望ましいであろう。

このようにして導き出された法解釈を実際に適用する場面に目を転じるならば、カナダ、英国に倣って、政策の内容と適用に関して聴聞の場で反対意見に耳を傾けることも有意義であろう。とりわけ、従来考えられていなかった観点や問題、例外事情が指摘されたときに、これを考慮に入れて新たな大前提を発見するという仕組みは示唆的である。そのときに法の解釈を行う権限が現場の意思決定者に留保されていないようではやはり不満が残るものと言わざるを得ない。

第三のものは、第一の例で懸念を抱いていた様式に近い。確立しているとは言えない法解釈を、例えばかつての中央官庁のように中央の組織が広く現場に通達をする。そしてそれに沿った決定が一貫して行われるように要請する、という制度も想定することができる。そのような解釈に沿って機械的決定が下されるとすると、平等な画一的な法適用が行われる可能性は確かに高まるだろう。不平等な行政自体は確かに到底望ましいとは言えない。他方で、法律ではないそのような基準によって行政が動かされても良いのか、という疑問が当然提起されることとなる¹¹。

(4) 司法審査の場で合理性の基準を用いて審査をしようという場合、上の三つの事例を分ける必要はそれほどないだろう。代理人が行政としての主張を行い、裁判所がこれを審査するだけであるからである。それゆえこれは、純然たる、行政内部における制度設計の問題である。そこではどのように法的素養を担保できるのだろうか。

法適用は直面している事実関係から離れて考えることはできない。よって、個々の現場行政官レベルで適切な法解釈を自主的に行うことのできる能力が必

¹¹ 交告尚史「行政判断の構造」、磯部力・小早川光郎・芝池義一『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』（有斐閣、2011）275頁は、行政の定めた具体的な基準の定めが衡量や処分理由構成の検討を排除してしまう可能性を指摘する。それを是認できるかどうかということについてはLo、合理性の基準の観点から行政の説明責任を基盤に検討することができるのではないかと考える。

要であるということは一般論としては否定されえないであろう。少なくとも、行政官において自らの行っている決定がいかにして法に定礎されうるかということ自ら説明できないところでは「法治国」の実現は遠いと言わざるを得ない。しかし、全ての行政官にそれほど高度の法の運用能力を期待して良いだろうか。かような条件は将来的に実現されるべきであるという意味で理念的なものにとどまると思われる。少なくとも現時点では、現場行政官以外の法の専門家によるサポートや現場行政官の仕事を支援する分業体制も容認せざるを得ないものと考えられる。

カナダの審判所は、しばしば法的素養を備えた者を含む合議体として審判体を構成していた。そこでは、意思決定者が聴聞を行うべきという原則が一応見られた。これも一つの見識として認められるとは思う。そこで重要なのは、個々の事案を適正に処理することであり、かつ意思決定者は圧力を受けない独立した主体であることであった。他方、そうであっても、補助的な方針として諸決定間の一貫性を確保しようとする、そのためにより広い範囲の者と意思疎通を図ることは許容されていた。

(5) 全ての行政官に高度の法の運用能力を求めることは未だできないかも知れない。このような状況下においては、全ての行政官による法適用の場面に對して、法の示すところはこれこれである、と示す参考資料的なマニュアルを提示することが有益かも知れない。そのようにして、法適用全般の質の底上げを図ることもできるからである。このことがとりわけ明らかになる場面は、ある行政分野・ある特定の法条の適用という場面において新しい判例ないしは裁判例が出されたときである。現場の行政官がこれを直ちに精密に分析してその日以降の執務に反映させる、ということは困難である。判例分析には法的素養が不可欠であり、全ての法律家が一つの判例に同一の解釈を与えるということでもないからである。このような判例分析を、行政内部の法律家ないし法務部門が専門的に行い、これを多くの現場に発出するという仕組みが整えられると、新判例の現場への反映に資するところ大であろう¹²。

仮に、法の解釈・具体化という役割を行政と司法との分担するものと想定してみた。そうすると、行政の内部での解釈・具体化が多段階的であり、しばしば時間を追って形成されるものであり、かつ複数の者の関与により行われるものであることを意識せざるを得なくなった。ここでは、法解釈・具体化に係る知識の伝達や保蔵ということ意識しつつ、そのありようを複数挙げるにとど

¹² Lorne Sossin, 'The politics of soft law: how judicial decisions influence bureaucratic discretion in Canada', in Marc Hertogh and Simon Halliday, *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2004), 129,の構想に賛同するものである。

まった。

翻って司法審査の場での合理性の説明について考えてみよう。合理性の主張は行政の代理人によって法廷で提出されるものである。通達やマニュアルのような明文で解釈が残されている場合には、それを提出し、その根拠付けを行えば良い。事件処理の中で法解釈が練り上げられたときには、事件の一件記録にその経緯が適切に記録されていれば便宜であろう。しかしこの問題は、行政内部での法解釈の行われ方や諸段階と見比べながら考察しなければならない課題であるように思われる。この問題への詳細な考察は残された課題として考え続けていくべきものと理解している。