行政裁量之裁判統制
－以最近日本最高裁判所之判例為中心（上）

演講者／山本隆司　譯者／闕銘富

編按 本文係東京大學山本隆司教授於日前應最高行政法院邀請所作演講，內容頗具參考價值，本刊特予刊出，以饗讀者。

壹 序言

日本最高裁判所於2006年及2007年，宣示了法院在統制行政裁量時，朝廣泛使用「判斷過程之統制」的諸則判決（最判平成18年2月7日民集60卷2號401頁、最判平成18年10月26日判時1953號122頁、最判平成18年11月2日民集60卷9號3249頁、最判平成19年12月7日民集61卷9號3290頁）。在上揭判決中，有認為行政作用逸脫裁量權構成違法者（前揭最判平成18年2月7日、最判平成19年12月7日），或指摘有構成違法之可能性者（前揭最判平成18年10月26日[1]）。而且嗣後關於行政裁量之議論，即開展上揭諸判決所宣示之判斷過程之統制的方法。從而，上揭諸判決在日本行政裁量論之歷史上具有重要的意義。本講演一邊回顧前史，針對判斷過程之統制之行政裁量統制方法進行分析、評價（即下述之二），進而指出2006年、2007年諸判決之後尚仍殘留之課題（即下述之三）[2]。

貳 判斷過程之統制的原則化

一、事例—最判平成18年2月7日

案例如下：服務於縣之公立中小學之教職員團體，向市教育委員會申請許可使用縣所屬市立中學之學校設施，作為假日舉行之教育研究集會之會場，市教育委員會作成不許可使用之處分，為此，該團體被迫必須使用其他會場，乃就其必要之費用請求國家賠償。最高裁判所認為是否許可就公立學校設施作目的外之使用，原則上，委諸設施管理者之裁量，同時判示如下：就管理者之裁量判斷而言，「其裁量權之行使是否該當於逸脫濫用之司法審查，是以其判斷係裁量權之行使作為前提，檢討其選擇判斷要素及判斷過程是否欠缺合理性，只有在可認為其判斷欠缺重要之事實基礎，或對照社會通念顯著欠缺妥當性時，才認定其屬裁量權之逸脫或濫用而構成違法」。

此外，最高裁判所也舉出如下之情事。即，第1、為作為教職員自主研修而申請使用學校設施之目的，應屬相當，縣向來均未曾有不許可作為教育研究集會而申請使用學校設施之前例。第2、本件並無會在教育研究集會之會場，產生反對勢力騷擾或製造混亂，以致對學生造成具體影響之虞的情況。第3、認為本件集會將產生對教育行政之批判、因在學校設施舉行將產生教育上不良影響之評價，並不合理。第4、在學校設施舉行教育研究集會與在其他設施舉行相較，明顯具有其便利性。第5、本件不許可處分係先由校長表示許可之意思後，再由市教育委員會作成，其背景存有縣屬教育委員會與職員團體間之緊張關係，以及對立的激化。由於以上5種情事，導致最高裁判所作成如下結論：「本件不許可處分重視不應予以重視之考慮要素等，對於所考慮之事項之評價顯欠缺合理性，另外，未充分考慮當然應予考慮之事項，從而，可認定其結果對照社會通念明顯欠缺妥當性」。

此一最高裁判所判決為法院進行行政裁量統制，而提出了1、「判斷要素之選擇及判斷過程之合理性」審查之方法，以及2、「是否欠缺重要之事實基礎及對照社會通念是否明顯欠缺妥當性」之審查基準。上開審查方法及審查基礎其實業經最高裁判所提示過。而前揭最高裁判所判決之意義，在於將上揭2要素加以組合，進而忠實的適用1之審查方法。以下詳論之。

二、社會觀念審查

首先就上述2之審查基準而言，在對國公立大學之學生作成懲戒處分（最判昭和28年7月30日民集8卷7號1463頁）、對公務員作成懲戒處分（最判昭和52年12月20日民集31卷7號1101頁—神戶稅關事件）、否准外國人更新在留期間之處分（最大判昭和53年10月4日民集32卷7號1223頁—馬克林事件）等事件，基本上均在廣泛承認行政裁量，明確的和緩裁判統制之場合加以使用。法院採用上述2之審查基準之場合，學說上稱之為「社會觀念審查」。相反的，最高裁判所在主要以行政機關之專門技術的判斷作為根據，承認裁量之場合，則幾乎未明言採用2之審查基準（在最判昭和33年7月1日民集12卷11號1612頁挖掘溫泉之許可事件、最判平成5年3月16日民集47卷5號3483頁—教科書之檢定事件、最判平成11年7月19日判時1688號123頁—計程車車資認可申請否准處分等事件上，則認為不能否定其具有一定程度之裁量的要素。至於在關於原子爐設置許可之最判平成4年10月29日民集46卷7號1174頁—伊方原發訴訟，甚至回避使用「裁量」字眼）[3]。

三、判斷過程之統制的前史

（一）最高裁判所

接著，就1之審查方法而言，則有最高裁判所予以明言之案例。惟其案例幾乎限於最高裁判所未採用廣泛承認行政裁量之2之審查基準之場合。過去之案例有：「關於地方公務員之懲處處分，雖承認任命權者具有一定之裁量權，……但非完全委其作自由裁量。在未考慮應予考慮之事項，考慮了不應予以考慮之事項，作成判斷時，或其判斷逾越作為具有合理性之判斷所被容許之限度之不當時，即屬錯誤行使裁量權而構成違法」之判決（前揭最判平成4年10月29日、前揭最判平成5年3月16日）。

然而，也有一邊採用上述2之審查基準，且明言上述1之審查方法之判決。例如：關於不許可設立公益法人（醫師公會）之處分，論述「法院審查行政機關之判斷過程之合理性」意旨之判決（最判昭和63年7月14日判時1297號29頁）。又最高裁判所承辦之調查官認為與上揭判決相同旨趣之判決，即最判平成8年3月8日民集50卷3號469頁（神戶高專事件）論述：關於對公立學校學生所為之留級處分以及退學處分，在「未考慮應予考慮之事項，或對於所考慮之事項之評價明顯欠缺合理性時，其結果，即屬對照社會觀念顯著欠缺妥當性」。但前者之最判昭和63年7月14日判決認為案件之處理，僅片面舉出與既存醫師公會對立之情事，作為不許可設立公益法人處分之正當化事由，從而，難以說曾進行判斷過程之審查。至於後者之最判平成8年3月8日判決，自該案件之特性來看，與其說是將行政機關之考慮事項作個別的區分，進行評價、審查，毋寧是以信教自由之侵害作為焦點，而進行近似於適用比例原則之嚴格審查（詳後述）。

（二）下級審

上述1之被稱為「判斷過程之統制」的行政裁量之統制方法，受到注目之契機，毋寧是出自下級審判決。最早的判決為關於日光太郎杉事件之高等法院之判決（東京高判昭和48年7月13日行集例集24卷6-7號533頁）。此一判決係關於土地收用法第20條第3款之要件，認為依利益衡量進行判斷，且承認行政裁量後，作如下論述，而作成撤銷收用裁決之判決。其論述為：「行政機關不當、輕率的輕視本來最應予重視之諸要素、諸價值，其結果未考慮當然應予考慮之事項，或考慮了本來不應予考慮之事項，或者過重評價本來不應予過大評價之事項，因此，可認為行政機關之判斷受到上揭因素所左右時，……上揭判斷即應認為其裁量方法乃至其過程有錯誤，而構成違法」。而且，最近東京地方法院之行政訴訟庭在一連判決中，援用此種判斷過程之統制的方法，認定行政處分違法（除關於鐵道及都市公園相關之都市計畫（變更）決定之東京地判平成13年10月3日判時1764號3頁、東京地判平成14年8月27日判時1835號52頁之外，尚有關於在留特別許可（譯註：指「特別許可留在日本」）之判斷之東京地判平成15年9月19日判時1836號46頁，為建設道路之事業認定、收用裁決相關之東京地判平成16年4月22日判時1856號32頁）[4]。

然而，標榜上述1之裁量統制方法之下級審判決，可以看到其並未明確的引其法律上根據，即一般性的重視某特定利益，審查其衡量過程，或依比例原則過度的拘束行政裁量之情形。為此，部分學說乃批判此種情形，法院實質上否定了行政裁量，以自己之判斷取代行政機關之判斷（判斷代置）。例如前揭東京高判昭和48年7月13日判決，認為為拓寬道路而進行土地收用，事業地附近所具有之文化價值若一旦被毀損即不能回復，而道路建設則是任何時間任何地點均屬可能，具有替代性，前者之利益一般而言優越於後者。又前揭東京地判平成15年9月19日判決，認為未具有合法在留資格之外國人長期平穩且公然的在日本停留，其間並無素行上的問題，業已作為一個善良的市民而建立其生活基盤，乃賦予該外國人在留特別許可之方向所應考慮之第一個事由，儘管在本件核發強制遣還令書之前，未曾明示，但可認為其乃實務上所確立之基準，本件處分不僅忽視此點，毋寧考慮作為導致相反結論之事由，就此而論，本件處分即應被撤銷，此外，也可認定對不法滯留外國人核發強制遣還令書之處分亦違反比例原則。

（文轉三版）

註釋

1. 惟發回後重新審理之高松高判平成20年5月29日判時2014號71頁則駁回國家賠償之請求。
2. 本稿大部分取材自拙著「判例から探究する行政法」（2012年）第4章。理論上的問題則於拙著「日本における裁量論の變容」判時1933號（2006年）11頁以下詳論。關係文獻基本上是引用上開書籍及論文，因此，本稿僅作最小限度之引用（原稿註釋）。
3. 最高裁判所判例解說民事編平成4年度420頁（高橋利文）論述：「本判決之所以未特別使用『專門技術的裁量』之用語，……乃因下級審裁判例中所稱之『專門技術的裁量』與一般所稱之『裁量』（政治的、政策的裁量），在其內容、獲承認裁量之事項、範圍上，有相當的差異之故，從而，為避免被誤解為與政治的、政策的裁量相同獲承認具有廣泛之裁量之故」。
4. 惟所有之判決均於第二審審理時被撤銷。東京高判平成15年12月18日訟月50卷8號2332頁、東京高判平成15年9月11日判時1845號54頁、東京高判平成16年3月30日訟月51卷2號511頁、東京高判平成18年2月23日判時1950號27頁。
5. 相對的，最判平成18年9月14日判時1951號39頁判決關於對律師所作之懲戒處分，未採用判斷過程統制之方法，其以律師公會

JUDICIAL 司法 復刊 稿 閱 亭
訂閱 辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙 請郵政 帳 5005 帳
司法院

（文接二版）

四、朝向判斷過程之統制的統合

（一）分析

經歷上述判例之演化，最判平成18年2月7日判決，宣示了不管裁量統制之審查密度如何，亦即，包含法院依據上述2之審查基準廣泛承認行政裁量，進行和緩的裁量統制之場合，上述1之審查方法得以忠實的適用於事案。尚不能斷定最高裁判所就所有之行政裁量，均採用上述1之審查方法，但如同首揭2006年、2007年之最高裁判所判決，均一邊依據上述2之審查基準，一邊採用上述1之審查方法，從而，可以說上述1之裁量統制方法已被作為原則。在嗣後之判例，最高裁判所在關於階段性的廢止對高齡者生活扶助之加算措置（老齡加算）之公告，承認「基於專門技術及政策觀點之裁量權」，進行「基於判斷過程及程序上有無錯誤、欠缺等觀點」之裁量統制（最判平 成24年2月28日 民 集66卷3號1240頁、最判平成24年4月2日民集66卷6號2367頁—結論認定公告合法）[5]。

就論理上而言，上述1之裁量統制方法與上述2之裁量統制之審查密度（相反來講，裁量統制的抑制程度）是不同次元，明顯兩立。易言之，如同最判平成18年2月7日判決，可以對判斷過程進行和緩的統制。關於2之裁量統制的審查密度，賦予裁量基礎之因子（政策上的、計畫上的要素等）若是越大，則裁判統制越受抑制（社會觀念審查）；若是越小，則會進行較深廣的裁判統制（專門技術裁量之場合等）。從而，認為以上述1之判斷過程審查為原則，作為裁量統制之方法，不僅可能，且屬適當。

（二）評價

判斷過程審查方式，是採取以行政機關向法院及原告說明作成事案結論前的判斷過程之責任作為基礎[6]，基於非由法官自己組構論理，作出事案結論，而是可否暫時接受行政機關說明的觀點進行審查，原告主張行政機關之說明無說服力，判決宣示法院對於行政機關說明之評價的形式。若以圖式而言，判斷過程審查方式並非儘量促使法院及原告接受行政機關說明之可能性，由原告各行其主張、行政機關及法院各行其判斷，而是作必然的結合，原告、行政機關以及法院共同協力，組構作成事案結論之論理方法。原子爐設置許可處分撤銷訴訟相關之前揭最判平成4年10月29日如下之判示，雖採用主張責任、證明責任之形式，但實質上可以說其宣示了上述原告、行政機關、法院之關係[7]。其判示如下：「認為被告行政機關所為之判斷有不合理之點的主張、舉證責任，本來應由原告負擔；但若考慮到該當原子爐設施之安全審查相關資料全部由被告行政機關所保持等，被告行政機關首先應就其所依據之具體審查基準，以及調查審議及判斷的過程等，被告行政機關之判斷無不合理之點，依據相當之根據及資料，進行主張、舉證，被告行政機關若無法善盡其主張、舉證責任時，事實上即可認定被告行政機關所為右揭判斷具有不合理之點」。

相對的，法院審查、判決行政機關之判斷結論，是否顯著欠缺妥當性之方法，有法院片面重視正當化行政機關所作結論之論據之虞情形。或者剛好相反，也有法院片面重視否定行政機關所作結論之論據之虞情形。易言之，在只宣示行政機關之判斷結論是否顯著欠缺妥當性之判決上，也可看到法院尊重裁量，但卻無法充分說明其曾對裁量進行統制之情形。從而，判斷過程審查方式可評價為比較安定之裁量統制方法，應可支持其原則化。

五、與偏重特定利益之傾向、結論統制間的關係

（一）抑制偏重特定利益之傾向、結論之統制

再者，最判平成18年2月7日判決在進行判斷過程審查時，與上揭（三）之2所列舉之下級審判決不同，對於一般性的重視特定利益，強烈約制行政裁量，採取慎重的態度。亦即上開判決雖列舉出複數的肯定許可目的外使用之因子，市教育委員會予以過小評價者（上述二之（一）所述之第1、第4情事），以及否定許可之因子，市教育委員會過大予以評價者（上述二之（一）之第2、第3情事），但並未認為所有的要素均單獨的具有認為不許可目的外使用構成違法之重要性。在其意義上，可以說其係避免片面的偏倚，而精妙的採取衡平的態度進行衡量之判決。

又最判平成18年2月7日判決雖言及「比例原則」；但未明確的適用比例原則。迄今，難以說最高裁判所曾為統制行政裁量，而以明確的形式使用比例原則。（言及「比例原則」之最判昭和39年6月4日民集18卷5號745頁判決，則廢棄承認違反比例原則之原判決）。比例原則原來是法院為保護特定利益，明示行政機關之判斷結論具有違法性之法原則。可以說最高裁判所具有抑制採用比例原則之方法統制行政裁量之傾向[8]。

（二）比例原則之適用

然而，衡量過程之審查也可看到應用比例原則之形態。又無論承認一般性的重視特定利益，審查衡量過程之方法，或依比例原則審查行政機關之判斷結論之方法，若非無法的根據而擴張其適用範圍，依然有效。例如前揭最判平成8年3月8日判決，基於信仰上之理由，對於拒絕上格技（劍道）課之學生，公立學校以教育上之理由作成留級及退學處分，是否該當於過度侵害信教自由作為焦點，進行裁量審查，而認定處分違法。此種手法可以看得到是近似於適用比例原則之判斷方法[9]。

又最近，最高裁判所認為：對於公立學校之教職員於典禮上不服從職務命令，於合唱國歌時或伴奏時未起立，或缺席或退席，之所以容許其選擇超逾告誡之減俸處分或停職之懲戒處分，「必須是鑑於對過去之非違行為所為懲戒處分等之處分事歷，或不起立行為前後之態度等……，基於維持學校之規律或秩序之必要性與處分所造成之不利益之內容取得權衡之觀點，可認為有賦予選擇該當處分之相當性具體情事之場合」，因而認定一部分懲戒處分違法（最判平成24年1月16日判時2147號127頁、同號139頁）。此乃鑑於職務命令、懲戒處分間接的約制思想良心之自由，而比較明確的適用比例原則之最高裁判所裁判例。

六、小結

（一）考慮事項之分析

總而言之，肯定評價判斷過程審查之行政裁量之統制方法之學說相當多，惟判斷過程統制所謂之行使行政裁量時應予考慮之事項、應予重視之事項、不應予重視之事項、不應予考慮之事項並不明確，會引起是否只委諸法院進行判斷之質疑。關於此等考慮事項，無法僅從基於憲法之人權保護必要性加以判斷，一般性的公式化有其困難。似乎只有從憲法、關係行政法令之旨趣，以及個案之特徵，按照個案進行判斷。

試舉對於考慮事項意見分歧之一例，即為使林業試驗場與道路接續，作成都市計畫決定—將兩者之間的民有地決定為都市公園，兩者之間雖也有國有地，但使用民有地較能順暢的連接。此一個案中，在作成都市計畫決定時，利用國有地、迴避利用民有地之可能性應受重視之程度為何，成為關鍵點。最高裁判所之補充意見明確的論述作為都市計畫之合理性，只限於利用國有地與利用民有地之場合相同之場合，才應考慮國有地之利用性，迴避利用民有地。相對的，（多數）法庭意見之態度則未臻十分明確，惟可作如下解讀：其更為重視國有地之利用可能性，似認為即便多少降低都市計畫之合理性，若不利用國有地迴避利用民有地，該都市計畫決定即有構成違法之餘地（最判平成18年9月4日判時1948號26頁）。

（二）論證過程與行動過程

又判斷過程統制之判斷過程，基本上是指行政機關為正當化其決定之論證、理由，而非意味行政組織乃至職員作成決定之現實的行動過程[10]。

惟所謂權限濫用乃至動機不正之違法事由，則意味職員就結論具有先入為主之意見，未善盡必要之調查、判斷，作成帶有偏見之決定，屬於後者之行動過程之問題。判例上有將權限濫用概括作為判斷過程之瑕疵，作為賦予處分違法基礎之要素之情形（例如前揭二之（一）所述判決所舉之第5個情事）。又前揭最判平成19年12月7日判決雖採取判斷過程統制之外觀，但實際上是認定為權限之濫用。

參 關於判斷過程之統制的諸問題

一、裁量基準與裁量統制

（一）裁量基準與個別情事考慮義務

以上所述，作為「判斷過程」，主要是關注行政機關對於各種利用之衡量過程。但作為其他「判斷過程」，行政機關適用一般基準就個案作成決定之過程也可被考量。關於個案之決定，獲承認具有裁量權之行政機關為行使裁量權，預先訂定非法規命令之一般基準（裁量基準）[11]，在適用裁量基準作成個案決定之場合，最高法院作了如下論述：依照先審查基準之合理性，接著審查行政機關就個案適用基準判斷之合理性的順序，進行循行政機關判斷過程之裁量統制（關於原子爐設置許可之前揭最判平成4年10月29日判決）。

再者，行政機關就個案適用裁量基準之場合，與適用法規命令之場合不同，必須考慮裁量基準是否因策定基準後之種種情事之變化而已不合時宜，以及於該當個案上完全依照裁量基準適用，是否會有不適切之特殊情事，依據上揭考慮，會有容許行政機關逸脫裁量基準或要求其逸脫裁量基準之場合，學說上稱之為「個別情事考慮義務」。依據上揭學說，也可看到如下見解之最高裁判所判決，即對照包含憲法在內之法律的旨趣，裁量基準之合理性不是很高的場合，即可承認行政機關之個別情事考慮義務會相形增大（最判平成10年7月16日判時1652號52頁—酒類販賣業特許否准處分、前揭最判平成11年7月19日—計程車車資變更不認可處分）。

（下期待續）

（演講者為東京大學教授，
譯者為最高行政法院法官）

註釋

作為處分機關之點，是其特殊性。

6. 2004年修正行政事件訴訟法，所增訂之釋明處分之特則（同法23條之2）也以此種責任作為其基礎。

7.「行政機關之判斷之（不）合理性」，是否相當於成為主張責任、證明責任之對象的要件事實，是有疑問。請參山本隆司「判例から探究する行政法」（2012年）237頁以下。

8. 德國在法院統制都市計畫之裁量的場合，區分衡量過程之統制，以及衡量結果之統制，作為不同之觀念。Eberhard Schmidt-Aßmann，Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee，2.Aufl.，4/70論 述： 一般而言，區分衡量過程之統制與衡量結果之統制，作為法院統制裁量之模式，稱前者為「衡量監控之要諦」。同書2/65則論述比例原則等具有守護中庸之必要性。

9. 最高裁判所判例解說民事篇平成8年度195頁（川神裕）評論：成為處分之原因之行為與結果之間有不均衡乃不得已之事。

10. 關於此點，於前揭最判平成24年4月2日之原審福岡高判平成22年6月14日判時2085號76頁看得到有若干混淆。

11. 最近之文獻可參深澤龍一郎「裁量統制の法理と展開—イギリス裁量統制論」（信山社、2013年）。

WEEKLY 周刊
徵 高 咨 事
一、本刊為司法專業刊物，重視整體風格及一貫水準。
二、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法新制的法學佳作。為期一次完整刊出，增進閱讀效果，文長宜在八千字以內。文後並請加註，以利學術參考。
三、本刊並歡迎下列作品：（一）司法人、司法事、法院的故事（附照片）。（二）觀念與作法、經驗分享、他山之石。
四、各類文稿配合業務需要及版面篇幅刊出。進文稿之見解，不代表本刊意見。
WEEKLY 周刊
周出刊
訂閱
全年訂閱優惠價400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊