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（下）

演講者／山本隆司　譯者／闕銘富

（文接上期）

（二）判例上之問題

然而，最高裁判所判決也只是針對事實上行政機關適用裁量基準之場合作成判示，並未明確論述行政機關在作成個別決定時，是否負有適用裁量基準之義務。又上揭最高裁判所判決均是關於行政裁量未獲廣泛承認，不適於適用前揭二之（二）所述之社會觀念審查之案件所為之判示。關於適合適用社會觀念審查之場合，最高裁判所毋寧判示如下：「行政機關關於委諸其裁量之事項，即便訂定有行使裁量權之準則，因此等準則乃本來為確保行政機關處分之妥當性，故即便違背裁量準則而作成處分，原則上只產生適當與否之問題，並非當然構成違法」（前揭最大判昭和53年10月4日—馬克林事件）。

但對於馬克林事件，於當時即有如下之質疑，即行政機關未考慮裁量基準，似乎已違反平等原則、信賴保護原則、禁反言等一般法律上原則，至少也構成程序法上之違法事由。又嗣後完成立法之行政程序法，關於行政處分，規定行政機關有策定基準之（努力）義務（第5條、第12條），學說上認為在策定行政決定之相關基準已被主張為法治國行政程序之一般原則之現在[12]，此種疑問應更為強烈。而且，此種程序法上，若規定行政機關必須考慮裁量基準，進而，進行判斷過程統制之行政機關的裁量判斷，若行政機關未考慮合法內容之裁量基準而作成裁量判斷，可以說即存有未考慮應予考慮之事項之未善盡考慮（考慮不盡）之瑕疵。現在，即便在進行社會觀念審查之裁量判斷，也應適用判斷過程統制之方法，已如前述。然而，最近前揭最判平成19年12月7日判決之傍論則較諸馬克林判決，更強烈的論述「作為裁量判斷，認為不許可占用要屬適當時，即得不許可其占用」。但此種論述應理解為只針對個案，敘述個別情事考慮義務，而且，也只能作此種理解。

二、法院為替代案之比較的審查

（一）事例—最判平成18年11月2日

在策定一般的裁量基準有其界限之場合，作為擔保行政機關之裁量判斷具有合理性之其他手段，有替代案之比較。最高裁判所在關於行政機關比較複數方案，作成都市計畫決定之場合，也審查行政機關比較替代案，以至作成結論之判斷過程（前揭最判平成18年11月2日），此點深受注目。判決關涉本次講演迄至目前，以及最後所提之諸論點，為此，就關於此一論點之判示也作進一步介紹（在此一案件中，原告適格也成為論點，最大判平成17年12月7日民集59卷10號2645頁判決，變更原有之判例，作成擴張原告適格之範圍之判決）。

為使東京某鐵道複線化以及高架化興建，依據都市計畫決定作成了都市計畫事業認可，週邊住民以將受到上開鐵道興建之噪音侵害作為理由，而提起撤銷訴訟之案件。在作成上開都市計畫決定時，關於鐵道之構造究竟是採地表式、高架式、地下式等3案，曾比較計畫的條件（可否拆除平交道、有無需要移動車站等）、地形的條件（自然之地形坊與鐵道之線形的關係等）、事業的條件（事業費用之額度）等3條件，結果評定高架式在3條件比較上均屬優先，而予採用。最高裁判所承認為完善鐵道等之都市設施之都市計畫決定具有行政裁量，判示法院應進行社會觀念審查以及判斷過程統制之旨趣。並且，第1、論述在本件情事之下，曾作如下的考慮，即「要求應適正的考慮，不至於因事業之興建所引起之噪音、震動，對事業地週邊地域居住之住民之健康或生活環境，造成顯著之侵害」。第2、針對行政機關所作之上揭3案之比較檢討，審查其相當性、合理性，以期審查是否有欠缺相當性、合理性。惟結論是駁回原告之請求。

（二）判決上之問題

然而，關於上揭第2點之3案的比較，例如若採用地下式，業已取得用地之取得費用等即應不再需要，在算定地下式之事業費用方面，行政機關所作之假定有種種基本疑問。但判決未必針對此類疑問有所交待，而只作相當和緩的裁量統制。其原因之一，在於似乎對噪音侵害，只進行未滿「顯著」層次惡化生活環境之情形的裁量統制，益顯此一最高裁判所判決之裁量統制是極其和緩（譯註：山本教授於口頭報告中，增列：對於週邊住民受到噪音何種影響，本應於環境影響評估中進行評估；但行政機關未為此評估）。另一方面，第1點之判示，就一般言，在作成都市計畫決定時，應將住民受到噪音侵害作為相當重要之獨立考慮要素。但在此一案件，預想住民會受到噪音侵害一節，行政機關及法院均未作明確的認定。從而，關於第1點之裁量統制也僅止於和緩的審查。

本來，以都市計畫決定之判斷過程有瑕疵作為理由，法院可撤銷都市計畫事業許可處分，由行政機關補充調查以及修正判斷，若無問題，變更都市計畫決定，以及再一次作成都市計畫事業認可處分也屬可行。但自起訴至最高裁判所判決時，已經歷12年，設施之工程業已完竣而開始提供使用。雖非法律論，而是現實問題，法院諒必會對作成撤銷判決有所躊躇。然而，宣告處分違法但不予撤銷之情況判決（行政事件訴訟法第31條）也是可行。但都市計畫決定以及都市計畫事業認可，並無正當化設置設施之法律上效果，只有為設置設施而可徵收土地之法律上效果。為此，對於未徵收土地所作成之都市計畫事業，法院即便撤銷認可處分，行政機關也未因此而生回復原狀之義務，從而，「對於公的利益並未產生顯著障害」，而有不用作成情況判決之可能性[13]。

三、要求重新判斷之判決

（一）依判斷過程作統制之判決

前揭（二）之2所示，若以判斷過程之瑕疵為理由作成撤銷處分之判決，行政機關即必須依行政事件訴訟法第33條，遵照判決理由中之判斷重新作成裁量判斷。瑕疵，非在行政判斷之結論，而是在於判斷過程，因此，會有依情況，由行政機關再度作成同一處分之餘地，若作成同一處分，即有再度提起撤銷訴訟爭訟處分違法性之可能性。然而，即便行政機關之判斷過程中之一部分有瑕疵，在幾乎未能影響其結論之場合，會被認為僅是輕微的瑕疵，而不構成處分之違法事由。前揭最判平成18年2月7日判決論述「未考慮……，以致其結果顯著欠缺妥當性」或「欠缺重要事實之基礎」，也可作相同旨趣之解讀。惟就整體來看，不能否定法院依據判斷過程審查作成撤銷處分判決，並非最終的解決紛爭，而只是產生要求行政機關重新判斷之情況。

（二）問題之擴大—代結論

如上所述，法院要求重新判斷之旨趣的判決，不只是判斷過程統制之問題。此等旨趣之判決，在法院是否僅以行政程序有瑕疵作為理由，即應撤銷處分？應否限制行政機關在處分撤銷訴訟程序中，更替其處分理由？處分之違法判斷之基準時應以處分時為之，或者作成判決時為之[14]？是否可不作成撤銷處分，而得在一定期間內命更正處分之判決[15]？等種種情況下，均成為問題。關於此等問題，尚未獲得明確解決。雖然是法院之間的問題，但也有行政訴訟上，上級審廢棄發回或自為判決之問題。講演之最後，謹提出此等問題與判斷過程統制複合的2個案例如下。

第1案例即是前揭最判平成18年9月4日之判決。此一案件，是對於為整備都市公園，依照1957年作成之都市計畫決定，於1996年作成之都市計畫事業認可提起撤銷訴訟。如同前述，為整備公園，作成非利用公有地，而利用民有地之都市計畫決定之違法性成為爭點。原審駁回原告之請求；但最高裁判所則認為為利用國有地，而改變林業試驗場門的位置，是否會產生樹木保全上之問題，原審未充分審理，而作成廢棄發回之判決。但法院欲審理在作成都市計畫決定之1957年當時，林業試驗場之樹木的狀況似乎極其困難。此一案件，在最高裁判所判決後，行政機關依職權撤銷了事業認可，因而撤回了訴訟。假若發回後第二審作成了判決，似乎也只能以行政機關未充分調查、檢討利用國有地之替代案作為理由，而認定1957年作成之都市計畫決定違法。如此一來，原本都市計畫決定相關之違法判斷之基準時即非在1957年，而是認為在1996年作成都市計畫事業認可之時點，行政機關未充分審視都市計畫決定進行調查檢討而認定其為違法。

第2案例即原子爐設置許可無效確認訴訟相關之最判平成17年5月30日民集59卷4號671頁判決。原審是迄至目前為止，在對於原子爐設置許可訴訟中，唯一作成容認原告請求之判決。相對的，最高裁判所則相當詳細的重新認定原子爐的安全性，廢棄原判決且自為判決，駁回原告之請求。關於行政機關對於原子爐之安全性之相關判斷，法院為一定程度的尊重，在此一意義上，承認行政機關具有相當程度之裁量（非廣泛之裁量）。若就有關將來預測之事實認定，承認一種行政裁量，則事實認定與法的評價之區別即會產生相對化。蓋法院即便就將來預測相關之事實認定，諒必也會採取與法的評價相關之判斷過程審查相同之審查方法之故。法律審之最高裁判所巧妙利用此種方法，不深入事實認定之問題，未予廢棄發回，而自為判決。其背景有最高裁判所判決時，已距當初起訴業已經歷20年之情況之故[16]。但似乎留有法律審不無越權之印象。

（演講者為東京大學教授，
譯者為最高行政法院法官）

註釋

12. 塩野宏「行政法Ⅰ行政法總論（竹5版補訂版）」（有斐閣、2013年）272頁。
13. 因此等理由，本件第1審之前揭東京地判平成13年10月3日判決，即非作成情況判決，而作成撤銷判決。
14. 山本隆司「取消訴訟の審理、判決の對象—違法判斷の基準時を中心に」法曹時報66卷5號1077頁以下、6號1317頁以下（2014年）。
15. 關於作為對於都市計畫決定訴訟之立法論，有國土交通省都市、地域整備局都市計畫課所編之「人口減少社会に対応した都市計画争訟のあり方に関する調查業務報告書」（2009年）；但尚未有實現此一報告書之立法提案之動作。
16. 訴訟要件（原告適格及無效確認之訴的利益）首先成為爭點，最判平成4年9月22日民集46卷6號571頁、1090頁肯定後，才進入本案審理。

法律網
的最佳平台
談人生說司法（一）
關稅法論
二刷更正版
一個司法工作者的人生體驗
張特生 著
李憲佐 著作
定價 每本150元
定價 每本700元
1000元者
資 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊