

## Illegal Motives and Administrative Discretion

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-06-11 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 高橋, 正人 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.14945/00026663">https://doi.org/10.14945/00026663</a>

---

---

論 説

---

---

## 裁量審査における目的違反・動機的不正について

高 橋 正 人

### はじめに

(1) 裁量権行使の逸脱・濫用を統制するツールの一つとしての目的違反・動機的不正は早くから活用されていると指摘されている<sup>1</sup>。初期の代表的事例として紹介されるココム訴訟（東京地判昭和44年7月8日判時560号6頁）は、輸出貿易管理令に基づく処分をなすに当たっての裁量権行使は、「輸出制限を必要とする純粋かつ直接の経済的理由の有無」に限定されるとし、「国際政治的理由による」通産大臣（当時）の不承認処分は、「裁量権の範囲を逸脱し、違法である」と断じている。

この審査手法は、最高裁によっても採用されており、初期の事例として、分限処分に関する最判昭和48年9月14日民集27卷8号925頁が取り上げられることがある<sup>2</sup>。昭和48年最判は、判断過程審査の初期的な代表

---

<sup>1</sup> ほとどの文献におおても取り上げられる審査手法であるが、代表的なものとして、塩野宏『行政法Ⅰ（第6版）』（2015年）147頁、芝池義一『行政法読本（第4版）』（2016年）76頁（目的拘束の法理）、宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第6版）』（2017年）331頁（法律の目的違反、不正な動機）、大橋洋一『行政法Ⅰ（第3版）』（2016年）213頁（目的違反）等。

<sup>2</sup> 宇賀・前掲書331頁、大橋・前掲書213頁のほか、櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第5版）』（2016年）116頁等。

事例としても取り上げられており<sup>3</sup>、ここでは、判断過程審査と目的違反・動機違反が結びつくあるいは後者が前者の考慮事項として組み込まれることになる<sup>4</sup>。

(2) 判断過程審査を「論証過程の瑕疵」と「調査・検討不足という瑕疵」に分解する山本教授は、両者の密接関連性を指摘し、後者が前者の瑕疵を認定する一つの根拠となり得ることを指摘する。「動機の不正」は後者に位置づけられ、学校施設の目的外使用許可に関する最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁や、海岸区域占用不許可処分に関する最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁が挙げられている<sup>5</sup>。

近時の最高裁判例について、従来型の社会観念審査と判断過程審査が併用されているという立場をとるならば<sup>6</sup>、「目的違反・動機違反」が判断過程審査における重要な考慮要素となる。

(3) 「動機違反」「動機の不正」による裁量権統制の考え方については、田中二郎が次のように述べていた。

「裁量権には一定の限界があり、不公正な裁量、甚だしく不当で著しく正義に反するような裁量、動機が正当でない裁量等は、違法であることは、多くの判決例の認めるところである・・・<sup>7</sup>」

---

<sup>3</sup> 櫻井=橋本・前掲注(2)120頁、稲葉馨ほか『行政法(第4版)』(2018年)116頁等。裁量審査を「判断過程審査」であると捉える仲野教授は、昭和48年最判が「裁量権の逸脱・濫用が判断過程の違法にほかならない点を、一般論として初めて宣言した」とする。仲野武志『法治国原理と公法学の課題』(2018年)307頁。

<sup>4</sup> 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(2009年)157頁は、旅券発給拒否に関する最判昭和44年7月11日民集23巻8号1470頁に次いで判断過程統制手法を示した判断として昭和48年最判を挙げ、同時に司法統制規準としての目的違反・動機違反を挙げる。

<sup>5</sup> 山本隆司「行政裁量の判断過程審査」行政法研究14号14-15頁。なお、同14頁においては、一般原則としての権限濫用で著名な最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁が取り上げられている。

<sup>6</sup> 塩野・前掲注(1)151頁、宇賀・前掲注(1)333頁、曾和俊文『行政法総論を学ぶ』(2014年)207頁等。

<sup>7</sup> 田中二郎『行政法総論』(1957年)294頁注(2)。

田中の指摘からすれば、「動機違反」「動機的不正」による裁量権の統制は、ココム訴訟を更に遡った段階において広く見られるものであったことになる。

以下、本稿ではまず、ココム訴訟を更に遡った「動機違反」「動機的不正」に関する裁量権統制がなされている事案を検討する（Ⅰ）。次に、初期の最高裁判例として、前述の昭和48年最判及び余目町事件として著名な最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁（—以下、昭和53年最判とする）につき検討し、最高裁判例における「動機違反」「動機的不正」について実務の見地においてどのような見解が採られていたかを検討する（Ⅱ）。

最後に、近年の社会観念審査と判断過程審査の併用ないし結合例における「動機違反」「動機的不正」（—考慮事項として用いられることになる）について検討を加えることにしたい（Ⅲ）。(2)で述べたように社会観念審査と判断過程審査の併用ないし結合という見方がある一方で、裁量審査は判断過程審査にほかならないという見解も有力である<sup>8</sup>。「動機違反」「動機的不正」は、同じく社会観念審査における統制ツールである「比例原則<sup>9</sup>」「平等原則」よりも考慮要素に含みやすいものと考えられ、考慮要素からアプローチするのであれば<sup>10</sup>、「動機違反」「動機的不正」は判断過程審査の一類型と考えられうるからである。

<sup>8</sup> 大橋・前掲注(1)209頁以下、仲野・前掲注(3)304頁以下。

<sup>9</sup> 教職員の懲戒処分に関する最判平成24年1月16日判時2147号127頁を中心に検討を加え、審査密度向上における「比例原則」の有用性を説くものとして、榊原秀訓「行政裁量の『社会観念審査』の審査密度と透明性の向上」紙野健二ほか編著『行政法の原理と展開（室井力先生追悼）』（2012年）126頁以下、同「社会観念審査の審査密度の向上」法律時報85巻2号7頁。

<sup>10</sup> 裁量審査を審査密度と審査の手法とに分けるのであれば、考慮要素からのアプローチは後者に該当する。この2分法につき、宇賀・前掲注(1)333頁、村上裕章「司法制度改革後における行政法判例の展開」公法研究77号35頁、同「判断過程審査の現状と課題」法律時報85巻2号14頁。拙著『行政裁量と司法審査論』（2019年）211頁以下。また、民事訴訟の審理構造に照らした詳細な分析として、異智彦「事実認定論から見た行政裁量論」成蹊法学87号97頁。

## I 動機の不正の原型

### 1、昭和20～30年代の判例に見る動機の不正

(1) 昭和31年の『判例体系 行政法 行政法総則(Ⅱ)』によれば、動機が不正でない行為を裁量の(逸脱・濫用)問題として捉えるのは、戦前の行政裁判制度から見られた傾向であった<sup>11</sup>。戦後になると動機の不正に関する二つの地裁判決が出され、後に山田幸男によって紹介されている<sup>12</sup>。

一つは、警察職員の懲戒処分に関する大阪地判昭和26年7月7日行集2巻8号1341頁であり、もう一つは、固定資産評価員の解職に関する福島地判昭和29年6月18日行集5巻6号1495頁である<sup>13</sup>。

(2) 警察職員に関する懲戒処分が争われた昭和26年大阪地判においては、動機の不正に関し、動機の不純が直ちに懲戒処分を違法とするものではないとして請求を棄却している<sup>14</sup>。この事例においては、動機の不純という問題(意見を異にする原告の署からの追い出し)とともに、他の懲戒処分を受けた者との比較という平等原則の観点からも審査がなされていることが特徴的である。

(3) 昭和29年福島地判は、請求を一部認容している。このケースは評価員の兄が村長選挙において対立候補になったことから不快の念を抱き解職したものであり、被告の純然たる感情的恣意的処分というほかになく、

---

<sup>11</sup> 『判例体系 行政法 行政法総則(Ⅱ)』(1956年)701-703頁。戦前の事例としては租税滞納処分等が掲載されているが、学説上において「動機の不正」が論じられてはいなかったようである。美濃部達吉『日本行政法上巻』(1936年)167-171頁参照。

<sup>12</sup> 山田幸男「自由裁量」田中二郎ほか編『行政法講座第2巻』(1964年)134頁。なお、前掲『判例体系』702頁参照。

<sup>13</sup> 福島地判につき、室井力ほか編著『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法(第2版)』(2006年)325頁(島田茂)、高橋滋ほか編著『条解 行政事件訴訟法(第4版)』(2014年)616頁(橋本博之)。

<sup>14</sup> 前掲注(11)『判例体系』702頁。

裁量権の範囲を逸脱したものであって権利の乱用であるとした。いわば報復目的によるものであり<sup>15</sup>、判断は妥当といえよう。

(4) 昭和30年代においては、町道路線の認定処分につき、「道路法の所期する目的に沿わない不当な行政権の行使」と判断された、東京地判昭和39年3月26日行集15巻3号483頁<sup>16</sup>が注目される。昭和39年東京地判は、原告の所有する棧橋につき、原告の競願会社の使用の便宜を図るために町道認定したものとされ、このような事情のもとにおける町道認定は「専ら原告の権利を制限する目的を以て町道としては極めて不適当な棧橋部分を町道路線に認定したもの」と断じられている。

(5) このような動機的不正に関する判断は、最高裁判例においても見られるところであった。裁量統制の基準として早くから「目的違反・動機的不正」を挙げていた田村悦一は、皇居外苑の使用不許可処分に関する最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁を代表的事例として挙げている<sup>17</sup>。昭和28年最大判は、一般論として、「管理権に名を借り、実質上表現の自由又は団体行動権を制限するの目的に出でた場合は勿論・・・違憲の問題が生じうる」と述べているが、動機的不正という観点から、裁量の逸脱・濫用問題に結びつけることも可能であったといえよう<sup>18</sup>。尤も、田村が着目しているのは、本判決が「勿論その利用の許否は、その利用が公共福祉用財産の、公共の用に供せられる目的に副うものである限り・・・」と述べているところのようであり、「根拠法の裁量賦与の目的」に着目したものと解される<sup>19</sup>。

<sup>15</sup> 室井ほか・前掲注③325頁（島田茂）も参照。

<sup>16</sup> 本判決につき、高橋ほか・前掲注③616頁（橋本博之）。

<sup>17</sup> 田村悦一「自由裁量論」ジュリスト500号98-99頁参照。

<sup>18</sup> 本判決につき、大久保規子「皇居外苑の使用許可」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ（第7版）』132-133頁。

<sup>19</sup> 田村・前掲注①798頁。

## 2、ココム訴訟

(1) このような流れの中で出された昭和44年のココム訴訟は、行政法学からも当時から注目されていたことは、ジュリスト434号に掲載された特集において、塩野宏、山内一夫両教授の論説が掲載されていることから窺い知ることができる<sup>20</sup>。

とりわけ、塩野教授は「自由裁量論」の問題を取り上げており、ココム訴訟を羈束処分と自由裁量処分の相対化及び行政庁の専門技術性・当該行為の政治的性格により裁量の余地を認めるという判例理論の動向の中に位置づける<sup>21</sup>。その上で、塩野教授はココム訴訟の特徴につき、「行政庁が、一定の裁量の余地を有することを、直接的には、輸出貿易管理令1条6項の規定の抽象性を求めつつも、これを、経済的統制における行政庁の専門的知識・経験という実体概念によって裏付けるという操作を行っていること」、「行政庁の裁量の余地を認めながらも、貿易の自由—営業の自由という基本原則から外為法及びそれに基づく輸出貿易管理令を厳格に解し、結果的に通産大臣の輸出規制に関し、かなり狭い枠をはめていること」の2点に見出している。その上で、「外為法は、純粹かつ直接的な経済的目的に関する規制のみを認めているとする判決の態度は正当である」との見解を示されていた<sup>22</sup>。

(2) 周知のように、ココム訴訟は、通産大臣(当時)が、輸出承認申請された製品につきココム(対共産圏輸出調整委員会)の申合せによる統制物質に該当すると判断し、輸出不承認処分を行ったものである。

東京地裁は、「輸出貿易管理令1条6項の趣旨」を重視し、「裁量権の範囲も上記同条項の趣旨、すなわち、輸出制限を必要とする純粹かつ直接

---

<sup>20</sup> 塩野宏「ココム訴訟の問題点」ジュリスト434号59頁以下、山内一夫「ココム訴訟(日工展訴訟判決)について」同67頁以下。

<sup>21</sup> 塩野・前掲論文61頁。このような相対化動向については、藤田宙靖『行政法総論』(2013年)107頁以下参照。

<sup>22</sup> 塩野・前掲論文61-62頁。

の経済的理由の有無に限られ、これを逸脱することは許されない」とし、ココムの申合せ遵守を目的とした不承認処分を違法と断じた。塩野教授の指摘する「狭い枠」を裁量権行使に当てはめたものであり、輸出の不承認につき、「外国貿易及び国民経済的な発展に支障を生ずるおそれがある場合にのみないうる<sup>23)</sup>」との外為法及び輸出貿易管理令の目的に沿った解釈を示したものである。

ココム訴訟後すぐの論考においては、本判決を目的違反や動機の不正の事例として言及するものはなかったようであるが、前述の田村悦一の論考においては、「行政裁量が時の政権の意に沿って行使されて、思想信条をはじめとする国民の権利や自由が不当に規制される側面」が指摘されていた<sup>24)</sup>。

### 3、教員人事に関する裁量権

(1) 昭和40年代に入り、教職員人事に関する下級審判例が蓄積された。とりわけ注目されるのが、組合運動の抑制目的や教員の思想・信条に着目して行われた転任処分につき、違法と断じる判決が相次いだことである。

前者の例として、高知地決昭和45年2月12日行集21巻2号109頁<sup>25)</sup>、後者の事例として札幌地判昭和46年11月19日判時651号22頁<sup>26)</sup>を挙げることができる。

(2) 「組合活動を抑制」することを目的としたものと指摘された昭和45年高知地決は、高知県教育委員会が教組組合の執行委員を次々と転出させることにより、組合運営の障害を図ったものである。転任処分の取消訴

<sup>23)</sup> 山内・前掲注②069頁。

<sup>24)</sup> 田村・前掲注①7101頁。尤も、田村が併せて挙げる、旅券発給拒否に関する最判昭和44年7月11日民集23巻8号1470頁は、「外務大臣の認定判断の過程」を審査対象として挙げており、後述する判断過程審査に通じるものがある。

<sup>25)</sup> 本決定の評釈として、坂本重雄・教育判例百選（第2版）50-51頁。

<sup>26)</sup> 本判決の評釈として、影山日出弥・教育判例百選（第2版）42-43頁。なお、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（2009年）394頁。



訟とともに、執行停止が申し立てられているが、高知地裁は、「専らその組合活動を抑制する等非教育的目的のために行われ、しかも事前に居職員の意見希望を十分徴することもなく樹立された異動計画に基づき転任処分をな」したと認定し、「裁量権の範囲を逸脱し濫用」したものであると断じている。

なお、この事例においては、一部執行委員に対する執行停止に関して、行政事件訴訟法25条2項の「回復の困難な損害」(当時)に当たるとしており注目されよう。

(3) 同一の小学校に長期間勤務していた原告の転任処分につき、「原告の思想、信条を理由とした偏見、恣意にもとづく違法、無効なもの」と断じた昭和46年札幌地判は、原告が人事委員会への審査請求を行った際に、被告側が置き忘れた校長による教職員の思想調査関係資料が偶然発見された事例としても著名である<sup>27</sup>。

原告の思想調査に基づく本件転任処分につき、昭和46年札幌地判は、「被告が設置した人事異動に関する基準ないし目標に形式的には背反しないように見える<sup>28</sup>」と述べる。

しかしながら、本件転任処分が実質には「原告の思想、信条を理由とした偏見、恣意にもとづく」ものであると判断され、「前記基準、目標が本件の場合、処分の真の理由を覆う隠れみよ的な役割を果たしたとすら指摘できる」との厳しい言及がなされている。

(4) 以上の下級審判例を概観すると、昭和40年代までには動機的不正に基づく裁量の逸脱・濫用という判断枠組みは、下級審判例の中である程度蓄積されていたとともに、ココム訴訟のみならず、昭和40年代の教員

---

<sup>27</sup> 阿部・前掲書394頁。

<sup>28</sup> 被告である北海道教育委員会においては、「広域人事5ヶ年計画」に基づき人事異動を行っていたことからすると、動機の側面を除くと計画に沿った転任処分と解釈できることによる。

の転任処分関連判例の中にも先駆的な判例を見出すことができる。この動機的不正の問題が、最高裁において明示的に現れたのが、次に述べる昭和48年最判と昭和53年最判である。

## Ⅱ 最高裁判例の展開その1

### 1、昭和48年最判

(1) I 3の教職員人事に関する下級審判決の延長線上に位置するのが昭和48年最判である。昭和48年最判は学校統合問題へ反対した等として、校長が分限処分として降任された事案であるが<sup>29</sup>、最高裁判決において、その後の学説にも影響を及ぼす裁量権の判断枠組みが示されている。

「分限制度の・・・目的と関係のない目的や動機に基づいて分限処分をすることが許されないものはもちろん、処分事由の有無の判断についても恣意にわたることを許されず、考慮すべき事項を考慮せず、考慮すべきでない事項を考慮して判断するとか、また、その判断が合理性をもつ判断として許容される限度を超えた不当なものであるときは、裁量権の行使を誤った違法のものであることを免れない・・・」

周知のように、前半部分が目的違反・動機的不正に関するものであり、後半部分が最高裁による判断過程審査の原型として学説上取り上げられているところである<sup>30</sup>。

(2) 昭和48年判決は、調査官解説と下級審からの流れという2つの視点から検討を加えると興味深いものがある。富澤調査官解説によれば、この2つの裁量統制基準は、既に学説において説かれ、裁判例にも示され

---

<sup>29</sup> 本判決については、上原克之「公務員分限処分と裁量審査」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅰ（第5版）』156-157頁及び同解説に挙げられている参考文献参照。

<sup>30</sup> 高木光『法治行政論』（2018年）178-179頁、村上・前掲注(10)「判断過程審査」10頁等。

ていたところであるとされる<sup>31</sup>。確かに、動機の不正については、1(5)において触れたように、田村悦一が説いていたところであるが(担当調査官であった富澤氏も田村論文を引用している)、判断過程審査に係る部分は先例としてどのような裁判例があったか明確にされているわけではない<sup>32</sup>。

(3) 一方、下級審からの流れを見てみると、第1審である広島地判昭和41年7月12日行集17巻7=8号762頁及び第2審である広島高判昭和43年6月4日民集27巻8号1061頁においては、特別権力関係の観点から審理がなされていたことが注目されよう。また、昭和41年広島地判においては、「その処分が全く事実上の根拠に基づかないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き処分権者に任された裁量権の範囲を越えるものと認められる場合を除き、処分権者の裁量に任されている・・・」と述べ、いわば社会観念審査の公式によりつつ降任処分を違法と断じている。降任処分を違法とする判断は、第2審においても維持されているが、昭和48年最判は第2審の判断につき、「裁判所のなすべき審査判断の範囲を超えて処分庁の裁量の当否に立ち入った違法がある」と断じている(破棄差戻し)<sup>33</sup>。

このことからすると、昭和48年最判は、判断過程審査の原型を示しつつも審査密度としては低いものであったといわざるを得ない<sup>34</sup>。また、目

---

<sup>31</sup> 富澤達・法曹時報26巻11号137頁。

<sup>32</sup> 田村・前掲注⑦101頁には、注(4)において取り上げた、旅券発給拒否に関する最判昭和44年7月11日民集23巻8号1470頁への言及がなされている。この判決は後に杉村敏正によって一定の評価がなされているが(杉村敏正『続・法の支配と行政法』(1991年)85頁)、田村はそのような評価はしていない。

<sup>33</sup> 橋本・前掲注(4)158頁は、昭和48年最判につき、「分限免職処分につき要件裁量を否定した先行判例・・・に対し、分限降任処分につき裁量を肯定したため、相応に審査密度が低下した」と指摘する。阿部泰隆『行政裁量と行政救済』(1987年)180頁は、比例原則の観点から、「免職処分と免職には至らない他の処分との間を区別して、比例原則は主として前者にのみ適用するという取扱いが合理的」とする。

<sup>34</sup> 昭和48年最判においては、考慮要素の重みづけまでには至っておらず、「形式的考慮要素審査」と呼ばれることがある。高木・前掲注⑧0178頁。

的違反・動機的不正による裁量審査つき判断過程審査と同等のレベル（＝「もしくは」の関係）で扱っており、判断過程審査における考慮要素の中に組み込んでいないことも注目されよう。

## 2、昭和53年最判

(1) 個室付浴場業の開業阻止を主たる目的としてなされた児童遊園設置許可処分を「行政権の著しい濫用」と断じた昭和53年最判は、(行政)法の一般原則においても取り上げられる著名な判例である<sup>35</sup>。但し、昭和53年最判を巡っては、「適切な先例は見当たらない」とされ<sup>36</sup>、現在においても「本判決の直接の射程が及ぶ範囲は、その有名さに比して、案外狭い<sup>37</sup>」と指摘される。そうすると、目的違反・動機的不正の先例として取り上げられるが、「行政過程を全体として捉え」た上での「ある種異常な事態」<sup>38</sup>をどう説明するかが昭和53年最判を考察する上で重要になってくるであろう。

ところで、目的違反・動機的不正については、控訴審判決である仙台高判昭和49年7月8日判時756号62頁が、より明確に言及している。即ち、「山形県知事のなした本件認可処分は、控訴会社が現行法上適法になし得るトルコ風呂営業を阻止、禁止することを直接の動機、主たる目的としてなされたものであることは明らかであり、現今トルコ風呂営業の実態に照らし、その営業を法律上許容すべきかどうかという立法論はともかく、一定の阻害事由のない限りこれを許容している現行法制のもとにおいては、右のような動機、目的をもってなされた本件認可処分は、法の下における平等の理念に反するばかりでなく、憲法の保障する営業

<sup>35</sup> 大橋・前掲注(1)49頁、櫻井＝橋本・前掲注(2)24頁、稲葉ほか・前掲注(3)44－45頁。

<sup>36</sup> 石井健吾・法曹時報34巻1号229頁。

<sup>37</sup> 中原茂樹「行政権の濫用」論究ジュリスト3号18頁。

<sup>38</sup> 高橋信行「行政権の濫用」宇賀克也ほか『行政判例百選I（第7版）』61頁、中原・前掲論文18頁。大橋・前掲注(1)49頁も参照。

の自由を含む職業選択の自由ないしは私有財産権を侵害するものであって、行政権の著しい濫用と評価しなければならない」と<sup>39</sup>。

(2) 「行政過程全体」を視野に入れた上で、目的違反・動機の不正を指摘するに当たっては、昭和48年最判のように考慮事項を組み入れた判断過程審査を行う必要はない。いわば、“狙い撃ち”を捉えて、目的違反・動機の不正を導けば十分である。

同じような構成は、水道水源保護条例に関する、最判平成16年12月24日民集58巻9号2536頁にも見て取ることができるが<sup>40</sup>、Iで述べた動機の不正の原型に該当する判例群は全てここに類型化されることになると思われる。

### Ⅲ 最高裁判例の展開その2

#### 1、平成18年最判<sup>41</sup>

(1) 学校施設使用不許可に関する平成18年最判は、判断過程審査を行うに際して、「従前の許可の運用は、使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推認させることがあったり、比例原則ないし平等原則の観点から、裁量権濫用に当たるか否かの判断において考慮すべき要素となったりすることは否定できない」と述べる。ここでは、「動機の不当性<sup>42</sup>」が考慮要素として組み込まれていると読み取ることもできる。動

---

<sup>39</sup> 刑事事件(最判昭和53年6月16日刑集32巻4号605頁)では、最高裁は、動機・目的に言及している。中川丈久「行政法における『信義則』と『権利濫用禁止』の概念」法律時報90巻8号28-29頁。

<sup>40</sup> 中川・前掲論文29頁は、平成16年最判も「権利(権限)の濫用」事例として位置づける。

<sup>41</sup> 民事訴訟の審理構造に当てはめた平成18年最判の分析として、巽・前掲注(0)104頁以下。

<sup>42</sup> 本判決における「動機の不当性」については、山本隆司『判例から探求する行政法』(2012年)227頁、236頁、241頁。

機の不正の問題を判断過程審査における考慮要素に組み込むことについては、これまで独自の裁量審査の基準とされてきた「動機の不正」を「軽視することになる<sup>43)</sup>」のではないかとの疑問が提起されることとなった。

(2) 本判決においては、被上告人と教育委員会との対立激化という背景の中で、「校長が職員会議を開いた上で支障がないものとし、いったんは口頭で使用を許可する意思を表示した後に、右翼団体による妨害行為のおそれが具体的なものではなかったにもかかわらず、市教委が、過去の右翼団体の妨害行動を例に挙げて使用させない方向に指導し、不許可処分をするに至ったといった経緯」が考慮要素の1つとされている<sup>44)</sup>。この「経緯」について、山本教授は、「Y市（－呉市＝上告人－高橋注）の職員が現実に不許可処分を行った過程における権限の濫用ないし『動機の不当性』を示唆する」と指摘している<sup>45)</sup>。

尤も、IIにおいて検討した昭和53年最判と異なり、平成18年最判においては、この「経緯」のみで処分手続のバイアスを認定することはできないと山本教授は指摘する。あくまでもこの「経緯」は、その他の考慮要素を合わせて考慮した場合に、「現実の処分手続がバイアスを帯びていた可能性をうかがわせる、という程度の因子で」と指摘されているから<sup>46)</sup>、判決文で明示はされていないが、「動機の不正」の問題は判断過程審査における考慮要素の1つとして位置づけられているといえよう。

(2) 桑原教授も、「動機の不正」を判断過程審査の考慮要素として位置づけているように思われる。桑原教授は、「不法・不正な動機によると断定できないがそれが疑われる場合には、結論先にありきで理由は後付けされたにすぎず、したがって考慮事項取捨選択及びその評価に対する司法

---

<sup>43)</sup> 行政財産使用不許可処分に関する大阪地判平成26年9月10日判時2282号43頁に関する稲葉馨教授の評釈参照。稲葉馨「判批」法学79巻1号129頁。

<sup>44)</sup> 川神裕・法曹時報59巻11号309頁。

<sup>45)</sup> 山本・前掲注(4)241頁。

<sup>46)</sup> 山本・前掲書242頁。

審査が厳格化する・・・傾向が見られる」と指摘する<sup>47</sup>。その上で、山本教授と同じく、教育委員会と教職員組合との間の対立関係が背景にあったことに関して、「裁判所はそこに不許可処分の『動機の不当性』を感じ取り、自ずと判断過程統制が厳しくなったものである」と指摘する<sup>48</sup>。

## 2、平成19年最判

(1) 判断過程審査によらずとも、「直截に目的違反・動機違反と構成すれば十分ではないか<sup>49</sup>」という橋本教授の見解に代表されるように、目的違反・動機の不正と判断過程審査とのあり方が問われたのが平成19年最判である。本判決については、調査官解説においても、「極めて不当な事情が存在する例外的な事例であることが考慮された結果であろう<sup>50</sup>」と述べられており、判決文においては明示されていないが、行政サイドの「動機の不正」が正面から扱われた事案であると言える。

とりわけ、行政サイドの「動機の不正」に関係してくるのが、本件事案については公害等調整委員会による裁決により鹿児島県知事による採石計画不認可処分が取消されていたことである。それにもかかわらず、知事より権限を委任されていた鹿児島県出水土木事務所長が関係市町村の同意がないことを理由の1つとして海岸区域占用不許可処分をしたことに対しては、「初めから本件の採石事業を阻止しようとする意図のもとに行政過程が進められたのではないかという疑い<sup>51</sup>」を生じさせ、「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」との厳しい評

---

<sup>47</sup> 桑原勇進・判例時報2011号167頁(次に述べる平成19年最判の評釈)。

<sup>48</sup> 桑原・前掲評釈168頁。

<sup>49</sup> 橋本・前掲注(4)172頁注(57)、同「公物管理における裁量」磯部力ほか『地方自治判例百選(第4版)』97頁参照。

<sup>50</sup> 内野俊文・法曹時報62巻2号615-616頁。

<sup>51</sup> 桑原・前掲注(4)168頁。

価へと繋がっている<sup>52</sup>。

(2) このように、平成18年最判、平成19年最判においては、判決文においては明示されていないものの、裁判所によって感じ取られた動機の不当性が判断過程審査を厳格化させたと指摘されている<sup>53</sup>。しかしながら、判決文を詳細に読んでいくと、判断過程審査の中において、「動機の不正」を考慮要素に入れるという裁判所の作業は、平成18年最判、平成19年最判に始まったものではない。

II 1において述べた昭和48年最判に先行する東京高判昭和48年7月13日判時710号23頁（日光太郎杉事件）において、その原型は見出されるのではないかと思われる。建設大臣（当時）の判断につき、「この判断にあたって、本件土地のもつかけがえのない文化的諸価値ないしは環境の保全という本来最も重視すべきことがらを不当、安易に評価し、その結果右保全の要請と自動車道路の整備拡充の必要性とをいかにして調和させるべきかの手段、方法の探求において、当然尽すべき考慮を尽さず、また、この判断につき、オリンピックの開催に伴う自動車交通量増加の予想という、本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れ・・・」という判断過程審査においては、考慮要素の安易な軽視とともに、土地収用に方向づけるための「動機の不正」として、過小評価・過大評価の批判がなされていると読むこともできる。

### 3、「動機の不正」は判断過程審査に組み込まれたか—平成19年最判以降

(1) 大きな流れとして、「動機の不正」は、行政過程全体からの判断というアプローチ（I、IIの昭和53年最判）から、判断過程審査における考

---

<sup>52</sup> 山本・前掲注(4)2307-308頁。山本教授は、地元同意に加えて、不合理な内容の勧告を行っていることがバイアスの論証となると指摘する。

<sup>53</sup> 桑原・前掲注(4)168頁。平成18年最判、平成19年最判については、拙稿・前掲注(4)218-219頁も参照。



慮要素に変容しているように思われる(Ⅲ1、2)。但し、昭和48年最判(Ⅱ1)は、「動機の不正」と判断過程審査を同等のレベルで(「ないしは」の関係)用いており、判断過程審査との関係を一義的に評価することは難しい。また、判断過程審査を経ずとも、端的に「動機の不正」の問題として扱えばよいとの指摘がなされている点にも着目すべきであろう(Ⅲ1、2)。そこで、平成19年最判以降の下級審判例を幾つか取り上げながら、この点を最後に検討してみたい。

平成18年最判に依拠して判断がなされているものとして、大阪市長が行った組合事務所の使用不許可処分を巡る大阪地判平成26年9月10日判時2282号43頁及びその控訴審である大阪高判平成27年6月2日判時2282号28頁を挙げることができる<sup>54</sup>。

とりわけ、平成26年大阪地判においては、「労働組合等の弱体化の意思の有無」ないし「職員の団結権等に与える影響」を要考慮要素として取り上げており、「動機の不正」が平成18年最判の定式の下で判断過程審査の考慮要素として取り扱われている。この点につき、稲葉教授は、端的に「動機の不正」の問題として扱うべきであり、「団結権等侵害意図の有無を総合考慮の際の一判断要素にとどめることは、実質的にはかえって『動機の不正』を軽視することになる」と指摘される<sup>55</sup>。稲葉教授が提起する〈判断過程審査の考慮要素になるに伴う「動機の不正」の軽視の問題〉は、前述のように、平成19年最判に関連して、橋本教授や桑原教授が指摘されているところであった。

但し、桑原教授は、1で触れたように、「動機の不正(動機の不当性)」

<sup>54</sup> 大阪市の組合事務所使用不許可の問題を、裁量と審査密度の問題として取り上げるものとして、榊原秀訓「行政裁量の審査密度」行政法研究23号11頁。なお、別事件(大阪地判平成26年9月10日判時2261号128頁及びその控訴審である大阪高判平成27年6月26日判時2278号32頁)の控訴審判決につき、Ⅱ(2)で触れた平成16年最判における「手続的事前配慮義務」を読み込む見解として、田中良弘・判例時報2305号163-164頁。

<sup>55</sup> 稲葉・前掲注(4)128-129頁。

が判断過程審査を厳しくする方向に作用させていると評価しており<sup>56</sup>、判断過程審査における考慮要素としての「動機的不正」の評価は定まってはいない。

(3) 裁量権行使の逸脱・濫用を統制するツールとしては比例原則が挙げられ<sup>57</sup>、平成18年最判、平成19年最判以降、厳格な比例原則違反に注目が集まってきた。とりわけ、公務員の懲戒処分に関する、最判平成24年1月16日判時2147号127頁は、厳格な比例原則の適用事案として注目されているところである<sup>58</sup>。

比例原則の適用領域の再検討がなされ、榊原教授は、IIで検討した昭和48年最判においても、免職処分において厳格に適用されていることを指摘している<sup>59</sup>。昭和48年最判は分限処分の事案であるが、同様の傾向が懲戒処分においても指摘され得ることは、阿部教授によって早くから指摘されていたところであった<sup>60</sup>。更に、山本教授は、判断過程審査の代表例でもある、最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁（剣道受講拒否による原級留置・退学処分）においても比例原則の適用を見出している<sup>61</sup>。

(4) では、裁量権行使の逸脱・濫用を統制するツールとして「動機的不正」はどのように機能するか。

1つの方向性としては、Iで挙げた諸判例や昭和53年最判、平成16年最判のように、「行政過程全体」を見た上での「動機的不正」という審査方式が現在も有効に作用していることである。東京地判平成25年7月19日判自386号46頁は、特定のパチンコ店の出店阻止を狙った条例制定につ

<sup>56</sup> 桑原・前掲注(4)168頁。

<sup>57</sup> 宇賀・前掲注(1)332頁、大橋・前掲注(1)213-214頁等。

<sup>58</sup> 櫻井=橋本・前掲注(2)117頁、榊原秀訓「行政裁量の『社会観念審査』の審査密度と透明性の向上」『行政法の原理と展開（室井先生追悼）』（2012年）127頁。

<sup>59</sup> 榊原・前掲論文127頁。

<sup>60</sup> 阿部・前掲注(3)210-212頁。榊原・前掲論文においても引用されている。

<sup>61</sup> 山本・前掲注(5)11-12頁。

いて「本件条例制定は、本件出店を阻止することが、その主たる目的ないし動機であったものと認めることができる」とし、損害賠償請求を認容している。平成25年東京地判は、「動機の不正」を判断過程審査における考慮要素に組み込むのではなく、「行政過程全体」の問題として捉えており、初期の判例群と軌を一にするといえよう（やや特殊な事案であるが、建築・販売阻止を目的とする営業妨害と判断されたものとして、東京高判平成17年12月19日判時1927号27頁＝「一連の行為」を「全体的に観察」して判断がなされている）。

その一方、判断過程審査における考慮要素の中に、「動機の不正」を含む判例も相次いで登場しており、(1)で挙げた平成26年大阪地判及びその控訴審である平成27年大阪高判は、その代表的な事例である。

## むすびにかえて

(1) Iにおいて挙げた初期の判例群は、昭和53年最判に代表されるように、「行政過程全体」を視野に入れた上での、「動機の不正」を論じるものであったと整理することができる。もっとも、1(3)において挙げた教員人事に関する下級審判例の流れは、昭和48年最判において、判断過程審査と「動機の不正」による裁量審査を同等のレベルで扱うという判断枠組みを提示させることとなった(II)。

以降、昭和53年最判も相俟って、「動機の不正」を巡る裁量審査は、「行政過程全体」を視野に入れた上での審査手法と、判断過程審査において「動機の不正」を考慮するという審査手法とが並行する形で用いられていると考えられる。

(2) この流れは、とりわけ平成18年最判において、判断過程審査における考慮要素の中に「動機の不正」を含むことで、方向性が定まったともいえる(III)。但し、平成18年最判及び平成19年最判における考慮要素と

しての「動機の不正」の評価は一概に定まっているわけではない(Ⅲ3)。特に注意を要するのは、「行政過程全体」を視野に入れた場合には、「動機の不正」それ自体で、裁量の逸脱・濫用が論じられていたのに対して、判断過程審査における「考慮要素」に「動機の不正」を組み込む作業は、裁量統制のツールとしての「動機の不正」をむしろ弱める方向に作用する可能性を内在していることである。

(3) このように見てくると、裁量審査は判断過程審査にほかならないという、はじめに触れた有力説に対しては次のような疑問が提起されよう。考慮要素の中に「動機の不正」を読み込む場合であれば(Ⅲにおいて触れたように、平成18年最判以降の傾向である)、確かに、「動機の不正」も考慮要素としてのみ機能していることになる。しかしながら、昭和53年最判に代表されるような、「行政過程全体」を視野に入れた「動機の不正」による裁量統制も依然として活用されている以上(Ⅲ3において触れた平成25年東京地判)、後者を考慮要素に組み込むのは難しいのではなからうか。