

## A Study on Political Discretion and Judicial Control

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2020-05-15 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/10.14945/00027485">https://doi.org/10.14945/00027485</a>

## 論 説

# 政治的裁量・政策的裁量の統制 — 民主的意思決定への裁判所の関与を巡って —

高 橋 正 人

### はじめに

(1) かつて、川神裕調査官（当時）は、裁量審査に関して以下のような危惧を示されていた。

「政策目的やそれにより得られる公共的利益等について行政庁に説明責任を課し、その具体的かつ合理的な根拠を求めるという方向性は是認することができる。しかし、一方、リスクはあっても国や地域の将来像を一定の理念の下に実現しようとする国民ないし住民意思が民主的過程を経て形成されている場合に、その具体化としての政策決定を不必要に制約することにならないか、あるいは、そのような民主的意思決定にゆだねるべき政策の当否につき裁判官がその権限を超えて立ち入って判断することにならないかという危惧もある<sup>1</sup>。」

(2) 筆者（高橋）は、この川神調査官の示した危惧につき、曖昧な形で対応しつつ判断過程審査を論じたことがある<sup>2</sup>。しかしながら、ここで示されている危惧を再考すると、ここでは、裁量一般というよりは<sup>3</sup>、政

<sup>1</sup> 川神裕「裁量処分と司法審査」判例時報1932号15-16頁。

<sup>2</sup> 拙著『行政裁量と司法審査論』（2019年）211頁以下（215頁、226-227頁）。

<sup>3</sup> 行政裁量が認められるべき根拠につき、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（2008年）362頁（行政裁量を残す必要性）、塩野宏『行政法Ⅰ（第6版）』（2015年）142-143頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第6版）』（2017年）324-326頁、大橋洋一『行政法Ⅰ（第

治的ないしは政策的な判断に関する裁量につき、裁判所が如何に審査すべきであるかという、〈非民主的な〉裁判所の立ち位置が問われているのではないかと考えられる<sup>4</sup>。

そうすると、この問題に対しては、〈民主的な〉意思決定が介在する、政治的ないし政策的裁量に関する統制のあり方を検討しなければならない。政策的裁量については、専門技術的裁量との区分が困難な側面も存在するが<sup>5</sup>、本稿ではこの問題については立ち入らないことにする。

(3) この問題は、アメリカにおいて、裁判官の政策的選好 (policy preference) の問題として、一部の論者から謙讓的な審査が求められている領域でもある<sup>6,7</sup>。本稿では、比較法的な分析は行わないが、判断過程審査において、このような問題意識が裁判官の中に形成されているか

---

4 版)』(2019年) 204-205頁、曾和俊文『行政法総論を学ぶ』(2014年) 182-190頁。稲葉馨ほか『行政法(第4版)』(2018年) 34頁においては、「判断の性質による分類」と表現されている。

<sup>4</sup> 曾和・前掲書181-182頁は、「法律が一定の場合に裁判所に対して行政機関の判断の尊重を求めているのは、三権分立原則の理論的帰着ではなく、裁判所と行政機関との合理的役割分担・・・の視点からであると考えられる」と述べる。

<sup>5</sup> 都市計画決定に関する、最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁における「政策的、技術的な見地から判断することが不可欠」、老齢加算廃止に関する、最判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁における「専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権」。櫻井敬子=橋本博之『行政法(第6版)』(2019年) 108頁は、「専門的かつ技術的な裁量」として捉えている。

<sup>6</sup> R. J. PIERCE, S. A. SHAPIRO & P. R. VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS (4th), 382, 412 (2009). ; E. GELLHORN & R. M. LEVIN, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS (5th), 116 (2006). ; S. J. CANN, ADMINISTRATIVE LAW (3rd), 157 (2001). 裁判官のイデオロギー問題につき、T. J. Miles & C. S. Sunstein, The Real World of Arbitrariness Review, 75 U. Chi. L. Rev. 761 (2008). 後者については、正木宏長『行政法と官僚制』(2013年) 204-209頁。拙著・前掲注(2)175-176頁においても簡単に言及した。

イギリスにおいても類似の問題が議論されていることにつき、榊原秀訓「法治主義の現代的課題とイギリスの『法の支配』」公法研究80号81頁、同「行政裁量と行政救済」浜川清=稲葉馨=西田幸介編『行政の構造変容と権利保護システム』(2019年) 98頁参照。

<sup>7</sup> 厳格な裁量審査として知られている hard look 審査も、裁判官の政策的選好とは関係ないとされるが、実際は、裁判官の政策的傾倒が疑われる。Miles & Sunstein, Id. at 762-763. hard look 審査については、先行業績を含め、拙著・前掲注(2)87-103頁。

検討をしていきたい。

(4) 以下では、政治的・政策的裁量の問題を扱った最高裁判例として、4つを検討の素材とすることにする。初期の事例として、広範な裁量を認めたとされる<sup>8</sup>（社会観念審査の代表例とされる）最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（以下、マククリーン最判とする）をまず取り上げる。その後、判断過程審査<sup>9</sup>がなされている事例として、注(5)にも挙げた、最判平成18年11月2日（以下、小田急最判とする）、最判平成24年2月28日（以下、高齢加算最判とする）、明確には政治的裁量に言及していないが<sup>10</sup>、最判平成28年12月20日民集70巻9号2281頁（以下、辺野古最判とする）について検討を加えることとする。

## I 政治的（政策的）裁量の社会観念審査と謙讓—マククリーン最判

### 1、政治的（政策的）裁量

(1) マククリーン最判は、明示的に政治的（政策的）裁量について述べているわけではない。以下の判旨から推測されているものである。

「法務大臣は、在留期間の更新の許否を決するにあたっては、外国人に対する出入国の管理及び在留の規制の目的である国内の治安と善良の風俗の維持、保健・衛生の確保、労働市場の安定など国益の保持の見地に立って、申請者の申請事由の当否のみならず、当該外国人の在留中の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国際情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情をしんしゃくし、時宜に応じた的確な判断をし

<sup>8</sup> 亘理格『行政行為と司法的統制』（2018年）340頁は、審査密度が希薄なものとして取り上げている。

<sup>9</sup> 最高裁判決の正確な表現としては、社会観念審査と判断過程審査の併用ということになろう。宇賀・前掲注(3)333頁、曾和・前掲注(3)207頁（実質的社会観念審査）等。

<sup>10</sup> 仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（2018年）313頁、衣斐瑞穂・法曹時報69巻8号375頁注(20)。

なければならないのであるが、このような判断は、事柄の性質上、出入国管理行政の責任を負う法務大臣の裁量に任せるのでなければとうてい適切な結果を期待することができないものと考えられる。このような点にかんがみると、出入国管理令21条3項所定の『在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由』があるかどうかの判断における法務大臣の裁量権が広汎なものとされているのは当然のことであって、所論のように上陸拒否事由又は退去強制事由に準ずる事由に該当しない限り更新申請を不許可にすることは許されないと解すべきものではない。」

(2) この判旨は、「外国人のわが国への入国・在留が憲法上当然に保障されたものではなく、国家の自由な裁量に任されていること<sup>11)</sup>」を前提に、法務大臣の「広汎な裁量」を認めているものと解される。このような裁量審査においては、裁判官の政策的選好が機能することはまずないといつてよいであろう。法務大臣による、「高度に政治的な判断」に関しては、「裁量の幅は極めて広いもの」という帰結が導かれる<sup>12)</sup>。

## 2、裁量審査の手法

(1) このように「広汎な裁量」が認められるとするならば、社会観念審査によるのが妥当ということになろう。1年前に出された神戸税関訴訟（最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁）と同様に、本判決は旧来型の審査手法として位置づけられている<sup>13)</sup>。

一方で、マククリーン最判が出された当時は、裁量論に関して一つの動きがあった。羈束裁量と自由裁量の相対化については、調査官解説においても意識されていた<sup>14)</sup>。種々の審査基準が示される中で、「政治的裁量」

<sup>11)</sup> 越山安久・法曹時報34巻1号240頁。

<sup>12)</sup> 越山・前掲論文240頁。

<sup>13)</sup> 曾和・前掲注(3)197-201頁、亘理・前掲注(8)340頁、中原茂樹『基本行政法（第3版）』（2018年）133頁等。

<sup>14)</sup> 越山・前掲注(11)248-249頁注(9)を参照。羈束裁量（法規裁量）と自由裁量（便宜

に対する「広汎な裁量」に対して、謙讓的な裁量審査が模索されたと思われる<sup>15</sup>。

(2) その一方、裁量審査については、少なくとも3つの基準が先例として示されていた。

①現在に通じる社会観念審査として、最判昭和29年7月30日民集8巻7号1463頁＝公立学校における懲戒処分に関する事例<sup>16</sup>が主流であったと考えられるが、②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、③分限処分に関する、最判昭和48年9月14日民集27巻8号925頁にも越山調査官（当時）は着目している<sup>17</sup>。

②旅券発給拒否最判における「すべての事実をしんしゃくしたうえで・・・」という審査手法は、杉村敏正によって、「外務大臣の裁量権の行使に深く立ち入って司法審査を行うべき旨を判示している」として評価されていたところである<sup>18</sup>。また、③分限処分最判においては、考慮事項及び動機の不正が考慮されている。この判決は、判断過程審査を示した先例として強調されるが<sup>19</sup>、目的違反・動機の不正と判断過程審査とが同等のレベルで（＝「もしくは」の関係で）扱われている<sup>20</sup>。

(3) マククリーン最判は、「その判断が全くの事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らか」な場合に裁量の逸脱・濫用があるとするから、「広汎な裁量」を前提に①の審査手法を採用したと考えら

裁量)の相対化について、藤田宙靖『行政法総論』(2013年)105-111頁、原田尚彦『行政法要論(全訂第7版〔補訂第2版〕)』(2012年)151-153頁。

<sup>15</sup> 越山・前掲注(1)240-241頁。

<sup>16</sup> 「現在に連なる裁量統制定式の起点」と評されることがある。橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(2009年)155頁、マククリーン最判との関係につき、仲野・前掲注(1)307-308頁。

<sup>17</sup> 越山・前掲注(1)242頁。

<sup>18</sup> 杉村敏正『統・法の支配と行政法』(1991年)85頁(初出1982年)。橋本・前掲書136頁、拙著・前掲注(2)214頁注(1)も参照。

<sup>19</sup> 橋本・前掲書136頁、高木光『法治行政論』(2018年)178頁。

<sup>20</sup> 拙稿・「裁量審査における目的違反・動機の不正について」静岡大学法政研究23巻3・4号99-101頁。

れる<sup>21</sup>。

ところで、①の審査手法については、原型を辿ると、事実認定レベルに裁量を認めるアメリカ法的な考え方であると指摘されることがある<sup>22</sup>。この点につき、白石健三調査官（当時）は、「行政庁の事実認定にいわば終局性を認めた」と述べており<sup>23</sup>、事実認定を“final”なものとするならば、非常に興味深いものである<sup>24</sup>。「全く」という文言が使われることにより、「事実誤認が、事実の評価という解釈問題と一定程度混濁したかたちで取り扱われて」いるとの指摘もあり<sup>25</sup>、「広汎な裁量」を認めるテクニカルタームとして機能していることは否定できないであろう。

現在では、アメリカにおいても、裁量権行使に関しては、事実問題（＝司法審査が及ばないとされてきたもの）と法律問題の2分論に還元できないとの指摘があり<sup>26</sup>、白石調査官がアメリカ的な事実認定論を持ち込もうとしたことには疑問を呈せざるを得ない<sup>27</sup>。また、当時のアメリカ行政法の代表的な文献によっても、「実質的証拠の原則が採用される理論的根拠」の模索に留まっていたのではないかと考えられる<sup>28</sup>。

(4) ところで、マクリーン最判が②の旅券発給拒否に関する審査手法を採用しなかったのは何故か。越山調査官によれば、「すべての事実をしん

---

<sup>21</sup> 越山・前掲注(1)244頁。山本隆司「行政裁量の判断過程審査」行政法研究14号10頁は、諸因子の考慮を挙げているが、マクリーン最判においては、山本教授が挙げる③知識・情報の集約が複雑性・困難性をもつ程度が特に関係したのではないかと思われる。

<sup>22</sup> 仲野・前掲注(1)308頁。

<sup>23</sup> 白石健三・最高裁判例解説民事篇昭和29年度120頁。

<sup>24</sup> 拙著・前掲注(2)50頁。中川文久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量」法学協会雑誌107巻5号839頁。

<sup>25</sup> 高橋滋ほか編著『条解行政事件訴訟法（第4版）』（2014年）615頁（橋本博之）。

<sup>26</sup> G. LAWSON, FEDERAL ADMINISTRATIVE LAW (7th), 724 (2016).

<sup>27</sup> 拙著・前掲注(2)7頁以下参照。ICC v. Union P. R. Co., 221 U.S. 541 (1912); ICC v. Louisville & N. R. Co., 227 U.S. 88 (1913). といった実質的証拠法則の成立過程を戦後初期の我が国の判例実務がどのように受け止めていたかは興味深いものがある。

<sup>28</sup> 鶴飼信成『行政法の歴史的展開』（1952年）254-255頁、なお、鶴飼の司法審査論については、拙著・前掲注(2)9頁以下参照。

しゃく」と述べていることで、昭和44年最判は、「裁判所の審査の範囲をかなり広く認め」たものとされている<sup>29</sup>。「旅券発給拒否事由は、元来、憲法の出国の自由（22条1項）の保障を受ける者に対する公共の福祉に基づく制約として定められたものであるから、その事由の有無の判断については、憲法上の保障を受けない外国人の入国及び在留に関する場合と異なる」というのが、審査手法が異なる根拠ということされている<sup>30</sup>。憲法論には踏み込まないが、海外渡航の自由に関しては、「従来から、踰越濫用統制型審査（－社会観念審査－高橋注）に限定されない適法性審査が行われてきた」として昭和44年最判が挙げられることもあり<sup>31</sup>、当時の判例実務において審査手法の相違について問題意識が形成されていたことは興味深い<sup>32</sup>。

### 3、再び、政治的（政策的）裁量

(1) このように、「高度に政治的な判断を要求される場合」に、「裁量の幅は極めて広い」ということは、広範な裁量を認めるに当たっての他の定式も示している。マクリーン最判によれば、「裁判所は・・・その判断の基礎とされた重要な事実と誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理」するとする<sup>33</sup>。

<sup>29</sup> 越山・前掲注(1)249頁注(3)参照。

<sup>30</sup> 越山・前掲解説249－250頁注(3)参照。

<sup>31</sup> 亘理・前掲注(8)343頁。

<sup>32</sup> 但し、昭和44年最判が現在においてどのような位置づけになるかは明確ではない。谷口豊「裁量行為の審査手法」藤山雅行＝村田斉志『行政争訟（改訂版）』（2012年）314－315頁は、マクリーン最判、③の分限処分最判とともに、伊方原発最判（最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）を審査の枠組みの例として挙げている。拙著・前掲注(2)227－228頁も参照。

<sup>33</sup> 深澤龍一郎「行政訴訟における裁量権の審査」岡田正則ほか編『行政手続と行政救済』（2015年）162－163頁は、マクリーン最判が「『全く事実の基礎を欠く』原因

(2) 昭和29年最判においても用いられた、「全く」という文言は、「単純な事実誤認よりハードルを高めている」とされるが<sup>34</sup>、山本教授は、小田急最判にて用いられる「重要な」の語においても、結論を左右する可能性がない場合は、処分の違法事由とはならないと指摘する<sup>35</sup>。その一方、橋本教授は、「裁量処分の根拠法令の解釈上何が『重要な事実』か積極的に審査・判断することを通して、審査密度を高める手掛かりが与えられたもの」であると示唆する<sup>36</sup>。

難解な問題であるが、〈高度な政治的判断〉に対する最大限の謙譲を裁判所が示唆しているのであれば、「全く」という文言に意味を持たせるべきであろう。与えられた謙譲の分、〈裁量権の幅が広がる〉ことで、〈裁量審査は抑制される〉という図式になるのではなかろうか。残された問題として、「全く」という文言がそれ以前にも社会観念審査において用いられていること（昭和29年最判）、社会観念審査における内容と論拠の明確性の問題あるが<sup>37</sup>、本稿では省略する。

## II 政策的裁量と社会観念審査・判断過程審査の結合—小田急最判<sup>38</sup>

### 1、小田急最判における「政策的裁量」

(1) 小田急最判における「政策的裁量」とは、判旨に即せば、「政策的、

---

と『社会通念に照らし著しく妥当性を欠く』原因を例示していること」に着目する。同『裁量統制の法理と展開』（2013年）356-357頁も参照。

<sup>34</sup> 高橋ほか・前掲注(2)615頁（橋本博之）。

<sup>35</sup> 山本隆司『判例から探求する行政法』（2012年）234頁。なお、高橋ほか・前掲書615頁において橋本教授によって紹介されている。

<sup>36</sup> 高橋ほか・前掲書615-616頁（橋本博之）。

<sup>37</sup> 深澤・前掲注(3)「行政訴訟」163頁。

<sup>38</sup> 小田急最判が、従来型の社会観念審査と判断過程審査との「併用」であることについては、山本・前掲注(2)2頁参照。亙理・前掲注(8)341頁は、このような審査方式が小田急最判を通して、判例上定式化されたとする。学説における社会観念審査と判断過程審査（特に最高裁）の評価については、拙著・前掲注(2)211頁以下参照。

技術的見地から」の「広範な裁量」ということになる。小田急最判においては、「政策的」と「技術的」を併用して用いているが、いわゆる「専門技術的裁量」については、伊方原発訴訟（最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）における高橋利文調査官において次のように述べられていたところであった。

「『専門技術的裁量』は、処分の発動又は処分の選択に関する広汎な裁量（効果裁量）が認められることが多い政治的、政策的な判断をすべき事項に関する裁量（政策的裁量）とは、その根拠、内容、裁量が認められる範囲を異にするものである。」

高橋調査官が原子炉設置許可処分以外の「専門技術的裁量」に関する最高裁判例として取り上げているのは、温泉掘削許可に関する最判昭和33年7月1日民集12巻11号1612頁と、厚生大臣（当時）による保護基準設定行為に関する最判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁であり、IIIにおいて検討する老齢加算最判との関係でも検討を要するものである。(2) 注(3)において触れたように、現在では〈行政裁量が認められるべき根拠〉が論じられるが、行政裁量を巡る学説史を遡ると、自由裁量と羈束裁量の問題（裁量の審査密度の問題）及び要件裁量と効果裁量の問題（裁量の所在の問題）に終始してきた感がある<sup>39</sup>。

<sup>39</sup> 基本書・体系書として、美濃部達吉『日本行政法上巻』（1936年）167-171頁、田中二郎『行政法総論』（1957年）281-295頁、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）125頁以下、柳瀬良幹『行政法教科書（再訂版）』（1971年）96-104頁等。杉村敏正『全訂行政法講義総論（上巻）』（1969年）194頁に、「政治的・技術的裁量」の語が見られるが、判例に言及するものにしぎない。杉村敏正「自由裁量論の検討」同『法の支配と行政法』（1970年）203頁も参照。以上を含めた学説の動向につき、宮田三郎「要件裁量と効果裁量」成田頼明編『行政法の争点（新版）』（1990年）72-73頁。

尤も、田中は、便宜裁量につき「法が行政府の政治的・技術的裁量に委ねている場合」と早くから述べているが、統治行為論との区別が明確ではない。田中二郎「行政争訟の法理」同『行政争訟の法理』（1954年）32-33頁（初出1951年）。同33頁注(2)において、田中の見解を含めた「自由裁量」に関する先行業績が整理されている。美濃部・前掲書930-940頁も参照。

この問題については、判例主導型のものであり、田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』において簡単な言及がなされ<sup>40</sup>、園部逸夫や宮田三郎によって「専門技術性」が論じられたのが、最初のものである<sup>41</sup>。そうすると、「政策的裁量」については、近年の文献と判例がヒントになる。曾和教授が次のように述べられていることが注目される。

「・・・都市計画の決定は、関係地域住民の意見を集約しながら、専門家が加わる都市計画審議会の議を経て決定される。ここには関係者による当事者自治と専門家の判断を尊重することで都市計画決定の合理性を担保しようとする立法者意思が示されており、それが都市計画裁量の根拠である<sup>42</sup>。」<sup>43</sup>

## 2、「広範な計画裁量」への“謙讓”

(1) 小田急最判における「政策的裁量」に関して、もう一つ検討しなければならないのは、都市計画をはじめとする行政計画に認められるとされる「広範な計画裁量」である<sup>44</sup>。

---

<sup>40</sup> 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（1974年）119頁において、判例を参照しながら、「専門技術的裁量」「政治的裁量」「技術的裁量」について触れられている。

<sup>41</sup> 宮田三郎「行政裁量」雄川一郎ほか編『現代行政法体系2（行政過程）』（1984年）57頁。園部逸夫『現代行政と行政訴訟』（1987年）89頁（初出1985年）は、「行政庁の裁量処分は、政治的裁量と専門的裁量に分けることができる」とする。園部の裁量論については、正木・前掲注(6)237-238頁も参照。その後の議論として、原田尚彦『行政判例の役割』（1991年）160頁以下（初出1984年）。

<sup>42</sup> 曾和・前掲注(3)190頁。曾和教授が言及されているのは、都市計画法16条ないし18条の規定に関わるものであるが、都市計画基準に関する同法13条に関しても同様のことがいえようか。大橋・前掲注(3)158-159頁、最判平成11年11月25日判時1698号66頁参照。

<sup>43</sup> 大橋洋一教授が次のように述べていることも注目されよう。「都市計画は、諸利益を衡量し、相互の調整を図ったうえで、計画主体の政策構想を示すものである。・・・立法者は計画策定機関の政策的・専門的判断を尊重する意図で、行政機関に判断の自由を認めた。」大橋・前掲書152頁における「計画裁量」の説明。

<sup>44</sup> 森英明・法曹時報60巻10号221頁。同229-230頁における注(8)においても学説における計画裁量の議論の状況について言及がなされている。

計画裁量については、その広範性が認められつつも、近年ドイツの計画裁量論の無批判な導入に疑問が提起されているところである<sup>45</sup>。

「広範な裁量にゆだねられている」とする本判決は、学説の多数説に従い、「広範な計画裁量」が認められることを前提に司法判断を行っているものと解される<sup>46</sup>。

(2) 小田急最判は、注(38)においても言及したように、社会観念審査と判断過程審査を併用したものとして捉えられているが、この点も審査のあり方につき学説の評価は分かれている<sup>47</sup>。小田急最判が示した裁量審査の定式は以下の通りである。

「・・・その基礎とされた重要な事実には誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる・・・」

以下、小田急最判は、環境への影響に対する考慮、計画的条件・地形的条件・事業的条件に対する考慮について検討を加え、結論として、裁

<sup>45</sup> 藤田・前掲注④4335-336頁、高橋滋『行政法（第2版）』（2018年）158-159頁、同「法曹実務のための行政法入門①」判例時報2355号129頁。計画裁量については、西谷剛『実定行政計画法』（2003年）44-51頁。西谷・前掲書51頁は一般の行政裁量との連続性を指摘する。

<sup>46</sup> 森・前掲注④4221頁。なお、都市計画に関しては、近時イギリスからの示唆を得ようとする試みが目立つ。計画許可制度における計画枠組策定手続やその策定主体に着目した、和泉田保一「都市計画法における広域計画団体と狭義計画団体の役割分担の変容」榊原秀訓編著『行政サービス提供主体の多様化と行政法』（2012年）205頁以下、「空間計画化」に焦点を当てた、洞澤秀雄「都市計画における地方の裁量の変容」同235頁以下、イギリス都市計画法制の「重要な鍵概念」としての「関連考慮事項」から裁量統制を検討するものとして、山本寛英「都市法分野における『関連考慮事項』を通じた実質的裁量統制」榊原秀訓編著『行政法システムの構造転換』（2015年）252頁以下、また参加という観点からのアプローチとして、和泉田保一「都市法における市民参加手続と『行政的正義』」同274頁以下がある。

<sup>47</sup> さしあたり、拙著・前掲注(2)220頁及びそこに挙げた文献を参照。

量権の逸脱・濫用を否定した<sup>48</sup>。

前述のように、この裁量審査について、学説の一部からは審査手法の粗さが指摘されるほか<sup>49</sup>、判断過程審査を示すような部分はまたレトリックにとどまっているとの批判がなされている<sup>50</sup>。小田急最判に対するこの批判は、第1審判決である東京地判平成13年10月3日判時1764号3頁と対比すると明らかになる。第1審判決の検討は別の機会に行ったことがあるが<sup>51</sup>、第2審判決（東京高判平成15年12月18日訟月50巻8号2332頁）及び小田急最判が裁量の範囲内と断じていることに裁判所の“謙讓”を見出すならば、第1審判決が判断代置審査になっていたのではないかという懸念がその背景にあるのではなかろうか<sup>52</sup>。

(3) 「実体的に相当程度踏み込んだ審査」と調査官解説において述べられている第1審判決は<sup>53</sup>、学説からは概ね肯定的に評価されたのではないかと考える<sup>54</sup>。一方で実務サイドからは判断代置審査であるとの否定的評価がなされていたとされるほか<sup>55</sup>、学説からも「実質的に判断代置方

---

<sup>48</sup> 見上崇洋「土地利用計画の裁量統制について」『行政法の原理と展開（室井先生追悼）』（2012年）149頁以下は、「都市計画に関する裁量統制の定式化がなされた」として、本判決の考慮事項や判断代置等につき検討を加えている。村上裕章『行政訴訟の解釈理論』（2019年）258頁以下では、騒音の考慮、代替案の考慮、事業費の算定について検討を加えている。

<sup>49</sup> 山本・前掲注35262頁。榎原秀訓「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）126頁は、小田急最判につき「『それなりに』考慮比重審査が行われたという評価にとどまっている」と述べている。

<sup>50</sup> 高木光『行政法』（2015年）494頁、同・前掲注19220頁参照。

<sup>51</sup> 拙著・前掲注2190-191頁。

<sup>52</sup> 尤も、控訴審判決及び小田急最判に関しては、第1審判決ほどではないにせよ「ある程度の実質的考慮要素審査を行っている」とする見解もある。村上・前掲注48255頁。

<sup>53</sup> 森・前掲注44223頁。

<sup>54</sup> 肯定的評価を示すものとして、阿部泰隆「小田急高架化訴訟事業認可取消訴訟」淡路剛久ほか『環境判例百選』89頁、久保茂樹「都市計画事業と行政訴訟」ジュリスト1222号177頁。

<sup>55</sup> 森・前掲注44223頁及び231頁注23参照。

式の採用といってもよい」との見解が示されていたところである<sup>56</sup>。

このように見てくると、「政策的裁量」の語は、Ⅲにおいて検討する老齡加算最判とは若干ニュアンスの異なったものとして捉えることも可能であろう<sup>57</sup>。即ち、訴訟実務において、審査密度を著しく深めること（もしくは多方面の考慮要素を司法という場で優劣をつけること）が裁量審査の公式を外れるのではないかとの危惧が形成された可能性がある。

事実、小田急最判と前後して、実務家の論説においてはそのような危惧が示されており、谷口裁判官は、第1審判決と小田急最判を比較しつつ、「裁判所が特定の考慮要素を重視して考慮要素間の序列付けを行うことにはなお慎重な態度を示しているということが出来る」と述べている<sup>58</sup>。

### 3、「調査義務」という糸口

(1) 小田急最判については、同じ年の9月に出された林試の森最高裁判決（最判平成18年9月4日判時1948号26頁）において、公有地が考慮要素として指摘されたこととの比較検討の問題も残るが、実務家において注目を集めていると思われるのは、調査義務とも関連する東京高判平成17年10月20日である<sup>59</sup>。

都市計画法6条に基づく基礎調査及び都市計画との関係につき、平成17年東京高判は、「都市計画に関する基礎調査の結果が客観性、実証性を欠くために土地利用、交通等の現状の認識及び将来の見通しが合理性を

<sup>56</sup> 大浜啓吉「小田急線高架訴訟と行政裁量」法学教室257号56頁。

<sup>57</sup> 本判決について、「比較検討は、財政的支出の大小のみであり、社会的便益としての鉄道事業者受益分等も算入した総合的費用便益分析ではない」と述べる、角松生史・平成19年度重要判例解説39頁は、財政的な裁量に重点を置いているように読める。

<sup>58</sup> 谷口・前掲注32317頁。同じような危惧は川神調査官によっても示されているところである。川神・前掲注(1)15頁。

<sup>59</sup> 川神・前掲注(1)16頁、谷口・前掲68317-318頁。谷口裁判官は、「都市計画の前提となる事実の存否及びそれが『重要な事実』かどうかを積極的に審査したものと評することができる」と述べる。

欠くにもかかわらず、そのような不合理な現状の認識及び将来の見通しに依拠して都市計画が決定されたと認められるとき、客観的、実証的な基礎調査の結果に基づいて土地利用、交通等につき現状が正しく認識され、将来が的確に見通されたが、都市計画を決定するについて現状の正しい認識及び将来の的確な見通しを全く考慮しなかったと認められるとき又はこれらを一応考慮したと認められるものこれらと都市計画の内容とが著しく乖離していると評価することができるときなど法第6条第1項が定める基礎調査の結果が勘案されることなく都市計画が決定された場合は、客観的、実証的な基礎調査の結果に基づいて土地利用、交通等につき現状が正しく認識され、将来が的確に見通されることなく都市計画が決定されたと認められるから、当該都市計画の変更は都市計画法第13条第1項第14号、第6号の趣旨に違反して違法となると解するのが相当である」としている。

(2) 本判決の評釈等においては、「調査義務」という語は用いられていないものの、「基礎調査」に対しての分析はなされている。小幡教授は、前述の林試の森最高裁判決について、「考慮要素が的確に考慮されているかどうかについての合理性の審査として、都市計画の場面でも、相当程度に密度の濃い審査手法を示した」と評価する一方、本判決について「裁量統制の手法としては、・・・基礎調査の客観性、実証性が欠如していることを問題にしていることから、裁量判断を行う前提事実についての事実誤認を理由としているとみることもできよう」と述べている<sup>60</sup>。

この指摘を前提とすると、「調査義務」については、なお検討の余地がある（「調査義務」については注(69)も参照）。福田裁判官も、「本判決は、前提事実の誤認（将来予測<sup>61</sup>等の不合理性）を理由として都市計画変更

---

<sup>60</sup> 小幡純子・判例時報1940号179-180頁、同旨の見解として、下山憲治・法学セミナー618号114頁がある。

<sup>61</sup> より広義のリスク予測について、政策問題（policy issue）として分析するものと

決定を違法とした点に特徴がある<sup>62</sup>」と述べており、裁量審査のツールとしての「調査義務論」を展開するに当たっては、従来からの裁量審査のツールである「事実誤認」との関係をもう一度整理する必要がある。

### Ⅲ 政策的裁量の判断過程審査と財政的事情—老齡加算最判

#### 1、老齡加算最判と「政策的裁量」

(1) 「専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権」の統制のあり方を示したのが、老齡加算最判である。老齡加算最判については、既に検討した論点もあるが<sup>63</sup>、本稿においては、「政策的裁量」と裁量審査のあり方という観点から検討を加えたい。老齡加算に関しては、平成24年2月と4月（最判平成24日4月2日民集66巻6号2367頁）の2つの最高裁判例があるが、とりわけ注目を集めたのは、4月最判の原審である福岡高判平成22年6月14日判時2085号であった<sup>64</sup>。

老齡加算最判が、原審と同じく判断過程審査を行いながらも、その結論が異なっていることにつき、小田急最判と類似して広範な裁量が認められる行政立法（行政基準）に対する裁判官の謙讓というものが考えられる<sup>65</sup>。このことは、判断過程審査（岡田調査官は「論証過程の統制に

---

して、PIERCE et al., supra note6, at 392–397. この場合、政策決定に関わる行政機関が、政策問題を解決するに当たり裁判所よりも適しているという結論が導き出されているが（Id. at 394–395.）、思考的には法解釈にあたり、行政機関がより適切であるとした、Chevron v. NRDC, 467 U.S. 837, 865. の考え方に近い。

<sup>62</sup> 福田千恵子・判例タイムズ1245号271頁。

<sup>63</sup> 拙著・前掲注(2)179頁以下参照。

<sup>64</sup> 老齡加算最判については、下級審判決も含め、豊島明子「行政立法の裁量統制手法の展開」法律時報85巻2号、同「老齡加算訴訟」公法研究77号130頁以下、前田雅子「保護基準の設定に関する裁量と判断過程」『行政法理論の探究（芝池先生古希）』（2016年）311頁以下、村上・前掲注(4)262頁以下等が詳しい。

<sup>65</sup> 例えば、高木・前掲注(5)205頁は、「計画裁量」と「行政立法における裁量」の類似性を指摘する。その一方で、行政立法（行政基準）における裁量審査は、法律による委任の範囲を逸脱しているかという観点から積極的に行われていることも事実である。藤田・前掲注(4)298–299頁参照。

よる審査」と述べている）に対する次のような言及からも窺い知ることができる。

「もっとも、上記のような審査方法については、考慮すべき要素と考慮されてはならない要素の位置づけが判定者の価値判断に左右される部分が多い場合には、司法判断の基準としては困難や問題を生ずることが多いとされている点に留意する必要がある・・・<sup>66</sup>」

(2) 岡田調査官解説からすると、少なくとも調査官レベルにおいては判断過程審査に関する類型化というものまで意識されていたことがわかる。即ち、考慮事項に着目する審査方式（＝代表例として、最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁及び小田急最判が挙げられている）と第三者機関等における判断過程の過誤・欠落を問う審査方式（＝代表例として、最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁が挙げられている）の存在である<sup>67</sup>。このような先例の認識にもかかわらず、上記のような懸念が示されているのは、II 2(3)において言及した小田急最判の第1審の評価が定まっていないないしは批判的に受け止められていたことが想定される<sup>68</sup>。

しかしながら、小田急最判と老齢加算最判における「政策的裁量」は全く同義に解することはできないというのが私見である。老齢加算最判においては、小田急最判第1審への評価の危惧よりも、老齢加算廃止の根拠となった統計資料の取扱いという問題がある<sup>69</sup>。また、「厚生労働大臣は、老齢加算の支給を受けていない者との公平や国の財政事情といっ

---

<sup>66</sup> 岡田幸人・法曹時報65巻9号246頁。

<sup>67</sup> 岡田・前掲解説243頁、257頁注(1)参照。この岡田調査官の類型化については、拙著・前掲注(2)182-184頁にて検討したところである。

<sup>68</sup> 岡田・前掲解説257頁注(2)において小田急最判第1審への言及がある。

<sup>69</sup> 前田・前掲注(6)329-336頁の分析が詳細である。この問題も、行政活動（行政計画や行政立法を含む）に対する調査義務として論じることができよう。裁量統制としての調査義務について、曾和俊文「行政調査論再考」『行政調査論』（2019年）238頁以下（初出1988年）。調査義務を現代型一般原則に位置づけるものとして、大橋・前掲注(3)54頁。

た見地に基づく加算の廃止の必要性を踏まえつつ、被保護者のこのような期待的利益についても可及的に配慮するため、その廃止の具体的な方法等について、激変緩和措置の要否なども含め、上記のような専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権を有している」ことを前提に、「厚生労働大臣の判断は、専門委員会のこのような検討等を経た・・・意見に沿って行われたものであり、その判断の過程及び手続に過誤・欠落があると解すべき事情」がないと老齢加算最判は断じているところからすれば、「財政的事情」というまさに国の政策問題が関わってくる。であるとすれば、ミクロからマクロに至る政策の問題に対する司法審査手法が老齢加算最判では問われたのではないかと考えられる。

## 2、「政策的裁量」に対する司法審査密度

(1) 老齢加算最判については、2月判決及び4月判決において判断過程審査がなされているが、小田急最判のように考慮事項に着目したのではなく、伊方原発最判（最判平成4年4月29日民集46巻7号1174頁）及び教科書検定最判（最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁）と同様に判断過程の合理性ないし判断過程における過誤・欠落の観点から審査が行われている<sup>70</sup>。但し、伊方原発最判及び教科書検定最判が諮問機関における判断過程が問題になったのに対して、老齢加算最判は厚生労働大臣の判断過程が問題になっている等、幾つかの相違点は存在する<sup>71</sup>。

(2) 老齢加算最判については、その審査手法につき、肯定的な見解と否定的な見解とに分かれており、学説の評価は定まっていないといえる。

山本教授は、『健康で文化的な最低限度の生活』・・・に必要な費用を個々に積み上げて計算する絶対的アプローチを採ると、生活扶助基準が

<sup>70</sup> 拙著・前掲注(2)179-180頁。詳しくは、村上・前掲(4)236-237頁、270-272頁。

<sup>71</sup> 村上・前掲書271-272頁。専門委員会への諮問が法令の明確な根拠に基づくものではないことを指摘する。

（現行の水準より）低額に算定される可能性が高く、生活実態および具体的な需要については、大まかな確認以上の詳細な考慮・検討を行政庁に義務付けることまではできないように思われる」と述べており、政策的な観点から肯定的な評価をしているようにも読める<sup>72</sup>。4月最判の常岡教授の評釈においても、「社会経済情勢の変化や我が国の財政状態などの背景事情を考慮に入れて審査しようとするには控えめである」ことにつき、「審査対象や審査範囲を限定したことは必ずしも不当であるとは解されない」との見解が示されている<sup>73</sup>。

判決文における文言の使い方に着目し、伊方原発訴訟との違いを指摘して、判断過程審査の厳格化を指摘する見解も存在する<sup>74</sup>。

一方で豊島教授は、「保護基準改定に係る裁量に対し判断過程審査を用いる際には、特定の考慮要素の抽出によるのではなく、むしろ多様な考慮要素が均衡のとれた形で考慮されたか否かを問う形での『実質的考慮事項審査』の手法を採用するのが適切ではなかったかと思われる」として、4月最判に対して批判的な見解を示している<sup>75</sup>。行政立法（行政基準）において初めて判断過程審査がなされた老齢加算最判については、「生活保護基準のように委任の範囲が広い場合には裁量統制という形での

---

<sup>72</sup> 山本・前掲注②17頁。

<sup>73</sup> 常岡孝好・民商法雑誌148巻2号177頁。

<sup>74</sup> 常岡・前掲評釈174-175頁、村上・前掲注④272頁。

<sup>75</sup> 豊島・前掲注⑥4「行政立法」34頁。また、豊島・前掲注⑥4「老齢加算訴訟」136頁は、「老齢加算両最判は、堀木訴訟を用いて、保護基準定立裁量を専門的かつ政策的裁量と捉えたが、このとき、審査対象とする判断過程をいかなる範囲の過程と捉えるかが審査密度の肯定を左右する1つの分岐点となったと思われる」と述べる。前田・前掲注⑥4337頁も、「考慮ないし判断の基礎とされた統計等の客観的数値の算出、統計資料の作成の方法及び手順、統計データの信頼性を確保する条件について、行政側の説明責任が問われるべきであった」とし、「最高裁の審査が緩やかなものにとどまった」と指摘する。また、前田雅子「社会保障における行政法の課題」行政法研究20号197頁は、「保護基準の設定が、高度な専門技術的考察とそれに基づいた政策的判断が交錯する複雑な構造をもった判断過程をたどるがゆえに、その可視化が要請されることはもちろん、多様な観点からの考慮要素を判断過程の上に枠付けの必要がある」とする。

委任立法統制は一つの手法ということが出来るが、本件においては、判断過程の統制といっても形式的審査に限定しているので・・・、結局のところは、行政権の判断の追認にとどまるとの批判をまぬかれないように思われる」とする塩野教授の指摘もある<sup>76</sup>。

(3) 4月最判の岡田調査官解説は、平成22年福岡高判について次のような問題点を指摘する。

「原判決による審査方法は、行政庁側による論証過程の追試的な検証という態様からは大きく外れ、多種多様な相対立する利益の中から法の裏付けのないまま老齢加算の廃止に代わる代替措置の導入という被保護者の利益となる事項を優先的価値を有するものとして自ら選び出した上、これを専門委員会において現実に集約された意見を超えて一般的に重視したものであって、論証過程の統制による審査の方法として、適切さを欠いていたものといわざるを得ないのではないかと考えられる<sup>77</sup>。」

この指摘は、前述の豊島教授の批判的見解と対をなすものとして興味深い。しかしながら、老齢加算最判が抑制的な判断過程統制を採用したと考えるならば、考慮要素以外のものにも着目する必要がある。ここにおいて注目されるのが、老齢加算最判が、「政策的裁量」を論じるに当たり、いわゆる堀木訴訟（最判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）を引用していることである。

(4) 障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止について、立法裁量が問われた堀木訴訟においては、「国の財政事情を無視することができず、また、多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである」とし、「立法府の広い裁量」

<sup>76</sup> 塩野宏『行政法I（第6版）』（2015年）109頁。

<sup>77</sup> 岡田幸夫・法曹時報65巻10号229-230頁。なお、拙著・前掲注(2)188-189頁において、原審である平成22年福岡高判と4月最判の相違について簡単に検討したところである。

権が認められている<sup>78</sup>。本判決における園部調査官解説は、社会保障立法に関する先行研究（とりわけアメリカ）についても詳細に検討しているが、憲法25条による立法裁量審査の余地を限定している<sup>79</sup>。

老齢加算最判においては、堀木訴訟とは異なり、判断過程審査が行われていることについては、論者に異論のないものと思われる。議論が分かれているのは、審査密度や考慮事項であるが、(3)において引用した岡田調査官解説が、1(2)において触れた、ミクロからマクロに至る政策の問題を意識したのであれば、政策の「追認」という批判はまぬがれないのではあるまいか。

### 3、「政策的裁量」の司法審査のゆくすえ

(1) II、IIIでのこれまでの検討からすると、裁判所は、「政策的裁量」に対して、「政治的裁量」とはやや異なった形で、行政判断に“謙譲”を示しているといえる。但し、これに関しては、2点留意しておく必要があらう。

小田急最判と老齢加算最判はいずれも、判断過程審査が最高裁において根付いた後の事案であり、老齢加算最判に関しては、同じく生活保護基準について（傍論ではあるが）言及した朝日訴訟最判（最判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁）<sup>80</sup>におけるフレーズとの変化に注意しておく必要がある。朝日訴訟最判で示された、「何が健康的で文化的な最低限度の生活であるかの設定判断は、いちおう、厚生大臣の合目的的な裁量に委されており、その判断は、当不当の問題として政府の政治責任が問

---

<sup>78</sup> 本判決の憲法上の論点については、尾形健「障害福祉年金と児童扶養手当との併給禁止－堀木訴訟」『憲法判例百選II（第7版）』288－289頁及びそこに挙げられている参考文献を参照。

<sup>79</sup> 園部逸夫・法曹時報35巻6号119－122頁、136－137頁。

<sup>80</sup> 本判決については、内藤光博「生存権の性格－朝日訴訟」『憲法判例百選II（第7版）』286－287頁及びそこに挙げられている参考文献を参照。

われることがあっても、直ちに違法の問題を生ずることはない」との言及においては、「政策的裁量」と「政治的裁量」の明確な区分はなされていないように思われる。

(2) この点で注目されるのが、厚木基地第4次訴訟における控訴審判決（東京高判平成27年7月30日判時2277号13頁）と最高裁判決（最判平成28年12月8日民集70巻8号1833頁）<sup>81</sup>における裁量審査の相違である。控訴審判決においては、「防衛大臣に広範な裁量」を認めつつ、「極めて高度な政治的、専門的及び技術的な判断に基づく処分であることからすると、その基礎とされた重要な事実と誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り」、裁量権の逸脱・濫用が認められるとする判断過程審査（＋社会観念審査）の定式（小田急最判の定式である<sup>82</sup>）を基礎としている。

これに対して、最高裁判決においては、「高度の政策的、専門技術的な判断を要する」ことから「防衛大臣の広範な裁量に委ねられ」としつつ、裁量審査については、「それが社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められるかという観点から審査を行うのが相当であり、その検討に当たっては、当該飛行場において継続してきた自衛隊機の運航やそれによる騒音被害等に係る事実関係を踏まえた上で、当該飛行場における自衛隊機の運航の目的等に照らした公共性や公益性の有無及び程度、上記の自衛隊機の運航による騒音により周辺住民に生ずる被害の性質及び程度、当該被害を軽減するための措置の有無や内容等を総合考慮すべきもの」としている。

<sup>81</sup> 最高裁判決の諸論点につき、西田幸介「法定抗告訴訟と無名抗告訴訟の選択基準」同編『行政課題の変容と権利救済』（2019年）40頁以下参照。

<sup>82</sup> 村上・前掲注(48)210頁、興津征雄・法学協会雑誌135巻8号269頁注(90)参照。

従って、最高裁判決は、これまでと異なり、「高度の政策的、専門技術的判断」については判断過程審査とは決別している<sup>83</sup>。厚木基地第4次訴訟における「高度の政策的、専門技術的判断」は、自衛隊法の諸規定から導かれるものであり、そこにまた裁量の「広範」性が認められる<sup>84</sup>。その上で、これまでの裁量審査の公式からは外れ、「公共性」「公益性」の中に裁量論を解消させている<sup>85</sup>。また、民事訴訟アナロジーが指摘されるのも本最高裁判決の特徴と言えよう（第1審においても当てはまる＝判時2277号68頁以下の判断枠組み）<sup>86</sup>。最終的な落としどころとして、「総合考慮」を持ち出した最高裁判決は、実際のところ「政治的裁量」の審査手法を提示しようとしたのかもしれない<sup>87</sup>。

---

<sup>83</sup> 村上・前掲注(48)210頁、興津・前掲注(82)256頁。興津教授は、控訴審判決が「より“抗告訴訟的”な本案審理を志向」したと述べる。西田・前掲注(81)61-62頁も、「第1審判決と最高裁判決が実質的には人格権侵害の有無を判断する方法を採用しているのに対し、控訴審判決は、通常の処分の場合と異ならない裁量権の逸脱濫用の審査を行う立場をとっている」と指摘する。

<sup>84</sup> 楠松晴子・法曹時報70巻12号240頁。同249-250頁注(6)においては、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頁やIにおいて検討したマククリーン事件が挙げられている。

<sup>85</sup> 須藤陽子「航空基地の共用差止め」『行政判例百選Ⅱ（第7版）』313頁、興津・前掲注(81)258頁。

<sup>86</sup> 村上・前掲注(48)210-212頁、興津・前掲注(82)135-136頁。北見宏介・速報判例解説21号53頁、島村健・同277頁等参照。これについては、調査官解説においても指摘されており、損害賠償と民事差止との違法性の相違に言及した、最判平成7年7月7日民集49巻7号2599頁に言及がなされている。楠松・前掲注(84)242頁、250頁注(9)参照。

<sup>87</sup> 仲野武志・行政法研究26号190頁は、「各考慮事項のうちいずれが優越的に考慮されるべきかを特定しなかった点では」、マククリーン最判と「揆を一にしている」とする。岡田正則「厚木基地訴訟・辺野古訴訟最高裁判決からみた司法制度の現状」法と民主主義516号39頁は、「総合考慮」につき、「本判決の工夫」とし、「司法審査のブラックボックス化」を指摘する。同「行政訴訟の審理と裁判官の責任」判例時報2351号127頁も参照。同様の指摘として、榊原・前掲注(6)「法治主義」82頁。

## IV 政治的裁量における複線的裁量論—辺野古最判<sup>88</sup>

### 1、第1審判決における公有水面埋立法4条1号・2号の審査論

(1) 辺野古最判に関しては、審理の対象（最高裁は、前知事がした埋立承認を対象とする）や不当概念についても大きな争点となっているが、本稿では、職権取消しにおける裁量審査に焦点を絞ることとする（公有水面埋立法4条1号、2号該当性の判断—以下、1号該当性、2号該当性とする）<sup>89</sup>。

第1審判決である、福岡高裁那覇支判平成28年9月16日（判時2317号42頁）は、1号該当性つき、次のように述べている。

「第1号要件の判断は・・・様々な一般公益の取捨選択あるいは軽重の判断は高度の政策的判断に属するとともに、専門技術的な判断も含まれるから承認権者である都道府県知事には広範な裁量が認められるものと解される。そして、このような行政庁の広範な裁量に委ねられている判断の適否を裁判所が審査するに当たっては、当該判断が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事実を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を超え又はこれ

<sup>88</sup> 本判決に至る過程では多くの論点が提起されたが、紙野健二＝本多滝夫『辺野古訴訟と法治主義』（2016年）所収の諸論文が詳しい。

<sup>89</sup> 裁量権の問題に関して、亙理格「埋立免許・承認における裁量権行使の方向性」紙野＝本多・前掲書137頁以下、職権取消しに関して、榊原秀訓「埋立承認の職権取消処分と裁量審査」同書165頁以下、岡田正則「埋立承認の職権取消処分と取消権制限の法理」同書187頁以下。人見剛「辺野古争訟の経緯と諸判決に関する一考察」Law & Practice11号1頁以下、不当論に関して、稲葉馨「辺野古訴訟最判における『不当』論・考」『行政手続・行政救済法の展開（西埜・中川・海老澤先生古希）』（2019年）5頁以下参照。

を濫用したものとして違法となるものと解するのが相当である・・・」  
(2) この判示は、判決文にも記載されているように、小田急最判において提示された裁量審査である（Ⅱ2(2)参照）。しかしながら、〈知事の審査権は国防・外交に係る事項に及ぶか〉という問題設定を受けたものであり、「国の説明する国防・外交上の必要性について、具体的な点において不合理であると認められない限りは、そのような必要性があることを前提として判断すべき」の前提に立った上での裁量審査であるため、極めて謙讓的な判断がなされている<sup>90</sup>。一見すると、(社会観念審査+)判断過程審査の公式に則っているが、「国防・外交」という〈政治的裁量〉を前提にした謙讓的な裁量審査といえよう。

ところで、1号要件該当性については、軈の浦訴訟（広島地判平成21年10月1日判時2060号3頁）<sup>91</sup>が、「羈束裁量行為」と述べつつも、「広島県知事に対し、政策的な判断からの裁量権を付与している」と述べていたところである。この判断枠組みについては、土地収用法の事業認定における行政庁の裁量権の範囲と公有水面埋立法の埋立免許における裁量権の範囲を同一と捉えたとの指摘がなされていた<sup>92</sup>。その上で、被告広島県側が主張した小田急最判の判断枠組み（社会観念審査+判断過程審査）を1号要件該当性に「転用」すべきとの見解が示唆されていたところであるが、第1審判決はまさにこの見解に依拠したことになる<sup>93</sup>。

(3) 次に、第1審判決は2号該当性につき、以下ように述べる。

「第2号要件の審査は、専門技術的知見を尊重して行う都道府県知事の

---

<sup>90</sup> 拙著・前掲注(2)231-232頁。

<sup>91</sup> 参考文献も含め、角松生史「軈の浦世界遺産訴訟」『環境判例百選（第3版）』138-189頁参照。

<sup>92</sup> 高木・前掲注(9)215-216頁。その上で、高木教授は、土地収用法における裁量判断の枠組みを軈の浦訴訟においても「転用」されたとの見方を示す。また、公有水面埋立法の改正の過程から、亙理教授は、「1号基準の創設に際して土地収用法20条3号が参照されたと考えるのが自然」と述べる。亙理・前掲注(8)154頁。

<sup>93</sup> 高木・前掲注(9)220頁。

合理的な裁量判断に委ねられているといえる。このような都道府県知事の判断の適否を裁判所が審査するに当たっては、当該判断に不合理な点があるか否かという観点から行うべきであり、具体的には、現在の環境技術水準に照らし、①審査において用いられた具体的審査基準に不合理な点があるか、②本件埋立出願が当該具体的審査基準に適合するとした前知事の審査過程に看過しがたい過誤、欠落があるか否かを審査し、上記具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは、本件埋立出願が上記具体的審査基準に適合するとした前知事の審査の過程に看過しがたい過誤、欠落があり、それが結論に影響を与えた具体的可能性がある場合には、前知事の判断に裁量権の逸脱・濫用があるとして、本件承認処分は違法であると解すべきである。」

この判示は、判例時報匿名コメント（判時2317号44頁）においても言及されているように、Ⅲ 2(1)で触れた伊方原発最判の審査基準を採用したものである。2号要件該当性についてのこのような裁量審査のあり方についても、高木教授によって示唆されていたところであり<sup>94</sup>、第1審判決はこの枠組みに全面的に依拠したものと見えよう。なお、1号要件につき、環境保全の観点を1号要件においても審査し得るとする有力な見解が提唱されていたが、第1審及び最高裁判決ともにこの見解には依拠しなかったといえる<sup>95</sup>。

## 2、辺野古最判—「国防・外交」の削除、複線の裁量論

(1) 最高裁判決においては、第1審判決における「裁量内違法」論（職

<sup>94</sup> 高木・前掲注(9)220頁。その他、第1審における1号及び2号要件の審査に関しては、人見・前掲注(8)27頁以下を参照。2号要件該当性につき、伊方原発最判の審査基準が採用されていることに関しては、人見・前掲論文31頁においても言及されている。

<sup>95</sup> 亘理・前掲注(8)157-158頁。辺野古最判において、亘理教授の見解が意識されていたことについては、衣斐瑞徳・前掲注(10)375頁注(2)参照。

権取消し)の修正<sup>96</sup>と第1審判決において言及された「国防・外交」の削除がなされているものの、第1審の判断枠組みをほぼ維持したものとなっているといえよう。裁量審査論に関しては、目新しい視点を提示してはならず、1号要件該当性については、小田急最判に類似する判断枠組みにて、2号要件については、伊方原発訴訟に類似する判断枠組みにて審査がなされている<sup>97</sup>。

一方、第1審判決が1号要件を判断するに当たって、述べていた、「国防・外交上の必要性」についての検討はなされていない。調査官解説によれば、「第1号要件適合性に係る都道府県知事の裁量的な判断の適否については、結局のところは具体的な事実関係に即して審査せざるを得ず、『第1号要件適合性の判断に当たり国防上・外交上の観点を考慮することの適否』について一般的・抽象的な検討をしたとしても、それにより、本件埋立承認に係る前知事の裁量的な判断の適否を判断することには結び付かないと考えられたとみることもできよう」との見解が示されているところである<sup>98</sup>。

しかしながら、このことをもって、高度な外交・防衛的判断としての「政策的・政治的裁量」が薄められたとはいえ、第1審同様の謙讓的な判断がなされていることには変わりはないといえよう<sup>99</sup>。

(2) 「国防・外交上の必要性」に関する判断が削除された以外は、辺野古最判は第1審の裁量審査論を維持している。第1審判決同様に、1号要

---

<sup>96</sup> この問題については、稲葉・前掲注(89)10-14頁。

<sup>97</sup> 引用こそなされていないものの、衣斐・前掲注(10)375頁注(25)及び376頁注(29)参照。伊方原発最判については、人見・前掲注(89)45頁も参照。この枠組みについて、榊原・前掲注(6)「法治主義」82頁は、1号要件については社会観念審査、2号要件については判断過程合理性審査と類似の審査がなされたと指摘する。

<sup>98</sup> 衣斐・前掲注(10)375-376頁注(20)参照。

<sup>99</sup> 拙著・前掲注(2)232頁。仲野・前掲注(10)313頁は、「マクリーン判決が何を優越要素とするか自体を行政庁に委ねたのは、高度の政策判断を要する外交問題に直結する事例だったからにほかならない。辺野古判決（1号要件に係る部分）についても同様である。」と述べる。

件該当性＝小田急最判、2号要件該当性＝伊方原発最判に類似する枠組みで審査を行っている。このような“複線的裁量論”を第1審と最判において展開しているのは何故であろうか。

一つのあり得べき考え方としては、1号要件及び2号要件に沿って、これまでの最高裁判決との整合性を図ったというものである。但し、整合性を図るとしても、そのままこれまでの判例法理を用いている訳ではないことに注意を要する。

「国土利用上適正且合理的ナルコト」とする1号要件に関しては、「埋立の目的及び公共性の有無や程度に加え、埋立てを実施することにより得られる国土利用上の効用、埋立てを実施することにより失われる国土利用上の効用等の諸般の事情を総合的に考慮することが不可欠である」と述べているように、辺野古最判は、裁量審査に関してⅢ3(2)において触れた厚木基地第4次最判と同じ“総合考慮”を前面に持ち出していることに特徴があるといえよう。従って、一見すると社会観念審査＋判断過程審査の枠組みの中で審査しているようであるが、「総合考慮」を持ち出すことで、諸利益の優先付けを放棄しており、優先付けを行った小田急最判とは微妙な相違が生じている。「第1号要件の文言が抽象度の高いものであることに加え、埋立てが国土利用上の観点から適正かつ合理的であるか否かを判断するための考慮要素としては多種多様なものがあり得る<sup>100</sup>」ことは、“総合考慮”により諸利益の優先付け放棄へと作用しやすい。(3) 「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」とする2号要件についてはどうか。この要件該当性の判断において意識されたのは、「十分配慮」という文言であり、政策的な判断というよりは専門的・技術的な観点からの判断が予定されているということである<sup>101</sup>。

<sup>100</sup> 衣斐・前掲注(10)363頁。

<sup>101</sup> 衣斐・前掲注(10)365頁。

「裁判所が、公有水面の埋立てが第2号要件に適合するとした都道府県知事の判断に違法等があるか否かを審査するに当たっては、専門技術的な知見に基づいてされた上記都道府県知事の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきである」との前提から出発し、「その判断過程及び判断内容に特段不合理な点があることはうかがわれない」と結論付けている判断枠組みは、このような理解の前提になされているものといえよう。但し、“総合考慮”を持ち出す必要があった1号要件と比べ、2号要件に関しては第1審判決同様に、伊方原発最判の枠組みをそのまま（明示的でないにせよ）引用しても判断枠組みに大きな影響はなかったのではないかという疑問が残る。

いずれにせよ、辺野古最判においては、第1審及び最高裁において「政治的・政策的裁量」の判断が1号要件の審査に（明示的ではないにせよ）反映されることにより、極めて形式的な判断過程審査に留まったといえる。

## V 政治的・政策的裁量と裁判所—むずびにかえて

### 1、〈非民主的な〉裁判所の位置づけについて

(1) アメリカにおける裁判官の政策的選好につき、厳格なhard look審査の支持者であっても、それを押し付けることには否定的であるとされる<sup>102</sup>。アメリカ連邦最高裁は、レーガン政権期において、Motor Vehicles Manufactures Association v. State Farm<sup>103</sup>及びChevron v. NRDC<sup>104</sup>という2つのあまりにも著名な判決を出しているが、前者における4名の裁判官の反対意見及び、後者における法廷意見は裁判官の政策的選好に否定

---

<sup>102</sup>Miles & Sunstein, supra note6, at 762.

<sup>103</sup>463 U.S. 29 (1983).

<sup>104</sup>467 U.S. 837 (1984).

的な（抑制的な）ものと捉えることができる。

(2) State Farm判決の反対意見は、hard look審査に重点を置き、行政機関に十分な説明を求める多数意見に対して、新大統領（レーガン政権）の選出とそれを導いた選挙民の選択に優位性を認めている（463 U.S. 29, at 59.）。

この思考法は、翌年のChevron判決において法廷意見を形成したといえる。

「裁判官は、その分野の専門家ではない。また、政治的部門に属してはいない。裁判所は、事案によっては、対立する政治的利害を調和させなければならないとしても、裁判官の個人的な政治的選好 (policy preference) に基づいてはならないのである（467 U.S. 837, at 865.）」

「行政機関は、直接には国民に対して責任を負うものではないにせよ、大統領を介しており（the Chief Executive is）、政治部門において、政策選択を行うに当たり適しているのである（ibid.）」

このような、司法（権）の三権の中での位置づけの意識（＝〈非民主的な〉位置づけ）は、アメリカにおいては常に意識されているのではなからうか。

## 2、裁判所と民主的決定（政治的決定）—我が国の場合

(1) I～IVにおいて検討した、マククリーン最判、小田急最判、老齢加算最判及び辺野古最判において、はじめに触れた川神調査官の問題提起はどのように現れているであろうか。

川神調査官が述べられている「民主的過程」ないし「民主的意思決定」に対して、我が国の最高裁判例は謙讓的であるということは、すぐに導くことができよう。但し、個々の判例によってその特徴は異なる。

(2) I＝マククリーン最判については、裁量審査からすると、社会観念審査の代表的事例として取り上げられる判例である（尤も、判断過程を加

判した判例が最高裁においても見られたことは、I 2(2)参照)。そうであるとすれば、「政治的裁量」の側面を強調するよりも、当時の裁量審査論そのものが謙讓的なものであったという（＝よく用いられる、「社会観念上著しく妥当を欠く」等の公式上に、裁量審査がなされていたということの）観点からの考察も必要であろう。

この点に関しての差し当たりの答えは、裁判所の位置づけを〈非民主的な〉ものとみるよりも、行政事件を管轄する裁判所としての歴史の浅さにあるのではないかと考える<sup>105</sup>。これについては別途検討を要する問題であるが、〈行政裁量が認められるべき根拠〉についての十分な論理づけがなされてこなかった点を考慮に入れると（注39）、（40参照）、あながち誤った見方ではないように思われる（注23の白石調査官解説も参照）。

(3) 政策的裁量の審査にあたって、川神調査官解説の考え方が当てはまるとすれば、II－小田急最判、III－老齡加算最判であろう。ここでは、都市計画や生活保護基準といった政策決定が争点とされており、「民主的意思決定にゆだねるべき政策の当否」を扱う司法権のバランス感覚が試されているといえる。最高裁は、判断過程審査を採用しつつも、一定の謙讓を示すことで、この問題に対応しようとしたのではなかろうか。

その一方で、「政治的裁量」と「政策的裁量」の不明な境界線を最高裁は依然として悩まされているようである。厚木基地第4次訴訟における「総合考慮」という落としどころが、それを象徴している。II－小田急最判と伊方原発最判による複線的な裁量論によって審査を試みたIV－辺野古最判も、判断過程審査に「総合考慮」が加わった、極めて形式的な判断過程審査によって審査がなされた。ここでは、「民主的意思決定にゆだねるべき」裁量論ではなく、「国防・外交」という「政治的裁量」論

---

<sup>105</sup> 我が国における行政訴訟（行政事件訴訟法の改正を除く）の沿革に関して、塩野宏『行政法Ⅱ（第6版）』（2019年）64－70頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第6版）』（2018年）93－101頁。

が展開されたともいえる<sup>106</sup>。

なお、本稿では検討対象としなかったが、地方議会による債権放棄議決を裁量の問題として捉える一連の最高裁判例は、ここでも「総合考慮」を持ち出している。条例制定権限を「行政立法（法規命令）」とは区別する最近の通説的見解からすれば<sup>107</sup>、地方議会における裁量権行使の問題は、「行政裁量」と言い難い面がある。しかしながら、「総合考慮」という言葉が、裁量審査の密度を低めているとすれば、厚木基地第4次訴訟や辺野古最判と共通した問題を内在させているといえよう<sup>108</sup>。

---

<sup>106</sup> 岡田・前掲注(87)127頁は、辺野古最判における3つの問題点を取り上げ、「とうてい正常な司法権の判断と評価することはできない」と述べる。

<sup>107</sup> 塩野・前掲注(76)103頁等。

<sup>108</sup> 橋本博之「議会議量と『総合考慮』審査」法学教室468号24頁、曾和俊文ほか『現代行政法入門（第4版）』（2019年）334-335頁（曾和俊文）。飯島淳子「議会の議決権限からみた地方自治の現状」論究ジュリスト3号133頁は、「実際の当てはめの場面においては、分節化された総合考慮は、踏み込んだ判断をむしろ拒んでいる」と指摘する。斎藤誠『現代地方自治の法的基層』（2012年）477頁は、「考慮要素は多岐にわたっており、他方で、その要素を評価する基準—『民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする同法の趣旨に照らして』—は、対立的かつ多義的たりうるものである」として、「具体的適用へのフィージビリティについて、検討を要する」と述べる。板垣勝彦『地方自治法の現代的課題』（2019年）104-106頁も参照。