

行政規則の外部効果に関する一考察：
解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2016-06-13 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	https://doi.org/10.14945/00009578

論 説

行政規則の外部効果に関する一考察 －解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－

高 橋 正 人

はじめに

行政規則については、「国民の権利・義務に直接関係しない、つまり、外部効果を有しない¹」ということについて、行政法学の文献はほぼ共通した定義を掲げる。しかしながら、同時に、行政規則が現実にも果している機能、法規命令との相対化から、行政規則の外部効果²という問題提起が同時になされており³、上述の定義は、古典的なものとなりつつあるとされている。

本稿では、主に我が国での判例の変遷をたどりながら、「外部効果」の意味について探ってみたい。その際、解釈基準、裁量基準に関する判例に焦点を当て、主に裁判規範性の観点から検討することにする。

解釈基準については、裁量基準と区分する必要性に疑問が呈されることがあるが⁴、後述する周知機能の問題や、アメリカでの判例状況等を

¹ 塩野宏『行政法 I（第 6 版）』（2015 年）111 頁。その他、藤田宙靖『行政法総論』（2013 年）301 頁、宇賀克也『行政法概説 I（第 5 版）』（2013 年）285 頁参照。

² 用語法は論者によって異なるが、本稿では外部効果に統一した。

³ それぞれ、塩野・前掲注(1)111 頁、藤田・前掲注(1)302 頁、宇賀・前掲注(1)291 頁参照。

⁴ 深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開』（2013 年）136 頁註(88)は、「行政過程の段階では、裁量基準と解釈基準を区別することは困難であり、裁量基準の段階では、裁判

踏まえると⁵、裁量基準とは別に解釈基準の外部効果を検討することは有益ではないかと考えている。

行政規則に関する学説の展開については、既に詳細な分析があり⁶本稿では取り上げないが、代表される教科書においては外部効果の問題に一切言及しなかった田中二郎も⁷、「通達による行政」に疑問を付していたことに留意する必要があるだろう。

田中は、一方で、「実際の行政の不統一を避け、具体的事情に即した適切公正な行政を保障するためには— 殊に末端の現場行政庁の行政能力を考えあわせると — 通達のもつ意義を否定し去るわけにはいかない⁸」としつつも、租税通達について、次のように述べている。

「今日、通達の形式で定められている事項のなかには、当然、法律(少なくとも命令)によって定められて然るべき課税要件の基本に属するもの

所が最終的に法令の解釈・運用のあり方を提示する以上、解釈基準の法的性質を検討すること自体、実益に乏しい」とする。

黒川哲志「行政機関による法解釈とその裁量統制」『行政法学の未来に向けて(阿部古希)』(2012年)673頁以下は、解釈基準に限定していないが、行政の法令解釈について、判断前置審査と裁量逸脱審査に分けて分析している。

なお、解釈基準と裁量基準のいずれに当たるのかという判定に困難が伴うことは確かであるが(佐伯祐二「審査基準・処分基準の法的性格」高木光=宇賀克也編『行政法の争点』78頁参照)、本稿では、他の論考等を参考に、解釈基準・裁量基準としてそれぞれの基準を取り上げることにした。

⁵ 拙稿「法律・事実・裁量(3・完)」静岡大学法政研究20巻2号2頁以下。本稿では関連する判例のみ再度取り上げる。

⁶ 大橋洋一『行政規則の法理と実態』(1989年)3-26頁、野口貴公美『行政立法手続の研究』(2008年)168-179頁。なお、外部効果の議論に影響を与えたドイツにおける行政の自己拘束に関しては、大橋・前掲書54頁以下、平岡久『行政法解釈の諸問題』(2007年)246頁以下。

⁷ 田中二郎『行政法総論』(1957年)373-374頁、同『新版行政法上巻(全訂第2版)』(1974年)166-167頁。なお、「通達による行政」による問題分析については、平岡久『行政立法と行政基準』(1995年)182-192頁。

⁸ 田中二郎「法律による行政と通達による行政」『司法権の限界』(1976年)295頁(初出1956年)。本論文における田中の指摘については、山下竜一「裁量基準の裁量性と裁量規範性」法律時報85巻2号22頁も参照。

行政規則の外部効果に関する一考察—解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に—
ともいうべき事項を含んでいるように思われる。立法技術的にいっても、
個々の税法の中にとり込むことのそれほど困難ではないと思われるもの
も少なくない。その多くは、長い間の伝統になれて、無反省に、通達で
定める慣習をそのままに認めているにすぎないと考えられるふしもない
わけではない。こういう点については、立案者並びに立法府の徹底した
反省が望まれるわけである⁹。」

田中は、具体例として、通達を契機とした課税の事例を挙げているが、
その2年後、最高裁判例にて問題が浮き彫りにされたのである¹⁰。

⁹ 田中・前掲書301頁。

¹⁰ 最判昭和33年3月28日民集12巻4号624頁。

I、解釈基準の外部効果

1、解釈基準審査の定式

(1) 解釈基準は、「ある処分をする場合に取扱いが区々になることを防ぎ、行政の統一性を確保するために、上級行政機関が下級行政機関に対して発するところの、法令解釈の基準¹¹⁾」と定義される。解釈基準を示す通達は、行政機関内部における規範であり、国民や裁判所が拘束されることはない¹²⁾。このことを、最判昭和43年12月24日民集22巻13号3147頁は、次のように述べている。

「通達は、原則として、法規の性質をもつものではなく、上級行政機関が関係下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、このような通達は右機関および職員に対する行政組織内部における命令にすぎないから、これらのものがその通達に拘束されることはあっても、一般の国民は直接これに拘束されるものではなく、このことは通達の内容が、法令の解釈や取扱いに関するもので、国民の権利義務に重大ななかわりをもつようなものである場合においても別段異なるところはない。このように、通達は、元来、法規の性質をもつものではないから、行政機関が通達の趣旨に反する処分をした場合においても、そのことを理由として、その処分の効力が左右されるものではない。また、裁判所がこれらの通達に拘束されるものではないことはもちろんで、裁判所は、法令の解釈適用にあたっては、通達に示された法令の解釈とは異なる独自の解釈をすることができ、通達に定める取扱いが法の趣旨に反するときは独自にその違法を判定することもできる」

¹¹⁾ 塩野・前掲注(1)114頁。

¹²⁾ 宇賀・前掲注(1)287頁。

行政規則の外部効果に関する一考察—解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に—

(2) 昭和43年最判の定式からすれば、解釈基準を定めている通達は、外部効果を有しないことになる。しかしながら、解釈基準においても、外部効果を論ずる余地は出てきており、例えば、常岡教授は、注(10)で挙げた最判昭和33年3月28日に言及したうえで次のように述べている。

「裁判所が通達について判断代置審査を施して、それが正しい法解釈を反映しており適法な解釈であると認められた場合に限って当該通達に法的拘束力を認めることができるものとしたといえよう。司法審査をパスした通達について、いわば裁判所が法的拘束力、裁判規範性を付与したものと理解することができる¹³⁾。」

また、塩野教授も、租税通達に関する判例に言及しながらについて次のように述べている。

「いずれも、通達の非法規性を前提としつつも、通達を介して課税処分の審査をしており、通達とは別個に法の解釈を行うべしとする原則・・・から乖離している。評価基準の複数性に関する判示は裁量基準・・・の審査方法を想起させるものがあるし、通達の合理性審査を介して処分の適法性を判断するのは、法規命令における審査に類似している¹⁴⁾。」

¹³ 常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体(中)」判時2136号149頁。更に、同153頁では、「裁判所が解釈基準を対象にして司法審査を行い、その内容が正しい法解釈に合致していると判断したとき、当該解釈基準は他律的・受動的に裁判所から拘束力を認められることがある。ここでは、裁判所の法解釈によって解釈基準に外部的拘束力が付与されたといえよう。」と述べている。同「裁量基準の実体的拘束度」『行政法学の未来に向けて(阿部古希)』(2012年)695頁も参照。

なお、佐伯・前掲注(4)78頁は、「裁判所による法解釈は行政機関のそれに優越するとの見地から、裁判所は処分に応用された解釈基準の適法性いかに全面的に審査すべきである(また、一般にそうしている)と見るのが通説である」と述べているが、この通説の見解と後に述べるように法適合性が認められた解釈基準に裁判規範性が認められることは矛盾しないと考える。

¹⁴ 塩野・前掲注(1)116頁。

(3) このような見解が提起されているところからすると、裁量基準¹⁵同様に、解釈基準の裁判規範性についても、検討することが必要となろう。以下では、アメリカにおける解釈規則（interpretive rule）を巡る判例を概観したうえで、我が国における解釈基準の裁判規範性について検討してみることにする。パラレルな議論がなされている訳ではないが、法的拘束力を有しない解釈規則に対し、法的拘束力を有する規則と同様な謙譲を与えようとする動きについては、外部効果を検討する上で参考になろう¹⁶。

また、ストックオプション課税を巡る最判平成18年10月24日民集60巻8号3128頁等において問題となっている、解釈基準の周知機能についても併せて検討を加えたい。

2、アメリカにおける規則審査

(1) 連邦行政手続法（Administrative Procedure Act = APA）に規定されている規則制定（rulemaking）は、我が国の行政立法に相当すると解されているが、法的拘束力の観点から、立法規則（legislative rule）と非立法規則に分けられる。

立法規則は、法的拘束力（force of law, power to control等と表現されることが多い）を持ち、APAの略式規則制定手続の対象になるのに対して¹⁷、非立法規則に含まれるものは法的拘束力を持たず、略式規則制定

¹⁵ 裁量基準の裁判規範性については、野口貴公美「行政立法」『行政法の新構想Ⅱ』（2008年）32頁以下、大橋洋一『行政法Ⅰ（第2版）』（2013年）144-146頁、深澤・前掲注(4)118頁以下。なお、野口・前掲注(6)200頁は、裁判規範性に関して、「解釈基準の審査は判断代替的なものに近づく可能性があり、裁量基準の審査はより謙譲的なものになる可能性がある」と述べている。

¹⁶ 尤も、アメリカにおいて、我が国やドイツにおける“外部効果”に相当する議論はないといえる。

¹⁷ 5 U.S.C. § 553.

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
手続の対象にならない¹⁸。この非立法規則の代表格が解釈規則である¹⁹。

(2) 解釈規則の司法審査に関するリーディング・ケースに当たるのが、労働者の超過勤務手当が争われたSkidmore v. Swift & Co.²⁰である。公正労働基準法（Fair Labor Standard Act）の解釈が、解釈告示（Interpretive Bulletin）によって示されたのだが（解釈規則の性質を有する）、これに裁判所が拘束されるかについて次のように述べている。

「行政官の経験があり、情報に基づいた判断は、裁判所及び訴訟当事者にとって指針となるものである（323 U.S. 134, at 140.）」「拘束力はない（power to control）としても説得力（power to persuade）は持ちうる（ibid.）」

学説においてもSkidmore判決の考え方は受け入れられているといつてよい。例えば、Breyerらは、Davisの次の見解を引用している。

「立法規則とは、規則を通して法規（law）を制定するという立法権限の委任を受けた執行権による産物である。解釈規則とは、法規を制定するという立法権限の委任を行使することなく、行政機関が発するあらゆる規則である。・・・

解釈規則は、Skidmore判決の見解によれば、・・・“裁判所を拘束しない”が“拘束力はないとしても説得力を持つ”。対照的に立法規則は、憲法に適合し認められた権限の中で適切に発せられれば、制定法同様に“法

¹⁸ 5 U.S.C. § 553(b)(3)(A).

¹⁹ 解釈規則については、常岡孝好「解釈規則（interpretive rule）について」『行政法学の発展と変革（上）（塩野古希）』（2000年）511頁以下。立法規則、非立法規則を含む規則制定の詳細については、筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(1) 自治研究86巻8号107-110頁、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(1) 商学討究59巻4号103-108頁、宇賀克也『アメリカ行政法（第2版）』（2000年）66-82頁等。

²⁰ 323 U.S. 134(1944).

規”であり、“裁判所を拘束する”²¹。]

(2) 立法規則と解釈規則の司法審査のあり方について、議論が錯綜し始めたのが、1984年のChevron U.S.A., Inc. v. NDRC²²以降である。

Chevron判決は、連邦環境保護庁が公布した規則の解釈が争点となった事例である。連邦環境保護庁の規則は、固定発生源（stationary source）につき、工場全体において基準が満たされていれば、個々の施設について許容値を満たすことを要請していなかった。

連邦最高裁は、次のような法解釈の司法審査のあり方を示し、従来の法解釈の審査の在り方に一石を投じた。

「裁判所が法の執行機関である行政機関の制定法解釈を審査するに当たっては、二つの問題に突き当たる。一つは、議会が争点となっている明確な問題について表示しているかの問題であり、議会意図が明確であればそれで終わる。裁判所は、行政機関同様に、明確に表示された議会意図に効力を与えなければならない。しかしながら、議会意図が争点となっている問題に対して明確でないときは、行政解釈がない場合に必要とされるように自らの解釈を課すようであってはならない。むしろ、制定法が沈黙しているもしくは曖昧である場合には、裁判所は行政機関の解釈

²¹ S. G. BREYER, R. B. STEWART, C. R. SUNSTEIN & A. VERMEULE, ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY(6th), 239(2006).

なお、引用は、K. C. DAVIS, 2ADMINISTRATIVE LAW TREATIES, 51-52(1979). からである（本稿では、引用部分を一部省略した）。

²² 467 U.S. 837(1984). Chevron判決が出されるまで、連邦最高裁の司法審査は、行政機関の法解釈を謙譲することもあれば、独自の法解釈で代替する場合もあり、一貫性がなかったといわれる。R. J. PIERCE, S. A. SHAPIRO & P. R. VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS(5th), 397-398(2009). ; ゲルホーン=レヴィン（大浜啓吉・常岡孝好訳）『現代アメリカ行政法』（1996年）64-67頁。これらの問題については、正木宏長『行政法と官僚制』（2013年）144-148頁、拙稿「法律・事実・裁量(2)」静岡大学法政研究18巻3 = 4号114-119頁。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
が許容できる制定法解釈であるかを審査するのである。

・・・もし議会が、行政機関に埋めるべき隙間 (gap) を委ねたとすれば、規則によって制定法の具体的な規定を明確にするようにとの行政機関への明示的な委任がある。このような立法規則は、それが恣意的・濫用的であるか、明らかに制定法に反していない限り、相当な重み付け (controlling weight) が与えられる。時によっては具体的な問題に関する立法上の委任が明示的ではなく默示的なことがある。そのような場合において、裁判所は行政機関の合理的な解釈に替えて、自らの判断を代置してはならない (467 U.S. 837, at 842-844.)」

このような判断を示したうえで、Chevron判決は、その根拠として、裁判所は政治的部門に属していないこと、行政機関は大統領を介して民主的根拠を持っていることを挙げている (Id. at 845.)。

Chevron判決の解釈については、現在も論争が続いているが、Chevron判決によって、行政解釈が裁判所によって謙讓されることを支持する根拠として、Gellhorn & Levinは、①行政機関は、自ら執行する法律に通じていること、②複雑な規制の仕組みの中では、予期しない問題が生じうること、③裁判所と違い、政治的な責任を負うこと、④法解釈の統一性が図れることを挙げている²³。

しかしながら、その後の裁判例が一貫した解釈を示してはおらず²⁴、解釈規則等に対してもChevron判決の謙讓が与えられるのかについて、連邦下級審レベルで一致していなかったとされる²⁵。

²³ E. GELLHORN & R. M. LEVIN, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS(5th), 82-83(2006).

²⁴ INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421(1987). ; Food and Drug Administration v. Williamson Tobacco Corp., 529 U.S. 120(2000).

²⁵ PIERCE, et al., supra note22, at 404.

(3) 立法規則と解釈規則における謙譲のあり方について、線引きを図ったのが、Christensen v. Harris County²⁶及びUnited States v. Mead Corp²⁷.の両判決である。

Christensen判決もSkidmore判決と同じく、連邦公正労働基準法の解釈が問題になった事例である。連邦労働省の見解書（opinion letter）に対して、Chevron判決の謙譲が与えられるかが一つの争点となったが、連邦最高裁は次のように述べて、見解書に対しては、Chevron判決の謙譲は与えられないとした。

「我々が取り組んでいるのは、見解書に示された解釈であって、正式裁決もしくは略式規則制定（notice-and-comment rulemaking）によってなされた解釈ではない。見解書における解釈は、政策表明（policy statement）や行政機関のマニュアル、執行ガイドラインのように法的拘束力を欠いており、Chevron判決の謙譲は与えられないのである。・・・そのかわり、見解書に示された解釈は、Skidmore判決の決定のもと“尊重される”。但し、そのような解釈が“説得力（power to persuade）”を持つという程度においてである（傍線部高橋－以下、同じ）（529 U.S. 576, at 587.）。」

Christensen判決からすると、＜立法規則＝Chevron判決の謙譲＞＜解釈規則＝Skidmore判決の謙譲＞というきれいな図式が描けそうであるが、翌年のMead判決において、両者の相対化について言及がなされた。

Mead判決は、輸入業者に対し、合衆国の関税率表に従って“手帳（day planner）”に関税を課すに当たって、それまでの解釈が変更され“日記（Diary）”として扱われたことに対し、不服が申し立てられた事例であ

²⁶ 529 U.S. 576(2000).

²⁷ 533 U.S. 518(2001).

行政規則の外部効果に関する一考察—解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に—
る。税関が解釈を変更したのは、財務長官による回答書（ruling letter）
に基づくものであった。

連邦最高裁は、Christensen判決の論旨を更に詳細化して次のように述べている。

「議会が行政機関に対し法的拘束力のある規則の制定権限を委任(delegation)し、謙譲を求めている行政機関の解釈が、その権限の行使においてなされたものである場合、特定の制定法の規定の行政解釈にはChevron判決の謙譲が与えられる。このような権限の委任は様々な形でなされるが、裁決や略式規則制定手続の場合もあれば、同等の議会意図（comparable congress intent）がその他の形で示されている場合もある（533 U.S. 218, at 226–227.）」

ここで問題になるのは、「同等の議会意図」であるが、これは、法的拘束力を有する略式規則制定手続ではなくとも、議会意図が読み取ればChevron判決の謙譲が与えられることを示しているとされる。そして、Mead判決の多数意見は、同等な議会意図が示されているケースを明らかにしていないとされているが²⁸、Mead判決の多数意見は次のように続けて、解釈規則であってもChevron判決の謙譲が与えられるとの見解を示した。

「連邦最高裁としては、Chevron判決同様の謙譲がなされるに当たっては、規則制定もしくは裁決に関しての明確な議会による委任の存在を認めてきたところである。・・・公正さや熟慮を促進する行政手続が規定されている場合、議会が法的拘束力のある行政活動を念頭に置いていることが推測される。・・・Chevron判決の謙譲を与えている多くの事例は、略

²⁸ PIERCE, et al., supra note22, at 406.

式規則制定手続を経た規則もしくは正式裁決に基づいた事例である。しかしながら、今回の案件ではこの手続の要求があるかどうかが決め手ではない。というのは、そのような行政上の正規の手続きが要求されなかった事例においても、Chevron判決の謙譲を与えるべき理由を見出してきたかあらである（533 U.S. 218, at 229–231.）。

連邦最高裁が、この判決文に続いて引用しているのが、Nationsbank of N.C., N.A. v. Variable Annuity²⁹である。Nationsbank判決では、通貨管理官が連邦法銀行の許可の基準とした書簡（Comptroller Letter, Interpretive Letter）に対し、Chevron判決同様の謙譲が与えられるとの判断がなされている（513 U.S. 251, at 257.）。

解釈規則に対しても、Chevron判決の謙譲が与えられることについては、翌年のBarnhart v. Walton³⁰においても傍論において示されている³¹。

(4) こうして、＜立法規則＝Chevron判決の謙譲＞＜解釈規則＝Skidmore判決の謙譲＞という図式は相対化され、解釈規則であってもChevron判決の謙譲が与えられることがありうることが明確化された。以下では、再び我が国の判例を分析するが、アメリカでの議論をそのまま持つてくることは前述のようにできない。アメリカにおける立法規則と解釈規則の相対化現象は、あくまでも裁判所による法解釈の謙譲において生じているものであり、我が国とは状況が異なる。但し、我が国における解釈基準の外部効果における議論の参考とはなろう。

²⁹ 513 U.S. 251(1995).

³⁰ 535 U.S. 212(2002).

³¹ BREYER, et al., supra note21, at 270. ; PIERCE, et al., supra note22, at 406.

以上の判例の流れについては、正木・前掲注②156–164頁、筑紫圭一「アメリカ合衆国における行政解釈に対する敬譲型司法審査（上）」上智法学論業48巻1号131–136頁、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（3）」商学討究61巻1号159頁以下、拙稿・前掲注(5)2–18頁。

3、解釈基準の裁判規範性

(1) まず、社会保障関係の解釈基準について、下級審判決がどのような審査をしているかを検討する。行政規則に法規性がないならば、裁判所の審査は第1段階として〈解釈基準の法適合性審査〉、第2段階として〈(法適合性のある)解釈基準に基づいた処分の適法性審査〉を行うはずである。このような段階的審査がなされているかについて、まず、生活保護関係の判例を検討してみる。

(2) 生活保護法の解釈に関しては、関係通達として、事務次官通知である「生活保護法による保護の実施要領について」(昭和36年4月1日発社123号)、局長通知である「生活保護法による保護の実施要領について」(昭和38年4月1日社発246号)、課長通知である「生活保護法による保護の実施要領の取扱いについて」(昭和38年4月1日社保34号)がある(現在は、地方自治法245条の9第1項および第3項による処理基準)。

大阪地判平成25年4月19日判例時報2226号3頁は、自動車保有要件に関する課長通知について、以下のように〈解釈基準の法適合性〉を判断している。

「障害の状況等によっては、自動車を利用しなければ日常生活を円滑に営むことが困難であるなど、自動車を保有する必要性が高く、維持費等の経済的支出が社会通念上是認できる場合もあり得る。問答第3の12は、そのような観点から、身体障害者に自動車の保有を認めるべき場合を自動車保有要件として具体的に示した基準と解されるのであって、その基準自体は一応の合理性を有するものといえることができる。よって問答第3の12で定める自動車保有要件が上記各条項(－生活保護法4条1項等－高橋注)に違反するということとはできない。」

本判決は、このように述べて、課長通知の法適合性を認めつつ(第1

段階の審査)、原告が各要件を満たしていたとして(第2段階の審査)、保護廃止処分等を取り消している。一方、保護停止処分に関する福岡地判平成21年5月29日賃金と社会保障1499号28頁は、課長通知について「この基準自体は一応の合理性を有するもの」との判断を加えているだけで、IIで検討する裁量基準と同様の審査を行っている。

判例の主流は、福岡地判同様に裁量基準と同様の審査を行っているのかもしれない。即ち、法適合性に関する第1段階の審査が簡略化又は第2段階と結合されているのである。

比例原則の適用事例で代表的な福岡地判平成10年5月26日判例時報1678号72頁も、第1段階と第2段階の審査を結合させている。生活保護法4条の「資産」の解釈について、次官通達に言及し、「法4条にいう『資産』としては、要保護者において売却等の処分権限を有するものを指称するとの有権的な解釈がなされてきたことになるが、当裁判所においても右解釈を変更する必要を認めない」と述べ、「他人からの借用物のように要保護者に処分権限がないものは、同条にいう『資産』には含まれない」との見解を示している。課長通達に関しては、第1段階の〈解釈基準の法適合性審査〉がなされていない。

(3) 身体障害者福祉法17条の9の解釈を示した「厚生省大臣官房障害保険福祉部企画課長・障害課長通知」(平成12年3月24日障企第16号・障障第8号)の解釈は、第1審と控訴審で分かれている。控訴審判決は、解釈基準を違法としているから当然として、第1審判決も第1段階の〈解釈基準の法適合性審査〉を丁寧に行っている。

第1審の神戸地判平成19年2月2日賃金と社会保障1479号67頁は、次のような審査基準を立てている。

行政規則の外部効果に関する一考察—解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に—

「旧厚生省によって定められ、福祉法17条の9の解釈基準とされた本件通知に基づいて本件処分がなされていることからして、本件通知は、福祉法17条の9の趣旨に従い、かつ、憲法の定める健康で文化的な最低限度の生活を維持するに足りるものであることを要する。

しかし、健康で文化的な最低限度の生活なるものは、抽象的な相対的概念であり、その具体的内容も文化の発展、国民経済の進展に伴って向上することはもとより、多数の不確定的要素を総合考量してはじめて決定できるものであるから、何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、行政庁の合目的的な裁量に委ねられており、憲法及び福祉法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権を逸脱し又は濫用した場合に限り、違法の判断を受けると解すべきである。」

その上で、本件通知について検討し、「障害者の障害の程度に応じて生活支援費の額を調整するという、より柔軟な措置をとることが望ましいとはいえるものの、全身性障害者か否かという受給主体の属性のみによって生活支援費全体の支給の要否を決定することも、両法律の適用関係を調整して社会保障給付の全般的公平を図るという憲法及び前記福祉法17条の9の趣旨に反するものとはいえないから、本件通知を福祉法17条の9の解釈基準として生活支援費の支給の要否を決定することも、憲法及び福祉法によって宝塚市長に与えられた裁量権を逸脱ないし濫用したとまでは認められない」と述べる。

一方、控訴審判決である大阪高裁平成19年9月13日賃金と社会保障1479号63頁は、「・・・本件通知の依拠する解釈は、福祉法の立法目的・理念に沿うものではなく、福祉法と保険法の関係について、前記(1)の意味における行政の法令解釈に裁量の余地があることを十分考慮してもなお、その裁量の範囲を逸脱したものとして、法令の正当な解釈を示すものと

いうことはできない」と述べ、不支給処分を違法とした³²。

(5) 次に、租税法関係の解釈基準（通達）がどのように審査されているかを検討したい。筆者の能力の点からの限界はあるが、この領域では、解釈に合理性が認められる限り、法適合性に係る第1段階の審査が十分になされぬまま、第2段階の解釈基準に基づいた処分の適合性審査へと移行している。この点において、前述した塩野教授の指摘にあるように、IIで触れる裁量基準の審査方式と共通性があり、黒川教授の述べる「行政解釈の尊重³³」が最も現れている領域ともいえる。

相続財産等の時価の評価方法を定める財産評価基本通達に関して、東京地判平成5年2月16日判例タイムズ845号240頁は次のように述べている。

「財産の客観的な交換価格というものが必ずしも一義的に確定されるものではないことから、課税実務上は、相続財産評価の一般的規準が評価基本通達によって定められ、そこに定められた画一的な評価方法によって

³² 控訴審判決は、このように、「行政の法令解釈に裁量の余地」があることに言及するとともに、本件通知について、「本件通知は、通達であって、法規性を有しないから、そこに述べられている福祉法17条の9の解釈基準は、裁判所の判断を拘束するものではない。しかしながら、行政を円滑・公平・適正に運営するためには、法令の定めを更に具体化したり、法令の解釈や運用を統一するために、通達の形式で、あるべき解釈を示したり、一定の運用上の基準を設ける必要があることは否定できないし、その場合には、当該通達の内容が法の趣旨に照らし適正である限り、裁判所としても、法令の解釈にあたって、その内容を尊重することが相当である」と述べている。ここに着目し、「行政解釈の尊重」、「行政解釈の裁量逸脱審査」というアプローチを黒川教授は行っている（黒川・前掲注(4)679-681頁、また、解釈基準の法的性質に疑問を呈する注(4)の深澤教授の見解も参照。）。第1審判決も、本文において引用したように、裁量権の逸脱・濫用に言及しており、「解釈」と「裁量」を厳密に分けることはできないが、本稿では、解釈基準と裁量基準を別個に検討していく（なお、佐伯・前掲注(4)78頁も参照）。

³³ 黒川・前掲論文680頁。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
相続財産を評価することとされている。これは、相続財産の客観的な交換価格を個別に評価する方法をとると、その評価方法、基礎資料の選択の仕方等により異なった評価価格が生じることが避け難く、また、課税庁の事務負担が重くなり、課税事務の迅速な処理が困難となるおそれがあること等からして、あらかじめ定められた評価方法によりこれを画一的に評価する方が、納税者間の公平、納税者の便宜、徴税費用の節約という見地からみて合理的であるという理由に基づくものと解される。

そうすると、特に租税平等主義という観点からして、右通達に定められた評価方法が合理的なものである限り、これが形式的にすべての納税者に適用されることによって租税負担の実質的な公平をも実現することができるものと解されるから、特定の納税者あるいは特定の相続財産について右通達に定める方式以外の方法によって評価を行うことは、たとえその方法による評価額がそれ自体としては相続税法22条の定める時価として許容できる範囲内のものであったとしても、納税者間の実質的負担の公平を欠くことになり、原則として許されないものというべきである。」

ここでは、法適合性審査がなされることなく、財産評価基本通達の画一的適用が原則である旨述べられているが、本判決は「右の評価基準を画一的に適用するという形式的な平等を貫くことによって、富の再配分機能を通じて経済的平等を実現するという相続税の目的に反し、かえって実質的な租税負担の公平を著しく害することが明らかである等の特別な事情がある場合には、例外的に他の合理的な時価の評価方法によることが許されるものと解するのが相当である」と続けており、アプローチの仕方としては、IIで触れる裁量基準の個別事情考慮の考え方に通じるものがある。なお、東京高判平成13年3月15日判例時報1752号19頁も、同様の判断枠組みで判断している。

通達の法規性を否定しつつ、通達の定めに従った解釈・運用を相当としている事例として、東京地判平成12年7月13日訟務月報47巻9号2785頁がある。同判決は以下のように述べている。

「通達は上級行政庁が法令の解釈や行政の運用方針などについて、下級行政庁に対してなす命令ないし指令である・・・から、国民に対して拘束力を有する法規とは異なるものである。しかしながら、租税実務においては、通達に基づく画一的な取扱いがされており、このような取扱いは、納税者間の公平、納税者の便宜、徴税費用の節減という見地からみて合理的なものというべきである。したがって、通達の定めが租税法規に照らして合理性を有する限り、当該租税法規の適用に当たっては、通達の定めに従った解釈、運用を行うのが相当である。」

ここでも、租税通達の画一的取扱いが強調されるとともに、法適合性審査をすることなく、通達の合理性の判断がなされており、裁量基準の審査手法との共通性が見られる³⁴。

一方で、第一段階の〈解釈基準の法適合性審査〉を行っているように読める事例も存在する。近時の事例として、東京地判平成25年9月12日判例時報2210号40頁は次のように述べている。

「事業供用に関する要件について、措置法40条通達の9ただし書においては、株式等のように、その財産の性質上その財産を直接公益事業の用に供することができないものである場合には、各年の配当金等その財産から生ずる果実の全部が当該公益事業の用に供されるかどうかにより、当

³⁴ 本文で触れた、東京地判平成5年2月16日、東京地判平成12年7月13日に関しては、塩野・前掲注(2)116頁において言及されている。また、常岡・前掲注(3)「裁量基準の実体的拘束度」695頁註(3)は、東京地判平成5年2月16日に言及し、「こうした判断は、裁量基準に関する裁判所の司法審査を彷彿とさせるものである」と述べる。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
該財産が当該公益事業の用に直接供されるかどうかを判定し差し支えないものとして取り扱うこととし、この場合において、各年の配当金等の果実の全部が当該公益事業の用に供されるかどうかは、例えば、科学技術その他学術に関する研究を行う者に対して助成金を支給する事業を営む法人において助成金として支給されるなど、当該果実の全部が直接、かつ、継続して、当該公益事業の用に供されるかどうかにより判定することに留意するものとしている。

上記措置法40条通達の9ただし書は、株式等のように、その財産の性質上その財産を直接公益事業の用に供することができないものについても措置法40条の承認の対象から除外しないこととする一方で、事業供用に関する要件の判定について、他の財産についての判定と同様に、直接、当該公益事業の用に供されるかどうかを実質的に判定することとしており、合理的な指針であるといえることができる。

(6) 以上、解釈基準に合理性があり、裁判規範性が認められた事例の判断枠組みを見てきたが、従来から指摘されていた租税通達だけではなく社会保障領域の通達においても、裁量基準の審査手法と同様の判断枠組みで審査されている事例が多いことに気付く³⁵。即ち、第1段階の〈解釈基準の法適合性審査〉は省略され、(解釈の合理性を認めようとして)〈解釈基準に基づいた処分の適法性審査〉を行う第2段階へと移行している。ここに、解釈基準とIIにおいて検討する裁量基準の審査手法の相対化を見ることができる。

³⁵ 平岡・前掲注(7)242頁は、解釈基準に関する司法審査について分析し、「問題は、裁判所による解釈基準への過度の依存がないのかどうかである。・・・解釈基準の内容が裁判所による行政法規の解釈に対して少なからぬ影響を実際には与えているように見える」と指摘している。また、同244頁においても、「裁判所において、解釈基準が示す行政機関による法解釈への追随、過度の依存あるいは独自の法解釈の抑制がないのかどうか、が問題にされてよいものと思われる」と述べられている。

4、解釈基準の周知機能

(1) ストックオプション課税に関連した、最判平成18年10月24日民集60巻8号3128頁は、国税通則法65条4項の「正当な理由」が存在するとの判断を示しているが、一時所得から給与所得への取扱いの変更について次のように述べている。

「課税庁が従来の取扱いを変更しようとする場合には、法令の改正によることが望ましく、仮に法令の改正によらないとしても、通達を発するなどして変更後の取扱いを納税者に周知させ、これが定着するよう必要な措置を講ずべきものである。ところが、・・・課税庁は、上記のとおり課税上の取扱いを変更したにもかかわらず、その変更した時点では通達によりこれを明示することなく、平成14年6月の所得税基本通達の改正によって初めて変更後の取扱いを通達に明記したというのである。そうであるとすれば、少なくともそれまでの間は、納税者において、外国法人である親会社から日本法人である子会社の従業員に付与されたストックオプションの権利行使益が一時所得に当たるものと解し、その見解に従って上記権利行使益を一時所得として申告したとしても、それには無理からぬ面があり、それをもって納税者の主観的な事情に基づく単なる法律解釈の誤りにすぎないものということとはできない。」

本判決においては、従来、課税庁において、ストックオプションの権利行使益を一時所得として取り扱っていたこと（公刊物でもその旨の見解が述べられていた）、最判平成17年1月25日民集59巻1号64頁によって給与所得とする判断がなされるまで下級審判決の判断が分かれていたこと等が背景として存在した。

本判決が、通達の周知機能に言及していることにつき、果たして外部

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
効果を認めたものか否かは、学説上争いがある³⁶。

実務においても、通達の周知機能に何らかの機能を見出していると思われる。本判決の調査官解説においても、周知機能という言葉こそ用いられていないものの、通達の実際上の機能に着目した次のような記述がみられる。

「租税法規の解釈につき見解が対立する微妙な問題について課税庁が従来
の取扱いを変更しようとする場合には、国民の経済活動に法的安定性と
予測可能性を保障するという観点からして、法律改正によるのが最も望
ましい方法であり、仮に法律改正によらないとしても、少なくとも、課
税庁において通達を発するなどして変更後の取扱いが国民の間に定着す
るよう必要な措置を講ずる必要があるというべきである。」

「本判決は、課税庁が、租税法規の解釈上微妙な点を含む問題について、
従来の解釈を改め、課税上の取扱いを変更したにもかかわらず、変更後
の取扱いが国民の間に定着するよう必要な措置を講じていなかったこと
によって生じた『新解釈の未定着状態』に着目し、そのような視点から、
納税者が課税庁の従来の解釈ないし取扱いに従って申告したことにつき、
同項にいう『正当な理由』を認めたものであると評することができる³⁷。」

³⁶ 外部効果を認めるのに消極的な見解として、塩野・前掲注(1)117頁、大浜啓吉『行政法総論（第3版）』（2012年）171頁がある。積極的な見解として、藤田・前掲注(1)307頁、櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第4版）』（2013年）73頁、稲葉馨ほか『行政法（第3版）』（2015年）60－62頁（人見剛）がある。但し、塩野・同項は「通達の法源性ないしは通達の外部効果そのものを認めるものではないが、通達が現実の行政過程で果たしているあるいは果たすべき機能を示しているものとして注目する必要がある」と述べ、大浜・同項も「通達に外部効果はないが、通達のもつ国民への周知機能を重視した判断というべきであろう」と述べており、周知機能に一定の機能を認めている。

また、宇賀・前掲注(1)47－48頁は、信義則に関する事例の中で、本判決に言及している。

³⁷ 増田稔・法曹時報60巻11号284－286頁。

また、橋詰均「行政庁の行為と信義誠実の原則」藤山雅行＝村田斉志『行政争訟

なお、匿名組合契約に基づく利益の分配に係る所得区分が³⁷、平成17年通達により変更された事例に関する最判平成27年6月12日判例時報2273号62頁は、平成18年最判同様に、国税通則法65条4項の「正当な理由」を認めている。

(2) 翌年の、最判平成19年2月6日民集61巻6号122頁も通達の機能に関して重要な判断を示している。

「通達は、行政上の取扱いの統一性を確保するために、上級行政機関が下級行政機関に対して発する法解釈の基準であって、国民に対し、直接の法的効力を有するものではないとはいえ、通達に定められた事項は法令上相応の根拠を有するものであるとの推測を国民に与えるものであるから、前記のような402号通達の明確な定めに基づき健康管理手当の受給権について失権の取扱いをされた者に、なおその行使を期待することは極めて困難であったといわざるを得ない。」

本判決は、先に触れた昭和43年最判と異なる趣旨を述べている訳ではないが、「通達に定められた事項は法令上相応の根拠を有するものであるとの推測を国民に与えるものである」と述べていることは、平成18年最判同様に通達の周知機能を重視した判断ということができよう³⁸。

（改訂版）』(2011年) 76-77頁は、「判断の決め手となったのは、一定期間定着していた税務上の取扱いを変更しようとするのであれば、行政庁側も公開通達という形で説明責任を果たすべきであり、それすら果たさないでにおいて、課税庁の見解に従わない者にペナルティ（過少申告加算税）を課するのは信義に反する発想ではなかるるか・・・。」と述べている。ここでは、通達の機能と、行政法的一般原則である「説明責任」「信義則」が結び付けられている。

³⁸ 平成19年最判の周知機能については、塩野・前掲注(1)117頁、藤田・前掲注(1)307頁、稲葉ほか・前掲注3061-62頁。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－

(3) 通達の周知機能に関連して、最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁を挙げるができる。経営破たんした銀行の首脳陣が違法配当罪（平成17年改正前商法489条3号）等に関われた事例であるが、改正前の「決算経理基準」と当時の大蔵省大臣官房金融検査部長が発出した「資産査定通達」等により補充された改正後の「決算経理基準」のいずれに従うことが、「公正ナル会計慣行」（平成17年改正前商法32条2項）に該当するかが争点となった。

控訴審判決である東京高判平成17年6月21日判例時報1912号135頁は、「資産査定通達」等の定める基準に従うことが「公正ナル会計慣行」となっていたと判断した。これに対して、最高裁は以下のような判断のもと控訴審判決を破棄し、無罪との判断を示している。

「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえ、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで『公正ナル会計慣行』として行われていた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもって、これが資産査定通達等の示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法であったということとはできない。」

本判決は、刑事事件であり、平成18年最判の判断のあり方をそのまま当てはめるわけにはいかないが、「過渡的な状況にあった」と述べていることは、解釈の定着が不十分であったことを意味しており、通達の周知機能と関係してくるといえよう。

本判決の調査官解説においても、次の旨指摘がなされている。

「本判決は、被告人らが無罪にした理由につき、要旨、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、関連ノンバンク等に対する貸出金の資産査定に関し、新たな基準として適用するには具体性、定量性に乏しかったうえ、関連ノンバンク等に対する貸出金の資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことを求めるものか否かも必ずしも明確ではなかった、言い換えれば同基準が関連ノンバンク等を厳格に射程としていたか否かも明確ではなかった旨を述べている。これは、端的に言う、新基準が『公正ナル会計慣行』であるとしても、旧基準との関係で、その『唯一』性を直ちに肯認することはできないか、あるいは新基準自体が関連ノンバンク等に対する貸出金の資産査定については別個に考えることを許容しているとみる余地があるというものとして解される。」

「新基準が『公正ナル会計慣行』に当たるにしても、過渡的状況のもとにおいて、旧基準はなお『公正ナル会計慣行』であって、貸出金について貸出先の実態に応じた償却、引当を実施することを基本とする新基準の『唯一』性は否定されたとしたものか、あるいは、新基準自体が関連ノンバンク等に対する貸出金については別個に考えることを許容しているとみる余地があるものとしたものと解される³⁹。」

(4) 通達の周知機能に外部効果を認めるかについて、学説に争いがあることは前述のとおりであるが、少なくとも通達の周知機能の重要性については、学説・実務ともに認めているといつてよい。問題は、3で触れ

³⁹ 入江猛・法曹時報63巻9号234-235頁、237頁。本判決については、会社法学や刑法学に関する論点も多々含まれており、筆者の能力では十分に検討しきれない事案であるが、これらの論点についての学説の動向は、入江・前掲231-234頁に紹介されている。

行政規則の外部効果に関する一考察—解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に—
た裁判規範性と同様の機能を認めることができるかであるが、この点については否定的にならざるをえないのではないかと考える。但し、論者によって“外部効果”の定義が（黙示的にせよ）異なっており、ここでは、（解釈）通達の周知機能の重要性について再確認しておき、“外部効果”の定義の深入りは避けることにする。

Ⅱ、裁量基準の外部効果

1、裁量基準の定式

(1) 解釈基準に関して、前掲最判43年12月24日が取り上げられるのに対して、裁量基準に関しては、最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（マクリーン事件）の以下の判示部分が取り上げられることが多い⁴⁰。「行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として当不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない」

(2) しかしながら、マクリーン事件以前の下級審判例において、既に裁判規範性を認めていると思われる事例が散見され⁴¹、また、裁判規範性に関する言及の仕方も、時代とともに変遷している。注(4)にも挙げた個人タクシー事件以前の判決から2つの判例を取り上げてみたい。

東京地判昭和44年12月26日判例時報585号34頁は、内部的審査基準を公示または相手方に告知することなくなされた免許申請却下処分を違法ではないとしたが、審査基準の適法性を次のように導いている。

⁴⁰ 塩野・前掲注(1)118頁、宇賀・前掲注(1)288-289頁、大浜・前掲注(3)172頁。また、行政規則一般についてであるが、藤田・前掲注(1)305頁註(3)、大橋・前掲注(5)144頁（裁判規範性の否認）。

⁴¹ いわゆる個人タクシー事件（最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁）までの下級審判例（道路運送法関連）について、常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体（上）」判例時報2133号149-155頁、後述する個別事情考慮に関連して、交告尚史「行政判断の構造」磯部力ほか『行政法の新構想Ⅰ』280-281頁、深澤・前掲注(4)121-123頁。なお、本稿では個人タクシー事件最高裁判決の検討は行わないが、山下・前掲注(8)23頁は、「裁量基準論の転換点は個人タクシー事件上告審判決であるように思われる」と述べている。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－

「・・・個人タクシー営業の免許申請の拒否を適正、公正に決定するため、設定される基準が、関係法令の趣旨にかなった合理的根拠を備え、また、可能な限り具体的であるべきことは当然であるが、被告が道路運送法第6条1項各号による免許申請の審査上重視すべき事項として決定、公示した前記イないしへの基準が右法令の趣旨に照し合理性を疑われるふしは全くなく、また、右イ、ロおよびへの各事項は、いずれも原告主張の用語の故に、これに適合するか否かの判定上、多少とも、裁量の余地を残しているとはいえ、そのために原告主張のように、審査基準として必要な具体性を失うにいたったとは考えられない。」

このように述べたうえで、公示や原告への告知がなされなかったとしても、「その公示ないし告知がないことによって審査の公正が保たれないと認むべき特別の事情がない限り、右基準によってなされた処分を違法視するのは当たらない」とする。

本判決の審査基準（裁量基準）の審査の在り方は、最近の判例と比較すると裁量基準の合理性を審査する第1段階の審査がそれなりになされていると考えられる。マクリーン判決の定式に従えば、裁量基準は当然には裁判規範とはなりえないのであるから、順を踏めば、＜裁量基準の合理性審査（第1段階）＞がまずなされ、＜（裁判規範性の認められた）裁量基準に基づく処分の適合性審査（第2段階）＞へと進むべきである。後に触れるように、最近の審査手法においては、第1段階の審査が省略されているといえるが、本判決は、曖昧ながらもこの順序に即した形で司法審査を行っていたことになる。

なお、本判決は、内部的審査基準の合理性を論ずるに当たり、「営業免許の許否を決する具体的基準を設定することは、もとより行政庁の裁量行為に属するものというべきである。・・・その裁量が合理的でないのなら格別、他の裁量もあり得たというだけでは、これを違法とみるのは

当たらない」とも述べている⁴²。

個別事情考慮⁴³がなされた初期の事例として、東京地判昭和45年3月9日判例時報587号10頁⁴⁴がある。本判決の特徴は、裁量基準の合理性審査を行った上で、個別事情考慮がなされている点にある。後述するように、最近の裁量基準の審査は、合理性を前提にした審査がなされ、前述の第1段階の審査（＝裁量基準の合理性審査）が省略されていることからすると興味深い審査がなされていたことになる。

「法（一道路運送法－高橋注）6条1項の趣旨とするところは、審査の結果、同項各号のいずれかの免許基準に適合しないときは、免許をしないことを建前としながらも、免許の許否は国民の営業の自由にかかわるから、右各号の免許基準の内容は抽象的に定めるにとどめ、これに適合するかどうかは、具体的かつ個別的事実関係に基づき客観的標準に照らし適正かつ公平に決められるべきであるというにあると解される。したがって、右の趣旨からみて、右各号の免許基準に適合するかどうかについて

⁴² 常岡・前掲論文154頁は、「本判決は、審査基準が合理的であれば、それは裁判規範として働きうることを認めているといえよう。ただ、合理的な審査基準が例外なく一律に適用されるべき規範であると考えているのかは必ずしも明らかではない。」と述べる。

⁴³ 裁量基準と個別事情考慮義務については、小早川光郎『行政法講義下I』（2002年）24－25頁、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（1987年）175－178頁（公務員の起訴休職）、同『行政法解釈学I』（2008年）275頁、391－393頁、中原茂樹『基本行政法（第2版）』（2014年）155－157頁、平岡・前掲注(7)251－252頁等。個別考慮の必要性については、フランス行政法研究（交告尚史「個別審査と画一的処理(1)(2)（3・完）」自治研究60巻12号132頁以下、61巻3号129頁以下、4号134頁以下、大貫裕之「事案の特殊事情審査義務について(1)（2・完）」自治研究64巻10号112頁以下、11号100頁以下）及びイギリス行政法研究（深澤・前掲注(4)61頁以下）から示唆されている。

⁴⁴ 本判決前に、個別事情考慮を行った事例としては、車庫前道路幅員に関する審査基準について判断した東京地判昭和42年12月20日判時506号20頁がある。昭和42年東京地判については、宇賀・前掲注(1)289頁、深澤・前掲注(4)121－122頁、常岡・前掲注(4)151－152頁、交告・前掲注(4)280頁、阿部・前掲書275頁参照。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
の免許権者の判断はいわゆる法規裁量に属すると解するを相当とし、それゆえ、その判断が右の趣旨に照らして不合理または不公平であるときは、かかる判断に基づいて行われた処分は、裁量を誤った違法な処分であるといわなければならない。」

その上で、本判決は「内部的審査基準を設ける必要」性に言及しつつ、「内部的審査基準は法の委任によるものではなく、上記のように免許権者たる行政庁が法定の免許基準に適合するかどうかを判定するために内部的に設ける行政上の解釈基準」であると述べている。

本判決が、「解釈基準⁴⁵」と述べているところはやや不明確であるが、裁量基準の行政庁に対する拘束力を前提とする最近の判例動向とは一線を画した判断手法であるといえる。

次に、個別事情考慮に移り、次のように述べて、61才以上には免許を与えないとした「年令基準」に照らし、62才9カ月である原告に対する免許申請拒否処分を違法と断じた。

「原告は、本件申請当時62才9カ月であって前記年令基準の定める年令の上限を超過する者であるにもかかわらず、当時その健康状態になんらの異常がなく、体力もそれほど衰えていないことが認められるばかりでなく、・・・個人タクシーの免許の更新に当たっては必ずしも61歳未満でなければ許可しないというのではなく、61才以上の者でも更新が許可されている事例があることが認められ、他にこれに反する証拠はないから、これらのことからすれば、前記年令基準が年令の上限として定める61才なる年令は、法6条1項4号にいう『当該事業を自ら適確に遂行するに足る能力を有するもの』であるかどうかを判断するに当たって考慮され

⁴⁵ ここに、注(4)で指摘したような、解釈基準と裁量基準の区別の困難性が現れているともいえる。本判決が「解釈基準」という言葉を用いたことについては、常岡・前掲注(4)154頁、157頁註(3)参照。

るべき他の諸事項、すなわち、免許申請者の住所、住居の位置、状態、家族の構成および生活状態、健康状態、運転経歴、経験年数、法令の遵守状況などを総合検討することがおよそ無意味な高年齢ではないといわなければならない。」

2、裁量基準審査の変容

(1) 裁量基準が、内部規範に過ぎない以上、裁量基準に基づく個別処分の審査は、前述のように、〈裁量基準の合理性審査〉がまずなされなければならない。この段階を経ずに、〈裁量基準に基づく処分の適合性審査〉がなされるとすれば、裁量基準が法規範と同様の役割を担うことになってしまう。

前述のように、マクリーン判決より前の個人タクシー関連の判決では、この立場に立って、2段階の審査が行われていたといえる⁴⁶。また、マクリーン判決の越山調査官解説においても、次のような記述がなされている。

「元来裁量権を行使するにあたっては、諸般の事情を考慮してしなければならないことは当然であるが、権限行使の基準として行政庁が内部的に準則を定めることもあり、また、一般的基準として比例原則等が挙げられることもある。これらの準則ないし原則の違背は、原則としては、処分の不当の問題を生ずるととどまり、当然には裁量権の濫用・逸脱としての処分の違法をきたすものではないと考えるべきである。裁量権の

⁴⁶ 但し、裁量基準の合理性審査が追認の方向に働く可能性は十分にある。下級審判例を詳細に分析された平岡教授は、「判決例において、①裁量基準は行政法規に違反していない、②行政決定は裁量基準に適合している、③ゆえに行政決定も適法である、という三段論法をとって、裁量基準の適法性または（および）行政決定の裁量基準適合性を争った私人の請求を棄却するものが、しばしば見られる」と指摘している。平岡・前掲注(7)243頁及び247-248頁註(90)(91)に挙げられた裁判例を参照。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
行使が違法となるのは、これら裁量権行使の基準の違背が法の許容する一定の限度を超えた場合に限られるというべきであり、裁判例が『著しく』妥当を欠き（公平を欠き）とか合理性を欠くことが『明白』とかい
うのは、この一定の限度を超える場合を指しているものと解される⁴⁷。』

(2) しかしながら、裁量基準の司法審査については、行政手続法において審査基準・処分基準が規定されたことにより、<裁量基準の合理性審査>が省略されるようになった。いわば、法規類似の機能が認められてくるのであるが、このような動向は、文献において、「裁判上の基準として機能⁴⁸」「行政内部規範から離れて法規へと接近⁴⁹」というように指摘されている。

行政手続法施行前の代表的な下級審判例として、東京地判平成5年2月17日判例時報1459号98頁が挙げられることがある。本判決は、都市計画施設区域内における建築物の建築許可（都市計画法53条）に関するものであるが、都市計画法54条において規定されている許可要件に関して、「許可取扱基準」が定められていた。

本判決は、不許可処分が、裁量権の逸脱・濫用がなく適法と判断しているが、その中で、本件「許可取扱基準」の性質について次のように述べている。

⁴⁷ 越山安久・法曹時報34巻1号243頁。

⁴⁸ 野口・前掲注(15)33頁。更に、野口教授は「この意味において行政手続法は、行政規則に対して裁判上の基準としての位置づけを与えるという、大きな意味を有していたものとい得よう。」と続けている。

また、大橋・前掲注(15)144頁は、「行政手続法制定後には、・・・行政規則を司法審査で活用する裁判例が登場している」とし、審査基準と処分基準に分けて裁判例に言及している。

⁴⁹ 深澤・前掲注(4)147頁。

「行政庁が、本件許可取扱基準のように、右許可不許可の認定をするについて依るべき具体的な基準を定めている場合には、行政庁が自らその裁量権行使に一定の枠を設定したものといえるから、右の限度で行政庁の行為は羈束されており、右許可基準に適合していない許可不許可の決定については、違法とされることもありうるものと解すべきである。また、右基準の設定自体についても、その法適合性は司法審査の対象となるが、これも右のような行政庁の専門技術的な裁量に基づいて設定されるものであるから、その設定が、法53条1項の趣旨・目的に照らして、その付与された裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に限って、違法とされることがあり得るものと解される。」

本判決については、裁量基準の性質論とは別に、行政裁量の司法審査という観点からも検討がなされているが（判例時報1459号99頁の匿名コメントが着目しているのは、本判決の裁量審査の在り方であり、本判決も「都市計画事業の円滑な施行の確保という見地からする専門技術的な裁量」に言及している）、これまで触れてきた下級審判例と比較すると、<裁量基準の合理性審査>が省略されているところに特徴を見出すことができる⁵⁰。

また、<裁量基準の合理性審査>が省略されることは、裁量基準が（少なくとも）行政庁に対して拘束力を有することを承認することに繋がる。

(3) マクリーン事件において述べられた裁量基準の定式に、最高裁自身も暗に変容の必要性を感じていたのかもしれない⁵¹。まず、ここでは、最

⁵⁰ 稲葉ほか・前掲注6062頁は、「行政による自己拘束として裁量基準を位置づけ、法規と同質の拘束力をそれに認める判決」として本判決を挙げている。交告・前掲注(4)280頁は、「基準の適用によって形成された慣行ではなく、具体的な基準の設定という行為に行政の自己拘束の根拠を求める思想が語られているように思われる。」と述べている。

⁵¹ 阿部・前掲注(4)391頁は、マクリーン事件で示された裁量基準の定式につき、「これはもともと広い裁量がある場合に限り妥当する理論であったが、行政手続法で審

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁（伊方原発訴訟）、最判平成10年
7月16日判例時報1652号52頁、最判平成11年7月19日判例時報1688号123
頁の3つの最高裁判例について検討する⁵²。

伊方原発訴訟における裁量審査に関する判示は次のとおりである。

「原子炉設置の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分
の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子
炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被
告行政庁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
であって、・・・右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合
理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合す
るとした原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判
断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依
拠してなされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な
点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解す
べきである。」

ここでは、裁量基準の合理性が第1次的に審査されることが明示され
ている⁵³。即ち、合理性を認められた裁量基準は、裁判規範となりうる

査基準・処分基準・・・が導入され、また判例が発展してきた今日、妥当しなくなっ
たとみてよい。」と述べる。

また、最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁には、「行政庁がその裁量に任さ
れた事項について定めた裁量権の行使の準則に違背して処分が行われたとしても、
裁量権の範囲内にとどまる限り、当該処分が当然に違法となるものではない」と述
べる。ここでは、マクリーン判決は引用されていない。平成19年最判については後
述するが、この判示の分析として、山本隆司『判例から探究する行政法』（2012年）
302－304頁参照。

⁵² この3つの最高裁判例については、拙稿・前掲注(5)33頁以下において簡単に触れ
たが、不十分な整理であったので、本稿で再度整理したい。

⁵³ 塩野・前掲注(1)118頁、宇賀・前掲注(1)293頁、稲葉ほか・前掲注(6)61頁等参照。
この点につき、野口・前掲注(5)44頁は、「原子力委員会において専門技術的知見に基
づく審査が行われることが・・・法律の規定する行政庁の判断手続であること、し

のであって、マククリーン事件の定式からはズレが生じることになる。

伊方原発訴訟の解釈については、学説・実務から多くの見解が出されているが、ここでは、法的拘束力を認める最近の見解として、深澤教授と常岡教授の見解を取り上げたい。

深澤教授は、「立法者が行政機関の科学技術に関する専門技術的な判断を尊重して行政裁量を付与したときは、論理的には、適法な裁量基準も最終的には裁判所により一義的に確定され、複数存在することはないはずであるから、適法な裁量基準は一律に適用されるべきものであるはずである。したがって、立法者が行政機関の科学技術に関する専門技術的な判断を尊重して裁量を付与したときには、裁量基準それ自体に法的拘束力が認められるべきことになるであろう⁵⁴。」と述べている。

一方、常岡教授は、「本判決は、具体的審査基準が合理的な内容のものであれば、全面的・絶対的な法的拘束力ではないにしても、一定の法的拘束力を持つと捉えているものと解される。・・・合理的な具体的審査基準が合理的に適用されている場面では、当該具体的審査基準は、係争処分の適法性を判断する裁判規範として機能し得るということになる。」と述べている⁵⁵。

私見としても、本判決は、マククリーン判決とは異なり、裁量基準に法的拘束力を認めることを前提としたものと考えている。このことに加え、本判決は、次に触れる二つの最高裁判決と比較すると、裁量基準に拘束

たがって、手続において定められる審査基準が専門技術的知見に鑑みて合理的判断に寄与する合理的な内容であることが、立法趣旨により審査基準に求められているものとするのが判示の考え方ではないかと推察される。」と述べる。

⁵⁴ 深澤・前掲注(4)130頁。なお、同126頁において、「『科学的・専門技術的知見』を有する行政機関・・・が裁量基準（安全基準）を具体的かつ詳細に設定し、その基準が最新の科学技術水準に適合していれば、個別の決定において、裁量基準を一律に適用することが許されるはずである。」と述べている。

⁵⁵ 常岡・前掲注(13)「裁量基準の実体的拘束度」697-698頁。なお、深澤・常岡両教授の論文にこれまでの所説が取り上げられている。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
力を認めるに当たり、前述した、2段階の枠組みに忠実に従っているとも評することができよう。即ち、まず、具体的審査基準について〈裁量基準の合理性審査〉を行うことに言及し、その上で（裁量基準に合理性があれば／不合理でなければ）〈裁量基準に基づく処分の適合性審査〉＝原子力委員会等の調査審議・判断の過程の審理へ移行することを明言していると考えられるからである。この意味において、最高裁は、裁量基準が行政規則であることをも前提とした司法審査基準を示したということができる⁵⁶。

その後出された、前掲最判平成10年7月16日は、まず〈裁量基準の合理性審査〉を行い、次いで、〈裁量基準に基づく処分の適合性審査〉へ司法審査を移行させている。平成10年最判の特徴は、後者の処分の適合性審査において裁量基準の画一的適用を避け、その弾力的運用を求めた点に特徴がある⁵⁷。

まず、当時の酒税法10条11号該当性の判断基準となっていた「平成元年取扱要領」（国税庁長官通達）の合理性について、次のように判示してその合理性を認めている。

「平成元年取扱要領は、昭和38年取扱要領における問題点を是正することを目的として改正されたものであり、実態に合わせて算出された基準人

⁵⁶ 中原・前掲注(43)は、本判決について、「①行政庁が用いた具体的審査基準に不合理な点があるか、②具体的審査基準に適合するとした判断の過程に看過し難い過誤・欠落があるか、という2段階で審査しており、裁量基準の合理性やその当てはめの合理性が処分の司法審査において意味をもつことを示している・・・。」と述べる。2段階審査については、山下・前掲注(8)23頁も参照。

⁵⁷ 本判決については、西村淑子「酒類販売業免許の認定基準の運用」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅰ（第5版）』154-155頁及び挙げられている参考文献を参照。なお、本判決では、酒類販売業免許性の憲法適合性も問われているが、この点については省略する。

口比率によって酒類の需給の均衡を図ることとしたほか、前記ただし書条項を全面的に削除し、逆に、所定の基準人口に適合しない場合であっても、免許を付与し得る道を開いたものと解され、恣意を排するとともに、柔軟な運用の余地を持たせたものとみることができる。そして、酒類の消費量は、何よりも当該販売地域に居住する人口の大小によって左右されるものと考えられるから、これを基準として需給の均衡を図ることは、世帯数等を基準とするよりも合理的な認定方法といえることができる。したがって、平成元年取扱要領における酒税法10条11号該当性の認定基準は、当該申請に係る参入によって当該小売販売地域における酒類の供給が過剰となる事態を生じさせるか否かを客観的かつ公正に認定するものであって、合理性を有しているといえることができるので、これに適合した処分は原則として適法というべきである。」

平成10年最判は、このように裁量基準の合理性審査を行っているが、前半部分の判示が、後述する取扱要領の弾力的運用に関わってくることからすると、後半部分（特に傍線部）を読む限りでは、＜裁量基準の合理性審査＞は省略されているもしくは、＜裁量基準の合理性審査＞と＜裁量基準に基づく処分の適合性審査＞が混同していると読むことも可能である。

このような読み方をした場合、平成10年最判に対しては、「判示においては、内部的基準であるにもかかわらずこれが行政庁の判断の基準として機能するののかについて明示的な指摘は存在しない⁵⁸」との批判が

⁵⁸ 野口・前掲注(5)35頁。野口教授は、本判決に関して、「地裁、高裁、最高裁を通じて、裁判所は、同要領は『免許付与に関する具体的な判断の基礎となる内部的基準』であるとしつつもこの基準に従ってなされた免許は特段の事情のないかぎり適法ということができると述べ、その裁判規範性を認めていることが注目される。」と述べている（同34-35頁）。野口・前掲注(6)184頁も参照。

稲葉ほか・前掲注(3)61頁は、「かかる基準の合理性が肯定されると、それに適合した行政行為が適法とされることにもなり、その限りでこの基準はあたかも法源であるかのように扱われることになる」と述べる。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
なされよう⁵⁹。

平成10年最判は、このように裁量基準の合理性を認めたとうえで、具体的処分への適用において、画一的な適用を求めていない⁶⁰。次の述べる、前掲最判平成11年7月19日と同様に、個別的事情考慮を重視している。「酒類販売業の免許制が職業選択の自由に対する重大な制約であることにかんがみ」て、「平成元年取扱要領についても、その原則的規定を機械的に適用さえすれば足りるものではなく、事案に応じて、各種例外的取扱いの採用も積極的に考慮し、弾力的にこれを運用するよう努めるべきである」と続けている。

翌年の最判平成11年7月19日⁶¹は、道路運送法9条2項1号（当時）の運賃認可基準が争点となった事案であるが、第一段階の〈裁量基準の合理性審査〉と〈裁量審査〉が文脈上同時になされている。また、読み方によっては、〈裁量基準の合理性審査〉が省略されているとも読むことができる。本判決は、裁量基準（及び裁量審査）について次のように判示している。

「右のような同号（道路運送法9条2項1号－高橋注）の趣旨にかんがみると、運賃の値上げを内容とする運賃変更の認可申請がされた場合において、変更に係る運賃の額が能率的な経営の下における適正な原価を償

⁵⁹ 拙稿・前掲注(5)34頁においては、本判決の審査手法について、「裁量基準の法規性を前提とするかのような審理」と述べた。

⁶⁰ 山本・前掲注(6)285－286頁は、行政契約における行政裁量を論じる文脈ではあるが、「行政機関が用いる基準の合理性が、法の趣旨に照らして高くない場合にはそれだけ、行政機関が基準を適用する際に、個別事案に特別な事情や、基準策定時に想定されていなかった事情の変化を考慮して、基準から逸脱する個別事情考慮義務が大きくなる。」と述べ、平成10年最判、平成11年最判に言及している。平成11年最判の個別事情考慮については、宇賀・前掲注(1)289頁、中原・前掲注(4)157頁。

⁶¹ 本判決については、池村正道「裁量と不確定概念」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ（第6版）』154－155頁および挙げられている参考文献を参照。

うことができないときは、たとい右値上げにより一定の利潤を得ることができるとしても、同号の基準に適合しないものと解すべきである。そして、同号の基準は抽象的、概括的なものであり、右基準に適合するか否かは、行政庁の専門技術的な知識経験と公益上の判断を必要とし、ある程度の裁量の要素があることを否定することはできない。」

「本件通達の定める運賃原価算定基準に示された原価計算の方法は、法9条2項1号の基準に適合するか否かの具体的審査基準として合理性を有するといえる。・・・したがって、平均原価方式に従って算定された額をもって当該同一地域内のタクシー事業者に対する運賃の設定又は変更の認可の基準とし、右の額を変更後の運賃の額とする運賃変更の認可申請については、特段の事情のない限り同号の基準に適合しているものと判断することも、地方運輸局長の前記裁量権の行使として是認し得るところである。」

その上で、タクシー事業者が異なる運賃額を申請したときは、「当該申請について、法9条2項1号の基準に適合しているか否かを右提出書類に基づいて個別に審査判断すべきである」と述べ、裁量基準の画一的な運用ではなく、個別審査の必要性について説いている。

前述のように、平成10年最判においても、＜裁量基準の合理性審査＞と＜裁量処分に基づく処分の適合性審査＞が混同されていると読むことができる」と指摘したが、いずれも個別的事情考慮を行っていることからすると、裁量基準の柔軟な適用に重点を置く場合、＜裁量基準の合理性＞に関しては、合理性を前提として審査が行われていると読むこともできる。但し、この場合においては、裁量基準に対する合理性審査が省略されることで、前述した東京地判平成5年2月17日同様に、裁量基準の拘束力を正面から認めることになろう。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－

(4) 平成10年代になると下級審判決においても、裁量基準の拘束力を前提とした判例が幾つか見られるようになるが、ここでは、東京地判平成15年9月19日判例時報1836号47頁⁶²、大阪地判平成19年2月13日判例タイムズ1253号122頁を取り上げたい。

これらの判決に共通するのは、<裁量基準の合理性審査>が省略され、<裁量基準に基づく処分の適合性審査>のみが行われていることである。即ち、裁量基準の自己拘束（力）を正面から認めており、前述した東京地判平成5年2月17日同様に、裁量基準に法規規範性を認めていることになる。

東京地判平成15年9月19日は、不法残留イラン人家族に対する退去強制令書発布処分が違法と判断された事例であるが、裁量基準について次のように判示している。

「外国人に有利に考慮すべき事項について、実務上、明示的又は黙示的に基準が設けられ、それに基づく運用がされているときは、平等原則の要請からして、特段の事情がない限り、その基準を無視することは許されないものであり、当該基準において当然考慮すべきものとされている事情を考慮せずにされた処分については、特段の事情がない限り、本来重視すべき事項を不当に軽視したものと評価せざるを得ない。被告らは、・・・裁量権の本質が実務によって変更されるものではなく、原則として、不当の問題が生ずるにすぎないと主張し、過去の裁判例にもこれを一般論として説示するものが少なくないが（例えば、最高裁大法廷判決昭和53年10月4日民集32巻7号1231頁）、このような考え方は、行政裁量一般を規制する平等原則を無視するものであって採用できない。」

亘理教授は、本判決が、『平等原則の要請』を根拠に『特段の事情が

⁶² 本判決については、亘理格「退去強制手続の構造と取消訴訟（上）（下）」判例時報1867号164頁以下、同1870号156頁以下が詳しい。

ない限り』での対外的自己拘束性を裁量基準に肯定する点」につき、近時の行政法学説に適合するとする一方、「本判決が、在留特別許可権行使に関する裁量基準の存在を黙示的確立という論理で認定した点」については、従来の行政法学説では主張・検討されてこなかった論点に関する判断であり、「本判決のオリジナル」であると述べている。また、裁量基準の自己拘束について、平等原則だけではなく、適正手続の要請からも導き出さると述べる⁶³。

判例時報1836号47頁の匿名コメントにおいても、以下のような記述があり、「裁量基準の自己拘束（力）」という言葉こそ用いないものの、裁量基準を内部的な基準とする従来の考え方とは一線を画している。

「最近では、平等原則の観点からたとえ内部的な裁量基準であっても合理的な理由なくこれに反することは許されず、そのような処分は違法となるとの考え方が、むしろ多数となっているように思われる……。本判決は、従来の裁判例とは異なって、このような最近の多数説によることを明確に明示した点において注目に値するものである。」

「近時、裁量処分については、行政手続法5条の適用を受けない処分においても、行政機関の恣意や独断を防止し適正手続を確保するために、裁量基準を設定し公表するのが望ましいとされており……。本判決は、このような考え方を前提として、たとえ明文の定めがなくとも、内部的に確立した基準が存在するならば、それを黙示的な裁量基準として取り扱うことにより、右のような適正手続の要請を満たすとともに行政の透明性を確保しようと考えているものと思われる。」

このコメントからは、マクリーン判決で述べられた裁量基準の定式からの決別と、行政手続法制定による適正手続の理念が判例実務にも受け

⁶³ 互理・前掲論文（下）160頁。一方、常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体（下）」判例時報2139号155頁、158頁註(117)は平等原則による自己拘束論に疑問を呈する。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
入れられていることを読み取ることができる。また、このコメントにおいては、塩野教授、大橋教授⁶⁴、芝池教授の所説が引用されており、従来の通説⁶⁵との決別も読み取ることができる。本判決のこのようなアプローチの仕方が、亘理教授のいう「本判決のオリジナル」の判示にまで至らせたということができよう。

大阪地判平成19年2月13日は、道路運送法40条に基づく車両の使用停止処分に関する事案であるが、行政手続法12条に基づいて定められた処分基準について次のように判示している。

「処分基準公示は、・・・行政手続法12条に基づいて定められたものであり、同条の趣旨は、行政庁が不利益処分を行う際の処分基準を定め、公示する努力義務を課すことにより、不利益処分を受ける者に予測可能性を与えるとともに、行政庁の恣意を抑制し、不利益処分決定に関わる行政運営の公正の確保及びその手続き過程の透明性の向上を図ろうとした点にある。同条のこのような趣旨からすれば、行政庁が処分基準を定めている場合、特段の事情のない限り、当該処分基準に基づいて同基準どおりの処分がされることが予定されているというべきである。」

本判決は、行政手続法の趣旨から、処分基準の自己拘束（力）を導いているといえるが⁶⁶、処分基準に（行政庁自身に対する）拘束力を認めるアプローチは、後述するように、最判平成23年6月7日民集65巻4号

⁶⁴ 大橋・前掲注(5)144頁は、司法審査で審査基準を尊重した事例として本判決を挙げている。

⁶⁵ 判例時報1836号47頁において、従来の通説として引用されているのは、田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（1974年）166頁である。

⁶⁶ 本判決について言及する文献として、宇賀・前掲注(1)293頁は、「裁量基準が公にされている場合には、当該裁量基準の不適用が違法と解される余地は大きくなる」とする。大橋・前掲注(5)は、他の下級審判例にも触れ、「公表された処分基準に準拠することは原則であると理解されている。」と述べる。野口・注(5)35頁も参照。

2081頁における田原裁判官の補足意見、更には、最判平成27年3月3日民集69巻2号143頁へと繋がっていく。従って、事後的な影響を考慮すると、平成15年東京地判よりもインパクトが大きな判例といえよう。

判例実務への影響は、判例タイムズ1253号122頁の匿名コメントから推測する限りは、平成15年東京地判のようなインパクトあるコメントは見られない。本判決の争点が、訴えの利益と理由提示であったことも関係しようか（但し、後述するように、最判平成27年3月3日は、訴えの利益との関係において、処分基準の拘束力を正面から認めたのである）。

3、マクリーン判決との決別？／裁量基準の拘束力の承認

(1) 既に注(5)において触れたように、マクリーン判決が示した裁量基準の定式については、行政手続法により審査基準・処分基準が導入されている今日では妥当しないとの見解が示されていたところである⁶⁷。一般公共海岸占用不許可処分が裁量権の逸脱・濫用に当たるとした、最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁⁶⁸においては、マクリーン判決と類似した判示がなされているが、マクリーン判決は引用されていない。

本判決で許可の基準となっていたのは、鹿児島県一般海岸地等管理規則（以下で引用する判決文においては「本件規則」）3条2項⁶⁹である。最高裁は、知事の裁量権と本件規則3条2項との関係について、以下のよう判示した。

⁶⁷ 阿部・前掲注(4)391頁。

⁶⁸ 本判決については、橋本博之「公物管理における裁量」磯部力ほか編『地方自治判例百選（第4版）』96-97頁および挙げられている参考文献を参照。

⁶⁹ 本件規則は、普通地方公共団体の長が定めたものであり、法規の性質を有することになるが、本件事例では裁量基準（占用許可の審査基準）として機能していた。山本・前掲注(5)302頁及び同頁註(8)参照。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－

「本件規則 3 条 2 項が、使用又は収益の態様が同項各号の一に該当する場合に限り許可するものとする」と定めるにとどまり、その場合には許可をしなければならないと定めているものではないことに加えて、行政庁がその裁量に任された事項について定めた裁量権の行使の準則に違背して処分が行われたとしても、裁量権の範囲内にとどまる限り、当該処分が当然に違法となるものではないことを併せ考えると、上告人は、同項各号に規定する事由の一つが存在し、かつ、本件海岸の占用によってその用途又は目的を妨げることとならない場合であっても、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るときには、占用の許可をしないことができるものというべきである。」

本判決の調査官解説によれば、マククリーン判決の引用がなされていないことに特段の意味合いはないようである。内野調査官解説においては、マククリーン判決が引用され、準則への違背は「不当の問題」に過ぎないとされているからである。更に、塩野教授の所説を紹介しているが、裁量基準の「内部的基準」性が強調され、外部効果の側面については言及されていない⁷⁰。

このことからすると、判例実務においては、マククリーン判決の定式とは決別していないと読み取ることが妥当であろう。

一方で、本判決が、マククリーン判決を読み替えているとの見解を示すのが山本教授である⁷¹。山本教授によれば上記判示については、(a)「行政庁が裁量権行使のための審査基準を考慮しなかったとの理由により、

⁷⁰ 内野俊夫・法曹時報62巻2号290-291頁。及び290頁の(注)を参照。なお、(注)において引用されているのは、塩野宏『行政法Ⅰ(第5版)』(2009年)105-106頁であるが、106頁の外部効果への言及及び関連する最高裁判例(伊方原発訴訟等)への言及はなされていない。

⁷¹ マククリーン判決の定式が先例的価値を失っていることは、山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報1933号16頁において既に述べられていた。

裁量権の行使が（実体法上）違法にならない。・・・裁判所は裁量権の行使の（実体法上の）違法性を審査するために、審査基準を考慮する必要はない」、(b)「行政庁が適法な内容の審査基準を考慮しなければ、裁量権の行使は考慮不尽により違法となる。裁判所は、基準自体の違法性および基準の適用の違法性を審査する方法により、裁量権の行使の違法性を審査することになる。しかし、行政庁が個別事案に特別な事情等を考慮して、審査基準から逸脱することは適法である」という二つの解釈があり得るとする。そして、マクリーン判決の定式に適合した(a)の解釈は、今日では当てはまらず、本判決が(b)の解釈に読み替えたと解釈すべきことを主張される。

ここで山本教授が読み替えの根拠として挙げられているのが、行政手続法による基準の策定の（努力）義務づけ（学説上、法治国の一般原則とされている）＝手続法的効果の側面と、判断過程統制による裁量審査により、裁量基準に沿って行政の裁量判断の違法性の審査を行う方法がとられているという実体法的効果の側面である⁷²。

私見としても、マクリーン事件の定式はそのまま維持できないと考えている。後述する最判平成27年3月3日の調査官解説⁷³からすると、山本教授が述べる手続法的効果の側面をもって、裁量基準の（自己）拘束力が認められることになる。従って、裁量基準への違背は、「不当」の問題ではなくなるが、問題はその射程である。先に触れた平成15年東京地判と、平成19年大阪地判の例があるが、黙示的な（あるいは公表されていない）裁量基準に関しては、マクリーン判決の定式がなお維持できるのではないかと考えている。この点については、後述する。

⁷² 山本・前掲注(5)302-304頁。手続法的効果の側面については、既に山本・前掲論文において指摘されている。

⁷³ 市原義孝・ジュリスト1486号65頁は、「行政手続法12条1項により定められ公にされている処分基準に行政庁に対する一種の拘束力を認め」たものであると述べる。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－

(2) 最判平成23年6月7日民集65巻4号2081頁の田原睦夫裁判官の補足意見は、次のように述べて、マククリーン判決の定式とは逆に、処分基準の拘束力を正面から認めている。

「行政庁のなす不利益処分に関して裁量権が認められている場合に、行政庁が同法（－行政手続法－高橋注）12条に則って処分基準を定めそれを公表したときは、行政庁は、同基準に羈束されてその裁量権を行使することを対外的に表明したものということができる。

したがって、行政庁が不利益処分をなすには、原則としてその基準に従ってなすとともに、その処分理由の提示に当たっては、同基準の適用関係も含めて具体的に示さなければならないものというべきである。ただし、当該基準は行政庁自らが定めたものであることからして、不利益処分をなすに当たり、同基準によることが相当でない場合にまで、行政庁が同基準に羈束されると解することは相当ではない。しかし、その場合には、同基準によることができない合理的理由が必要であり、またその理由についても、処分理由の提示において具体的に示さなければならないものというべきである。

そして、行政庁が不利益処分の処分基準を定めてそれを公表した後に、その基準によることなく不利益処分をなし、あるいは、理由の提示においてその基準との関係についての説明を欠くときは、・・・違法との評価を受けるものというべきである。」

田原裁判官の補足意見には、このように処分基準の（原則的な）拘束力と、例外としての個別事情考慮についての言及がなされている。ここには学説の影響を垣間見ることができる。処分基準の拘束力の承認については、文献において裁量基準の自己拘束について言及されはじめてい

ること⁷⁴、マククリーン判決の定式が行政決定に関する基準策定を法治国における行政手続の一般原則として挙げられている現在において先例の価値を失ったとの指摘があること等が挙げられよう⁷⁵。個別事情考慮については、塩野教授が、裁量基準からの逸脱につき、「裁量権の公正な行使の確保、平等取扱いの原則、相手方の信頼保護といった要請からすると、準則と異なった判断をするには、そのための合理的理由が必要である⁷⁶」と述べていることが参考にされたとも考えられる。

下級審判例においては、名古屋地判平成25年5月31日判例時報2241号31頁⁷⁷が、処分基準について、「不利益処分の対象者に予測可能性を与えるとともに、行政庁の恣意を抑制し、不利益処分の公正と透明性を確保するために、処分基準を定める努力義務を課した行政手続法12条ののったものであること、・・・したがって、中部運輸局長は、特段の事情のない限り、本件処分基準に従った処分をすることが予定されていること、・・・が認められる。」と述べ、平成19年大阪地判に次いで、処分基準の原則的な拘束力を認めている。

(3) (1)(2)で述べたように、学説及び下級審判例、更には最高裁判決の補足意見において、裁量基準（処分基準）の拘束力が認められてきた中、前掲最判平成27年3月3日は、次のように述べて、最高裁としても、処分基準の拘束力を正面から認めるに至った。

⁷⁴ 宇賀・前掲注(1)293頁、大橋・前掲注(5)146頁。

⁷⁵ 山本・前掲注(5)304頁、同・前掲注(7)16頁。

⁷⁶ 塩野・前掲注(1)118-119頁。同121頁註(4)においては、「裁量基準からの離脱の許容性、言い換えれば、裁量基準の拘束性の概念については学説上共通の理解がある」と述べている。塩野宏＝高木光『条解行政手続法』（2000年）189頁も参照。

⁷⁷ 本判決を素材に、法規命令と裁量基準の司法審査の在り方を詳細に分析したものとして、常岡孝好「行政立法の法的性質と司法審査(1)～(4)」自治研究90巻9号3頁以下、同11号3頁以下、同12号56頁以下、91巻2号3頁以下がある。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－

「行政手続法は、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することをその目的とし（1条1項）、行政庁は、不利益処分をするかどうか又はそのような不利益処分をするかについてその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準である処分基準（2条8号ハ）を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならないものと規定している（12条1項）。

上記のような行政手続法の規定の文言や趣旨等に照らすと、同法12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。したがって、行政庁が同項の規定によって定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準と異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又は濫用に当たることとなるものと解され、この意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになるものということができる。」

本判決の調査官解説によれば、「本判決は、行政手続法12条1項により定められ公にされている処分基準に行政庁に対する一種の拘束力を認め」

たものであるとされる⁷⁸。

その一方で、「公にされた処分基準は、飽くまでも行政庁の内部的な基準にとどまり、法令の性質を有するものではない」との言及もなされており⁷⁹、マククリーン判決の定式になおこだわっている側面もある。学説における外部効果の議論を判例実務において完全に整理しきれていないところがみられるが、マククリーン判決の定式は暗黙に変更されたことは間違いないと考える。それが、垣間見えるのが、上記の引用箇所に含まれた、「行政庁が処分基準と異なる処分をすることは、平等取扱いの要請や相手方の信頼の保護等の観点から、これを相当と認めるべき特段の事情が必要であると解され、そのような特段の事情のない限り、処分基準に従った処分がされるべきものと考えられる」とのコメントである⁸⁰。判決文に見られるこのコメントは、平成23年最判の田原裁判官の補足意見、更には平成19年の大阪地判に類似するものであるとともに、先に触れた山本教授のマククリーン判決の(1)(b)の解釈に通じるものでもある⁸¹。

次に問題となるのは、マククリーン事件の定式が示したく裁量基準への違背は「当不当」の問題に過ぎない>という定式が、本判決でどこまで読替えられるかという射程の問題である。ここで一つの目安として考えられるのが、本判決が、処分基準の拘束力を認めるに先立ち、行政手続法の規定の趣旨に言及しているところである。「行政決定に関する基準の設定」が「法治国における行政手続の一般原則」となっていることからすれば⁸²、公表された内部基準については、本判決の射程が及ぶと解することができる。従って、公表されている審査基準・処分基準につい

⁷⁸ 市原・前掲注(7)65頁。

⁷⁹ 市原・前掲解説65頁。

⁸⁰ 市原・前掲解説65頁。

⁸¹ 山本・前掲注(5)303-304頁。

⁸² 山本・前掲書304頁、同・前掲注(7)16頁。またそこに引用されている塩野宏『行政法Ⅰ（第5版）』（2009年）272頁（塩野・注(1)297頁）を参照。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
では、本判決に従い拘束力が認められることとなる。一方、平成15年東京地判のように、「默示的に」裁量基準が設定されている場合は、本判決の射程は及ばず、この場合は従来通り、＜裁量基準の合理性審査＞がなされ、＜裁量基準に基づく処分の適合性審査＞が続くことになる。

(3) マクリーン事件の定式からすれば、裁量基準の裁判規範性については、＜裁量基準の合理性審査＞がなされ合理性が判断された段階で認められることになる。また、＜裁量基準に基づく処分の適合性審査＞において、個別事情考慮がなされる。

しかしながら、＜裁量基準の合理性審査＞については、2において分析したように、平成に入ってから省略されている事例が見られるようになり、裁量基準の自己拘束が学説においても主張されるようになった。

最高裁判例においても、「当不当」の問題から、＜裁量基準の合理性審査＞の対象へ（＝平成4年最判[伊方原発]）、更には＜裁量基準の合理性審査＞の省略（？）へ（＝平成10年最判、平成11年最判[伊方原発訴訟の2段階審査に基づき、合理性が認められた裁量基準に法規性を認めているとも解釈できる]）という動きが見られる。

下級審判例も含めたこの流れは、平成27年最判により決定づけられたといえるが、平成27年最判が、マクリーン判決の定式を完全に否定したとは考えられず、今後は、公表された裁量基準に関しては、裁量基準の自己拘束を認め、＜裁量基準の合理性審査＞は省略され、個別事情考慮については、＜裁量基準に基づく処分の適合性審査＞の中で判断されていくことになろう。公表されていない裁量基準については、＜裁量基準の合理性審査＞と＜裁量基準に基づく処分の適合性審査＞の2段階で審査がなされることになる。いずれにせよ、平成27年最判は裁量基準と法規命令との相対化をより進めるものとなろう。

むすびにかえて

(1) 本稿においては、解釈基準および裁量基準の外部効果について、裁判規範性という観点から主に分析を行ってみた。解釈基準に関しても、外部効果を問題にすることができるかという第一の問題については、裁判所の法解釈における謙讓（deference）の問題ではあるが、立法規則と解釈規則の相対化が見られるアメリカの動向からすると、我が国のにおいても、裁量基準同様に相対化・外部効果の議論ができるように思われる。

但し、アメリカにおける議論と我が国の議論を平行に行うことは出来ないので、我が国の問題としては、裁判規範性という観点から検討することが妥当と考え、Iでの検討を行った。

解釈基準の司法審査の在り方は、従来の法規命令・行政規則の二分論⁸³からすれば、個別の処分の審査においては、〈解釈基準の適法性審査〉と〈解釈基準に基づく処分の適法性審査〉の2段階で行われることになる。外部効果（前述のように、“外部効果”については必ずしも論者の一致があるわけではない）を広く解釈すれば、第1段階で解釈基準が適法と審査されれば、これに基づいて処分の適法性審査が行われることになり、従来の二分論のもとでも、裁判規範性を認めることが可能となる⁸⁴。

実際に下級審判例をいくつか検討してみたところ、解釈基準の司法審査においても、〈解釈基準の適法性審査〉はなされず、解釈基準が適法との前提に〈解釈基準に基づく処分の適法性審査〉のみ行っている事例が見られる。この司法審査の在り方は、裁量基準の自己拘束と同じことが当てはまるのであり、下級審判例においては、裁量基準の自己拘束に相当する現象がしばしば見られるのである。裁量基準の自己拘束につい

⁸³ 二分論については、野口・前掲注(6)177頁以下参照。

⁸⁴ 注(13)において引用した常岡教授の見解はこのような解釈を前提としているのではないと思われる。

行政規則の外部効果に関する一考察－解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に－
では、外部効果の問題として異論のないところと思われ、解釈基準の外部効果についても大いに議論の余地が出てくるのではないかと思われる⁸⁵。

(2) 本稿では、併せて、最近の周知機能と呼ばれる現象についても、実務的見解も参照しながら検討してみた。I で述べたことの再確認となるが、解釈基準の周知機能の重要性については、調査官解説からもうかがい知ることができる。

問題は、周知機能＝外部効果という図式が成り立つかどうかであるが、前述のように“外部効果”については、論者によって必ずしもその範囲が一致していると思われないこと、本稿では裁判規範性の問題から主にアプローチしてきたことからすると、周知機能が直接裁判規範性の問題にはならないことから、消極的な立場に立っておくことにしたい。

(3) 裁量基準の外部効果については、裁量基準の自己拘束に関する判例の流れをたどりながら検討してみた。ここでも、従来の法規命令・行政規則の二分論やマクリーン判決の定式からすれば、<裁量基準の合理性審査>と<裁量基準に基づく処分の適合性審査>の2段階審査がなされることになる。現に、昭和40年代の個人タクシー免許に関する下級審判例においては、このような2段階の審査がなされた形跡があり、また、<処分の適合性審査>の中で、個別事情考慮が行われていた。

裁量基準の外部効果の問題（＝自己拘束）は、第一段階である<裁量基準の合理性審査>が省略されることを意味することではほぼ異論がないと思われるが、平成に入ってからの下級審判例には、裁量基準の合理性

⁸⁵ 裁量基準と解釈基準の審査の相対化については、注(4)において引用した租税通達に関する塩野教授の見解が既に示されていたところである。但し、結論として塩野教授は、解釈基準の外部効果を認めることに消極的である。塩野・注(1)120-121頁参照。

を前提として、〈裁量基準に基づく処分の適合性審査〉のみ行う判例が現れてくる。

最高裁判例の動向をみると、最判平成4年（＝伊方原発訴訟）においては、従来の〈裁量基準の合理性審査〉と〈裁量基準に基づく処分の適合性審査〉の2段階審査を前提にする判示が述べられているが⁸⁶、II 2で述べたように、平成10年最判、平成11年最判においては、第1段階の〈裁量基準の合理性審査〉が省略されているようにも感じられる。

そして、下級審判例における裁量基準の自己拘束の肯定、平成23年最判における田原裁判官の補足意見を経て、平成27年は（公表された）裁量基準の拘束力を正面から認めることになった。

これにより、II 3(3)で述べたように、公表された裁量基準に関しては、原則として、〈裁量基準に基づく処分の適合性審査〉のみがなされ、例外的な個別事情考慮もこの段階でなされる事例が多くなり、法規命令と裁量基準の相対化が一層進むことが予想される。

(4) 平成27年最判において、（公表された）裁量基準の拘束力が認められたことにより、自己拘束の法的根拠の再検討がなされる可能性がある。自己拘束については、ドイツ法の研究から平等原則が挙げられており⁸⁷、

⁸⁶ 伊方原発訴訟が、2段階の審査を行うことを前提としていることからすると、裁量基準を「当不当」の問題としたマクリーン判決・伊方原発訴訟・裁量基準の拘束力を正面から認めた平成27年最判という3つの基準を最高裁は持っているという考え方と、マクリーン判決自体、裁量基準は考慮対象となすことを否定してはならず、II 3(1)で引用した山本教授の(b)の解釈が当初から可能であり、伊方原発訴訟はその枠内に入るとはいえないかという考え方が筆者の中でまとまらず、本稿での伊方原発訴訟についての整理が曖昧になっているが、この点については、別稿にて再検討することにした。

⁸⁷ 大橋・前掲注(6)124頁以下、平岡・前掲注(6)246頁以下。平岡・前掲246頁は、「今日の西ドイツ行政法学の通説によれば、一定範囲の行政規則は“行政の自己拘束”(Selbstbindung der Verwaltung, od. administrative Selbstbindung) 論に基づいて、平等原則を媒介として“間接的”に、“事実上”の法的拘束性を承認される。」と述べる。

行政規則の外部効果に関する一考察—解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に—

(より広い意味での) 外部効果に関しては、平等原則のほか信義則(信頼保護原則)もその根拠として挙げられてきた。更には、審査基準・処分基準の(努力義務としての)公表も併せて挙げられてきたところである⁸⁸。私見としては、学説におけるこれまでの見解に平成27年最判は沿うものであると考えるが、平成27年最判が「行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することをその目的」とすることまで遡って言及していることからすると、新たな理論づけの可能性も出てくるかもしれない⁸⁹。同様の問題は、個別事情考慮についても検討する必要があるが⁹⁰、これらについては別稿にて検討することにする。

現在も、行政の自己拘束については、基本法3条を介した平等原則に基づくとの考え方が一般的なようである。Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17.Aufl, 2009, S.629-630.; Erichsen/ Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14.Aufl, 2010, S.663.

⁸⁸ 平岡・前掲注(7)252-259頁において分析されている。同旨の見解として、塩野・前掲注(1)121頁、藤田・前掲注(1)303-305頁、宇賀・前掲注(1)292-293頁、稲葉ほか・前掲3040、45、61頁等。一方、平等原則の適用に疑問を呈する見解として、常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体(下)」判例時報2139号155頁、同・前掲注(3)「裁量基準の実体的拘束度」712-715頁。

⁸⁹ 透明性原則に言及するものとして、大橋・前掲注(5)146頁。また、亘理・前掲注(2)(下)160頁は、「解釈基準や裁量基準の事前設定と開示は、平等原則ばかりではなく、行政運営における公正の確保と透明性の向上(行政手続法1条1項)という一層の拡がりをもった適正手続保障の理念により基礎づけられるに至っている」と述べている。

⁹⁰ 交告教授は、フランス法を参照しながら、「国民には、事案の特殊事情を審査したうえで決定することを求める権利がある」と述べている。交告尚史「無瑕疵裁量行使請求権」成田頼明編『行政法の争点(新版)』53頁。