

タイトル	道路法の原因者負担金制度と裁量統制(三)・完 : 復旧工事費用負担処分取消請求事件(札幌地裁判決、札幌高裁判決及び最高裁決定)再論
著者	秦, 博美; HATA, Hiromi
引用	北海学園大学法学研究, 47(1): 87-112
発行日	2011-06-30

# 道路法の原因者負担金制度と裁量統制(三)・完

## ——復旧工事費用負担処分取消請求事件

### (札幌地裁判決、札幌高裁判決及び最高裁決定)再論

秦 博 美

#### 目次

七	はじめに	八	従来の行政裁量論
六	事実関係等	九	行政裁量と法の適用(阿部教授の問題提起)(以上四六卷二 号)
五	一審裁判所での審理・判断	一〇	原因者負担金処分と行政裁量
四	二審裁判所での審理・判断	一一	一審判決の行政裁量論における問題点(論点二)
三	最高裁の判断	一二	二審判決の行政裁量論
二	負担金額に関する学説	一三	終わりに(以上本号)
一	「減価償却」の問題点(論点一)(以上四五卷四号)		

## 一〇 原因者負担金処分と行政裁量

### 1 行政裁量の有無（所在）

法五八条一項の原因者負担金制度に関し、行政の裁量事項はどのように考えられているのかを検討する。

学説上、法の原因者負担金制度について、一般論として行政の裁量が認められること（裁量の所在）については疑いの余地がないものと思われる。すなわち、「道路セミナー」一九一号は、原因者負担金制度の特集を組み、その中は「原因者負担金制度の私法的考察」を論じる山田卓生教授を除く、宇賀克也教授、確井光明教授及び磯部力教授の各論稿はいずれも行政裁量の存在を認め、そのことを前提に議論を展開しているのである。

磯部教授は、法の原因者負担金制度について、私法上の一般不法行為法理に対する特別法という関係に立つものではなく、不法行為法とは異なる法目的を有する公法上の制度であること、にもかかわらず同制度が市民社会における損害填補の一般的ルールとしての私法的不法行為法理とは全く無縁の世界として屹立していることを意味しないことを指摘する。その上で、「私法法規を公法上の制度に直接適用するということではなく、私法法規の中に含まれる法の一般原則の内容を、行政裁量権の具体的な行使の場面において、実質的に確保していくような解釈運用のテクニクが求められている」「私法上の不法行為制度の中で形成されてきた法理を十分に参酌しうる柔軟な態度を採用し、結果として合理的かつ公正妥当な解決を確保しうるよう運用することが肝要である」「右の意味における運用の柔軟性は、主として法五八条にいう『他の工事又は他の行為により必要を生じた』、『必要を生じた限度において』、『費用を負担する者』、『その全部又は一部を負担させる』など、その語義が一義的に確定しない文言の解釈という形で、実質的に

は道路管理者に認められた行政裁量権の適切な行使を通じて確保されることになる。」と述べ、要件と効果双方の裁量を想定している。

そして、具体的には、「原因者の過失の要否及び失火責任法の適用」を論じる箇所、過失の存在を要件としないで負担金命令を発することが「社会通念としての不法行為法上のあるべき帰結とあまりにもかけはなれ、常識的な正義のない公平感覚に反することになる場合には」、「法五八条の『他の工事又は他の行為により』の解釈を操作することによって、損傷者の行為と施設損傷の間の相当因果関係を遮断し、当該行為者を原因者と認定しないことにするか、あるいは原因者と認めた上でも、『必要を生じた限度』あるいは『全部又は一部』の運用において、負担金を妥当な範囲内にとどましめることによって、社会的公正観念を満足させるような帰結を導くことになるであろう。（改行）右に述べたような運用方法は、とりあえず社会的な責任配分に際して具体的妥当性をもった解決を実現するための裁量権行使として説明するしかないのであるが、その基本となる考え方は、原因者が負担金支払義務を負うことの根拠を、原因行為の違法性や過失の存在ということとは別に、結果として発生している損傷と原因行為の間の帰責可能な因果関係そのものに求めるということに近いであろう。」<sup>⑭</sup>と試論的に述べる。

磯部教授は、複数原因者の事例の取扱いについて、「法は、道路管理者がどのような理由に基いて、どの程度の負担命令を課すかという点について、政策的ないし合目的的載量の余地を十分に認めていると解した方が素直であろう。つまりそのような裁量権の適正な行使によってこそ、個々の事案に即した具体的妥当性をもった解決が最も良く確保されることは見易い道理であり、まさにそのような柔軟な運用の集積によって、原因者負担金制度のマクロな意味での制度目的が最も良く発揮されることになるであろう」と述べるが、これは行政裁量一般について妥当するものというべきである。

宇賀教授も、法文の「『その全部又は一部』という文言をいかに解釈するかについては議論があるようであるが、費用の全額を私人に負担させる必要はなく、行政庁が裁量により減額して一部のみを負担させることができる」と読むのが素直な解釈であろう。」と述べ、そのことは、法六一条の受益者負担金の規定——当該工事に要する費用の一部を負担させることができる——との対照によっても確認されうとする。また、そのような裁量権の存在は、不法行為の法理ではなく、人的公用負担のドグマ・テイクに依拠するのでなければ説明できないとも述べる。

宇賀論文には、「二条の手続を利用するか、五八条の手続を利用するかについての判断は、行政庁の裁量に委ねられており」、「現在、係属している審査請求の多くは、原因者か否かの認定が微妙なもの、及び、複数の原因者が存在する場合に、単独の者に全額の負担命令を発することに起因しているといつてよい。∴負担金額を定めるにつき行政庁に裁量を認め、たとえば、ほかにも原因者がいる場合や、道路の設置管理にも問題があつたような場合には、そうした事情を斟酌して負担金額に反映させることが必要であろう。」<sup>(10)</sup>「負担命令を発しうる場合であっても、必ず命令を出すことを義務づけられているわけではなく、行政側に効果裁量がある。すなわち、行政便宜主義∴が認められていと解してよいであろう。」との記述も見られる。しかし、当該論文では、「減価償却」については論じられてはいない。

碓井教授は、「租税債権の場合には、その成立と確定とが区別されており、課税処分は確定行為として位置付けられている」<sup>(11)</sup>「道路法五八条一項は、『その必要を生じた限度において、他の工事又は他の行為につき費用を負担する者にその全部又は一部を負担させるものとする』と定めることによつて、道路管理者の認定判断権を重視しているので、具体的な原因者負担金債権は、負担命令により成立するとみることができる。」<sup>(12)</sup>（傍線筆者）と述べ、裁量権導出の理由とも解せる記述をしている。また、「被相続人が原因者であることを知らないで、相続人が相続の単純承認をするケ-

スにおいては、…行政庁の裁量の範囲で配慮を加えることが可能であらうと述べる<sup>127</sup>。そして、「原因行為に道路管理の瑕疵が介在する場合に、…、道路管理の瑕疵の寄与分は、『他の行為により必要を生じた費用』に含まれないと解することによって<sup>128</sup>」と述べ、宇賀記念論文の減価償却に係る解釈と同様の条文解釈を展開している。

以上述べたとおり、学説上も行政裁量（要件裁量・効果裁量）の存在は肯定的に解されており、裁判例については、九の1で紹介した大阪高裁昭和六一年三月二五日判例時報一二〇〇号五六頁等がある。

## 2 法五八条一項の分析

学説は、行政行為における裁量について、行政決定の一体として捉えた全体ではなく、個別の行政決定がなされる際の判断過程の段階（行政決定の構成要素）ごとに裁量の有無を判定するとの立場を採る<sup>129</sup>。例えば、便宜的に藤田宙靖教授の整理<sup>130</sup>を示すと次のようになる。

- ① 処分を行うための要件が充足されているか否かという問題（従来の「要件」についての判断は、具体的には、事実の存否、法律の解釈、事実の法律への当てはめという判断を含む）。
- ② 処分がどのようにして行われるか（従来の「判断の手續・過程」のコントロールは、具体的には、手續のコントロール（手續の内容、手續の実行の有無）及び判断過程のコントロール（考慮事項の内容、考慮の有無）を含む）。
- ③ 処分を行うかどうかについての判断（従来の「効果」には、処分の内容、処分を行う時期、行為の実行の有無等についての判断を含む）。

法の原因者負担金制度の負担金額の決定に関しては、一般論として裁量の余地があることは1で述べたところから明らかであろう。では次に、法五八条一項の条文——「道路管理者は、他の工事又は他の行為により必要を生じた道

路に関する工事又は道路の維持の費用については、その必要を生じた限度において、他の工事又は他の行為につき費用を負担する者にその全部又は一部を負担させるものとする。」——のどこにどのような裁量が認められるのかを検討する。右の藤田教授の整理にあてはめると、「他の工事又は他の行為により必要を生じた道路に関する工事又は道路の維持の費用について」は①に、「その必要を生じた限度において、他の工事又は他の行為につき費用を負担する者に」は②に、「その全部又は一部を負担させるものとする」は③に該当するものとして、一応の整理はできそうである。その場合、「その必要を生じた限度において、他の工事又は他の行為につき費用を負担する者に」を、②ではなく①と整理することもまた可能であろう。

### 3 実損額ないし減価償却と行政裁量

それでは次に、法五八条一項の原因者負担金の負担額の解釈において、八の一で述べた二つの観点の第一、すなわち、実損額（阿部教授）ないし減価償却（宇賀教授）の考慮は法的拘束（羈束）であり、行政の裁量事項ではないと解すべきなのか、それとも、あくまで道路管理者の合理的裁量に委ねられているものと解すべきかについて検討する。当該論点は、これまで自覚されていなかったようで、その点を判示する裁判例はなく、算定方式等は明らかではないが、裁判になった事例においては「全部」を命じているものである。また「道路セミナー」でも、実損額（阿部教授）ないし減価償却（宇賀教授）の考慮が道路管理者の権限行使の場面で要請されるかについての言及はない。

宇賀記念論文は、「7 減価償却」という項目をたて、「減価償却分を負担金額から控除すべきかは、實際上重要な問題である。」として比較的详细に論じている。すなわち、道路施設としての従前の機能の復旧に要した費用という観点に立って、減価償却分は控除すべきでないという伝統的な見解に対し、「しかし、それでは、原因者の負担によつて

道路施設の財産的価値を従前より増加させることになり、原因者負担金の制度がそこまで目的としていると解する必要はないであろう。」とする。<sup>(18)</sup> この自説について、宇賀教授は注(41)で『道路法解説』(大成出版社、一九九四年)四三一頁参照としている。

宇賀教授は、当該論点について周到に二段構えの議論をしている。すなわち、「『他の行為により必要を生じた』部分は、減価償却分を控除した部分と解することは可能であり、社会通念にも合致すると思われる。」とし、先ずは(行政裁量論以前の)法定要件の解釈の可能性(余地)を述べる。<sup>(19)</sup> ここで教授は解釈の根拠を具体的には示しているわけではないが(財産権に立脚する阿部教授の立論と比較して)、「減価償却」の議論に理由がないことは既に七の「減価償却」の問題点(論点一)で詳論したところではあるが、念のため補論する。宇賀記念論文が述べるように、法二二条は、工事原因者に対する工事施工命令、いわゆる「原因者工事」の施行命令に関する規定であり、法五八条の原因者負担金と「同一の行政目的を達するための規定である(り)」、両者は表裏一体の関係にある」ところ、西岡芳樹弁護士は、自動車事故の損害について次のように論じている。すなわち、「交換価値あるいはそれを金銭をもって表現した交換価格には二つの意味がある。それは被害者の所有する自動車を譲渡する場合の所謂売り手としての交換価格である。所有者の財産を評価する場合はまさにこの価格が問題となる。一方、原状回復という観点に立てば、被害者はその価格の金銭をもって、同種同等の自動車を手として使用できなければならぬ。この場合は、買い手としての交換価格を補償されなければならない。なぜなら物をもって補償するより金銭をワンクッション置くことで損をして良いという合理的な理由はないからである」(傍線筆者)<sup>(20)</sup>。西岡弁護士用語方では、法二二条は「物をもっての補償」、法五八条は「金銭をワンクッション置く」補償ということになる。法の趣旨は、損壊された道路施設を、損壊前の「元の状態」に戻すことであって、「元の価値」に戻すことではない。

翻って、宇賀教授の立論における「減価償却」の概念自体必ずしも明らかではないが、それが一審判決のように法人税法上の耐用年数を前提とするものであるとすれば、およそ行財政の現実を反映するものとはいえない。減価償却計算をした結果が現存価値を示すものと認める根拠もない。宇賀説を前提に法五八条一項の適用場面を考察すると、道路施設設置直後の損壊行為という極めて例外的な事例以外、すなわち、ほとんどの場合で復旧費用「全部」の賦課命令は（法律構成の違いはあっても）違法ということになりかねない。

付言すれば、ここで宇賀教授は、「他の行為により必要を生じた」という法定要件の解釈をしているのであり、「その必要を生じた限度において」の議論をしているのではない。しかし、宇賀教授が注41で引用する道路法解説四三一頁は、「必要を生じた限度において」の解釈に関するものであり、ここでは『その必要を生じた限度において』負担させることとしたのは、他の工事等によって必要を生じた道路に関する工事を施行する場合に、不可避的に道路の改良を伴うような場合（耐用年数等について）には、超過分は、道路管理者において負担する趣旨である。」とされている。七の2で述べたとおり、その趣旨は「当該道路工事が技術的に改良を伴わなければ施行できないものである場合」を意図しており、宇賀教授が想定するような、「耐用年数」の延長一般を意味しているものではない。『道路法解説』が、旧施設との比較において、道路の改良と目される耐用年数の増加分は、「その必要を生じた限度」には該当しないと解釈しているのは、従前の道路維持管理機能の「原状」回復を超える機能そのものの増加、すなわち「改良」と評価すべきものであるからであろう。宇賀記念論文の『道路法解説』の引用には、解釈している条文の箇所に齟齬があり、その趣旨の理解においても誤解があるように思われる。

次に、宇賀教授は、「仮に、『他の行為により必要を生じた』の解釈として、減価償却分を控除することができないとしても、『その全部又は一部を負担させるものとする』と規定されているのであるから、減価償却分を控除した『一

部』を負担金として課すことによつて、実質的には同様の運用を行うことが可能にならう。」とする。ここでは明示はしていないが、「他の行為により必要を生じた」という要件に係る裁量ではなく、効果裁量を肯定する趣旨であろう。<sup>113)</sup>ここで、宇賀教授は断定は避けてはいるが、その主張の趣旨は、減価償却分を控除しない負担金命令は法の趣旨目的から裁量権の踰越・濫用となる余地があるとするものであろう。すなわち、八の1で述べた第二の観点である、裁量権の限界(範囲・幅)はいかなるものかについて、宇賀記念論文は一応言及しているものと解される。

注

(III) 前掲注(1)

(II) 磯部・前掲注(1)四三頁。また、磯部教授は、次のようにも述べる。道路の機能の維持と損傷が生じた場合の迅速な機能回復を図るために、公法上の制度を優先的に選択できるという制度の存在理由は、「簡易迅速な方法により道路機能の回復を図りかつ原因者の責任問題も解決しようという現実の結果が確保される可能性のある限りに於いて正当化される」。このため、「複数の原因が競合しているために各当事者の責任割合が簡易明快に決定しえないような困難なケース」においては公法上の制度を優先的に選択することにはならないのである。

(113) 前掲注(1)四五頁。深澤龍一郎准教授は、「解釈を操作すること」に対し次のように批判する。すなわち、「法令の解釈は最終的には裁判所によつて一義的に確定されるものであり、かつ、行政機関が設定する解釈基準は、裁判所による(唯一の)法令の解釈に適合した適法なものでなければならぬから、行政機関が複数の法令解釈を使い分けることは許されない」(「裁量基準の法的性質と行政裁量の存在意義(一)」、民商法雑誌一二七巻六号四頁)。また、深澤准教授は、法令の解釈・適用の在り方は客観的に一義的に定まるとする考え方(美濃部、田中)がある一方、法令の解釈・適用の在り方は必ずしも客観的に定まらなければならないという考え方(以下)と、藤田宙靖教授の所説(前掲注(1)一〇三頁以下)を紹介する(「行政裁量論に関する覚書」法学論叢一六六巻六号一六九頁以下)。宮田三郎教授は、「価値判断を伴う不確定概念の解釈・適用は、複数の解釈がともに成り立ちうる場合がある。しかし具体的場合には、複数の解釈・適用がともに許されるのではなく、一つの解釈・適用だけが適法とされなければならない。」と述べる(「行

政裁量とその統制密度」(信山社、一九九四年)二三頁)。

(114) 磯部・前掲注(1) 四四頁以下

(115) 磯部・前掲注(1) 四九頁

(116) 宇賀・前掲注(1) 一三頁

(117) 宇賀・前掲注(1) 一四頁

(118) 宇賀・前掲注(1) 一八頁

(119) 宇賀・前掲注(1) 一三頁

(120) 宇賀・前掲注(1) 一六頁

(121) 碓井・前掲注(1) 一八頁

(122) 碓井・前掲注(1) 一九頁

(123) 碓井・前掲注(1) 二〇頁

(124) 芝池教授は、当該行為全体が自由裁量行為か否かを問題とするのではなく、ある要件については司法審査が認められるが、ある要件についてはそれが制限されるというように考えるべきであろうと述べる(前掲注(1) 七九頁)。参照、橋本博之・前掲注(46) 五二八頁

(125) 藤田・前掲注(1) 一一三頁以下

(126) 芦刈勝治(建設省道路局路政課長補佐)は、『その必要を生じた限度』の意が『耐用年数に対する考慮』であると解釈の妥当性を法解釈上・運用上明らかにすべき問題点の一つとして挙げている(道路セミナー・前掲注(1) 八頁)。

(127) 市吉繁夫「公法判例研究」は、行政裁量の所在を、『：他の行為により必要を生じた道路に関する工事：の費用についてはその必要を生じた限度において：他の行為につき費用を負担する者に』という要件にか、『全部又は一部』という内容・程度にか、あるいは『負担するものとする』という発動の可否にか』と述べ、『その必要を生じた限度において、他の行為につき費用を負担する者に』を要件と分類している(西南学院大学法学論集第二〇巻第一号(一九八七年) 一六一頁)。このように、要件と効果の区分は、実はそれほど明らかとは言えないように思われる。「その必要を生じた限度において」について言うなら、その上限額に着目すれば「要件」と解することもできるし、その範囲内において負担金の額をどうするのかは「効果」と解することもできよう。学説上、要件裁量・効果裁量の相対化が語られるが(例えば、塩野・前掲注(36) 一三八頁、橋本・前掲注(99) 一六六頁)、宮田三郎教授は、判例理論は

要件裁量か効果裁量かという視角で裁量問題を分析してゆく傾向がみられ、定着したと述べる。その上で、この視角は、「単に裁量学説の分類学のためにあるのではなく、法律要件と法律要件(筆者注・効果の誤植と思われる。)から成る法規範構造を前提とし、法規範の分析を通して、裁量権の所在とその範囲を確定しようとする方法的な側面をもっている」(前掲注(113)一四頁)と指摘する。

(128) 宇賀記念論文二二四頁

(130) 宇賀記念論文二一四頁

(131) 西岡芳樹「物損事故の損害賠償額算定についての一私案」財団法人交通事故紛争処理センター編集『損害賠償の法理と実務』(ぎょうせい、一九八四年)四七四頁

(132) 阿部教授は、大阪高裁昭和六一年三月二五日判決について、裁量濫用の観点がなくとも、「他の行為により必要を生じた」の要件は充足されないと解することにより、結論は同じになると論じていた(注(82)(83)参照)。

(133) 宇賀・前掲注(1)一三頁参照。宇賀記念論文には「裁量」の用語は見あたらないようである。

## 一一 一審判決の行政裁量論における問題点(論点二)

### 1 三つの分析軸

裁判所が裁量権の濫越濫用の有無を審査する方法として、実体的審査、手続的審査のほか、判断過程審査が多用されており、近年は最高裁判所においても判断過程審査が採用されているところである。<sup>(134)</sup> 橋本博之教授は、「近時の判例・裁判例は、行政決定に係る意思形成過程の適否に着目した判断過程統制手法を急速に発展させ、一定の場合に行政裁量に係る審査密度を高めるといふ傾向を有している。∴行政裁量に関する理論的枠組みの溶融化現象と、裁判実務上の判断過程統制手法の拡張的活用が同時進行するという状況が看守される。」<sup>(135)</sup>と述べる。

判断過程審査とは、「行政庁が一定の意思決定や行動へ到達するまでの調査、審議、判断等の一連のプロセスが適正かつ公正に進行したか否かを、裁判所が審査しようとするものである」<sup>(13)</sup>。深澤龍一郎准教授は、裁量権の古典的な統制法理を「社会観念審査」と整理した上で、近年の判例において裁量権の一般的な統制法理となりつつある「判断過程の合理性審査」は、大きく二つに分けることができるとする。第一は「考慮事項」に着目した審査であり<sup>(14)</sup>、第二は「審査基準」に着目した審査である<sup>(15)</sup>。これらの学説の整理を踏まえ、行政裁量について判示している（と思われる）一審判決のロジックの位置付けを三つの分析軸で検討する。最初に大きく、判決が実体的審査、手続的審査及び判断過程（の合理性）審査のどれを採用しているのかを検討し、次に、仮に判断過程（の合理性）審査であるとした場合、「考慮事項」に着目した審査なのか、「審査基準」に着目した審査なのかを検討する。そして最後に、思考の順序としては逆になるが、阿部教授の指摘を踏まえ、そもそも一審判決は、行政裁量論の問題ではなく、それ以前の客観的・一義的な法令解釈論を示したものと理解すべきものなのかについて検討することにする。

## 2 一審判決の論理構造

一審判決は、その論理構造を形式的に見た場合、1で述べた三つの分析軸の第一に関しては、判断過程統制審査を行っているように思える。すなわち、判決は、「法二条一項及び五八条一項は、無過失責任と行政の優越性にに基づき、原状回復や負担金の徴収を認める制度であり、対等な立場に立つ二当事者間の損害を公平に分担しようとする民法上の不法行為制度とは異なる性質のものである。」「法五八条一項は、道路管理者に対し、その優越的地位に基づき、行政上の裁量に基づいて道路に関する工事又は道路の維持の費用の負担をその原因者に課する命令権限を付与したものと解すべきであ」とし、行政裁量の所在について一般的解釈を述べた上で、先ず①「同項を単に原因者負担金制度

であることを理由として、原因者に対し生じた費用の全額を一律に負担させるものであるとして、解釈・運用することとは、衡平の理念に著しく反する結果になりかねない。」と述べ、（被告行政庁にとって）強引とも思える解釈基準・裁量基準の認定を行っている<sup>⑭</sup>。

また、②「道路管理者の有する行政上の裁量権も無制限なものではなく、道路に関する工事又は道路の維持の費用が発生した原因や現に発生した費用の額などの諸条件も勘案し、衡平の理念からみて許容される限度において行使すべきであつて、当該処分がこの範囲を超えている場合には、当該処分の上記範囲を超える部分は違法となると解すべきである。このことは、法五八条一項が、『全部又は一部』と規定して、道路に関する工事又は道路の維持の費用について、必ずしも全部ではなく、一部だけを負担させることができる<sup>⑮</sup>と定めていることとも符合する。」と述べ、考慮（事項発見）義務に係る規範を定立している。

そして、③「…を考えると、本件工事に要した費用である…の全額を原因者である原告に負担させる本件処分は、結果として、原告に本件装置の現存価値を超える高額の金銭の支払いを命じ、道路管理者である被告に、現存価値を超える部分を利得させることになるのであつて、原告に酷にすぎるといえ、衡平の観点から許容することができないものといわざるを得ない。」と判示し、考慮事項審査による当てはめの結果を導いているものようである。

判旨の①及び②から、1で述べた三つの分析軸の第二に関しては、「裁量基準」と「考慮事項」双方に係る議論が窺われることから、「裁量基準」と「考慮事項」の両方を内容とするものと解することができる。

このように、一審判決は、「判断過程（の合理性）審査」を採用しているものと解されるのであるが、考慮事項の当てはめ部分である③においては、「原告に酷にすぎるといえ」と判示し、比例原則的言辞を用いている。比例原則は、「社会観念審査」と結びつくことから、「実体的審査」を採用しているのではないかとの疑念が生じる<sup>⑯</sup>ところである。

### 3 一審判決の論理への疑問

2で述べた一審判決の論理構造は、行政裁量の所在についての一般的解釈を示した後、「衡平の理念」を（ほぼ唯一の）指導原理として、①審査基準・裁量基準の審査及び②諸般の事情の（総合）考慮の審査を行っているものと形式的には整理することができよう。

しかしながら、この一審判決の論理に対しては、次のような疑問がある、

#### （一） 裁量基準認定への疑問

一審判決は、被告行政庁に対する求積明の結果を踏まえ（二の2及び注（16）参照）、「解釈基準」ないし「裁量基準」<sup>(14)</sup>に依拠する判断を行っているようである。曾和俊文教授は、「裁量基準が法律の趣旨・目的を逸脱した不合理なものであれば、裁量基準に従ってなされた行政処分も違法となる。さらに、裁量基準が一般的には妥当な場合であっても、それがある特定のケースに機械的に適用するだけでは、かえって法律の趣旨・目的を損なうような場合には、個別的特殊性に鑑みてむしろ裁量基準に従わないことが求められる。」<sup>(15)</sup>と述べる。ところで、被告の道路管理者は、原因者が単数で、かつ、道路の管理瑕疵もなく、地震、台風等の不可抗力によるものでもない、いわばプロトタイプの場合において、「原因者に対し生じた費用の全額を一律に負担させ」ていたというに過ぎない。被告は、判決が「同項を単に原因者負担金制度であることを理由として、原因者に対し生じた費用の全額を一律に負担させるものであるとして、解釈・運用すること」と論難するような、法五八条一項に関する広範な一般的裁量基準を有していた訳ではない。その意味では、被告行政庁の「硬直した解釈態度」を問擬する判示は、その一般的な立論の前提を欠くものと言わざ

るを得ない。

(2) 比例原則的言辭の意味するもの

一審判決は、「酷にすぎる」という表現を用い、比例原則的言辭<sup>(16)</sup>を用いていることから社会観念審査、しいては実体的審査を採用しているのではないかとの疑問が生じる。櫻井・橋本は、比例原則違反、基本的人權の尊重等の審査基準は、「行政行為における裁量判断の結果に着目した上で、その実体的違法につき審査する場面で用いられる。」と述べる<sup>(17)</sup>。一方、橋本教授は、「近時の判例法上、判断過程統制手法を社会通念審査に内包させる傾向がある」と述べる<sup>(18)</sup>。ところで、一審判決は、社会観念審査の最高裁判決の定式である「行政庁の判断が全く事実の基礎を欠き、または社会観念上著しく妥当を欠く」という定式は用いていない。このことをどう評価すべきであろうか。この検討に際しては、仲野准教授の次の指摘が重要である。すなわち、最判昭和四四年七月一日民集二三卷八号一四七〇頁及び最判昭和五二年二月二三日民集三一卷一号九三頁を他事考慮・考慮遺脱を特定の事項について問題とした判例として挙げ、それぞれの説示に係る事項は、「あらゆる案件を通じて考慮対象とされるべき普遍的性質を有している。このため、両判決における『考慮事項発見義務』は、具体の案件に即して浮上する義務というより、法令解釈上一義的に導出される場合、(当該事項が特殊な案件においてのみ顕れる性質のものでない限り)殆ど裁量論以前の法令解釈論に帰着してしまうのである。このことは、両判決における他事考慮・考慮遺脱定式が『著しきの定式』に包摂されていない点からも窺うことができる。」と述べる。仲野准教授は、ここで『著しきの定式』とは、「『重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく合理性を欠く』場合に裁量の逸脱濫用を認めるもの」をいうとしている。

仲野准教授の指摘から窺われるように、一審判決は（その認識はないものと思われるが）行政裁量論以前の法令解  
釈論が問われている事案として実体的判断代置方式により一部取消しをしたのであつて、最高裁判決の社会観念審査  
の「定式」を用いる必要はなかった、より正確に言うなら「定式」を用いることは論理矛盾を来すことになると解す  
べきではなからうか。

以上述べたことから、一審判決は、行政裁量の存在を前提とする社会観念審査（比例原則違反）を採用したもの  
は考えられない。

#### 4 行政裁量論以前の法の適用（阿部説の慧眼）

ここでは、1で述べた三つの分析軸の最後、すなわち、一審判決は、阿部教授が指摘するように、行政裁量論では  
なく、それ以前の法定要件該当性に係る法解釈論を示したものとして評価すべきものなのかについて検討する。

##### （1） 実体的判断代置方式の採用か

阿部教授は、前記大阪高判昭和六一年三月二五日は原因者負担金の「負担が重ければ、裁量濫用とするようである  
が、むしろ、それ以前に法律の適用を誤つたものである。」とし、一審の札幌地裁判決を自説とかなり同様の方向にあ  
るとする。また、原因者負担金に関し、「負担額は原因となった程度に依じて公平の観点から限定されるべきである。  
条文上も負担額は『全部又は一部』となつていたので、復旧費用のうち、実損額に限定すべきである。」と主張する。  
一審判決は、諸般の事情の（総合）考慮の内容として、「道路に関する工事又は道路の維持の費用が発生した原因や  
現に発生した費用の額などの諸事情」を挙げ、具体的には、原告の過失の交通事故によるものであること、本件装置

は設置から二年余りが経過していること、本件装置自体及び本件工事費用額が「相当高額であることを考えると、本件工事に要した費用…の全額を原因者である原告に負担させる本件処分は、結果として、原告に本件装置の現存価値を超える高額の金銭の支払を命じ、道路管理者である被告に、現存価値を超える部分を利得させることになるのであって、原告に酷に過ぎるといえ、衡平の観点から許容することができないものといわざるを得ない。」(傍線筆者)とし、考慮事項の当てはめ結果を判示しているものようである。

しかし、筆者には、「現存価値を超える」と「高額の金銭(の支払)」との論理構造が不明瞭・不分明であること(注(10)参照)に加え、より根本的には判決の、「…を考えると」という「考慮要素」の抽出(・評価)を述べる箇所と「結果として」に続く、現存価値を超える部分の利得を導く箇所が論理的に連結せず断絶しているように思えるのである。「現存価値を超える部分の利得」という民事法上の概念は法的に独立した評価が可能であり、また、そのように評価すべきものである。およそ「考慮要素」による考慮結果に左右される相関的概念とは考えにくい。判決は、「結果として、…原告に酷に過ぎるといえ、衡平の観点から許容することができない」と述べ、あたかも「考慮要素」による判断過程統制の形式を採り、「考量」結果を問題にしているかのように論じているが、「現存価値を超える部分の利得」は裁量以前の実体的法解釈と評価すべきもので、結果的に行政裁量論以前の、一義的に決せられるべき民事的法解釈に係る判断代替方式の審査に踏み込んでいないのかとの疑念を払拭できない。

## (2) 考慮事項の概念の変容

ところで、深澤准教授は、保育園入園承諾処分を義務付けた東京地判平成一八年一〇月二五日判例時報一九五六号六二頁を取り挙げ、「もともと『障害の程度を考慮し、当該児童が、保育所に通う障害のない児童と身体的・精神的状

態及び発達の点で同視することができ、保育所での保育が可能な場合には、保育所での保育を実施すべきである』ことは、児童福祉法二四条一項ただし書該当性の解釈であり、それゆえ、右の場合に保育所における保育を承諾しなければ、そのことは、端的に事実誤認か法令解釈の誤りに該当するはずである。ところが、本判決は、このことまで、考慮すべき事項を適切に考慮する義務の懈怠と捉えており、ここでも、考慮事項の概念の変容という現象（法令解釈のあり方も考慮事項と捉える理解）を見出すことができるのである」と述べている。深澤准教授の論述は、阿部教授の前記大阪高判に関する法律の適用誤りを指摘する議論と同じものといえることができる。

また、橋本教授は、在留期間更新不許可処分に係る最判平成八年七月二日判例時報一五七八号五一頁について、信義則上の法的義務違背という特殊事情をストレートに違法事由とせず、考慮要素の中に組み込んで裁量統制をしており、判断過程統制と実体法的統制が未分離のまま審査密度向上が図られたものと考えられると評している。

### (3) 実体的判断代置方式の採用

(2) で述べた橋本教授の論法に倣うと、一審判決は、形式論理上は、「現存価値を超える部分(の)利得」という概念をストレートに違法事由とせず、考慮要素の中に位置付けて裁量統制をしているものであるが、その実質は、「現存価値を超える部分(の)利得」という概念を考慮要素の中に組み込んで具体的に検討した形跡はなく、考慮の結果として、外から独立的に処分の違法を導く事由として機能させ、判断代置していることになる。裁量権に関する説示は、当事者の主張に引きずられての単なるレトリック（修辞）であるに過ぎないといえるべきである。

付言すれば、一審判決は、裁量権の行使は無制限ではないとし、本件処分について裁量権の逸脱を言うが、既に8の3で述べたように、そもそも理論的に「裁量権の逸脱」は実体的判断代置方式で審査されるべきものなのである。

以上の検討から、「現存価値を超える」に係る一審判決の判示部分は、考慮事項審査と論理的に断絶しているものと言わざるを得ず、現存価値を超える部分について「一部取消し」をしていることから、一審判決は、結果的に実体的判断代置方式を採用しているものと解され、裁量問題に係る逸脱審査の処理をしているわけではないというべきである。

注

(134) 山下竜一「判批」判例評論六一八号五頁。橋本教授は、判断過程の合理性審査を「行政決定に係る考慮要素を解釈論的に抽出した上で、それらの考慮のされ方に着目しながら、当該決定に至る判断形成過程の合理性につき追行的に審査するという解釈技術的特色を持つ裁量統制手法」と定義している(橋本・前掲注(99)一四九頁以下)。

(135) 橋本・前掲注(99)一四五頁

(136) 曾和俊文・山田洋・巨理格『現代行政法入門』一五四頁(巨理執筆)。もともと「判断過程の統制」が何を意図するかについては必ずしも見解が一致していないことについて、村上裕章「判批」判例評論五八四号三頁を参照。

(137) 村上教授は、呉市公立学校施設不許可事件(最判平成一八年二月七日民集六〇卷二四〇一頁)が「判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないか」を、小田急線連続立体交差(高架化)事業認可取消請求事件(最判平成一八年一月二日民集六〇卷九号三二四九頁)が「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」を検討していることから、考慮要素審査と判断過程の合理性審査の間には一種の「融合現象」が見られるとする。そして、考慮要素審査は、中程度の統制のみならず、最小限の統制においても用いられるとする(前掲注(136)四頁)。山本隆司教授は、羈束と裁量の「相対化」現象として「法規範に羈束される行政機関の判断のみならず行政裁量による判断も、法規範を適用・具体化する手続であり、また後者の判断のみならず前者の判断も、程度の差はあれ、衡量・考慮の要素を含むことが多い。」と述べる(「日本における裁量論の変容」判例時報一九九三号一八頁)。

(138) 深澤「裁量統制の法理の展開」法律時報八二卷八号(二〇一〇年)三二頁以下。深澤准教授は、「考慮事項」に着目した審査方式の代表例として東京高判昭和四八年七月一三日行集二四卷六・七号五三三頁(日光太郎杉判決)を、「審査基準」に着目した審査方式の代表例として最判平成四年一〇月二九日民集四六卷七号一一七四頁(伊方原発判決)を挙げている。そして、両者の審査方法の違い

は、法律で予定された行政庁の判断様式の違いに応じたものであると考えることができる(三四頁)。

- (139) 本件事案は、負担金額という効果裁量が問題となつていゝるものと解されるころ、橋本教授は、神戸税関判決(最判昭和五二年二月二〇日民集三一巻七号一一〇一頁)を評して、「効果裁量の司法統制について、判断代置的審査手法を否定し、…効果裁量につき判断要素・考慮要素に着目した判断過程統制手法(判断過程の合理性の審査手法)を用いるべきことを明確に示した。」「行政法学説が比例原則違反ととらえている裁量統制基準について、判例法の一貫した裁量統制基準である『社会観念上著しく妥当を欠く』という基準を使い、判断過程統制手法と結合したかたちで用いることにより具体化するといふ、強い傾向性を示している」と述べる(前掲注(99)一六〇頁)。

- (140) 橋本教授は、最判平成一八年二月七日民集六〇巻二号四〇一頁(目的外使用判決)を考慮要素に着目した判断過程統制手法を用いた判決と認識し、「許可要件(学校教育上の支障)に係る裁量(要件裁量)と、許可要件を充たす場合の許可する・しないに係る裁量(効果裁量)を肯定する」と述べる(前掲注(99)一六五頁)。そして、「判断過程統制手法による審査密度向上は、要件裁量・効果裁量が相対化し、裁量統制の枠組みが社会観念審査という大きな括りに包摂される中で、考慮要素審査と比例原則の融合化を生じさせている」(前掲注(99)一六六頁)と述べる。また、橋本教授は、九の3で検討した最判平成一九年一月七日民集六一巻九号三二九〇頁(海岸占用許可判決)について、「判断過程統制手法による審査密度の上乗せについて、特に説明なく使用しており、考慮要素に着目した統制手法の一般化を示唆する。」「同判決は、判断過程統制手法による審査密度向上について、裁量の広狭や裁量の所在といったレベルの議論と切り離されつつ判例法理としての適用領域を拡げつつあることを示している。」と述べる(前掲注(99)一七二頁)。
- (141) 深澤准教授は、最判平成八年三月八日民集五〇巻三号四六九頁「エホバの証人」剣道実技拒否事件)を素材に、考慮事項と審査基準の関係について次のように述べる。「そもそも、本件において、校長は、学生に対し代替措置は認めないという一種の審査基準に従つて二年連続して原級留置処分を述べ、さらに、学則および退学内規に従つて退学処分をしたのであつた。とすると、考慮事項よりも審査基準に着目した審査(これによれば、代替措置は認めないという審査基準が信教の自由を侵害する違法なものとされ、この基準に従つた原級留置処分および退学処分も違法なものとされよう)が、むしろ実際の判断過程に即したものであつた。ただし、この審査基準は法律で明示的に予定されたものではなく、本判决は、②判決(筆者注・最判昭和一九年七月三〇日民集八巻七号一五〇一頁)と平仄を合わせて、法律では「諸般の事情の総合的考慮」型の判断が予定されていることを前提として、考慮事項に着目した審査の形式を採つたのだらう」(前掲注(138)三五頁)。

- (142) 注(6)で述べたように、②の被告の「裁量基準」に関する部分は裁判所から釈明を求められたものである。

- (143) 芝池・前掲注(1) 八二頁以下
- (144) 「解釈基準」と「裁量基準」について、深澤准教授は、「仮に、法令の解釈・適用のあり方が客観的に一義的に定まるのに対し、その他の裁量の行使のあり方はそうではないという考え方をとったとしても、行政過程においては、確立した判例がある場合を除いて、そもそも、ある裁量の行使が法令の解釈・適用にあたるかどうかは明らかではないし、それにあたるとして、個別の事案において何が正しい法令の解釈・適用のあり方であるかも明らかではない。したがって、行政機関は、客観的に正しい解釈基準を探索すべく、法令の範囲内において、あらゆる事項を考慮して、解釈基準を設定する必要があるものであり、さらに、個別の事案においても、原則的に、その事案に即して解釈基準の正しさを検証する必要がある。このように考えると、解釈基準の設定・適用に及ぶ規律と裁量基準の設定・適用に及ぶ規律との間に、明確な違いを見出すことは難しいように思われる」(「行政裁量論に関する覚書」法学論叢一六六巻六号(二〇一〇年)一七〇頁)と述べる。
- (145) 曾和俊文・金子正史編著『事例研究 行政法』(日本評論社、第二版、二〇一二年)三五〇頁(曾和執筆)。注(8) 参照
- (146) 深澤・前掲注(138) 三五頁
- (147) 高木光・稲葉馨編『ケースブック行政法』(弘文堂、第四版、二〇一〇年)一〇〇頁は、「比例原則違反も裁量統制の道具となるが、具体的な事例において処分の違法を導く例が多いわけではない。」「全国中学校学力調査実施に反対した教諭に対する懲戒処分を違法」と評価する場合に、『過酷に失』するという基準を用いたものに最判昭和五九年二月一八日(判自一〇号四五頁)がある」と述べる。橋本教授は、「全国中学校学力調査実施に反対した教諭に対する懲戒処分を違法とした最高裁判決(最判昭五九・一一・一八判自一一・四五)のように、裁量処分を比例原則違反により違法と評価する場合には、『過酷に失』するかどうかという基準が用いられている。このように、判例法は、裁量処分の裁量的コントロールの道具として、加重された比例原則とも言うべき基準を用いる傾向にあることが看取される。」と述べる(前掲注(46) 五三二頁)。
- (148) 櫻井・橋本・前掲注(1) 一一九頁
- (149) 橋本・前掲注(99) 一五四頁以下
- (150) 深澤・前掲注(138) 三六頁以下。仲野武志准教授は、「特定の事項について、考慮事項発見義務」が問題とされる場合、(当該事項が特殊な案件においてのみ現れる性格のものでない限り)殆ど裁量論以前の法令解釈論に帰着してしまうのである。」と逆説的に指摘する(「判批」判例評論五七八号九頁)。
- (151) 橋本・前掲注(99) 一六四頁の注47)

(152) 高木光「行政処分における考慮事項」法曹時報六二巻八号(二〇一〇年)二二二頁

(153) 大浜・前掲注(62)一七五頁。小早川教授の説示を繰り返すと、裁量権の逸脱(踰越)は、「法律によって限定された裁量権の範囲如何という法適用事項の処理に際して、行政機関がその法の認識適用を誤り、その結果、具体的な場合において法が禁じている態様でその裁量権を行使したということにほかならず、したがって、法の羈束が存在する場合に行政機関がその法の解釈適用を誤り、その結果、法の羈束に違反して行動したということと、その性質において何ら異なるところはない」のである(小早川・前掲注(45)三三八頁)。宮田三郎教授は、「裁量の踰越は裁量の瑕疵というよりは、一般的な法適用瑕疵というべきものである。」と指摘する(前掲注(113)四六頁)。小早川教授や宮田教授の裁量の踰越の理解からは、裁量権の踰越と行政裁量以前の法律の適用誤りは同じ法的評価になるものと思われる。

## 一二 二審判決の行政裁量論

二審判決も、実は以下に述べるとおり、法の法定要件該当性に係る法解釈を行い、被告の処分は正当であるから、裁量権の逸脱はないとの論理を展開しているように思われる。すなわち、判決は、「住民の生活上の利便に不可欠の重要性をもつ公共用物としての道路の迅速な機能回復という極めて公共性の高い法目的の実現を図るための手段として、行政庁である道路管理者に対して、その優越的地位に基づく行政上の裁量により…」と述べ、行政裁量を導き出している。そして、「原因者負担金制度は道路の機能回復を図るための手段であり、原因者が負担する『道路に関する工事又は道路の維持の費用』とは、道路の機能回復(効用の原状回復)に要する費用と解すべきところ、原因者には『その必要を生じた限度において』上記費用の負担が課せられることになる。」「機能回復に必要である限り、結果的に原因者に対して現存価値以上の負担を課することとなったとしても、それだけでは法五八条一項に反するものではな

い」「本件装置が本件交通事故時に経年劣化等により設置時の機能を保っていないなかったとも認められないから、本件工事の施行によって控訴人に必要な機能回復以上の利得が生じたものともいえない。」「道路管理者が行政上の裁量により原因者に対して『道路に関する工事又は道路の維持の費用』の全額負担を命じ得ることは法五八条一項の規定上明らかであり、また、本件において、控訴人が被控訴人に対し、本件装置の機能回復のために必要であった本件工事費用の全額の負担を命じたことは以上の説示に照らせば正当な処分というべきであり、それが控訴人の裁量権を逸脱したものと評価すべき事情は何ら見当たらない。」「原因者負担金制度は、極めて公共性の高い法目的の実現を図るための手段であつて、同制度及びこれに基づく本件処分には：合理性が認められるから、これが憲法二九条の趣旨に反するということとはできない。」（傍線筆者）と判示する。

二審判決は「機能回復に必要な限り、結果的に原因者に対して現存価値以上の負担を課することとなつたとしても、それだけでは法五八条一項に反するものではない」「控訴人に必要な機能回復以上の利得が生じたものともいえない」と判示するが、これは法の要件・効果該当性の解釈そのものというべきであり、一審判決とは逆の結論を導いているに過ぎない。

判決はまた、「行政上の裁量により原因者に対して『道路に関する工事又は道路の維持の費用』の全額負担を命じ得ることは法五八条一項の規定上明らかであり」と判示するが、これは行政裁量論以前の「法律の条文」そのものの国語的認識を示すものというべきであり、特段の裁量権の逸脱濫用審査を行った形跡もない。付言すれば、常識的には行政裁量により、減額して「一部」の負担を命じることになるのであり、特段の事情が認められない限り「全部」が原則であるように思われる。これまで裁判になつた事案は全部負担の事例であり、筆者は一部負担の事例については把握していないところである。

以上のとおり、二審判決においては、本件処分は実体法上正当な処分だから、裁量権の逸脱はないとの論理が展開されており、その逆、すなわち、裁量権の逸脱審査をし、その結果、適法な処分であるとの結論を導くものではない。このことから、一審判決のような行政裁量論特有の「判断過程（の合理性）審査」なり「考慮事項」の議論は現出していないのである。

### 一三 終わりに

阿部教授は、法の原因者負担金に関し、①「復旧費用のうち、実損額に限定すべきである」と主張し、②大阪高判昭和六一年三月二五日は「この負担が重ければ、裁量濫用とするようであるが、むしろ、それ以前に法律の適用を誤ったものである。」とし、③本件一審判決と宇賀記念論文を「かなり同様の方向にある。」とする。

この阿部教授の、「裁量濫用以前に法律の適用を誤ったもの」という説示は、法の原因者負担金のみならず、墓理法一〇条一項の墓地経営許可に係る熊本地裁昭和五五年三月二七日判決の判例評釈において、既に行われていたものである（九の1参照）。かかる指摘の妥当性を検証するため、行政裁量と法の適用に関し総論的に、九の2で「学説の検討」を行い、ここでは橋本博之教授及び亘理格教授が、判例・裁判例の中には、裁量問題（行政裁量権の肯定↓裁量権の逸脱・濫用の審査）としてではなく、法律問題（一義的に決せられるべき端的な法令解釈の問題）として処理すべき事案が認められる旨論じていることを紹介した。また、かかる問題意識から不十分ながら、土地収用法に係る最判平成九年一月二八日民集五一巻一号一四七頁及び海岸法に係る最判平成一九年二月七日民集六一巻九号三二九〇頁の検討を行ったところである（九の3）。

筆者は、阿部教授、塩野教授と同じく、特段法規裁量の観念を立てる必要はないものと考えている(八の2参照)。また、行訴法三〇条の「裁量処分」とは何を意味するのかについて、通説的には「自由裁量」と解されているところ、いわゆる法規裁量も含め裁量の余地のあるものと考える説に賛同するものである(八の3参照)。その前提で改めて整理すると、阿部教授の右説示は、行訴法三〇条の逸脱審査方式が適用になる裁量問題ではなく、(裁判所による統制以前に)憲法価値や法律により行政が拘束される範囲としての羈束行為に係る法の解釈・適用の問題として処理すべきものという主張と解され得るのである。この理解の妥当性は措くとして、いずれにしても司法審査に際しては実体的判断代替方式が適用されることになる(九の1参照)。

本件事案においては、訴訟当事者が行政裁量権の行使の是非を争い、当然のこととして判決もそれについて判示しているものと、筆者は理解してきた。しかしながら、検討の結果、阿部教授が③で指摘する一審判決のみならず、二審判決も実は行政裁量論以前の法の適用段階で結論を導いているものとして理解すべき判示であるという結論に至ったものである。

また、検討の結果、この阿部教授の立論の①及び②には賛成できないという結論に至った。本稿においては、八の1で述べた行政裁量論の第二の観点、すなわち、実損額ないし減価償却の考慮は、なお道路管理者の裁量として認められているとして、その裁量権の限界問題はいかなるものかについては、議論を展開できなかった。本件事案において、裁判所の判断構造が入口は行政裁量論を採用しながらも、出口は民事法の現存価値を超える利得の解釈・適用に終わったことに起因するものとはいえず、本稿はまさに羊頭を掲げて狗肉を売ったことになろう。

いま振り返って、一審裁判所は、法曹に依存することなく自前の訴訟を進行した被告道路管理者の公用負担法に係る「古色蒼然」とした硬直した「解釈運用」態度を運用違憲的に問題視し(三の3参照)、被告にはそもそも「裁量権

行使義務」(適切な裁量権の行使)という問題意識すら眼中にないとの思いがあったのではないかと思料する。その上で、「現存価値を超える利得」という民事法的概念で原告救済のための「常識的」結論を導き出したように思われる。議論が収れんではなく拡散する方向に向かい、行政裁量論の迷路に陥った感の強い本稿で、なお論ずべき論点は少なくないが、他日を期したい。