

行政裁量と考慮事項 —行政訴訟における要件事実・序説—

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 金沢大学人間社会研究域法学系, KANAZAWA DAIGAKU NINGENSHAKAIKENKYUIKI HOGAKUKEI, The Faculty of Law, Institute of Human and Social Sciences, University of Kanazawa 公開日: 2022-03-25 キーワード: 作成者: 鵜澤, 剛, UZAWA, Takeshi メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00065571

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



行政裁量と考慮事項

— 行政訴訟における要件事実・序説 —

鵜 澤 剛

はじめに

本稿は、裁量処分¹⁾の適法性審査の構造について、要件事実論の見地から分析を加えるものである。本来、行政訴訟における要件事実としては、このほかにも、訴訟要件に関するものや、本案審理におけるものでも手続的要件の充足に関するものなどが存在する。本稿は、あくまでも本案審理におけるもののうち、実体的適法性に関するものを取り上げるものであり、その意味で、限定的なものにとどまる¹⁾。

本稿は、2019年3月9日に北陸公法判例研究会（公法系の研究者が混在）と考慮事項研究会（憲法研究者が中心）の共催で行われた研究会における報告がもとになっている。このような研究会の性格上、基礎的な内容からの論述となっていることも、最初に断っておく。

I 行政法学にとっての裁量論

行政法の体系書あるいは概説書における行政裁量の扱い方は、以下の二つに大別できる。一つは法律による行政の原理の中で扱うスタイルで、もう一つが行政行為の中で扱うスタイルである。

前者においては、行政裁量は、法律による行政の原理の「例外」として位

1) 上記の問題も含めた網羅的文献として、河村浩『行政事件における要件事実と訴訟実務』（中央経済社、2021年）。また、訴訟類型に応じた攻撃防御方法についての研究として、行政事件訴訟の攻撃防御方法研究会「抗告訴訟の本案における攻撃防御方法の実務的研究」日弁連法務研究財団編『法と実務15』（商事法務、2019年）8頁以下。

置づけられる²⁾。このような捉え方には、論理必然ではないにせよ、裁量には、「よくないもの」、「できるだけ限定すべきもの」といったマイナスイメージがつきまとう。そのために、行政の「自律性」を積極的に評価する立場³⁾からは、このような裁量観に対して批判的な目が向けられることになる。

他方、後者においては、裁量論は、行政行為の分類としての、羈束行為と自由裁量行為の区別の中で扱われる⁴⁾。この捉え方は、行政行為論を行政法学の体系の中心に据える伝統的立場に由来するものであるが、それゆえに、行政行為以外の行為形式の重要性が増大した現代の行政法においては、限界をあらわにする。基本的には、行政行為についての裁量と対比しつつ、その異同を探るという態度になる。たとえば、条件プログラムと目的プログラムを対比して、計画裁量の特徴を見出すのが代表的である⁵⁾。

前者の立場においても、裁量論の中心が行政行為に置かれていることに変わりはない。これは前述のように、伝統的行政法学が行政行為論を体系の中心に据えてきたことの結果である。行政過程を、法律→行政行為→強制執行という三段階構造において捉える基本枠組み、いわゆる三段階構造モデル⁶⁾を想定するならば、いずれにせよ、裁量論の中心は行政行為に置かれることになる。

このように裁量を行政行為について論じる場合、裁量論の基本枠組みは、行政行為に対して法律がどのように規律しようとしているかによって規定されることになる。言うまでもなく、行政行為は法律の根拠が必要な行政活動であり、その根拠となる法律の規定は、行政庁がどのような場合にどのような行政行為をなしうるかを、要件と効果の形で規律している⁷⁾。そのため、

2) 藤田宙靖『[新版]行政法総論(上)』(青林書院、2020年)103頁以下。

3) 磯部力「行政法の解釈と憲法理論」公法研究66号(2004年)92頁以下。

4) 塩野宏『行政法I 行政法総論 [第6版]』(有斐閣、2015年)136頁以下。

5) 遠藤博也『計画行政法』(学陽書房、1976年)91頁以下。

6) 藤田・前掲注2)21頁以下。

7) 藤田・前掲注2)101頁は、「法律の根拠」の必要とは、もともと、単に何らかの根拠

伝統的に、行政裁量は、最終的にどのような立場をとるにせよ、このような要件と効果の枠組みの中で論じられてきた。美濃部達吉の効果裁量説と、佐々木惣一の要件裁量説の対立⁸⁾は、その代表的なものである。

II 法的三段論法と裁量論

1 法適用過程と裁量のステージ

法適用は、法規を大前提とし、事実を小前提として行われる三段論法の結論を導く過程であると説明される⁹⁾。より分析的に見ると、その過程は、①法の解釈、②事実認定、③事実の要件への包摂、④効果の選択といった行程からなっている。たとえば、刑法199条は、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」と規定している。「人」とは何か、「殺す」とはどういうことか、といった問題が、①法の解釈の問題である。実際に、Aが、いつ、どこで、殺意をもって、Bの腹部を包丁で刺し、死に至らしめた、というのが事実認定である。③の包摂については、刑法199条では問題にならないが、民事では「正当事由」、刑事では「わいせつ性」など、事実の要件への包摂に一定の規範的判断が不可欠な場合がある。④の効果の選択は、死刑、無期懲役、5年以上の懲役等の選択の問題で、刑事ではいわゆる量刑の問題である。

一般に、行政裁量は、この行程のうち、③と④の段階について論じられてきたといつてよい¹⁰⁾。①の法の解釈は、裁判官の専権事項とされ、「裁判官は

が法律上定められている、ということのみでなく、要件の定め方について、いわば実質的に私人の利益を保護するために意味のある一定の「規律の濃度」の必要をも意味するものである」とする。

8) 塩野・前掲注4)139頁。

9) 中野貞一郎『民事裁判入門 [第3版補訂版]』(有斐閣、2012年)16頁、60頁。規範的判断において事実判断が介入することの問題性について、長尾龍一「ケルゼン再考」同『ケルゼン研究 I』(信山社、1999年)341頁以下。

10) Wolff/ Bachof/ Stober/ Kluth, Verwaltungsrecht Bd.1, 13.Aufl., 2017, S.337ff.

法を知る」という格言で言い慣わされてきた¹¹⁾。行政裁量においては、行政行為それ自体が、行政庁による法律の適用行為という側面があり、行政庁も法適用の前提として法解釈を行う必要があるから、「法適用者は法を知る」と言い換えたほうがよいかもしれない。法解釈については、裁判官と行政庁は、それぞれ法適用者として、みずからの職権と責任において法解釈を行っており、いずれか一方が他方を尊重しなければならないといった関係にはない。②は、当事者の主張・立証に基づき、裁判官が自由心証主義で判断するのが基本とされている¹²⁾。

2 法適用過程と要件裁量

(1) 要件裁量規定の体裁

要件裁量、すなわち事実を要件に包摂する行程における裁量が認められるのは、要件が不確定概念で定められている場合であるとされてきた。もっとも、要件が不確定概念で定められていることは、要件裁量が認められる必要条件ではあるが、十分条件ではない。つまり、要件が不確定概念で定められているからといって、必ず行政庁の裁量が認められるわけではない。この点は後述する。いずれにせよ、要件裁量が認められる要件規定の典型は、外国人の在留期間更新許可処分について入管法21条3項が定めている、「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とき」という要件である。

11) 「裁判官は法を知る」の原則の成立経緯について、山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社、1995年）96頁以下。

12) 櫻井敬子・橋本博之『行政法【第6版】』（弘文堂、2019年）110頁は、後述の事実誤認テストについて、「行政裁量に係る司法審査の基準としての事実誤認は、多くの場合、事実に対する評価や認識レベルの問題であり、事実認定それ自体につき行政裁量をみとめるものではない」とする。自由心証主義の意義については、新堂幸司『新民事訴訟法【第6版】』（弘文堂、2019年）595頁以下。

(2) 民事の要件事実論における規範的要件

要件裁量は、要件が不確定概念で定められているという点で、民事訴訟における規範的要件に関する議論¹³⁾と共通する部分がある。規範的要件とは、「過失」、「正当事由」、背信的悪意における「背信性」のように、事実の類型ではなく規範的評価の類型でもって定められた要件をいうとされる¹⁴⁾。

規範的要件については、当該規範的評価の成立を根拠づける事実、積極方向の事実を評価根拠事実といい、当該規範的評価の成立を妨げる事実、消極方向の事実を評価障害事実という。規範的要件の判断は、この評価根拠事実と評価障害事実の総合判断によって行われる。もっとも、主張された評価根拠事実によって規範的評価を成立させることができはじめて評価障害事実の主張が必要となるのであり、評価根拠事実による規範的評価の成立の判断が先行して存在し、これを前提として、評価障害事実の存否が問題となると説明される¹⁵⁾。

規範的要件における主要事実の捉え方については、評価根拠事実や評価障害事実が主要事実であり、規範的評価それ自体は主張立証の対象とならないとする主要事実説と、規範的評価それ自体を主要事実であるかのように扱い、評価根拠事実や評価障害事実を間接事実であるかのように扱う間接事実説とがある。実務における支配的考え方は主要事実説であり¹⁶⁾、以下の論述でも主要事実説をベースに議論を進めていく。

もっとも、規範的要件をめぐる議論は、行政裁量の議論ではない。通常の民事訴訟では裁判所が尊重すべき行政庁の判断が登場しないのであるから、民事訴訟における規範的要件の議論が行政裁量論と同じではないのは当然といえは当然である。規範的要件においては、法適用者の価値判断が不可欠と

13) 司法研修所編『増補 民事訴訟における要件事実 第1巻』(法曹会、1986年)30頁以下。

14) 前傾注13)30頁。

15) 前傾注13)30頁、36頁以下。

16) 前傾注13)32頁以下。

なり、その分、予測可能性が低下するのは確かであるが、しかしこれだけでは、司法裁量の議論にはなりえるかもしれないが、行政裁量の議論にはならない。

要件が規範的概念あるいは不確定概念で定められていて、その判断に総合判断が必要になるからといって、直ちに行政庁に裁量が認められるのではない。その総合判断について裁判所が行政庁の判断を尊重しなければならないようなものである場合にはじめて、行政裁量が認められるのである。

(3) 行政裁量としての要件裁量

いわゆるマクリーン事件の最高裁判決（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）は、「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とき」という在留期間更新許可の要件について、「法務大臣は、在留期間の更新の許否を決するにあつては、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の国益の保持の見地に立つて、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じやくし、時宜に応じた的確な判断をしなければならない」と説明する。ここで示されているように、要件裁量判断も総合判断として行われる。この点では、民事の規範的要件と同じである。

マクリーン事件最高裁判決は、これに続けて、「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」と述べている。ここに明瞭に示されているように、行政裁量は、上記のような総合判断が、裁判所ではなく、行政庁でなければ適切になしえないようなものであるとき、いいかえれば、行政庁の判断を裁判所が尊重しなければならないような性質のものであるときに認められる。

このことを条文に即してより詳細に見ておくと、次のように説明することができる。①まず、条文は、「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とき」に、「許可することができる」という体裁である。②マクリーン事件における行政庁は、「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とはいえない」と判断して、不許可処分をしている。③そして裁判所は、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とはいえないとした行政庁の判断が明白に合理性を欠くかどうか（合理性を欠くことが明らかかどうか）について審査するわけである。

要するに、「相当の理由」があるか否かについて、裁判所が直接判断すると、判断代置を行っていることになる。裁量審査とは、「相当の理由」があるとはいえないとした行政庁の判断に、単に誤りがあるかどうかではなく、誤りが明白であるかどうかを審査する方法であるということができる。

3 法適用過程と効果裁量

(1) 効果裁量規定の体裁

次に効果裁量についてであるが、効果裁量には以下の二つのものがある。一つは、要件が充足された場合に効果として行政庁がなしうる行為として、法が複数の選択肢を用意している場合であり、いわば要件充足にどのような効果を結びつけるかに関する余地、要件と効果の結合上の余地である¹⁷⁾。たとえば、国家公務員法82条1項が、公務員にふさわしくない非行があった場合に、懲戒処分として、「免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる」と定めているのが典型例である。この場合、行政庁は、種類としては、免職、停職、減給、戒告、そしてこれらの法定の懲戒処分のいずれもしないという5種類の選択肢があることになり、また、停職、減給については、停職期間や減給の程度についても選択の余地があることになる。

17) 森田寛二「行政裁量論と解釈作法（下）」判例評論328号（1986年）14頁（判例時報1186号176頁）。

効果裁量のもう一つは、要件充足の場合に効果として行政庁がなしうる行為について、法が不確定概念で定めている場合である。たとえば、建築基準法9条1項が、違反建築物等に対してなしうる是正命令について、「違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる」と定めているのがその典型例である。この場合、行政庁は、どのような内容の措置を命ずるかについて、自由に形成する余地があることになる。この種の裁量は、内容形成の余地、形成裁量¹⁸⁾と呼ぶことができよう。

(2) 総合判断と裁量

効果裁量についての代表的判例である神戸全税関事件の最高裁判決（最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁）は、前述の公務員に対する懲戒処分について、「懲戒権者は、懲戒事由に該当すると認められる行為の原因、動機、性質、態様、結果、影響等のほか、当該公務員の右行為の前後における態度、懲戒処分等の処分歴、選択する処分が他の公務員及び社会に与える影響等、諸般の事情を考慮して、懲戒処分をすべきかどうか、また、懲戒処分をする場合にいかなる処分を選択すべきか、を決定することができるものと考えられる」と説明している。ここから、効果裁量の判断も、諸般の事情の総合判断によって行われることがわかる。

そして、神戸全税関事件の最高裁判決は、これに続けて、「その判断は、右のような広範な事情を総合的に考慮してされるものである以上、平素から庁内の事情に通暁し、部下職員の指揮監督の衝にあたる者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いわなければならない」と述べる。ここからは、効果裁量も、総合判断が必要であるという理由から認められるものではなく、その総合判断は行政庁でなければ適切になし得ない性質のものであること、裁判所が行政庁の判断を尊重すべ

18) 塩野・前掲注4)140頁。

きものであることから認められるものであるということがわかる。公務員に対する懲戒処分事例では、いわゆる狭義の比例原則が問題となることが多いが、単に均衡を欠いているか否かではなく、著しく均衡を欠いているかどうか、合理性の欠如が明らかか否かについて、裁判所の審査が行われることになる¹⁹⁾。

Ⅲ 判断過程審査の構造:要件事実論の見地から

1 判断過程審査と考慮事項

(1) マクリーン判決と判断過程審査

橋本博之は、判断過程統制に関する判例を分析した論文の中で、マクリーン判決を、「判断過程統制手法に係る判例法の生成過程で重要な位置を占めるもの」と評価している²⁰⁾。マクリーン判決は、行政庁の判断が裁量権の逸脱、濫用として違法となる場合として、①その判断の基礎とされた重要な事実誤認があること等によりその判断が全く事実の基礎を欠く場合と、②事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等によりその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場合を掲げている。裁量判断が総合判断であることをふまえてこれを分析すると、①は、事実認定の誤り、すなわちある事実の存否についての行政庁の認定判断の誤りをテストするもの（事実誤認テスト）であるが、裁量判断は、単一の事実に基づいて行われるものではなく、諸般の事実の総合判断として行われるものであるから、事実誤認の存在から、直ちに裁量権の逸脱濫用を導くものではない。そうではなく、総合判断の基礎とされる諸般の事実には、重要なものもあれば、そうでないものもあることを前提として、総合判断の基礎とされた諸々の事実のうちの重要なものについて誤認があったことにより、それらの総合判断とし

19) 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）225頁以下、228頁以下。

20) 橋本博之「行政裁量と判断過程統制」同『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）161頁。

て行われた規範的評価そのものも、「全く」事実の基礎を欠いているといえる場合に、裁量権の逸脱、濫用があるとするものであるということが出来る。

一方、②は、ある事実に対する評価（規範的評価）の誤りをテストするもの（事実評価の誤りのテスト）であるが、やはり裁量判断は、諸般の事実の総合判断として行われるものであるから、総合判断の基礎とされた諸々の事実のうちのあるものについて、明白な評価の誤りがあったことにより、それらの総合判断として行われた規範的評価そのものも、社会通念上「著しく」妥当性を欠くことが「明らか」な場合に、裁量権の逸脱、濫用があるとするものであるということが出来る。また、「事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により」といっていることから、事実の評価そのものにも、裁量を認めていることがわかる。

このように見てくると、橋本論文で指摘されているように、たしかにマクレーン判決の打ち出した定式は、判断過程審査の原型と評価できるものといえる。

(2) その後の最高裁判決における判断過程審査

判断過程審査を行ったとして有名な、神戸高専剣道受講拒否事件の最高裁判決（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁）は、退学処分および原級留置処分について、「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く」と、また、呉市公立学校施設使用不許可事件野最高裁判決（最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁）は、行政財産の使用不許可処分について、「重視すべきでない考慮事項を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたもの」として、裁量権の逸脱・濫用を認めて、処分を違法とした。これらは、いずれも、単に「考慮すべきことを考慮していない」、「重視すべき事項を重視していない」、ある

いは「重視すべきでない事項を重視した」ことのみをもって裁量権の逸脱、濫用を認めるものではなく、あくまでも総合判断として行われた規範的評価が「著しく妥当性を欠く」ことをもって、裁量権の逸脱・濫用を認めたものである。

また、判断過程審査を行ったとされる判例には、「全く事実の基礎を欠く」ではなく「重要な事実の基礎を欠く」という言い回しを用いているものがある（最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁、最判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁）。これは、審査密度の違いを表したものということができよう²¹⁾。

以上みてきたところをまとめると、判断過程審査とは、行政庁の裁量判断が総合判断として行われることをふまえた上で、総合判断の基礎とされた事実認定あるいは事実評価の誤りをチェックすることを通じて、行政庁の総合判断=規範的評価の結果を統制する手法であるということができよう。

2 判断過程審査と主張立証責任論

(1) 従前の議論

行政訴訟における主張立証責任の分配については、従来必ずしも議論が盛んでなかったとも指摘されるが²²⁾、唱えられてきた学説は、大要、以下のよう整理できよう²³⁾。

21) これ以降の最高裁判決においても、「全く事実の基礎を欠く」という言い回しは用いられている。橋本・前掲注20)175頁は、「判断過程統制手法が、権利利益侵害の程度の如き審査密度を上乗せする積極的な根拠付けなしに、一般的・拡大的に使用されることは、逆に、判断過程統制手法の意義を低下させるおそれもある」と指摘し、「行政法学説の側には、裁量に係る審査密度向上という判例政策の形成・発展に資するべく、判例法理の精密な分析・評価が求められている」と述べる。

22) 米田雅宏「行政訴訟における要件事実論・覚書」伊藤滋夫編『環境法の要件事実』（日本評論社、2009年）198頁以下。

23) 塩野宏『行政法Ⅱ行政救済法 [第6版]』（有斐閣、2019年）171頁以下。

①公定力説 処分には公定力がある、すなわち適法性が推定されるので、原告がその違法性の立証責任があるとするもの。

②法治主義説 法治主義の原則からして行政庁が処分の適法事由のすべてについて立証責任を負うとするもの。

③法律要件分類説 民事訴訟における判例・通説的立場で、処分の根拠規定を権限行使規定と権限不行使規定に区別したうえ、前者については権限を行使すべき旨を主張する側、後者については権限不行使を主張する側に立証責任があるとするもの。

④個別検討説 当事者の公平、事案の性質、事物についての立証の難易等により、立証責任の配分を決定すべきとするもの。

⑤実質説 侵害処分については行政が立証責任を負い、授益処分については原告が立証責任を負う。あるいは、侵害処分については行政が立証責任を負い、申請拒否処分については当該申請制度における原告の地位を考慮して判断するとするもの。

⑥調査義務説 行政庁は立法を誠実に執行すべき任務があり、その一環として立法の趣旨に反して関係者の利益を害することがないように必要な範囲で事実について調査検討する義務を負っているとしたうえ、その調査義務の範囲で立証責任を負うとするもの。

(2) 裁量審査における要件事実とは

ここであらためて、主張立証責任の分配とはどのような議論であったかを振り返っておこう。まず最も基本的なことであるが、主張立証責任は、主要事実について定められるものである²⁴⁾。いわゆる弁論主義は、主要事実の主張立証は訴訟当事者の仕事であるという態度の表れと言える。他方、法の解釈・適用、その他法的評価にかかわる事項は裁判官の専権事項とされてい

24) 新堂・前掲注12)471頁、605頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』（有斐閣、2020年）318頁、381頁。

る²⁵⁾。

裁量判断は諸事実の総合判断として行われるが、このような総合判断として行われる規範的評価そのものは、主張立証責任の対象ではない。これは規範的要件についての主要事実説の説くところである。また、事実の評価も当事者の主張立証責任の対象ではない。規範的評価だからである。裁量行為について主張立証責任が論じられるべきは、総合判断の基礎となる事実についてであり、これは、規範的要件について論じられる評価根拠事実と評価障害事実と同様である。

このように考えてくると、裁量の有無と主張立証責任とは全く別問題であり、裁量行為であることが主張立証責任の配分に影響を及ぼすことを前提とした問題設定、たとえば裁量行為の違法性についての主張立証責任の分配といったような問題設定はそもそも不適切であることが見えてくる。そもそも主張立証責任の議論は、原告と被告という訴訟当事者間での役割分担の問題である。これに対し、行政裁量は、行政と司法との間の役割分担の問題であり、全く方向性が異なるのである。

(3) 入管法21条3項「相当の理由」を例にとると

このことを、在留期間更新許可処分の要件である「相当の理由」（入管法21条3項）を例にとって具体的に見てみよう。ここでは、裁判所は、「相当の理由」があるとはいえないとした行政庁の判断が明白に合理性を欠くかどうかを審査するのであり、原告としては、「相当の理由」があるとはいえないとした行政庁の判断が、単に合理性を欠くにとどまらず、合理性を欠くことが明らかであることまで示さないと、勝訴できない。しかし、「相当の理

25) 「法規の存否・解釈適用に関する意見の陳述……は、裁判所の注意を促し、その参考に供する意義をもつにとどまる」（新堂・前掲注12）460頁。「事実に関する裁判資料の提出は、当事者の責任に委ねられるが、法令の解釈適用については、裁判所が責任を負う」（伊藤・前掲注24）320頁。

由」があるとはいえないとした行政庁の判断が合理性を欠くことが明らかかどうかは規範的評価であるから、これは、当事者の主張立証の対象ではない²⁶⁾。

規範的評価の基礎となる具体的事実は、その規範的評価の内容が「相当の理由」があるかどうかであろうと、「相当の理由」があるとはいえないとした行政庁の判断が合理性を欠くことが明らかかどうかであろうと、特に変わるものではない。したがって、具体的事実についての主張立証責任の所在も、最終的に目指す規範的評価の内容によって、特に変わるものではない。

では、主張立証責任は、何について、どのように分配されるか。外国人には本邦に引き続き在留する権利が当然に認められるものではないという前提からすると、申請者たる外国人に「相当の理由」があることの評価根拠事実について主張立証責任があるということになろう。この点は後に詳述する。

(4) 伊方原発訴訟最判の問題点

有名な伊方原発訴訟の最高裁判決（最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）は、「原子炉設置許可処分についての右取消訴訟においては、……被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を

26) もちろん、在留期間更新不許可処分取消訴訟においては、原告は、いわゆる狭義の法律上の主張、すなわち法規の適用の結果の主張（新堂・前掲注12）460頁）として、在留期間更新不許可処分が違法であるとの主張、そして在留期間更新不許可処分がいかなる法規の適用の結果として違法となるかの主張をしておく必要はあろう（もっとも前者については訴訟物の特定として訴状においてすでに行われている）。

尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである」と述べた。同最判は、「事実上の推認」のテクニックを用いて原告の主張立証責任を軽減したものとして注目され、また肯定的に評価されることが多いと思われる²⁷⁾。しかし、上記判示に対しては、原子炉施設の安全性に関する判断の合理性の有無は規範的評価ではないか、そもそもどのような具体的事実について主張立証責任を考えているのかが不明ではないか、といった疑問がある²⁸⁾。原子炉の安全性に関する判断に行政庁の裁量が認められるとしても（そもそも判決には「裁量」という語は登場しないが）、それは、行政庁の判断が合理性を欠くことが明らかであることまで示さないと原告は勝訴できないということは意味するけれども、そのことは安全性の有無を基礎づける具体的事実についての主張立証責任の分配とは関係がない。

(5) 情報公開請求事例を例にとると²⁹⁾

情報公開法5条柱書きは、「開示請求に係る行政文書に次の各号に掲げる情報（以下「不開示情報」という。）のいずれかが記録されている場合を除

27) 竹下守夫「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」木川統一郎博士古稀『民事裁判の充実と促進 中巻』（判例タイムズ社、1994年）1頁以下。

28) 巽智彦「事実認定論から見た行政裁量論」成蹊法学87号（2017年）164頁。また、新堂・前掲注12）489頁は、「原子炉の設置をどのような条件のもとで許可するかという行政における政策判断の当否が一般的に問われている事件」と理解した上で、「いわゆるローゼンベルク流の証明責任分配論がそもそも意味をなさない事件というべき」としている。

29) 実際のところは、不開示事由該当性が争われる事案では、「あまりに具体的に立証させたのでは、当該文書を開示したのと同様の結果を招来することになるため、当該文書に通常どのような情報が記録され、その情報が一般的にどのような性格、内容のものであるかを典型的に明らかにすることにより、不開示事由に該当することを主張、立証するという方法が採られることが多い」（最高裁判所事務総局行政局監修『主要行政事件裁判例概観11—情報公開・個人情報保護関係編—』（法曹会、2008年）307頁）。このような当該文書の一般的・典型的な性格、内容に関する主張は、そもそも当事者の主張立証を要する事実であるか否かも怪しいところがあり、証明を要しない事実である「経

き」、「開示しなければならない」と定めている。この書き振りから、情報公開請求については、原則公開、例外非公開という関係が成り立つ。あるいは、法律要件分類説に則った説明をすると、不開示情報が記録されているのはじめて行政庁は情報公開請求を拒否する権限が発生するという関係を見出すことができる。

そうすると、不開示決定取消訴訟においては、不開示情報が記録されていること（たとえば個人情報であることを理由とする不開示決定において個人情報が記録されていること）の主張立証責任は、行政側が負うことになるとの結論が導かれる一方で、各号の例外に該当すること（たとえば個人情報の場合であれば1号ただし書イ〜ハに該当すること）については、例外の例外として、原告側（開示請求者側）が主張立証責任を負うという結論が導かれることになる。このことは、東京地判平成15年9月16日（訟月50巻5号1580頁）が明快に説くところである。すなわち、「処分の取消訴訟において、開示請求に対する不開示決定が適法であることを主張する者は、情報公開法5条1号ないし6号の定める不開示情報が記録されていることを主張しなければならない。そして、このような不開示情報が開示請求に係る行政文書に記録されている場合には、行政機関の長は当該行政文書を開示してはならない義務を負うが、さらに同条1号ただし書イないしハにも該当する情報は、その例外として不開示情報から除外され、開示禁止の効果を発生させないものとなると解される。このように、同号ただし書イないしハは、同号本文によって不開示とされる情報から例外的に除外されるものを定めたものであるから、開示請求者がその適用を求めるべき規定である。したがって、同号ただし書イないしハ該当性については、開示を求める原告がこれに該当する事実を主張立証する責任を負うと解される。」

験則」（新堂・前掲注12）581頁）あるいは「公知の事実」（新堂・前掲注12）593頁）と捉える余地がある。その意味で、主張立証責任を論じる意義が少ないということもでき、以下の議論は教室事例的な側面があることも否定できない。

では、いわゆる裁量的不開示事由、すなわち3号の「公にすることにより、国の安全が害されるおそれ、他国若しくは国際機関との信頼関係が損なわれるおそれ又は他国若しくは国際機関との交渉上不利益を被るおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」や、4号の「公にすることにより、犯罪の予防、鎮圧又は捜査、公訴の維持、刑の執行その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めることにつき相当の理由がある情報」に関してはどうか。こちらに関しては、伊方訴訟最高裁判決の「負の遺産」というべきものが見出される。

名古屋地判平成15年10月15日（訟月52巻8号2473頁）は、「行政機関の長による法5条3号の不開示事由の存否に関する処分の前記のような性質にかんがみると、当該行政機関の長の判断に裁量権の逸脱又は濫用があったことを基礎付ける事実の主張立証責任は、本来、開示請求者である原告が負うべきものと解されるが、国の安全や他国若しくは国際機関との交渉に関する正確かつ詳細な情報は専ら国の側にある行政機関の長が保持しており、国民の側としては、公にされている刊行物やメディアによる報道等から概括的に入手するほかないと考えられることなどに照らすと、行政機関の長において、まず、その前提とした事実関係及び判断の過程等、その判断に不合理のないことを相当の根拠に基づいて主張立証する必要がある、これを尽くさない場合には、行政機関の長のした判断が裁量権を逸脱又は濫用したものであることが事実上推認されるというべきである」と述べて、伊方訴訟の最高裁判決を引用している。また、仙台地判平成16年2月24日（訟月50巻4号1349頁）も、「4号に該当することを理由とする不開示処分については、まず、行政機関の長において、同号所定のおそれがあるとの判断をし得る情報であることを主張立証する必要がある。そして、これが立証された場合には、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同判断が全く事実の基礎を欠くか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くことが明らかであるときに限り、裁量権の逸脱又は濫用があったものとして違法であるとするこ

とができるものというべきである。そして、裁量権の逸脱又は濫用を基礎付ける具体的事実の主張立証責任は、同号該当性を争う原告が負うものと解するのが相当である。」と述べる。いずれも伊方訴訟最高裁判決に沿ったものであるのは明白である。

しかし、「おそれ」の有無、そして「おそれ」があるとした行政庁の判断に裁量権の逸脱・濫用が認められるか否かは、いずれも規範的評価であるから、当事者の主張立証の対象ではないはずである。3号・4号が裁量的不開示事由を定めたものであるということは、「おそれ」があるとした行政庁の判断が明白に合理性を欠く場合に限り違法となるということにとどまり、「おそれ」の有無を基礎づける具体的事実についての主張立証責任には影響を与えない。

裁量的不開示事由についても、前記の原則・例外関係から、「おそれ」の存在を基礎づける具体的事実については行政側が主張立証責任を負うと考えてよいのではないか。ただ、行政側としては、「おそれ」があるとした行政庁の判断が明白に合理性を欠くとまではいえないという規範的評価を成立させれば足りるから、ある程度、「おそれ」の存在を基礎づける具体的事実を主張立証すれば十分で、その後は、原告側から、「おそれ」がないことは明らかという規範的評価を成立させるために、「おそれ」の存在を否定する具体的事実を主張立証していかなければならないことになるというだけではないか。上記の裁判例（特に仙台地判）も、善解すれば、結局、このことを言わんとしているようにも読める³⁰⁾。

30) 新堂幸司は、注12)で引用したように、伊方原発訴訟最高裁判決に関して、「ローゼンベルク流の証明責任分配論がそもそも意味をなさない事件」と位置づけるのであるが、これに続けて「その観点からすれば、判決の立論・結論に納得できる」との評価を述べている。

IV 個別法解釈と要件事実

1 許可規制と特許規制

(1) 講学上の許可と特許の区別

上記の情報公開事例では、原則開示、例外不開示という原則例外関係、あるいは同じことかもしれないが、不開示事由がある場合にはじめて行政庁は開示請求を拒否できる権利を取得するという条文構造が主張立証責任の分配に重要な役割を果たしていた。ここから進んで、伝統的行政法学にいう講学上の許可においては、原則許可、例外不許可という原則例外関係が、講学上の特許においては、原則不許可、例外許可という原則例外関係が存在する³¹⁾ことから、主張立証責任の所在にも一定の帰結を導くことができるのではないか³²⁾と推測することができる。もっとも、何を許可規制とし、何を特許規

31) 原田尚彦『行政法要論 [全訂第7版補訂2版]』(学陽書房、2012年) 173頁。

32) このような観点から主張立証責任の分配を論じるものとして、大江忠『ゼミナール要件事実』(第一法規、2003年) 220頁以下。ただし、同書の論述は本稿の立場とは相容れないところもある。その全てに論及することはできないが、以下に一例を上げる。①根拠法令の定め方とは別に、「裁量権の逸脱又は濫用であることを基礎づける事実」が観念されている。本文で詳しく論じたところであるので、立ち入った説明は省略する。②たとえば、飲食店営業の許可について、警察許可であり基準に適合する限り許可しなければならないとする一方で、「その営業の施設が前条の規定による基準 [公衆衛生の見地から条例で定められた基準] に合うと認めるときは、許可をしなければならない」(現行の食品衛生法55条2項本文) という規定については、「権限行使規定」と理解して、原告=申請者が主張立証責任を負うとしている(231頁以下)。しかし、後述するように、衛生基準は許可を与えるにふさわしくないものを事前に排除する趣旨であり、基準に適合しない場合にはじめて行政庁は不許可にする権限を取得すると解されるから、主張立証責任は行政側にあると考える。③一般廃棄物処理施設設置許可については、公企業の特許と理解し、第三者が許可処分取消訴訟を提起する場合について、廃棄物処理法の定める許可基準に適合することについて、行政側が主張立証責任を負うとしている。この点は本稿も同様の立場である。もっとも、人的欠格事由(現行法だと7条10項4号の「申請者が第5項第4号イからルまで [一般廃棄物収集・運搬業の許可の欠格事由] のいずれにも該当しないこと」)については、「いずれにも該当しないこと」という書き振りから「権限行使事由」と理解し、不許可処分取消訴訟においては申請者が欠格事由の不存

制とするかは、基本的に立法政策の問題であり³³⁾、実際の条文構造から離れて、ア・プリオリにこれは許可である、あれは特許であるということから、一定の結論を導くようなことは慎まねばならないことは言うまでもない³⁴⁾。

(2) 許可規制における要件事実と主張立証責任

許可規制においては、許可基準に適合している限り許可しなければならないのが原則であると説かれてきたが、実際の条文上は、必ずしもそのようにはなっていない。たとえば、風俗営業の許可（風営法3条1項、4条）については、「公安委員会は、前条第1項の許可を受けようとする者が次の各号のいずれかに該当するときは、許可をしてはならない。」（4条1項柱書き）とか、「公安委員会は、前条第1項の許可の申請に係る営業所につき次の各号のいずれかに該当する事由があるときは、許可をしてはならない。」（4条2項柱書き）というのが条文の定めである。

在を主張・立証しなければならないとする。しかし、この規定については不適格者を事前に排除する趣旨と解されるので、欠格事由に該当することを理由とする不許可処分取消訴訟においては、行政側が欠格事由が存在することを主張立証しなければならないと解すべきであろう。④個人タクシーの許可について、需給調整規制を前提とする免許制から輸送の安全確保等に関する資格を検討する「許可制」に移行したことを根拠に、不許可処分取消訴訟においては、行政側が、不許可処分を適法とする要件事実を主張立証しなければならないとする。個人タクシー事業の許可が許可か特許かについてはひとまず措くとして、現行の道路運送法6条各号の定める許可基準のうち、1号の「当該事業の計画が輸送の安全を確保するため適切なものであること」はともかく、2号の「当該事業の遂行上適切な計画を有するものであること」および3号の「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こと」については、これらの基準に積極的に適合してはじめて許可を受けることができるものと解すべきであろうから、原告＝申請者側に主張立証責任があると解すべきであろう。

33) 美濃部達吉『日本行政法（下）』（有斐閣、1940年）648頁。

34) 注32)で言及した廃棄物処理法7条5項4号あるいは7条10項4号の欠格事由はその好例であり、特許規制であるとしても、すべての許可基準について、これに適合してはじめて許可を受けることができるというふうに解されるわけではないことに注意すべきである。

もつとも、風営法4条1項各号は不許可事由、すなわち許可を受ける上で該当してはならない事由を定めるもので、その内容もいずれも許可を与えるのにふさわしくない人を類型化したものということ是可以する。同様に、同条2項各号は営業所（物）についての基準であるが、いずれも不許可事由を定めるものである。このような許可基準の書きぶりから、「許可しなければならない」と書いていなくても、許可規制、すなわち消極目的（社会公共にとっての害悪の除去・抑制のため）の事前規制であることを読み取ることが可能である。そして、不許可事由に該当しない限り、許可を受けられるのが原則である（不許可事由に該当しない限り、許可を受けることができる）、行政庁の側から言えば、不許可事由が存在してはじめて行政庁は不許可にできる権限を取得するということが読み取ることができよう。

そうすると、法律要件分類説的な考え方からしても、許可基準に適合しないこと（あるいは不許可事由に該当すること）についての主張立証責任は行政側にあると考えることができよう（申請者が不許可処分を争う場合）。逆に、許可処分を第三者が争う場合は、許可基準に適合しないこと、あるいは不許可事由に該当することについて、原告側が主張立証責任を負うということになるであろう³⁵⁾。

35) 河村・前掲注1)157頁以下は、積極要件か消極要件かを立証責任の分配の考慮要素の一つとしており、この点は、次に論じる特許規制の場合も含めた本稿の立場と共通する部分がある。河村は基本的に侵害処分か授益処分かを基準とする考え方（本稿で先に紹介した名称では実質説）に立つが（153頁）、侵害処分か授益処分かは、当然、当該処分の根拠となる実体法規の定め方に反映するので、実際にはそこまでの相違は出てこない（山本隆司「行政手続および行政訴訟手続における事実の調査・判断・説明」宇賀克也・交告尚史編『小早川光郎先生古稀記念 現代行政法の構造と展開』（有斐閣、2016年）312頁以下も参照）。河村が基礎とする「裁判規範としての民法説」（実体法の規範構造を原則・例外構造等の組み合わせで解釈しようとする考え方）についても、原則許可・例外不許可かという視点で実体法を解釈するのと、許可基準に適合しない場合にはじめて行政庁は不許可にする権限を取得するののかという視点で実体法を解釈するのと、そこまでの相違は生じてこないように思われる。河村説も実際に積極要件か消極要件かを

(3) 特許規制における要件事実と主張立証責任

特許規制においては、すべての許可基準に適合している場合であっても、

基準の一つに取り入れている。またさらにいうと、河村は法律要件分類説を批判するのに、民法（実体法規）の多くは立証責任のことまで考えて立法されておらず、立証困難性等を考慮して民法（実体法規）を解釈する「裁判規範としての民法説」が妥当である旨主張するが、要件事実の決定および立証責任の分配基準だけに議論の射程を限定するならばともかく、実体法規が裁判のためだけに存在するものではない以上（このことは行政法規においてより顕著である）、訴訟のことを想定して実体法を解釈するのは倒錯した解釈方法であると考ええる。

本稿の基本的立場と河村説のそれがそれほど相違がないとはいえ、個別法上の問題についていえば、本稿と河村説とはかなりの違いがある。ここでその全てに言及することはできないが、一例をあげると、河村は、都市計画法の開発許可処分に対して第三者（周辺住民）が取消訴訟を提起するケースについて、被告行政側が、同法33条1項各号の定める許可基準に適合することについて、主張立証責任を負うと解している（337頁以下）。その根拠は、積極要件の全部該当で申請認容処分をし得るという条文構造（同法33条1項柱書きは「次に掲げる基準……に適合して [いる] ……」と認めるときは、開発許可をしなければならない」というものである）にあるようである。しかし、都市計画法が開発行為を規制する趣旨は、無秩序な開発行為が行われると、都市の健全な発達と秩序ある整備に支障があることから、そのような支障を生じないように、事前に行政庁の審査にかからしめる点にあると考えられ、「都市の健全な発展と秩序ある整備への支障」というやや特殊な内容ながら、このような支障の発生を防止するための消極目的規制の一種であり、したがって許可基準に適合する場合は行政庁は許可をしなければならず、逆に、許可基準に適合しない場合にはじめて行政庁は不許可にする権限を取得する、あるいは原則・例外関係という観点からいえば、原則許可・例外不許可の規制と解される。このことは、開発行為は財産権行使の一つとして、本来自由であるべきことから裏付けられる（以上につき、鶴澤剛「ストロングライフ事件」法学教室447号（2017年）21頁注13）も参照）。そうすると、不許可処分取消訴訟では、許可基準に適合しないことについて被告行政側が主張立証責任を負い、一方で、許可処分取消訴訟では、許可基準に適合しないことについて原告周辺住民側が主張立証責任を負うというのが本稿の立場である。

また、最大の相違といってよいであろうが、河村説では、裁量処分については、行訴法30条の趣旨から、侵害処分、授益処分にかかわらず、原告が裁量権の逸脱・濫用に関して主張立証責任を負うとする（153頁注(9)、268頁注(5)）。この点は本文で詳論しているところなので、繰り返さない。

許可しない裁量がある（場合がある）と説かれるが、やはり実際の条文上は、必ずしもそうなっていない。たとえば、電気事業の許可（3条、5条）については、「経済産業大臣は、第3条の許可の申請が次の各号のいずれにも適合していると認めるときでなければ、同条の許可をしてはならない。」というのが条文の定めである。

もっとも、風営法4条1項各号および2項各号が、許可を受ける上で該当してはならない不許可事由を掲げていたのに対し、こちらは許可を受ける上で積極的に満たさなければならない事由を掲げている。特許規制は、積極目的（社会公共にとっての利益の増進のため）の事前規制とされるが、内容的にも、各号に列挙されている許可基準は、その事業の開始が社会公共のために必要であるかといったことや、その者に事業を適確に遂行するだけの能力の有無を問題にするものである。たとえば、「その一般送配電事業の開始がその供給区域における需要に適合すること。」と定める1号や、「その一般送配電事業の開始が電気事業の総合的かつ合理的な発達その他の公共の利益の増進のため必要かつ適切であること。」と定める6号は、公益上の必要性を問題にするものであり、「その一般送配電事業を適確に遂行するに足りる経理的基礎及び技術的能力があること。」と定める2号は、申請者の能力を問題にするものである。このような許可基準の書きぶりから、「許可することができる」と書いていなくても、特許規制であることを読み取ることができよう。そして、許可を受けるためにはこれらの要件に積極的に適合することが必要である（申請者は許可要件に適合してはじめて許可を受ける権利を取得する）という関係を見出すことができよう。

そうすると、法律要件分類説的な考え方からしても、許可基準に適合することについては、原告（申請者）側に主張立証責任があると考えられよう（申請者が不許可処分を争う場合）。逆に、許可処分を申請者以外の第三者が争う場合は、許可基準に適合することについて、行政側が主張立証責任を負うことになる。

さらに、特許規制においては、許可・不許可の判断にとって必要な事項がすべて許可基準に書きつくされているとはかぎらない。法定の許可要件が、いわゆる最低基準を定めるものにすぎず、所定の要件を満たす複数のものの中から最も適当なものを選定する裁量が認められている場合や、許可要件に示されていない事項についても公益上望ましくない事情があれば、それを考慮して不許可にできる場合などが考えられる。このような効果裁量の判断において考慮される具体的事実についての主張立証責任はどのように考えるべきか。講学上の特許といえども、行政庁は、恣意的に、つまり理由もなく、申請を不許可にすることは許されないと考えるべきであろうから、許可要件を満たしているのに不許可にすべき事由が存在することについては、不許可処分取消訴訟では行政側が、許可処分取消訴訟では原告が、それぞれ主張立証責任を負うと考えてよいであろう。たとえば、自転車競技法5条1項の場外車券売場の設置許可に関し、経済産業省製造産業局長通知である「場外車券発売施設の設置に関する指導要領について」（平成25年4月1日製局第14号）は、「許可申請に当たっては、必要に応じ、当該場外車券発売施設の設置場所の所在する町内会等又は地方自治体の長の同意を得る等の地域社会との調整を十分行ったことを証する書面を提出するよう求めること」と定めているが（この通知自体は合理的なものであると仮定する）、地域社会との調整がとれていないことを理由として不許可処分をする場合、あるいは許可処分の取消訴訟において地域社会との調整がとれていないことを理由として取消しを求める場合などがその例として挙げられる。

2 不利益処分における要件事実と主張立証責任

(1) 基本的考え方

不利益処分の根拠規定は、何らかの法令違反があること、あるいは不正・不当な行為があることを要件として、許認可等の取消し、業務の停止、是正命令等を発することができるものが多い。ここでの処分要件該当性、つ

まり法令違反行為があったことあるいは不正・不当な行為があったことについては、それが存在してはじめて行政庁は処分権限を取得するという関係にあるため、法律要件分類説的な発想から言っても、行政側に主張立証責任があるということができよう。

他方で、処分要件に該当する場合の効果としては、厳しい処分から軽い処分まで処分の選択の余地（何の処分をしないという選択まで含め）があるわけであるが、たとえば最も厳しい許認可等の取消処分がされた場合に、どのような主張立証責任の分配となるであろうか。取消処分の選択を基礎づけるのは、典型的には、処分原因となった法令違反行為、不正・不当行為の頻度、態様、悪質性などである（悪質性は事実に対する評価の問題である）。これらの行為の存在それ自体については、すでに述べたように、処分要件に該当する事実として、行政側が主張立証責任を負っている。効果裁量は要件が充足された場合にはじめて問題となるものであるから、行政側は、これらの行為の存在を処分要件に該当する事実として主張立証したことによって、最も厳しい取消処分を選択したことの合理性についてもある程度基礎づけていることになる。他方で、処分を軽くする方向の事実については、原告側から主張立証をしていくというのが基本形となろう。

(2) 処分基準が定められている場合

以上のことを、行政手続法上の処分基準が定められている場合を想定して、より具体的に考えてみよう。たとえば、風営法22条1項1号は客引き行為を禁止している。そして、処分基準において、客引き行為に対して課せられる標準的処分が、3ヶ月の営業停止命令と定められているとしよう（この処分基準は合理的なものと仮定する）。風俗営業者Xが客引き行為を行ったとして3ヶ月の営業停止命令がされた場合、その取消訴訟においては、まず、被告行政側から、処分要件に該当する事実として、Xが客引き行為を行ったことを主張立証する必要がある。そして、被告行政側は、この立証に成

功したことによって、3ヶ月の営業停止命令の選択が、特段の事情のない限り³⁶⁾、合理的であることも示していることになる（処分基準それ自体が不合理な場合は別）。そうすると、原告X側から、処分を軽減すべき情状の存在を主張立証していくことになる。

5ヶ月の営業停止命令が選択された場合はどうか。この場合、標準的処分よりも厳しい処分が選択されているわけであるから、被告行政側としては、Xが客引き行為を行ったことのほかにも、処分を加重すべき事由が存在することについて、まず主張立証をしておく必要が出てくる。そのうえで、原告X側から、処分を軽減すべき事由の存在について主張立証していくという展開になろう。

(3) 景表法、特商法などの「みなし」規定、「推定」規定について

最後に、不利益処分の根拠規定中にある「推定」規定や「みなし」規定について検討を加えておく。景表法5条1号はいわゆる優良誤認表示を禁止しており、これに違反すると、同法8条1項に基づく課徴金納付命令の対象と

36) 最判平成27年3月3日（民集69巻2号143頁）参照。

なる³⁷⁾。その際に、同法8条3項は、消費者庁長官³⁸⁾は事業者に対し当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めるとし、資料の提出がないときは、その表示は優良誤認表示に該当するものと「推定する」と規定している。また、景表法7条1項は優良誤認表示があった場合の措置命令について定めるが、同条2項は、その際に、やはり消費者庁長官は事業者に対し当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めるとし、資料の提出がないときは、優良誤認表示に該当するものと「みなす」と規定している。同様に特商法6条1項1号は、商品や役務の性能・効能・品質・効果等に関し、いわゆる不実勧誘を禁止しており、これに違反すると、同法7条1項の指示または同法8条1項の業務停止命令の対象となりうるが、同法6条の2は、その際に、主務大臣は事業者に対し当該告知の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料の提出を求めるとし、資料の提出がないときは、不実告知行為をしたものと「みなす」と規定している。

まず確認しておかなければならないのは、これらの規定は、さしあたって

37) 課徴金制度についての行政法的検討として、中原茂樹「景品表示法上の課徴金について」宇賀・交告編・前掲注35)793頁以下。なお、同稿では、課徴金納付命令取消訴訟において実施予定返金措置計画不認定処分の違法性を主張できるかという問題を、いわゆる「違法性の承継」の問題と捉えているが(809頁)、筆者は、実施予定返金措置計画認定処分がされない限り、課徴金の減額という効果は生じないのだから、実施予定返金措置計画不認定処分の違法性を主張したところで、その違法性は課徴金納付命令の違法事由となりえない、課徴金納付命令が違法であるというためには、最低限、実施予定返金措置計画不認定処分の取消しが必要である(実施予定返金措置計画認定申請に対して最終的な応答の処分がなされていない状態で課徴金納付命令を発することは許されないという意味で)、その意味で、ここで問題となっているのは、いわゆる「違法性の承継」の問題ではなく、公定力の問題(処分は取り消さなければその効果を否定できない)である、と考えている。詳細は別稿に委ねたいが、さしあたり鶴澤剛「確認的行政行為の性質と違法性の承継」金沢法学62巻1号(2019年)1頁以下参照。

38) 8条3項では「内閣総理大臣」が行政庁となっているが、33条1項で消費者庁長官に権限の委任がされている。

は行政手続上のもの、つまり処分手続という場面を想定して置かれた規定であるということである。すなわち、不利益処分の事前手続としては³⁹⁾、弁明の機会の付与等の通知において、不利益処分の原因となる事実の記載が求められるし（行政手続法15条1項2号、30条2号）、処分をする際の理由の提示においても原因事実の記載が求められる。その前提として、通常は、不利益処分をしようとする際は、まず行政側において原因事実について十分な調査が必要だと言える。これらの「推定」または「みなし」規定は、行政側において処分要件該当性について十分な確信が持てなくても、不利益処分をすることを可能にするという点で、行政側の負担を軽減するものである⁴⁰⁾。

ここで問題にしたいのは、これらの「推定」または「みなし」規定が、以上のような行政手続上の意義にとどまらず、訴訟上の意義、つまり訴訟における主張立証責任の分配に影響を与えるかということである。ここで問題となっているのは、不利益処分の原因となる事実であるから、前述のとおり、本来は行政側に主張立証責任があることになる。そこでまず考えられるのは、これらの「推定」規定または「みなし」規定が、このような主張立証責任の何らかの形での転換あるいは軽減を図っているという可能性である。

もっとも、ここでの処分要件は、優良誤認表示をしたこと（景表法7条1項、8条1項）や不実勧誘をしたこと（特商法7条1項、8条1項）であり、「推定」され、または「みなし」される対象も優良誤認表示に該当すること（景表法7条2項、8条3項）、あるいは不実勧誘に該当すること（特商法6条の2）である。これらはいずれも、一定の事実を法規（景表法5条1号あるいは特商法6条1項1号）に包摂した結果つまり法適用の結果であって、これ自体

39) 課徴金納付命令は「一定の額の金銭の納付を命」ずる不利益処分であるから、行政手続法13条2項4号により、行政手続法の不利益処分の規定の適用が除外されるものの、景表法13条以下で、弁明の機会の付与の手続が定められている。

40) 大島義則ほか編著『消費者行政法』（勁草書房、2016年）16頁（大島義則執筆）は、「これらの行政調査は簡易・迅速な行政処分を行うために実効性の高いものであるが、他方で、処分を受ける事業者の適正手続保障も十分に図る必要がある」と指摘する。

は「事実」ではない。これらの規定は、「事実」をみなしたり、推定したりするのではなく、法適用の結果をみなし、あるいは推定しているのである。「推定」についていわれる「法律上の事実推定」と「法律上の権利推定」の区別⁴¹⁾ でいえば、権利を推定しているわけではないが、ともに法適用の結果を推定するものという点で、「法律上の権利推定」と同様であるといえる。

また、「推定」または「みなし」の前提となる事実、いわゆる前提事実も、この場合はそもそも事実であるかどうか疑わしい。これらの「推定」および「みなし」規定は、いずれも優良誤認表示なり不実勧誘に該当するか否かを判断するため必要があると認められるときに、「裏付けとなる合理的な根拠を示す資料」の提出を求めることができるとした上で、「当該資料を提出しないとき」に、優良誤認表示または不実勧誘と「みなす」あるいは「推定する」というものである。事業者が全く資料を提出しなかったというのは事実であるが、資料を提出したものの、行政庁によって「合理的な根拠を示す資料」とは言えないと判断されたというのは事実でなく、行政庁による規範的評価である⁴²⁾。

たとえば、景表法7条2項が適用され、「景表法5条1号に該当する表示」とみなされて、措置命令がされた場合を考えてみた場合、「みなす」という文言を文字どおり受け止めれば、「当該資料を提出しなかった」という前提

41) 伊藤・前掲注24)387頁以下。

42) 消費者庁のガイドライン「不当景品類及び不当表示防止法第7条第2項の運用指針 — 不実証広告規制に関する指針 —」(平成15年10月28日)によれば、合理的な根拠を示すものと認められるためには、①「提出資料が客観的に実証された内容のものであること」、および②「勧誘に際して告げられた、又は広告において表示された性能、効果、利益等と提出資料によって実証された内容が適切に対応していること」の2つの要件を満たす必要があり、①にいう「客観的に実証された内容のもの」とは、i)「試験・調査によって得られた結果」、またはii)「専門家、専門家団体若しくは専門機関の見解又は学術文献」のいずれかに該当する必要があるとされている。また、「特定商取引に関する法律第6条の2等の運用指針 — 不実勧誘・誇大広告等の規制に関する指針 —」(平成25年2月20日)も、「合理的な根拠」について、同様に説明している。

事実が証明されると、5条1号該当性についてはもはや争えなくなることになる。しかし、事業者が全く資料を提出せず、行政庁がそのことの証明に成功した場合はともかく、資料を提出したが、消費者庁長官に、「合理的な根拠を示す資料」とはいえないとして、措置命令を受けた場合は、「合理的な根拠を示す資料」か否かを争って、5条1号該当性を争うことは当然に可能でなければならないだろう。東京地判平成28・11・10（判タ1443号122頁）は「本件各措置命令は、本件各表示が法4条1項1号〔現行5条1号〕に規定する優良誤認表示に該当するか否かを直接判断してされたものではなく、同条2項〔現行7条2項〕により本件各表示は優良誤認表示とみなされるとして、同法6条〔現行7条1項〕に基づいてされたものであるから、本件各措置命令が適法であるといえるためには、その根拠規定である法4条2項に規定された処分要件、すなわち、①消費者庁長官が、本件各表示が同条1項1号に該当するか否かを判断するため必要があると認め、本件各表示をした原告らに対し、期間を定めて、本件各表示の裏付けとなる合理的根拠資料の提出を求めたこと、②原告らの提出した本件各資料が合理的根拠資料に該当しないことの各要件が充足されていることが必要である」と述べた上で、「消費者庁長官の定めた提出期限の経過後に提出された資料は、本件各資料〔提出期限内に提出された資料〕が本件各表示を裏付ける合理的な根拠を示すものであるか否かを判断するために参酌し得るにとどまり、参酌し得るのは本件各資料の内容を説明するものや補足するものに限られるというべきである」として、措置命令取消訴訟における審理対象を、提出期限内に事業者が提出した資料が当該表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料に該当するか否かに限定している。同判決は、7条2項の有する意義として、提出した資料が「合理性」を有するか否かは争えるが、訴訟において提出できる資料は、事前に提出したものに限られる、という理解をしているわけである。特商法6条の2のみなし規定についても、同様に考えることになろう。

景表法8条3項の「推定」規定についてはどうであろうか。「みなす」と「推

定する」の通常の用法からすれば、5条1号に該当しないことを証明することにより、推定を覆すことが可能ということになるが、上述のように、そもそも「みなす」規定の方も、「表示の裏付けとなる合理的な根拠を示す資料」に当たるか否かを争って、5条1号該当性を争うことはできるのである。そうすると、「みなす」との違いは、提出期限の経過後の資料も、措置命令の違法性を基礎づける資料として提出できるという点に見出されることになりそうである⁴³⁾。しかし、このように解する場合、翻って「推定」することとしたことの意味は、何であろうか。たとえば、8条1項に基づき通常の課徴金納付命令をしようとする場合は、行政庁の側において、積極的に5条1号に該当することを示す必要があるが、8条3項に基づく課徴金納付命令においては、事業者側において、5条1号に該当しないことを示す必要がある、という理解がありえよう。前述のように、5条1号に該当する（あるいは該当しない）というのは、事実ではなく法適用の結果であり、しかも5条1号においては「著しく優良」というような規範的概念が用いられている⁴⁴⁾。たとえば、8条1項に基づく課徴金納付命令においては、「著しく優良」という規範的評価を成立させる必要がある（言い換えれば、「著しく優良」であるこ

43) 西川康一編著『景品表示法 [第6版]』（商事法務、）339頁は、「事業者の手續保障に配慮し、資料提出期間経過後であっても、仮に合理的な根拠を示す新しい資料（例えば、資料提出期間経過後に行った試験結果）が備わった場合には当該表示の優良誤認表示該当性を争えるよう、措置命令との関係における不実証広告規制のように不当表示と「みなす」のではなく、「推定する」とされている」と説明する。

44) 前出の「不当景品類及び不当表示防止法第7条第2項の運用指針」によれば、「著しく優良であると示す」に当たるか否かは、業界の慣行や表示を行う事業者の認識により判断するのではなく、表示の受け手である一般消費者に、「著しく優良」と認識されるか否かという観点から判断され、「著しく」とは、当該表示の誇張の程度が、社会一般に許容される程度を超えて、一般表皮者による商品・サービスの選択に影響を与える場合をいうとされる。また、その判断に当たっては、表示上の特定の文章、図表、写真等から一般消費者が受ける印象・認識ではなく、表示内容全体から一般消費者が受ける印象・認識が基準になるとされている。

との評価根拠事実を行政側が主張立証する必要があり、十分な評価根拠事実がない場合は行政側が敗訴する)が、8条3項に基づく課徴金納付命令においては、課徴金納付命令の違法をいうためには、「著しく優良でない」という規範的評価を成立させることが必要である(言い換えれば、「著しく優良でない」ことの評価根拠事実を事業者側が主張立証する必要があり、十分な評価根拠事実がない場合は事業者側が敗訴する)、ということになる。しかし、このような理解についても疑問はある。もともと景表法の規制の趣旨等からして、まず事業者側において表示の裏付けとなる合理的根拠を十分に備えておくべきであるという議論は成り立ちそうであり⁴⁵⁾、「推定」規定がなくても、この程度のことは言えそうだからである。

いずれにせよ、これらの「みなし」規定や「推定」規定は、通常の用法とはかなり異なる意味において用いられているようである。また、景表法7条2項の「みなし」と8条3項の「推定」の使い分けも、あまり考え抜かれたものとは言い難いように思われる。前述のとおり、これらの「みなし」規定や「推定」規定は、さしあたり行政手続上の意義を有することに疑いはないわけであるが、行政手続上の問題(事前の告知や理由付記)に限っていえば、「みなし」と「推定」に特に違いはなく、ともに「提出した資料は合理的な根拠とはいえないので」等と記載することになるだろうからである。

V おわりに

以上、行政処分(行政行為)についての裁量を中心に、行政訴訟における要件事実、主張立証責任の分配について論じてきた。論述の流れから明らかのように、ここまでの議論は、処分という行為形式が、根拠法令上、要件と効果の形で規律されていることを前提としたものである。したがって、根拠法令上、要件と効果の形で規律されているわけではない行為形式、たとえば

45) 西川・前掲注43)89頁参照。

委任立法や行政計画等について、以上の議論が、どの点で、どの程度、応用可能かは、慎重な見極めが必要になってくる。とりわけ、立法裁量については、委任立法のみならず、国会の立法や地方議会の条例制定に関しても、近時議論が盛んになりつつあるが、立法の合理性を基礎づける立法事実と、従来主張立証責任が問題にされてきた具体的事実との相違に十分注意を払うことが必要であろう⁴⁶⁾。たとえば、立法事実は多くの場合経験則的なものとなると思われるが、経験則については従来主張立証が不要とされてきたことの意味、根拠などについて検討が必要となると思われる。

また、行政処分（行政行為）に関しても、要件事実や主張立証責任についての議論は、いまだ緒に就いたばかりであること認めなければならない。Ⅲ 2(4)でも触れたが、行政法学における議論は、いまだ平成4年の伊方原発最判をもてはやすのみで、その具体的意味や問題点にまで踏み込んだ検討が少ないように思われる。

民事訴訟においては、立証責任の所在は実体法規の定め方によって決せられるとする法律要件分類説が通説とされてきた⁴⁷⁾。ところが、処分取消訴訟等において実体法規となる処分根拠規定については、私法法規とは異なり、行政活動のための行為規範であることに主眼を置いて立法されており、裁判における立証責任の所在まで考慮して立法されていないとの指摘がしばしばされてきた⁴⁸⁾。これに対し、本稿の論述は、基本的に法律要件分類説の発想に立って行われている。本稿の考察結果の示すところでは、あらためて分析・検討してみると、行政実体法の定めは、案外に、主張立証責任の規律として有効に機能しうると思われる。この考察結果の評価は読者に委ねるほかないが、停滞気味にある行政訴訟における主張立証責任論、そしてそのため

46) ドイツを参考にした理論化の試みとして、巽智彦「憲法関係の訴訟における事案の解明」伊藤滋夫編『憲法と要件事実』（日本評論社、2020年）5頁以下。

47) 前掲注13)5頁。

48) 藤田宙靖『[新版]行政法総論(下)』（青林書院、2020年）135～136頁参照。

の実体法の分析方法について、一石を投じることになれば、本稿の目的はあらかた達せられたといってよい。