

## 土地収用における公益性判断の裁量統制

見上 崇洋

- ・ 圏央道事件
- ・ 事業認定の取消
- ・ 判決の概要と特徴
- ・ 控訴理由書の趣意
- ・ 判決の判示及び控訴理由における裁量理論の捉え方
- ・ 裁量に関する判決 判断と控訴理由の検討
- ・ 「黙示の要件設定」論と「供用瑕疵」論について
- ・ その他

### ・ 圏央道事件

2003年秋から2004年春にかけて、圏央道土地収用事件（平成16年（行コ）第205号事業認定取消請求）の控訴及び収用裁決取消請求控訴事件をめくり、執行停止決定や処分取消判決が同じ事業について相次いでだされ、注目を浴びた。

事件は、圏央道（一般有料道路・首都圏連絡中央自動車道）のあきるのインターチェンジ（IC）部分の収用に関する。この道路事業は、現状ではIC近辺の80メートルを残し概成にいたるが、関係の地権者らが用地買収に応じず、収用手続きに入ったものである。2002年9月に土地収用裁決（権利取得裁決と明渡裁決）がなされている。

2003年10月3日東京地裁は地権者らはの申し出に基づき代執行について執行停止の決定（判例時報1835号34頁、決定 という）、03年12月25日東京高裁による執行停止決定の取り消し決定（判例時報1842号19頁）、04年3月16日最高裁による特別抗告の棄却、04年4月22日東京地裁による事業認定および収用裁決の取消判決（判決 という。判例時報1856号32頁）、04年4月26日東京地裁による収用の代執行に対する第二次の執行停止の申立の却下決定、と一連の判決が出されている。

注目を浴びた理由は、まず、「無駄な」公共事業に対する批判がこの間の「構造改革」の一つの焦点であり、さらにその公共事業の展開の要の一つである道路事業に対して、公共性がな

い、あるいは、執行を停止してかまわない、と、司法が判断したことが挙げられる。

ついで、執行停止を命じる裁判は非常にまれであり、今後の行訴法改正をめぐる議論においても焦点の一つとされ、その要件につき「回復困難な損害」を避けるため緊急の必要（行政事件訴訟法二五条二項）から「重大な損害」に緩和がはかられたところである。圏央道訴訟はもちろん行訴法改正前であるので、厳しい要件のもとではあったが、その執行停止を命じた数少ない例の一つであることが挙げられる。

さらに、土地収用の事業認定（土地収用法20条）を取り消すという判決も、空前ではないとはいえ、議論の取り上げられ方は、おそらくかの1973年の日光太郎杉事件控訴審判決<sup>1)</sup>以来のものであるということが挙げられる。

最後に、担当裁判官がこの間行政側の敗訴判決をあいついで出していたことから注目されたのであった<sup>2)</sup>。

本稿は、判決における、事業認定に係る判断、すなわち事業の公益性に関する裁量判断に焦点を当てて、被告側の控訴理由書をも併せ検討し、若干の分析を行おうとするものである。

## ・事業認定の取消

事業認定は、収用適格事業性と事業の公益性を認定する行政処分であるが、形式的な適格とともに事業の実質的な公共性の判断を行うものである。日光太郎杉判決は、建設大臣（当時）の事業認定の取消という点で注目をあびただけでなく、違法性の認定方法の論理的な確立においても、後に判断過程の過誤の統制論として学説上通説化する裁量統制理論や、他事考慮や要考慮事項考慮不尽といわれ判断枠組みの提示とともに、行政裁量理論においてもいまだに金字塔をなしているものである。判決が事業認定を取消したのはそれ以来である（なお、二風谷ダム事件<sup>3)</sup>では事業認定を違法としたが、事情判決により請求は棄却された）。

さらに、この間の公共事業批判との関連でも、公共事業の代表としての大規模な道路事業の要否に関わる裁判である点に注目が集まるのである。なお、公共事業の公共性については、訴訟以外の場では、公共事業の各種の評価がなされているように、当初の認定ありきではなく、進捗状況や現地事状などによつての見直しが必要とされることは常識化し、そのような方向でそれぞれの制度が、それも、行政の主導で動いているのである。

## ・判決の概要と特徴

事業認定の取消請求と収用裁決（権利取得裁決と明渡裁決）の取消請求の二つからなる請求について、判決は、概要以下のような指摘をした。まず、これを順次挙げ、必要に応じてコメントを付しておく。

（1）原告適格について、周辺住民のうち、起業地の不動産について権利を有していない者についてはその権利もしくは法律上保護された利益が侵害され又は必然的に侵害されるもので

はなく、原告適格は認められない、とした。

（２）事業認定の違法性に関して、土地収用法（以下、法という）20条3号に定める要件（「事業計画が土地の適正かつ合理的な利用に寄与するもの」であること）の判断については、三つの前提的な理解をまず示す。

第一は、法20条3号の要件が、起業地が事業のように供されることによって得られる公共の利益と失われる利益を比較衡量し、前者が後者に優越することを要する、とする。

第二は、黙示的な前提要件として、公共事業＝ここでは道路自体に、公害などが発生し瑕疵があると認められる場合には、認定庁に裁量の余地はなく、違法である、とする。

第三は、法20条各号の要件認定において、いわゆる判断過程の過誤の統制が働く、とする。

（３）そのうえで、まず判決はこのような前提要件の認定において、本件道路事業が受忍限度を超える騒音被害を与えると認めて、上記、第二の前提要件を充たしておらず、違法であるとしたのであった。なお、接地逆転層発生の影響の有無及び浮遊粒子状物質（SPM）の影響の有無について確度の高い調査を行わなかったことにつき、判断を怠った違法があるとした。

（４）法20条3号については、少し認定を詳細に紹介しておこう。被告らの渋滞緩和の主張は総じて裏付けに欠けるし、期待感の表明にとどまるとしている。

具体的な認定として、被告らの説明に根拠を欠く、費用の算定過程が不明確、既存のインターと2キロと離れていない、代替案の検討をしていない、などの点を指摘して、20条の要件適合性に係る判断過程の過誤があったとしている。

要するに、説明不足、代替案の検討なし、要考慮事項考慮不尽といった点が認められて、判断過程に過誤欠落があったというのである。ここで、欠落とは、過誤の一態様であるが、不存在との厳しい指弾がなされている。

（５）収用裁決取消については、まず事業認定との間の違法性の承継を承認する。そして事業認定の違法を認定したことから、裁決も取り消される、とする。

（６）事情判決については、申立がないことからこれを否定している。

（７）計画行政、都市計画事業における早期の争訟手段の新設が必要と述べている。

## ・控訴理由書の趣意

控訴人ら（国および東京都）の控訴理由書によれば、判決には誤りがあるとされる。そのなかで、いわゆる行政裁量統制に関わる部分についても、かなり重要な指摘がなされている。ここでは、これらの論点を取り上げ、その後見解を示しておきたい。

### 1. 「法20条の要件解釈の誤り」とする点について（概括的指摘）

控訴理由書20頁以下では、原判決が黙示的な前提要件を設定し、黙示的な要件への不適合を認定した点に対して以下のような指摘をする（とくに22頁以下）。

「原判決の判示するような、法の規定しない要件を唐突に提示し、それによって起業者の申

請を拒否するとしたら、それ自体が裁量権の濫用として違法とされることは、誰の目にも明らかである」と指摘しつつ「処分要件を明示していない場合には、その処分行政庁において、具体的な要件を定めること自体が許容されると解されるとしても、原判決は、処分要件を定めた規定があるにもかかわらず、その要件の解釈としてではなく、全く別の要件を立て、しかもその要件については、要件裁量がなく、効果裁量も極めて限定されると自ら決めているのである。」「事業認定庁においても、起業者側においても、これまで全く想定していないものである。事業認定庁が行えば裁量権の濫用となるにもかかわらず、なぜ原判決が、そのような要件を絶対的なものとして設定し、それに合致しないと、事業認定庁の誤りと断定できるのかは、全く理解し難いところである。」と。

## 2. 法20条所定の事業認定の要件について

### (1) 法20条3号要件について<sup>4)</sup>

法20条3号は「いわば事業計画自体の合理性に関する要件を定めたものと解される。」「その判断の過程において、収用を認めるとすればそれによって失われることになる諸々の利益を考慮すべきことになるから、『公共の利益』と『失われる利益』との双方を比較衡量した上で収用を認めるべきか否かを決定することになる」<sup>5)</sup>。そこで、「結局、3号要件は、当該土地がその事業のように供されることによって得られるべき公共の利益と、当該土地がその事業のように供されることによって失われる利益とを比較した結果、前者が後者に優越すると認められることをいい、この判断は、事業計画の内容、その事業によってもたらされるべき公共の利益、事業計画策定及び事業認定に至るまでの経緯、起業地の現在の利用状況、その有する価値等の諸要素、諸価値の比較衡量に基づく総合的な判断として行われなければならない。」「そして、このような判断は、将来の予測も含んでおり、また、経済的、開発的利益と文化的、環境的価値という相対立する価値の軽重を総合的に考慮して当該事業計画の合理性を判定しようとするものであるから、その性質上、必然的に政策的又は専門技術的判断を伴うものであり、事業認定庁には、その適合性の認定について裁量が認められるものである」。

### (2) 法20条は黙示的な要件を認めないこと<sup>6)</sup>

「法において、事業認定の要件は、法20条各号に明示的に定められている。…明示的に置かれた要件規定に対して、さらに要件を加重することも、逆に要件を緩和することも、法は許容していないものというべきである。……事業認定庁としては、事業認定に当たり、上記各号適合性を判断すれば足りるものであって、また、事業認定庁の判断でその他の要件を課すことも認められないのである。」

「原判決のいう『黙示的な前提要件』は、法20条の定める要件と併存し、それに先行して事業認定庁が事業認定をし得るか否かの要件であるとされているから、法20条の定める要件とは別個の要件を設定するものと解される。」と。

（3）判決 は事業認定を正解していない<sup>7)</sup>

事業認定は、法20条各号列記の要件の判断に限定され、将来予測や供用関連瑕疵を考慮に入れることはできないとの主張がなされている。すなわち、「将来建設される道路やダム等の営造物自体に物理的、外形的な欠陥や不備（いわゆる物的性状瑕疵）があるか否かまで審理して判断することまで予定するものではなく、原判決は、事業認定庁の職責そのものを正解していない」と。

また、判決 の読み方として、「しかし、このような危険性があるか否かという将来の予測に関わる事情は、3号要件の比較衡量の中において、失われる利益として考慮されてきたものである。したがって、これだけを独立の要件ないし考慮要素とし、あえて法20条の判断枠組みを逸脱した判断をする必要はない」と指摘する。

さらに、「供用関連瑕疵とは、国家賠償法2条1項所定の『営造物の設置又は管理の』の『瑕疵』の解釈として認められたものであり... 行政庁が行政処分をするに際して、要件ないし審査基準として適用し機能するような性質のものではないのである」と述べる。

（4）法20条3号要件適合性の判断における事業認定庁の裁量<sup>8)</sup>

「原判決は、法20条3号要件適合性の判断について、事業認定庁の裁量があることを認めているが、同号の裁量は、事業認定庁の有する専門技術的知識に由来するものではなく、得られる価値と失われる価値との比較衡量に当たり、性質上そのままの比較が困難な複数の価値について、政策的判断としてそのいずれを優先させるかという意味における裁量であり（原判決72ページ）、比較衡量に当たりどのような価値を最も重視すべきかということについては、現行の法体系の下で社会に普遍的に受け入れられている諸価値を正しく評価する点にのみ認められることを前提にしている」。

しかし、原判決は、3号適合性の判断に関する司法審査の在り方を誤る。すなわち、「このような総合判断の性質上、その判断には、事業認定庁の専門技術的、政策的裁量が認められるものである。」専門技術的裁量に関する判示の誤りとして、「原判決は、上記のとおり、事業認定庁の専門技術的裁量を否定するかのようであり、また、事業認定庁は必ずしも専門技術を有している行政庁であるとは限らない旨判示する」と指摘している。また、政策的裁量に関する判示の誤りとして、「事業認定庁が、前記のような諸要素、諸価値の比較衡量に基づく総合的な判断を求められるものである以上、必要な事項の選択とその最終的な判断を事業認定庁にゆだねるほかに、法はこれを認めているものと解されるのである。」と指摘している。なお、この点、人の生命身体の安全と財産権の優先順位など、については一般的な価値の優先順位はあるものの、「価値の評価や優先順位等も含めて、当該事業計画の審査に当たる事業認定庁の裁量にゆだねられたものというべきである」と。

これに対して、原判決は社会に普遍的に受け入れられた価値の優先順位を探究する必要があるとしたが、「この判示の趣旨は判然としない。仮に法20条3号の政策的裁量において一義的な価値序列が存在することを前提として、裁量の働く場面上記価値探究の場面に限定したも



のというのであれば、法20条3号の解釈を誤るものであり、失当である。」と主張している。

(5) 判断代置方式について<sup>9)</sup>

控訴理由書は、行政裁量が認められる場合に、判断代置方式による司法判断は行政庁の裁量を否定することになって許されないとしたうえで、次のように指摘している。「原判決は、前記のとおり、事業認定庁の裁量が、現行の法体系の下で社会に普遍的に受け入れられている諸価値を正しく評価する点にのみ認められることを前提にしている。しかし、3号要件も裁量部分をこのように限定し、その余の部分は、いわゆる実体的判断代置方式による趣旨とすれば、明らかに3号要件適合性に関する司法審査の方法を誤るものである。」と。

(6) 判断過程統制方式について<sup>10)</sup>

控訴理由書は、判決 判決が依拠したとされるいわゆる判断過程統制方式との関連で、判決の判断は「その内容がいわゆる手続的瑕疵の問題ではなく、実体的要件への適合性判断そのものの問題であることは明らかであり、また、原判決自身それが『社会通念上看過することができない過誤欠落がある』場合であることを前提としていることから、結局、処分が違法とされるのは、実体判断の誤りが裁量の逸脱又は濫用と評価されるような場合に限られるというべきである。」「原判決の示す判断手法が、『普遍的に受け入れられている諸価値』かどうかの疑問を提示することにより、事業認定庁の判断を覆すための審査基準として提示されたものであるとすれば、明らかに不当なものであって、司法審査の手法を誤るものというほかない」と指摘している。

## ・判決 の判示及び控訴理由における裁量理論の捉え方

### 1. 裁量理論について

以上に示したように、本件についてその主たる争点をなしているのは裁量理論の捉え方とその本件への適用のあり方である。以下、後に述べるように控訴理由書の主張が、判決 の趣旨を正しく理解せず、また、裁量理論における通常理解ともかけ離れていると考えるが、そのことをみる前提として、現在の行政法の代表的な体系書・理論書から、行政裁量理論の捉え方を整理し、上記の指摘で問題とされている、政策的裁量や専門技術的裁量、判断過程の統制方式の捉え方について整理しておきたい。

### 2. 塩野宏の見解

塩野宏は以下のように述べている<sup>11)</sup>。「行政行為における裁量とは、裁判所は行政行為をした行政庁の判断のどこまでを前提として審理しなければならないかどうかの問題である」(108頁)。そして、効果裁量説・要件裁量説という理論的な対立とそのいわば融合に触れたあと、要件に裁量を認める最高裁判決(最判昭和36年4月27日民集15巻4号928頁)が登場している

ことを確認しつつ、その要件裁量を認める根拠として、最高裁は、総合的政治的価値判断の要素（最判昭和53年10月4日マククリーン事件民集32巻7号1223頁）、科学的専門技術的配慮（最判昭和33年7月1日温泉掘削許可事件民集12巻11号1612頁）、学術的、教育的な専門技術的な判断（最判平成5年3月16日許可書検定事件民集47巻5号3483頁）を指摘している」とする。ただ、伊方原発最高裁判決（平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）も同様の判断をしているように見えるが、原子炉設置許可に際しては、最高裁は単に専門技術的裁量を認めているのではなく、行政庁の判断過程に通常の官僚組織以外の専門集団が関与している点に、法が裁量権を付与している法的根拠を見出していることに注意が必要である旨をのべ、「いいかえると、かかる集団が関与していない場合には如何に専門技術的問題といえども、行政庁の裁量性は認められないことになるのである」と指摘している。

もっとも、要件の認定に裁量が及ぶとしても、どのレベルに裁量を認めるかの問題が残ることになる。医療事故にかかる損害賠償事件では、因果関係について科学的・医学的判断を裁判所が行うのが通例であるが、原子力発電施設の設置許可等の行政過程で行政庁が科学技術的判断をする場合、結果についての因果関係ではなく、「将来生じる事象の予測であり、その予測について法律は第一次判断権を行政庁に与えており、この行政庁の判断を裁判所が審査する、という構造をとっている」。その点で、通常の損害賠償事件とは異なり、この場合には、安全性という事実問題それ自体に裁量を認めるのが判例であるとする。

結論的に、「裁量問題が裁判所の審査との関係でこのような形をとると、もはや裁量と羈束のカテゴリカルな区分は困難であって、具体的な事件における裁判所の審理の密度がどの程度であるかという問題になってくる」<sup>12)</sup>と述べている。

また、司法審査の密度の向上させる試みとして、日光太郎杉事件控訴審判決を挙げ、「かかる審査方法を裁判所がなしうるのは、行政庁としては、いかなる情報に基づいていかなる見地に立って、判断したかを説明する責任がある、という政府の説明責任の原則からの根拠付けも可能である」とし、「いずれにせよ要考慮事項（逆に不可考慮事項）が何であるかは法の解釈を通じて導き出されるものであるし、さらに考慮事項相互の比較衡量も一定の幅はあるにせよ、法の基準があることなので、裁判所の審査密度は大きく向上することになる」としている<sup>13)</sup>。

### 3. 芝池義一の見解<sup>14)</sup>

芝池義一は、裁量論について以下のように述べる。

学説においては、羈束裁量と自由裁量の相対化を前提にする方向が基本である<sup>15)</sup>。そして、「司法審査において、行政の政策的または専門技術的知見に基づく判断は、それが高度なものであればあるほど、裁判所としては、尊重せざるを得ないと考えられる」<sup>16)</sup>。今日、行政裁量の判断基準としての裁量の踰越濫用の審理と基準については、行訴法30条に明文化されて以来、実体審理とその基準として、目的拘束、国民の権利自由の保護、憲法原則および条理・社会通念、義務の懈怠などが、諸裁判例によって裁量が認められる場合にも裁量を拘束する基準とされてきている。そして、実体審理と異なる審理方式としての判断過程の審理とその基準につい

ては、他事考慮することや、考慮すべきことを考慮しないことや、考慮において評価を誤ることは、当該裁量行為を違法とする<sup>17)</sup>。また、代替措置を検討しなかったことの違法が、最判平8年3月8日民集50巻3号469頁(「エホバの証人」剣道実技拒否事件)や最判平8年7月2日判時1578号51頁によって認められている。考慮すべき事項=要件については法律で定められないこともある<sup>18)</sup>。

#### 4. 阿部泰隆の判断過程統制方式と実体的判断代置方式についての見解<sup>19)</sup>

阿部泰隆は、司法審査の密度に関するモデルとして、実体的判断代置主義、裁量濫用、その両者の中間的解決方法としての判断余地説、判断過程の統制、手続のみの統制、といった方式があるとす<sup>20)</sup>。そのうえで、この見解は、法20条3号に係る裁量審理について、具体的に妥当な範囲に言及するものである。

その中で、判断過程統制方式について、その理論的枠組みを承認しつつ、具体的な事件への適用において、判断代置方式との間の境界が不分明であるとしている。そして、日光太郎杉事件控訴審判決におけるいくつかの指摘は、判断代置方式によるとみるべきであり、その限りで同判決は支持できず、代替案の検討の欠缺などの部分についてのみ判断過程の統制として評価されるべきことを主張している<sup>21)</sup>。すなわち、「判断過程の統制は羈束裁量 - 判断代置方式、自由裁量裁量濫用の中間方式であるから、もともと羈束裁量の要素にも自由裁量の要素にも使えるものである。日光太郎杉高裁判決は、羈束裁量に対する司法審査を形のうえでは後退させる方式となるが、逆に、この方式は従来自由裁量といわれた領域における司法統制の強化のために用いられてもよいと思われる」<sup>22)</sup>としつつ、ただ、日光太郎杉控訴審判決については、判断過程の統制方式は「いかにも有効な方式にみえるが、この事件では実はかなり見かけだけのものと思われる。すなわち、この判決のかなりの部分は実体的判断代置方式によっているとも思われ、わずかに代替案の審査の部分にのみ、要考慮事項を考慮しなかった(バイパスを建設しても現道の拡幅が必要なのかを検討していない)という判断過程の統制方式が採用されているにすぎない」<sup>23)</sup>としている。

#### 5. 巨理格の見解<sup>24)</sup>

巨理格『公益と行政裁量』(2002年弘文堂)は、近時の裁量理論に関するもっとも先進的な理解であるとともに、もっとも新しい裁量論の理論状況を整理している点に特徴があると考えられる。本書において、判断代置・判断過程統制理論・日光太郎杉事件について言及されており、その点については、大要以下の通りである。

ここでは、日光太郎杉事件控訴審判決には、土地収用法20条3号の要件の存否の判断について3つの重要な要素が指摘されており、それぞれ第一規準、第二規準、第三規準とされている<sup>25)</sup>。第一規準は、事業計画の内容、それによりもたらされる公共の利益、事業計画の策定と事業認定に至るまでの経緯、収用対象地たる土地の状況、その土地の私的ないし公共的価値等の諸要素・諸価値の「比較衡量に基づく総合判断として行われるべきもの」とされている部分、とく



に括弧で引用した部分を指す。第二規準は、「かけがえのない」景観的、風致的、歴史的、文化的環境価値を有する土地は、収用制度との関係においても「最大限度尊重されるべき」であり、かかる土地を対象地とする収用事業を以て「土地の適正かつ合理的な利用に寄与するもの」というためには「当該事業計画を実施しなければならない特別の必要性があることを要する」ことを指す。第三規準は「本来もっとも重視すべき諸要素、諸価値を不当、安易に軽視し、その結果当然尽くすべき考慮を尽くさず、または本来考慮に入れるべきでない事項を考慮に入れもしくは本来過大に評価すべきでない事項を過重に評価し、これらのことにより事業認定庁のこの点に関する判断が左右されたものと認められる場合」という点、いいかえると通常、他事考慮・要考慮事項考慮不尽といわれる要素を指す。

この三つの規準相互の関係であるが、まず第一規準は、事業の実施により得られる公共の利益がそれにより失われる公的若しくは私的な諸利益に優越することを一般的に要求するものであるにとどまり、第一規準のみでは、当該判断過程で考慮されるべき価値や利益、各々の価値・利益の優劣を判断するための指標は明らかにされない。そこで第二規準が示された。ただし、この第二規準の提示のみでは、（日光太郎杉事件での環境価値などの公共的価値は「折り紙付き」であるので認定されやすいが）通常の事案では第一規準による結論が示されるわけではない。事業開発利益と歴史的・文化的・自然的諸利益という「同一の土俵上で」数量的に比較しその間の優劣を決しうる性質のものではないからである。そこで、第三規準が導かれる。

これらの規準は、このように理解されるから、「土地収用法二〇条三号の規定内容の具体化、つまり、この規定の趣旨に即した法規解釈の帰結として導き出された媒介的基準に外ならない、ということである。そうであるとすると、この判示部分は、法規外的な社会的諸価値に照らして妥当性とか社会通念上の妥当性から導かれるものとは異質の規準を提示するものである、と解すべきであろう」と。

以上の巨理教授の理解によれば、日光太郎杉事件控訴審判決は、大半が法規外的な要素を持ち込むという意味で判断代置と非難されるべきものとみるべきではなく、そのような批判はあたらぬ、ということになる。そして、同判決においてさまざまに指摘された諸要素・諸価値は、換言すれば、それらの諸要素・諸価値を裁判所が公益判断の要素として採用することは、裁量の合理性を判断するために当然考慮すべき事柄である、ということになる。

## ・裁量に関する判決 判断と控訴理由の検討

### 1. 判例および学説の立脚点

上記、代表的な裁量の捉え方をみてきたが、それから以下の点が確認できるであろう。列挙して示すこととする。

裁量濫用理論が、行政事件訴訟法30条で採用されていることから、今日の裁量統制理論は、この基準をめぐる展開している。

戦前からの伝統的な要件裁量論・効果裁量論は、現実の最高裁判例や学説においては相対

化している。

一般に、自由裁量領域があらかじめ存在しているわけではなく、事例によって裁量の認められる余地を判断することとされている。

専門的技術的判断・政策的判断について裁量が認められる余地が通常よりは大きいことが認められている。

しかし、専門的技術的判断・政策的判断について、その要素があれば当然にかつ全面的に自由裁量性が認められて司法審査が排除されると考えられているわけではない。

土地収用法20条3号の要件適合性の判断において、判断過程統制方式が妥当することに異論はない。つまり、土地収用法20条の判断に係る事例が専門的技術的判断・政策的判断として、これについて司法審査が排除されると考える判例・学説は存在しない。

判断代置方式が羈束行為については一般に認められる。

先例たる日光太郎杉事件高裁判決において、判断の一部に判断代置方式ととられる判断が含まれているとの批判がある（阿部説）。ただし、この見解においても、同判決が全面的に判断代置方式を採用しているとはみていない。

要考慮事項の考慮を尽くさなかったとの判断において、考慮事項のあげ方によって判断代置か否かが分かれることになるというのが阿部説の捉え方である。

これに対して、亘理説では、日光太郎杉事件高裁判決で挙げられている考慮事項が、判断過程における法規解釈の規準にもとづいて敷衍された事柄であり、法規外的要素を持ち込むという批判は当たらないとする。

少なくとも代替案の未検討は、いずれの説においても土地収用法20条3号については、判断代置とみられるものではなく、適切な考慮事項の設定であり、判断過程統制方式によって、違法の判断が下されうるものであることが承認されている。このことだけを取り出しても、本件については、この代替案の未検討の要素のみで裁量濫用は認定できると考えられる。

## 2. 判決 判示と控訴理由

以上のような確認をもとに、判決 の判示と控訴理由を比較検討してみよう。

(1) 判決 は、土地収用法20条3号に係る判断において、日光太郎杉事件控訴審判示のように、倒木のおそれやオリンピック開催による交通渋滞の可能性といった、判断代置として一部から非難されたような要素を数多く挙げているわけではない。判決 は、具体的な認定として、被告らの説明に根拠を欠く、費用の算定過程が不明確、既存のインターと2キロと離れていない、代替案の検討をしていない、などの点を指摘して、法20条の要件適合性に係る判断過程の過誤があったとしている。

(2) これらの要素について、判断代置であるとの指摘は的はずれであると考えべきである。まず「被告らの説明に根拠を欠く」との要素について、何らかの判断が代置されている、とみることは不可能であろう。裁量判断の過程において、より合理的な判断に基づいて適正な結論を導くために、また、利害関係者の理解を得るために、判断の内容を説明することが必要であ

るもしくは少なくとも望ましい、ということは説明するまでもないことで、これにおける瑕疵の存在の指摘は、当然、法規の予定するところである。土地収用法は、平成13年に改正された際に、事業認定の手續において、第15条の14を新設し、「起業者は、……事業の認定を受けようとするときは、あらかじめ、……説明会の開催その他の措置を講じて、事業の目的及び内容について、当該事業の認定について利害関係を有する者に説明をしなければならない」と定め、また第23条も改正して請求のあった場合公聴会を義務化したことから、合理的な根拠を欠く説明が、違法なものであるとすることは首肯されるであろう。

「費用の算定過程が不明確」という指摘についても、何らかの判断が代置されている、とみることが不可能であろう。これは、上に述べた、説明の要素と内容的には重複することであり、判断の理由が適正に示されていない、ということの内容である。

「既存のインターと2キロと離れていない」という点は、裁判所が実体的にある結論を示して、それと比較して行政庁の判断過程を指弾しているようにみえなくもない。しかし、ここでは、道路建設事業という事業対象との関係を考慮すべきであると考えられる。すなわち、土地収用は、公共事業の必要性和国民の財産権保護との両者の間で、ぎりぎりのバランスをとるための制度であって、一の事業の合理性をそれ自体として単独に判断することのみが公益性の判断として予定されているわけではない。判決の判示や控訴理由書でもたびたび言及されているとおり、土地収用法20条3号はそのことを定めているのである。そうであるから、既存のインターと2キロと離れていない、という要素は、当該事案においては、事案の性質から見て何人の判断においても、道路の構造に関わる当然考慮すべき要素としてあげられるべきものである。この点を、法規に明示していないから、裁判所が行政庁の権限を潜脱して、自らの結論を優先させた……判断を代置した、というのは、土地収用法とその具体的な対象の性質と顧慮しない理解である。

「代替案の検討をしていない」という点は、既に学説においても触れたとおり、判断過程の統制方式として、とりわけ土地収用法20条3号の裁量判断については、異論のないところであるし、この点だけでも、本件事業認定の違法を導くことが可能であろう。

(3) さらに、控訴理由書自身が「原判決は、前記のとおり、事業認定庁の裁量が、現行の法体系の下で社会に普遍的に受け入れられている諸価値を正しく評価する点にのみ認められることを前提にしている。しかし、3号要件も裁量部分をこのように限定し、その余の部分は、いわゆる実体的判断代置方式による趣旨とすれば、明らかに3号要件適合性に関する司法審査の方法を誤るものである」(傍点=見上)と述べ、判決の判示を判断代置方式であるとして批判するが、「のみ、…とすれば」と仮定で述べているにすぎず、具体的な指摘ではない<sup>26)</sup>。

(4) 判決の具体的判断については、上記(2)で指摘したが、控訴理由書の指摘は、諸価値を先に実体的判断基準として設定して、それに合わせて判断したから判断代置であるとの批判のようにも読める。これについては、以下のようにいいうるであろう。

要考慮事項は、当該事件ごとに、その事情に合わせて考慮しなければならないので変化しうる。しかし、「生命身体の安全」については、一般的にどのような事柄についても考慮すべき

価値と考えられているといってよいと考えられる。そして、これを考慮すること自体について、控訴理由書みずからが「その判断において、考慮すべき利益、事項については、極めて抽象的、一般的な価値の優先順位（例えば人の生命身体の安全と財産権の優先順位など。）が存在するとしても」と述べてこれを認めているところである<sup>27)</sup>。判決の判示も「生命身体の安全」についての判断のみを行っているに過ぎず、裁判所自身が新たに法定外の要件を基準として設定したといったものではなく、明示的要件とされていない法20条の判断につき、「生命身体の安全」を考慮することは要件適合性の判断とみてよい。

なお、行政法の法源として、一般に憲法規範や条理が挙げられるが、生命身体の安全が侵害されないこと、というのは、憲法規範の面からも条理からも行政法の法源に当然含まれ、明示の規定を要しない。

## 。「黙示の要件設定」論と「供用瑕疵」論について

### 1. 黙示の要件設定

(1) 控訴理由書は、「法において、事業認定の要件は、法20条各号に明示的に定められている。…明示的に置かれた要件規定に対して、さらに要件を加重することも、逆に要件を緩和することも、法は許容していないものというべきである。……事業認定庁としては、事業認定に当たり、上記各号適合性を判断すれば足りるものであって、また、事業認定庁の判断でその他の要件を課すことも認められない」と述べて、法20条は黙示的な要件を認めないため、上記の判決は誤りであるという。

一般に、法律の根拠が全く存在しないのに、裁判所が行政の依拠すべき要件を事後的に設定し、それに基づいて行政の行動を違法とすることは、法治主義のもっとも基礎的な意味において、違法であるとされることは言をまたない。そこで、ここでの焦点は、判決のようにいうことが、事後的に新たな法定外の要件の設定をしたとみるべきなのか、それとも法20条の解釈として許容される範囲のものであるのか、ということであろう。

換言すれば法20条に定める事業の認定において、何を考慮すべきであり、また何を考慮すべきでないか、の問題であるが、この点、既に述べたように法20条の要件に係る裁量判断に含まれる事柄であるか否かに係ることになる。

判決は、第一に、法20条3号の要件が、起業地が事業の用に供されることによって得られる公共の利益と失われる利益を比較衡量し、前者が後者に優越することを要する、と述べた上で、黙示的な前提要件として、公共事業 = ここでは道路自体に、公害などが発生し瑕疵があると認められる場合には、認定庁に裁量の余地はなく、違法である、としているのである。すなわち、法20条3号の要件認定において当然考慮すべき事項としてこの点を挙げているのであって、規定に対していわば外在的に無関係な要素を持ち込んでいるとは到底いえないのである。そしてその内容も、事業自体の不法な状態があらかじめ看取される、という認定を前提に、その意味で明らかに違法であると予想されるものを法はその手続き上正規に取り扱う必要はな



い、とするのだから、むしろこのような扱いを許容しない方が、反法治主義的であるとすらいえる。明示でない要件を事細かにもちこんで、それに基づき違法適法の判断をしたのであれば、控訴理由書の这样的问题を残すことになるが、判決はそういう構成の上に示されたものではなく、判決における「黙示要件」は、法20条3号に係る裁量審査の内容としてあげられていると解することができ、論理的には考慮事項としての位置にある。

(2)さて、行政決定を行うに際して、行政庁が何を考慮に入れるべきで、何を考慮に入れるべきではないか、また何を考慮にいれてもよいか、という論点は、それほど自明の問題ではない。裁量事項についてはすでに述べてきたように考えられるが、裁量の有無にかかわらず、当然無効と考えられる事柄が、当該判断にかかる決定において重要な要素となる場合には、明示の規定と離れてそれを決定に際して考慮することは、多くの裁判例においてすでに認められている<sup>28)</sup>。ここでは、違法性一般の「考慮が当然に許されるものではないにしても、違法性が重大であり、かつ、明白である場合には、その考慮を許容する余地は必ずしも否定できない」として、そういう考慮に基づく裁判例が少なからず存在することが示されている。本件での認定は、まさにそのような認定であるといってよい。ただし、判定基準としての「重大明白」性は行政行為について何人もがその効力を否定できる当然無効を導くのであるが、ここでは、当事者の主張のなかから判決の判断の結果として、裁判所が「無効」とさえ評価できる違法性を認識したことが確認される。

小早川光郎教授は、行政決定に当たって、立法の執行として判断をなす場合に、前提となる法定要件に対応する事実の認定を「行政庁の調査義務」と呼び、これが存在すること、およびこれの具体的な範囲は場合によって異なる、ことを指摘する<sup>29)</sup>。とくに調査の程度については、「関係する立法の規定ないしはその趣旨に応じて異なりうる」<sup>30)</sup>とされている。本件事業が、道路事業という対象の特性、土地空間には多様な利害関係者が関わり利害そのものが輻輳する、土地収用法自体が利害関係への説明を多様に行うようにしている、道路について公害が懸念されることは一般常識である、等の点から、本件認定において、道路の危険性を考慮することが違法であるとの主張は誤りであるばかりでなく、具体的な判断のうえに無効要件を充たすものとして違法を確認したといいうるのであるから、この判断は当然のものといえよう。

(3)すでに判決では本件事業認定が違法であるとする根拠のひとつに生命身体に対する危険があげられており、判決はそれが予測されるとの認定に立つのであるから、この点でも要件の明示は不要であると解して差し支えない。前述したごとく控訴理由書でも述べられているように(32頁)生命身体に対する危険という要素は、何にも優先して考慮すべき要素である。

一般に、考慮すべき事項がすべて法定されない場合もあり<sup>31)</sup>、明示要件のみに拘泥するのは、形式的法治主義に墮する理解である。また、事項の特質から要件としてではなく当然に導かれる制約もあり(条理上、当然の場合)、生命身体に対する危険はいずれの理解においても、むしろ看過する方が違法となるものである。

本件においては、違法な場合であるとされれば、当然、法治主義の原理からしても考慮されるべき事項に当たることとなる。予定される行政処分の対象物件が、生命身体の安全という価



値基準からみて不法なものであると予測ができるとの認定であるので、その場合にも、当然に、この点は考慮せず、行政処分をすべきだとするのは、かえって実質的法治主義の趣旨に反するであろう。控訴理由書にいうように、法定されていない考慮事項として考慮に入れることが裁量の濫用になるというのは、形式的にすぎる理解である。

## 2. 供用関連瑕疵論

上記のことと関連するが、黙示要件に係る違法の認定に際して、いわゆる供用瑕疵論に言及されているようにみえる。いわゆる供用瑕疵論は、指摘されるように国家賠償法2条に係る違法の認定に際して語られる概念である。しかし、本件に関しては、国家賠償法違法とされるような違法がすでに予測されるのであるから、そのような事業は適正な事業として認定すべきでないという認識として語られており、国家賠償法の違法そのものを認定しているわけではない。上に述べたように、裁量判断の要素として事業の不法を予測し、その不法は身体生命に対する危険を招来するので違法であるというのであって、この点、 の1で述べたように考慮事項の一つの要素の指摘であるし、その内容が、事業の認定において当然考慮しておくべき事項を取り上げ判断した、ということである。国家賠償訴訟においても当然に違法として指弾されるような程度の違法をもつ、そしてその内容として生命・身体に対する危険が予想されるとするものであり、そういった内容で違法が看取されるというのであって、国家賠償法上の違法性をここで認定したと判示しているわけではなく、控訴理由書の理解は適切ではない。

なお、道路事業において、公害の発生を考慮すべきことはむしろ常識に属する事柄で、裁判外でも各種公共事業の再評価の局面において事業の環境への配慮などは重要な項目としてあげられているところである。裁判においてこれを考慮しないでよい、という方が現在の社会常識から見ても奇異である。

また、これもすでに指摘したが、事業認定手続においてどう影響があるかの説明責任を、法改正までして盛り込んだのであり、事業の影響につき、専門行政庁のみが判断でき、裁判所ができないという性格のものではない。

控訴理由書は、この点、「事業認定庁が行えば裁量権の濫用になるにもかかわらず、なぜ原判決が、そのような要件をほぼ絶対的なものとして設定し、それに合致しないとして、事業認定庁の判断を誤りとできるのかは、全く理解し難いところである」(23頁)と述べるが、新たな要件を絶対的なものとして設定したのではなく、裁判所の具体的な権限と責任に基づいた具体的な判断として、違法性を認定したまでのことと理解してよい。換言すれば、法治主義の一要素である法律の優先原則...行政活動は法に違反しえない...に基づき、行政活動の法規適合性を判断することは、裁判所の当然の権限であり責務である。判決 が判断した程度のこと行政庁専属だというのは、あまりにも偏った考えである。

## ．その他

行政事件訴訟法が改正されたばかりである。この行訴法改正については、裁判所の審理の密度を上げるという要請が改正の引き金の一つであったことは記憶に新しい。司法審理を限定しようとする控訴理由は、このような動きに逆行するものであることが強調されなければならない<sup>32)</sup>。

### 注

- 1) 東京高判昭和48年7月13日行集24巻6・7号533頁。
- 2) 拙稿『『圏央道土地収用訴訟』をめぐって』法律時報76巻10号（2004年9月号）3頁。
- 3) 札幌地判平成9年3月27日判例時報1598号33頁。
- 4) 控訴理由書26頁以下。
- 5) 小沢道一著『逐条解説土地収用法』改訂版上巻335頁。
- 6) 控訴理由書27頁以下。
- 7) 同前28頁以下。
- 8) 同前30頁以下。
- 9) 同前34頁。
- 10) 同前34頁以下。
- 11) 塩野宏『行政法』（第3版・有斐閣・2003年）
- 12) 同前114頁。
- 13) 同前119頁。
- 14) 芝池義一『行政法総論講義』第4版（有斐閣2001年）
- 15) 同前79頁。
- 16) 同前80頁。
- 17) 同前84～85頁。
- 18) 同前85頁。
- 19) 阿部泰隆『行政裁量と行政救済』（三省堂1987年）
- 20) 同前26頁。
- 21) 同前とくに116頁以下。
- 22) 同前129頁。
- 23) 同前。
- 24) 亘理格『公益と行政裁量』（2002年弘文堂）
- 25) 同前264頁以下。
- 26) なお、高木光「判断過程の統制　もんじゅ本案控訴審」同『行政訴訟論』2005年有斐閣第3部第4章第2節は、もんじゅ本案控訴審判決（名古屋高裁金沢支部平成15年1月27日判決判時1818号3頁）の分析において、判断代置方式と判断過程統制方式について精緻な議論を展開している。事案が異なることや紙幅の都合上詳論は避けるが、高木教授が同判決の一部を、「隠れた実体的判断代置方式」であるとして批判する要素は、「判断過程の違法」と「結論の妥当性」の混同（382頁）に典型的に現れるなどと指摘する点为中心的な論点であり、本文でも述べていることから、圏央道事件については、さしあたり無関係のものともみておくことができると考えている。

- 27) 控訴理由書32頁。
- 28) 芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢116巻1～6号571頁以下。
- 29) 小早川光郎「調査・処分・証明」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題』中1990年有斐閣266頁以下。
- 30) 同前268頁。
- 31) 芝池・前掲注14) 文献85頁。
- 32) なお、本稿は、本件控訴審東京高裁に提出した意見書を基に、加筆修正している。また、判例評釈として、判決 について、山村恒年・判例地方自治261号49頁以下、福井秀夫・法学教室288号19頁以下、決定 について、小幡純子・判例評論548号(判例時報1864号)180頁以下、櫻井敬子・自治実務セミナー43巻5号10頁がある。前二者は、本稿と基調を同じくしている。