

## 委任命令の裁量統制

田中, 孝男  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/4151225>

---

出版情報 : 法政研究. 87 (3), pp.185-212, 2020-12-18. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

# 委任命令の裁量統制

田中孝男

- 一 はじめに——本稿の意義等
- 二 委任命令の適法性をめぐる議論と実定法の定め
- 三 委任命令の適法性をめぐる村上理論
- 四 委任命令の適法性判断基準
- 五 おわりに——まとめと今後の研究課題

## 一 はじめに——本稿の意義等

## (一) 本稿の意義

村上先生は行政訴訟法を専門的研究分野の柱の一つとしてきた。そこで、本稿は、委任命令（以下「命令」と表記することがある）の制定改廃に係る裁量を、村上・行政訴訟法学における裁量統制論の中で検討する。

村上先生からは、私の博士論文<sup>(2)</sup>の公聴会で、いわゆる委任条例の適法性判断基準<sup>(3)</sup>に関して、貴重な御質問・御意見を頂戴した。本稿は、これにわずかでも応えたいためその前提作業として準備したものである。村上先生の御厚情にお礼申し上げるとともに、この度の移籍をお祝いし、併せて今後の御活躍を祈念する。

## (二) 考察の方法

以下第二節では、ごく簡単に、委任命令の適法性判断基準の内容を概観し、さらに現在の実定法の定めを確認する。

次の第三節では、村上先生の裁量論（司法による裁量統制論）から見た委任命令の裁量統制論の導出を試みる。委任命令を認めるということは、法律が法規定立につき命令制定権者に一定の範囲で裁量権を付与したものだといえるから、裁量論の中で委任命令の適法性を考察するのである。

そして、第四節では、委任命令を違法とした最高裁判例を中心に、村上先生の議論の延長で、委任命令の裁量統制に関する具体的判断基準を考察する。

最後に、本稿のまとめと、今後の研究課題を提示する（第五節）。なお、本稿筆者の力量不足等により、各判例の評

釈や学説の検討は限定的であることを、恥ずかしながらお詫びする。

(三) 用語の意義等

1 村上先生の御論稿の略称表記

本稿においては、村上先生の関連論稿を、次のように略称表示する（五十音順）。

- ・ 行政裁量：「行政裁量」法教四六五号（令元）七六頁
- ・ 行政手続：「行政手続」法教四六六号（令元）六六頁
- ・ 行政法判例：「司法制度改革後における行政法判例の展開」『行政訴訟の解釈理論』（有斐閣、令元、『解釈理論』）二七七頁（初出、平二七）
- ・ 行政立法：「行政立法」法教四六八号（令元）七八頁
- ・ 判断過程：「判断過程審査の現状と課題」『解釈理論』二三五頁（初出、平二五）
- ・ 判批Ⅰ：「生活保護老齢加算廃止訴訟」『解釈理論』二六二頁（初出、平二五）
- ・ 判批Ⅱ：『行政判例百選（第七版）』（有斐閣、平二九）一〇四頁（解説部分がほぼ一〇五頁に限られるため、頁についての表記は行わない）

2 用語の意義や表記等

本稿における用語の意義等など表記の関係で、次についてあらかじめ示しておく。

第一に、本稿では、委任命令と執行命令（行政立法七九—八〇）とを厳密には区別せずに、「委任命令」と表示している。<sup>5)</sup> 本稿で使用する委任命令は、「法規命令」と表示する方が理論的には適切かもしれない。

第二に、以下では、委任命令の根拠となる法律のことを授權法律といい、当該授權法律において命令に委任する旨を定める規定を授權規定という。なお、執行命令の限界を検討する際には、授權法律による明文の授權規定がないときに「黙示の授權」を構想すべきかを検討する必要があるが、本稿では「黙示の授權」を觀念しないこととする。

第三に、法令や判例、雑誌・文献の略称は、法律編集者懇話会『法律文献等の出典の表示方法』〔二〇一四年版〕の例による。もつとも、村上先生以外の学説に係る論稿は、ごく一部しか取り上げていない。

第四に、本稿では、原文が旧漢字・旧仮名遣い等のものについても、表記の揺れの統一及び読みやすさの観点から、注記することなく、平成二三年内閣訓令一号（公用文における漢字使用等について）を基本として必要な補正を行っている。

### 3 判例の番号

本稿で特に取り上げる最高裁判例について、次のように「判例①」等と番号を付ける。なお、これらの判例で判決文を引用した際に付す（数字）は、当該判例集の該当ページを意味する。

- 判例①…水産資源保護法等事件（最判昭三八・一二・二四判時三五九・六三）
- 判例②…生活保護法朝日事件（最大判昭四二・五・二四民集二一・五・一〇四三）
- 判例③…農地法買取農地売却事件（最大判昭四六・一・二〇民集二五・一・一）
- 判例④…国公法全通猿払事件（最大判昭四九・一一・六民集二八・九・三九三）
- 判例⑤…銃刀法古式銃法事件（最判昭六二・一一・二〇訟月三四・四・六九五）
- 判例⑥…銃刀法外国製刀剣事件（最判平二・二・一民集四四・二・三六九）
- 判例⑦…監獄法幼年者接見不許可事件（最判平三・七・九民集四五・六・一〇四九）
- 判例⑧…児童扶養手当法施行令（奈良）事件（最判平一四・一・三一民集五六・一・二四六）
- 判例⑨…児童扶養手当法施行令（京都）事件（最判平一四・二・二二訟月四九・一一・三一七三）

判例⑩…戸籍法施行規則事件（最決平一五・一二・二五民集五七・一一・二五六二）

判例⑪…貸金業みなし弁済用書面事件（最判平一八・一・一三民集六〇・一・一）

判例⑫…解職請求代表者事件（最大判平二一・一一・一八民集六三・九・二〇三三）

判例⑬…生活保護老齢加算措置廃止（東京）事件（最判平二四・二・二八民集六六・三・一二四〇）

判例⑭…生活保護老齢加算措置廃止（北九州）事件（最判平二四・四・二日民集六六・六・二三六七）

判例⑮…医薬品インターネット販売権事件（最判平二五・一・一一民集六七・一・一）

裁判所が委任命令の具体的な適法性判断基準を判決文で示すことが多いのは、当該命令を違法とする場合（判例①③⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮）や、適法という結論でもこれに反対の少数意見があったり（判例②④⑥）、下級審で判断が割れていたり（判例⑬）、下級審が違法とした判断を覆したりする場合（判例⑭）である。

なお、命令を違法とした判決として指摘されるものは、昭和時代にはわずかに二件にすぎず、平成になっても違法判決の傾向はそれほど変わらず、二二世紀以降の平成時代になり多少散見されるといった水準である。判例⑧と判例⑨は、小法廷を異にする事件であるが同じ政令の規定を違法・無効としたものであるから、違法とした委任命令の数は、法律を違憲とした判決数より少ない状況にある。

## 二 委任命令の適法性をめぐる議論と実定法の定め

### （一）委任命令の適法性判断基準の多層化

委任命令の限界は、今日では、授權法律における委任の方法と命令の内容の問題として扱われ、<sup>6)</sup>前者は包括的委任の

禁止、後者は委任範囲逸脱の禁止として論じられるのが一般的である。<sup>7)</sup>

ただ、憲法学における議論も加えるならば、命令の適法性判断基準は、【図1】のようにもう少し多層的なものとして構成される。

### 1 実質的合憲基準

ここで「実質的合憲基準」とは、委任命令が、憲法で定める人権保障規定に違反していないかどうかを判断する基準をいう。ここでは、さらに次の二タイプの違憲性が問われる。

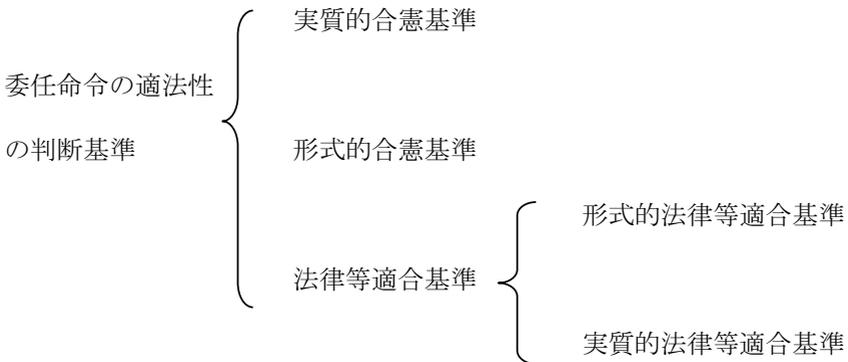
第一は、授權法律が認める規制等の内容それ自体が憲法違反である場合である。判例②の「念のため」と判示する部分（二〇四五―一〇四九）は、委任命令である生活保護基準の実質的合憲基準に関するものといえる。

第二は、授權法律は適法（合憲）であるけれども、委任命令の内容が甚だしい人権侵害規定となっているために違憲であるような場合である。これは、法律等適合基準に組み込むこともあり得るが、憲法との抵触性を問題とすることから、実質的合憲基準の問題と位置付けてよからう。

### 2 形式的合憲基準

次に、「形式的合憲基準」とは、法律等が、当該事項の規定を条例に委ねることが憲法上許されているかどうかを判断する基準をいう。包括的委任の禁止など、行政法学において「委任の方法」として定立した問題が、ここで扱われる。

【図1】委任命令の適法性の判断基準



(出典) 本稿筆者の作成による。

### 3 法律等適合基準

そして、「法律等適合基準」とは、命令が（憲法以外の）法律等に抵触しないかどうかを判断する基準をいう。これは、委任命令が授權法律にも抵触せず（委任範囲逸脱の禁止）、それ以外の法律にも違反しない<sup>(8)</sup>という基準である。

このうち委任範囲逸脱の禁止基準は、（あまり議論がなされていないようであるが、）さらに形式的逸脱禁止基準と、実質的逸脱禁止基準に細分される。

前者（形式的逸脱禁止基準）は、授權法律が要件Aの定立を命令事項として適法に委ねているときに、当該命令がAの内容決定を、行政庁の全面的裁量に委ねるような定めを置くこと（いわば白紙委任）は許されないとするものである。委任命令の再委任の問題も含めて考えてよからう。

後者（実質的逸脱禁止基準）は、授權法律が要件Bの定立を命令事項として適法に委ねているときに、当該命令が内容面でBの範囲を逸脱し、例えばCと規定するようなものには許されないとする基準である。委任範囲逸脱禁止の議論は、この実質的逸脱禁止のみを議論しているくらいがある。

#### 4 訴訟における委任命令適法性の争点

【図1】においては、実質的合憲基準及び形式的合憲基準の適合性問題は憲法学で、法律等適合基準は行政法学で議論することが多い。しかし、委任の範囲は授權法律の規律密度等によって左右されるから、特に形式的合憲基準と法律等適合基準（委任範囲逸脱禁止）は相互依存の関係にある。また、裁判では、委任命令の適法性を争う私人（原告や被告人）は、法律等適合基準違反にとどまらず、実質的／形式的合憲基準違反も主張することがある。

つまり、個々の事件の裁判実務において委任命令の適法性が争点となるときは、【図1】の三基準を一体的に審理・判断する必要があるということである。ただし、本稿では、実質的／形式的合憲基準の内容に関する議論は憲法学に委ねることとする。

## (二) 実定法の定め

## 1 行政手続法の命令等制定手続規定

平成一七年法律七三号による行政手続法改正によって創設された命令等制定手続に関する規定のうち、同法三八条が、委任命令の内容に係る実体的要件を明記した。<sup>9)</sup> 同条一項は趣旨適合原則を、同条二項は適正確保努力義務を定めている。このうち趣旨適合原則の解釈論は、第四節で検討する。

また、同法三九条以下においては、命令等の制定改廃に係る事前の案の意見公募手続（いわゆるパブリック・コメント）が設けられた。

## 2 その他個別法による定め

授權法律・授權規定には、委任命令の実体要件に関する規定が設けられるほか、審議会への意見聴取といった手続要件を規定することがある。

## 三 委任命令の適法性をめぐる村上理論

## (一) 村上裁量統制論の体系

## 1 密度・手法区分論

村上先生は、『法学教室』誌連載の「スタンダード行政法」<sup>10)</sup>の第一部（行政法の基礎）の中で、基本原理・基本原則（第二回）の次、行政手続（第四回）の前に、行政裁量論（第三回）を置く。その裁量統制論の白眉は、司法審査の密度と

手法を区別して検討を進める点にある。以下「村上区分論」と呼称する。

### (1) 司法審査の密度

ここで「司法審査の密度」とは、裁判所がどの程度立ち入った(踏み込んだ)審査を行うのかという問題をいい、村上先生はこれを、①最大限の審査、②中程度の審査、③最小限の審査に分け、関連判例をプロットする。

最大限の審査は裁量が認められず判断前置方式の審査を行うというものであり、中程度の審査は比較的狭い裁量を認めつつある程度踏み込んだ審査を行い、最小限の審査は広範な裁量を認め、社会観念上著しく妥当性を欠く場合に違法とする。村上先生によれば、判例は、裁量の存否・広狭につき、処分ごとに判断しているようである(以上につき、判断過程二四二―二四三、行政裁量八〇―八一をまとめた)。

なお、「最大限」、「中程度」、「最小限」の意味内容は論者によって少し異なるが、本稿では、村上先生の用例によって、議論を進める。

### (2) 司法審査の手法

これに対し「司法審査の手法」とは、裁判所がいかなる(どのような)方法で審査を行うのかという問題のことをいい、村上先生は、これを(a)処分の内容(結果)に着目する実体的審査、(b)処分の手続に着目する手続的審査、(c)行政序の判断過程に着目する判断過程審査に分けて、判例を分析する。また、司法審査の手法は事案に応じて選択されるものとする(以上につき判断過程二四三、行政裁量八一―八二)。なお判断過程審査については、後記3で改めて整理する。

各種の理論や判例を簡明的確に、しかも要領よくまとめるのは、村上先生の各種御研究・御論稿の真骨頂の一つである。と本稿筆者は愚考するが、本テーマについても上記分類に適合する各判例を村上先生は小気味よく位置付けている(行政裁量八〇―八二)。

2 本稿における村上区分論の整理

村上先生は司法審査の密度・手法の区分論を必ずしも一般的な見解ではないとする（行政裁量八二頁、脚注4）が、後進の学説にかなりの程度受容されてきている。とくに、事実認定論の見地から、この裁量統制の手法と密度との区別という観点を、規範的要件の審理構造に仮託して彫琢しようとする異智彦論文<sup>①</sup>は、行政裁量の司法統制を研究する際の今日における必読論稿であると考えられる。本稿筆者の考察は、この異論文と比べ底が浅いものだが、委任命令の適法性という観点から、ここで村上区分論を少し詳細に検討したい。

(1) 審査密度と審査手法の関係

第一に、審査密度と審査手法の関係についてである。判断過程審査が審査密度を問わずに行われているとの御指摘（判断過程二四六）を踏まえると、次の【図2】のようなマトリクスを構想し、各セルに判例をプロットしていくことになる。

なお、前記三(一)1(1)で述べたように、村上先生は、判断代置・社会観念審査を「審査の密度」のところであげているが、これは審査の手法とまたがるものである<sup>②</sup>。

(2) 審査密度の問題

第二に、審査密度の広狭は「処分」ごとに切り分けての判断で良いのかという点についてである。今日、裁量は行政の判断過程のいずれの段階にも生じう

【図2】村上先生の司法による行政裁量統制論（村上区分論）

審査手法 \ 審査密度	実体的審査	判断過程審査	手続的審査
最大限（判断代置）			〇〇事件最判
中程度（合理性）		〇〇事件最判	
最小限（著しさ）	〇〇事件最判		

（出典）村上先生の各種論稿に基づき本稿筆者が作成。

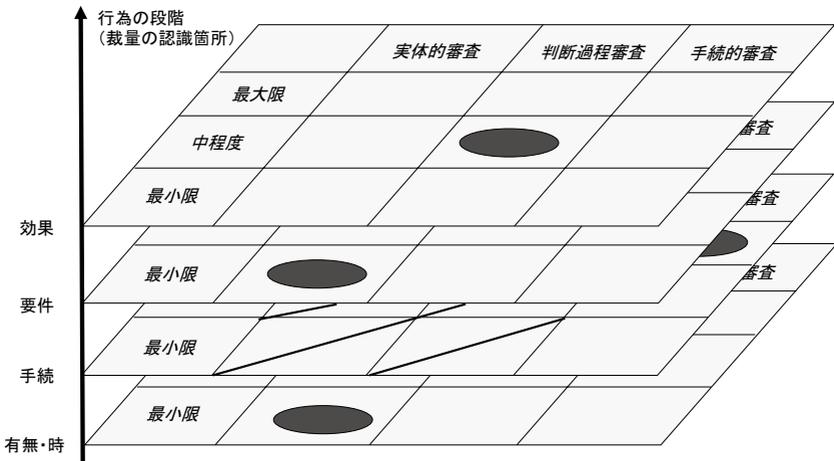
\*すべてのセルに判例が入るとは限らない。例えば、判断過程審査では、判断代置となる最大限審査は想定しにくいであろう。もっとも、考慮要素やその重み付けが根拠法律の解釈から明白であるときには、判断代置による判断過程審査も可能であると考えられる。

ると解されている（行政裁量七八）。それならば、実定法の規律状況によって判断過程の段階ごとに裁量の広狭に違いが生じるはずである。とすると、審査密度の判断対象は処分（各行為形式）ごとではなく、段階ごとになされるべきと考えられる（村上区分論の複層化。【図3】参照）。

（3）審査手法の問題

第三に、審査手法の選択を事案ごとに判断する点についてである。ここでの「事案」を「各事件の事実関係」と理解すると、それ（裁量の審査手法）は、各事件における原告の主張立証（方法）に依存することになるようにも見える。だが、このように解すると、審査手法選択についての主導権を当事者（特に原告や被告人である私人）に委ねることになって、その結果、争点となった行為の適法性をめぐり、法的安定性を欠くことにならないかといった疑問が生じてくる。委任命令の適法性が裁判で争点となるときは、その適法性に関する審査手法については、どの事件・事案でも共通的

【図3】立体化した審査密度・手法マトリクス



（出典）村上先生の各種論稿に基づき本稿筆者が作成。

1. この図においては、処分の有無やその時の選択は最小限審査（実体的審査）、手続は最大限審査（手続的審査）を行うべきことを、プロットしている。
2. 要件及び効果の段階における手続的審査には、諮問機関への諮問等の手続の瑕疵を想起している。

に採用されることになるような裁判実務が定着する必要がある。

### 3 村上判断過程審査論

ここで、村上区分論の司法審査の方法を詳しくする形となるが、先生の判断過程審査論について、まとめたい（各論稿を私なりに要約する箇所等がある）。

#### (1) 判断過程審査の細分類

先生は、判断過程審査を、判断過程の合理性ないし過誤・欠落の審査である判断過程合理性審査（合理性審査）と考慮要素に着目する考慮要素審査に分ける。後者については、さらに、考慮不尽・他事考慮の審査である形式的考慮要素審査（形式審査）と、それぞれの考慮要素について「重み付け」を行い、その評価を誤った場合にも裁量権の逸脱濫用を認める実質的考慮要素審査（実質審査）に細分する（以上につき、判断過程二四〇参照）。

このような判断過程審査の細分類に対し、裁判実務としては、判断過程統制のさらなる類型化という作業はなされていないようであるという指摘もある。<sup>15)</sup>

これに対して、村上先生は、現在、判断過程審査は、審査密度を問わずに行われており（判断過程二四六）、合理性審査と考慮要素審査の関係は不明確であるもの（判断過程二四三）、合理性審査は審議会等が関与する場合に用いられており（判断過程二四五、行政法判例二九〇―二九二）、中程度の審査では判断過程の合理性が、最小限の審査ではその「一応の合理性」が審査されるとする（判断過程二四六）。

また、実質審査は中程度の審査としてなされ、最小限の審査と比べて重み付けの当否についてより厳格な審査が及ぶとされる（判断過程二四六参照）。そしてこれは、①一般に最小限の審査が行われるが、何らかの事情（憲法上の権利が制限されているなど）で審査密度を上げるべき場合、②他事考慮の疑いがあるが必ずしも明確でない場合、③当該行為が違法との心証が強いが全く許容されないと断言できず行政庁に差し戻して今一度慎重に判断させる場合などに用

いられるのではないかと推測されている(行政法判例二九一参照)。

## (2) 実体的審査と判断過程審査との関係

実体的審査と判断過程審査との関係につき、村上先生は、前者は当該行為を再び行うことができないとし、後者は適切な判断過程を経て同じ内容の行為を再び行うことは必ずしも妨げられないと述べる(行政法判例二九〇、行政裁量八二)。また、判例は両者を必ずしも意識的に区別しているわけではないとも述べる(行政法判例二九〇)。

もつとも、村上先生は、実体的審査では適法・違法の判断がなしえないときの、いわば補充的手法として判断過程審査(考慮要素審査)を挙げているのではないかと考えられている(判断過程二四六)。

## (二) 村上区分論と委任命令の裁量統制基準

### 1 委任命令の適法性判断基準

村上先生が『法学教室』誌連載で示す委任命令の委任の限界論は、それこそ標準的なもの(本稿二(一)参照)で、先生は「包括的委任の禁止」と「委任範囲逸脱禁止」の二つの基準を挙げる(行政立法八〇―八二)。

前者の例として、先生は、判例④を挙げて、ご本人は争点となった国家公務員法一〇二条一項の委任は「包括的なものといわざるをえないように思われる」と評価する(行政立法八〇)<sup>16)</sup>。

後者の委任範囲逸脱禁止については、行政手続法三八条一項を参照するよう指示している(行政立法八一)。そして、委任範囲を逸脱していない事件として判例⑥を、逸脱を認めた事件として、判例⑦、判例⑮を挙げる。

村上先生は、判例⑥について反対意見を挙げた上で「こちらの方が説得的」と述べ(行政立法八二)、判例⑦については「未決勾留者が無罪の推定を受け、例外的にのみ自由の制限が認められること」(行政立法八二)を挙げて、各判

例における委任範囲逸脱の判断ポイントを提示する。また、判例⑮については「職業活動を相当程度制約することを理由に、委任の趣旨が明確であること要求している点」が特に注目されるとする（行政立法八二）。

ただ、これらは、裁量統制の観点から説明されているものではない。そこで、裁量統制の観点から委任命令の適法性について言及する村上先生の判例評釈を見ていこう。

## 2 生活保護老齢加算措置廃止に係る判例評釈の概観

村上先生は、生活保護の基準（保護基準）<sup>18</sup>における老齢加算措置廃止の適法性が争われた判例⑬・判例⑭を対象とした二つの評釈（判批Ⅰ・判批Ⅱ）を著している。<sup>19</sup>

### （Ⅰ）審査密度

村上先生は、判例⑬・⑭が最低限度の生活を保護基準において具体化するに当たっては、「専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権」を認めており、その広狭について明示・明言していないが、広い裁量を認める趣旨と整理している（判批Ⅱ）<sup>20</sup>。これは、行為（ここでは文脈では委任命令）ごとに判断するところの審査密度に関する指摘と解される。

### （Ⅱ）審査手法

村上先生は、判例⑬・⑭を法規命令について判断過程審査を行った初めての判決（判批Ⅰ二七二）<sup>21</sup>であると、しかも両判決の審査手法を合理性審査としている（判批Ⅱ）。ところで、前記三（一）3で見た村上先生の枠組みでは、広い裁量（最小限の審査）において用いられる判断過程審査は、合理性審査でしかも「一応の合理性」の基準によることになる。そうすると、保護基準改定の判断過程に一応の合理性があれば違法ではないという判断基準になるといえる。

ここで、村上先生は、判例⑬・⑭が「統計等の客観的な数値等との合理的関連性や専門的知見との整合性」という具体的な判断内容（本件判断内容）を挙げていることについて、前田雅子論文に依拠し、審査密度を向上させるための糸口を見出すことができるとする（判批Ⅱ）<sup>22</sup>。

### 3 委任範囲逸脱禁止基準と判断過程審査

それでは、前記1の委任範囲逸脱をめぐる判例と、前記2の判断過程審査をした判例とで、委任立法の裁量問題は、村上区分論によってどのように整理されるべきであろうか。両者を別建てのものとして扱うこともあり得る<sup>24</sup>。だが、ここでは、委任範囲逸脱禁止の審査方法を実体的審査と位置付けて、審査密度・手法の区分論に接続させることを試みよう。

#### （1）審査密度

委任命令は、その性質上、ある程度広い裁量を命令制定権者に委ねていると解される。裁量を認めないならば法律で規定すれば済むことになり、命令に委任する必要があるからである。よって、裁判所による最大限の審査が認められる場面は存しないと解される。

一般に、裁量は、政治的・政策的あるいは専門技術的な観点から認められる。しかし、行政が法律の目的を離れて特定のイデオロギーからの価値判断をすることは許されないと考えられるため、命令制定の裁量は専門技術的な見地又は授權法律の目的達成の限りでの政策的な見地からのものと考えられる。

ここで、授權法律・授權規定が、委任命令に対して委任の範囲を広く設定すればするほど、命令制定の裁量の範囲は拡大し、それだけ裁判所による審査密度は低くなる。村上先生の判批Ⅰ・判批Ⅱは、係争の保護基準改定に対する審査密度の広狭を評したもので、委任命令一般の審査密度への言及ではないと考えられる。

#### （2）審査手法

次に委任命令の司法審査に見られる実体的審査（委任範囲逸脱禁止）と判断過程審査の両手法の関係についてである。村上区分論によれば、審査手法は、

〔1〕 まずは実体的審査（委任範囲逸脱禁止基準抵触の有無）により審査を行い、

〔2〕 この手法で適法・違法を明確には判断し得ないときに判断過程審査を用いる

と考えることができるように思われる。

ところで、村上区分論の下で、命令制定裁量において、手続的審査はあり得るのだろうか。「スタンダード行政法」の「行政立法」の中では行政手続法に規定する意見公募手続の条文内容を説明するにとどまるし（行政立法八二）、「行政手続」における手続瑕疵とその効果についての説明も処分を念頭に置いているため（行政手続七二）、委任命令に関して述べられているものではなかった。以下では、判例法理を手堅く解釈した「個々の手続」とにその重要性を判断すべき」（行政手続七二）という村上先生の指摘を参照する。

これらを踏まえ、村上区分論から見た審査密度と審査手法に区分した委任命令の裁量統制体系は【図4】のとおりとなる。

【図4】村上区分論から見た委任命令の司法による裁量統制の体系

審査手法 審査密度	実体的審査	判断過程審査	手続的審査
最大限（判断代替）	/		
中程度（合理性）	（注1）	合理性（注2） 実質審査（注4）	（注5）
最小限（著しさ）	（注1）	一応の合理性（注3） 形式審査（注4）	（注5）

（出典）村上先生の各種論稿に基づき本稿筆者が作成。

- （注1）実体的審査の密度は、授権法律・授権規定の内容に依存する（本稿第四節参照）。実体的審査だけでは当該委任命令の適法性・違法性を明確に判断できないときは、判断過程審査も行う。
- （注2）判断過程審査中、合理性審査と考慮要素審査（形式・実質）の選択基準は明確でない。授権法律などで、諮問機関への付議といった委任立法の内容形成に係る判断過程を当事者や裁判所が認識できるときは、合理性審査を行う。合理性審査をしないときは、授権法律・授権規定から考慮要素審査を行う。
- （注3）合理性審査のうち、授権法律・授権規定の解釈により審査密度が低いものについては、合理性が「一応の合理性」に緩和される。
- （注4）授権法律・授権規定の解釈により考慮要素の重み付けが明白な場合は実質審査をなし得るが、明白でなければ形式審査となる。
- （注5）手続的審査における審査密度や、その実体的審査・判断過程審査との関係は、村上区分論から直ちには明確にすることができない。

#### 四 委任命令の適法性判断基準

本節では、前節の展開を肉付けする形で、委任命令の裁量統制のための適法性判断基準の検討を行う。その際、まずは、委任命令が適法であるとするための実定法上の要件（規範内容）を明らかにし、その上で、委任命令制定における村上区分論の発展的展開を試みよう。

##### （一）実定法規範の検討

ここで、二（一）で見てきた理論的な（講学上の）委任命令の適法性判断基準、とくに「委任範囲逸脱禁止基準」と行政手続法三八条の規定、とりわけ第一項の趣旨適合原則規定との関係を検討する。

委任命令の適法性が争点となった事件は、現行憲法体制開始の当初から存在し、委任範囲逸脱禁止原則は理論的にも、判例においても最初から当然視されていたと解される。<sup>26</sup>一方、趣旨適合原則規定は、「いわば自明のことを明文化したものであるにすぎない」ともいわれている。

確かに、「法の委任の範囲を超えた」（判例⑦一〇五六）、「法の委任の範囲を逸脱した」（判例⑪八）、「政令の定めとして許される範囲を超えた」（判例⑫二〇四三）とする判決があり、これらからは、判例が委任範囲逸脱禁止基準によって委任命令制定の裁量審査をしているように読める。

その一方で、「法の委任の趣旨を逸脱しない範囲内において、…一定の裁量権が認められている」（判例⑤六九八、判例⑥三七二）、「法の委任の趣旨に反する」（判例⑧二五〇、判例⑨三二七五）、「法による委任の趣旨を逸脱する」（判例⑩二五六四―二五六五）と述べる判決もある。

また最近の最高裁判例では、「新施行規則の規定が(A)、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの(行政手続法三八条一項)であり(B)、その委任の範囲を逸脱したものではないというため(C)には、…郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が…明確に読み取れることを要する」と述べている(判例⑮一一)。傍線と記号付記は本稿筆者。

これらから、趣旨適合原則と委任範囲逸脱禁止原則との関係は、次のように考えるのが妥当ではないだろうか。まず、趣旨適合原則は、判例⑤⑥⑧⑨⑩にあるように平成一七年の行政手続法改正で初めて実定化されたわけではなく、同改正は従前の判例法理を明文化したものであった。そして、同法による趣旨適合原則の実定化後の判例⑮を見ると、傍線部の(A)↓(B)と(A)↓(C)は並列関係となっている。そうすると、従前の委任範囲逸脱禁止原則は、現在において、行政手続法三八条の実定法(とりわけ一項の趣旨適合原則)の解釈に帰着したものと考えるのが妥当であるように解される。<sup>(28)</sup>

以上を踏まえ、本稿では、委任範囲逸脱禁止原則を、行政手続法の趣旨適合原則規定の解釈問題と位置付け、後記(三)の審査手法の中で、実体的審査の具体的な内容の検討という形でやや詳しく扱うこととする。

## (二) 委任命令制定裁量の審査密度

### 1 命令制定裁量の単段階的理解

以下、村上区分論に基づき、審査密度と審査手法に分けて、委任命令の司法による裁量統制の基準を考えていきたい。これに先立って、処分と同様に命令制定の裁量を多段階・複層的に理解する必要があるかどうか(前記三(一)2(2)参照)が問われる。これについて、本稿では、命令制定手続の段階の問題を、審査手法の手続的審査に組み込むことで、

命令制定裁量の判断を単段階的あるいは一層的に考えることとする。

## 2 審査密度の粗密 (高低)

委任命令の審査密度は、個々の授權法律・授權規定の解釈によって定まるものと考えられ (判断過程二四二—二四三、行政裁量八〇—八一参照)、主に授權規定の内容に依存する。すなわち、授權規定が命令への委任事項を具体的に規定していればいるほど裁判所には審査の手掛かりとなる規定が手元に存することとなるから審査密度は向上するし、委任事項が広範になればなるほど逆に審査密度は低くなる。そして、審査密度が低ければ裁量濫用として委任命令が違法とされる可能性は小さくなる。

### (1) 最小限審査

委任命令を適法とした事件では、生活保護の基準 (判例②⑬⑭)、政治的行為の制限 (判例④)、刀剣登録方法等 (判例⑤⑥) について、授權規定に命令の制定を枠付けるような規定が乏しく、広範な事項の決定を命令に委ねている。ここで裁判所は、「厚生大臣の合目的な裁量」(判例②一〇四六)、「専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権」(判例⑫一二五〇、判例⑬二二七六)、「専門技術的な観点からの一定の裁量権」(判例⑤、判例⑥三七二)と述べている。この言い回しは、処分の裁量審査等でもよく用いられるが、私見では、この「合目的な裁量」云々は各授權法律における審査密度を低いものとしてよい理由ではない。広範な委任命令の制定裁量を認める授權法律・授權規定については、包括的委任禁止原則 (「【図1】」の形式的合憲基準) に抵触するおそれが生じる。合目的な裁量・専門技術的裁量・政策的裁量などは、こと委任命令の適法性審査の場面では、こうした広い裁量をもつ授權法律・授權規定の包括的委任禁止に係る合憲基準適合性を根拠付ける理由であって、審査密度を低くさせる根拠となるものではないと考える。

もっとも、授權規定における委任命令への広範な委任が認められるものについては、審査密度が低くなることが多く、そこでの審査手法 (実体的審査) は、最小限審査としての、いわゆる社会観念審査となることから、違法となる事案は

少なくなろう。それでも、戸籍法が「常用平易な文字」につき法務省令で定めると広範な裁量を認めているように読んでも、「社会通念上」平易な文字であることが明らかであるのにこれを省令で定めていないので違法とする判例もある(判例⑩二五六四)から、最小限審査でも裁量統制が機能することはある。<sup>(29)</sup>

## (2) 中程度の審査

授權法律・授權規定の内容から、いわゆる委任の趣旨が明確で、命令制定の範囲を枠付けすることができる場合には、裁判所の審査密度が向上する。これを中程度の審査(合理性の審査)と位置付けると、この領域では、裁判所が命令を違法とする例も増える可能性がある。判例③⑦⑧⑨⑪⑫⑮は、こうした中程度の審査密度が認められるものについての違法判断であったと考えられる。

## (三) 委任命令制定裁量の審査手法

### 1 実体的審査

委任命令の実体的審査を行政手続法三八条一項の趣旨適合原則の解釈適用問題と構成し、判例を見ると、その具体的な解釈(審査手法)は、次のように理解することができる。

#### (1) 二重の趣旨適合基準

本稿で挙げた最高裁判決の判決文中に見られる授權法の「趣旨」には、二種類のものがある。「1」授權法律・授權規定の趣旨(判例①③)と、「2」委任又は授權の趣旨(判例⑤⑥⑧⑨⑩⑮)である。すなわち、趣旨適合原則の規定は、授權法律・授權規定の趣旨適合基準と、委任・授權の趣旨適合基準の二重の基準で構成されていると考えられる。<sup>(30)</sup>ただし、後者(委任・授權の趣旨適合基準)は、当該命令が、前者(授權法律・授權規定の趣旨適合基準)に適合すること

を前提としていと解される。

なお、行政手続法三八条一項の「法令」には、同法二条一号による「法令」の定義規定により、憲法や条約等の国際法規が含まれないように読めるが、法令は憲法や国際法規に反することはできないから、授權法律・授權規定の趣旨にはその上位法である憲法や国際法規の趣旨も含まれることとなろう。

## (2) 趣旨適合の検討要素

判例⑮の調査官解説(岡田幸人)は、判例⑧⑨の判示事項<sup>(31)</sup>などから、「委任命令が授權規定による委任の範囲内といえるか否かについての考慮要素として、①授權規定の文理、②授權規定が下位法令に委任した趣旨、③授權法の趣旨、目的及び仕組みとの整合性、④委任命令によって制限される権利ないし利益の性質等が一応挙げられる」として各検討要素に基づき命令を違法とした判決を検討し、最後に判例⑮へのあてはめを行う。岡田調査官が抽出した右検討要素は、判例分析をした先行研究と同様であり、学説からも今後の同種事案の検討に参考になるのではないかと評<sup>(34)</sup>されている。

岡田調査官によれば、判例⑮は、右検討要素を「総合的に考慮した結果」と評価<sup>(35)</sup>されている。各検討要素につき(優先順位の設定や重み付けをなさずに、)単に「総合的に考慮」と表現するのは、裁判所の判決理由としては、後にいかなる事件が提起されるか分からないことから、やむを得ないと本稿筆者は解<sup>(36)</sup>する。しかし、これだけでは、命令制定権者における立案実務の裁量統制にとつてはあいまい過ぎるし、命令の適法性を争う私人にとつても何をどう主張立証すべきかの指針には物足りない。

ただ、法の一般的な解釈方法<sup>(37)</sup>によれば、命令が適法であるというためには、岡田調査官の検討要素①から④の順に、(検討要素①で違法・適法を明確に出ないときは同②によってというように、)各要素が違法ではないとの法的検討をしていくことが妥当であると解される。例えば、検討要素①から③まででは適法違法を断定できず、同④において「制約される権利利益」から授權規定の明確性の要求度が導かれ、その結果、同②の「委任の趣旨」について権利制約限定

的な解釈がなされ、当該命令の委任（授權）の趣旨適合性が審査されるといふ形になる。<sup>(38)</sup>

また、これら検討要素における審査密度は、村上区分論によって、最小限に審査にあつては「著しい」違法性の疑いがないかどうかを、中程度の審査にあつてはそれが「不合理」でないかどうかを審査することになる水準と解される。

なお、岡田調査官の検討要素①（文理）と②（委任の趣旨）は前記（一）の「委任の趣旨適合基準」の具体的判断基準に、③（授權法の趣旨、目的等）は同「授權法律・授權規定の趣旨適合基準」の具体的判断基準に相当し、④（制約される権利利益等の性質）は、②又は③の解釈に当たって考慮すべき事項になるものと解される。<sup>(39)</sup>

## 2 判断過程審査

三（二）3（2）で述べたように、村上区分論の下においては、実体的審査では適法・違法を明確に判断できないときに、命令の判断過程審査が用いられることになる<sup>(40)</sup>と解される。

そして、当該事案において、実体的審査の審査密度と判断過程審査におけるそれとの関係が問題となる。私見によれば、村上区分論の下では、審査密度は、個々の授權法律・授權規定の解釈によって定まるものと考えられることから、実体的審査と判断過程審査の審査密度は同じ水準と解するのが適切と思われる。

## 3 手続的審査

最後に、法定<sup>(41)</sup>の命令制定手続規定違反による当該命令の適法性あるいは効力の問題についてである。これには、行政手続法三九条以下の意見公募手続規定違反と、個別法に規定する手続の違反が考えられる。

前者については、「この手続に違反して定められた「命令等」の効力に関しては、行政手続の瑕疵論として解釈される」との指摘がある。<sup>(42)</sup>これに従い、村上先生のいう折衷説が判例理論だとすれば、①訓示規定に関わるものは違法にならず、②制度の根幹に関わる重要な手続違反は違法に、②両者の中間に位置付けられるものは行為の結果に影響のあるものは行為の取消原因となるといふことになる（行政手続七二）。

だが、意見公募手続は、緊急時等にはこれを実施しないことを広く許容するもので（行政手続法三九条四項各号）、しかも提出意見に対し命令等制定機関に考慮義務が課されているにとどまる（同法四二条）。意見公募手続そのものは重要と解するが、現行法は、手続規範としてはなお訓示規定の水準といわざるを得ない。また、委任命令の中にはこれが無効とされれば授権法律の執行（運用）自体ができなくなるものもあり得る。裁判では、仮に手続違反で違法性が認められてもその実体的内容や判断過程にこれを違法とすべき事由がなければ、事情判決（行政事件訴訟法三一条）をするなどして、当該命令が違法であるとして効果を失わせる判決が出されることはないのではなからうか。

なお、法律の規定により、当該命令について国会の承認を必要としているのに承認を得ない場合（災害対策基本法一〇九条、一〇九条の二など）や、命令の制定に当たり審議会等の議を経ることが明記されている場合（行政手続法三九条四項四号参照）はその議を経ない場合などの手続違反は、前記判例理論からも、極めて重大な瑕疵として命令の効力を失わせるものと考えられる。<sup>12)</sup>

## 五 おわりに——まとめと今後の研究課題

### （一）まとめ——本稿の意義

本稿では、委任命令の適法性の司法統制（命令制定裁量の適法性判断）について、村上先生の裁量論の展開を試みた。先生の議論を曲解していないか気がかりだし、本稿筆者の整理はなお不十分であろうが、先生の審査密度と審査手法の区別は、命令制定裁量についても用いることができたと考えられる。

本稿が従前の議論とやや異なるのは、委任範囲逸脱禁止を行政手続法三八条一項の趣旨適合原則の解釈問題に帰し、二重の趣旨適合基準を指摘する点にあるが、従前の議論や判例理論の整理に変更を来すものではない。

## (二) 今後の研究課題

最後に、本稿に続く本稿筆者の主な今後の研究課題を掲げる。

第一に、各審査手法の下での委任命令の違法性に係る立証責任について、本稿では十分には考察をしていない。村上先生も与する裁量審査における立証責任の一般論を委任命令の適法性審査にあつてどう明確化していくのか、今後の検討課題としたい。

第二に、適正確保努力義務（行政手続法三八条二項）の解釈への本稿の拡張についてである。筑豊じん肺事件（最判平一六・四・二七民集五八・四・一〇三二）のような委任命令整備不作為の違法を認める諸判例を、どのように組み込んでいくのか、本稿は不十分である。この論点検討に際し、法律の違憲審査手法としての判断過程審査（時宜適合判断審査）の研究も参照する必要がある。

第三に、本稿の議論を、いわゆる委任条例にも及ぼすことができるかである。これについては、別稿<sup>45</sup>を準備したい。第四に、本稿は、判例をベースとするから、あくまでも委任命令が（こんなにひどい内容であっても）違法とならないという「質的には最低水準」の判断基準を検討したにとどまる。実定法解釈論ではないが、質の高い、最適の委任命令を制定するための、法規定立（立法）政策論については、別途考察する必要がある。

- (1) 本稿では、村上先生を除き、敬称を省略する。
- (2) 田中孝男「自治体法務の多元的統制」(九州大学・法博乙第七五号)。原文は、田中孝男「自治体法務の多元的統制」(第一法規、平二七)である。
- (3) 田中孝男・前掲注2) 著三九頁関係である。
- (4) 田中孝男・前掲注2) 著六六頁を掘り下げの意図がある。
- (5) 両者の法解釈論的区別の困難性については、藤田宙靖「新版行政法総論(上)」(青林書院、令二)三二七―三二八頁の注(1)を参照。
- (6) 塩野宏「行政法Ⅰ(第六版) 行政法総論」(有斐閣、平二七)一〇六頁。
- (7) 塩野・前掲注6) 著一〇七―一〇八頁。
- (8) 藤田・前掲注5) 著三三〇頁が「既存の法令に反してはならない(法律の優位の原則)」とする部分である。
- (9) 同条は、委任命令だけではなく審査基準や行政指導指針等の実体的基準でもあるが、本稿では、委任命令のみを対象とした検討をする。
- (10) この連載は、「行政法の標準的な(スタンダードな)内容を、重要なポイントに絞って、簡潔にわかりやすく解説」するもので、「通説・判例を客観的に説明することを主な目的とし、必要に応じて私見も述べる」とするものである(村上裕章「行政法とは何か」法教四六三号(平三一)六六頁)。本連載を見ていると、通説と呼ばれるものを村上先生が引用する場合、基本的には、塩野宏「行政法Ⅰ」行政法Ⅱ(有斐閣)の教科書を挙げているので、塩野説が村上先生のいう「スタンダード行政法」ということになるろう。
- (11) 巽智彦「事実認定論から見た行政裁量論―裁量審理の構造に関する覚え書き」成蹊八七号(平二九)一七八―一四八頁参照。
- (12) そのほか、審査の密度・手法を区別することについて指摘する高橋正人「判批(東京地判平三〇・一〇・二五)」行政法研究三四号(令二)一二二頁参照。
- (13) 巽・前掲注11) 論文一五四頁は、「社会観念審査や判断過程審査といった用語もまた、司法審査の手法の側面のみならず、審査密度の設定の側面にもまたがる含意を持つていて」としている。
- (14) 例えば、不利益処分については、要件裁量・効果裁量が広くても、その理由提示に係る手続裁量はかなり狭い(理由提示が不備であるだけで原処分が取り消される)ことがある。
- (15) 高橋正人「行政立法制定における考慮事項と司法審査」行政裁量と司法審査論(見洋書房、平三二)一八三頁(初出、平二九)。ただし、高橋は、後の論稿において、村上先生がした判批Ⅰ・判批Ⅱの判例における調査官解説からすると、「少なくとも調査官レベルにおいては判断過程審査に関する類型化というものまで意識されていたことがわかる」とする(同「政治的裁量・政策的

裁量の統制」静法二四卷二号(令二)七九頁。

(16) もつとも、合憲と解する場合の理由(特別権力関係にあるとされる公務員であることや、委任を受けた機関が人事院という独立の機関であること)を、塩野・前掲注6)著を引用する形で並記する(行政立法法八二)。

(17) 銃刀法は外国刀剣も刀剣類に含めているから、規則によって登録対象を日本刀に限定することは、委任の趣旨に反するというものである(行政立法法八一頁)。

(18) これは、生活保護法八条一項に規定する基準であり、告示形式で定められている。保護基準についてはこれを裁量基準とする説もある(芝池義一「行政法総論講義(第四版補訂版)」(有斐閣、平一八)五頁)が、これを法規命令とする見解(遠藤博也「阿部泰隆編『講義行政法I(総論)』(青林書院新社、昭五九)七八頁(平岡久執筆)、大浜啓吉「行政法総論第四版 行政法講義I」(岩波書店、令元)一七三頁の注(17)、豊島・後掲注23)論文三〇頁、前田・後掲注22)論文三二一―三七頁など)の方が有力と思われ(櫻井敬子「橋本博之『行政法(第六版)』(弘文堂、令元)五九頁)、村上先生もこれを法規命令と解している(判批II)。

(19) 両判決の調査官解説として、岡田幸人「判解(判例13)」最判解民事篇平二四年度(上)二六〇頁、同「判解(判例14)」最判解民事篇平二四年度(下)四五一頁がある。

(20) 村上先生は、判批I二六八―二六九頁ではなお不確な点が残されているとしていたが、判批IIに至り、岡田・前掲注19)判解(判例13)二八四頁を参考にして両判決は広い裁量を認めるものと表記を整備したものと、本稿筆者は判断した。

(21) ただし判批IIでは、後掲注23)豊島論文二九頁を引用の上、「判断過程審査を行っているようである」とする。

(22) 前田雅子「保護基準の設定に関する裁量と判断過程審査」曾和俊文ほか編「行政法理論の探求(芝池義一先生古稀記念)」(有斐閣、平二八)三一―九頁。

(23) これに対しては、本件判断内容が、必ずしも審査密度の向上にはつながらないという指摘もある(豊島明子「行政立法の裁量統制手法の展開―高齢加算廃止訴訟・福岡事件最高裁判決を念頭に」法時八五卷二号(平二五)三三三頁を参照)。

(24) 高橋・前掲注15)著二〇五頁。

(25) 委任命令の内容に関する裁量は、処分における裁量と比べると、授權規定の内容如何ではあるが一般的には、法律の立法裁量に類するほど(藤田・前掲注5)著三二〇頁参照)、広いものと解される。それに応じて、審査密度も低いと考えられる。本稿【図4】の注記は、この点を踏まえた、村上区分論の読みを行っている。

(26) 昭和三〇年代前半までの議論や判例については、成田頼明「問題点はらむ委任立法(一)―(五・完)―」時法三四六―三五〇号(昭三五)を参照。ただ、昭和五〇年代後半に至っても行政立法の裁量を論じた文献がほとんどないとされた(宮田三郎「行政裁量」現代行政法体系二卷(昭五九)五八頁、またこの宮田論文を引用する正木宏長「委任命令の適法性審査―委任命令の内容に

- 着目して」立命三五五号(平二六)七八八頁も参照。
- (27) 藤田・前掲注5) 著三三〇頁。高木光ほか「条解行政手続法(第二版)」(弘文堂、平二九)四五二頁(常岡孝好執筆)も参照。
- (28) 私見に対して、岡田幸人「判解(判例⑮)」最判解民事篇平二五年度二〇頁は、趣旨適合原則規定は注意的に定めたものとして  
いる。なお、判例⑮が、個々の判例ではなく、趣旨適合原則を引用した趣旨(意義)に関しては野口貴公美「判批(判例⑮)」法  
教三九四号(平二五)四〇頁も参照。
- (29) ただし、岡田・前掲注28) 判解二二頁は、本判決においては、「本来的に裁判所による審査が必ずしも困難でない事項に関する  
ものであれば当該裁量権の範囲が狭く解される傾向にあるといえる」とし本判決を例示している。この判決は中程度の審査  
をしたものと位置付けられるのかもしれない。
- (30) (一財) 行政管理研究センター編「逐条解説行政手続法(改正行審法対応版)」(ぎょうせい、平二八)二九一―二九二頁は、授  
権規定の「文言にそれぞれ形式的に従うだけでなく、当該法律の案の国会審議において明らかにされた立法趣旨や付帯決議等、  
当該法律が命令に委任している趣旨(委任命令が下位の命令に再委任している趣旨を含む。)にも留意し、必ずこれに沿ったもの  
とすべきことを意味する」と述べており、二重の趣旨適合基準を語っているといえるだろう。
- (31) 「同号による委任の範囲については、その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の類型の児童を支給対象児  
童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべきである」(判例⑧(多数意見)二五〇、判例⑨  
三一七四。両判決は同文)。
- (32) 岡田・前掲注28) 判解二〇頁。
- (33) 正木・前掲注26) 論文七九一―八〇九頁は、委任命令の適法性審査を、上位の法令との適合性と、委任命令自体の合理性の二  
段階に分け、前者について、(ア) 授権規定の文理、(イ) 関連規定、(ウ) 法律の趣旨目的、立法者意思を挙げ、詳細に判例を分析  
する。野口貴公美「行政立法」磯部力ほか編「行政法の新構想Ⅱ」(有斐閣、平二〇)三八―四二頁、同「判批(判例⑮)」「行政判  
例百選Ⅰ(第7版)」(有斐閣、平二九)一〇三頁も参照。
- (34) 高橋・前掲注15) 著二〇五頁。
- (35) 岡田・前掲注28) 判解三一頁。
- (36) 裁量の司法審査における総合考慮論については、審査の「ブラックボックス化」といった批判がある(岡田正則「行政訴訟の  
審理と裁判官の責任」判時二三五一号(平三〇)一二七頁)。地方議会の議決裁量に関する橋本博之「議会裁量と「総合考慮」審査」  
法教四六八号(令元)二二頁及び二四―二五頁も参照。
- (37) 「一般的な解釈方法」が何かということも諸説あるが、例えば文理解釈を出発点とすることには異論は少ないと思われる。

(38) 岡田・前掲注28) 判解三七頁、(注23) は、判例⑮について「本判決も、委任命令の法適合性を検討するに当たって授權規定が明確であるべきことを一般的に法理として示したものであるとまではいえないが、授權規定や委任命令の趣旨等と並び、委任命令によって制約される権利利益の性質やこれに対する制約の範囲及び程度が重要であり、それによって必要とされる授權規定の明確性の程度が左右され得る」と述べている。

(39) 岡田・前掲注28) 判解二〇頁は、「これらの諸要素が常に互いに截然と区別し得るといわけではない」とも述べていて、いくつかの判例を複数の検討要素のところでその代表例として挙げている。

(40) 行政内規・慣習上の手続的瑕疵は、判断過程審査の一部として観念することができよう(判例⑬⑭参照)。

(41) 大橋洋一『行政法Ⅰ(第四版)』(有斐閣、令元)一三六頁、注(39)参照。

(42) 委任命令の手続的統制については、宇賀克也『行政法概説Ⅰ(第七版)』(有斐閣、令二)三二二―三二七頁がまとまっていると解される。

(43) 村上裕章「取消訴訟の審理と判決」法教四七九号(令二)七七―七八頁。

(44) 差し当たり山本真敬「立法裁量の「判断過程統制」の観念について」下関市立大学論集六一卷三号(平三〇)八三頁参照。

(45) 判例整理にとどまるが、まず、田中孝男「委任条例の適法性に関する判例理論の検討」自治実務セミナー(近刊)を公表予定である。

※本稿では、検討時間を十分に確保できなかったため、ふるさと納税団体指定排除事件(最判令二・六・三〇裁判所ウェブサイト)は、対象としなかった。