



日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き : 裁量統制との関係を中心に

角松, 生史

(Citation)

政策科学, 21(4):191-200

(Issue Date)

2014-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002740>



日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き

—— 裁量統制との関係を中心に¹⁾ ——

角 松 生 史

1. はじめに
2. 比例原則と裁量－「外から」？「内から？」
 - (a) 美濃部－裁量の外枠としての比例原則
 - (b) 判断過程方式との役割分担
3. 行政処分の法適用モデルにおける比例原則と裁量
 - (a) 法適用モデル
 - (b) 裁量審査と「均衡の統制」「必要性の統制」
4. むすびにかえて
 - (a) 目的－手段思考と二元的構造
 - (b) 「原則」を語ることの意義

1. はじめに

「比例原則」が、「行政法における一般原則」として日本行政法の構成要素をなすことは一般に認められている。また、ドイツ警察法に由来する同原則の3要素、即ち①目的適合性の原則②必要性の原則－規制は必要最小限でなければならない③狭義の比例性－目的と手段が釣り合いであってはならない²⁾も、かなりの程度まで共通理解になっているだろう。裁判例を見ても、例えば「日の丸」「君が代」関連の懲戒処分を違法とした近時の最判2012年1月16日判時2147号127頁を比例原則の適用と位置付ける³⁾ことに無理はない。また近年、いわゆる「三段階審査」論との関連で、憲法学における違憲審査論においても、比例原則をめぐる議論が活性化⁴⁾している。「最高裁判所の憲法判断の基礎にほぼ磐石のものとして据えられているのは、比例原則であるといえるのではないか」という指摘もなされている⁵⁾ところである。

しかし、これも周知と思われるが、最高裁判所判例において「比例原則」という用語それ自体が肯定的な文脈で用いられている例は、データベースを検索する限り、これまでおそらく存在しない⁶⁾。学校施設の目的外使用許可に関する広島県教職員組合事件（最判2006年2月7日民集60巻2号401頁）における「従前の許可の運用は、使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推認させることがあったり、比例原則ないし平等原則の観点から、裁

量権濫用に当たるか否かの判断において考慮すべき要素となったりすることは否定できない」という傍論的な判示、最判 1964 年 6 月 4 日民集 18 卷 5 号 745 頁における、運転免許取消処分を比例原則違反として取消した原審判決を破棄して請求を棄却した否定的な判示が目につく程度である。現段階において、比例原則とは、最高裁自身が語る概念ではなく、その解釈者によって語られるものであり⁷⁾、したがってある判決が比例原則の適用例であるか、またその内容について、裁判例それ自体のみから確実な言明を行うことは原理的に不可能だということになる。

さて本稿は、比例原則の内容と機能について、主に行政処分の裁量統制との関係に着目しながら若干の検討を行うものである。上述のように、比例原則はその内容について多様な見方を許すものであるが、議論の便宜上、その特徴を「目的－手段思考を前提とした上で、『必要最小限性』（上記 3 要素の②）と『達成されうる目的と侵害される法益の均衡』（上記 3 要素の③）を要求するもの」と理解することにしたい。そして、後二者それぞれによって期待される行政活動の統制を「必要性の統制」「均衡の統制」と呼ぶことにする。

2. 比例原則と裁量－「外から」？「内から」？

(a) 美濃部－裁量の外枠としての比例原則

高木光は、学説上の比例原則の機能に関する位置づけが「裁量を認めつつ限界づける点に着目する立場と、裁量を否定する点に着目するものがある」⁸⁾ことを指摘する。

後者の代表例として、美濃部達吉『日本行政法』の古典的な見解がある。

「人民に対して、其の既存の権利又は利益を侵害し、これに負担を命じ、又はその自由を制限する行為は、如何なる場合でも自由裁量の行為ではあり得ない。法律がこれを行政庁の認定に任かせて居る場合でも、其の裁量は常に羈束せられた裁量であって、単純な便宜裁量ではない。何となれば、人民の既得の権利又は利益又は人民の自由は不可侵を原則と為すべきもので、行政庁の処分によつてこれを剥奪し又は制限するには、其の剥奪又は制限を必要とするだけの理由が無ければならぬからである。憲法第 22 条以下に臣民の自由及び財産の安全を保障して居るのは、即ちこの趣意を示して居るもので、法律に依るに非ざれば自由及び財産を侵すことを得ないことの原則は、言い換ふれば、行政権により臣民の自由及び財産を侵す行為は、常に法律に依つて羈束せられた法律執行の行為であつて、自由裁量の行為ではないことの原則を言ひ表はすものである。其の侵害が公益上の必要に基づくことを要するのみならず、其の侵害の程度も公益上の必要の程度と適当なる均衡を保たねばならぬもので、必要の限度を超えて不釣合に大なる侵害を加ふるのは、等しく違法である。普通にこれを比例原則 (Grundsatz der Verhältnismässigkeit⁹⁾) と称している。公益上の必要と自由又は財産の侵害とが正当な比例を保たねばならぬことを意味するのである」¹⁰⁾

上の引用から既に明らかなように、同書の比例原則論は、裁量におけるいわゆる「美濃部三原則」を前提として、かつ、自由裁量の「外」において機能するものである。美濃部においては、行政行為レベルにおける区分として行政裁量論における便宜裁量（自由裁量）行為－羈束裁量行為－羈束行為が前提とされ、行政裁判所の審理に服する後二者において比例原則の適用が予定されるのである。従って、ある行政行為が自由裁量に当たるかどうかの判断が、比例原則の適用に論理的に先行することになる。

なお、上記の記述に続き美濃部は、「一二の例」として、行政裁判所の裁判例をあげるのだが、これらが裁量を否定した例としてあげられているのか、比例原則の適用例としてあげられているのかは必ずしも判然としない。また、これら裁判例が実際に「比例原則を適用」したものといえるかどうかとも定かではない。美濃部による引用には、①「情状に比較して不釣り合いに長期間の停止を為すのは違法である」②「取引所の存在が公益を害する程度とこれに対する処分との間に適当な比例を保たねばならぬ」③「差押へ又は公売に付すべき財産の高と滞納金額との間に適当な比例を保つことを要し……不釣り合いに高価の財産を……」という比例原則を思わせる表現があるが、これらは裁判例自身が用いている表現ではない¹¹⁾。ここで美濃部は、裁判例の言説や論理を分析しているのではなく、あくまで議論を展開するための設例として行政裁判所の判決を利用しているようである¹²⁾。

(b) 判断過程方式との役割分担

裁量の有無が、「抽象的にとらえられた行政機関の行為の種類に対応するもの」ではなく、「一定の事情のもとで行政機関がこれに対していかなる対応をとるべきかという具体的なレベルにおける区別である」という見方¹³⁾がとられるようになると、美濃部のような裁量と比例原則の二分法的な把握は、必ずしも自明ではなくなってくる。例えば塩野宏は、比例原則は「概念上はむしろ、羈束処分の適法・違法の判断基準とみるべきものである」としつつ、現実の裁判例では比例原則が裁量統制に用いられることを指摘する¹⁴⁾。これに対して「裁量を限界づける」ものとして比例原則を位置付ける¹⁵⁾場合－「限界づけ」の意味内容にもよるが－他の裁量統制手法との相互関係が問題になってくることになる。特に近時の最高裁判決における「裁量審査に係る判例法理の到達点」¹⁶⁾とも評される判断過程統制方式との役割分担が検討されねばならない。

3. 行政処分の法適用モデルにおける比例原則と裁量

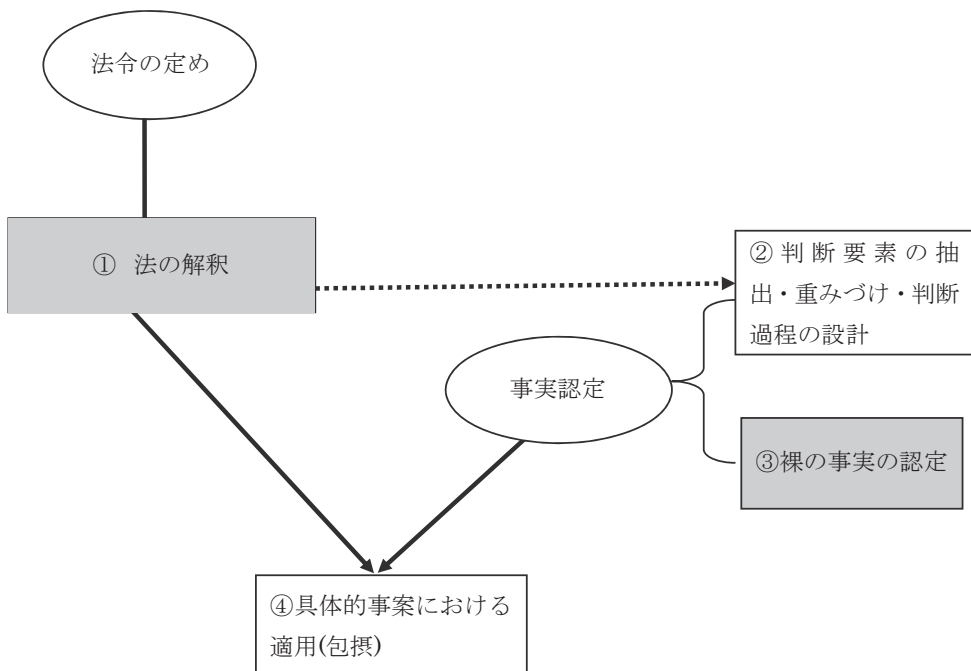
(a) 法適用モデル

さてここで、行政処分における法適用過程について、いわゆる「法的三段論法」に沿った次のようなモデル（「図」）を想定する¹⁷⁾。当該行政処分の根拠法等の法令の定めを前提として、行政機関は一般命題の形における法の解釈（①）を行い、事実認定を行い、当該法令を個別具体的事案にあてはめる（④、包摂）。さらにその際の「事実認定」は、法の解釈を前提とした

判断要素の抽出とそれら重み付け、さらには検討手順等も含めた判断過程の設計 (②) とその枠組みに沿って行われる「裸の事実の認定」(③) とにわけられる。

このように分類すると、今日の日本法における一般的な理解に従えば、法の解釈 (①) と裸の事実の認定 (③) には行政庁の裁量は存在せず、裁判所の判断代替的審査に服する。そのため、裁量が認められる可能性があるのは②と④に限られる。②については、法の解釈により義務的考慮事項、考慮禁止事項が定まる一方、考慮するかどうか、あるいはそれらの重み付けの仕方について裁量が認められる場合 (考慮可能事項) もある¹⁸⁾。④についても、認定された事実の評価について一定の裁量が認められる場合もある。

そして、1. で述べたように比例原則の機能を『『必要性の統制』と『均衡の統制』に分けるとすれば、前者は主に一般法命題レベルで機能するものであり、従って、上の定義における「裁量」過程それ自体を統制するものではなく、その前提としての外枠を形作るものである。これに対して後者は、一般法命題レベルにおける言明を伴うこともあるが、主に具体的事案の包摂過程の統制として機能する¹⁹⁾、というのが本稿の仮説である。近時の判例の展開に即して具体的に説明しよう。



図

(b) 裁量審査と「均衡の統制」「必要性の統制」

現在、裁判所による裁量審査は、(ア)「その基礎とされた重要な事実」に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠

くこと」等により「社会通念に照らし著しく合理性を欠く」と表現されるいわゆる「社会観念審査」定式と（イ）「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」あるいは「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」と表現される「判断過程統制」定式とを融合させた形で行われている²⁰⁾。

（ア）の「社会観念審査」においては「均衡の統制」が一応従来から行われていたといえる。その嚆矢とされる神戸税関事件（最判 1977 年 12 月 20 日民集 31 卷 7 号 1101 頁）以来、実際にはこれはごく緩やかな²¹⁾統制でしかないのだが、この意味での比例原則が裁量統制の枠組みの「中で」機能していることとすることができよう。そして、「社会観念審査」の定式には、「著しく」という修辭的定式^{21a)}を別にすれば、審査密度が「緩やか」にとどまらなければならない論理的必然性は必ずしも含まれていないのである。

近年この審査枠組みに明示的に組み入れられてきた（イ）「判断過程統制」定式においては、行政処分を行うに際していかなる要素を考慮に入れるべきであり、あるいは入れるべきでないかを法解釈による一般法命題の定立作業として行うことができる。時には、状況に応じてどのような要素を考慮するかについて、裁量が認められる場合もあろう。しかし、それぞれの要素が義務的考慮事項・考慮禁止事項・考慮可能事項のどれにあたるかについては、一般法命題として法解釈により定立されるべきものであり、行政はそれに沿って衡量作業を行うべきことになる。ここで判断要素の重み付けに関する一般法命題が定立されれば「均衡の統制」として、また、必要最小限性に関する一般法命題が定立されれば「必要性の統制」として、それぞれ裁量の「外」における比例原則の適用がなされたことになるだろう^{22) 23)}。

もっとも、この局面で一般法命題を定立することには、最高裁は概して慎重である。例えば「均衡の統制」について見ると、上記のように比例原則に傍論的に言及している広島県教職員組合事件（最判 2006 年 2 月 7 日民集 60 卷 2 号 401 頁）は、使用不許可処分を違法としたものの「特定の利益に一般的にウェートをかけて行政裁量を強く制約する」ことには慎重であり、「一方に傾くことを避けて精妙にバランスをとりながら衡量を行った点に特徴がある」²⁴⁾と評されている。

また、林試の森事件（最判 2006 年 9 月 4 日判時 1948 号 26 頁）では、1 審が「民有地を公権力により利用することができるのは隣接する公有地が、他の行政目的に供されており、その目的達成には当該土地が是非必要であって代替性がない等、当該行政目的達成の必要性が公園設置の必要性に優先すると認められる場合に限られる」と「必要性の統制」に関する一般法命題に踏み込んで判示していた。これに対して控訴審が都市計画決定権者の裁量を尊重して請求を棄却したところ、最高裁は原審を破棄差戻ししたわけであるが、その際、1 審のような立場は採用しない。公有地の利用可能性についてはあくまで「1 つの考慮要素」にとどめ、むしろ「当該都市施設が適切な規模で必要な位置に配置されたものとなるような合理性」の中に、「民有地に代えて公有地を利用することができる」かどうかという点を考慮要素として組み込む法解釈を示し、「必要性の統制」はもちろん、「均衡の統制」における比例原則を語りうるような特定の利益の重みづけも行わなかったのである²⁵⁾。

他方、憲法との関連も踏まえて「均衡の統制」における特定の利益の重みづけを行ったものとしてエホバの証人判決（最判 1996 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁）があげられる。同判決は、剣道実技への参加拒否について、それが「信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった」こと、原級留置・退学処分が「被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったこと」を重視して、「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処分」という結論を導いている。

既に見た日の丸・君が代懲戒処分に関する最判 2012 年 1 月 16 日判時 2147 号 127 頁も、本件職務命令が思想良心の自由に対する「間接的な制約」にはあたるという先行する憲法判断²⁶⁾を前提として、不起立行為等の動機、原因が「本件職務命令により求められる行為と自らの歴史観ないし世界観等に由来する外部的行動とが相違すること」であること、不起立行為等の性質、態様は、「積極的な妨害等の作為ではなく、物理的に式次第の遂行を妨げるものではない」ことを重視して、減給以上の処分について「減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮」が必要になるという一般法命題を導いている。

もっとも「一般法命題化」との関連では、上記最判の位置付けは微妙である。同判決の櫻井補足意見やいくつかの評釈等²⁷⁾が指摘するように、「具体的処分量定方針を一律・機械的に適用すること」²⁸⁾の問題性も結論と関連していると思われるからである。この点をも「比例原則上問題があるという指摘」として整理するのであれば²⁹⁾、比例原則には、特定の利益を重視して一般法命題化に向かう方向性と、一般ルール化がもたらす過剰包摂を退けて個別妥当な判断を志向する方向性との両面があることになる。

4. むすびにかえて

(a) 目的－手段思考と二元的構造

本稿は比例原則を「必要性の統制」「均衡の統制」の 2 つの内容を持つものととらえた上で、裁量審査との関係で同原則が果たしうる機能について検討してきた。これらの内容はいずれも目的－手段思考、少なくとも二元的構造を前提としたものである。「必要性の統制」における目的－手段思考は自明だろう。「均衡の統制」との関連では、特定の利益の重み付けがなされているかどうか、比例原則を語りうるかどうかのポイントであった。そこでは「裁判所が特定の利益を保護するために行政機関の判断の結論の違法性を明示する法原則」としての比例原則による統制と、「行政庁が諸種の事情・利益を考慮・衡量する過程を裁判所が繊細に審査する方法」との対比³⁰⁾が見出されることになる。目的－手段思考がどこまで明確かはひとまずおいて、特定の利益を天秤の一方の側に載せ、それ以外の種々の利益と比較するという二元的構造をとることが比例原則としての前者の特徴である。

だとすれば、前者と後者のいずれをとるかについての選択には、司法審査の密度をどの程度にするかという点のみならず、その領域における法構造をどのようなものとみなすかという判断が関わってくるだろう。一定の利益をとりあげて他の利益との天秤に載せることが他の種々の利害を見えにくくするおそれにも、当然敏感でなければならない。例えば見上崇洋がいうように「地域空間を検討対象とした場合、土地に関わって生じる利益を底地支配権としての財産権のみに収斂させることは、地域空間に関連する関係者の権利・利益を捕捉するためには適当でない」³¹⁾のだとすれば、空間に関わる利害調整を二元的構造でとらえることについては、慎重さが求められる³²⁾。

(b) 「原則」を語ることの意義

冒頭で述べたように、最高裁は「比例原則」の内容に含まれると思われる一般的法命題を定立することに慎重であるが、それを行う場合でも、これまで「比例原則」という言葉自体を用いることはなかった。ではそれを「語る」べきなのだろうか。そうだとすればそれはなぜだろうか。

立ち入った考察は他日の課題としたいが、「最小限の統制」についても、「均衡の統制」についても、なんらかの一般法命題が語られる場合、その命題自体の内容とその法的な導出・論証過程は重要であるが、その上でそれに「比例原則」という上位概念をあてることの積極的な意義がどこにあるのかはなお検討を要する。

1つには、ドグマーティクが持ちうる透明性と比較可能性に貢献しうる可能性³³⁾が考えられるだろう。そしてそれは、ドイツ以外のヨーロッパや英米法圏でも比例原則に対する注目が高まっている中で、共通の比較の土俵を作ることにも貢献しうるかも知れない³⁴⁾。

もう1点は、法源論との関係³⁵⁾である。仮に比例原則が法令解釈を嚮導し、時には限定解釈や *contra legem* な帰結をも導きうるものであるとするならば、それは憲法又はその他の上位法的性格を有する規範に基礎づけうるものでなければならないのだろうか。法源論も含めて議論しうる点に、個別法命題を超えて「原則」を語るものの可能性があると思われる³⁶⁾。

注

1) 本稿は、2013年7月8日－9日にかけて、台湾中央研究院（Academia Sinica）において同研究院法学研究所の主催により開催されたシンポジウム“The 2nd Workshop on Comparative Administrative Law in Asia-Proportionality and Democratic Accountability”における筆者の報告“Functions of Proportionality Principle in Japanese Administrative Law”をもとに、日本語化と加筆修正を施したものである。原報告には、各国からの参加者を対象とする報告の性質上、日本の読者には周知の内容も多く含まれていた。本稿ではその多くを削除したが、行論の都合上残っている部分がある。日本語文献の注記が最小限にとどめられている点とあわせ、ご海容を頂ければ幸いである。なお、同シンポジウムの参加者に加えて、本稿校正段階で、桑原勇進氏（上智大学）、興津征雄氏（神戸大学）、原田大樹氏（京都大学）から有益なご教示を頂いた。

- 2) 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）256-257頁、高橋明男「比例原則審査の可能性」法律時報85巻2号（2013年）17-21頁（17頁）
- 3) 青井未帆「本件評釈」ジュリスト1453号（2013年）20-21頁（21頁）、原島啓之「本件評釈」法政研究79巻4号（2013年）1003-1018頁（1011頁）
- 4) 特に高橋和之「審査基準論の理論的基礎（上）（下）」ジュリスト1363号64-74頁、1364号108-122頁（2008年）による批判以降、活発な議論が展開されている。
- 5) 石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」棟居快行・工藤達朗・小山剛編『プロセス演習憲法（第4版）』（信山社、2011年）291-320頁（313頁）。
- 6) 参照、塩野宏『行政法Ⅰ（第5版補訂版）』（有斐閣、2013年）134頁
- 7) もっともこのことは必ずしも比例原則に固有ではなく、一般原則に分類されるような概念を語ること
に最高裁は概ね謙抑的なのかも知れない。
- 8) 高木光「比例原則の実定化－『警察法』と憲法の関係についての覚書」芦部信喜先生古稀『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣、1993年）209-234頁（211頁）
- 9) 表記は原文のまま。現在の正書法では"Verhältnismäßigkeit"となる。
- 10) 美濃部達吉『日本行政法上』（有斐閣、1936年）932-933頁
- 11) 美濃部・前注（10）934頁。①行政裁判所1936（昭和10）年12月16日宣告行政裁判所判決録第46集1080頁、②行政裁判所1925（大正15）年5月29日宣告行政裁判所判決録第37集371頁（美濃部・同上の「11月29日」は誤植と思われる）③行政裁判所1912（大正2）年5月17日宣告行政裁判所判決録第24集483頁、④行政裁判所1935（昭和10）年5月30日宣告行政裁判所判決録第46集395頁。
ただし②の判決には、取引所法第27条の処分は「農商務大臣ノ自由裁量ニ依リ如何ナルノ処分ヲモ為シ得ルノ法意ニ非スシテ其ノ行為ノ性質及其ノ結果ニ鑑ミ監督上必要ナ限界内ニ於テ相当ノ処分ヲ為スコトヲ要スルノ法意ナリ」（415頁）という、内容的に「比例原則」に分類されうであろう表現が見いだされる。
- 12) 周知のように、比例原則は警察法上の概念として発展したものであるが、既に美濃部・同書は、その適用を警察行政に限定せず、「凡て国権を以つて権利又は自由を制限する場合は、等しく其の適用を受くべきもの」としている。美濃部『日本行政法（下）』（有斐閣、1940年）75頁
- 13) 小早川光郎「裁量問題と法律問題－わが国の古典的学説に関する覚え書き」『法学協会百周年記念論文集第二巻』（有斐閣、1983年）331-360頁（338頁）
- 14) 塩野・前注（6）85-86頁注（5）。参照、同書134頁。
- 15) 宮田三郎「行政上の比例原則」法学教室（第二期）7号（1975年）152頁-153頁（152頁）
- 16) 常岡孝好「職務命令違反に対する懲戒処分と裁量審査（1）」自治研究89巻8号（2013年）27-49頁（30頁）
- 17) 以下については、筆者の勤務校における授業「対話型演習行政法Ⅰ」を共同開講する中川丈久教授との議論、なかんずく同氏作成にかかる授業教材からの教示に負うところが大きい、もちろん同氏の見解は、筆者の見解と必ずしも同じではないだろう。
- 18) 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（1985年）571-608頁（572頁）
- 19) 須藤・前注（2）258頁は、「わが国の行政裁判例で多く用いられているのは『必要最小限』という意味での必要性の原則ではなく、『著しさ』に着目する狭義の比例原則である」と述べる。駒村圭吾『憲法訴訟の現代的展開』（日本評論社、2013年）35頁は、上述の須藤の指摘を引用しつつ（32頁）、「（政策的思考の思考様式をとる）目的手段は、主に、法令審査における審査手法である……だとすれば、行政法上の比例原則が、学説はともかく、裁判実務において目的手段の型をともなって採用されることが

- あまりないことも説明がつくように思われる。行政処分は、法令を事実媒介するものであるためその分司法事実接近しており、またそれゆえ事実との照合が可能になるように法規範の要件化による対処がフィットする作用であるからである」と論ずる。高橋和之による比例原則批判（高橋・前注（4）、同「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」法曹時報61巻12号（2009年）3597-3645頁、同「違憲判断の基準、その変遷と現状」自由と正義60巻7号（2009年）98-114頁）の核心が、仮に「狭義の比例性」が「裸の利益衡量」に墮すことに主にあるのだとすれば、上記の須藤と駒村の指摘は興味深い。「必要性」＝目的・手段間の整合性の判断と「狭義の比例原則」の判断とが「性格を異に」するという指摘として、亘理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法学教室339号（2008年）37-46頁（42-43頁）
- 20) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）229-231頁。参照、見上崇洋「土地利用計画の裁量統制について」室井力先生追悼論文集『行政法の原理と展開』（法律文化社、2012年）139-158頁、角松「最判2006年11月2日（小田急訴訟上告審本案判決）評釈」ジュリスト1354号38-39頁。
- 21) 村田斉志「行政法における比例原則」藤山雅行・村田斉志編『行政争訟（改訂版）』（青林書院、2012年）79-93頁（88頁）
- 21a) 角松・前注（20）39頁
- 22) 村田・前注（21）は、「行政処分の根拠法規において、一定の事実の存在する場合には必ず行政処分をしなければならないかのような文言が用いられている場合（例えば出入国管理及び難民認定法49条5項）、当該法規の解釈において比例原則を考慮する余地はあるか」という設問を用意し、比例原則が *contra legem* な帰結を導くことがありうるかという問題を設定する。これは本文で述べた点とは別の局面に属するものであるが、興味深い問題設定である（なお参照、後注（35）に対応する本文）。
- 23) 本稿の枠内で検討することはできないが、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持する……目的に基づく法令による公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである」として委任立法である人事院規則を限定解釈した堀越判決（最判2012年12月7日刑集66巻12号1337頁）は、法令解釈レベルにおける「必要性の統制」を行ったものと位置付けられるだろう。
- 24) 山本・前注（20）227頁、242-243頁
- 25) 参照、角松「自治体のまちづくりと司法統制—都市計画を中心に」大久保規子編集代表『争訟管理—争訟法務』（ぎょうせい、2013年）65-88頁（71-72頁）
- 26) 最判2011年6月6日民集65巻4号1855頁
- 27) 渡辺康行「『日の丸・君が代』訴訟を振り返る—最高裁諸判決の意義と課題」論究ジュリスト1号（2012年）108-117頁（116頁）、北村和生「本件評釈」新・判例解説 WatchVol.11（2012年）49-52頁（52頁）、青井・前注（3）21頁、下井康史「本件評釈」地方自治判例百選（第4版）（有斐閣、2013年）132-133頁（133頁）、常岡・前注（16）35-36頁
- 28) 常岡・前注（16）36頁
- 29) 常岡・同上。エバーハルト・シュミット—アスマン（太田匡彦他訳）『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、2006）80頁は、「個別妥当性を実現する行政の権限」の危険性を指摘する。
- 30) 山本・前注（20）228頁
- 31) 見上崇洋『地域空間をめぐる住民の利益と法』（有斐閣、2006年）11頁
- 32) 「三段階審査」と国家論に関する駒村・前注（19）85頁の指摘も参照。オリヴァー・レプシウス（横内恵訳）「比例原則の可能性と限界」自治研究89巻11号58-75頁（64-65頁）は「比例原則に不向きな法領域」の存在を指摘する。

- 33) 山本隆司「行政法総論の改革」河中喜寿『行政の変容と公法の展望』（1999年）446-453頁（447頁）。
レプジウス・前注(32)62-63頁は、middle range の理論としての比例原則の「6つの可能性」について述べる。原田大樹「立法者制御の法理論」新世代法政策学研究7号（2010年）109-147頁（125-126頁）は、「行政法学の特色である目的＝手段思考」による制度設計の統制について述べる。
- 34) 本稿の基になったシンポジウムにおける筆者の報告を受けた討論では、日本の最高裁が比例原則を明言しないことに対する疑問と批判が相次いだ。報告者自身やや予想外の展開であった。
- 35) 参照、村田・前注（21）81-82頁
- 36) 人権と裁量の関係について参照、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号（2009年）100-111頁、山本龍彦「行政裁量と判断過程審査」曾我部真裕他編『憲法論点教室』（日本評論社、2012年）39-45頁。前掲堀越判決（参照、前注（23））の千葉補足意見に対する蟻川恒正の批判は、上位法と下位法の関係に関する重要な論点を提示する。蟻川「国公法二事件最高裁判決を読む(1)(2)」法学教室393号88-95頁、395号90-100頁（2013年）