

【紹介】

# クリストフ・ケーベル『「不法への」平等』

(Christoph Köbel, Gleichheit »im Unrecht«, 1998)

乙 部 哲 郎

## 一 はじめに

一 本書の原論文は、一九九七年にチュービンゲン大学法学部に学位請求論文として提出されたものであり、そこでは、「不法に平等なし」(Keine Gleichheit im Unrecht)原則の内容・根拠・範囲を扱ったようである(本書序文より)。翌年に、行政科学研究叢書の新シリーズ第一四巻として、Carl Heymanns Verlag 社から刊行された。目次等を除く本体で一三九頁にのぼる。不法に平等なし原則とは、判例・学説で確立したものがあふ。簡単にいえば、第三者の同等の事案で行った決定等が適法の場合には相手方の事

案でも平等原則に基づいて同じ決定等をすべき義務があるが(行政の自己拘束)、違法の場合には平等取扱の義務はないというものである。

本書に付せられた題名は、一見すれば、不法に平等なし原則に対立するような印象を与えるが、内容的には必ずしもそうではない。むしろ、基本法三条一項の適用要件である法的平等の基準を前提にこれを狭く理解するとともに、不法に平等なし原則は基本法三条一項の法的効果に関わるものとしてこれは厳守しつつも、法的平等の要件が存在しなくても平等取扱理由または信頼保護等の法的理由に基づき結果的に平等取扱が認められる場合が相当数あ

るとして、後者の究明にも力をそいでいることから右の題名がつけられたのであろう。そして、前者を平等取扱、後者を平等化といって両者を区別すること、後者のなかには従来の「不法にも平等あり」のケースに該当するものが相当数おかれていることに、特色がみられる。行政の自己拘束 (Selbstbindung der Verwaltung) の観念・根拠・適用要件・適用範囲・効果などにも言及している。

二 筆者は、これまで、旧西ドイツにおける行政の自己拘束の法理やその一環をなす不法に平等なし原則<sup>(2)</sup>の紹介・検討を試みてきた。我が国では、これまで、「行政の自己拘束」とか「不法に平等なし」という言葉は一般に使われていないが、判例・学説の中には内容的にみてこの問題を扱うものも散見される。ドイツでは、これまでも「行政の自己拘束」をテーマとする公刊本はいくつか現れているが、「不法に平等なし」または「不法にも平等あり」の問題を扱った公刊本は本書がほとんど唯一であり、内容的にみてもその概要の紹介に値するようと思われる。なお、著者はその理論的主張との関係で本文中に細字で判例や学説・設例等を頻繁にあげているが、本稿では著者の理論的主張の理解に必要な限度で〔 〕内でこの要旨の紹介も試みるこ

とにする。〔Fu. . . .〕のごとく、脚注の要旨を紹介するところも一、二ある。章節等の名称や番号・記号などの表示もほとんど本書のそれに従っている。

(一) 乙部「行政の自己拘束の法理」民商七一巻五号(昭五〇)、同「行政の自己拘束の観念と範囲」神院一二巻三三号(昭五八)、同「西ドイツ『行政の自己拘束』論の動向」神院二〇巻三〇四号(平二〇)。このほか、平岡久「行政規則の法的拘束性」(一)法雑二六巻三〇四号(昭五五) 三六六頁以下、同「行政立法と行政基準」(平七) 二五三頁以下、大橋洋一「行政規則の法理と実態」(平元) 五四頁以下なども、この問題を扱っている。

(2) 乙部「行政の自己拘束論における『不法に平等なし』の動向」神院二二巻四号(平四) 三四頁。なお、平岡・注(一)法雑二六巻三〇四号三八八頁以下も、この問題に言及する。

## 二 本書の概要

### 第一章 問題提起

#### 一 概念

(1) 「不法に平等なし」原則は、判例・学説において確固たる地位をもち、通例、客観法に反する平等取扱を基本

法三条一項を根拠に請求することはできないといわれる。より正確にいえば、「不法に平等取扱なし」(Keine Gleichbehandlung im Unrecht)とか「瑕疵の繰返しを求める請求権なし」(Kein Anspruch auf Fehlerwiederholung)というべきである (S.1ff.)。

(2) 以下の論述にあたっては、不法に平等なし原則により(侵害的) 国家措置を阻止することができない個人が当事者である事案を「動機事案」(Anlaßfall)といい、この個人が平等取扱請求のために援用する事案(多くは複数の事案)を「比較事案」(Vergleichsfall)という。比較事案は、違法な決定が行われていた場合にはこれを「平行事案」(Parallelfall)といい、適法な決定が行われまたは行われずの場合には「通常事案」(Normalfall)という。不法に平等なし原則によれば、動機事案の当事者は、平行事案との平等取扱を請求することはできず、通常事案との平等取扱のみを請求することができる。

「平等取扱」と「平等化」(Gleichstellung)とは区別される。平等取扱とは、動機事案でも比較事案における同一の法的理由にもとづいて決定が行われること、すなわち決定の方法も結果も同じである場合をいい、平等化とは、

動機事案では比較事案では使われなかった法規または法解釈に基づいて結果だけが同じである場合をいう。不法に平等なし原則は基本法三条一項のための証言であり、同条のみに基礎をおく平等取扱請求権を妨げるが、他の法的理由に基づく平等化を妨げるものではない (S.7ff.)。

## 二 判例・学説の検討

著者は、「不法に平等なし」原則についての問題提起は、判例・学説の展開を沿革的にみることに、最良の形で示されるといい、プロイセン高等行政裁判所の判例を初め、連邦行政裁判所や州行政裁判所の判例、デュリーヒ、メルテンス、ディッケ、ゲッツ、オッセンビュール、ランデルツホーフアー、アルント、ベルク、アイヤーマン、フローラー、シュターク、ヴォルニイ、レッヘンバッハなどの学説を紹介している (S.8ff.)<sup>(3)</sup>。

### 三 名宛人

(1) 執行権の分野では、官庁は平行事案におけるその従前の瑕疵ある行為に拘束されないことを意味する。(a) 平行事案で行動している官庁の属する行政担当者の行為が外部には統一的事であることを意味するが、官庁の内部的権限の瑕疵は「不法に平等なし」原則との関係では重要では

ない(筆者注。官庁の内部的権限の瑕疵は同原則にいう「不法」に該当しないということであろうか)。(b)動機事案で決定をする官庁が平行事案の官庁と同じであろうと別であろうと、両者の官庁とも同一の行政担当者に所属するときは、動機事案の当事者の平等取扱請求権は妨げられる(S.28ff.)。

種々の行政担当者に属する官庁に同一の任務権限が配分される場合で、権限配分が水平場所的だけでなく、垂直階層的でもあるかぎり、ある官庁は他の官庁の行為に原則的に拘束される。これらの官庁は、少なくとも当該行政担当者の法的監督に服するからである。(例、ゲマインデの官庁はバーデン・ヴュルテンベルク州の憲法やゲマインデ法により州の法的監督に服し、州の官庁は基本法八四条・八五条により連邦の監督に服する)。この法的監督の範囲内で、当該官庁が平等原則の要請を正当に考慮して決定したかどうかも審査されることになる(S.30ff.)。

(2) 基本法九七条一項は個々の裁判所ではなく個々の裁判官の独立性を保障する結果、裁判所またはその部の自己拘束は生じないのが原則である。この部の裁判官が平行事案で決定をした裁判官と同一であっても、やはり同じであ

る。裁判官の独立性は、当該裁判官が合理的な考慮に基づいて自身の法的見解を変更する権利をも保障する。しかし、この合理的な考慮が存しない場合には、各裁判官は動機事案でも平行事案における自身の判断に拘束されることになり、このかぎりでも不法に平等なし原則は重要となる(S.32f.)。

(3) 不法に平等なし原則は、立法者が平行事案で上位法に違反する利益を与えながら動機事案ではこれを拒否するという場合にも、適用される(S.32f.)。

## 第二章 基礎

### 一 正当な目的条件は妨げられない

#### 1 平等取扱義務の中立性と限定性

(1) 基本法三条一項に基づく平等取扱請求権は、動機事案と平行事案とが法的平等(Rechtsgleichheit)であることが要件とする。そして、法律こそが平等基準となる。両事案が法的意味で平等であるというためには、個々の法規範に照らして比較されるべき事案の要件事実が同等というだけでは足らず、行われるべき決定のための法的地位や法状況に差異がないということが加わらなければならない(S.35ff.)。

(2) 「不法に平等なし」原則は、動機事案と平行事案とが法的平等である場合にのみ妥当する。そうでなければ、基本法三条一項の要件事実が欠けることとなり、平等取扱請求権は認められない。〔基本法三条一項は、一見すると、要件と効果の分立を定めたようにはみえないが、「法律の前の」という表現は法律の一般性と平等原則適合性の要件をいい、そこからこの要件を充足する事案すべての同等（平等）がもたらされる。基本法三条一項にいう「平等」は要件としての平等性を無意味に確認するものではなく、法的効果すなわち平等取扱をいう〕。

継続的平等関係 (Dauergleichheitsverhältnis) という特別の場合を除いて、平行事案において瑕疵の修正が法的に不可能であれば、基本法三条一項にいう法的平等が存しない。〔決定を法的に覆しえないことから生ずる平行事案の法的完結性のゆえに、法的完結性のみられない動機事案では行政は別の取扱をすることが許される。たとえば、授益行政では、平行事案では建築法違反の建築許可が発せられその後、確定力を生じたという理由で、動機事案の当事者が建築法違反の建築許可の発付を求めてきても、両事案は法的平等を欠くために動機事案では行政はこれを拒否するこ

とができる〕。このことは、不法に平等なし原則に基づくのではなく、法的平等が欠けているせいである (S. 37ff.)。

(3) 二つの事案が法的平等であれば、基本法三条一項の法的効果として、原則的に平等取扱が出てくる。〔Fn. 26. 基本法三条一項は平等取扱を求め平等化を求めるわけではないが、平等化に甘んじることもある。したがって、法的平等のみられる事案グループの平等化の余地もある〕。しかし、基本法三条一項は、平等取扱について複数の選択可能性がある場合には、どのような方法により平等取扱を実現すべきかについては何もいわない (S. 39f.)。

(4) 平等権は、原則として、平等取扱を求める手続的・中立的請求権 (formell-indifferenter Anspruch) のみを保障し、特定の種類・方法での平等取扱を求める限定的・実体的請求権 (determiniert-materieller Anspruch) を保障しない。基本法三条一項ではなくその他の国家の意思表示とりわけ実定法から導かれるべき目的志向 (Zielorientierung) のみに基づいて初めて、種々の平等取扱についての選択可能性は限定されて、その結果、平等取扱の種類・方法が決定されるのである (S. 40f.)。

(5) 不法に平等なし原則は、基本法三条一項の法的効果

の側面に關係する。この原則は、平等取扱を求める限定的・実体的請求権を妨げるが、平等取扱を求める手続的・中立的請求権に反対するものではない。法的平等が存在すれば、個人に例外なく不平等な行政措置に対する防御権を、行政には不平等な法適用の禁止を命じ、このかぎりでは場合によつては規範適用の限界(Schranke der Normanwendung)として働く。これに対して、平等権は、法規範の誤った適用への参加権を与えるものではない。基本法三条一項は、限定的・実体的な平等取扱請求権の要件が存在する場合にのみ、特定の種類・方法での積極的な法適用への参加権を個人に与えるのである(S. 42f.)。

(6) 不法に平等なし原則は、平等原則と合法性原理(基本法二〇条三項)との衝突原則とみてはならない。衝突原則は、二つの法規が相互に排他的な結果をもたらす場合にのみ必要とされる。基本法三条一項は平等取扱の種類・方法については定めないから、平等取扱の種類・方法と法律との衝突ということはない。ただ、結果的には、不法に平等なし原則は、平等原則と行政の法律適合性との衝突を避ける。同原則は、違法な行政実務の存続に反対し、恒常的な瑕疵の繰返しによるその強化に反対し、法治国的

構造とりわけ法律の優越の解消に反対するからである。(建築官庁は、平行事案では建築許可が違法に発せられなかったから動機事案でも平等取扱理由に基づき拒否を義務づけられるという理由でもって、客観的法に従い発せられるべき建築許可を拒否することはできない)(S. 43f.)。

## 2 「法律から自由な」行政

(1) 「法律から自由な」行政 (gesetzesfreie Verwaltung) 活動領域では、行政は立法者と同様の平等拘束に服する。したがって、何が平等で不平等かの決定は、行政の外部法的拘束により完結的に確定されることなく、行政の恣意なき自己規定 (willkürfreie Selbstbestimmung) や形成自由に委ねられる。(S. 44ff.)。

(2) 形成自由の範囲内では、行政は個人に対して外部的効力をもつ行動の目的・要件を自ら決定することができる。特定の行政活動をするための決定システムの定義は、通例、抽象的に先取りされて個別事案でのその転換により外部化される行政規範すなわち行政規則、特別命令、行政私法における一般取引約款 (AGB) を通じて、または、個別事案決定を通じて行政活動のさいに継続的に実行される。行政は個別事案をこえて決定システムの履行を義務づけられ、

個人は自身の事案でも基本法三条一項に基づきこの義務の履行を求めることができる。官庁の決定システムの実行義務は、まず、行政の自己拘束という客観的法原則から生ずるが、行政の自己拘束原則は基本法二〇条三項にいう不文の法規範、基本法三条一項にいう「法律」と考えられる。

行政の自己拘束原則は、合理性すなわち国家活動の予見可能性・理由性・審査可能性を求めるとともに、一貫性・関連性、簡単にいえばシステム適合性(Systemengerechtigkeit)を要件としその破棄を禁止する法治国原理(基本法二〇条三項・二八条一項一文)にも帰することができる。

合法的な官庁の決定システムは、行政の自己拘束原則により法律に代わる機能を得ることになり、そこから事案グループの準法的同等性やその取扱のための準法的な目的条件(Zielvorgabe)が生まれる。このことは、「行政の自己拘束原則の前の個人の平等」を通じることにより、基本法三条一項の適用にとっても重要である。平等権は、個人に対して自身の事案で法律代替的決定システムの実行を求める請求権を与えることになるからである(S. 47ff.)。

(3) 官庁の決定システムは、適法である場合にのみ法律代替的である。行政の法律適合原則によれば、行政は、違

法な決定システムを直ちに廃止・修正しなければならず、動機事案で決定の基礎としてはならない。この場合、平等取扱請求権が認められないのは、基本法三条一項を基礎とする平等取扱請求権の要件である法的平等が欠けるからであって、不法に平等なし原則のせいではない(S. 49ff.)。

(4) 法律から自由な行政活動の領域では、法的平等性は現実の官庁の決定システムから導かれる基準によつてのみ存在する。官庁が一つまたは複数の比較事案で従前は従っていた決定システムから離れて決定をすれば、このシステム適合的でない決定は行政の自己拘束原則によれば違法である。[例、VGH Mannheim, ZBR 1984, 19. それ自体としてみれば適法な給付決定であっても、官庁が受益者のために特に是認される理由もなくその恒常的な給付承認実務から離反すれば違法になる]。官庁の決定システムの修正は、当初の決定システムを基礎づける行政の評価からの離反が是認され、かつ、当初の決定システム定義のための要件がすべて尊重されるという重要な理由がある場合のみ、許される。[この重要な理由として、第一に決定システムの再展開を求めるような非定型的個別事案の存在、第二に法律変更や官庁の法の見解の精密化などの法状況の変化、第

三に従来の行政実務の非合目的性、予算枠の満了、需要状況の変化など従来の決定システムを基礎づける事実状況の変化がある)。

行政は、行政の自己拘束原則により、修正後の官庁の決定システムを一貫して実行すべき義務を負う。したがって、動機事案後の比較事案において、行政が動機事案とは異なるが当初の決定システムまたは第三の決定システムに従って決定した場合には、動機事案における当事者の適法な決定システムの適用を求める請求権は妨げられない(S.51ff.)。

(5) 官庁の決定システムの形成のさいに行政により尊重されるべき外部法条件には、とりわけ事案グループ間の原始的(Original)法的平等が含まれる。この原始的法的平等は、直接には外部法とりわけ憲法的評価に基づいて存在し、自己拘束原則により行政活動から導かれる法的平等とは無関係に存在する。継続的平等関係では、原始的法的平等事案が相互で存在する。〔競争者事案で、調整目的のために動機事案で行われる決定によって、動機事案と原始的に法的平等であった平行事案とは、平等取扱されるのではなく、平等化されるのである。不法に平等なし原則は、平等化す

なわち他の決定基礎に基づく結果的平等取扱とは無関係である。平等化の意味の決定は、平行事案で行政が基礎とした決定システムの基準ではなく、平行事案で行われた決定結果を考慮して両事案の原始的法的平等に基づいて行われる。基本法三条一項は、原則として平等取扱を求めるが、平等化に甘んじる場合もあるのである。この場合、基本法三条一項は、平行事案で行われたような違法な決定システムの適用を求めるのではなく、結果的に平等化に至るような決定システムの修正に甘んじるのである〕<sup>(4)</sup>(S.54ff.)。

### 3 裁量羈束的行政

裁量羈束的行政(ermessensgebundene Verwaltung)領域でも、「法律から自由な」行政活動領域のための原則が適用する(S.59f.)。

(1) 裁量規範の構造上、まさに個別事案に相応しい決定をすることが認められているから、要件的に平等の事実関係において裁量規範の平等な適用により異なる決定結果が導かれうる。行政は、平等適合的裁量行使義務に基づき裁量充足的で個別事案を超えた決定システムの定義とその一貫した適用を強いられる。この決定システムは、裁量行使に合理性・継続性を与え、かつ、裁量行使の相違を統制可



能にする。この決定システムを通じて具体的に行われるべき決定条件により、事案グループの平等取扱のためにそこから離反する可能性を排除する。このかきりで、決定システムは裁量の零への収縮をもたらす (S. 60f.)。

(2) 官庁の決定システムは適法である場合にのみ、右の効果を有する。官庁の決定システムの定義と実行の際に尊重されるべき基準は、本質的には法律から自由な行政活動の領域の場合のそれと同じであるが、立法者によりこの基準が狭められることがある。たとえば、行政手続法四〇条は裁量はその授權の目的に従い、かつ、法律上の裁量の限界内に保たなければならないと定め、行政は、裁量法上の恣意禁止に基づき、実体的すなわち特定の種類・態様により平等取扱をするように導かれるべき場合もある。〔官庁の決定システムは、法律から自由な行政活動領域におけるそれよりも狭く、法律代替的機能ではなく裁量規範補完的機能をもつにすぎない〕。裁量を考慮した決定システムは、法律から自由な行政活動領域の場合の法律代替的決定システムの場合の要請に応じなければならない。したがって、行政は、裁量領域でも妥当する行政の自己拘束原則により適法なすなわち裁量を考慮した決定システムを実行する義

務を負う。

裁量領域では、不法に平等なし原則と一致する行政の自己拘束原則により、違法な官庁の決定システムの実行を求める請求権は排除される。この領域では、特定の種類・方法での平等取扱を求める実体的・限定的請求権のみが排除されるが（法律から自由な行政領域では原則として排除）、平等取扱を求める手続的・中立的請求権は必ずしも排除されなく (S. 62f.)。

(3) 右のことは、判断余地領域でもほぼ妥当する (S. 64 f.)。

#### 4 厳格に法律に羈束された行政

厳格に法律に羈束された行政 (strikt gebundene Verwaltung) 活動領域では、基本法三条一項は、個人に手続的・中立的平等取扱請求権だけでなく実体的・限定的平等取扱請求権をも与える。

(1) この領域では、行政自身が決定システムの定義や実行をする余地はない。完結的な法律上の決定システムのみがあらゆる事案において権威がある。法律自体が平等要因となる。〔行政の自己拘束原則は、この領域でも理論的には適用されるが、実際には同原則による必要性はない。同原

則は、法律を通じて具体化されるだけであり、押し退けられてはいないからである」(S. 66ff.)。

(2) 法律適用の絶対的義務の例外は存在しない。ここで「法律」とは個別の法規範ということではなく全体としての法律すなわち法秩序を意味する。その修正は、信義則や憲法から生じうる。憲法に適合する法規範であってもこれを非定型的な個別事案で適用すれば憲法違反の結果をもたらすことがありうるから、このような非定型的な事案では合憲的な適法な決定を行うべきであり、右のような法規範を適用してはならない (S. 66ff.)。

二 自身の事案のみでの請求権

(1) 平等権は、個人に原則として自身の事案 (eigene Angelegenheit) でのみ手続的・中立的平等取扱請求権を与える。「したがって、基本法三条一項は他人に対する授益の阻止のための訴権や民衆訴訟の基礎を与えるわけではない」との指摘は正しい」(S. 69ff.)。

(2) 原告が不行為を求める場合には、動機事案と比較事案との間に法的平等があれば、原告は直ちに基本法三条一項に基づいてのみ手続的・中立的平等取扱請求権を行使することができ、官庁の決定システムを根拠としなくてもよ

い。これに対して、原告が不行為のほかに具体的授益の配分を求める場合には、基本法三条一項のほかに、法律的、法律充足的または法律代替的な決定システムを援用しなければならぬ。

不行為訴訟や取消訴訟では、手続的・中立的平等取扱請求権だけで訴えは可能である。原告は、争っている行政行為や事実行為が自身に関係する場合にのみ基本法三条一項に基づき訴権を有する。取消訴訟では、行政行為の違法性は基本法三条一項から導かれ、権利侵害もそこから出てくる。原告は、義務づけ訴訟または給付訴訟により実体的・限定的平等取扱請求権を主張しなければならない (S. 70ff.)。

(3) 基本法三条一項・一九条四項一文に基づいて、個人は自己への不平等な特典を阻止する手続的・中立的平等取扱請求権を有する。この場合、基本法三条一項に基づき個人には取消訴訟の道が開かれる (S. 74ff.)。

三 量的要素のない自己拘束

行政は、個人が唯一の比較事案を援用している場合にも、平等権や「不法に平等なし」原則を尊重しなければならぬ。

(1) 厳格に法律に羈束された行政領域では、行政の自己

拘束原則は厳格に羈束する法律を通じて実現される。法律はすべての事案を平等に評価し、平等取扱実現の唯一の可能性のみ開いているために、行政が過去にこの法律を適用したか否かは重要ではない。個人は、基本法三条一項に基づき、直ちに自身の事案で正しい法を適用することを求める請求権をもつ。適法に決定された通常事案や、相応する行政実務が現存しなくてもやむをえない場合には想定上の通常事案との平等取扱を請求することができる (S. 75f.)。

(2) 厳格に法律に羈束されない行政領域でも、事情は異なるから。官庁がいわゆる裁量嚮導的行政規則 (Fr. 183: 「法律から自由な」行政領域で行政活動を嚮導するような行政規則を含む) に基づいて活動している場合、この行政規則は法律代替的または裁量充足的決定システムを意味し、行政の実際の行為は行政規則に適合している(「先取りされた行政実務」という勤務法上の反証可能な推定を生み出す。これに対して、官庁の決定システムが積極的に規範化されていなければ、この決定システムはこれを形成する行政活動を通じて初めて外部に知られる。自己拘束は、行政がその形成自由や裁量を行使した最初の事案後に開始、以後の事案とともにより緻密になる。一個の先例事案だけ

では、官庁が継続的に当該事案を超えてどのような決定基準を適用しようと考えているかは完全には分らないが、このことは自己拘束の要件として恒常的な行政実務 (ständige Verwaltungspraxis) を要求する論拠にはならない。恒常的な行政実務もその修正を動機づける重要な理由があり、恒常的な行政実務からも最終的な官庁の決定システムを知りうるわけではないからである (S. 76f.)。

(3) 行政の違法な決定は、官庁の決定システムの形成に参加することはできない。違法に決定された個別事案も違法な恒常的行政実務も、自己拘束原則に基づく行政の拘束を生み出すことはできない (S. 77)。

### 第三章 平等取扱理由に基づく仮の平等化

基本法三条一項とは別の法的根拠に基づく動機事案と比較事案との平等化は、「不法に平等なし」原則によって排除されるわけではない。法適用の限界 (Schranke der Rechtsanwendung) としての機能における平等権が、平等適合的でない行政実務をとれば動機事案の法状況を過渡期的に通常事案のそれとは別のものにする<sup>1)</sup>ことがある。

#### 一 侵害行政

侵害行政 (Bingriffsverwaltung) 領域では、動機事案の当事者は、比較事案の当事者が特定の官庁の侵害措置から免れたのと同様の取扱を請求することができる。この請求が認められるには、比較事案での官庁の決定が適法か違法かを問わない。

(1) 比較事案において、官庁が重大な理由なくして法律上の侵害権限の行使を怠ったときは違法である。この重大な理由は、(a)比較事案で権限発動要件となる事実関係を知らなかったこと(ただし、後記(4)参照)、(b)裁量規範のごとく権限規範によりこの不行為の余地があること、(c)侵害権限を行使すれば信義則や基本法三条一項違反など法適用の限界に違反することである (S. 79f.)。

(2) 動機事案の当事者は、特定の種類・方法での実体的平等取扱を求めることはできない。動機事案の当事者は、平等取扱理由に基づき当該事案での官庁による侵害に反対することができるが、このためには通例は取消訴訟により追行すべき手続的・中立的平等取扱請求権が与えられることで足りる。平行事案では適用しなかった侵害規範を動機事案で適用すれば、基本法三条一項が保障する法適用の平等に反し、法適用の限界としての平等権に反する。ただし、平

等取扱理由に基づく動機事案での侵害放棄は暫定的にすぎず、官庁は法律拘束性(基本法二〇条三項)に基づいて違法な行政実務を廃止して将来に向けて法律適合・平等適合的行政実務を行うことを義務づけられる。平行事案でも適法な取扱を行うという方向に移るかぎり、動機事案でも行わなかった侵害措置を原則としてとらなければならない。それまでは、動機事案は暫定的に侵害権限規範は存在しないかのように判断され、この結果、平行事案とは別の法的理由に基づいて平等取扱が行われることになる。

平行事案と動機事案における外見上平等な官庁の不行為は、意図されない平等取扱であって、結果として偶然かつ過渡的にすぎない平等化である。動機事案での暫定的侵害権限規範の不適用は行政が一般的に法律服従に回帰するまでは例外的に適法であり、動機事案でのこの取扱は「不法への平等取扱」といったケースではない。「権限規範の不適用は、動機事案の当事者と行政との間でのみ適法であって、公衆と行政との間では違法であり、この規範要件に該当する事案では違法である」。この場合、基本法三条一項が動機事案の当事者に与えるものは、違法な決定システムへの参加請求権ではなく不平等な法適用に対抗する防御権である

(S. 80ff.)。

(3) 官庁が平行事案では侵害権限を行使するところか手続的には適法だが実的には違法な許可を発している場合にも、動機事案での侵害権限の発動は違法である(S. 85ff.)。

(4) 比較事案で法律が侵害要件事実を把握するために定めた調査を十分にしなかった場合も違法であり、このために侵害権限が行使されなかったときも、動機事案での侵害権限の発動は許されない。逆に、官庁がすべての調査のための努力をしたけれども、実際には要件適合的事案が他にも存在していた事実を知らなかった場合には、誰もこの事実を援用することはできない。〔例、警察が速度測定器具の限られた能力のために一定地域のみこれを設置している場合には、すべての速度違反を探ることはできず、摘発されなかった速度違反者が過料を課されないのは正当である〕(S. 86ff.)。

(5) 動機事案で侵害のための憲法に基づく緊急の必要性がある場合には、例外的に、基本法三条一項に基づく侵害規範の不適用を求める請求権は存在しない。〔平等取扱基本権は、とりわけ生命・生活の保護のために絶対的な危険防止措置をとるべき場合には、後退しなければならぬ。た

とえば、権限ある官庁が平行事案では相応する危険施設に侵害措置をとらなくても、動機事案で現に倒壊の危険のある住居の利用禁止をすることは適法である〕。緊急の必要性がある場合には平行事案との法的平等が存在するにもかかわらず動機事案では別異に取り扱われるということは、不法に平等なし原則の効果ではない。同原則は、基本法三条一項の法的効果の側面をもつから同法条が初めから適用されない場合には、意味がないからである(S. 87ff.)。

(6) 時の経過により単なる事実上の理由から侵害要件が動機事案で脱落して侵害が不可能となる場合でも、行政の暫定的な権限規範の不適用義務は残る(S. 90)。

(7) 動機事案の当事者は、官庁がその侵害権限の行使のさいに動機事案を孤立的にまたは他の事案とともにつかみ出して不平等に侵害の対象とする場合にのみ、基本法三条一項に基づき防御することができる。これに対して、官庁が動機事案で適用した権限規範を将来に向かって平等に適用、動機事案が平等適合的構想に基づく措置がとられた最初の事案というケースでは、動機事案の当事者は基本法三条一項に基づき防御することはできない。ただ、行政は、訴訟において、このような合法的行政実務への一般的移行

を具体的に説明しなければならぬ (S. 90ff.)。

二 授益行政

授益行政 (beginnigende Verwaltung) 領域では、平等取扱を理由とする動機事案と平行事案との暫定的平等化ということとは、両者間に継続的平等関係が存在しないかぎり、認められない。

(1) 授益行政領域では、動機事案と平行事案とは法的平等であるのが通例であり、動機事案の当事者は基本法三条一項に基づく請求権をもたない。ただし、信頼保護の理由により平行事案で与えた授益の剝奪、違法な決定の修正は原則として不可能であるからである。動機事案と平行事案との平等取扱が認められないのは、「不法に平等なし」原則のためではなく、基本法三条一項の平等性の要件が欠けるからである。授益行政領域では、基本法三条一項に基づく行政の拘束は侵害行政領域とくらべて稀にのみ生ずる (S. 92f.)。

(2) 平行事案の瑕疵の修正が可能である場合には、例外的に両事案は法的平等である。両事案に継続的平等関係が存在する場合にも法的平等がみられる。法的平等が存在すれば手続的・中立的平等取扱請求権が与えられる。動機事

案の当事者が平行事案の当事者と同様の授益配分を得るには、それだけでは不十分であり、平等取扱を求める限定的・実体的請求権の存在する必要がある。(動機事案の当事者はこの請求権を給付訴訟により追行するが、勝訴するためにはこの請求権が客観的法に支持をおくものでなければならぬ) (S. 93f.)。

(3) 両事案の平等化は、平行事案で適用されなかった法規定を動機事案でも適用しない結果、動機事案の当事者が求める授益が与えられるという場合にのみ可能である。これは、右の法規定が消極要件 (例、給付の障害) を定めるときに限られる。これに対して、授益配分のための積極要件を定める法規定が平行事案で誤って適用された場合には、動機事案の当事者は平等化を求める請求権を有しない (S. 94ff.)。

(4) 規範の暫定的不適用は、侵害行政領域では単に侵害をしないことであるが、授益行政領域では授益を排除する法規範の不適用の結果、積極的行為すなわち授益配分もたらされるといふことにある。この授益の配分は、官庁が一般的に合法的行政実務に向かえば直ちにこの配分を遡及的に清算しうる場合にのみ、可能である。授益配分の遡及

的清算 (Rückabwicklung) の可能性は、法律規定に依存する。法的な遡及的清算原則がない例は、違法な教示 (Auskunft) など行政行為を基礎としない非物質的な授益的事実行為の事案にみられる。遡及的清算の法的可能性の判断のさいには、以下の区別をしなければならない (S. 98ff.)。

(a) 物質的授益的事実行為。たとえば、記帳上の瑕疵により生じた扶養料等の過払いであり、特別の規定のないかぎり、公法上の償還請求 (Erstattungsanspruch) の範囲内で遡及的清算は行われる。官庁が将来の比較事案では同等の授益配分を行わず、平行事案でも配分された授益を償還したときは、動機事案で暫定的平等化をうけた当事者に対して償還請求権が行使される。

(b) 物質的授益的行政行為。特別の規定のない限り、行政手続法四八条・四九条の定める遡及的清算原則が存在する。 $\alpha$ 、もっぱら形成的行政行為。行政手続法四九条二項三号に基づく将来的効果をもつ撤回により、当初の法状況が回復・執行される。 $\beta$ 、執行を必要とする継続効果をもつ行政行為。承認、回帰的な金銭・物の給付など官庁側の執行を必要とする継続効果をもつ行政行為の場合は、執行のための法的理由を事後に失わさせるために、行政手続法四八条一

項・二項・三項三文に基づき遡及効果をもつ取消が必要となる。 $\kappa$ 、執行を必要とする継続効果をもたない行政行為。この場合には、遡及効果をもつ取消は許されないことに異論はない。このような行政行為は平等化を理由として行われてはならず、執行前でも動機事案の当事者はこの行政行為の発付を求めることはできなく (S. 101ff.)。

#### 第四章 そのほかの理由に基づく平等化

動機事案と比較事案との平等化は、両事案間に法的平等がみられない場合でも生じうる。この場合、法適用の限界としての基本法三条一項を援用することはできず、不法に平等なし原則も適用されないから同原則の例外ということも考えられない。

##### 一 特別の事案

1 厳格に法律に羈束されない行政の場合の例外的事案  
 厳格に法律に羈束されない行政領域では、動機事案が平行事案や通常事案と比べて非定型的な特別の事案 (atypischer Sonderfall) に該当する場合は、動機事案の法状況は平行事案や通常事案の法状況とは別の評価が行われる。

【例】OLG Hamburg, NJW 1988, 1600. 申立人は「家計

率」計算に基づく電気料金の支払後に、被申立人による「営業率」計算に基づく追加払い請求は拒否した。被申立人は七五%公の手に属するエネルギー供給企業であるが、追加払いをさせるためにA G Bに基づき電気供給の中止権限を行使した。申立人は、被申立人が支払いをボイコットしている他の一定の者には電気供給を中止していなかったという理由でこれを争った。O L Gは、A G Bによれば電気供給の中止を争うかどうかの決定は裁量決定であり、裁量決定のさいには行政私法でも通用する基本法三条一項を尊重しなければならず、結局、顧客の平等取扱を義務づけられると判示した。O L Gは、申立人がためらうことなく家計率計算による料金を支払って不当な追加払い請求のみを拒否したことに、支払い意思がない他の者との比較で特別の事案をみている。特別の事案が存在する場合には、官庁は、従前の決定システムを動機事案では修正するかどうかを審査しなければならぬ(S.107f.)。

## 2 免除

動機事案において原則的に命じられた法的効果からの免除(Dispens)を認める法規定があるかぎり、行政は動機事案と平行事案を結果的に平等化する可能性をもつ。(例、租

税通則法(A O)一六四条・二二七条に基づく衡平上の免除の可能性は不法に平等なし原則の実際上の重要性を減少させ、建設計画法領域では、建設法典三二条二項三号により、動機事案での適法な取扱がその他の行政実務と比較して特別の場合とみられるときは平等化が認められる)。免除規定は、免除するかどうかを行政の裁量に委ねるのが常である。免除に基づく平等化を求める請求権は、裁量の零への収縮の場合にのみ存在する。それは、行政の自己拘束原則によれば、行政が一般に経過的に免除を行い、動機事案でもこの免除の要件を充足する場合にはみられる(S.108f.)。

## 3 瑕疵の調整—積極的競争者訴訟

平行事案で行われた行政上の取扱には反対する法規範が動機事案の平等化を要求する場合には、動機事案の法状況は平行事案のそれとは異なる。この例は、動機事案で競争者訴訟(Konkurrentenklage)の状態がみられる場合である。平行事案で与えられた授益を動機事案で付与することがもつぱら瑕疵の調整すなわち競争状態の回復にいたる場合には、動機事案の当事者に平等化請求権が帰属する。一面的な競争上の授益の解除は信頼保護理由により断たれることが多いから、消極的競争者訴訟は成功しない。不利益



を受けた競争者が主張する請求権は通例、同等の授益付与に向けられる(積極的競争者訴訟)。動機事案の当事者の平等化請求権の要件は、与えられようとしている授益が他の競争者にとって新たな競争阻害とならないことである。(一〇〇の競争状況にある企業のうち、九九の企業が違法な助成を受けていたという場合には、残る企業への助成は新たな競争破壊ではなく、他人の犠牲においての平等取扱ともならない。残る企業への助成要件は、十分な予算措置が用意されていることである) (S.110ff.)。

#### 4 信頼保護

(1) 動機事案の当事者の平等化請求権は、違法な確約または公法上の契約に基づいて発生することがある (S.112ff.)。

(2) 確約または契約の履行への信頼のほかに、一般的な信頼保護原理が動機事案の当事者の平等化請求権の基礎となるかどうかは、文献上、争いがあるが、原則的には拒否すべきである。(a)拒否説は、平行事案での違法な行政実務は適格な信頼基礎 (Vertrauensgrundlage) たりえないことを前提におく。適切にも、支配的見解は、平行事案での官庁の行為を信頼基礎として援用できるというだけでは十分

ではないとみる。立法領域における信頼保護原理は国家市民間の特別の関係を前提としないが、個別事案決定が行われる法適用領域における信頼保護原理は国家市民間の特別の関係を必要とするからである。(b)行政規則が動機事案で執行されることへの動機事案の当事者の信頼は、行政規則の内容・目的およびその公表により、客観的な信頼の要件事実を生み出すという行政の意図が引き出される場合には、平行事案での当事者との平等化をもたらすことがある。この場合、行政規則は抽象的一般的確約に準ずるものと考えられる(例、公表された助成金基準)。(c)信頼保護思想を特定の法律的規律よりも下位のものとして、信頼保護思想をもっぱら不法行為請求権の基礎とみるものもあるが、説得的ではない。両者が衝突する場合は、信頼保護思想が単なる法律的規範よりも優越するからである (S.113ff.)。

#### 5 権利濫用

信頼保護原理のほか、平等化は信義則のそのほかの原則すなわち権利濫用 (Rechtsmißbrauch) に基づいて極めて例外的にのみ生ずる。信義則は国家市民間の特別の関係の枠内でのみ適用可能であるが、動機事案ではこのような特別の関係が通例は欠けるからである。失効 (Verwirkung)

の原則は、原則として行政権限の制限にはつながらない。権利濫用の禁止に基づく平等化は、行政が一般的に適法な行政実務を展開しまたは展開したが、動機事案でこの新たな行政実務に適合する侵害措置をとることが特別の理由から権利濫用となる場合に生じる (S. 119ff.)。

#### 6 職務責任

基本法三四条・民法八三九条に基づく職務責任 (Amtshaftung) を通じた平等化は、きわめて稀にのみ可能である。その理由は、平行事案の決定に係わる職務担当者の有責的行為は、平行事案の決定当時は動機事案の当事者と国家との間の特別関係が欠けている場合が多いために、例外的にのみ存すること、職務責任請求権は金銭給付を目的とするのが原則であるから、動機事案の当事者が金銭給付の拒否により平行事案の当事者よりも不利益をうけたという場合に平等化は限られることなどにある。

#### 7 法律の留保の後退

平行事案では法律の留保が尊重されず、たとえば、法律の根拠が必要であることが知られなかったために、当該行政措置が違法に行われたのに対して、動機事案では法律の留保が過渡期的に憲法により押し退けられるために当事者

は適法な行政措置をうけることがある。この場合、動機事案の当事者は平等取扱されるのではなく平等化される。

〔例〕 BVerwG, JZ 1978, 682. 法律の留保に違反して単なる行政規則に基づき、ある生徒を直近の上級のクラスに配属する旨の教育行政による決定は適法である (S. 121f.)。

#### 二 法状況の一般的变化

著者は、法状況の一般的变化として、要件事実的接合、法形成的事実効、適切な法律解釈、法の発展、違法な平等化に分けて論じているが (S. 122ff.)、紹介は省略する。最後の違法な平等化というのは、立法者が平行事案での決定を事後に合法化する場合をいい、平行事案での決定は違法のまま存続するが、動機事案では新たな法状況に従って平行事案との平等化が可能となるというものである (S. 131)。

#### 三 基本法三条一項に基づく平等化

これまで述べた理由から動機事案と平行事案との平等化が要請されるかぎり、基本法三条一項に基づき動機事案の当事者に自身の事案と法的平等事案との間の平等取扱を求める請求権が帰属する。同時に反射的に、基本法三条一項は動機事案の当事者に平行事案との平等化を求める請求権をも与える。動機事案で、同時に平等化と平等取扱が行わ

れるのである (S.132)。

## 第五章 結論

### 一 テーゼでの要約

これまでの論述の要約をテーゼ的に列挙するが (S.133 以下)、紹介は省略する。

### 二 展望

「不法に平等なし」原則は、平等権自体またはその効果を制限するものではない。同原則は、法的理由から可能または要請される動機事案と平行事案との平等化には関わらない。平等権の適用に関する事案形成の多様性には関わらず、不法に平等なし原則を援用するだけでは、公権力の担当者の特定の行為のための説得的理由とはならない (S.139)。

(3) これらの判例や学説の多くは、乙部・注(2)一頁以下でもふれている。

(4) 乙部・注(2)二―三頁であげたようなケースを想定して、このように述べるのである。

### 三 おわりに

一 本書におけるケーベルの見解の個別的な検討は将来

の課題とすることとし、ここでは従来<sup>(5)</sup>の学説等とくらべてその特色を概観するにとどめる。

まず、行政の自己拘束の観念のほか、法的根拠として直接的には基本法三条一項をあげること、行政の自己拘束の適用要件として、行政規則はそれに基づく行政実務を媒介として行政の自己拘束を生み出すこと、この行政実務は必ずしも恒常的ものである必要はなく、唯一の行政実務からも行政の自己拘束は可能であること、適用範囲として、官庁の決定システムの修正すなわち従来<sup>(5)</sup>の行政実務からの離反は許されうるし、動機事案がこの離反の最初のケースであつてもよいがその後の事案ではこの新たな行政実務を原則的に実行する義務があること、行政の自己拘束の効果として、原則として、相手方は自身の事案でのみ平等取扱を求める手続的請求権を取得し、平等取扱を求める実体的請求権を得るものではないことなど、行政の自己拘束に関する基本的事項については、従来<sup>(5)</sup>の見解にほぼ従っている。以上の点については、私見も賛成である。なお、個人は自身への不平等な特典を阻止する手続的平等取扱請求権をも有し、この追行のために取消訴訟の道が開かれるというのは、従来、一般にみられなかった見解として注目さ

れよう。

二 基本法三条一項の適用要件である法的平等について、個々の法規範に照らして要件事実が同等というだけでは足らず、行われるべき決定のための法的地位や法状況に差異がないということが加わらなければならぬなど限定的に捉えることにより、従来は一般に「不法に平等なし」原則として説明されてきたものも、同原則とは関係がないとする傾向がみられる。たとえば、平行事案において信頼保護の結果、瑕疵の修正が法的に不可能であれば基本法三条一項にいう法的平等が存しないといひ、平行事案で違法な建築許可が発せられ確定力を生じた場合には法的完結性がみられ、法的完結性がみられない動機事案では違法な建築許可の発付を拒否することが許されるが、これは不法に平等なし原則から導かれるものではないとする。法的平等がみられない場合として右の例をあげることには、私見も異論はない。逆に、法的平等が存在するにもかかわらず動機事案では別異に取り扱われる例として緊急の必要性がある場合をあげるが(例、平行事案では相応する危険施設に違法に侵害措置をとらずに動機事案で現に倒壊の危険のある住居の利用禁止をする)、この場合、右のような基準によれ

ば法的平等を欠くケースとみることも可能であるようにも解しうる。

ただ、一般論としていえば、両事案を詳細に検討して微小な相違点を探り出して法的平等の存在を否定すれば、平等原則の適用の余地を不必要に限定し、その結果、国民の平等権の保護に欠けるおそれも出てくるように思う。

三 法的平等および不法に平等なし原則の及ぶ範囲を限定的に捉えることは、従来は一般に同原則の例外すなわち「不法にも平等あり」の例として説明されていたものも、不法に平等なし原則とは関係がないとするにもなる。すなわち、平等取扱理由または信頼保護などの法的理由に基づく平等化としてあげる相当量がこの例である。このなかには疑問の余地があるものもある。たとえば、暫定的侵害規範の不適用の場合、競争事案など原始的法的平等がみられる場合、法律の留保の後退として説明される事案なども、従来は行政の自己拘束や不法にも平等ありのケースとして扱われてきたが、いずれも法的平等の存在を認めることができず不法にも平等ありの場合に相当するに思う。暫定的侵害規範の不適用の場合、平行事案では違法だが動機事案では適法であって、両事案には法的平等がみられな

いから、動機事案で平等取扱が行われても不法に平等なし原則とは関わりがないともいうが、動機事案での暫定的侵害規範の不適用は適法とする理由が説得的ではないように思う。もし、この不適用は平等適合的であるがために適法というのであれば、不法にも平等ありを承認したことになる。

同等の違法な授益享受という結果においては不法にも平等あり説と同じであるが、その論拠として、ランデルツホーファーは信頼保護原則、アルントは旧A O一三一条の衡平措置などの実定法上の制度に求めた。ケーベルによれば、これらは平等原則以外の法的理由に基づく平等化の一ケースということになる。私見によれば、信頼保護原則や信義則を根拠に違法な行政実務や行政規則の外部的法的効力を承認する見解や、旧A O一三一条の衡平措置説などには疑問がある。

四 ケーベルは、「不法に平等なし」原則は裁判権や立法権にも妥当するというが、もっぱら行政権への適用に止まって、法律から自由な行政、裁量羈束的行政、厳格に法律に羈束された行政に分けて同原則を扱う。すでに、ランデルツホーファー、アルント、レッヘンバッハも類似の分け

方のもとで不法に平等なしの問題を扱う。また、カッセル行政裁判所の一九八五年決定は、給付行政と侵害行政とを区別して後者についてのみ不法にも平等ありを認める。ケーベルは、侵害行政と授益行政（侵益的行政行為と授益的行政行為の区別に対応する用語法であると解される）に分けて平等取扱理由に基づく仮の平等化を扱い、むしろ侵害行政においてこの可能性を広く認めるのは、同裁判所の判示に近いところがある。

これに対して、ヴォルニイは羈束行政と非羈束行政や給付行政と侵害行政に分けて「不法にも平等あり」の可能性を論ずるといふ方法に反対し、レッヘンバッハも給付行政・侵害行政の区別を問わず「不法への平等取扱」が認められうるという。私見も結論的にはヴォルニイの考え方に近かった。

(5) 乙部・注(2)一頁以下。