

行政規則の公開を求める権利

乙 部 哲 郎

目 次

- 一 はじめに
- 二 西ドイツにおける概況
- 三 若干の検討
- 四 おわりに

一 はじめに

一 行政法学において、かつては、とかく軽視されがちであった行政手続（事前手続）は、最近、増大の一途をたどる行政裁量の手続的規制の観点などから、とくにその必要性が認識されるようになってきた。そして、一般的に行政手続法制が存しないところから、憲法三一条または一三条等に事前手続の法的根拠を求めることにより、ひろく行政の手続法的規制を強めて国民の権利利益の保護をはかっているところとする判例学説も有力である。この事前手

続の導入は、とくに国民の権利利益を侵害する行政処分についてその発令前に処分の相手方等の意見を聴取してこれを考慮して適正な行政処分を発令しようとするに、重点がおかれていた。これにくらべると、行政立法について事前手続を導入することは、むしろ軽視されており、たとえば、昭和三九年に臨時行政調査会が答申した行政手続法草案でも、行政立法については事前手続は、後述の許可基準等を除いて、排除されている。もっとも、最近では、アメリカ行政手続法等の影響もうけて、行政立法における事前手続の重要性を指摘しその導入を説く見解が有力化しつつある。⁽¹⁾

ところで、行政立法、そのなかでも行政規則の手続法的考察には別の問題もある。すなわち、行政規則の制定手続への利害関係人等の参加の問題ではなく、すでに制定されている通達等の行政規則について、行政によるその公開義務およびこれに対応する国民の公開請求権は認められないかという問題である。通説的見解によれば、国民の権利義務に法的効果を及ぼす立法は法規であり、法規はひろく国民に知らしめねばならず、これは法規の効力要件でもある。「知り得ない法令を遵守させることは、不可能なことを強制するものであって条理に反する」⁽²⁾からである。そうすると、この見解によれば、行政立法のうち法規命令と区別された行政規則は、その内容を国民に知らせる必要はないということになり、このことは、黙示的であれ、学説等ではほとんど一致して承認されているところであるように思われる。⁽⁴⁾

これに対し、裁量基準など行政規則の告知または公表義務を説く見解もないではない。道路運送法にもとづく個人タクシー事業免許の拒否処分の取消請求事件において、東京地裁は、同法の定める抽象的免許基準のもとで多数

の申請人から特定の適格者を選定するにあたって事実の認定につき恣意・独断を疑われることがないような手続をふむことが憲法一三条・三一条等にもとづき要請され、この場合、少数特定者の選定にあたり行政庁は具体的基準を設定する義務があるとし、ついで、「設定された基準の内容が、微妙かつ高度の認定を要するようなもので、その内容を利害関係人に告知し、この点についての主張と証拠を提出する機会を与えるのでなければ、事実認定の独断を避けることが困難と認められるようなものである場合には」行政庁はその設定した具体的基準の内容を告知し利害関係人に主張と証拠を提出する機会を与えなければならない、と判示した。⁽⁵⁾この判決は、行政手続において、かつ関係人に限定した告知義務を説き、また、前記の臨時行政調査会が答申した行政手続法草案の二一条は、許可基準等の原則的な公表義務を定めているが、この規定は、右の東京地裁判決が判示するような考慮にもとづいておかれたようである。⁽⁶⁾学説にも、右の東京地裁判決と同じくもっぱら裁量行使の際の適正手続の観点にたつほか、税務行政の運営の円滑化または行政に対する市民の信頼を高めその不信任を除去するという実際の・実質的考慮にたつて、あるいは近時に高まりをみせている情報公開の一環として、⁽⁷⁾裁量基準等の公開義務を説くものがある。

二 行政は、行政規則なかでも通達にしたがってその日々の行政実務を遂行していることから、いわゆる通達による行政が問題となり、⁽⁸⁾これに対処をせまられることになり、たとえば、通達はそれにもとづく行政実務を媒介として、さらには通達それ自身、平等原則等をつうじて間接的であれ、国民との関係において行政を拘束する法的効力をもちうるという見解が、次第に有力化しつつある。⁽⁹⁾このように、行政規則の法的拘束性などその実体的理解が従来の伝統的理解とは変わってきていることを認めざるをえなくなれば、行政規則は法規ではなくしたがって法的

拘束力をもたないから国民に対しその内容を公開する必要はないという通説的見解も、再検討を加える必要がでてくるように思われる。この場合、行政規則の公開義務を説く前記の少数の判例学説がその立論の基礎とする観点のほかに、あるいは、むしろ、平等原則にもとづき間接的であれ行政規則も法的拘束性をもつという実体的観点¹⁰⁾の方をより重視して、行政規則の公開義務・請求権を根拠づけることができるのではないかと思われる。いずれにしても右の少数の判例学説は比較的簡単な言及にとどまり、行政規則の公開義務・請求権に関する他の諸点について必ずしも十分な考察が加えられているということもできない。

そこで、本稿は、このような観点から、西ドイツにおける若干の判例学説をも参考にして、この問題について試論を提起するとともに行政規則の公開の意義・範囲・限界等についても少しばかりの整理検討を試みようと思図するものである。

(1) たとえば、和田英夫「行政立法手続」鵜飼編・行政手続の研究五六頁、杉村敏正兼子仁・行政手続・行政争訟法一五七頁。また、塩崎潤「租税に関する通達の役割と機能」税務通信二〇巻五号四七頁は、税務通達草案を国民に公表しその意見表明を考慮して通達を作成すべきである、という。

(2) 田上穰治「法令の公布」雄川編・行政判例百選一九八頁。

(3) これに対し、国民の権利保護をはかるために、一定の場合には通達の法規性を承認する見解もある。田村浩一「法規命令と行政命令」法学雑誌一一巻三・四号一三八頁、吉良実「税務通達の規範性」税法学二四八号二三頁以下。

(4) なお、確井光明「地方公共団体の補助金交付をめぐる法律問題(上)」自治研究五六巻六号二六頁以下は、地方公共団体が交付する補助金は内部的な要綱にもとづき支給される例がほとんどであり、かつ、この要綱は公表されていないとし、そこで、補助金支給は条例・規則の留保のもとにおくべきことを要求し、その場合の実益の一つとして補助金行政の内容の

公開をあげられるのも、本文のごとく通説的見解を前提とするものであろう。

(5) 東京地判昭和三八年九月一八日行裁例集一四卷九号一六六六頁。これに対し、第二審の東京高判昭和四〇年九月一六日行裁例集一六卷九号一五八五頁は、本件の具体的基準内容の申請人に対する告知義務を否定するが、この点、上告審である、最判八一小√昭和四六年一〇月二八日民集二五卷七号一〇三七頁も、この告知義務がある旨明示してはいない。

(6) 橋本公亘・行政手続法草案一三一頁参照。

(7) 町田顕「通達と行政事件訴訟」司法研修所論集一九六八年Ⅱ五四―五五頁、東平好史「行政手続における公開の機能」神戸法学雑誌二〇卷一号二九頁、中川一郎「税務行政通達の役割とその限界」税と財一五卷一号一〇頁、室井力・現代行政法の展開六〇―六一頁、法学セミナー昭和四四年一二月号一六九―一七〇頁の秋山発言参照。

(8) 北野弘久・現代税法の構造二六四頁は、法社会学的には通達はすでに法源である、といわれる。

(9) 拙稿「行政の自己拘束の法理」民商法雑誌七一巻五号八一〇頁以下、平岡久「行政規則の法的拘束性(一)、(二・完)」法学雑誌二六卷三・四号三六三頁以下、二七巻一号一頁以下およびこれらに引用の文献参照。なお、平岡氏(同論文)(一)三七七頁以下・(二)三一頁)による私見(拙稿八四四頁)に対する批判については、拙稿「行政の私法上の行為の効力と信頼保護」神戸学院法学七卷三・四号二三四頁注(3)参照。なお、同「西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向」神戸学院法学六卷一号二六七頁注(12)参照。

(10) この観点は、前記の少数の判例学説からは全くうかがい知ることができないというわけではないが、とりわけ、この観点を指摘するものとしては、平岡・法学雑誌二七巻一号二四頁参照。

二 西ドイツにおける概況

一 すでに、一七九四年のプロイセン一般州法の序編の一〇条は、「法律は、正当に告知された時からはじめてその拘束力を得る」と定めており、この原則はその後も長く維持され、基本法二〇条三項・二八条一項に表明されて

いる法治国原理の本質的な構成部分と考えられている⁽¹⁾。そして、基本法八二条は、法律および法規命令は連邦官報により公布されるべきこと、各法律・法規命令は、各々に施行日を定めていないかぎり、連邦官報の発行日の経過後一四日目にその効力を生ずることを規定している。これに対し、行政規則についてはこのような公表義務のないことは、基本法八二条の反対解釈からも導かれうるところであるが、ただ、若干の特別の法令の規定により⁽²⁾、あるいは、実際に個々の事案で行政規則が公開される場合もないではない。しかし、この場合でも、行政規則の告知の場所は政府・各大臣・官庁等の種々のところにある公表官署の「茂み」の中にあるため、行政規則の発見を可能ならしめるというより、むしろ、その発見を妨げるおそれが多いとも、いわれている⁽³⁾。

ただ、一九七五年に制定された社会法典(SGB)通則の一三条は、社会的給付の受給権者である住民に対し法状況等について広範囲の説明義務を行政に課している。この説明義務に対応して受給権者の説明請求権が認められるわけではないが、同条についてある注釈者は、説明の範囲は個人に請求権の認められている給付については給付要件・どの給付主体に対して請求権を行使すべきか、また、裁量給付(SGB通則三九条参照)については裁量を拘束する内部基準またはこれにもとづく従来の行政実務についても包括的に情報を与えなければならない、と述べている⁽⁴⁾。これによれば、少なくとも社会法ないし社会保障法の領域では、一般的な行政規則の公開義務(国民側の公開請求権は対応しない)が承認されたことになろう。

(1) Vgl. Von C. Gusy, Die Pflicht zur Veröffentlichung von Verwaltungsvorschriften, DVBl 1979 S. 720 f. なる
園部敏・行政法の諸問題 一二五頁参照。

(2) Vgl. F. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968 S. 462; H. U. Erichsen / W. Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl 1979 S. 86.

(3) Gusy, DVBl 1979 S. 721.

(4) H. Grüner, Sozialetzbuch (Kommentar), 1980, Anm zu § 13 S. 8 f. ㊦ T. Kunze, Aufklärung, Beratung und Auskunft im Sozialrecht, 1978 S. 71, 116.

二 学説においても、法規すなわち法律・法規命令は、国民および国民との関係において行政をも法的に拘束するから、ひろく国民にその内容を公表しなければならぬのに対し、行政規則は法的拘束力をもたないからその公表義務も存しないと解するのが、伝統的な見解であった⁽¹⁾。しかし、最近の研究からもうかがわれるように、法規の意味・機能が修正または変質し、これに伴って法規命令と行政規則の伝統的な区別の基準が必ずしも明確には行なわれず、行政規則も法規であるとさえ説く見解も⁽²⁾だいに有力化しつつある⁽³⁾という推移に⁽³⁾応じて、右の伝統的な見解に⁽³⁾対し再検討を加え、行政規則の公開義務を説く学説もでてくるようになった。

この問題について、連邦行政裁判所はなお明確な態度をうちだしていないようであるが、最近、下級審の判決ではあるが相互に対立する見解を示した二つの興味深い判決がみられる。両判決とも、事案は、ある外国人から相談をうけた弁護士が外国人法について定めているとみられる裁量基準を含む行政規則の有無・内容等を自分に対し行政が開示することを求めて出訴したという点では共通である。一九七五年のベルリン高等行政裁判所は、弁護士の請求を認めて当該の行政規則の公開義務・公開請求権があると判示したが、一九七九年のバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所は、この点を消極に解し、係属中の行政手続で、かつ右の弁護士ではなく外国人のみがこの行政規

則の公開請求権をもちうるにすぎない」と判示した。以下、この両判決をみることにしよう。

OVG Berlin Urt v. 26. 9. 1975, DöV 1976 S. 53

下位官庁に対しその法律上認められた裁量行使のための基準 (Richtlinien für die Ausübung des Ermessens) を与える行政規則は、公開されなければならない。この行政の裁量拘束の行政規則の公開義務 (Pflicht der Verwaltung zur Publikation von ermessensbindenden Verwaltungsvorschriften) は、法治国原理 (基本法二〇条三項) および効果的権利保護の保障 (基本法一九条四項) から導かれる。裁量基準 (Ermessensrichtlinien) はもとより法規範ではないが、行政が裁量基準を事実上適用しそれによって自らを拘束するということにより、当該市民に対し外部的効力をもつ。行政規則に現われた裁量基準に従った平等取扱を求める市民の請求権—基本法三一条一項の発露である—が、この自己拘束 (Selbstbindung) に対応する。市民がその平等取扱請求権を行使するには、官庁が基礎とし彼に対し適用すべきはその行政規則を知っている場合のみ、可能である。かくて、公開ではない示達による下位官庁への単なる告知 (Bloße Bekanntgabe an die nachgeordnete Behörde durch nicht veröffentlichte Rundschreiben) は、右の基本法の要請を考慮しえず、他方、行政が右の公開義務を履行した場合には、当該市民は、自己に影響を及ぼす行政規則に再度特別に近づけさせることを要求することはできない。市民に対し、個別事案で単なる教示 (Bloße Auskünfte im Einzelfall) を発給するだけでは、市民にとりなんの役にもたない。市民は、十分な知識なくしてはその目的を遂行できず、このためには、行政規則の完全な字句にてらしこの行政規則が彼の事案をも把握し、したがって彼に対しても適用されることになるかを調べる必要がある。この場合のみ、市民は、紛争が生じた場合に行政に「同等の武器」をもって対置することができ、かつ、行政活動の単なる客体にならないですむことになる。なお、弁護士はその依頼人の利益を代表するから、依頼人に関する行政規則は弁護士に対しても告知されなければならない。基本法二二一条一項二段が保障する職業活動の自由 (この場合、弁護士の職業活動) も、この行政規則により法的影響をうけるからである。

右のような行政の公開義務および市民の告知請求権が、単なる内部的業務遂行、官庁組織のみ、行政手続または下位官庁に対

する法律の規定とくに不確定概念の解釈のための指令等の行政規則にも認められるかは、問題がある。これらの行政規則は、およそ市民と関係しないか、または、いずれにしてもそれ自体あるいは平等原則・信頼原則と結合しても行政の自己拘束をもたらさないからである。しかし、本件では、この問題は決定する必要はない。本件の裁量拘束的規則は、法律解釈および組織的規律と不可分のかたちでかみ合っており、厳格に裁量拘束的規則に限定した告知は実際には行ないえず、もし、これを行なうならば相手方に理解しがたい知識のみを与える結果になるであろう。

VGH Bad-Württ Urt v. 5. 2. 1979, NJW 1979 S. 2117

私人に対する官庁の「一般的教示義務 (allgemeine Anskunftspflicht)」なるものは、成文法および不文の法源も知らない。したがって、一般的な教示請求に応えるべきかどうかの決定は、原則として官庁の裁量に属する。連邦行政手続法 (VwVfG) 二五条に定める教示義務は同法九条にいう行政手続が係属中にも認められ、同様のことは、バーデン・ヴュルテンベルク州行政手続法二五条の教示義務・同二九条の記録閲覧請求権についても妥当する。本件で、Xは、すでに開始済の行政手続においてその依頼人のVwVfG二五条・二九条 (記録閲覧請求権を定める) が付与する権利を行使しているのではなく、行政手続の「前段階 (Vorfeld)」において、依頼人から相談をうけた場合に自己の弁護士活動をするための基礎を官庁への情報請求により生み出そうとしており、この場合、VwVfG二五条・二九条またはその他の規定は、有効な請求権をXに対し与えることとはない。つぎに、Xは、基本法二二条一項から直接、その主張する請求権は導かれるというが、この見解には従えない。もっとも、Xが、依頼人から相談をうけた場合に自分の仕事を容易にしたいという願望は、よく理解できる。外国人法につき官庁が日常、顧慮し、かつ適用している行政規則・示達を弁護士が事前に知っておれば、弁護士は行政手続をおこなうことを避けることもできる。しかし、このことは、このような情報の必要性が弁護士という職業に不可分の構成部分であり、自由な職業活動を求める憲法上の権利の一部であるということ、を意味するわけではない。

また、官庁が勤務内部で義務つけられる行政規則の原則的適用は、行政規則の行政内部的性質にもかかわらず、基本法三条一

項にもつき平等取扱を求める請求権を惹起し、この請求権は当該外国人が行政規則を知る場合にのみ成功裏に行使できるから、行政規則の公開を求める公衆の特別の欲求が存するというXの見解は、無条件に同意できる。しかし、法治国原理(基本法二〇条三項)はもとより官庁を拘束するが、個々の市民に対して官庁による法治国上の義務履行を求める権利を原則的に保障するといふものではなく、また、効果的権利保護の保障(基本法一九条四項)も、せいぜいXの依頼人である外国人に、しかも、係属中の行政手続・行政裁判手続の範囲内でのみ裁量拘束的行政規則に近づき、あるいはそれについて教示を求める請求権を付与するにすぎず、行政手続を開始すべきかどうかについて依頼人から相談をうけている弁護士であるXには、このような請求権は存しない。

つぎに、Xの請求は、内部勤務的性格をもつ示達・行政規則は「一般的に近づきうる情報源」ではないから、基本法五条一項の規定に基礎づけることはできない。また、Xの請求に応ずるのであれば、官庁は、他の弁護士からの同様の請求にも平等取扱の原則のために応じざるをえず、かくて、行政上の消耗をあげてこの請求を拒否したことは、瑕疵なき裁量行使を求める請求権を侵害することにもならず、この点でも、Xの請求は理由がない。

(1) たとえば、P. Selmer, *Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift*, VerArch Bd 59 (1968) S. 115. K. Obermayer, *Anmerkung zum BVerwG Urt v. 23. 2. 1961*, JZ 1962 S. 64f. 行政規則は行政庁の裁量行使を嚮導するかぎりで間接的に行政と国民間の外部関係に効力を及ぼすとし、その例として、行政規則が行政措置の発給義務の要件を定めるとき申請人に対しこの要件のもとで積極的決定を得るチャンスを法的反射として付与すること、行政規則にもづく行政慣行の無視により平等原則違反を生ぜしめることをあげるが、しかし、これらのことは、行政規則じたいは直接には勤務内部の法的効力を展開するにすぎないという点に変更を加えるものではなく、行政規則は行政行為の適法性を決定することができないとし、かくて、行政規則は公衆に対して告知する必要はない、と結論づけている。

(2) 平岡久「ボン基本法下における行政規則に関する学説(一)」*阪大法学九九号一一〇*、一三八頁以下参照。行政規則の

法規性を承認するものとして、たゞせば、Ossenbühl, aaO S. 463f; Erichsen/Martens, aaO S. 86.

(6) W.-R. Schenke, Gesetzgebung durch Verwaltungsvorschriften?, DöV 1977 S. 29; Gusy, DVBl 1979 S.724; H.-H. Scheffler, Wachsende Bedeutung der Verwaltungsvorschriften, DöV 1980 S. 241ff; G. Lübke-Wolff, Der Anspruch auf Information über den Inhalt ermessensbindender Verwaltungsvorschriften, DöV 1980 S. 586ff.

三 若干の検討

一 行政規則の公開義務とは、要求があればこの者に対して要求にかかる行政規則の内容を開示しなければならぬことをいう。第一に、前記のベルリン高等行政裁判所もいうように単に下位官庁に対する示達によりこの下位官庁のみに行政規則の内容を知らせるというのではもとより公開の要件を充足せず、また、行政庁と請求者間に行政手続が係属中であるとか、従来から緊密な接触があったなど、個別事案に特別の事情の存する場合にのみ、行政は行政規則の公開義務を負い、国民はこれを請求する権利をもつ、というように限定してはならない。行政庁と請求者間に行政手続が係属中の場合には、とくに行政規則の公開義務・請求権ということをいい、また、その法的根拠として法治国原理等の憲法原理に求めるまでもなく、西ドイツでは、V w f G二五条の助言・教示、同二九条の記録閲覧の規定にもとづいて請求者（手続関係人）は必要な行政規則に接することも可能であろう。この意味では、行政手続の関係人のみに行政規則の開示請求権を認める前記のバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所の判決は、行政規則の公開義務を承認したとはいえず、むしろ、これを否認した判決であるとみることができよう。

しかし、他方、国民の側から要求があるうとなかろうと、行政規則は、その制定とともに当然にひろく国民一般

に対し公開（公布）しなければならないということまで行政を義務づけるわけではなく、この点で行政規則の公開は、法律・法規命令の公布とはやはり異なる⁽¹⁾とみるのが適切であるように思われる。

第二に、行政規則それ自体の内容の開示義務があるのであって、単に、行政規則の存在内容等について教示をするだけでは行政規則を公開したことにはならず、この点は、前記のベルリン高等行政裁判所の判決が指摘するところであるように思う。したがって、要求にかかる行政規則の内容すべてを開示する必要があり、この場合、単に閲覧に供するため展示しておくというだけでは不十分なこともあり、原本またはそのコピー（手数料を徴収してこれを提供するか、あるいは請求者の直接の出費により行政官署の内外で請求者がコピーするかなどの方法により）を得せしめる可能性を与えなければならぬ場合⁽²⁾もでてくるように思われる。

(1) Vgl. Schenke, DöV 1977 S. 29; Lübke-Wolff, DöV 1980 S. 600. わが国情報公開法をめぐる論議にあつては、何人も情報開示請求権を有すべきことが主張されるが、この場合でも、国民・住民側の情報開示の要求があることを前提として、行政は原則的にこの要求に応じなければならず、しかも、この要求をした者に対して情報開示義務を負うべきであると主張するのではないかと思われる。したがって、より正確な語法によるならば、行政規則の公開義務というよりも、たとえば開示義務などというのが適切であるかもしれない。

これに対し、前記のベルリン高等行政裁判所の判決は、法律・法規命令の公布に近いかたちでの行政規則の公開を説くように推測される。

(2) Vgl. Lübke-Wolff, DöV 1980 S. 600.

二 行政規則の公開義務を否定する伝統的見解およびその理由は、必ずしも説得的であるように思われない。

第一に、行政規則の非法規性の理由については、まえにもみたように西ドイツでは法規性の意味・機能したいに修正または変質がみられるとともに行政規則も法規であるという見解が有力化しつつある。行政規則は、それにもとづく行政実務を介して平等原則にもとづき国民との関係において行政を拘束する法的効力を生じさせることがある。これは、いわゆる行政の自己拘束であるが、これに対応して国民には平等取扱を求める権利が生まれる。このことは、前記のベルリン高等行政裁判所の判決も含めて判例通説であり、わが国でも認めうる場所である。そうすると、同判決も指摘するように「官庁が基礎とし彼に対し適用すべきはずの行政規則を知っている場合にのみ」、市民はその平等取扱を求める権利をうまく行使することができる。この点は、行政実務を介することなく、しかし、平等原則にもとづいて行政規則の法的拘束力を認めることを主張する西ドイツの少数説¹⁾による場合は、容易に是認されるところである。だが、行政実務を介在させて平等原則にもとづく行政規則の法的拘束力を説く通説の見解にしたがっても、同様に是認することができる。この行政実務は行政規則の適用の結果として現われることが多く、行政実務の源は行政規則であるといつてよいからである。また、この行政の自己拘束の法理によれば、第三者の事案と異なる場合には相手方の平等取扱請求は認められず、異なる取扱が是認されることになるが、この場合でも、事案したがって行政による取扱も異なることを確信をもってうけいれるためには、やはり相手方は行政規則を知っておく必要がある。

かくて、行政規則の公開義務・請求権は、もっぱら平等原則にもとづく行政の自己拘束義務・相手方の平等取扱請求権、さらに一定の場合には行政庁の適正な決定を求める権利義務からも基礎づけられるように思われる。行政

規則の公開義務およびこれを求める権利は、さらにその理念的根拠を法治国原理に求めることも可能であり、このかぎりでは、前記のベルリン高等行政裁判所の判決は是認できる。ただし、同判決は、行政規則の公開義務の法的根拠として平等原則との結合において法治国原理のほか、基本法一九条四項の効果的権利保護の保障をもあげている。平等原則を基礎とする行政の自己拘束義務・相手方の平等取扱請求権を侵害するような行政庁の違法な決定は、結局は裁判所の審査をえて取り消されることによってこの相手方の権利が回復されることになることを考えれば、効果的権利保護の保障があげられることも、うなづけるものがある。ただ、行政手続も開始されない状況にあり裁判手続まで発展するかどうか予想しがたい段階で行政規則の開示を求める必要性があり、また、この段階でも平等取扱を求める権利があることを考えれば、少なくともこの時期における行政規則の公開義務の法的根拠としては右のような効果的権利保護の保障をあげることは、疑問の余地もないではない。⁽³⁾

第二に、行政規則の公開義務を承認すれば行政に著しい仕事上の負担が生ずることなどを理由にこの義務を否定する見解もある。前記のバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所の判決では、行政規則の公開義務を理由づけるうえで重要な寄与をなした平等原則⁽¹⁾行政の自己拘束の法理が、逆に、行政の著しい仕事上の負担が生ずる理由として使われ、この点も重視して行政規則の公開義務を否認している。しかし、室井教授も適切に指摘されるように、行政規則の公開は「住民の行政に対する信頼を高め、行政に対する理由のない不信任をなく⁽⁴⁾し、ひいては行政の負担軽減にも役立つのである。この点、西ドイツでも同様のことを指摘して行政規則の公開義務を導く見解がある。⁽⁵⁾

(1) 平岡・法学雑誌二六卷三・四号三七六頁以下、拙稿・民商法雑誌七一巻五号八一八、八四二頁以下参照。

(2) 同条項については、たとえば、田口精一「ボン基本法における権利保障の一般的条項について」慶大創立百周年記念論文集一九七頁以下参照。

(3) Vgl. Lübbe-Wolff, DöV 1980 S. 599f. なお、相手方はその企画する行為をすれば自分に対しても第三者の事案におけると同様の決定がされるかどうかを照会し、これについて行政が発給した教示等の信頼保護にもとづく拘束性により相手方の権利保護をはかる方法もある。そうであれば、なにも行政規則の公開義務ということをいわなくてもよいのではないかという考え方もありうる。しかし、まず、一般的な教示等の発給義務・請求権なるものは従来から認められず、VwVfG 二五条等も同様に解されること(拙稿「西ドイツ情報公開法の一考察」神戸学院法学一一巻三九五、一一頁参照)、また、とくに相手方の意に反する教示等がされた場合、この教示そのものが正しいかどうかを含めて相手方みずから行政規則にてらして納得できる判断に到達しうる途も開いておくのがよいことなどの理由から、右の考え方には従うことができない。

(4) 室井・前掲書六一頁参照。

(5) Scheffler, DöV 1980 S. 242f. なお、塩野宏「行政手続の公開性」室井||塩野編・行政法を学ぶ1 二六一頁参照。

三 このように、もっぱら平等原則にもとづく行政の自己拘束義務および相手方の平等取扱を求める権利の観点から行政規則の公開義務を承認するとき、公開すべき行政規則の範囲および公開を求める権利者の範囲も限定されることがあるように思われる。

第一に、わが国では、たとえば通達について法令の解釈基準を示すものと、裁量基準等の取扱準則を示すものと二種があることが、一般に指摘されている。⁽¹⁾ところで、行政の自己拘束の法理の意味・機能は、国民の権利保護の観点から行政裁量の行使に対する規制を強め、結局は、行政裁量への裁判所の事後的干与を拡大することにある。このことは、西ドイツでも同様に解され、その結果、裁量基準的行政規則について行政の自己拘束は可能であるの

に対し、一義的規範を解釈する行政規則については行政の自己拘束は認められない、とされている。⁽²⁾ そうすると、行政規則の公開義務の法的根拠として行政の自己拘束の法理にもとづく平等取扱の権利義務ということを重視するときは、この公開義務は、裁量基準・裁量拘束的な行政規則についてのみ可能であるのに対し、行政の自己拘束を認めえない一義的な法令の解釈基準を示す行政規則あるいは純然たる行政内部でのみ適用する行政規則については、その公開義務は否定されることになる。このことは、西ドイツにおいても、前記のベルリン高等行政裁判所の判決および行政規則の公開義務を説く学説も、⁽³⁾ ほとんど一致して認めるところであるように思われる。

第二に、裁量基準・裁量拘束的な行政規則の公開を求める権利は、何人でも、これを有する。何人といえども行政の自己拘束の法理にもとづく平等取扱請求権をもちうるからであり、この点を考慮するならば、バーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所の判決のごとく、行政手続の関係人のみにこれを付与するのは適切ではない。同判決には、行政規則の公開の観念からみても疑問のあることは、すでにみたとおりである。しかし、他方、ベルリン高等行政裁判所の判決のごとく同事案におけるような弁護士にまで、行政規則の公開を求める権利を与えるのは問題がある。単に依頼人からうけた相談に答えるという職業活動をしているにすぎない弁護士は、この場合、自身の平等取扱請求権を行使しうる立場にはなく、これを行使しうる状況にあるのは依頼人である。このような弁護士には、自己の資格において行政規則の公開を請求する権利はないといわざるをえない。これにより、その職業活動は滅殺されるおそれがでてくるのは、弁護士自身の公開請求権を是認する学説が指摘する⁽⁴⁾ とおりである。しかし、実際には、その依頼人の名において依頼人がもつ公開請求権を代理して行使することにより、依頼人との関係における自身の

弁護士活動の遂行は妨げられることにはならないのではないかと思われる。

(1) たとえば、田中二郎・司法権の限界一九七頁、町田・司法研修所論集一九六八年Ⅱ三二―三三頁参照。なお、吉良・税法学二四八号一五頁以下参照。

(2) 平岡・法学雑誌二六卷三・四号九三頁以下、拙稿・民商法雑誌七一巻五号八二六頁参照。

(3) 同くは Vgl. Ossenbühl, aaO S. 464; Gusy, DVBl 1979 S. 724; Scheffler, DöV 1980 S. 242. わが国におきつて、行政規則の公開義務・請求権を説く前記の少数の判例学説も、とくに裁量基準・裁量拘束的通達等を念頭において裁量統制とということからその結論を導くように思われる。本稿五頁注(5)・(7)掲記の文献参照。

(4) Scheffler, DöV 1980 S. 242 Fn 51; Lübke-Wolff, DöV 1980 S. 598.

四 最後に、裁量基準・裁量拘束的行政規則の公開に伴って生ずる実務上の技術的問題について、少しばかりみておこう。さきにもみたように、実際に行政規則が公表されている場合でも各種の公開場所の「茂み」の中でめざす行政規則を結局みつけだすことができなかったという事態は解消する必要がある。行政規則の公開は市民のみでなく行政にとっても種々のメリットがあることはさきにもみたとおりであるが、これを活かすためにも、行政規則の管理は国民にも行政職員にもその探索と発見をできるだけ容易にする方向で行なわれなければならない。このためには、アップ・ツー・デートで、しかも、中央集中的な管理体制がしかれるべきであり、現に有効な行政規則すべてを一つに集大成して、詳細な索引も付し、かつ、一年間隔ぐらいでこれをみなおし、常に現に有効な行政規則をすべて盛り込む必要がある⁽¹⁾。また、たとえばルーズ・リーフ式の行政規則の集成の方式も考えてみる必要がある⁽²⁾。

(1) 西ドイツの二、三の州では、すでに、このような行政規則の集成があるという。Vgl. Ossenbühl, aaO S. 462f; Gusy

DVBl 1979 S. 724. 及び Scheffler, DöV 1980 S. 242f. Fn. 60 によれば、この集成は、ヘッセン州では一年ごと、バーデン・ヴュルテンベルク州では二年ごととみなおしが行なわれ、また、行政規則の絶対数は、ヘッセン州ではその簡素化により一四〇〇〇から四〇〇〇に減少したのに、バーデン・ヴュルテンベルク州では現に有効な行政規則の数は八〇〇〇〇にのぼるが、これは簡素化すればその四分の一ぐらいに減少するはずである、という。

(2) Vgl. Scheffler, DöV 1980 S. 242f.

四 おわりに

一 わが国でも、通説の見解は、黙示的であれ、行政規則の非法規性を主な理由としてその公開義務・請求権を否定する。この通説の見解には従うわけにはいかないが、この場合、行政規則の公開義務を説く少数の判例学説がその主要な論拠としてあげる、行政の適正手続ということを強調するあまり、行政手続（事前手続）の場を前提として公開義務を考えるときは、公開請求権者は手続関係人のみに限定されるなど、行政規則の公開義務の範囲もかぎられてこざるをえなくなるというおそれもないではない。

ところで、西ドイツでは、包括的な情報公開法の制定が望まれながらも、いまだこれは制定されるにいたっていないということができ、この点では、わが国におけると同様の状況にある。そこで、さしあたり憲法規定・憲法原理にその法的根拠を求めて、個別の問題について行政の情報提供義務・国民側の請求権を導こうとする動きがあり、ここで問題となっている行政規則の公開義務・請求権を説く有力な判例学説もその現われである。この場合、判例学説は、むしろ実体法的観点の方を重視して平等原則・行政の自己拘束の法理、さらには法治国原理、効果的権利

保護の保障の観点から行政規則の公開義務を導いている。本稿も、また、基本的にはこのような立場にたっている。行政規則の公開義務を否定する通説的見解が行政規則の非法規性すなわち行政規則には全く法的拘束力がないというところを主要な論拠としているとき、平等原則にもとづき間接的であれ行政規則も一定の法的拘束力を有しうることを説くことにより通説的見解の立論の基礎をほりくずすことに成功するからである。また、これにより、行政規則の公開請求権をもつ者も決して手続関係人のみに限定されず、裁量基準・裁量拘束的行政規則のみでなく、同規則にもとづくあるいは同規則によらない従来の行政実務についてもその公開義務を導くことも可能となる。ただし、いわゆる解釈通達等の公表義務を導くことはできないが、解釈通達は公布されている法律・法規命令といわば一体的意味・機能をもつことを考慮すればこれでよいか問題の余地もあろう。^①

二　ところで、わが国でも、最近、包括的な情報公開法・条例の制定を求める声が急速に高まってきている。今後、このような包括的な情報公開の一環として行政規則の公開義務の問題をとらえていくときは、公開すべき行政規則の範囲も、たとえば解釈通達なども含ませ、また、公開請求権者も、たとえば前記の西ドイツの判決でも問題となった弁護士等もこれに含ませることも不可能ではない。^② もっとも、情報公開の局面も多様なものが考えられることから、わが国でも一部の有力な見解にみられるように、事前手続法制の枠内での情報公開の一環として行政規則の公開義務の問題を位置づけるときは、公開請求権者も手続関係人のみに限定せざるをえなくなるというおそれもでてこないではない。これらの点は、今後、情報公開法・条例の制定にあたり検討をしなければならない課題の一つとなるであろう。

(1) もっとも、解釈通達を含む税務通達の大部分は実際に公表されており、これは、一九四九年のシャープ博士の勧告に帰因するという(村上義弘「法規命令・行政規則および通達」室井||塩野編・前掲書六三頁参照)。

(2) ただし、前記のバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所は、基本法五条一項(わが国では、西ドイツにおいて包括的な情報公開の根拠となりうる知る権利を定めた憲法規定として紹介されている。石村善治「西ドイツの知る権利と情報公開制」清水編・情報公開と知る権利一五五頁以下参照)は行政規則の公開義務の根拠とはなりえないと判示するところから、この点に消極的であると解され、また、ベルリン高等行政裁判所も、とりわけ基本法一二条の職業活動の自由から弁護士自身の行政規則の公開請求権を導いている。

〔追記〕 本稿九頁にあげたバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所の判決における事案については、連邦行政裁判所が上告にもとづき審理中であつたが、昨年九月一六日、基本的には原審判決である右の判決を是認する判決がでた。このほど、同判決を登載した文献を入手したのでその要旨を紹介しておくたい。

BVerwG-Urt v.16.9.1980, DVBl 1981 S.190

基本法一二条一項は、職業の選択・職業活動は国家による規制から自由であることを保障するが、本件では、Xはこのような防御権を行使しているのではなく、むしろ、国家による給付すなわち勤務内部の規則のコピーの作成とその送付を求めている。もっとも、連邦憲法裁判所および連邦行政裁判所の判例によれば、基本権的自由の確保のためにそれが不可欠であるときは、特定の国家活動を求める請求権も生じうるものが承認されている。そして、当部は、外国人法が広範囲に不確定法概念を使って裁量余地を認めており、そのためにこれを具体化し裁量を操縦する勤務内部の規則が外国人の滞独の法的機会とその方法を考慮し、また、外国人の権利追行のためにも重要な意味をもつことを、見すごしているわけではない。外国人法の領域で活動している弁護士が外国人法に関する裁量拘束的行政規則に容易に接することができれば、行政手続をおこす前に、官庁に

対し申請をした場合にその容認の可能性等について、自己の助言・代理任務をより適正に行なうことができる。

ただ、裁量拘束的行政規則を知らない弁護士は、外国人法をみただけでは担当官庁の決定を見ることができないという場合には、依頼人にその請求を官庁になしこれによって行政手続を開始するように助言することになる。この場合、少なくとも、この行政手続の範囲内では、弁護士は、その依頼人の名において裁量拘束的行政規則についての教示 (Auskunft) を請求することができる。すなわち、判例が信義誠実の原理からひきだした一般法原則によれば、自己に帰属する権利の存在・範囲について不確定であり、したがって、そのかぎりで義務者による報知をあてにせざるをえない者は、義務者に対し必要とされる教示を求めることができる。したがって、官庁は、行政手続の関係人の照会にもとづき、原則として、秘密保持義務 (Geheimhaltungspflicht) の留保のもとに、権利追行に必須であり他の方法によっては得ることのできない教示を発給しなければならぬ。もとより、V w V f G 二五条等は、その規律対象をより限定してはいるが、これらの法条は、右の一般法原則にもとづく官庁の義務を排除するわけではない。行政手続の範囲内で官庁が照会にもとづき発給する教示には、関係の裁量基準についての教示も含まれる。この理由は、勤務内部の規定は原則として当事者に平等取扱を求める請求権 (基本法三条一項) を生じさせる媒介となる裁量実務 (Ermessenspraxis) を示すかぎり、この裁量基準を知ることが効果的な権利追行のために必要であることにある。このように、具体的事案において重要な行政規則に接する途が外国人したがってその弁護士にもあるのであるから、行政手続の範囲外で弁護士に対し裁量拘束的規則を与えることを拒否した官庁の行為は、弁護士活動の周辺部分のみに影響を与えるにすぎず、(基本権的給付請求権を生ぜせしめるような) 職業の自由に重大な危険を及ぼすことはいえぬ。

また、かりに、法治国原理 (基本法二〇条三項) により裁量拘束的行政規則の公開義務が存すべきであるとしても、せいぜい外国人についてこの義務に対応する権利が生じうるにすぎず、弁護士その他公開に利害のある人々の権利なるものはこの客観的公開義務からは導かれえない。なお、原審が正当に判示するように、裁量拘束的行政規則について一般的情報 (allgemein)

meine Information)を求め、請求権を基礎づける他の法的根拠も、存しない。また、Xの請求を容認するかどうかの決定は官庁の裁量であり、官庁はこの裁量を法的瑕疵のないように行使することについての原審の判旨には、異論がない。この場合、官庁は、Xに対し彼が関心をもつ外国人法に関する布告(Erlass)がH市町村長室にあり同所で新しい布告についても知りうることを指摘していることを考慮すべきである。コピーの送達および文書による教示は、それに結びつけられた著しい作業負担(erhebliche Arbeitsbelastung)のために、本件では拒否されたのである。

本件判決の要旨は右のとおりである。同判決は、裁量拘束的行政規則の公開義務の問題について連邦行政裁判所としてはほとんど初めて正面からその判断を明示したものであり、その意味は大きいということができるように思われる。本稿もこの判決を考慮にいれて修正・補足を加える必要があるが、ただ、右にみたように、同判決はさきに紹介済みの原審判決を基本的に是認するものようであり、この意味では、さきに原審判決に関して指摘したことは本件判決に対してもあてはまるのではないかと考えられる。