

行政の自己拘束の観念と範圍

——西ドイツにおける最近の動向を中心として——

乙 部 哲 郎

目 次

- 一 はじめに
- 二 西ドイツの最近の動向
- 三 若干の検討
- 四 おわりに

一 はじめに

一 行政の自己拘束 (Selbstbindung der Verwaltung) の法律問題は、西ドイツにおいて以前より活発に論じられており、かつ、現代行政法の重要問題の一つでもある。^① 行政の自己拘束の観念・意義についても判例学説において支配的な見解が形成されているとみることができらる。

最近においても、オッセンビュールは、伝統的意味における行政の自己拘束は、裁量領域における平等原則の適用の効果として生じ、「行政が固有の(執行)作用領域においてみずから設定した決定基準 (Entscheidungsmaßstäbe) への行政の拘束性」であると定義づけ、さらにつきのように述べている。この意味における行政の自己拘束は、第一に、拘束性を生み出す方法・時期が行政の固有の判断に委ねられる点において、法律拘束性 (Gesetzesbindung) などいわゆる他者拘束 (Fremdbindung) と異なる。法律拘束性は、個別事案におけるその解放を許さない厳格な拘束性であるのに対し、行政の自己拘束は、この余地が認められる弾力的な拘束性である。第二に、行政みずから設定した比較基準 (Vergleichsmaßstäbe) ・決定基準への拘束性である点において、法律拘束性とはもとより異なり、また、行政がその発した行政行為に拘束される場合とも区別される。後者の場合の拘束性は、基本法三条一項の平等原則に基礎をおくのではなく、むしろ、行政行為の本質的メルクマールの結果であり、また、その拘束力の及ぶ範囲は処分庁と名宛人との間にのみ存する。⁽²⁾

二 ところで、一九八一年一〇月に開かれた国法学者大会は、その第二議題として「行政の自己拘束」(Selbstbindungen der Verwaltung) を掲げ、これについて三名の教授がそれぞれ報告をしている。同年に、しかし、これより先に、明らかに同大会の第二議題を念頭において、マウンツ、ブルマイスター⁽⁴⁾、オッセンビュール⁽⁵⁾、ピーツカー⁽⁶⁾の各教授がこれと同一の論題を冠した論文を発表している。

西ドイツの最近の議論、とりわけ、マウンツ、ブルマイスター、ピーツカーにあっては、従来の通説的見解が説く行政の自己拘束のほかに、法規命令・条例および行政行為・行政上の確約・行政上の契約等による行政の拘束

性または存続効も、*Selbstbindungen der Verwaltung* の名のもとに説かれるという傾向をうかがい知ることができる⁽⁷⁾。換言すれば、行政の自己拘束とは、要するに行政がみずから発した抽象的または具体的行為による拘束をうけることであると、その法的根拠は法律による行政したがって法律拘束性・他者拘束ではないが平等原則であるかどうかは重要ではないというように広くとらえられているように思われる⁽⁸⁾。

そこで、本稿は、行政の自己拘束の観念・意義について西ドイツの最近の動向を紹介し、若干の批判的検討も試みようと意図するものである。

- (1) この問題については、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・完)「法字雑誌」二六巻三・四号三六三頁以下、二七巻一号一頁以下参照。
- (2) F. Ossenbühl, *Selbstbindungen der Verwaltung*, DVBl 1981 S. 858.
- (3) T. Maunz, *Selbstbindungen der Verwaltung*, DöV 1981 S. 497 ff.
- (4) J. Burmeister, *Selbstbindungen der Verwaltung*, DöV 1981 S. 503 ff.
- (5) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 857 ff.
- (6) J. Pietzcker, *Selbstbindungen der Verwaltung*, NJW 1981 S. 2087 ff.
- (7) これまでも断片的には、このような意味で行政の自己拘束といわれることもないではなかった。たとえば、G. Pieper, *Zur öffentlich-rechtlichen Zusage*, VerwArch Bd. 59 (1968) S. 217 ff. は、行政上の確約の重要な観念要素として自己拘束をあげた。また、Meyer/Borgs, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1976 S. 201 (2. Auf. 1982 S. 256) は、通説的見解が「行政の自己拘束を「間接的」自己拘束」というのに対し、行政行為による行政の拘束性を「直接的」自己拘束と呼ぶとする。

(8) もともと、国法学者大会の第二議題が *Selbstbindungen der Verwaltung* というように単数ではなく複数とされていることが、行政の自己拘束は通説の見解の説くそれのみにかぎらずその他種々のものを含ましめることを示すともいわれている。同大会における三人の教授が行政の自己拘束の観念・範囲についてどのように考えるのかは、今秋にその公刊が予定される機関誌をみなければ分からないが、その報告要旨 (Vgl. *DöV* 1981 S. 866ff.) をみるかぎり、通説の見解とは異なるみかたをするものもあるようである。

二 西ドイツの最近の動向

一 マウンツ

行政の自己拘束の観念・範囲の問題については、マウンツがその論文の最後のまとめのところで述べていることが重要であろう。すなわち、行政の自己拘束は、第一に、一つの行政作用の具体的結果との関係で、第二に、同一の行政庁のその後の行為との関係で生じうるほか、第三に、ある行政庁の行為をつうじて他の行政庁が特定の行為をなすように義務づける。いずれの場合でも、行政の自己拘束は主に裁量領域で生じるが、しかし、法律に羈束される領域でも行政の自己拘束は可能である。⁽¹⁾

右の三つのケースをより容易に理解するために、マウンツが行政行為による拘束 (*Bindungen*) と題して述べているところをみることにしよう。ここでは、まず、行政行為の存続効 (*Bestandskraft*) の問題があるとして、行政行為の取消・撤回に関する行政手続法の規定を概観し、彼自身も基本的にはこの規定による解決法に従うようにみえる。つぎに、行政行為の遠隔効 (*Fernwirkung*) の問題があり、これは、行政庁がある事案でした行政行

為による規律に他の同種の事案においても拘束され、その結果、同じ行政行為を発しなればならないかどうかということである。結局、兩事案における事実関係・法規の同等性に依存することになるが、行政行為に出費が伴うときは、行政の財政能力がすべての同種事案の統一的な取扱を不可能とすることもあり、この場合には、行政庁は一個または若干の事案のみを選んで同じ行政行為を発すべき拘束をうける。最後に、行政行為の広範効 (Breitenwirkung) の問題があり、これは、処分庁の行政行為による規律が同種の事実を扱う他の行政庁を拘束し、その結果、後者も処分庁と同一の行政行為を發することを義務づけられるかどうかということである。行政行為の広範効は原則としては否定され、例外的にいわゆる行政慣習が存する場合にのみ可能である。⁽²⁾

マウンツによれば、行政の自己拘束が生じうる第一のケースの例が行政行為の存続効であり、第二の例が行政行為の遠隔効であり、第三の例が行政行為の広範効ということになるであろう。このほかに、彼は、法規命令および行政規則の拘束性の問題を取りあげ、前者は法律におけるいわゆる真正または不真正遡及効の区別の基準に従い、後者は行政規則の内部的性格を理由として、それぞれ原則的にその拘束性を否定し、例外的に授益を得る市民の信頼保護の観点から兩者の拘束性も生じうるといふ。⁽³⁾ また、確約・資金助成・計画確定による拘束および公法・私法上の契約による拘束についても説明しているが、確約・契約については行政手続法三八条・五四条以下の規定を概観し、とくに、確約による拘束は真正の自己拘束である、⁽⁴⁾ としてゐる。ここで留意しておかなければならないのは、法規命令・行政規則・確約・契約のところでもマウンツが説明している内容は、右の第一のケースとしてこれら行政作用の拘束性または存続効が生じうるとしているように思われる点である。これに対し、資金助成および計画確定

による拘束は、彼によれば、右の第二・第三の両者にまたがることになるであろう。

(1) Maunz, DöV 1981 S. 503.

(2) Maunz, DöV 1981 S. 500 f.

(3) Maunz, DöV 1981 S. 499 f.

(4) Maunz, DöV 1981 S. 501 ff. なお、マウンツは、その論文の冒頭のところでは、行政の自己拘束が問題になりうる局面として、三つの場合をあげている。第一に、行政庁の一般的措置すなわち法規命令・行政規則の変更の場合、第二に、行政行為・単なる通告・拘束的計画・確約の存続の場合。この場合、時間的に先行する措置の後行の行政上の行為の内容に及ぼす効果は、処分庁のみでなく、同種の事案を取り扱う他官庁によっても尊重されなければならない。第三に、公法上の契約その他の類似の法制度の変更・終了の場合である。これらのいずれの場合でも、行政の自己拘束は主に行政の裁量領域において認められる、とマウンツは述べている。

二 ブルマイスター

ブルマイスターの自己拘束論は、一九七八年に公刊のその著書⁽¹⁾の中でも説明されており、最近の論文にもかなりの範囲にわたってこの説明がくり返されている。

彼は、この論文の前半部分においては、要するに、最近の一〇年間における立法・執行・裁判の課題はほとんど改革 (Reform) につきること、基本法はこの国家の改革権限に対する行為規制を定めていないこと、ここに、従来の基本権・過剰性の禁止 (Übermassverbot) のほかに憲法上の地位をもつ自己拘束の法理が国家三権の行為規制原理として公法における卓越した地位をもつようになったこと、行政の自己拘束も国家三権の自己拘束の一環と

して統一的に考察すべきことなど、さきの著書中で述べたことを再言したのち、次のようにいう。⁽²⁾

先行行為に対する行政の自己拘束には二つの態様がある。第一に、従来の行政慣行の改革 (Reform) 強調体) 権限を将来に向つて制限することであるとして、とりわけ、この場合の行政の自己拘束の法的根拠は基本法三条一項の平等原則にあるとするほか、行政の自己拘束の要件・効果・限界等について従来の通説的見解の主張と同様のことを略述している。第二に、従前の行政決定の修正 (Korrektur) 強調体) 権限に対する過去および将来関係的限制であり、この場合の行政の自己拘束の法的根拠は信頼保護原則にある。この場合は、正しくないまたは少なくとも今日のでない⁽³⁾と知られた規律を正しい法的見解または事実認識にもとづく新決定に変更することが許されるかどうか⁽⁴⁾が問題になっている点で、第一の場合と区別される。かくて、その論文の後半部分⁽³⁾はもっぱら信頼保護原則の本質・効果態様等の考察にあてられているが、その内容はさきの著書中で述べたこと⁽⁴⁾がかなりの範囲にわたつてくりかえされている。

ブルマイスターが提示する行政の自己拘束の二つの態様の区別の基準は、必ずしも明確ではない。ただ、彼は、行政の自己拘束の觀念・範圍を広くとらえ、その中に従来の通説的見解が説くそれと信頼保護原則にもとづくものがあるとし、むしろ、説明の重点を後者においていることが注目される。この後者の部分は、マウンツがあげる第一の場合、すなわち一個の行政上の行為の具体的結果との関係で行政の自己拘束が認められる場合、に相当するよう⁽⁵⁾に思われる。したがって、ブルマイスターの行政の自己拘束の觀念・範圍についての理解は、通説的見解よりも、むしろ、マウンツのそれに近いように思われる。

(1) その概要については、拙稿「ヨーロッパ・ブルマイスター訴訟法における信頼保護」神戸学院法学一〇巻四号一三二頁以下参照。なお、彼の著書に対する包括的な批判として、Vgl. K. A. Betermann, AöR Bd. 106 (1981) S. 471 ff(書評)

(2) Burnmeister, DöV 1981 S. 503 ff.

(3) Burnmeister, DöV 1981 S. 508 f.

(4) Burnmeister, DöV 1981 S. 509 ff.

三 ピーツッカー

ピーツッカーは、*Selbstbindung der Verwaltung* が通説的見解の主張するところの行政の自己拘束を指すこととは明らかであるとし、かつ、このような行政の自己拘束論を基本的には是認するよう⁽¹⁾に思われる。ただ、彼は、*Selbstbindungen der Verwaltung* のもとにはこれ以外の法現象も含まれうるとして、行政規則も行政の一貫した行為義務および信頼保護の観点からその存続を認めうること、法規命令・条例も信頼保護の観点から例外的に新法規命令・条例の設定権限に拘束を加えることがあり、この場合、行政は、新法規命令・条例中に市民の不利益を防止するための経過規定を設定することを義務づけられること、確立した行政実務の変更の場合にも同様のことが妥当すべきこと、行政行為にあっては市民の信頼をより強いものにする具体的関係が存することから行政の自己拘束はより強力であり、この問題は、行政行為の取消・撤回・再審の制限の問題として論じられること、行政契約にも存続効があること、なお、行政行為・行政契約にあっては、それが違法である場合でも一定の事情の存するときには拘束力があり、この場合、行政の自己拘束が高位法への他者拘束 (*Fremdbindung an höherrangiges Recht*)

をしりぞけることになること、などの点を説いている。

このように、ピーツッカーは、通説の見解が主張する自己拘束論を承認するが、このほかに、一般的または個別的な行政作用のいわゆる存続効の問題（マウンツがあげる第一のケース）をも行政の自己拘束の中に含めて理解している。このかぎりでは、行政の自己拘束の観念・範囲についてのマウンツの見解の方に近いように思われる。

(1) Pietzcker, NJW 1981 S. 2087 ff. このような視点から、彼は、行政の自己拘束が正当であり許容されるべきこと、政規則の外部規範的な拘束性を認めることには法治国および行政規則の機能からみて疑問があることなどの点についても、比較的くわしく述べている。

彼の論文は、时期的には、ボン大学での同僚であるオッセンビュールがマウンツ、ブルマイスターの自己拘束の観念・範囲論を批判する前記の論文を発表した直後にでている。ただ、ピーツッカー論文の内容は、むしろ、マウンツ等のそれに近いものがあるほか、オッセンビュールの右論文じたいは引用されていないことから、本稿では、ピーツッカー論文を先に紹介することにする。

四 オッセンビュール

オッセンビュールは、マウンツおよびブルマイスターはその考察の対象である行政の自己拘束の概念規定を明確にしていないとして、まず、前記のような伝統（通説）の意味における行政の自己拘束の観念・範囲を明らかにする⁽¹⁾。ついで、オッセンビュールは、この意味における行政の自己拘束を抽象的な自己拘束 (abstrakt-generelle Selbstbindung) とし、これに対し、契約・確約による行政の自己拘束を具体的な自己拘束 (konkret-individuelle Selbstbindung) とする。前者は、同一状況にある全人物したがって一般的に確認された人的

範囲に及び、自己拘束の内容・範囲は具体的個別事案ごとに決めるのではなく、むしろ、すでに決定済みの事案から生ずる一般的抽象的な比較・決定基準への拘束性である。これに対し、後者は、平等原則にもとづく自己拘束とは基本的に異なる具体的個別的な拘束であり、その内容・範囲は具体的に「合意」され「確約」され、行政の自己拘束の相手方は個別的に特定されている。また、行政の自己拘束を認めうるためには、行政の拘束意識または拘束意思は前者では要しないのに対し後者ではこれを必要とする。⁽²⁾

ただ、行政の自己拘束を生じさせる「比較基準」、「決定基準」は行政慣行または行政実務にみられるほか、第三者の同種事案においてすでになされた行政法または私法上の契約・計画・高権的事実行為のかたちでも存しうる。たとえば、行政法または私法上の契約は、具体的個別的な自己拘束としての本来の拘束力を行政と特定の相手方との間に生じさせるほか、時間的に後行の同種事案でも同様の契約締結を行政に迫りうる比較・決定基準をも示しているわけであり、後者の場合、抽象的な自己拘束を承認する余地がでてくる。⁽³⁾

オッセンビュールの行政の自己拘束論の重点は彼がいう抽象的な自己拘束の方にあるのに対し、マウンツ、ブルマイスターの行政の自己拘束論はむしろオッセンビュールがいう具体的個別的な自己拘束の方に比重をおくようにみえる。かくて、オッセンビュールによれば、マウンツが行政の自己拘束が問題となる局面としてもっとも重視するようにみえる第一のケースは、法規命令・行政規則を除いて⁽⁴⁾具体的個別的な自己拘束の問題であり、第三のケースは行政の自己拘束の場所的限界の問題として処理されることになり、かつ、この場合の行政の自己拘束は原則として否定されることになる。⁽⁵⁾結局、マウンツがいう第二のケースのみが真正の行政の自己拘束（抽象的な一般的

な自己拘束」にあたりうるというのが、オッセンビュールの結論であろう。

(1) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 857 f. なお、本稿二頁参照。

(2) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 858 f.

(3) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 862 f.

(4) オッセンビュールは、法規命令・行政規則はもとより通例の行政行為の存続効も彼がいう具体的個別的な自己拘束の問題ともならないかのように考えているのが注目される。マウツ論文の冒頭部分において行政の自己拘束が問題となりうる局面としてあげられる三つの場合(本稿六頁注(4)参照)のうち、第一の全部および第二の一部は、オッセンビュールによれば、およそ行政の自己拘束の問題とはならないかのように理解されるのである。

この理由は必ずしも明確ではないが、ただし、行政規則についてはそれが内部的性格のものであること、信頼保護は法概念ではないなど信頼保護原則じたいの妥当性に問題があることから、行政規則じたいによる行政の拘束は問題とならないと解するようである(Ossenbühl, DVBl 1981 S. 860 f.)。

(5) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 865.

三 若干の検討

一 わが国において、行政の「自己拘束」ということばは、日常用語としても、また行政法上の用語としても使われることの少ないことばである。しかし、前記のような西ドイツの通説的見解が説くような行政の自己拘束は、わが国でも十分に妥当しうるどころであって、現に、「行政の自己拘束」ということばは使わなければならないけれども、類似の法理を適用して結論を導く判例学説もないではない。

ここで、行政の自己拘束とは、行政庁が相手方に対しても第三者の同種事案においてなした決定等に拘束されることであり、別言すれば、この決定において行政みずから定立した比較基準への拘束性である、⁽¹⁾ といつてよいであろう。ここで、決定等とは具体的な行政上の行為をいい、必ずしも行政行為のみを意味するわけではない。この意味における行政の自己拘束は、とりわけ、次の二つの場合と区別する必要がある。

(1) 行政行為、行政上の確約、行政契約など個別・具体的行為の拘束性または存続効は、行政の自己拘束ではない。この場合の行政の拘束は、第一に、当該事案かぎりにおいて、かつ、行政行為等を発した行政庁と特定の相手方との間において生じ、第二に、その拘束性の法的根拠としては平等原則はまったく問題にならないように思われるからである。⁽²⁾ 後者の点については、わが国の租税法の領域において、同一の納税義務者に対する後の行政庁の処分はその先行行為の内容に反するものであってはならず、この要請は「形式的租税平等主義の顕現であり、従ってその法的根拠は憲法一四一条一項にある」という見解も提示されている。しかし、平等原則は、ほんらい同種の状況にある複数の者の比較において平等性の存否の決定を求めるはずであつて、平等原則が同一の相手方のその前後の状況の比較を要請すると解するのは無理があろう。⁽³⁾

右のように、行政の自己拘束と行政行為、行政上の確約など個別・具体的行為の拘束性または存続効とは、行政の拘束が認められる場合でも、典型的な状況・局面が異なり、その法的根拠が全く異なる。もっとも、行政の自己拘束が承認さるべき状況・局面において、その法的根拠として信頼保護原則をあげるものも、西ドイツでは少数ながら有力に主張されているが、これは否定されるべきである。さらに、拘束が生じる要件についても、右の両場

合ではかなりの差異がある。このようにみると、従来、行政の自己拘束が特定の法現象を意味するものと一般に承認されていたところに、行政の拘束が生ずる定型的な状況・局面が全く異なり、その法的根拠、拘束要件も異なるものを同じ行政の自己拘束という名のもとに統一的に法的考察を加えることにどれだけの意味があるかは、きわめて疑問がある。この両者を広義の行政の自己拘束の名のもとに統一的に(?)考察するにしても、少なくとも右のような両者の差異は十分に認識しておく必要がある。この意味では、マウンツ、ブルマイスターの見解には疑問があるのに対し、オッセンビュールが一般的抽象的な自己拘束と具体的個別的な自己拘束を区別し、かつ、その考察の重点を前者において説明を加えているのは適切であるように思われる。

なお、付言すれば、マウンツが行政の自己拘束が問題となる局面としてあげる、たとえば、「行政行為の広範効」の問題は、行政の自己拘束の限界の一問題として処理し、原則としてこの場合、自己拘束は否定すべきであろう。⁽⁴⁾

(2) 行政の自己拘束は、行政の法律拘束性のごとき他者拘束とも異なる。この点は、西ドイツにおける最近の学説でも異論はみられないようである。

この点に関し、行政がその制定した法規命令に拘束されることは、行政の自己拘束かそれとも他者拘束かということが問題となりうる。この問題は、二つの場合を分けて検討する必要がある⁽⁵⁾。第一に、法規命令が制定されることが存続するかぎり、行政は国民との関係においても法規命令に違反する決定をしてはならないという拘束をうける。これは、法規命令の執行の義務であるが、行政の自己拘束の問題ではなく、法律拘束性と同様の法的類型に属するものであるということが出来る。第二に、行政がその制定にかかる法規命令を変更・廃止する法規命令を新た

に制定することが許されるかという問題がある。いわば、行政の法規命令の制定権の制限の問題であるが、このような行政の拘束が授權法律じたいから導かれるときは、法律拘束性と同様の法的類型に属するものであると思われる。

これに対し、当初の法規命令はもとより予定されている新法規命令もまた、授權法律が行政に認めた規範設定権の範囲内にとどまるときには、状況は異なる。この場合に新法規命令の制定を阻止するという拘束力が生じうるとすれば、この拘束性は法律拘束性と同様の範ちゅうに属するということとはできないように思われる。このさいの行政の拘束を、マウンツおよびピーツッカーは彼等のいう行政の自己拘束の観念・範囲のなかにとらえ、ただし、それは例外的にのみ生じ、そのさいの法的根拠は信賴保護原則であるとしている。しかし、この場合の行政の拘束は、行政の自己拘束ではなく、むしろ、前項で述べた行政行為・行政上の確約などの拘束性または存続効の問題により近いように思われる。

(1) 拙稿・民商法雑誌七一巻五号八二五頁、平岡・前掲論文(一)三六八頁以下参照。以下の記述に関しても、これらおよび同所に掲記の文献を参照されたい。

なお、行政の自己拘束の用語法に関し、西谷剛「行政計画の実効性について」自治研究五〇巻一号九〇頁、南博方・行政手続と行政処分一四六頁、青木宗也・室井力編・地方公務員法(基本法コンメンタール)三〇〇頁(保木本一郎)、ジュリスト臨時増刊・行政強制制二二四頁参照。

(2) 筆者は、かつて、行政上の確約の概念メルクマールの一つとして行政の「自己拘束」をあげたことがあり、また、菊井教授も同様に考えられるようである(拙稿「行政法における教示・確約と信賴保護の原則(二・完)」神戸学院法学四巻一号

五二頁、菊井康郎「西ドイツにおける行政法上の確約」田中二郎先生古稀記念・公法の理論下1一七五八頁。しかし、ここにいう厳密な意味での行政の自己拘束と行政上の確約の拘束力または存続効とは、区別しておく必要がある、右の私見の部分は改めることにしたい。

(3) 拙稿「租税法における禁反言の法理」民商法雑誌七五卷二号三〇三頁および同所に掲記の文献参照。この点、マウンツ、ピーツッカーも、行政行為・確約・契約等による「行政の自己拘束」は、平等原則ではなく信頼保護原則に基礎づける。ブルマイスターもおそらく同様に解するのではないかと思われる。

(4) 仙台高判昭和五〇年一月二二日行集二六卷一号三頁は、若干、参考になりうる。被控訴人が、他のいずれの市町村も本件のごとき課税処分をしていないことを理由として、控訴人市長による本件課税処分は「課税平等の原則に反する」という予備的主張をしたのに対し、判決は、課税平等の原則といえども課税主体を異にする他の市町村におけると同様の違法状態を放置せしめるものではないとして、この主張をしりぞけている。

この判示部分には、行政の自己拘束の限界の他の問題である、いわゆる“Keine Gleichheit im Unrecht”の問題についても示唆を与えるものがある。

(5) Vgl. Maunz, DöV 1981 S. 499; Pietzcker, NJW 1981 S. 2091 f.

二 行政の自己拘束の意義は、国民の権利保護の観点から行政裁量に対する法的統制を拡大することに主眼がある。また、行政の自己拘束は、通達にその基礎をおくことが多い行政実務における行政の拘束を認めることによつて、いわゆる「通達による行政」に対しても一種の重要な法的統制を加えるという機能をもはたすことができる。⁽¹⁾これに関連して、二点ほど確認しておく必要があるらう。

(1) わが国でも、行政裁量の法的統制のための法理として、以前より裁量の踰越・濫用の法理（行政事件訴訟法

三〇条参照)があり、その基準の一つとして平等原則違反があることも承認されているところである。ここでは、この裁量の踰越・濫用という用語法からも、また、内容的にも、裁量行使の原則的適法¹¹ 例外的違法ということがいわれている。同様に、裁量行使を濫用ならしめる平等原則違反も、たとえば、「何等いわれなく」、「ことさら」特定の個人を差別的に取り扱うこと、別言すれば恣意禁止違反を意味すると解され、用語的にも、内容的にも、平等原則にもとづく裁量行使の例外的違法を語るものであったとみることができるよう思う。

ところが、その後の行政裁量の増大および国民の権利保護のためのその有効な法的統制のために、裁量の踰越・濫用の法理が内容的には著しく進展した。たとえば、裁量の手続的統制の手法などの導入により、行政に裁量があるということとは、もはや、複数の選択可能な決定の中の一つを選ぶ自由ということを意味せず、個別の事案の特殊性に依じて考慮すべきあらゆる事情を衡量して適正な決定をなすべきであり、事案によっては唯一の決定をなすべき義務さえ導かれうることを意味するようになってきている。⁽²⁾ここでは、裁量の踰越・濫用という用語法が適切であるかも問題としなければならぬ余地もある。

裁量統制の法理が著しく進展するなかで、その一基準である平等原則の問題については、いぜんとしてその内容を恣意禁止というようにとらえて実際には平等原則違反がなかなか認定されないというのが、現在における判例の態度ではないかと思われる。基本的な発想の問題として、例外的な恣意禁止違反という消極的意味ではなく、原則的な平等取扱の権利があるというようにみていく必要がある。行政の自己拘束の法理はこの目的のために貢献するものであるが、⁽³⁾そのためには、平等原則の内容を恣意禁止としてのみとらえることは問題の余地がある。なお、個

別事案における細部にわたる特殊性を強調することは、結局、平等性の認定および平等原則の適用の否定につながるおそれがあることをも、留意しておく必要がある。

(2) 従来、行政裁量とその法的統制の問題は、もっぱら行政行為を念頭において論じられ、通達など行政規則との関係ではあまりふれられることがなかった。この点、裁量統制の手法である平等原則との関係でも、平等原則にもとづく行政規則の直接または間接の拘束性が説かれることは少なく、これに言及される場合でも信頼保護原則または信義則にもとづく行政規則の拘束性との関係・区別は必ずしも明確に指摘されてこなかったように思われる。しかし、行政規則の制定・運用に際しても行政裁量は存在し、したがって、その法的統制⁽⁴⁾および平等原則にもとづく法的統制についても論じる必要がある⁽⁵⁾。

マウンツ、ピーツッカーは、前記のごとく、行政規則による行政の自己拘束なるものを承認し、この場合の法的根拠として信頼保護原則をあげている。行政規則に定める授益の付与を期待した者または期待して処分をした者との関係で行政は拘束され、行政規則に定める内容に應ずる決定をしなければならぬ、というのであろう。しかし、外部に告知されたにせよ、抽象的一般的な行為形式にすぎない行政規則について信頼保護原則が適用されるか⁽⁶⁾が一つの問題である。たとえ、右の論者が主張するような行政規則による行政の拘束が認めうるにしても、この行政の拘束はマウンツがいう行政行為の存続効に近く、本稿にいう行政の自己拘束にはあたらぬといふことができる。

これに対し、行政規則はいわば「先取りされた」裁量行使・行政実務を含み、そこに後の具体的事案において行政がよるべき「決定基準」または「比較基準」が示されていると解し、平等原則にもとづく行政規則中のこの基準

への行政の拘束を主張する見解も、西ドイツでは少数ではあるが有力に説かれている。これは、前記の行政の自己拘束の觀念にあたるようにもみうる余地があるが、しかし、重要な差異があることをのみのがしてはならない。すなわち、行政の自己拘束は、平等原則にもとづいて、具体的個別事案の相互の比較をつうじて認められることである。行政規則が将来の行政実務・裁量行使を体系化し、将来の具体的個別事案における決定のための基準を含みうることは、たしかであろう。しかし、これは、あくまで将来の行政実務・決定を予測せしめるものであって、将来の具体的個別事案において行政規則に定めるとおりの決定が絶対になされるという保証はない。もし、行政規則と異なる内容の決定等がされたときは、比較基準はこの決定等の中に示されているとみるべきであろう。

行政の自己拘束は、具体的個別的事案との真剣な対応をつうじて示された具体的基準への拘束性を意味すると理解すべきであるように思われる。したがって、行政規則は、それにもとづく行政実務を介在させてのみ行政の自己拘束を生ぜせしめると解すべきであろう。^(?)

(1) 本稿 頁注(1)掲記の文献参照。なお、以下の記述に関してもこれらを参照されたい。

(2) たとえば、田村悦一「裁量権の逸脱と濫用」成田編・行政法の争点九〇頁以下参照。

(3) 西ドイツにおいても、すでに、一九三一年のW・イエリネクの行政法の教科書中に自由裁量は恣意を意味するわけではないとして長期に継続する同等の実務をつうじて行政の裁量が縮減することが指摘されていた。しかし、Maunz, DöV 1981 S. 498f.によれば、これは、行政のその先行の活動をつうじた行政の自己拘束ということの意味するわけではなく、行政の自己拘束は一九〇〇年代後半における裁量限界論の進展(本文参照)に伴って可能となってきた。

(4) このことを指摘するものとして、とりわけ、杉村敏正・法の支配と行政法二四五頁以下、室井力・現代行政法の原理八

○頁以下参照。

(5) G. Lübke-Wolf, Der Anspruch auf Information über den Inhalt ermessensbindender Verwaltungsvorschriften, DöV 1980 S. 597 Ann 23 は、マウンツの理解とは少し異なり行政裁量の自己拘束の思想は行政法ドグマティックにおいて古くからみられるとし、ただ、行政規則との関係では説かれず、したがって、行政規則の間接的な外部効の問題は視角の中にとらえられていなかったとして、その例として、前記のW・イエリネクの教科書をあげている。

(6) 拙稿「行政法における信頼保護」公法研究三九号一七二頁以下参照。

(7) 拙稿・民商法雑誌七一巻五号八四四頁では、若干の疑問を留保しながらも平等原則にもとづき行政実務の介在しない行政規則としての拘束性も認めうるとしているが、これは、行政の自己拘束の概念規定(同誌八二五頁)とも矛盾する。この点、拙稿「行政の私法上の行為の効力と信頼保護」神戸学院法学七巻三・四号二三四頁注(3)において消極に解するものと改めているが、ここでも、これを再言しておきたい。

四 お わ り に

一 以上、西ドイツにおける最近の行政の自己拘束論で顕著になってきたようにみえる行政の自己拘束の概念・範囲を広義にとらえる見解を紹介し、若干の検討を加えてきた。

要するに、西ドイツにおける従来の通説的見解が説く行政の自己拘束の概念・範囲が適正であり、行政の自己拘束とは、行政庁が相手方に対しても第三者の同種事案においてなした決定等に拘束されることをいい、別言すれば、この決定等において行政みずから定立した比較基準への拘束性である、といつてよいであろう。行政の自己拘束の概念は、とりわけ、行政行為・行政上の確約等の拘束性または存続効の問題と区別する必要があり、また、法律拘

束性・他者拘束とも区別しなければならぬ。⁽¹⁾

二 西ドイツにおける行政の自己拘束論、とくに行政の自己拘束の概念・範囲の問題については、なお、今後の展開を注視する必要がある。さしあたり、今秋にその公刊が予定される国法学者大会の機関誌における三名の教授の各報告およびこれについての討論の様相が注目されよう。

(1) 行政の自己拘束の観念・範囲をめぐる論議については対立もみられるが、通説的見解の説く行政の自己拘束にかぎっていえば、マウンツ、ブルマイスター、ピーツッカーの主張と通説的見解との間にとくに格段の相違がみられるというわけではない(この問題について、三名の教授はあまりくわしくはふれないという限定つきではあるが)。たとえば、行政の自己拘束の意義が行政裁量の統制を主眼とすること、法的根拠が平等原則にあること、拘束要件に関しても行政の自己拘束の意思または意識は不要であること、限界に関して、違法な行政実務については行政の自己拘束は認めえないことなどの点では、ほとんど両者間に差異は存しないように思われる。