

西ドイツ「行政の自己拘束」論の動向

——一九八一年国法学者大会の報告を中心として——

乙 部 哲 郎

目次

- 一 はじめに
- 二 大会報告
- 三 若干の検討(1)
- 四 若干の検討(2)
- 五 おわりに

一 はじめに

一 「行政の自己拘束」(Selbstbindung der Verwaltung. たまた、administrative Selbstbindungといわれることもある)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

西ドイツ「行政の自己拘束」論の動向 乙部

(五二九)九五

一つでもある。⁽¹⁾ 行政の自己拘束の觀念・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きた。一九八一年、オッセンビュールもつぎのように述べている。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*）への拘束性」である。この意味の行政の自己拘束は、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、行政が当該事案において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⁾

ところで、一九八一年一〇月に開かれたドイツ国法学者大会は、その第二議題として、「行政の自己拘束」（*Selbstbindungen der Verwaltung*）を選んだ。「自己拘束」が従来のごとく単数表示ではなく、複数表示になっている点⁽³⁾が注目されるところである。大会の直前に、四名の教授がこの議題と同一の論題を冠した論文を発表しているが、四論文の要旨の紹介と若干の論評は前に試みたことがあった。⁽⁴⁾ このうち、マウンツ、ブルマイスター、ピッツカーの三名は、伝統的意味における行政の自己拘束のほかに、法規命令・条例（*Satzung*）や行政行為・行

政上の確約・行政契約等の拘束力や存続効として扱われるべきものも Selbstbindungen の名のもとに含めるようにみえる。これに対して、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を「抽象的一般的」(abstrakt-generell) 自己拘束といい、行政上の確約・行政契約により行政が法的拘束をうける場合を「具体的個別的」(konkret-individuell) 自己拘束と呼んで、自らの行政の自己拘束論の重点を前者においている。

二 その後、右の大会における三名の教授、すなわち、ショイイング⁽⁵⁾、ホフマンリーム⁽⁶⁾、ラシャアウアー⁽⁷⁾による報告は、右のような傾向をさらに押し進めて、行政の自己拘束の觀念をより広く捉えて、多段階的行政手続(mehrstufiges Verwaltungsverfahren)における部分許可(Teilgenehmigung)・予備決定(Vorbescheid)の法的拘束力⁽⁸⁾のほか、インフォーマルな行為の拘束力⁽⁹⁾や行政組織内部の拘束力までも Selbstbindungen の中に含めようとするように思われる。

本稿は、第一に、行政の自己拘束の觀念・範圍を中心として、この三名の報告のごく要旨を紹介し、同大会の討議等⁽¹⁰⁾をも参考にして、若干の論評を試みよう⁽¹¹⁾と意図するものである。なお、後にふれるように、Selbstbindungen は、言葉そのものの意味からその法的内容・範圍を探ろうとする法発見的な概念としての機能をもたされ、また、行政法ドグマティークの中に新たな法現象を受け入れるための概念として使われたようにも解される。したがって、ホフマンリームを初めとして大会の報告・討論では、多段階的行政手続における部分許可・予備決定の法的拘束力やインフォーマルな行為の拘束力等そのものにもかなり立ち入った分析・検討を加えているが、この問題についての紹介・論評は原則として行わないことにする⁽¹²⁾。第二に、近時わが国でも、行政の自己拘束の語を使う学

説が現れつつあるが、この場合の自己拘束の用法の分析・検討をも意図している。

- (1) 西ドイツの議論については、乙部「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、同「行政規則の公開を求める権利」神戸学院法学一一巻四号一頁以下、同「行政の自己拘束の観念と範囲」神戸学院法学一三巻三号一頁以下、平岡久「行政規則の法的拘束性」(一)・(二・完)「法学雑誌」二六巻三〇四号三六三頁以下、二七巻一号一頁以下、大橋洋一「行政規則の法理と実態五四頁以下、一二四頁以下、一四四頁以下参照。
- (2) F. Osenbühl, Selbstbindungen der Verwaltung, DVBl 1981 S. 858. なお、平岡「前掲」法学雑誌二六巻三〇四号三六八〜三六九頁参照。
- (3) T. Maunz, Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 1981 S. 497ff.; J. Burmeister, Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 1981 S. 503ff.; Osenbühl, DVBl 1981 S. 857ff.; J. Pietzcker, Selbstbindungen der Verwaltung, NJW 1981 S. 2087ff.
- (4) 乙部「前掲」神戸学院法学一三巻三号一頁以下。本稿は、その続編といふべきものであるが、できるだけ重複的な紹介・論評は避けつつ、適宜、この四論文の内容にも触れることにする。
- (5) D. H. Scheuing, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982) S. 153ff.
- (6) W. Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 S. 187ff.
- (7) B. Raschauer, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 S. 240ff.
- (8) なお、オッセンビュール、ピーツッカーは、前記の論文において、行政の自己拘束の一環として、この問題もある程度とりあげている。西ドイツにおける多段階的行政手続や部分許可・予備決定については、山下龍一「西ドイツ原発設置許可の多段階的構造」(一)・(二・完)「法学論叢」二五巻一号五八頁以下、二号九九頁以下、高橋滋・現代型訴訟と行政裁量一二三頁以下および同所に掲記の文献参照。

(9) 西ドイツにおけるインフォーマルな行為の問題については、高橋正徳「西ドイツにおける『インフォーマルな行政作用』の法的統制」岡法三八巻一号一四七頁以下、大橋洋一「行政指導の比較法研究」法政研究五六巻三〇四号二五七頁以下参照。

(10) Vgl. VVDStRL 40 S. 273ff. 以下においては、発言者名と頁数のみを示すことにする。

(11) ホフマン・リーム報告についての簡潔な紹介・論評として、山下淳・国家学会雑誌九六巻七〇八号一九〇頁以下があるが、山下淳教授も同報告をわが国の行政指導論の考察との関係で示唆に富むものと評価している。

二 大会報告

一 ショーイングの報告

一 「問題提起」 行政の自己拘束とは、行政の自己予決 (Selbstpräjudizierungen) または自己賦課的先行拘束 (selbstaufgelegte Vorausbindungen) をいい、これには、一般的性質のものと個別的性質のものがある。右の行政の自己拘束は、行政実務 (Verwaltungspraxis) をつうじた自己拘束、原子力法上の部分許可と結びついた仮の全体的判断 (vorläufiges Gesamturteil) のごとく現在関係的行為の中にみられるときもあり、行政規則・行政上の確約として独立の将来的確定を意味することもある。法的意味において純粹な行政の自己拘束なるものは存しえず、常に法秩序により裁可されてはじめて行政の自己拘束が存する。行政の自己拘束の特色は、法秩序による他者拘束とくらべて、この拘束の生成と内容的形成のさいに行政による若干の協力の自由があるという点にある。

る。

かつて、W・イエリネクは、恣意禁止から行政の自己拘束を導いたが、今日、行政の自己拘束の問題は、当時とくらべて比較にならないほど緊要かつ多様なものとなっている。⁽¹⁾このことは、行政の自己拘束が、抽象的一般的法律の形成や個別決定の段階で現れ、後者の場合、単純な行政関係だけでなく複合的行政関係 (komplexes Verwaltungsverhältnis) における決定間でも生ずることをみれば、理解できる。以下のように、行政の自己拘束の機能には三つある (S. 151f.)。

二 「個別の自己拘束の機能」 1 「プログラム化方式 (programmierungsmodus) としての自己拘束」。法

律が定める行政の行為プログラムを補完および一時的には代替する機能のことであるが、これはさらに三つに分けられる。①「行政のプログラム嚮導的行為義務」。この義務は、平等原則、法治国原理、権利保護の保障という憲法上の原則から導かれる。行為余地の範囲内における最初の個別決定は、右の原則に従わねばならず、かつ、その後の関係事案のための行為プログラム・審査基準として資することになる (S. 157)。②「フォーマル化された自己プログラムとしての行政規則」。外部効果をもつ行政規則は、法律の代替としてではなく、法律の補完 (Gesetzesergänzung) としてのみは認められる。行政規則による法律の補完は、第一に、法律が権限・手続などの個々の点について行政規則による完全化または緩和を意識するときのみられる。この場合の行政規則は、法規命令・条例よりも下位に位置するが、公表の要請・通用力などにおいて完全な外部法規であり、行政補完法をなす。第二に、法律が行政に個別具体的な行為余地を与えている場合に、行政規則によりこのための行為基準を設定する場合にみられる。

この行政規則の外部効は、個別執行の任務と結びついた右の行政のプログラム嚮導的行為義務により是認される。この場合の行政規則は、行政補完法に近いところの補完原則 (Ergänzungsgrundsatz) をなす。補完原則は、原則として公表されなければならない。補完原則としての行政規則の外部効を承認しても、基本法八〇条一項には違反しない (S. 158ff.)。③「他者プログラムへの自己拘束」。これまであまり考慮されてこなかった自己拘束の側面であり、行政が限られた情報能力・規律能力しかもたない場合に關係する。安全基準など技術的問題について、DIN規範やVDI規範などの他者プログラム⁽²⁾を行政規則により受け入れることによって行政のプログラム嚮導的行為義務を履行することが多いが、この場合に、外部効をもつ自己拘束が許されるかどうかである。ショイニングは、この問題を原則的に肯定するよう思われる (S. 161ff.)。

2 「協同メカニズム (Kooperationsmechanismus) としての自己拘束」。単なる二極的行政關係におけるプログラム執行段階にみられる自己拘束の機能であるとして、これを次の三つに分けて説明する。①「個別執行のさいの行政の一貫した行為義務」。この自己拘束機能の根拠は行政の合理性の要請にあり、行政が自己の表示等をつうじて市民の行為に影響を与えたときは、これにより市民に対する自己の将来の行為を予決したことになる。②「フォーマル化された一貫性保障としての先行決定」。この先行決定とは行政上の確約および公法契約のことであり、VwVfGはこの先行決定の必要性を考慮にいれており、同法に定める行政上の確約・公法契約の効力を説明している。③「特別形式」。ここでは、建築法上の予備決定・部分許可などを対象にその法的拘束力などについて説明している (S. 164ff.)。

3 「問題階層化手段 (Instrument zur Problemabschichtung) としての自己拘束」。建設活動の嚮導・街

路計画・発電所の許可など計画行政、形成行政領域の複合的行政決定においてみられる自己拘束の機能である。このような多角的 (polygonal) 行政関係では、単純な行政関係と違って、人や機関も多く利害も複雑に対立しているとして、これを次の三つに分けて説明している。①「複合的形成決定における行政の適切な衡量義務」。この義務は、これを要求する法律の規定がなくても、行政決定の手続・結果の合理性の要請に基づき認められる。②「フォーマル化された問題階層化としての手続段階」。右の要請を履行するために、多段階的行政手続が採用される。初めの方の拘束的決定によりその後の手続段階が予決されることになり、自己拘束がみられる。建設法や原子力法などにおける段階的行政手続の現状を改めて、既成事実の阻止・効率の権利保護などのために、より手続の第一段階に問題点を集中させて、以後の段階における負担の軽減を図るべきである。③「予備協議 (Vorabsprache) によるインフォーマルな問題階層化」。予備協議は、後の公衆参加を茶番化させるおそれがあり、かつ、最終決定の段階で要請される包括的な衡量を単なる批准にとどめさせるおそれがあり、この場合の自己拘束は否認すべきである (S. 172ff.)。

三 「結語」 一般的に次の三つのことが確認されるという。第一に、新たな拘束が貫徹していき、直接に行政規則、行政上の確約および仮の全体的判断の法的拘束性がいわれるようになれば、「自己」拘束の観念は不要になる。第二に、この新たな拘束現象は一定の展開過程を経る。まず、恣意禁止や信頼保護のごとき初步的要請があり、前記の行政のプログラム嚮導的行為義務、個別執行のさいの一貫した行為義務、衡量要請は、いずれもこの段階に

おけるものである。つぎに、「行政上の確約は行政行為か」「行政行為は法規範か」という問題提起を通じた周知の拘束現象の概念的整理、最後に、新たな拘束現象をそれとして受け入れることである。第三に、右の最後の段階においては、自己拘束と柔軟性 (Flexibilität) とは対立関係ではなく補完関係としてみる必要がある (S. 181 f.)。

(1) 行政の自己拘束論の展開過程については、大橋・前掲書五四頁以下参照。

(2) 同規範等の意味については、高木光「通達における法と専門技術性の交錯 (二)」自治研究六一巻四号六八～六九頁、高橋滋「原子力発電所に対する行政の安全規制とその法的特徴」徳島大総合科学部創立記念論集八三～八四頁参照。

二 ホフマン・リームの報告

一 「問題の限定」 行政の自己拘束とは、広く理解すれば、行政自身が選びまたは強要された拘束力を伴う行政上の行為の自己プログラム化 (Selbstprogrammierungen des Verwaltungshandelns) をいう。この自己プログラム化は、行政規則のごとき一般的行為や行政慣行のごとき一般化された個別決定だけでなく、具体的な問題解決過程の中でもみられうる。ショイニングが自己拘束について詳しい報告をしているので、以下、もっぱら分解的 (zergliedert) 決定手続における具体的 (先行的) 自己拘束にテーマをしぼることとし、この場合でも主眼を多極的利益関係 (mehrpoleige Interessenbeziehung) におき、法的自己拘束のみでなく事実上の自己拘束 (faktische Selbstbindung) をも扱うことにする (S. 190)。

二 「自己拘束の現象形式(例示)」 自己拘束は、水平的並立的な分解的決定(例、計画過程・公道の建設)でも、垂直的階層的な分解決定(例、行政上の確約や予備決定・部分許可と後の全体的最終決定)でもみられるが、ここでは、ショイニングが詳細に扱っている以外の自己拘束として、インフォーマルな分解的決定手続における問題をとりあげてその実態を明らかにしようとし(S.191ff.)、ついで、三 「自己拘束の法的類型」、四 「自己拘束の決定要因」、五 「協同的自己拘束の現実務に対する疑問」と題して、順次、論及しているが、⁽¹⁾その紹介はすべて省略することにする。

六 「自己拘束との法的関係の志向点」 ここでは、行政法ドクマティークは、多極的行政関係に適切な協同的行為を規範的に正面から取り入れるべきことを説いた(S. 216ff.)のち、以下のように述べる。

1 「(先行) 決定段階における保障」 ①「法的な(先行) 自己拘束」。第一に、法的拘束力の要件として、決定に法的規律性があること、第二に、適法要件として、衡量要請などの実体法的要件のほか、管轄・他官庁の協力などの手続法的要件をそなえること、第三に、先行決定においてすでに法的に重要なプログラム化が行われる場合には、後続決定ではなくて、先行決定の段階で第三者に手続参加権や訴権を与えるべきことなどを述べている(S. 220ff.)。②「事実上の(先行) 自己拘束」。第一に、事実上の拘束力は、法的拘束力の限定的な機能的代償をうみだすから、行政法ドクマティークはこれに関心をもたなければならぬ。第二に、適法要件として、侵益をうける第三者に、正式の先行決定の場合は、聴取(VwVfG二八条など)・文書閲覧(同二九条)・呼出し(同二三条二項)の規定の適用または類推適用と取消訴訟の提起を認めるべきであり、先行決定がインフォーマルな場合は、

少なくとも手続参加規定の類推適用と予防的不行為訴訟・確認訴訟・手続参加の拒否に対する訴訟の提起を許すべきことなどを説いている。第三に、事実上の拘束力は、存続効・除斥効・取消撤回制限などのごとき法的拘束力もたず、他方、信頼保護のごとき代償手段により間接的に法的拘束力を導入することも問題があることなどを述べる(S. 222ff.)。③「法的拘束力のある場合でも相互の柔軟性を可能にすること」。一般に、行政側・相手方側の双方について処分保護(Dispositionsschutz)・柔軟性を認めるべきであり、この観点からは、インミッション防止法や原子力法など多数の規定は、処分保護の方を強調して行政を強く拘束し、多極的法律関係の特色を十分には考慮していない(S. 227f.)。

2 「後続決定の段階における側面的保障」。①「透視」。先行拘束は後続決定の過程中で明らかにされる必要がある。すなわち、予備協議から排除された手続協力者に先行拘束が知らなければならない。この点、VwVf G二九条など現行の規定には不備がある(S. 229f.)。②「権利聴取および利益聴取」。後続決定手続では、包括的な権利聴取・利益聴取が行われなければならない。他方、行政手続における参加の範囲を訴えの利益についてのいわゆる保護規範説(Schutznormtheorie)により制限してはならない。そのほか、先行手続非参加者の後続手続への実効性ある参加、決定の準備に当たる官庁と決定をする官庁との分離、決定の理由付記の拡大、違法な先行拘束の除去のための結果除去請求権の強化、違法な決定の裁判上の是正措置などにも触れている(S. 230ff.)。

七 「結語」 相互的自己拘束をもつ協同的プログラム化の検討にあたっては、多極的利益構造を犠牲にすることなく行政の現実の行為余地を高めること、当事者双方が自己拘束について了解しているだけでは不十分であり、

第三者・一般公衆も多極的利益の整序過程に組み込むことが必要である(S. 234f.)。

(1) これらの概要については、山下淳「前掲」一九〇頁以下参照。

三 ラシャアウアーの報告⁽¹⁾

一 問題提起 ここでは、行政が自己を拘束するという可能性により民主主義原理や権力分立原則が疑わしくなり、自己の行為基準を設定するという可能性により法治国性や市民の権利保護が疑わしくなること、他方、日々、外部に向かって仕事をしている官吏は行政の自己拘束に服し、その数・程度は決して過少評価してはならないことなどを述べている(S. 240f.)。

二 行政の自己拘束の三つの種類

1 行政組織の内部的な自己拘束。この自己拘束の特色は、個別事案における任務の遂行とは関係なく、行政がすでに構造的にこれをもつことにある。第一に、行政の組織そのもの、多数の行政官署への細分化、行政官署内部の細分化、管轄の詳細な分割化のなかにみられる。第二に、各組織の有する基本要素すなわち金・人・時間の過不足から、特殊の自己拘束が生じる。たとえば、金銭等が不足であれば、すべての課題の整然とした履行は妨げられることになる。第三に、自己拘束は、組織の特別の機能からも生じる。職務命令は、個々の官吏に対して、当該法律に関する実質上必要な解明を与え、上司・市民や自分自身からも人間的なわずらわしさを和らげてくれる。この場合の自己拘束は、負担軽減的效果をもつために歓迎されている(S. 241ff.)。

2 行政と公衆との接触から生じる自己拘束。一般的な接触形式としては通達や告示などの方法があるが、この場合にも信頼保護の適用は可能である。信頼保護は法的には外部に向けた顔であり、内部に向けた顔が自己拘束とすることになる。情報交換、教示・確約の発付などによる個人的接触にあつては、行政市民間の関係はより緊密に形成され、この場合、行政の忠誠義務 (Loyalitätspflicht)、信義則が自己拘束を要求することになる (S. 244 f.)。

3 行政の法設定またはその他の行為形式による自己拘束。行政が、法規命令・条約・条例・行政行為・公法契約・私法契約などの法規範を設定すれば、これらは行政にとって法秩序の拘束的構成部分となる。ここでは、自己拘束は、外部的拘束力の内部に向けた顔を意味するにすぎない。法設定行為以外の行政上の行為も自己拘束を生じさせる。たとえば、屋内プールの建設によりゲマインデはその規則に従い住民の入場を原則的に認めるといふ拘束を受け、押収により行政はその物の適切な保管・管理をすべき拘束を受ける。ただし、右の自己拘束はあまり重要ではなく、したがって以下の考察の対象外とする (S. 245f.)。

三 自己拘束の意味・強度・内容 拘束力 (Bindungen) は、規範的拘束力 (Verbindlichkeit) に対してマイナスを意味するといわれることが多い。後者は、法規範がもつところの資格であるが、尊重 (Beachtlichkeit) の要請も含む。ただし、尊重概念は、法規範的行為のみに認められるものではない。法的尊重は、広義では、法的重要性 (Rechtserheblichkeit) をも意味する。行政の自己拘束の核心には、行政上の行為の方向づけや決定の内容のための法的重要性がある。自己拘束概念は、二つの側面すなわちダイナミックな自縛 (Sich-Binden) と静的

な束縛状態 (Gebunden-Sein) を含む。前者は、行政が拘束力を仲介する規範との関係で重要な態様で行為するところにもられ、自己拘束に向けた意図は不要である。後者は、当該行為の法的尊重という中にみられる。

自己拘束の強度には、単なる尊重から規範の拘束力に近い法的拘束力まで多様なものがあるが、その判断は、個別事案の全事情の評価などにもとづいて行う。自己拘束の法的拘束力と規範の拘束力との差異は、たとえば、告示や教示・確約の撤回、行政規則の廃止、実務の中断などにより、自己拘束の可能性をぬぐいさることができているにある。

自己拘束の法的内容は、拘束力を生じさせる行為、法的重要性、拘束力を仲介する規範および行政の処分 (Disposition) 可能性についての総合的解釈により決められる (S. 246ff.)。

四 自己拘束と行政手続の重要性 ここでは、自己拘束は、直接には行政の法的範囲を具体化することを意味し、したがって、市民にとっては潜在的な法的意味をもつにすぎないが、規範的拘束力を発揮する場合もあり、この場合には市民に権利保護手段が与えられるべきであるが現実には十分ではないこと、この場合、諸事情の衡量・相手方への説明・理由付記など行政手続が重要であること、また、行政規則・指令・確立した行政実務などの内容が関係人に告知されるべきこと、そのためには確立した行政実務の文書化が必要であること、行政規則は法規命令に比しうる拘束的規範ではないことなどを述べている (S. 251ff.)。

五 行政政策の手段としての自己拘束 政治的首脳部による非公式な表示から正規の通知に至るまでいろいろなものが発せられ、自己拘束の目的も、単なる宣言の効果から協同などを経て法律の命令・政治的願望の実現に至

るまで、行政政策のそれと同じく多様である。この場合に、政治的なものを「本来的行政」から切り離すのであれば、これは支持しがたい。拘束力が大臣または官吏のいずれの段階で発生するかは重要ではなく、前者の場合でも結局はその後の行為において拘束を受けることになる。なお、行政の透視が行政政策的自己拘束の前提となりうる(S. 263ff.)。

六 テクノクラティックな自己拘束 審議会・委員会の助言や勧告は、決定権限ある機関に審議会等での審議に影響力を与えるのが適切であると思わせるといふ意味の真正の拘束力をもつ。このために、決定権限のある機関は、審議会等の会長職を確保するのが例である。この選ばれた利益代表者との協議により生じる自己拘束は、法律適合性やとりわけ行政の中立性を危うくし、国家の信用を揺るがす(S. 266ff.)。

七 結語 行政の自己拘束は、適切な意味とやり方で広く憲法秩序の民主主義的・権力分立的・法治国的構想の中に取り込まれているが、他方、自己拘束が固有の正当性の根拠に基づく場合には、広範囲の第二次的な独自の実体的立法となり、関係人総意の圧力のもとに図式的な処理を強いられるというおそれもある(S. 270)。

(1) 彼の報告には、他の二人と違って、いっさい章・節名の表示がないので、以下、筆者の判断により適宜、この表題を付していくことにする。

三 若干の検討(1)

一 行政の自己拘束の観念

一 従来は行政の「自己拘束」を *Selbstbindung* と単数で表してきたのであるが、右の大会が *Selbstbindung* と複数にしたことが、行政の「自己拘束」の観念・種別について様々の憶測を招き、議論を引き起こす最大の原因になった。このような憶測・議論は、すでに大会前に現れている。

1 マウンツは、複数表示の自己拘束の観念およびその評価については明示していないが、行政の「内部関係」における自己拘束やある行政庁の決定に他の行政庁が拘束されること等も複数表示の自己拘束に含めるなど、行政の自己拘束を広く捉えようとしており、伝統的な行政の自己拘束概念を越えるものがある。ブルマイスターも、複数表示の自己拘束の観念を明示しないものの、単数表示の自己拘束概念をもって執行府の裁量活動領域における平等原則の効力を説明するのは視野を狭くし間違ってもいるといい、この意味で、大会が複数表示の自己拘束をテーマとしたのは右の視野の狭さを脱却するものであると評価している。⁽²⁾

2 他方、オッセンビュールは、大会のテーマの設定はユニークであるといい、複数表示の自己拘束概念は単数表示の自己拘束の要件または効果あるいはその双方についての複数性をいうものであるように理解されうるが、また、このように相互に異なるものがあるけれども、*Selbstbindung* という包括的な概念の変形として、かつ、これと同一のものとして取り扱うべきことのようにも理解されうるというが、いずれにしても複数表示の自己拘束概念

の正確な意味を探る必要があり、右の大会テーマはこのような概念論争を煽ることになっている。そして、Selbstbindung 概念は少なくとも発見的概念 (heuristischer Begriff) のみではなく法概念 (Rechtsbegriff) であるから、言葉そのものの臆想をつうじてその内容・範囲を探ろうとすることはあまり意味がないこと、この法概念は法律が定める概念ではなく法ドグマティック上の概念であるから、従来の伝統的な概念理解との関係および他の類似の用語との区別をつうじて本質的概念基準を決めるのがよいことなどを述べている⁽³⁾。また、ピーツッカーも、複数表示によるテーマ設定は信憑性のあるドグマティッシュな概念である Selbstbindung を疑わしいものにする⁽⁴⁾と述べて、大会による右のテーマの設定には多少、懐疑的であるようにも解しうるが、しかし、彼自身はこのテーマに沿って、行政の自己拘束を広く捉えていこうとしたことはすでにみたとおりである。

二 大会における右の三報告は、それぞれ、複数表示の自己拘束の観念が伝統的な自己拘束の観念を越えるものであることを認めて、その観念・範囲を模索しようとする。

1 まず、三報告とも、いわゆる「具体的個別的」自己拘束をも行政の自己拘束概念に含め、かつ、「抽象的一般の」自己拘束よりもこの方に重点をおいて説明している。ショイニングやホフマンリームは、「具体的個別的」自己拘束のなかでも、多段階的行政手続における予備決定・部分許可の拘束力や存続効として扱われるべきものを自己拘束の重要例として説明している。

2 つぎに、伝統的な自己拘束論によれば、行政の自己「拘束」とは行政が法的に拘束されること、すなわち、法的拘束力を意味していたわけである。大会前に、ピーツッカーも、法的拘束力と事実上の拘束力の限界は必ずし

も明確ではないとするが「事実上の拘束力は自己拘束ではない」と明言していた。⁽⁵⁾ 大会報告中、ショイイングも同旨と解される(前記一〇二頁参照)のに対して、ホフマン・リームは事実上の自己拘束にも重きをおいており、ラシャウアーも、自己「拘束」を法的尊重の意味でとらえたり、政治的意味の自己拘束やテクノクラティックな自己拘束を扱うなど、事実上の自己拘束をも自己拘束概念のなかに含めるように解される。

3 なお、ラシャウアーは、「行政組織の内部的な自己拘束」⁽⁶⁾や法律拘束性・他者拘束の類型に属すると解される法規命令・条約の拘束力なども自己拘束概念に含みうる余地を残しており、伝統的な自己拘束概念を大きく超えるように思う。

三 大会の討議においては、多くの論者が右のような三報告の捉える自己拘束概念を明示または黙示的に認めているように思われるが、他方、複数表示の自己拘束概念の意味について困惑や疑問を示すものもかなりみられた。とりわけ、シュミット・アスマンは、三報告においては行政の自己拘束概念は行政現実および行政法ドグマティックの中の病理箇所を探り当てるための発見的原理のごときものとして捉えられているといっている(Schmidt-Asmann, S. 277)。ヴァールも、行政法ドグマティックが問題階層化の欲求を十分に考慮していないために、自己拘束のカテゴリーの中でこれを扱わざるを得なかったことを示唆し(Wahl, S. 290)。「バドゥーラは、ショイイングやホフマン・リームは自己拘束について現行法を明らかにするというよりも法政策領域で自己拘束問題を扱っていると指摘している(Badura, S. 292)」。また、前記のように、大会によるテーマ設定に好意的であったブルマイスターも、ショイイングやホフマン・リームがいう豊富な自己拘束の例を複数表示の自己拘束概念のもとに含めるのは難しい

と述べている (Burneister, S. 300f., 316)。

四 大会のテーマが複数表示の行政の自己拘束として設定されたために、そこには伝統的な行政の自己拘束のほかに、種々のものを含みうるのではないかと考えられ、多段階的行政手続における部分許可・予備決定の法的拘束力やインフォーマルな行為の拘束力なども右のテーマのもとで扱われることになった。行政の自己拘束の観念として、大会議長やショイニングが「行政の自己予決」・「自己賦課的先行拘束」といい、ホフマン・リームが「行政上の行為の自己プログラム化」というのは、行政の自己拘束のことばそのものの意味にはふさわしいようにもみえるが、法概念としては漠然としており、その結果、異質なものを含む可能性が高く、適切であるとはいえないであろう。この意味で、オッセンビュールやピーツッカー（一一一頁参照）、シュミット・アスマン、ヴァール、バドゥーラの右の指摘は的を得ているように思われる。

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、「具体的個別的」自己拘束その他の定型的な状況・局面が異なり、その法的根拠・拘束要件等も異なるものを、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疑わしいように思う。⁽⁸⁾ 行政の自己拘束の観念は、平等原則を基礎とする伝統的な「抽象的一般的」自己拘束の意味に限定すべきであるように思われる。前記のショイニングの「結語」との関係でいえば、行政契約・行政上の確約や部分許可・予備決定の法的拘束力、または、インフォーマルな行為の拘束力等の問題は、それぞれの行為形式または多段階的行政手続や信頼保護原則等に固有の法律問題として扱えばよく、このかぎりでは行政の自己拘束の概念は不要であろう。

- (1) Maunz, DÖV 1981 S. 499ff.
- (2) Burmeister, DÖV 1981 S. 506. その理由も含めて、乙部「前掲」神戸学院法学一三巻三号六〇七頁参照。
- (3) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 857f.
- (4) Pietzcker, NJW 1981 S. 2087.
- (5) Pietzcker, NJW 1981 S. 2088.
- (6) 平岡「前掲」法学雑誌二六巻三〇四号三六七〇三六八頁参照。
- (7) 討論に入る前に、大会議長は「Selbstbindungen」とは、正確には、「高権的決定領域における行政の自己賦課的先行拘束」を意味するといひ、討論においては、第一に、「個別的具体的」先行拘束すなわち、先行決定 (Vorausentscheid)・確約・契約・事実行為による先行拘束、第二に、とりわけ行政規則による「一般的抽象的」先行拘束の二つに分けて行うことを提案している (S. 273)。この議長の提言は、ショイニングやホフマン・リームがいう行政の自己拘束とは同一の内容であろう。なお、「個別的具体的」・「一般的抽象的」先行拘束という用語そのものは、オッセンビュールの用語法に似ているが、内容そのものは次元を異にするように解される。オッセンビュールがいう「具体的個別的」・「抽象的一般的」自己拘束はいずれも右の議長の提言にかかる第一・第二の両面において生じうるように思われる。
- (8) 乙部「前掲」神戸学院法学一三巻三号一二〇一三頁。なお、大橋・前掲書一二五、一四〇頁注(一)参照。

二 行政の自己拘束と他者拘束

- 一 伝統的な行政の自己拘束論は、行政の自己拘束は法律拘束性のごとき他者拘束と異なることを認めている。⁽¹⁾
この点については、大会前において、行政の自己拘束の観念を広く捉える論者も承認するところである。

二 ショイイングおよびラシャアウアーも、前記のように、両者の違いを承認している（九九、一〇八頁参照）。ただし、ラシャアウアーは、法規命令・条約の拘束力など法律拘束性・他者拘束として扱われるべきものの一部をも自己拘束概念に含める余地を残しているように解される。

三 大会の討議では、行政は法律案をその細部にいたるまで作成すること、法規命令は行政が発することなどを考えれば、行政にとって他者拘束とは国際的品格のものしかないとみる余地もありうるという見解も提起された（Dagtolou, S. 278）。ラシャアウアーは、逆に、自己拘束概念の「自己」をドグマティッシュに捉えるのは非常に難しく、行政を分析すればするほど自己拘束ではなく他者拘束となり、とりわけ伝統的意味における自己拘束についてこのようにいえ、職務担当者の視点からは、行政規則や指令は上司から発せられ、行政実務も自身が展開したものは僅かにすぎないことから、すべてが他者拘束であるともいえる⁽²⁾と答えている（S. 321f.）。

四 おもうに、法的に純粹の意味で行政の自己拘束なるものはなく、伝統的意味の行政の自己拘束も、平等原則を介しての法的拘束であり、この意味では一種の他者拘束である。しかし、伝統的意味の行政の自己拘束は、平等原則を介してではあるが行政がみずから設定した比較基準・決定基準への拘束性であり、かつ、行政自身の判断によりこの拘束性から適法に脱却できる余地があることなどの点において、「行政の自己拘束」の名に値し、他方、法律拘束性のごとき他者拘束とも区別される⁽³⁾。右のことは、オッセンビュール⁽³⁾、ピーツッカー⁽⁴⁾、ショイイングなどもひとしく認めるところである。大会の討議における右の両説は、いずれも実態を追求して両極端にすぎ、行政の自己拘束論における法律拘束性・他者拘束の一般的理解に反するように思われる。

(1) 本稿九八頁注(3) 掲記の文献参照。

(2) 乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八二五頁、神戸学院法学一三巻三号一三頁、平岡「前掲」法学雑誌二六巻三〇四号三六七、三八四頁。

(3) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 858. なお、本稿九六頁参照。

(4) Pietzcker, NJW 1981 S. 2088.

三 行政の自己拘束の機能

一 行政の自己拘束論の生成はW・イエリネクが恣意禁止との関連で触れたことに始まるとされるが(前記一〇〇頁参照)、その後、平等原則や行政規則との関連で行政の自己拘束論が展開することになる。この間、一貫して、行政の自己拘束論の主な機能は行政裁量の拘束・限定化ということにあった。大会前においても、マウンツ、ピーツカー⁽²⁾は同旨のことを主張している。オッセンビュールは、最近の行政の自己拘束論の役割は裁量領域に限らず、法律の定めのない行政領域とりわけ資金助成・特別身分関係(学校、営造物、官吏関係など)や判断余地の領域にも及ぶと述べているが、これも、大体、同旨とみてよいであろう。

二 大会報告においては、行政の自己拘束はむしろ、多段階的行政手続における部分許可・予備決定の法的拘束力やインフォーマルな行為の拘束力などに重点をおいて論及されることになる。

三 大会の討論の状況も、大体、右の大会報告と同じであるが、インフォーマルな行為の問題をめぐることは、とりわけホフマン・リーム報告に基本的に賛成するものもあるが(Brohm, S. 274f. 以下)、反対のものもある。こと

に、彼の現状分析は必ずしも正確ではないとか (Papier, S. 287f. など)、行政と市民の協同関係またはインフォーマルな協同的行為形式に低い評価を与えることには疑問がある (Rauschning, S. 281 など) とする批判も多かった。

四 伝統的な行政の自己拘束の機能や行政上の確約・予備決定などの機能の中にも、行政裁量の拘束・限定化というものがあることは確かである。しかし、行政上の確約や予備決定などのその機能はもっぱら行政手法または行政手続的性格や信頼保護原則から導かれるものであるのに対して、伝統的な行政の自己拘束は平等原則を基礎とすることから、やはり両者は厳密には異なるものがあろう。

(1) Maunz, DÖV 1981 S. 498f., 503.

(2) Pietzcker, NJW 1981 S. 2089.

(3) Osenbühl, DVBl 1981 S. 858.

四 行政規則の外部法的効力

一 大会前において、マウンツやピーツッカー⁽¹⁾は、行政規則による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。これに対して、オッセンビュールは、行政規則は内部的性格をもち国民の信頼の対象たりえないことなどを理由にこれに反対し、原則として、行政規則はそれにもとづく行政実務を介して⁽³⁾しかも平等原則に基づいて間接的に外部法的効力をもつにすぎないと説く。

二 大会報告では、前記のように、とりわけショイニングがこの問題をかなり詳しく扱っており、ラシャアウアーもマウンツやピーツッカーと同旨の見解を述べている(一〇七頁参照)。

三 大会の討議は、ショイニング報告を対象に行われることが多かった。たとえば、ショイニングは行政規則の外部効果を間接的すなわち平等原則、信頼保護原則、権利保護の保障、行政上の確約の法理などの変換形式(Transformation)にもとづいて認めるものと捉えて、自らもこれに原則的に賛成するもの(Bachof, S. 310ff., 319. 同旨、Burmester, S. 316)がある。これに対して、法律や法規命令ほど強い拘束力はもたないけれども、平等原則などの変換形式によってではなく行政規則自体の固有の性格として外部効果をもつというもの(Vogel, S. 319)他方、行政規則が規範的外部効果をもつ行政上の補完法とする自体、基本法八〇条に違反するおそれがあるという理由からこれに反対し、同じ理由から、DIN規範・VDI規範の拘束力を認めることに反対するもの(Schenke, S. 313 f.)、DIN規範・VDI規範は私人が制定したものであることを理由にその拘束力を認めることに反対するもの(Götz, S. 316f.)などがあった。

四 伝統的な行政の自己拘束論に従い、「行政規則自体は平等性審査のための『比較対象』ではな⁽⁴⁾く、行政規則はそれに基づく行政実務や行政慣行を介在させて、かつ、平等原則に基づいてのみ行政を法的に拘束するとみるべきであろう。なお、行政規則は外部への公表によりその内部的性格を脱しうるが、この場合でもその一般的性格からみて信頼保護の対象にはならないように思われる。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

(1) Maunz, DÖV 1981 S. 500.

(2) Pietzcker, NJW 1981 S. 2090.

(3) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 861, 862f. オッセンブühlは、例外的に一定の資格をもつ行政規則に限ってその外部法的効力を、行政実務を介在させないで、平等原則に基づいて認める。

(4) 平岡「前掲」法学雑誌二六卷三―四号三七四頁、二七卷一号一〇頁以下。なお、大橋・前掲書五四頁以下、一二四頁以下参照。

(5) 乙部「前掲」神戸学院法学一三卷三号一七―一八頁。

(6) なお、行政の自己拘束の要件としては、このほかにも、たとえば自己拘束に向けた意識・意思などが問題となるが、一般にこれは不要であると解される。同旨、ラシヤフウアー（前記一〇八頁参照）のほか、Maunz, DÖV 1981 S. 499; Pietzcker, NJW 1981 S. 2088. なお、Ossenbühl, DVBl 1981 S. 858f. は、行政契約・行政上の確約による「具体的個別」自己拘束の場合にかぎり、右の意識・意思が必要であるという。

四 若干の検討(2)

一 行政裁量と平等原則

一 わが国においても、従来から一般に、裁量の行使が平等原則に違反してはならないことは認められており、⁽¹⁾行政規則または行政規則にもとづく行政実務との関連でも裁量の行使は平等原則に従うべきことが指摘されている。⁽²⁾判例にも、たとえば、通達の法規的性質を否定したのち、「しかし、通達によつて示達された内容が税務執行において実施され、相手方である納税者においてその取扱いが異議なく受容されるときに、当該通達がその内容にお

いて合理性を有している場合に、しかも右通達が定める要件を充たしているにもかかわらず、これの適用を受けないものとされた場合には、租税法の基礎原則の一つである公平負担の原則に違背し、当該通達を適用しないとしてなされた課税庁の処分は違法性を帯びる」と判示するものがある。⁽³⁾

二 右の学説判例は、行政の自己拘束という言葉こそ使わないが、実質的には西ドイツの伝統的な行政の自己拘束論に相当するものを展開していると考えられることもできる。ただ、その理論内容は不十分であることは否定できず、この意味で、西ドイツの行政の自己拘束論はわが国にとって参考に値するように思われる。

(1) たとえば、最「二小」判昭和三〇年六月二十四日民集九卷七号九三〇頁、田中二郎・行政法総論二九四頁。

(2) たとえば、園部逸夫・行政判例百選九六頁、清永敬次・税法二一、三六頁、原田尚彦「訓令・通達」法学教室(第二期)三号一三二頁、町田顯「通達と行政事件訴訟」司法研修所論集一九六八年Ⅱ五三頁。近時も、藤田宙靖・新版行政法Ⅰ(総論)二二三頁、塩野宏・行政法第一部講義案(上)七七頁、森田寛二「法律の観念」基本法学四卷九六頁以下。なお、白石健三・法曹時報七卷八号一〇〇一頁参照。

(3) 大阪地判昭和四四年五月二四日行裁集二〇巻五Ⅱ六号六七五頁。

二 「行政の自己拘束」の用語法

一 とりわけ、昭和五〇年以降になると、西ドイツの行政の自己拘束論の模様が紹介されるとともに、概観する⁽¹⁾かぎりではあるが、ときに、行政法学者により自己拘束の語が使われることがある。つぎに、その自己拘束の用法の分析・検討を試みることにする。

1 昭和四九年、西谷氏は、計画の策定により地方公共団体や事業実施主体が特別の措置をとるべきことを法律上義務づけられるなど「計画が行政活動に対する直接的な拘束力を持つこと」、「そして何よりも、計画作成過程における行政機関相互の接触が、計画の自己拘束としての約束を形作っていく」といい、計画は「対私人関係と対行政Ⅱ對自己関係に分類したとき、原則として對自己関係に立脚して作成される」と述べている。⁽²⁾ここで、「計画の自己拘束」の意味は必ずしも明確ではないが、計画の策定により自己または他の行政主体や行政機関が一定の措置をとるべき拘束を受けること、すなわち行政組織の内部的自己拘束（前記一〇六頁参照）に近い意味で使われていると解される。また、この拘束は法律の規定に基づいて生じる場合を含むことは明らかであるが、この場合の自己拘束は、本来の自己拘束よりも、法律拘束性・他者拘束の類型に近いように解される。なお、自己拘束と行政裁量や平等原則との関連性も明示されていない。

2 昭和五十一年、南教授は、「私法上の法律行為にあつては、表意者みずからを拘束し（自己拘束）、これによって他人を拘束することはできないのに対し、行政行為にあつては、行政主体は、これによって相手方たる国民を拘束し、法令の内容を一方的に具現することができる」という。⁽³⁾ここでは、自己拘束概念は、直接には、私法上の法律行為について使われているが、行政契約や行政上の確約などにより行政が法的拘束を受ける場合（いわゆる「具体的個別的」自己拘束）をも含む余地を残しているようにも解される。自己拘束と行政裁量や平等原則との関連性は明示されていない。

3 昭和五二年、塩野教授は、行政強制との関連において、「オポルチュニテート・プリンシプルというのが

行政の自己拘束というか、その問題としてはあり得るとしても、相手方との約定によってそのオポルチュニテート・プリンツィップの範囲内で行政が自由に判断できるということまで認めているものですかね」と述べている。⁽⁴⁾ここでは、自己拘束は、行政が自身の一方的行為によりその裁量をしばるといふ、右の「具体的個別的」自己拘束に近い意味で使われているようであるが、平等原則との関連性は明示されていない。

4 昭和五二年、菊井教授は、行政上の確約とは「行政庁が将来行なうであろう公法的行為について、自己拘束する意図をもって相手方に対して行なう意思表示」であると定義づけ、その法的性質は行政行為であると述べている。⁽⁵⁾ここでは、自己拘束の観念は、いわゆる「具体的個別的」自己拘束の意味で使われているが、平等原則との関連性は明示されていない。昭和五八年、保木本教授は、行政行為の発動や行政計画の策定などの「理性ある国家行為は、いわば選りぬかれたものとして自己拘束性をもち」、「国家行為の自己拘束性……に対する市民の信頼は保護されなくてはならない」と述べ、⁽⁶⁾昭和五九年、安本教授もこれに賛成している。⁽⁷⁾ここで、自己拘束は、国家行為そのものが法的拘束力をもつか信頼保護原則に基づいて法的拘束力をもつかを問わないとするようにも解されるが、いずれにしても右の「具体的個別的」自己拘束の意味で使われているように思われる。なお、自己拘束と平等原則との関連性は明示されていない。昭和六三年、高木教授は、「行政庁の自己拘束つまり行政庁が義務を負うに至ることを、『確約』の行政行為たる性格から説明する場合には、行政行為論に、『行政庁の自己拘束の成否』を画するという役割が求められることを意味する」、「行政行為の実体法上の機能は、①行為行政庁の自己拘束及び②その他の行政庁への拘束と③市民に対する拘束に分けられる」、「自己拘束という法効果をひきおこす一方的な意思表示

……としての『確約』⁽⁸⁾などというのも、右の菊井教授の用法に近いであろう。

5 昭和五三年、保木本教授は、人事・公平委員会は勤務条件に関する措置要求について審査の結果「その権限に属する事項については、自らこれを実行」すべきことを定める地方公務員法四七条との関連において、「たとえば、委員会規則の制定・改廃を必要とするときは、自己拘束として委員会がこれを実行しなければならない」と述べている。⁽⁹⁾この場合の自己拘束は、必ずしも行政組織の内部的自己拘束に限定する趣旨ではないと解されるが、法律の規定に基づいて生ずるものと捉えるようである。そうであれば、この場合の自己拘束も、本来の自己拘束よりも、法律拘束性・他者拘束の類型に近いように思われる。なお、自己拘束と行政裁量や平等原則との関連性は明示されていない。

6 昭和五五年以降になると、行政の自己拘束と行政裁量や平等原則との関連性が明確に意識されるなど、西ドイツの伝統的な行政の自己拘束論に類似する見解が現れることになる。すなわち、中西教授は、「平等原則、信義則ないしこれによる行政の自己拘束との関連で通達そのものに裁判上の判断基準性を（ひいては国民に対する拘束性を）認めようとする見解もないではない（たとえば、大阪地判昭和四五・五・一二行裁例集二一卷五号七九九頁参照）」と述べ、⁽¹⁰⁾昭和五九年、成田教授も、ほとんど同旨のことを述べている。⁽¹¹⁾これらの学説によれば、自己拘束概念は、前記の西ドイツにおける伝統的な自己拘束のみでなく、いわゆる「具体的個別的」自己拘束をも含めるものと解しうる。昭和六〇年、平岡教授は、右の伝統的意味における自己拘束のほかに、「同一国民に対する過去の行為に行政機関が信義則によって法的に拘束される現象も『自己拘束』と表現することは用語法として決して誤り

ではない」ことをも付加して、⁽¹²⁾ 同旨の立場をとることを明らかにしている。

7 昭和五九年、宮田教授は、「裁量の自己拘束 (Selbstbindung des Ermessens)」と題して、「裁量基準は、通達の形式をとる行政規則で内部的効力しかないが、このような裁量基準の適用が積み重なると、同種のケースを、合理的理由なしに、従来の取扱いと違った取扱いにすることは許されない。何故なら、行政が、具体的場合に合理的理由なしに、裁量基準の適用によって生じた長年の行政実務から乖離するときは、平等原則違反となるからである。このような場合、行政は、自ら設定した行政規則または行政先例によって自分自身が拘束され、したがって、裁量は収縮する」としている。⁽¹³⁾ ここでは、全体として、平等原則といえども行政実務を介在させない行政規則・裁量基準の外部法的効力の承認を求めるものではないとする趣旨と解されるが、ただし、「行政規則」による拘束というのは表現上は右の趣旨に沿わないものがある。同年に、多賀谷教授が、「行政機関は、この自ら定めた裁量基準に自己拘束的に縛られるが、他面で、それは具体的適用の中で基準の部分的修正を行なうことのできる余地が認められ」、「⁽¹⁴⁾ 通達に反する個別的行政決定……は、当然には違法もしくは平等原則違反につながるものではない」という。ここでは、行政実務を介在させない行政規則・裁量基準の外部法的効力を認める余地を残すようにも解される。これらの点を除けば、自己拘束の用法は西ドイツの伝統的自己拘束論における支配的見解とほとんど変わりはないであろう。⁽¹⁵⁾

二 概観するかぎりではあるが、右のように行政の自己拘束の用語法はいろいろである。この中では、とりわけ第6説と第7説が西ドイツの行政の自己拘束論に似ており、かつ、オッセンビュールの用語法でいえば、第6説が

行政の自己拘束の中に伝統的自己拘束すなわち「抽象的一般的」自己拘束のみでなく「具体的個別的」自己拘束をも含める広義説をとるのに対して、第7説は「抽象的一般的」自己拘束のみに限定する狭義説をとる。筆者は、また、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」であり、その法的根拠は平等原則にあるとしてきたが、これは右の狭義説とくらべて変わりはないように思う。

いずれにしても、「行政の自己拘束」の用法にいろいろとあり、右の第6説・7説にしても、その理論内容は十分であることは否定できない。この意味で、西ドイツの行政の自己拘束論はわが国でも参考に値するように思われる。

(1) 本稿九八頁注(1) 掲記の文献。

(2) 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。

(3) 南川原田・田村編・行政法(1)一三四頁。南博方「行政処分概念の動搖」行政処分と行政手続一四六、一四七頁も同旨である。なお、森田「前掲」八三、一〇七頁注(6) 参照。

(4) ジュリスト臨時増刊・行政強制制二一四頁。

(5) 菊井康郎「西ドイツにおける行政法上の確約」行政行為の存在法二三一、一六八、一七七頁。

(6) 保木本一郎「行政活動の変更と補償」現代行政法大系六卷二二一、二二三頁。

(7) 安本典夫「開発行政の過程」公法研究四六号一七八頁。

(8) 高木光・事実行為と行政訴訟二〇二、二一五、二四六頁。

- (9) 青木Ⅱ室井編・基本法コンメンタール地方公務員法二〇〇頁。
- (10) 中西又三「通達の法的性質」行政法の争点五三頁。
- (11) 成田頼明・行政法序説六六頁。
- (12) 平岡久「訓令・通達」現代行政法大系七巻二三三、二四三頁注(120)。
- (13) 宮田三郎「行政裁量」現代行政法大系二巻五四～五五頁。なお、同・行政判例百選Ⅰ(第二版)一五五頁参照。
- (14) 多賀谷一照「通達・試論」千葉大法経研究一六号一四、二〇～二二頁。
- (15) なお、高田編者・福祉行政・公有財産条例五四頁注(16)(高田敏)参照。
- (16) 乙部「前掲」神戸学院法学一三巻三号一二頁。同「前掲」民商法雑誌七一巻五号八二五頁参照。なお、大橋・前掲書一
二五、一四〇頁。

五 おわりに

一 一九八一年の国法学者大会の第二議題が Selbstbindungen と複数表示とされたことから、行政の自己拘束は伝統的な行政の自己拘束のほかに、種々のものを含みうるのではないかと模索されることになった。しかし、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、いわゆる「具体的個別的」自己拘束など定型的な状況・局面が異なり、その法的根拠・拘束要件等も異なるものを、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疑わしい⁽¹⁾。ただ、このようにいうことは、とりわけ多段階的行政手続や部分許可・予備決定の法的拘束力、インフォーマルな行為の拘束力等の問題の重要性を

否定することを意味するわけではなく、これはこれとして、行政の自己拘束の問題とは別に検討すべき現下の行政法の重要問題の一つであることに疑いはない。⁽²⁾

二 わが国の裁量行使・行政規則と平等原則論および行政の自己拘束論そのものの現状に照らして、西ドイツの行政の自己拘束論はわが国にとり参考になると思われる。右の大会の三報告等では、行政の自己拘束の觀念・種別の把握に重点がおかれたため、伝統的な行政の自己拘束論そのものはほとんど掘り下げられていないが、これについても検討の必要があろう。この意味で、西ドイツにおいて、最近、「不法に平等なし」(keine Gleichheit im Unrecht)の問題について、従来の一般的理解に反するような重要な判例学説も現れているが、この問題については別稿で扱うことにしたい。

(1) 大会後の西ドイツの若干の行政法の教科書等においても、概観するかぎりでは、行政の「自己拘束」は単数表示が通例であり、しかも、この場合、伝統的な用法で使われるのが多いようである。

(2) これらの問題については、本稿九八〜九九頁注(8)・(9)に掲記の文献参照。なお、高橋「前掲」一五九頁以下によれば、西ドイツでは、インフォーマルな行為の法律問題については「法律関係論」の枠組みで把握しようとする傾向が有力のようである。