

「行政の自己拘束」論の一考察

——都営競輪事業廃止事件を素材として——

乙 部 哲 郎

目 次

- 一 はじめに
- 二 都営競輪事業廃止事件
- 三 行政上の確約の存否
- 四 行政の自己拘束
- 五 おわりに

一 はじめに

一 従来から、行政の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、行政規則または行政規則に基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。ここでは、「行政の

「行政の自己拘束」論の一考察 乙部

自己拘束」(Selbstbindung der Verwaltung) という言葉こそ使わないものの、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。そして、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様相が紹介されるとともに、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⁽¹⁾。筆者も、かつて、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、これは西ドイツの支配的見解の説く行政の自己拘束の観念とくらべて変わりはないように思う。

二 ところで、社団法人・日本競輪選手会が東京都を被告として、都営競輪事業の廃止を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した事件があり、同事件は現在、東京地方裁判所に係属中である⁽³⁾。原告・被告間の主な争点は行政上の確約の存否とその効力の問題におかれているが、筆者のみるところ、原告側にとって勝敗の成否はむしろ行政の裁量行使と平等原則すなわち行政の自己拘束論の問題にあるように思われる。このほか、この事件では、付随的にはいわゆる計画保障責任の問題も関係している。本稿は、この事件を素材として、行政の自己拘束論を中心に、あわせて行政上の確約などの問題への言及をも意図するものである。

(1) 以上については、乙部「西ドイツ『行政の自己拘束』論の動向」神戸学院法学二〇卷三―四号一二〇頁以下参照。

(2) 乙部「行政の自己拘束の法理」民商法雑誌七一巻五号八二五頁、同「行政の自己拘束の観念と範囲」神戸学院法学一三

(3) この事件については、原告側弁護士団の依頼により「意見書」を作成したが、そのさいには訴状や平成二年四月頃までに作成の準備書面等を参照することができた。本稿は、この意見書に手を加えたものである。

二 都営競輪事業廃止事件

一 都営競走事業の廃止方針

昭和四四年一月、都知事は都営競走事業の廃止を声明、これをうけて設置された東京都競走事業廃止対策審議会は、同年一二月、知事に答申をした。答申の骨子は、都営競走事業を段階的に縮小し、昭和四五年度から三年以内に廃止するものとし、事業の廃止に必要な経費は競走事業の収益で賄うこととし、そのための基金を別に設けるというものであった。⁽¹⁾ 東京都は、これをうけて、昭和四五年三月に第一次廃止対策案、昭和四七年四月に第二次廃止対策案、同年一二月に第三次廃止対策案（最終案）を策定した。第三次対策案は関係者ごとに競走事業廃止に伴う「措置」を定めるが、原告らを含む選手会に対しては、営業廃止措置として賞金の六割を二年分支払うほか、解決金としてこの措置額の二割相当額を加算して支払うという内容であった。原告に支払われるべき措置費等は、原告側の計算によれば約五億円ということであった。この措置額の算定基準は「都の事業施行に伴う損失補償基準」により、解決金は類似の解決例や慣行等が参考にされた。⁽²⁾ 東京都は、昭和四八年三月三十一日という競走事業の廃止時期までに、大体、全日本オートレース選手会、東京都騎手会、日本モーターボート選手会、後楽園スタジアム、関東自転車競技会など、原告を除く関係者と協定を締結したのち右の措置費等を支払ったのであるが、その合計額は

約二七億円にのぼった。⁽³⁾

- (1) 東京都財務局・東京都競走事業廃止対策報告書三頁以下、五一頁以下参照。
- (2) 東京都財務局・前掲書一一頁以下、一四〇頁以下参照。
- (3) 東京都財務局・前掲書五一八〜五一九頁参照。

二 原告・被告間の交渉経過

原告は、昭和四五年には、都知事等と会見の機会をかなりもち、競輪事業の縮小・廃止に反対である旨を主張した。都側は、同年八月二五日には競輪の開催日数の削減を内容とする「開催日程の決定に伴う協力要請」と題する文書を手交しようとし、そのさい削減協力金として賞金の六〇%を支払うことを提案し、同年九月一日には第一次廃止対策案に所定の永年協力措置費として三三〇〇万円の支払いの申し入れをしたようであるが、原告は競輪事業の縮小・廃止に反対の立場からその受領をいずれも拒否した。東京都は、昭和四七年四月二五日には、「都営競走事業廃止の時期及び対策について」と題する文書（第二次廃止対策案のことをさすようである）を手交して廃止時期を告げ、原告は、同年七月に副知事、同八月に知事と会見して競輪事業の廃止に反対であることなどを表明したのちは、いっさい、都側からの交渉申入れを拒否し、結局、昭和四八年三月三十一日、都営競走事業は完全に廃止された。その後、東京都は措置費等の問題も含めて話し合いを行いたいと申し入れるが、原告側の拒否にあい、同年八月二八日、都知事は「競走事業の開催日数削減及び廃止にかかる各措置費について、協議はもとよりこれを受領する意思なしとの方針にも何等変更はないものと考えられます。したがいまして、遺憾ながら貴会との話し合いは、

この書状をもって終了することといたします」などと記した文書を送付し、原告側は、競輪事業の廃止に反対を表明する文書を送付するとともに、知事の文書の受領を拒んでこれを返送した。⁽¹⁾

原告は、昭和六〇年に東京ドーム建設のために後樂園競輪場が取り壊されたことを契機に、昭和六一年三月、原告に支払われるべき措置費等の支払いを含む交渉を開始したい旨を申し入れるが、東京都はこれに応ぜず、そこで、昭和六三年、右措置費等を損害賠償額として求める本件訴訟を提起した。⁽²⁾

(1) 東京都財務局・前掲書二三〇頁以下、三六八頁以下参照。

(2) 訴えの内容や原告・被告の主張については、訴状や準備書面等を参照した。

三 原告・被告間の争点

原告の主張の重点は、前記の第三次廃止対策案（以下「対策案」という）の提示をもって同案に所定の金銭の支払いを約束する行政上の確約が成立、しかも被告はこの確約を撤回することはできないことにおかれているが、このほか、被告と原告を構成する各選手との間には継続的労務提供（出場）契約が締結されているため、被告の競輪事業の廃止は契約不履行にあたること、被告は同事業の廃止という公権力の行使により原告の財産権を侵害したから憲法二九条三項にもとづく損失補償責任を負うこと、⁽¹⁾付随的に、他の関係者には対策案の定める措置をとったのに、原告に対してだけこの措置をとらないのは平等原則に違反することをもあげている。被告側の反論の重点も右の確約の存在を否認することにおかれているほか、被告側の反論は原告側の主張すべてにわたっているが、これについては以下の各別の論点との関連で紹介することにする。

(1) 都営競走事業の廃止により損害賠償責任や損失補償責任を負うものではないという東京都の主張については、東京都財務局・前掲書一七〇—一八頁参照。

三 行政上の確約の存否

一 概説

西ドイツにおいては、行政上の確約の法理は、もっぱら判例学説によって展開されてきたところであるが、一九七六年の連邦行政手続法三八条および一九八〇年の社会法典一〇編三四条は行政行為の発付・不発付を対象とする確約、一九七六年の租税通則法二〇四条以下は臨場検査に基づく確約について、それぞれ規定をおくことになった。これらの法条に定める確約以外の確約については、従来どおり判例学説の展開する法理の規律に委ねられるが、通説は確約の法的性質は行政行為であるとみている。もっとも、連邦行政手続法三八条等は従来の判例学説の展開した法理をかなり継受し、他方、同条等の創設的規定部分が判例学説にも影響を及ぼしたため、同条等に所定の確約とそれ以外の確約とで同様の扱いをうける部分もかなりあることに留意しておく必要がある⁽¹⁾。

わが国においても、「確約」・「確言」と明言する下級審判例もあり、最高裁も傍論ではあるが「確約」に触れる⁽²⁾。学説もまた、最近、具体的事案との関係で「確約」に明言するものが増えつつある。これら判例学説は、行政の行為形式のなかで「確約」・「確言」と目すべきものがあり、この行為形式はそれ自体の法的性格または信頼保護原則や信義則にもとづいて将来の行政行為などの発付・不発付を義務づけることを、大体、承認するといつてよい⁽³⁾。こ

ここで、「行政上の確約」とは、菊井教授は「行政庁が将来行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」と定義づけ、その法的性質は行政行為であるといい、筆者は「行政が将来における自己の行為または不行為を一方的に義務づける自己義務づけとしての言動である」と定義づけ、その法的性質は独自の法的行為であるとしている。いずれも、確約はその発付の瞬間から、適法な確約はもとより、違法な確約であっても無効でないかぎり、行政の将来の行為の発付・不発付を法的に義務づける効力をもつこと、この効力を根拠づけるために信頼保護原則を援用する必要はなく、同原則は確約の取消・撤回の制限の根拠となることなどの点では、ほぼ共通する。⁽⁴⁾

(1) 西ドイツにおける行政上の確約の法理について紹介・検討するものとして、菊井康郎「西ドイツにおける行政法上の確約」行政行為の存在法一三一頁以下、乙部・行政上の確約の法理一五頁以下。

(2) 最「一小」判昭和五九年一月一三日判時一一四一号五八頁。

(3) わが国の判例学説について、いちいち紹介・検討することは避けることとし、これらについては、前注(1)掲記の文献を参照されたい。

(4) 菊井・前掲書一三二、一五三、一五六、一七七〜一七八頁、乙部・前掲書一〇〇、一四五、二〇七頁。ただし、菊井教授は、適法な確約の履行義務を強調してその撤回の許容性の余地を認めないようにも解される(同一五三〜一五四頁参照)。なお、高木光・事実行為と行政訴訟一八七頁以下、二一〇頁以下は確約の法的性質をめぐる西ドイツの学説をくわしく扱っているが、同二四六、二六九頁は確約の法的性質を独自の法的行為とみるようである。

二 本件確約の成立？

東京都は、対策案は法律の根拠に基づいて制定されたものではなく、行政の「内部的準則」であること、対策案が「折衝の基礎となり、都側の考え方として相手方に示され」るが、相手方が「競走事業の廃止に協力すること」および対策案を「了承すること」を「条件」として「拘束力が生じる」こと、そして最終的には関係者との間に「協定」が締結され、それは契約ではあるが、基金を財源とし支出負担行為を内容としているために議会の議決を経て初めて完全な法的効力をもつにいたることなどを表明している。⁽¹⁾

対策案自体の法的性質は行政規則であり抽象的行為にすぎず、単にそれが公表されているというだけでは右のごとき確約の成立を認めることはできないように思われる。⁽²⁾しかし、もし、原告との具体的な交渉の中で同案に示すような金銭の支払いをする旨の表示がされれば、この表示そのものは外部的・具体的行為の性格をもち、原告が主張するような確約が成立するとみてよい。そこで、本件事実関係の正確な探究が必要となる。もし、原告側が事業の削減・廃止に反対の立場から対策案の提示のための交渉に一切応ぜず、具体的な交渉の場においておよそ被告側によるその提示が行われなかったというのであれば、法廷において被告側も主張するように、本件確約の存在は否認されることになる。前記のような事実関係をみるかぎりでは、昭和四五年八月二五日と九月一四日の交渉のさいには一定額の金銭の提供申入れもあつた。⁽³⁾しかし、肝心の本件確約の成立を基礎づける対策案の提示が具体的交渉の中で行われたことは明確には現れていないようでもあり、そうすると、むしろ本件確約の存在を否認する被告側の主張が正しいように思われる。

これに対して、かりに、被告が具体的な交渉の場で対策案を提示したにもかかわらず、原告が競輪事業の削減・廃止に反対の立場からその受領を拒んだというだけであれば、本件確約が成立するとみてよいであろう。ドイツにおいて、かつて相手方の申請または同意を官吏法上の確約の概念要素として要求する有力な学説もあったが、その後の展開においてこの考え方は行政上の確約全般について否定されるようになり、⁽⁴⁾これに同調すべきである。なお、一般に、行政行為は相手方に表示された時に成立するといわれ、また、相手方の受領を要する行政行為であつて相手方が受領を拒んでいる場合には相手方が了知しうべき状況におけば、この行政行為の成立はあつたものと解されている。⁽⁵⁾行政上の確約が相手方の受領を要する行為に相当するとみる場合でも、原告側の右のような態度は必ずしも本件確約の成立を否認すべきことには直結しないように解される。

もし、本件において、右のような確約が成立しており、かつ、ドイツ法によるとすれば、税務上の臨場検査にもとづいて発せられる確約ではないから租税通則法二〇四条以下の規定は適用されず、行政行為の発付・不発付を対象とする確約でもないから連邦行政手続法三八条等の定めにも服さず、結局、判例等の展開した法理の規律に委ねられることにならう。

(1) 東京都財務局・前掲書一二二～一二三頁参照。

(2) ただし、後記一六頁注(2)参照。

(3) これにもとづいて、それぞれ、一定の金銭の支払いを約束する確約が成立したとみることも可能である。ただし、昭和四五年八月二五日の削減協力金の提供にかかる確約は、その後、原告が具体的な削減折衝に入ることを拒否したことなどに

より(東京都財務局・前掲書二三四～二三五頁)、また、同年九月一日の永年協力措置費の提供にかかる確約は、都議会の反対等から同一二月二十七日に原告側にその撤回を告げていることにより(東京都財務局・前掲書一一二、三六九頁)、しかも、この場合、原告側に保護に値する信頼は存しないと解されるところから(後記一二～一三頁参照)、いずれの確約も適法に撤回されたとみるほかはないように思われる。

(4) 乙部・前掲書一七六頁参照。

(5) たとえば、田中二郎・行政法総論三二〇～三二二頁、原田尚彦・行政法要論〔全訂二版〕一三九頁。

三 本件確約?の許容性と有効性

本件確約の成立が認められるとすれば、その適法性には疑問はない。被告側は地方公共団体による経費の支出は議会の議決を得る必要がある(地方自治法二二二条の三)ことを理由に、本件確約の存在を否定するようであるが、原告も法廷において主張するように、この理由は正当ではないほか、議会の議決をまだ経ていないことは本件確約の適法性を認める妨げにもならないように思われる。⁽¹⁾

ドイツにおいては、一般に、適法な確約は有効である。これに対して、違法な確約は有効か無効かが問題となるが、連邦行政手続法三八条は、権限のない官庁が発した確約、書面形式によらない確約、重大明白な違法性をもつ確約のほかは、違法な確約も有効であるとしている。前二者を無効原因とみるかぎりでは、従来の判例学説が説く確約の無効原因や行政行為の無効原因とくらべて、より広く捉えていることになる。本件確約の成立が認められるとすれば、この確約は適法であるから、西ドイツの従来の判例学説はもとより連邦行政手続法三八条等の定めによ

るのであつても有効とみてよく、わが国でも適法な確約は当然に有効であると考へてよいであらう。⁽²⁾

(1) このことは、いわゆる古都保存協力税事件との関連で触れたことがある。乙部・前掲書二七五〜二七六頁参照。

(2) 菊井・前掲書一五二頁以下、乙部・前掲書二〇七頁。

四 本件確約?の撤回

本件確約が成立し、かつ、適法有効であるにしても、東京都側が再三にわたり話し合いを申し入れながら、原告が競輪事業の削減・廃止に反対の立場にたつて交渉に応じることが拒否しつづけたため、最終的に都知事が昭和四八年八月二八日付で原告との話し合いは終了する旨の文書を送付したことは、本件確約の撤回行為に相当すると解するほかはないように思われる。原告側は、同事業の削減・廃止に反対を表明する文書を送付するとともに知事の文書の受領を拒んで返送したことも、前述の理由により(九頁参照)本件確約の撤回行為性を認定する妨げにはならないように思う。そこで、本件確約の撤回の許容性が問題になるわけであるが、この問題は大体、授益的行政行為の撤回の許容性の問題に準じて考へるのがドイツの法理であり、これは、わが国においても一般に適切な考へ方であるように思う。

連邦行政手続法によれば、授益的行政行為の撤回はつぎの場合にのみ許される。すなわち、①撤回が法規定により許されるか、行政行為において撤回が留保されているとき、②行政行為に付された負担を受益者が履行しないか、定められた期間内に履行しなかったとき、③事実状況に変更があり、変更後の事実状況によれば行政行為を發しなことができ、かつ、撤回をしなければ公益を害するおそれがあるとき、④法規定に変更がある場合で、受益者が

授益をなお利用しないか、(行政行為にもとづく給付をなお受領しないかぎり)で、変更後の法規定によれば行政行為を発しないことができ、かつ、撤回をしなければ公益を害するおそれがあるとき、⑤公共の福祉に対する重大な損害防止・予防のために必要であるときである。ただし、受益者に保護に値する信頼が存し、しかも右の③④⑤の事由に基づく撤回の場合に限り、申請に基づいて信頼損失の補償が必要となる(同四九条二項・五項)。行政行為の発付・不発付を対象とする確約の撤回には行政行為の撤回に関する右の規定が準用されるが、ただし、確約の場合には、事実状況または法状況に変更があり、もし官庁がこれを知っておれば確約を発しなかつたであろうとき、または、法的理由から確約を発してはならなかつたであろうときは、確約は撤回をまつまでもなく当然に失効することになる(同三八条二項・三項)。確約の存続効は、行政行為の存続効にくらべてそれだけ劣るわけである。行政行為の発付・不発付を対象とする確約以外の確約も、右に準じて取り扱うべきであろう。⁽¹⁾

本件では、東京都側が、「競走事業の廃止に協力すること」および対策案を「了承すること」によって「拘束力が生じる」ことなどを具体的な交渉の過程で原告に表明しておれば、このことは、前記のように本件確約の成立を妨げる事由にはならないが、右の撤回事由の①にあたりと解しうる余地がある。また、原告が競輪事業の削減・廃止に反対の立場からこれに協力することを拒否したことは、右の撤回事由の②にあたりと解する余地があり、あるいは、③に相当するため本件確約は失効と解しうる余地も必ずしも否定しきれない。右の①または②の事由にもとづく撤回の場合には、その性質上、原告側に撤回に対抗しうべき信頼そのものがないと解されるが、このほかにも当時、原告には本件確約の履行を信頼してそれに基づいてなんらかの行為・不行為をした結果、本件確約の撤回を

認めれば損失をうけるといふ事実もないようであるから、保護に値する信頼は存在せず、信頼損失の補償も不要であるとも解される。

もっとも、原告側が右のような競走事業廃止への協力拒否等にでた理由は、競輪事業の削減・廃止に反対または同事業の復活要求の立場にたつて、いわば条件闘争としての結果である。東京ドーム建設に伴う後樂園の競輪施設の解体などにより右の要求の実現が實際上、不可能になった時期において、重要な事情の変更がみられ、本件確約の撤回行為の失効が存しまたは撤回行為の撤回を行うべきではないかも、いちおう問題にはなるが、否定すべきであるように思われる。⁽²⁾

(1) 乙部・前掲書二二二頁以下、二二六頁以下参照。ただし、菊井教授の見解については、前記七頁注(4)参照。

(2) 南川原田田村編・新版行政法(1)一九五、一九八頁〔南博方〕は、最初の取消・撤回行為により行政行為は消滅するわけであるから、この取消・撤回行為の取消・撤回により行政行為が当然に復活することにはならないという。

四 行政の自己拘束

一 概説

西ドイツでは、従来から行政裁量と平等原則の問題は「行政の自己拘束」論として、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⁾そして、一般に、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または比較基準への拘

束性」である(オッセンビュール)などと定義づけている。また、西ドイツの判例通説は、右の決定基準や比較基準は、行政規則それ自体ではなく、行政規則にもとづくまたは行政規則にもとづかない具体的決定等(行政実務)の中に示されており、したがって、平等原則を根拠に行政規則自体の外部法的効力が認められるわけではないこと⁽²⁾、平等原則の適用要件の一つとして具体的決定等が法律に違反しないことなどを求める。

わが国においても、従来から、行政の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、行政規則または行政規則に基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。たとえば、国家公務員法七八条四号に定める「過員の整理に当つて何人を免職するかは任命権者が自らの裁量によつて決定し得る」が、この場合には、同法二七条の平等取扱の原則や「公平な判断」等に基づく必要があるとして、被告・任命権者が「被免職者の選択の公平を帰するため」策定した「整理基準なるものは被告らの内部的な一応の取扱標準に過ぎないものと解せられるが……前記の過員整理に当つて守らなければならない一般的な諸原則の趣旨に合致したものであり、これを本件整理に当つて更に具体的に表現したものに外ならぬと解せられるから、被告らはこの……基準に従つて整理を為すべきであつて、もしこれを無視して本件各免職処分が為されたようなことがある場合⁽³⁾においては、それは違法な処分として取消しを免れない」と判示するものがある。また、いわゆる流民に対する特別在留許可についての取扱方針は出入国管理及び難民認定法「五〇条一項による被告法務大臣の特別在留許可に関する裁量権の行使について、被告法務大臣自ら運用基準を定めたものであり、これが現実に実施に移されている……以上、本件取扱い方針に反する運用がなされたときは、特段の事情の認められない限り、それは、被告法務大

臣の裁量権の範囲の逸脱又は濫用として、違法となるものと解すべきである」と判示するものがある。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

右の二判決は、平等原則違反を理由として裁量の違法の可能性を認めたものと解する余地もあり、前者の判決は、平等原則を根拠に行政実務を介在しない行政規則自体の法的拘束力を認める余地をも残しているようにも解せられる。なお、「特段の事情」は、従来の判例の流れの中では裁量行使を例外的に違法にするものと捉えられていたのが⁽⁶⁾、後者の判決では逆に裁量行使を例外的に適法にするものと把握されていることも注目される。右の二判決はいずれも権力行政における平等原則の適用を容認するとみうる余地があるが、給付行政、たとえば資金助成行政においても平等原則の適用は認められる。⁽⁷⁾

行政裁量と平等原則の適用に関する右の判例学説は、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。⁽⁸⁾そして、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様相が紹介されるとともに、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。⁽⁹⁾なお、平等原則・行政の自己拘束の法理の適用要件の一つとして、具体的決定等が法律に違反しないことをあげるのが判例通説であると解されるが、右の具体的決定等が法律に違反する場合でも平等原則の適用を認めようとする判例学説もある。⁽¹⁰⁾いずれにしても、わが国の行政の自己拘束論の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参考に値するように思われる。

- (1) 西ドイツの行政の自己拘束論については、前記一頁注(1) (2) 掲記の拙稿のほか、平岡久「行政規則の法的拘束性(一)」、(二・完)「法学雑誌二六卷三〇四号三六三頁以下、二七卷一号一頁以下、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) ただし、西ドイツにおいても、行政規則を一般抽象的確約と捉えてその法的性格または信頼保護原則や、平等原則を根拠として、行政規則の外部法的効力を承認しようとする少数の判例学説も存在する(さしあたり、乙部「前掲」民商法雑誌七二巻五号八一七頁以下、八四二頁以下参照)。西ドイツにおける行政規則の外部法的効力についてくわしくは、平岡「前掲」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・前掲書一二四頁以下参照。

(3) 東京地判昭和三四年一〇月二八日行裁集一〇巻一〇号二〇六九頁。

(4) 東京地判昭和六二年一〇月二九日判夕六八〇号一二六頁。

(5) このほかの判例学説については、乙部「前掲」神戸学院法学二〇巻三〇四号一一九頁以下参照。

(6) 田村悦一「自由裁量論」ジュリスト五〇〇号〔統判例展望〕九七頁。

(7) 成田頼明「非権力行政の法律問題」公法研究二八号一五五頁、兼子仁・行政法総論三三八頁、塩野宏・行政法一三四頁以下、一四五頁。

(8) なお、乙部「前掲」民商法雑誌七二巻五号八三一頁以下、神戸学院法学一三巻三号一五頁以下参照。

(9) 乙部「前掲」神戸学院法学二〇巻三〇四号一二〇頁以下参照。なお、裁判の効力の一つとして「自縛性(自己拘束力)」のあることが指摘され、裁判所または裁判官が自らの裁判を撤回・変更することができず、内容的にもこれに拘束されることをいうとされる(兼子一〇竹下守夫・裁判法〔新版〕二七〇頁)。ここでは、いわゆる「具体的個別的」自己拘束に類似する意味で使われているように思われる。

(10) さしあたり、乙部「前掲」民商法雑誌七二巻五号八二八、八三九頁参照。このほかの判例学説の紹介・検討も含めて、この問題についてくわしくは別稿で扱うことにしたい。

二 原告の平等取扱請求権の成立

本件において、東京都は、対策案の策定にあたり関係人の平等な取扱ということを念頭においていたことに疑いはなく、⁽¹⁾対策案の内容・策定手続および原告以外の関係者への措置費等の支払いの適法性にも疑問はない。しかし、東京都は、競輪事業の削減・廃止に反対の立場から交渉に応じることが拒否するという原告側の態度に接して、原告に対してのみ対策案の定める措置をとらなかったというのである。原告側のこのような事情は、他の関係人と同種の事情が存しないと認められて原告にのみ右の措置をとらないことに合理性があるのではないかという反論もありうる。

すくなくとも、昭和四八年三月末の競輪事業の廃止直後ごろまでは、原告にのみ右の措置をとらなかったことは平等原則・行政の自己拘束の法理に違反しないように思われる。しかし、原告側が右のような態度にでた理由は、競輪事業の削減・廃止に反対または同事業の復活要求という立場にたつて、いわば条件闘争を行ったためである。東京ドーム建設に伴う後樂園の競輪施設の解体などにより右の要求の実現が實際上、不可能になった時期（具体的な日時の特定は難しいが、少なくとも昭和六一年三月に原告側が東京都に対して対策案に定める金銭の支払請求の交渉を申し入れた頃）において、原告にのみ右の措置をとらないことは平等原則・行政の自己拘束の法理に違反し、結局、裁量権が零に収縮する結果、原告側に他の関係者に対するのと同様の一定の金銭の支払措置を求める請求権が生じ、他方、被告側にこれに応ずる義務が発生するように思われる。原告側が競輪事業の削減・廃止に反対または同事業の復活要求という立場から話し合いを拒否し、都知事が昭和四八年八月二八日づけの文書により原告側と

の話し合いを打ち切ることを表明したために、行政上の確約の法理による原告の救済は不可能であるのに対して、平等原則・行政の自己拘束の法理にあっては、行政が第三者の同種事案においてどのような決定等を行ったかに重点があり、行政と相手方との間の接触・交渉という具体的関係の存在を必須の適用要件とはしないために、原告の救済は可能となるように考えるからである。

これに関連して、信頼保護原則などを根拠に本件対策案自体の法的拘束力を認めることの可否がいちおう問題となりうる。これまでも、公表通達などの外部法的効力を信義則・禁反言則を根拠に承認しようとするものがあつた。⁽²⁾しかし、公表通達や第三者の同種事案における決定等を相手方の信頼の対象適格と認めることには疑問があり、この場合、行政と相手方との間に具体的な接触・交渉が存在しないから信頼保護原則等の適用は否認すべきであろう。右の場合、相手方は、自己のケースでも通達に定める取扱をするのか、あるいは、第三者の事案におけると同一の決定等を行うのかどうかを照会し、これに対する教示や確約についてその拘束性や存続効が信頼保護原則等に基づいて認められるかどうか初めて問題となると思う。いわば、信頼保護原則等によっては相手方の救済の不可能なところを平等原則・行政の自己拘束の法理が担当すべきであり、信頼保護原則・信義則・禁反言則と平等原則・行政の自己拘束の法理とはその適用の場面を分けるべきではないかと考えるのである。⁽³⁾もっとも、かりに信頼保護原則等を根拠に公表通達等の法的拘束力を承認する見解によるにしても、本件においては、原告側に保護に値する信頼が存在しないから(前記一二〜一三頁参照)、対策案自体の法的拘束力は否定されることにならう。

(1) 東京都財務局・前掲書一一二、一四〇頁など参照。

(2) たとえば、「通達等の事実上の行政作用を信頼」した者の法的保護の必要性を一般論として判示したものである(東京地判昭和四〇年五月二六日行裁集一六卷六号一〇四二頁)。

また、旧物品税の課税処分の取消が求められたケースにおいて、裁判所は、通達の法規的性質を否認したのち、「通達によつて示達された内容が税務行政の執行一般において実現されているに拘らず、しかも或る個別的具体情况につき右通達ที่กำหนดする要件を充足しているものに對し通達に反して納税者に不利益な課税処分をするならば、本件のごとき間接税たる物品税の場合においては税額は本来取引価格の中に折り込まれるのであるから、通達に従い課税の対象とならないと信じて物品税を含まない価格で取引したにもかかわらず後に課税されることになつて納税者に不測の損害を与えるばかりでなく、租税法の基本原則の一つである公平負担の原則にも違背することになり違法な処分といわなければならない」として、「本件課税物品のうち区分C該当分は前記通達第三三条但書規定の場合に該当し課税の対象になしえないものといふべきであるが……区分A同B該当分に関する限り原告の通達違反ならびにこれに基く信義則違反および禁反言則適用の主張は理由がない」と判示して、本件課税処分の一部を取り消したものである(大阪地判昭和四五年五月一二日行裁集二一卷五号七九九頁)。原告は、公平負担原則違反というよりも、通達に基づいて同業者は非課税の取扱を受け、原告も非課税の税務指導を受けてきたことを理由に、課税処分は信義則または禁反言則に違反すると主張し、本判決は、原告への税務指導の存否には言及しないで右のように判示するから、通達自身または通達に基づく同業者の非課税取扱を信頼して取引を行った結果、不測の損害を被る場合には課税処分は信義則・禁反言則に違反するとすることに判旨の主眼があるように解されるが、同時に、公平負担原則の違反にも言及しているため、信義則・禁反言則と平等原則・公平負担原則との明確な区別は行われていない。

また、県立高校への入学許可をしないことが違法であることの確認等が請求された事件において、県立高校入学者選抜実施要項に定める振り分け基準は「内部的な裁量準則であるから、仮に本件要項に反した基準を用いて入学校の決定(入学許可処分)を行ったとしても、原則として不当の問題を生じるとどまるに過ぎない。ただ、本件のように、その要項基準

を中学校の進路指導担当者等を通じて予め公表したと同様の状況にあるような場合には、処分を行う側としては、当該基準によつて裁量権の範囲を相応に制約され、これに明らかに違反した基準を用いて入学許可処分を行えば違法の問題を生じる余地もある」と判示するものがあり(大分地判昭和六二年二月二三日行裁集三八卷二二二号一九頁)、同判旨は信賴保護と明言していないが、信賴保護原則を根拠に裁量準則の法的拘束力の可能性を認めた判例とみる学説もある(大橋・前掲書二四、二六頁)。

学説も、信義則・禁反言則を根拠に公表通達などの法的拘束力を承認するものが多いようであるが、反対説もある。とりわけ、近時、行政の自己拘束論との関連において、前説をとるものとして大橋・前掲書六六、三六三頁、後説をとるものとして平岡久「訓令・通達」現代行政法大系七卷三四頁。

(3) 乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八一、八三〇〜八三一頁。判例の中にも、平等原則と信義則・禁反言則の適用の場面を分けて考えようとするものも現れている。たとえば、仙台高判昭和五〇年一月二二日行裁集二六巻一号三頁、名古屋地判昭和五七年六月二八日行裁集三三巻六号一四一〇頁、名古屋高判昭和五八年八月一〇日行裁集三四巻八号一四〇〇頁など参照。なお、大橋・前掲書一四一頁注(三〇)が私見を法的安定性に基づく信賴保護原則を根拠に行政規則自体の外部法の効力を承認するとみるのであれば、誤解があるように思われる。

三 原告の平等取扱請求権の失効等?

ところで、東京都側は、法廷において、原告側が競輪事業の削減・廃止に反対または同事業の復活要求という立場から話し合いを拒否し、対策案に所定の金銭の支払いを拒否しておきながら、今日になってこの支払いを求めて本件訴訟を提起するのは禁反言則に違反すると主張している。

右の主張は、いわゆる私人の公法行為への行政側の信賴保護の要請を含んでいる。しかし、原告側が、当時、右

のような態度にでた理由は競輪事業の削減・廃止に反対または同事業の復活要求のためであり、このことは都側に
おいても知りうべきものであったと考えられる。その後の時の経過とともに、原告側の右の要求が実際に実現不可
能となった時点においても、なお原告側は都側に対していっさい、対策案に所定の金銭の支払請求をしないものと
信頼していたといえるかはかなり疑問がある。もともと、東京都は原告に対しても右の金銭の支払措置をとるつも
りであったし、このことは当時、原告が競輪事業の削減・廃止に反対または同事業の復活要求という立場から話し
合いを拒否しなければ平等原則の要求するところでもあり、今日にいたって原告側の金銭支払請求に応ずれば不当
に損害をうけるという状況もみられないから、都側に法的保護に値する信頼があったといえるかは疑問がある。そ
うすると、競走事業廃止等に対する原告側の反対運動が悪質その他許容限度をこえないかぎり、原告側が今日に
なつてこの金銭の支払いを求めることは信頼保護原則や信義則・禁反言則に違反するとはいえないように思われる。
なお、公務員がその免職処分後、長期間経過後に同処分の無効確認訴訟または公務員としての地位の確認訴訟を
提起することは信義則にもとづく失効の法理に違反するとして、訴えは却下または棄却をすべきという判例学説も
ある。⁽¹⁾しかし、原告側の平等取扱請求権の発生時期は、右のように競輪事業の削減・廃止の阻止またはその復活要
求が實際上、不可能になった頃であり、その後、あまり長年月を経ずして行われたとみてよい本件平等取扱請求権
の行使およびそのための訴えの提起は失効の法理にも違反しないであろう。

(1) 乙部「行政訴訟の提起と失効の法理」神戸学院法学一一巻一号一頁以下参照。

五 おわりに

一 自転車競技法は、都道府県については競技の開催権を無期限で認めているが(同一条)、競技の廃止についてはとくに規定をおいていない。したがって、施行者である都道府県は競技の廃止やその時期等については自らの裁量により決定することができると解される⁽¹⁾。ただ、行政はいわゆる計画保障(計画保証、計画担保ともいう)責任を負うことに注意しなければならない。計画保障責任とは、要するに、計画の変更(廃止も含む)に伴う関係人の権利利益を保護するという国等の責任をいう⁽²⁾。計画自体およびその法形式が多様であることから、計画保障責任の内容も損失補償のみでなく、損害賠償、結果責任、経過規定の新設や、助成金の交付、職業指導など多様なものがありうるし、場合によっては計画の変更自体が違法となり、その結果、計画変更が阻止される場合もありうる⁽³⁾。そして、計画保障の法的根拠も財産権や法的安定性の原理、信頼保護原則など一つの権利・法理のみに基礎づけられるものでもない。要するに、当該事案において個別具体的に計画保障の内容・法的根拠が定まってくることになる。

二 本件でも、被告は、競輪等競走事業の廃止を決めるにあたって、金銭の交付、職業斡旋、職業助成など、原告を含む関係者ごとにその権利利益の保護のための措置をとることを決定している⁽⁴⁾。計画保障責任の観点からも、被告の右の決定等は大筋において適切であったように思われる。ただし、その実施の過程については問題点もある。原告・被告間の争点にはいくつかあるが、その中では、とりわけ平等原則・行政の自己拘束の法理の適否の問題が

重要であると思うのである。

- (1) 東京都財務局・前掲書一〇七頁以下参照。
- (2) 従来、西ドイツでは、この問題は *Plangewährleistung* の法理として活発に論じられてきた。西ドイツ法を紹介・検討するものとして、遠藤博也・計画行政法二二三頁以下、乙部「国家計画の変更と信頼保護」神戸学院法学六卷三号一頁以下、手島孝・計画担保責任論一頁以下。
- (3) 判例等については、手島・前掲書七頁以下、一八一頁以下参照。
- (4) 東京都財務局・前掲書一一頁以下参照。