

行政の自己拘束論における「不法に平等なし」の動向

乙 部 哲 郎

目 次

- 一 はじめに
- 二 西ドイツの動向
- 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 なぎに、わが国の行政裁量・行政規則と平等原則論および「行政の自己拘束」(Selbstbindung der Verwaltung) 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こと、一九八一年の国法学者大会報告等では、行政の自己拘束の観念・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り、この意味で、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等も現れているが、この問題については別稿で扱うことなどを付言した。⁽¹⁾

「不法に平等なし」という用語は、一九五九年にデューリッヒが初めて唱えて以来、広く流布するようになったが、この前後においても異なる表現により同一内容の法理が主張されることもあった(後記六頁参照)。その意味は、一般に、従来の同種事案における行政の決定等が法令の規定に違反するために違法(Rechtswidrigkeit)である場合には、平等原則を根拠としても、最終的に、行政は違法な同一の決定等をする義務はなく、相手方にもこの決定等を求める権利はないことをいうものと理解されている。言い換えると、この場合、行政の自己拘束は成立せず、行政の自己拘束は従来の同種事案における行政の決定等が法令の規定に適合する場合に限り認められるということになる。

二 本稿でも「不法に平等なし」の用語を使うことにするがその意味は右のように理解するものとする。⁽²⁾「不法に平等なし」に対立する用語としては、「不法への平等取扱」(Gleichbehandlung im Unrecht)が多用されるようであるが、本稿では、訳語として使用する場合を除いて、もっぱら「不法にも平等あり」という言葉を使うことにする。ところで、「不法に平等なし」に関する判例学説の一端については、かつて触れたことがあった。⁽³⁾本稿は、旧稿との重複をできるだけ避けつつ、第一に、西ドイツのその後の動向を概観すること、第二に、わが国の判例学説の紹介・論評を試みることを意図している。

(1) 乙部「西ドイツ『行政の自己拘束』論の動向」神戸学院法学二〇巻三―四号一二七頁。

(2) これに対して、「不法に平等なし」にいう「不法」の觀念の中に、法令違反のほかに「平等違反」(Gleichheitswidrigkeit)をも含めるかのような見解もないではない。この点について次のような設例があげられている。A企業とB企業が競

争関係にあり、一方の市場利益は他方の損失を意味するような状況において、同一の要件が存在するにもかかわらずAだけに対する資金助成はBには直接の負担を意味することになる。この負担は負担の平等に違反するから違法であり、この資金助成は授益と負担とを同時に含むから全体として違法となる。この場合に、Bが自己に対する資金助成の申請の拒否決定の取消を訴求することができないときは、その結果は不公正であり (ungerecht) 行政が信頼保護の見地からAに対する資金助成を取り消すことができないときはなおさらに不公正である。法違反はまさに平等違反にあり、この違反はBにも同じ授益を行うことよってのみ和らげられる。したがって、このような場合には、違法な行政措置は自己拘束をうみださないという原則の例外が許されなければならない。Vgl. H.-J. Mertens, Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes, 1963, S. 97ff.

また、D. C. Dicke, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Selbstbindung der Verwaltung, VerwArch 59 (1968) S. 308f. も同旨の設例をあげ、この場合、自己拘束を認めることにより初めて平等違反を除去しうるから、この意味では、「不法に平等なし」という表現は正確ではなく、むしろ「瑕疵の繰返しを求める請求権はない」(Kein Anspruch auf Fehlerwiederholung) という表現が適切であると述べている。

(3) 乙部「行政の自己拘束の法理」民商法雑誌七「巻五号八三九頁以下。なお、平岡久「行政規則の法的拘束性(一)」法学雑誌二六卷三〇四号三八八頁以下も、この問題に関する西ドイツの学説を紹介している。

二 西ドイツの動向

一 「不法に平等なし」説

1 従来から、西ドイツの判例・通説は「不法に平等なし」という立場をとっている。⁽¹⁾一九七八年、ゲッツは、この立場をとる連邦行政裁判所の基本的判決としてつぎの二つをあげている。⁽²⁾

連邦行政裁判所一九五六年五月四日判決 (BVerwGE 5,1)

一九三九年二月二八日のドイツ官吏の準備的教育および経歴に関する命令の三〇条によれば、上級職の候補者は準備的勤務終了時に昇進試験を受けなければならないが、再度の受験でも不合格の場合は同令三一条一項により免職されるが、ただし、計画外の勤務の開始時点で中級職の試験合格に相当すると認められるときは、中級職に任命することができた。軍役に召集されたXは、一九四一年、国鉄の検査官候補者 (Reichsbahn-Inspektoranwärter) に任用され、一九四四年には、任用の撤回可能な計画内の国鉄検査官に任用されたが、これには、これから準備的勤務を終了することという留保、および、正規の昇進試験はもはや行われまいという確約 (Zusage) が付されていた。ハノーファー地区国鉄の理事会 (Generaldirektion) は、一九四五年、国鉄検査官試験に合格していない計画内の国鉄検査官は試験合格までの間は任用の撤回可能な官吏にとどめるという方針を発表し、この方針に従って、Xは国鉄検査官試験を再度不合格になったのも国鉄助手に任用された。ところで、ハノーファー地区をも管轄区域とするビーレフェルト管区国鉄理事会は、一九四六年、軍役・捕虜から帰還し、教育をうけていないか教育をうけていても十分ではない者は正規の昇進試験を行わずに主任教官などの決定により検査官に任命しようという行政内部的規則を発表し、この規則に従った取扱も実際に行われていたようである。

そこで、Xは、同規則によれば自分は検査官に任命されるはずであり、これより下位の国鉄助手としての任用は平等原則等に反することを理由に、その取消を求めて出訴したようである。第一審・第二審は取消請求を認容したが、連邦行政裁判所はこの両判決を破棄してXの請求を棄却した。

連邦行政裁判所は、官吏関係の公法・強行法的性質を考慮するならば、正規の試験は行わないという確約 (Zusicherung) は、国家の高権が確約された行政行為によって侵害されず、しかも強行規定に違反しないときに

のみ許容されるという要請に違反するために、本件では「法的効力のある官吏法上の確約は……存在しない」としたのち、「不法に平等なし」の問題について次のように判示する。

ある行政措置が客観的法状況に反して他の同種の事案で与えられているときは、相手方にこの行政措置をとらなくても平等原則違反はみられない。本件では、とりわけ、ビーレフェルト管区国鉄理事会の行政規則は勤務内部の指令 (*innerdienstliche Anweisung*) として権利創設的規範性を欠くから、右の一九三九年の命令三一条の不適用を求めるXの請求権を根拠づけない。Xは、他の地区では同種の状況にある官吏には右の指令の定める基準に従って正規の試験が免除されていたことを平等原則にもとづいて援用することはできない。さらに、平等原則違反の主張は、個別事案において行為権限があり、固有の管轄に従って行為する官庁が同種の事案の不平等な取扱を阻止または除去しうる場合に、かつ、その限りでのみ、理由がある。ハノーファー地区国鉄理事会は、自己の区域内でのみこのような権限をもつが、他の区域内の官吏の官吏法上の取扱に影響力を及ぼす権限も義務もたない。同理事会は、その固有の区域内では、Xと同種の状況にある官吏すべてを右の一九四五年の方針の定める基準に従って平等に取り扱っており、それはまた客観的法状況に沿うものである。

さらに、基本法三条一項の平等原則の適用においては、ビーレフェルト管区国鉄理事会の全管区に同一の組織原理が妥当するとみても、この管区内でも不平等な取扱を認めるにたる合理的な理由が存在する。同管区内の各国鉄理事会は当該地区の官吏志望者数や職数などの違いに応じて人事管理を行うという固有の責任を有するからである。ハノーファー地区国鉄理事会は、その管轄地区がビーレフェルト管区の端に位置するため、同管区内の他の地区よりも旧国鉄職員が殺到することから、客観的法状況に合致し、しかも右の一九四五年の方針の定める基準に適合するが、ビーレフェルト管区国鉄理事会の行政規則に定める基準とは異なる措置をとったことは恣意的 (*willkürli-*

(c)でも非合理的でもなく、基本法三条一項の平等原則に違反するものではない。

連邦行政裁判所一九六九年二月一〇日判決 (BVerwGE 34,278) がゲッツのいうもう一つの基本的判決である。同判決も、「不法に平等なし」を支持するとともに、信頼保護原則によっても同様の違法な取扱をすることはできないと判示しているが、この判決についてはすでに紹介したことがあった。⁽⁶⁾ その後も、連邦行政裁判所は、右の一九五六年判決などを援用して、建築「許可が連邦建設法 (B a u G) 三五条二項および三項に違反して発せられているかぎり、(第一審)原告が自己にも同じように(違法な)許可を発すべきことを求める請求権は、平等原則(基本法三条一項)からも導かれえない」といふものを (BVerwG Urt. v. 3. 6. 1977, DÖV 1977 S. 830) 右の一九六九年判決を援用して「不法に平等なし」を支持するものがある (BVerwG Urt. v. 30. 4. 1981, NWwZ 1982 S. 101)。

なお、従来、連邦財政裁判所および連邦社会裁判所も、連邦行政裁判所と同じく「不法に平等なし」説に従っている。⁽⁴⁾ ただ、租税通則法 (A O) 一六三条・二二七条 (旧一三一条) は、衡平上の減免制度を設けていて、この制度による納税義務者の救済が可能であることから、納税義務者の救済のために「不法に平等なし」の例外を認めるべき必要性は実際にはかなり乏しいようである。⁽⁵⁾

2 一九五四年、イプセンが「瑕疵の繰返しを求める平等請求権は存在しない」(es gibt keinen Gleichheitsanspruch auf Fehler-Wiederholung) と述べ、⁽⁶⁾ 一九五九年、デューリッヒが初めて「不法に平等なし」の標語により同一内容の法理を表明して以来、一般的には後者の用語法が流布することになった。そして、通説はこの「不法に平等なし」説に従っている。最近、オッセンビュール、⁽⁸⁾ ピーツッカー、⁽⁹⁾ ショイイングなども、簡潔にはあるがこの旨の主張をしている。⁽¹⁰⁾

3 「不法に平等なし」説の根拠として、かりに「不法への平等取扱」を容認すれば、執行権の法律・法への拘束を定める基本法二〇条三項に適合しないこと、違法な行政実務に法律廃止的効力 (Gesetzesderogierende Kraft) を与えることになること、裁判官は憲法・法律に拘束されるのではなく、行政上の事実行為に拘束される結果になること、基本法二〇条三項は平等原則の限界を定める結果、「不法に平等なし」とすること、⁽¹¹⁾ の四つに要約する者があり、より簡潔に「不法への平等取扱」を容認すれば法律による行政の原理に違反することになるといふことをあげざる者がある。⁽¹²⁾

(1) Vgl. E. Eyermann/L. Fröhler, Verwaltungsgerechtsordnung, 9. Aufl. 1988, RdNr. 23 zu § 114.

(2) V. Götz, Über die „Gleichheit im Unrecht“, in: Festgabe zum 25-jährigen Bestehen des BVerwG, 1978, S. 249ff. なお、E. Wolny, Gleichbehandlung „im Unrecht“, UPR 1987 S. 122 によれば、メヌムでは、一定の要件・留保のもとに「不法への平等取扱」が確立されているのに対して、オーストリアでは、この問題はあまり扱われないが、その理由は憲法裁判所が明確に「不法への平等取扱」を否認してきたことにあると云う。

(3) 乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八一五頁以下。同判決については、大橋洋一・行政規則の法理と実態二二四頁以下も紹介してある。

(4) 乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八二〇頁注(7)、八二二頁以下参照。

(5) Vgl. Götz, Festgabe, 1978, S. 251f.; W. Berg, Keine Gleichheit im Unrecht?, Jus 1980 S. 421. A〇二二七条等に定める制度の概要については、岩崎政明「衡平を理由とする納税義務の軽減免除」シタリスト九四二号一〇二頁以下参照。なお、V. Götz, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht, NJW 1979 S. 1482 及び Berg, Jus 1980 S. 421 及び A〇二二七条等に類似する規定として連邦建設法三二条二項をあげてある。

(6) H. P. Ipsen, Gleichheit, in: Die Grundrechte II, 2. Aufl. 1954, S. 147f.

- (7) G. Dürig, Gleichheit, in: Staatslexikon, 3. Bd., 6. Aufl. 1959, Sp. 989. なせ H.-W. Arndt, Ungleichheit im Unrecht?, in: Festschrift für Armbruster, 1976, S. 233 Fn. 1.
- (8) F. Ossenbühl, Zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften, in: Festgabe zum 25-jährigen Bestehen des BVerwG, 1978, S. 443f.; ders., Selbstbindungen der Verwaltung, DVBl 1981 S. 861.
- (9) J. Pietzcker, Selbstbindungen der Verwaltung, NJW 1981 S. 2090.
- (10) D. H. Scheuing, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982) S. 157. なせ P. Stelkens/H. J. Bonk/K. Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1990, S. 690 の 四四 と なせ.
- (11) Wolny, UPR 1987 S. 121. なせ Arndt, Festschrift, 1976, S. 238f. は「不法に平等なし」説の根拠を五つに要約しているが、その内容も大体、同じである。
- (12) Eyermann/Fröhler, VwGO, 9. Aufl. 1988, RdNr. 23 zu § 114.

二 「不法にも平等あり」説

1 最近になると、不法にも平等あり説をとる判例学説もかなり現れるようになった。この判例学説もその理論構成の違いからみて、いくつかの系統に分かれるように思われる。まず、給付行政領域では原則として法律の根拠は不要というのが支配的見解であり、⁽¹⁾たとえば、法律の規定の空白領域に資金助成基準 (Subventionsrichtlinien) が設定されて、この基準に従って助成金の交付が行われてきた場合には、「不法に平等なし」説をとるものも、相手方は平等原則を根拠に同様の取扱を求めることができ、これを認めても法律による行政の原理の違反は生じないことを認めてきた。⁽²⁾

ただ、給付行政領域でも法律の根拠が必要であるという見解もあり、これによると右の資金助成基準は法律の根拠を欠くものとして違法であり、相手方がこの基準を適用する従来の取扱と同様の取扱を求めて助成金の交付を要

求するのは「不法に平等なし」に違反するのではないかが問題となりうる。「不法に平等なし」説をとる連邦行政裁判所の判例の中でも一部のもは、この場合、行政規則が形式的には有効でなくとも (formell ungültig) の行政規則に基づく行政実務により行政の自己拘束は可能と明確に判示して、不法にも平等ありを認めている。ベルクも、この場合、「不法に平等なし」を理由に相手方の請求を拒否するのは不衡平である (unbillig) と述べている。⁽⁴⁾ ゲッツは、この場合を不法にも平等ありが認められる典型的ケースとみるようである (後記一四〇一五頁参照)。ただ、このケースは、不法にも平等ありに関するものとしてはやや特異な事案であった。

2 「不法」が現存する法令の内容違反を意味するケースにおいて、「不法に平等なし」の例外を認める見解がある。この見解を初めて主張し⁽⁵⁾、かつ、その代表的論者と目されるのはゲッツである。すなわち、一九六八年、ゲッツは、行政庁は当面の事案では従来の違法な行政実務に従う決定をすべき場合もあるが、将来に向かっては一般的行政規則などにより違法な行政実務を適法な行政実務に一般的に改めればよく、このことは平等原則により阻止されることはない⁽⁶⁾と述べている。一九七一年二月八日のバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所決定 (DVB1 1972 S. 186) も「不法に平等なし」の例外を認めているが、⁽⁷⁾ 同決定はこの種の裁判例の最初であり、⁽⁸⁾ その後もほとんど唯一の判例であり続けたようである。⁽⁹⁾

アイヤーマン・フレラーは、一九七七年頃までは「不法に平等なし」説に従っていたが、⁽¹⁰⁾ その後、不法にも平等あり説に改説した。最近では、平等原則と対立関係にあるのは、「不法に平等なし」説がいうような法律による行政の原理そのものではなく、単なる法律的規範 (einfachgesetzliche Norm) とみるべきであり、この場合、憲法上の地位をもつ平等原則の方が優越し、結局、「不法への平等取扱」を求める請求権が認められると主張する。また、確定力の理論、違法な授益的行政行為の職権取消の制限理論などにもみられるように、単なる法律的規範に

違反する行政行為等の存続ということは絶対に容認できないわけでもないとも述べている。ただし、アイヤーマン「フレーター」も、「不法への平等取扱」を求める請求権の発生要件は厳格であるべきであるといい、とりわけ、官庁が違法な行政実務を原則的に変更しようとするときはこの請求権は認められず、言い換えると、違法な授益的実務の継続的保持を求める請求権は容認されず、恣意的にこの実務から離反しないことを求める請求権があるにすぎないこと、法律違反の行政実務が法的感情に絶対的にあわず、恣意すら存在しこれにより最高の憲法原則である法治国原則に違反するであろうときは、「不法への平等取扱」を求める請求権は拒否されることなどを付加している⁽¹¹⁾点に留意すべきである。

一九八七年、ヴォルニィは、かつてのランデルツホーフアーのごとく、羈束行政 (gesetzestakzessorische Verwaltung) と非羈束行政に分け、前者については「不法への平等取扱」を否定し、後者をさらに裁量領域、法律の空白領域、行政が立法者の作用を行う領域に細分して「不法への平等取扱」の可否を論じるといふ方法に反対し、⁽¹²⁾また、次にみるカッセル行政裁判所の一九八五年決定のごとく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といふ考え方にも反対し、結局、アイヤーマン「フレーター」の近時の見解に同調すべきであるという。⁽¹³⁾そして、恣意的差別となるかぎり、その形式的な法律違反にもかかわらず、授益・許可は付与されなければならないのに対して、侵害・負担は行われてはならず、いずれの場合にも「不法への平等取扱」が認められると主張する。ただし、ヴォルニィも、「不法への平等取扱」を求める請求権は、行政庁が合理的理由もないのに個別事件においてのみ合法的取扱をしようとする場合に初めて認められるのであり、行政庁が従来法律違反の行政実務からの離反を宣言し、または、これに相応する決定をつうじてこのことを実証するときは平等取扱原則には違反しないこと、また、法律違反の行政実務にもとづき法律廃止的効果が生じて憲法国家が疑問とされるよう

な事態が発生するときは、不法への平等取扱を求める請求権は容認されないなどと主張⁽¹⁴⁾して、不法にも平等ありの適用要件を厳格にみようとしている。もつとも、アイヤーマン＝フレーターは恣意の禁止を法治国原則から導くのに対して、ヴォルニイは従来の支配的見解と同じく恣意の禁止を平等原則から導くことなどの点では、両者の間に微妙な差異もみられる。

一九八七年、レッヘンバッハも、カッセル行政裁判所の一九八五年決定の結論には賛成するが給付行政・侵害行政の区別法には反対して、法律違反状態の連続性 (Perpetuierung) や固定化 (Verfestigung) の危険性がなければ、法律の強行規定の不順守も耐えうるといい、この場合には、給付行政・侵害行政の区別を問わず「不法への平等取扱」が認められると主張している。⁽¹⁵⁾

3 カッセル行政裁判所一九八五年七月一二日決定 (NVwZ 1986 S. 683) は、給付行政と侵害行政を分けて不法にも平等ありの妥当領域を侵害行政に限定しようとするなどの点において、従来の判例通説やアイヤーマン＝フレーターなどとは異なり、また、ランデルツホーフラーとも微妙に違うところがある。事実関係はつぎのようである。

一九七四年四月、相手方が郊外の景観保護命令の適用領域にある土地に、道具等の収納や悪天候のさいの避難用などにあてるための建物を建築するとともに、建築許可を申請、建築監督官庁はこの申請を拒否するとともに建物の除却命令を発し、これに対する異議審査請求は棄却された。ところで、ヘッセン州自然保護法八条は自然および景観に対する違法な侵害があるときは権限のある官庁に建物の利用禁止をすることを義務づけており、自然保護官庁は、同法条にもとづいて、一九八五年一月、右の建物の利用禁止を命ずるとともにその即時執行を命じた。本件では、同種の状況にある他の三名に対しては建物の利用禁止等の措置はとられなかったことから、相手方は、自己に対する建物の利用禁止措置は平等原則に違反することを理由に、その執行停止を申し立てた。第一審は申立てを

却下、第二審（本裁判所）は申立てを認容したが、その理由はつぎのようである。

平等原則の適用は、違法な行政措置の保持を求める請求権はないという原則により妨げられることはない。後者の原則は、憲法違反または単なる法律違反の行政措置を求めることはできず、このような措置を求める申請は拒否され、それに向けた訴えも棄却されるべきことを意味する。したがって、同原則の意義は給付行政の領域にある。たとえば、建築許可の発付のための法律上の要件は存在しないが、同種の事案において官庁は不法にもこの許可を発したという場合、建築許可の発付を求める請求権は存在しない。その理由は、憲法が下位法違反のもとでの平等取扱はないことを命ずるからである。これに対して、行政が市民の権利に干与する場合には、異なる判断が必要である。この場合、憲法は、官庁の法律上の行為義務を阻止するわけではなく、平等な取扱を要求しているにすぎないからである。平等原則を順守しないが法律には従っている一方的措置は差別的（diskriminierend）であり、裁判において取り消されなければならない。このような状態は、個別事案のみに関わり、かつ、暫定的性格（vorläufiger Natur）をもつがために、憲法上、忍ばれうる。すなわち、官庁は遅滞なくこの法律をすべての同種事案において適用することを義務づけられ、この義務は平等原則の要求するところでもあるからである。この官庁の権限は、長期にわたるその不行使により失効（Verwirkung）することもない。

(1) Vgl. Berg, Jus 1980 S. 419f.

(2) たとえど、F. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 550ff. など、平岡「前掲」法学雑誌二十六巻三三四号三九三頁、同「行政規則の法的拘束性（二・完）」法学雑誌二七巻一号六頁以下、大橋・前掲書七八頁以下、一〇四頁以下参照。なお、前記二頁注（2）参照。

(3) BVerwG-Urt. v. 5. 5. 1964, BVerwGE 18, 269.

- (4) Berg, Jus 1980 S. 420.
- (5) Vgl. A. Ranzelzhofer, Gleichbehandlung im Unrecht?, JZ 1973 S. 537.
- (6) V. Götz, Das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, DVBl 1968 S. 96. なお、同報「前掲」民商法雑誌七一巻五号入四〇頁注(8)参照。
DVBl 1968 S. 96. なお、同報「前掲」民商法雑誌七一巻五号入四〇頁注(8)参照。Götz, DVBl 1972 S. 189. 同決定の評釈をめぐってその結論を賛成してゐる。
- (7) 同決定については、同報「前掲」民商法雑誌七一巻五号入四〇頁注(9)参照。Götz, DVBl 1972 S. 189. 同決定の評釈をめぐってその結論を賛成してゐる。
- (8) Vgl. Arndt, Festschrift, 1976, S. 233 Fn. 2.
- (9) Vgl. P. Rechenbach, Verfassungsanspruch auf „Gleichbehandlung im Unrecht“, NWwZ 1987 S. 383 Fn. 1.
- (10) E. Eyermann/L. Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl. 1977, RdNr. 23 zu § 114.
- (11) Eyermann/Fröhler, VwGO, 9. Aufl. 1988, RdNr. 23 zu § 114.
- (12) Ranzelzhofer, JZ 1973 S. 538f.
- (13) Wolny, UPR 1987 S. 123ff. なお、同報 Eyermann/Fröhler, VwGO, 8. Aufl. 1980, RdNr. 23 zu § 114 を引用してゐる。
- (14) Wolny, UPR 1987 S. 124f.
- (15) Rechenbach, NWwZ 1987 S. 386.

三 その他の論理構成

1 同種の違法な授益の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、その論拠を平等原則ではなく信頼保護原則に求めるものがある。一九七三年、ランデルツホーフアーは、平等原則のもつ急進的性格からみて従来の違法な行政実務の反復的適用を免れないことを理由に、一九六八年のゲッツの前記見解は適切ではないとして、相手方の救済のために従来の違法な行政実務の一時的適用という結果を得るためには、行政の自己拘束

の根拠を平等原則ではなく法的安定性の原理を基礎とする信頼保護原則に求めるべきであると述べていた。⁽²⁾

ところで、ゲッツは、一九七八年、従来の違法な行政実務を、将来に向かってまたは遅滞なく適法な行政実務に改めるべきであり、これによって行政の法律適合性も満足されるといい、この点については「不法に平等なし」説に批判的な者にも異論はないという。問題は、当面の事案において、従来の違法な行政実務を行うべきかどうかであり、場合によってはこれが許されるといい、この場合の根拠を法律の平等の適用への信頼は保護に値するという意味の信頼保護原則に求める。連邦憲法裁判所が法律の遡及的変更の不許容の根拠を信頼保護原則に求めることを念頭におきつつ、信頼保護原則に基づき過度期の事案についてのみ従来の違法な行政実務と同じ扱いをしても、将来に向かっては適法な行政実務に改めることができるのであるから、この場合、オッセンビュールや彼に従うアルントが心配するような(アルントの見解については、後記一六頁参照)点的に付与される信頼保護 (punktuell gewährter Vertrauensschutz) を⁽³⁾える集団的に効果を及ぼす (gruppenwirksam) 信頼保護を認める結果、行政の法律適合性を危うくするというようなことはないというのである。⁽³⁾

このように、ゲッツは、不法にも平等ありの法的根拠を實質的には信頼保護原則に求め、しかも連邦憲法裁判所の見解を援用しているところからこの場合の信頼保護の基礎を法的安定性の原理に求めるようにも解しうるなど、ほとんどランデルツホーフアーの見解と変わりはなくなってきた。もっとも、ゲッツは、平等原則は、信頼保護原則に対立するものではなく、信頼保護の理由づけのための一つの要因となるとしており、⁽⁴⁾ランデルツホーフアーが平等原則と信頼保護原則を対立的に捉えているのとくらべて微妙な差異がある。また、羈束行政と非羈束行政などに分けて不法にも平等ありの可否を論ずるという方法をとっていないことでも、ランデルツホーフアーとの差異が認められよう。ついで、ゲッツは、具体的に、右の保護に値する信頼は、建築法領域では見出しがたいのに対

して、法律の根拠を欠く資金助成基準にもとづいて従来、資金助成を行ってきたという場合には存しようとする⁽⁵⁾べからず、不法にも平等あり説の代表的論者とされるゲッツも、その具体的適用については厳格な態度をとっているといえるであろう。

ゲッツは、右の論文においては、信頼保護原則の適用要件が問題であるとするのであるが、一九七九年、スイスの連邦裁判所からも示唆を受けて（なお、前記七頁注（2）参照）、法律適合性が法適用の平等よりも優越するがこれには限界があるとして、この限界をさぐるにあたり、平等取扱を求める権利の要件として、①従来の行政実務に従って平等に取り扱われるべきという優越的な保護に値する信頼（überwiegend schutzwürdiges Vertrauen）、②忍びがたい競争上の不利益（前記二頁注（2）参照）、③直ちに精確で適切な法的見解に移行することが不可能、という三つの要件をあげているのが注目される。そして、違法な授益的行政行為や違法な確約は信頼を援用する相手方自身に直接発せられるのに、違法な行政実務は第三者に行われていることから、後者の場合の信頼保護は特別の事情が加わらなければ認められないとしながらも、法律の遡及的変更の場合にも信頼保護は可能であるから信頼保護原則の適用は必ずしも個別具体的な授益的行為のみに制限されるわけではないと主張している⁽⁶⁾。なお、具体的に、従来、建築法に違反する建築許可が発せられた結果、違法建築物が現存する場合、平等原則を根拠に、相手方による同種の新規の建築許可申請を認容すべきとか、現存する違法建築物のうち特定のものについて除却命令を発することは許されないとかいうことは原則としていえない⁽⁷⁾とい、いぜんとして不法にも平等ありの具体的適用については厳しい態度を保持していると考えられる。

一九八一年、ブルマイスターも、「不法に平等なし」の原則を承認しながら、このことは、必ずしも信頼保護原理に基づきな授益を得ていない者に対する官庁の違法な授益的決定への拘束義務を絶対に排除することを意味す

るわけではないと述べている。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

2 同種の違法な授益享受という結果が実質的には得られる場合があるとしながらも、この論拠を平等原則とか信頼保護原則に求めることに反対するものもある。すなわち、一九七六年、アルントは、「不法に平等なし」という考え方は法律上の根拠をもたないことなどを理由に「不法に平等なし」の用語を法律用語の中から排除して、これに代えて旧AO一三一条、行政裁判所法(VWGO)一四条などの実定法上の制度によるべきであり、前記のバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所決定のケースでも、旧AO一三一条の類推適用により同決定と同一の結果を得ることができたはずであるという。⁽¹⁰⁾

アルントは、さらに、信頼保護原則の適否の決定が個別事案の利益考量にかかるところから国家的決定の法的安定性と予見可能性が損なわれること、信頼保護原則は違法な授益的行政行為の職権取消の制限の根拠としては適切であつても、この場合と違法な行政実務の存続の場合との間には同種の信頼の要件事実は存在しないこと、信頼保護原則を根拠に違法な行政実務の存続を認めるときは、点的な信頼保護ではなく一般的集団的な信頼保護を求める結果となり、基本法二〇条三項の法律適合性と個別的正義についての原則例外関係は逆転することなどを理由に、信頼保護原則を根拠として違法な行政実務の存続を認めることにも反対する。⁽¹¹⁾

(1) このかたは、Arndt, Festschrift, 1976, S. 243 も同じ意見である。

(2) Randelzhofer, JZ 1973 S. 542f. など、乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八二九頁参照。

(3) Götz, Festgabe, 1978, S. 246, 253ff.

(4) Götz, Festgabe, 1978, S. 246 Fn. 4.

(5) Götz, Festgabe, 1978, S. 255ff.

- (9) Götz, NJW 1979 S. 1479, 1481.
 - (7) Götz, NJW 1979 S. 1479, 1481ff.
 - (8) J. Burmeister, Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 1981 S. 861.
 - (9) なお、一般に行政規則はその公表により信頼保護に基づき外部法的効果を発生させると主張するものがある。たとえば、G. Schwerdtfeger, Die lenkende Veröffentlichung von Subventionsrichtlinien-Auslobung und Vertrauensschutz, NVwZ 1984 S. 486; Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, 3. Aufl. 1990, S. 689.
 - (10) Arndt, Festschrift, 1976, S. 233ff., 250f. なお、Götz, Festgabe, 1978, S. 253f. も、従来、行政が違法な実務の保持を強制されるという意味の平等要請なるものはなかったから、もったいぶった否定的な平等の表現により行政を防御すべき必要性はなく、したがって、「不法に平等なし」という表現は適切ではないという。なお、前記三頁注(2)参照。
 - (11) 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」法学雑誌二六卷三〇四号三六三頁以下、二七卷一号一頁以下、大橋・前掲書一二四頁以下参照。
- (11) Arndt, Festschrift, 1976, S. 243ff.

三 若干の検討(1)

一 「不法に平等なし」が原則

1 西ドイツの通説によれば、従来の行政実務からのたまたまの離反は平等原則に違反するが、原則的離反(99. randsätzliches Abweichen)は平等原則に違反しないと解されている。これによれば、裁量の範囲内に属するかぎり、従来の適法な行政実務に代えて別の適法な行政実務を原則的に展開することも許される。そうすると、従来の行政実務が法律に違反するときは、この行政実務からの原則的離反を意味する新たな適法な行政実務をとること

も当然に平等原則に違反しない。他方、違法な行政実務の反復を認めれば、法律による行政の原理への侵害は耐えがたいものになる。したがって、一般に、従来の行政実務が法律に違反するときは、将来に向かっては適法な行政実務への原則的変更が行われなければならない。⁽¹⁾このように、「不法に平等なし」が原則であるべきことについては、西ドイツにおいて不法にも平等ありを認める論者にも異論はないように思われる。

2 この意味で、前記の連邦行政裁判所の一九五六年判決は適切であるように解される。本件では、ハノーファー地区国鉄理事會は、それまでの同種のケースすべてにおいて適法な決定を行ってきたというのであるから、後述のような不法にも平等ありの適用要件に照らしても(二二頁以下参照)、Xについて不法にも平等ありを認めることはできないように思われる。

もっとも、同判決が「個別事案において行為権限があり、固有の管轄に従って行為する官庁が同種の事案の不平等な取扱を阻止または除去しうる場合」にのみ平等原則が適用されると判示するのは、どのような意味であらうか。もし、同理事會のXに対する決定が平等原則違反のために違法となるのは、同理事會自身が従来同種の事件において異なる決定を反復してきた場合であるというように、同一行政庁による決定基準のみを比較の対象とするのであれば、疑問の余地があるように思われる。A行政庁とB行政庁間の行政実務の抵触を統一的に解消しうるような権限をもつ共通の上級行政庁があり、かつ、この行政実務が同じ法規定の適用下にあるべき場合には、A行政庁の決定(基準)に、同種の事案においてB行政庁も平等原則に基づき拘束される可能性もあると解すべきである。⁽³⁾ただし、B行政庁自身が同種事案においてA行政庁や共通の上級行政庁の決定等とは異なる決定等を多数反復してきており、かつ、B行政庁の決定等が適正である場合には、B行政庁は自らの決定等に拘束されるとみるべきであらう。したがって、B行政庁がA行政庁の決定等に拘束されるのは、A行政庁による適正な決定等がすでにかなり行われ

てきているときに、B 行政庁が初めて同種の決定等を行う場合などに限られてくるであろう。この意味では、同判決の判旨は適切であるといえよう。

(1) 乙部「前掲」民商法雑誌七一卷五号八三七頁以下、平岡「前掲」法学雑誌二六卷三〇四号三八六頁以下参照。

(2) Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, 3. Aufl. 1990, S. 691 同頁以下。

(3) Götz, DVBl 1968 S. 97 同頁以下。

二 例外的に「不法にも平等あり」

1 アイヤーマン・フリーラーは、平等原則と対立するのは法律による行政の原理ではなく個別の単なる法律規定であるから、憲法上の地位をもつ平等原則に優位性があるとして不法にも平等ありを認める。この論理によれば、行政が従来 of 違法な行政実務を原則的に適法なものに改めないかぎり、レッヘンバッハなどが心配するような法律違反状態の連続性や固定化が生じ、法律による行政の原理への耐えがたい侵犯のおそれが発生するようにも思われる。個別具体的事案において直接に対立するのは個別の法規定の価値と相手方の具体的利益などであろうが、一般的抽象的および方法的にはこれを法律による行政の原理と平等原則の対立とみることも可能であり、不法にも平等ありの認否の判断にあたり法律による行政の原理をまったく無視することは許されないであろう。

逆に、法律違反状態の連続性や固定化がすでに生じている場合には、実質的にみて法律による行政の原理を回復することは意味がなく、相手方の具体的利益の保護の必要もあるときは、相手方の同種事案においてのみ適法な行政実務に改めるということは許されず、不法にも平等ありを認める余地があるように思われる。したがって、レッヘンバッハの見解にも若干の疑問がある。

2 前記のカッセル行政裁判所決定は、不法にも平等ありの適用を給付行政と侵害行政とで区別する。その理由

は、おそらく、給付行政領域で不法にも平等ありを認めれば、将来も同種事実でくりかえし違法な建築許可の発付義務が生じることになり、建築法違反状況の固定化につながり、法律による行政の原理にとって耐えがたい結果となるのに対して、侵害行政領域で不法にも平等ありを認めても法律による行政の原理に対する違反状態は暫定的・一時的性格をもつにすぎず、本件でも、行政は、相手方に対する建物の利用禁止措置を平等原則を理由に一時的にとらなくても、その後遅滞なく法律違反状態の解消など包括的計画的な見直しの見地から、同種の状況にある他の三名も含めて一挙に建物の利用禁止措置をまさに平等原則をも根拠にとりうるという点にあるようである。⁽¹⁾

カッセル行政裁判所が結論的に不法にも平等ありを認めたことには賛成であるが、その理由として、給付行政・侵害行政の区別法をあげる点には疑問の余地がある。第一に、違法な建築許可の反復的な発付義務を承認することは法律による行政の原理にとって耐えがたい結果となるが、同じことは、反復的に違法建築物の利用禁止措置をとらない場合にも妥当するからである。第二に、違法建築物の利用禁止措置を一時的にとらないでにおいて、その後遅滞なくこの違法建築物および既存の他の違法建築物も含めて一挙に利用禁止措置をとることができるといっても、やや便宜的にすぎないように思われる。この点を別にしても、この論理によれば、一時的に相手方に対して違法な建築許可の発付義務を承認し、その後遅滞なく、この建築許可の職権取消や既存の他の違法建築物を含めてその利用禁止措置をとることも、許されるはずである。⁽²⁾ この場合、違法建築物の利用禁止措置をとらないという不作為か、それとも違法な建築許可の発付という作為かといった違いがあるにすぎない。もっとも、積極的に違法な建築許可の発付により違法建築物を出現させておいて、その後遅滞なく利用禁止措置をとるといふことにはより抑制的であるべきであるかもしれない。この点は、次にみる不法にも平等ありの可否を決めることになる行政側・相手方等の利害の比較考量において、考慮されるべき一つの要因となるであろう。

なお、ヴォルニイもいうように⁽³⁾、羈束行政では平等原則は實際上、法律による行政の原理と同じ機能を發揮するであろうが、行政庁が従来、違法な決定等を展開してきたのに、相手方の同種事件においてのみ適法な決定等を行う場合には恣意的差別となり、平等原則に違反することもありうる。したがって、羈束行政と非羈束行政とに區別して不法にも平等ありの可否を論ずるといふランデルツホーフアーの見解にも疑問が残る。

3 要するに、羈束行政と非羈束行政とか給付行政と侵害行政という區別法にとらわれず、原則は「不法に平等なし」であるが、違法な行政実務から適法な行政実務への移行の過度期においてはその例外も認められると解すべきである。不法にも平等ありが認められるかどうかは行政側・相手方の利害等の比較考量により決められるべきであるように思う。⁽⁴⁾

まず、法律による行政の原理は法律に従って行動すべきことをいい、平等原則は同種の事情にある関係人の平等取扱をいう。いずれの法理も、個別具体的事案においてどのような法規定の違反や相手方の利益などが問題となっているかを直接に問うことなく、一般抽象的にあらかじめ原則として行政のすべての行動についての指針を示す基本原則であり、また一種の方法論を示すものであるともいえる。いずれの法理も、個別具体的ケースにおける利害の比較考量において考慮されるべき実体的価値を直接に示すものではない。このような性格をもつ法律による行政の原理や平等原則は、行政活動の全般および類型ごとにその基本は維持されるべき必要があるが、アイヤーマン⁽⁵⁾フレーターも違法な授益的行政行為の職権取消の制限法理などを例にして述べているように、個別具体的事案すべてにおいて絶対的に貫徹されるべき法理ではない。また、個別具体的ケースにおいては、法律による行政の原理が平等原則などと対立する場合もあり、この場合には対立する法理の調整が図られなければならない。その結果、法律による行政の原理の侵犯が形式的または輕微である場合、または、逆に、すでに行政が誤って違法な決定等を反

復してきた結果、実質的にみて法律による行政の原理を相手方の同種事案において回復することが無意味である場合には、法律による行政の原理といえども後退すべきケースもありうるであろう。

つぎに、個別具体的事案においては、個別の法規定の担う価値と相手方の具体的利害などの対立としても現れ、不法にも平等ありの許否の判断についての利益考量においては、法律による行政の原理と平等原則という一般抽象的考量とともに、この個別具体的考量の方も重要であろう。ただし、個別の法規定の担う価値と相手方の具体的利害などの内容は当該事案の具体的状況により多様でありうる。したがって、どちらが優先すべきかはあらかじめ一般的に決めることは難しく、当該事案の具体的事情を考量して決めざるをえないように思われる。

(1) この意味で、前記のバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所決定が、行政の法律適合性の原則は自己目的ではなく絶対的に貫徹されるべきものではないとして、法規命令に所定の大学の受講料徴収義務は例外的にのみ実施されていたという量的要素、および、相手方等から受講料を徴収しなくても大学財政・州財政に与える影響はあまりないという質的要素を考慮すれば、不法にも平等ありを認めて差し支えないと判示しているのも評価に値する。また、前記のカッセル行政裁判所決定が、一九八二年の同裁判所判決のケースでは、⁶⁾建築監督官庁はここ数年来、係争地域において同種の違法建築物の除却命令を計画的かつ系統的に発してきたことを考慮すれば、五つの違法建築物に対してだけ除却命令を発していなかったことは、いまだ法的に重要な不平等取扱 (rechtserhebliche Ungleichbehandlung) を意味しないのに対して、本件では(一九八五年のケース)、建築監督官庁は少なくとも自己に知られた四つの違法建築物のなかで一つについてのみ利用禁止措置をとったにすぎず、しかも一九七〇年代初来、違法建築物について利用禁止等の措置をとっていないなど、右の一九八二年判決のケースとは事情が異なり、したがって、本件の利用禁止措置は平等原則に違反し違法であるとしているのも、評価に値する。

右の二つの場合、すでに行政が誤って違法な決定等を回復してきた結果、実質的にみて法律による行政の原理を相手方の同種事案において回復することが無意味であり、かつ、相手方の具体的利益を保護する必要があるように思われるからである。

(2) また、資金助成など法律の規定の空白領域においては、多数の関係者の平等取扱を確保するために行政規則を策定することが多い。この行政規則および行政規則にもとづいて行われる資金の交付決定等は被交付者の権利自由を侵害するものではないことを考えれば、この種の行政規則の策定等にも法律の根拠が必要であると考えてよいかは疑問がある。⁽⁷⁾ かりに、法律の根拠を欠くこの種の行政規則はすべて違法であり、違法な行政規則に基づいて行われてきた資金助成の行政実務もすべて違法と考える場合でも、不法にも平等ありが認められ、結局、相手方は同種の資金助成を得る結果となることがあると解すべきであろう(前記二頁注(2)のごとく考える場合も同様)。このように解しても、具体的法規定をならんら侵害するわけではなく、法律による行政の原理の侵害は形式的であり、これよりも平等原則の方を優先すべきであり、また、相手方の具体的利益を保護する必要もありうるからである。⁽⁸⁾

これに対して、西ドイツにおいて平等原則を根拠に行政規則自体の外部法的効力を承認する有力説には疑問があるが、たとえ、この見解に従う場合でも、行政規則が違法である場合には、平等原則を根拠にこの行政規則に定める給付の決定等を求めることは原則として許されないと解すべきであろう。⁽⁹⁾ 西ドイツにおいても、これは支配的見解である。⁽¹⁰⁾ もし、給付請求を承認していく場合には、法律違反が大量に発生することになり、法律による行政の原理の侵害が耐えがたいものになるおそれがあるからである。

(7) Vgl. Rechenbach, NYwZ 1987 S. 386; Wolny, UPR 1987 S. 123.

(8) Wolny, UPR 1987 S. 123 は、建築許可などの違法な授益的行政行為も、連邦行政手続法(VwVfG)四八条の制

約のもとではあるが職権取消の可能性があるから、その存続はやはり「暫定的性格」をもつとして、平等取扱請求権に基づき違法な授益的行政行為の発付を承認しても違法な行政実務による法律廃止という結果になるわけではないとして、カッセル行政裁判所決定による給付・侵害の区別法に反対する。たしかに、行政庁は違法であるにもかかわらず建築許可を発する旨を相手方に告げることにより、当初から、建築許可に対する相手方の信頼は存在しないから、V w V f G 四八条のもとではこの建築許可の職権取消は許されることにならう。

(3) Vgl. Wolny, UPR 1987 S. 122.

(4) 乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八三九頁。

(5) このことは、わが国においても、たとえば、租税法関係における信義則・禁反言則との関連において、判例・学説の多くも認めるところである。乙部「租税法における禁反言の法理」民商法雑誌七五巻二号三〇五頁以下、同「租税法と信義則・禁反言則(二・完)」民商法雑誌一〇〇巻四号六六四頁以下参照。

(6) VGH Kassel Urt. v. 29. 4. 1982, NJW 1984 S. 318 をさす。事実関係は必ずしも明確ではないが、相手方が、同種の状況にある他の五つの違法建築物に対しては除却命令を発しなかったのに、自己の違法建築物に対しては除却命令を発するのは平等原則に違反し違法であるとしてその取消訴訟を提起したようである。同判決は、建築監督官庁は本判決時点までには他の五つの違法建築物に対して除却命令を発するかどうかを明らかにしていないが、同官庁はここ数年来、係争地域において同種の違法建築物の除却命令を計画的かつ系統的に発してきたことを考えれば、将来、同種の事案において、右の除却命令の法的要件が充たされているにもかかわらず、この命令を発しない場合には、平等取扱原則に対する許しがたい違反が認められうることは明らかであるとして、平等原則違反の主張を否認して請求を棄却した。

(7) 塩野宏・行政法 I 八一頁。なお、村上武則「給付行政」行政法の争点〔新版〕一三頁および同所に掲記の文献参照。

(8) いわゆる都営競輪事業廃止事件において、東京都は「対策案」を策定してこれに基づき関係人に金銭の支払措置等を行っているが、かりに、これらが法律や条例の根拠を欠くから違法とみるときでも、相手方は平等取扱請求権を行使すること

ができるように思う。乙部『行政の自己拘束』論の「考察」神戸学院法学二二巻二号一七頁参照。

(9) たとへば Eymann/Fröhler, WvGO, 9. Aufl. 1988, RdNr. 22 zu § 114. など Ossenbühl, Festgabe, 1978, S. 44ff. も、最近の判例においてこのような見解がどんどん増えつつあることを指摘して、行政規則は特定の給付を求める直接の権利を創設しえないという従来からの異論のないテーゼを侵すおそれがあることを理由に、結局は右の見解には反対する。もっとも、オッセンビュールによる批判は、行政規則自体の外部法的効力を直接に認める見解には妥当するであろうが、平等原則を介して間接に行政規則の外部法的効力を認める見解には必ずしも妥当しないように思われる。

(10) 平岡「前掲」法学雑誌二六巻三〇四号三七三頁以下、乙部「行政の自己拘束の觀念と範圍」神戸学院法学一三巻三号一八頁。これに対して、塩野・前掲書八一〜八二頁は、平等取扱原則などに基づいて裁量基準や給付規則自体の外部法的効力の余地を認める。なお、大橋・前掲書五四頁以下、一二四頁以下参照。

(11) Vgl. Berg, Jus 1980 S. 421.

三 その他の論理構成？

1 前記の連邦行政裁判所の一九六九年の基本的判決やオッセンビュール、アルントもいうように、行政規則または行政実務が違法である場合には、信頼保護原則を根拠にこの行政規則や行政実務にみられる給付決定等を求めることは許されないと解すべきである。⁽²⁾この場合、行政と相手方との間には信頼保護原則の適用の前提となる具体的関係が存在しないし、⁽³⁾また、もし給付決定等を発していく場合には、法律違反の状態が大量に発生することになり、法律による行政の原理の侵害が耐えがたいものになるおそれがあるからである。前記のように、最近のゲッツは、法律適用の平等についての信頼保護の要件を掲げ、違法な行政実務について平等取扱請求権の発生をしほろうとしてはいるが、これに対しても、ほぼ同様の批判が妥当するように思われる。⁽⁴⁾

2 「不法に平等なし」の原則またはその例外的不適用という方法に代えて、旧AO一三一条(現一六三条・二

二七条)やVWGO一一四条などの実定法律制度によるべきという方法にも疑問がある。右の方法を提示するアルント自身、他の行政領域における同種事件での旧AO一三一条の類推適用にもおのずと限度があることは認めている。⁽⁵⁾また、VWGO一一四条は行政裁量についての裁判審査を定める規定であるが、この規定があるというだけでは問題の解決にはならない。この法条にもとづく裁量の審査基準の一つとして平等原則があるわけであり、同法条のもとでどのような場合に裁量の行使が平等原則に違反するか否かを論じる必要があるからである。

- (1) Ossenbühl, DVBl 1981 S. 861 も同旨である。
- (2) 乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八一、八三〇〜八三一頁、平岡久「訓令・通達」現代行政法大系七巻二三四頁、大橋・前掲書六六、三六三頁参照。
- (3) 乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八一頁。
- (4) Berg, Jus 1980 S. 421 も、ゲッツの提案は検討に値するとしているが、結局、この提案は従来の支配的見解に背くと、いつこれに反対し、その理由として前記のアルントの見解と同旨のことを述べている。
- (5) Arndt, Festschrift, 1976, S. 249.
- (6) Eyermann/Fröhler, VWGO, 9. Aufl. 1988, RdNr. 22f. zu § 114 も、このような方法をとっている。

四 若干の検討(2)

一 わが国の判例学説の展開

1 わが国の場合、概観するかぎりでは、「不法に平等なし」の是非を扱う判例・学説の数は多くはない。西ドイツの場合とは異なり、わが国では、「不法に平等なし」説と不法にも平等あり説が相半ばするようであり、また、不法にも平等ありを明示する次の判決がこの問題を扱う判例学説の発端をなしたようである。

大阪高判昭和四四年九月三〇日判時六〇六号一九頁〔1〕

相手方が、輸入した本件信号用品と同一品種に対しては、同一時期に横浜・大阪の各税関は二〇%の税率による関税を賦課徴収したことを理由に、本件物品に対し神戸税関が賦課した三〇%の税率による課税処分のうち一〇%に相当する部分は無効であると訴えた事件である。大阪高裁は、「課・徴税処分に関与する全国の税務官庁の大多数が法律の誤解その他の理由によって、事実上、特定の期間特定の課税物件について、法定の課税標準ないし税率より軽減された課税標準ないし税率で課・徴税処分をして、しかも、その後、法定の税率による税金とみぎのよう
に軽減された税率による税金の差額を、実際に追徴したことがなく且つ追徴する見込みもない状況にあるときには、租税法律主義ないし課・徴税平等の原則により、みぎ状態の継続した期間中は、法律の規定に反して多数の税務官庁が採用した軽減された課税標準ないし税率の方が、実定法上正当なものとされ、いたって法定の課税標準、税率に従った課・徴税処分は、実定法に反する処分として、みぎ軽減された課税標準ないし税率を超過する部分については違法処分」と解されるが、この「瑕疵は、『客観的に明白なもの』と言うことはできない」として、本件処分はこの一〇%の限度においても当然無効となるものではないと結論づけた。⁽¹⁾

学説の多くはこの判決についての論評であるが、同判決に賛成するものと反対するものとが相拮抗するようである。⁽²⁾

2 その後、一見すると、「不法に平等なし」説をとるかのよう⁽¹⁾に解される以下の三つの判決が現れている。

仙台高判昭和五〇年一月二二日行裁集二六卷一号三頁〔2〕

X会社（原告・被控訴人）は、昭和二七年八月以来、金属マンガン⁽¹⁾を製造してきたが、それは地方税法にいう電気ガス税の非課税品目である合金鉄にあたりと考⁽²⁾えてその旨の申告をし、Y市長（被告・控訴人）もこの申告を容

認してきた。しかし、昭和四〇年の地方税法の改正により、新たに同年六月一日から三年間の期限をつけて非課税物件として金属マンガンを加える旨明規されたところから、Yは、昭和四二年四月、同三九・四〇年度分の電気ガス税の賦課決定をし、Xは、同処分は禁反言則・信義則に違反するとしてその取消を求めて出訴した。第一審判決はXの請求を認めしたが、第二審判決はこれを否認した。第二審において、Xは、予備的に他のいずれの市町村も本件のような課税処分をしていないことを理由に同処分は「課徴税平等の原則に反する」と主張したが、仙台高裁は、「課徴税平等の原則といえども、控訴人をして課税主体を異にする他の市町村におけるのと同様に非課税扱いという違法な状態のまま放置することを余儀なくさせ、他に違法事由のない本件賦課決定を違法たらしめるものであるとは到底解することができない。このことは、他の市町村において本件の課税対象期間と同年度分をさかのぼって賦課徴収することが時効の点からしてもはや不可能であるとしても、同様である」と判示している。

名古屋地判昭和五七年六月二八日行裁集三三卷六号一四一〇頁〔3〕

名古屋高判昭和五八年八月一〇日行裁集三四卷八号一四〇〇頁〔4〕

X会社（原告・控訴人）は、地方税法四八九条にいう電気税の非課税品目である酸素の製造工程において、特別に使用電気料を増加することなく自然に窒素などを分離製造している場合には、窒素の製造にかかる電気料も非課税とするのが同条の趣旨であるとして申告、Y市区長（被告・被控訴人）も、昭和三七年以来、窒素製造分に電気税を賦課していなかったのに、昭和五一年になって初めてこれに課税する本件更正処分等は信義則に違反するなどとしてその取消を求めて出訴した。Xは、予備的にY市以外に所在する同社の工場では窒素製造分については電気税は賦課されていないことを理由に、本件更正処分等は法の下の平等に反すると主張している。

〔3〕は、右法条についてのXの解釈を否認したうえで、Xの信義則違反の主張をも否定し、その予備的主張に

についても、同種のケースにおいて電気税を賦課している都市は「相当多数に上つていること、非課税都市の非課税理由は、主として窒素製造の量が極めて微量である」などの点にあり、したがって、「原告工場の中に窒素を非課税扱いとされている工場が存するという一事を以つて、本件更正処分等が、法の下の平等に反する違法な処分と言えないことは明らかである」と判示し、結局、原告の請求をすべて棄却し、その控訴審判決である〔4〕も同旨の判示をしている。

3 その後、不法にも平等ありまたはそれと同様の効果の余地を認めるような次の判決が現れることになる。

東京地判昭和五九年九月二八日判時一一四〇号六七頁〔5〕

東京高判昭和六〇年七月一〇日東京都法務資料二五卷三号三三頁〔6〕

地方税法七二条の一四第一項ただし書は医療法人または医療施設に係る事業を行う農業協同組合連合会が行った社会保険の診療所得については課税除外を定めているが、都課税部長・主税局長は、それぞれ通達を発して、右のただし書の規定の適用のない公益法人や人格のない社団が行う社会保険の診療所得についても同じ非課税扱いにすることを定めた。医療生活協同組合（原告・控訴人）は、都税務所長（被告・被控訴人）による事業税の更正処分の取消を求め、その理由として、右の〔1〕を援用して、租税平等主義によれば右の通達を自己が行う社会保険の診療所得に対しても適用して非課税扱いとすべきであるなどと主張した。

〔5〕は、「たとえ法律改正の経緯から社会保険診療に係る所得に対する法人事業税につき医療法人と公益法人及び人格のない社団との間の租税負担が逆転し、不均衡が生じる事態となつたとしても……右認定の各通達のような、国民の権利義務に対し効力を及ぼすことのない行政命令により、課税庁内部における事実上の取扱いとしては正措置をとることの適法性については、租税法主義の見地からは相当の疑問の余地があるというべきである。し

かしながら、かかる違法の疑いのある東京都の措置においても、原告のような消費生活協同組合法に基づいて設立された法人は……その適用対象としていないところ、原告の主張は、東京都においてかかる措置をとった以上は、信義則上当該措置を、同様の立場にある者にも拡大すべきであるとするのである。しかしながら、行政庁の違法の疑いのある措置については、信義則を理由としてその措置の一層の拡大を求めることの許されないことはいうまでもない」とし、「本件の消費生活協同組合に關し一般に原告主張の措置がとられていないこと」から、「1」は「その判旨の妥当性はともかくとして……本件とは事案を異にし、適切でない」として、結局、原告の請求を棄却した。「6」はその控訴審判決であるが、「控訴人に対し右通達と同様の取扱いをしないことをもって、公平の原則に反するものとして本件処分を違法ならしめるものではない」と判示して、「5」と同旨の結論をとっている。⁽⁴⁾

最近、不法にも平等あり説に好意的と解しうる学説も現れている。⁽⁵⁾

(1) 原田尚彦・行政法要論〔改訂増補版〕九二〜九三頁、清永敬次・新版税法〔全訂〕三四〜三五頁。

(2) 吉良実「判例評釈」シュトイエル九四号一五〜一六頁、小早川光郎「先決問題と行政行為」田中古稀記念論集上四〇一〜四〇二頁。平岡「前掲」現代行政法大系七卷二三四頁もこれに近いように解される。

(3) 同判決については、玉国文敏「医療費控除の範囲と限界―通達課税の側面―」雄川猷呈論集下六八四頁を参照した。

(4) なお、事実関係や判旨が「5」・「6」に類似するものとして、福岡高判昭和六三年一月一日訟月三五卷五号九二七頁がある。

(5) 玉国「前掲」六八五頁、塩野・前掲書七九頁。

二 批判的検討

1 前記の不法にも平等ありの適用要件(二二頁以下参照)に照らしえば、「1」のケースでは、神戸税関による三〇%の関税率による課税処分⁽¹⁾の適否は大体、つぎのようになる。①全国の税関の大多数が二〇%の関税

率による課税処分をしていたのであれば、法律による行政の原理を相手方の事案においてのみ回復することは実質的にみて意味がなく、同原理の回復よりも平等原則の方が優先する結果、神戸税関による右処分は違法となる。②これに対して、全国の税関の大多数が二〇%の関税率による課税処分をしていた場合でも、神戸税関のみは従来から一貫して三〇%の関税率による課税処分をしてきたときは、法律による行政の原理と平等原則の双方に基づいて同処分は適法である。③また、横浜・大阪の税関だけが散発的に二〇%の関税率による課税処分をしていたのであれば、法律による行政の原理の方が平等原則よりも優先する結果、神戸税関による右処分は適法であると考えられる。本件の場合、処分時の状況は③に相当するであろうが、「本件物品に対する課税処分があった後間もない頃、税関鑑査部長会議の決議により、全国統一的に本件物品と同種の物品に対しては二〇%の税率による関税を課することとなり、みぎ状態が可なりの期間継続し……ひとり本件物品に対する神戸税関の課・徴税処分のみが、三〇%の税率によつたものと認められる」という判示をも考慮すれば、結局①の場合に近く、したがって、例外的に不法にも平等ありが認められるべきケースに相当するように思う。⁽¹⁾

これに対して、「2」・「4」の場合、地方税法が全国的に共通に適用されるにしても、具体的場合の地方税の賦課に関しては、各地方自治体がそれぞれの条例にもとづいて、しかも固有の権限として地方税を賦課しており、共通の上級行政庁なるものも存在しない。そうすると、相手方が援用している他の地方自治体における非課税取扱の中に平等原則の適用の前提となる比較基準が存在するといえるか、また、これとの関係で「不法に平等なし」の原則の適否が問題となるケースといえるかは疑問もあるように思われる（前記一八〇―一九頁参照）。この点、「2」の判旨は私見と同旨、「3」・「4」の判旨は私見に反対のごとく解される余地がある。かりに、「3」・「4」の場合、平等原則の適用の前提となる同種の事情が存在するとしても、電気税を賦課している都市は「相当多数に上つてい

ること、非課税都市の非課税理由は、主として窒素製造の量が極めて微量である」などの点にあるというのであるから、「1」のケースでいえばおそらく③の場合に近く、例外的にせよ不法にも平等ありが認められるべき場合にはあたらなないであろう。

また、「5」・「6」では、相手方である消費生活協同組合は、非課税法人等を明記する通達によっても非課税扱いとされておらず、実際にも非課税扱いの実務が行われたわけでもない。したがって、この相手方の場合に限っては、平等原則の適用のための前提である比較基準が通達や行政実務中に存在するといえるかは疑問のあるケースであり、平等原則を根拠に違法な通達自体の適用や同種の違法な取扱を求める事案にはもともと該当しないように解される。この意味でも、「5」も判示するように、「1」とは「事案を異にし」本件での「1」の援用は「適切でない」といふべきである。ただし、公益法人や人格のない社団に違法な非課税扱いをある程度反復することはやむをえないとする（その法的根拠は必ずしも明確ではないが）かのように解される余地もあり、そうであれば、不法にも平等ありまたはそれと同様に違法な授益を認める判例と捉えうる余地もある。

つぎに、行政規則が違法である場合には、平等原則を根拠にこの行政規則に定める給付の決定等を求めることは許されないと解すべきである（前記二三頁参照）。不法にも平等あり説をとる原田教授も、「行政上の基準自体が違法である場合には……将来に向かい、何人も違法な行為の繰返しを要求できない」というかぎりでは、私見と同意であろう。これに対して、清永教授や「5」・「6」などは、異なる見解であるかのように解しうる余地もない⁽²⁾ではない。

2 違法な行政実務を将来に向かって原則的に適法な行政実務に変更することは平等原則に違反せず、むしろ法律による行政の原理を考慮するならばこの変更を行うべきであろう（前記一七〜一八頁参照）。そうすると、「1」

も判示するように、関税率法の別表（関税率表）および同別表中の関税率の適用に関する通則の施行された「昭和三六年六月一日から、大蔵省関税局長から各税関長宛に本件物品と同種物品の税率を三〇%とする旨の通達があった昭和三八年一〇月一四日まで」の間は、租税法律主義ないし課・徵税平等の原則の適用によって、本件物品と同種物品の関税の税率は、実定法上全国統一的に二〇%であるとするのは、正当なものを含むといつてよい。ただし、三〇%の関税率による課税処分が違法とされるのは「課・徵税平等の原則」の適用によるためであり、「租税法律主義」のうえでは、あくまでも関税率は三〇%であると解すべきであろう。「5」・「6」のケースでは、違法の疑いのある通達に基づき公益法人や人格のない社団の行う社会保険の診療所得について、実際にどれだけの期間でどの程度の規模の非課税取扱が行われたのかは明確ではないが、いずれにしてもこの非課税取扱は早急に改める必要がある。

3 なお、とりわけ学説の中には、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少なくなく、このなかには、理論的にみて、公表通達などが違法な場合にその外部法的効力を認めうる余地があると考えるのではないかと解しうるものがある。⁽³⁾ この見解は、同種の違法な授益の享受という結果においては、不法にも平等ありを認めるのと変わりはないが、右の見解には従うことはできない。また、わが国においても旧AO一三一条等に類似の法律制度はあるが、旧AO一三一条等と比較しても納税義務者の権利救済に欠けるようである。⁽⁴⁾ 行訴法三〇条はVWGO一四条と同旨の規定であるが、行訴法三〇条のもとでも裁量行使が平等原則に違反するかどうかをみる必要がある（前記二五（二六頁参照））。

(1) 乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八二八、八三九頁における私見を本文のように改める。

(2) 前記三〇頁注(1)掲記の文献参照。

(3) 中川編・税法体系(総論)(一九七二年版)一四〇頁以下〔中川一郎〕、金子宏・租税法一一〇頁、北野弘久・税法学の基本問題五四頁、品川芳宣「税法における信義則の適用について」税大論叢八号四頁以下、一二二頁以下など。

(4) 岩崎「前掲」一〇二、一〇七頁参照。

五 おわりに

一 違法な行政実務の繰返しを認めれば、法律による行政の原理への侵害は耐えがたいものになるから、一般に、従来の行政実務が法律に違反するときは、将来に向かっては適法な行政実務への原則的変更が行われなければならない。したがって、「不法に平等なし」が原則であるべきである。ただし、恣意的または特定の事案においてのみ従来の違法な行政実務から離反して適法な行政実務を行おうとする場合、法律による行政の原理を回復することが実質的にみて無意味である場合、法律による行政の原理の侵犯が形式的または軽微である場合において、侵犯される個別具体的法規定の価値とくらべて相手方の利益保護の方を優先すべき必要があるなどときには、適法な行政実務への移行の過度期において例外的に不法にも平等ありが認められてよいと考える。

このように、例外的であれ不法にも平等ありを認める結果、羈束行政領域や羈束行為についても行政の自己拘束の法理の適用の余地がでてくることになり、同法理は、裁量行使の法的統制を主な目的とするけれども、必ずしも裁量行使の法的統制のみにつきるわけではないことになろう。

二 「不法に平等なし」の問題は、行政の自己拘束の限界の一つとして位置づけることができよう。もとより、行政の自己拘束の他の論点についても考察を深める必要があるが、これは将来の課題として残されることになる。

(1) なお、乙部「前掲」民商法雑誌七一巻五号八四一頁注(9)参照。

(2) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 522 ff. は、行政の自己拘束の観念・許容性・法的根拠・限界などの論点に分け、「限界」については、①場所的限界、②時間的限界、③事項的限界、④法的限界、⑤給付上の限界の五つに細分して論じており、「不法に平等なし」の問題は④のところで触れている。なお、①・②は本稿一七頁以下で触れた問題などが、⑤では財政能力等が行政の自己拘束の限界をなすのではないかが、それぞれ扱われている。