

(1997), s23-41.

- (16) See *text* BVerwG, *Beschl. v. 1. 6. 1979*, NJW 1980, s75 och R. Dolzer, *Zum Begründungsgebot im geltenden Verwaltungsrecht*, DÖV 1985, s14f.

diskutera vad och i vilken mån man ska förverkliga enhetligheten.

[Noter]

- (1) Se D. J. Galligan, Arbitrariness and formal justice in discretionary decisions, D. J. Galligan(red.), *Essays in Legal Theory*, Melbourne UP, 1984, s150.
- (2) Om japansk rätt tycks det räcka tills vidare med bara att visa följande två bäckar. Hiroshi Shiono, *Gyouseihou* (=förvaltningsrätt) I, 2. upplagan, Tokyo, 1994, s76-89. Yasutaka Abe, *Gyousei no houshisutemu* (=rättssystemet för förvaltningen), 2. upplagan, Tokyo, 1997, s643-652 (2. bandet).
- (3) Se följande bok. P. Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, LGDJ Paris, 1978. För att vidga sin horisont, se B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, 1977, framför allt s192.
- (4) J. -M. Auby, *Le décret du 28 novembre 1983*, A.J.D.A. (Actualité Juridique-Droit Administratif), 1984, s133.
- (5) Sydkorea har infört nästan samma system.
- (6) Bengt Wieslander, *The Parliamentary Ombudsman in Sweden*, The Bank of Sweden Tercentenary Foundation & Gidlunds Bokförlag, Printed in Sweden by Fingraf Tryckeri, Södertölje, 1994, s27.
- (7) Olof Petersson och Donald Söderlind, *Förvaltningspolitik*, andra upplagan, 1993, s133.
- (8) Stig Jägerskiöld, *Om allmän förvaltningsrätt*, Uppsala, 1958, s82.
- (9) Håkan Strömberg, *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform*, andra upplagan, Lund, 1995, s155-158.
- (10) Bertil Wennergren, *Förvaltningens fria skön*, FT 1984, s378 (384).
- (11) Petersson och Söderlind, *Förvaltningspolitik*, s79.
- (12) Hans Ragnemalm, *Regeringen och förvaltningsmyndigheterna*, Synpunkter på verkledningskommitténs grundlagstolkning, FT 1986 s1-13 i: Hans Ragnemalm, *Den enskilde och det allmänna*, Studier i stats- och förvaltningsrätt, Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholm universitet, 1987, s132-145.
- (13) Håkan Strömberg, *Allmän förvaltningsrätt*, artonde upplagan, Malmö, 1997, s66.
- (14) Wennergren, FT 1984, s388-389.
- (15) Om sk "non-fettering" teori, se D. J. Galligan, *Discretionary Powers — A Legal Study of Official Discretion* —, OUP, 1986, s281. Men att avvika från policy utan goda skäl kan kritiseras. Se Yoav Dotan, *Why administrators should be bound by their policies*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.17 No.1

5. Slutsats

Vi kan se följande beskrivning i *Recommendation* som antogs av Europarådets ministerkommitté den 11 mars 1980⁽¹⁴⁾.

En förvaltningsmyndighet skall när den utövar fritt skön

.....

6. tillämpa administrativa anvisningar på ett enhetligt och konsekvent sätt under samtligt beaktande av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall.

Denna sats är precis lämpad för slutsatsen av föreliggande uppsats. I verkligheten krävs det att myndigheterna ska ta hänsyn till både omständigheterna i särskilda fall och konsekvensen i lagtillämpningen. Men vi inser att det finns skillnader i utgångspunkterna för tanken bland de olika länderna. I Frankrike lägger man stor vikt vid de individuella fallen. Såvitt jag vet, är läget detsamma i Storbritannien⁽¹⁵⁾. Däremot i Tyskland tänker man först och främst att myndigheterna opartiskt måste tillämpa direktiv, men man släpper aldrig ur sikte möjligheten att göra undantag⁽¹⁶⁾. I Japan tänker man på det nästan samma sätt.

För övrigt begär de franska domstolarna att myndigheterna ska pröva särskilda omständigheter i enskilda fall utan att automatiskt tillämpa direktiv som de överordnade myndigheterna visade i form av cirkulär. Jag har varit uppmärksam på detta faktum. Men efter jag har börjat studera svensk förvaltningsrätt, förvånar jag mig faktiskt över självständighetsprincipen. Den underbara traditionen ska övertas. Om myndigheterna en gång vänjer sig lydnad, är det mycket svårt att återvinna självständighet. Å andra sidan är det sant att lagen enhetligt ska tillämpas på vissa område. Då tycks det vara viktigt att man ständigt

EG. Egentligen är problemet om vi lämpligt kan fastställa vad som ska behandlas enhetligt.

(5) Generella direktiv och självständig bedömning

Enligt betänkandet av Verkledningskommittén (SOU1985 : 40) ska RF11 : 7 tolkas på följande sätt: Regeringen får inte styra myndigheterna så starkt att de känner sig bundna av anvisningar från regeringen. Denna beskrivning är huvudsakligen riktad mot informella kontakter som tas mellan regeringen och myndigheterna i relationen till handläggning av enskilda ärenden.

Hur går det då med generella direktiv oavsett särskilda ärenden? Vi kan anta att sådana direktiv sedan länge har utfärdats i praktiken. Vi har redan nämnt äldre cirkulär som de överordnade myndigheterna visade lagtolkning i. Men Ragnemalm hävdar att det är bara genom den formella normgivningen som regeringen kan ge myndigheterna generella anvisningar⁽¹²⁾. Han vill inte acceptera informella kontakter i sin helhet.

Om vi ändå skulle tillåta regeringen att informellt blanda sig i enskilda ärenden, skulle det vara naturligt att vi medger regeringen också att utfärda generella direktiv. Strömberg anser att RF11 : 7 förbjuder regeringen bara att bestämma hur beslutsmyndigheterna ska besluta sig i enskilda ärenden. Egentligen får regeringen eller de överordnade myndigheterna styra beslutsfattande hos de underordnade myndigheterna genom att utfärda generella direktiv⁽¹³⁾.

Men de underordnade myndigheterna måste i alla fall fatta beslut självständigt. Naturligtvis gäller ännu denna princip i sig själv. Så kommer vi fram till att beslutsmyndigheterna blir tvungna att självständigt bedöma i beaktande av direktivs innehåll. Denna slutsats påminner oss om franska tankegången som har skapats alltsedan *Arnaud*-utslaget av *Conseil d'Etat*.

de upphäva beslutet som fattats enligt verkställighetsföreskriften. Men om domstolarna bedömde att verkställighetsföreskriften var allmänt sett laglig, måste klaganden stå ut med det orimliga resultatet som kom från speciella omständigheter i det aktuella fallet.

(4) Nödvändigheten av enhetlig rättskipning

I Sverige kan förvaltningsdomstolar som omprövar myndigheternas beslut pröva dessa ur alla synvinklar, även om besluten fattats på grund av myndigheternas skönsmässiga bedömning. Då är det väl opraktiskt att uppdelade eventuella obestämdheter hos lagar i olika kategorier. Men för några år sedan föreslog Wennergren tudelingen av skön i två kategorier, dvs *policyskön* och *tolkningsskön*⁽¹⁰⁾. Hans tanke beror på distinktionen mellan fritt skön och tolkningsskön som norska forskaren Frihagen visade i sin lärobok i förvaltningsrätt. Wennergren använder begreppet *policyskön* i stället för Frihagens "fritt skön", därför att skön inte i Sverige kan vara fritt i relationen till domstolarnas kontroll.

Wennergren syftar till att skilja sfären där lagar enhetligt ska tillämpas från sfären där det kan finnas olika lokala bedömningar. Enligt Wennergren hör till *policyskön* t ex beslutet att förklara ett visst område till naturreservat (NVL§7). Däremot ingår i *tolkningsskön* länsstyrelsens befogenhet enligt NVL§21 att förelägga ägaren av en byggnad att riva den eller iståndsätta den.

Om man går med på Wennergrens förslag, skulle man finna naturligt att regeringen gärna utfärdar föreskrifter eller/och allmänna råd för att skapa enhetlighet i rättskipning. Det tycks svara mot krav på rättssäkerhet att enhetligt behandla det som enhetligt ska behandlas. Förresten sägs det att regeringen sällan tills nu har försökt att styra myndigheterna genom formulerade *policies*⁽¹¹⁾. Men hädanefter kommer det att bli nödvändigt att göra det, eftersom Sverige ju blivit medlem i

beslutsfattanderätt ogillade anvisningar från de överordnade. Om så är, kan man ju säga att principen i Sverige hade den rakt motsatta verkan mot KIJ-systemet i Japan.

Men här uppstår med en gång en fråga. Hur tolkar beslutsmyndighet lagregler som formulerades i abstrakta ordalag? Där om sägs det ibland att beslutsmyndighet måste tolka självständigt genom att slå upp i lagens förarbete eller rättspraxis. Men även i Sverige har de överordnade myndigheterna utfärdat sedan länge i stor utsträckning cirkulär som visade lagtolkning. Enligt Jägerskiöld rådde det bakom sådana cirkulär tanken att lagstiftarens vilja skulle spridas genom hela landet⁽⁸⁾.

(3) Verkställighetsföreskrifter och handlingsmönster

Nuförtiden kan regeringen eller myndigheterna göra bruk av verkställighetsföreskrifter för att göra de abstrakta lagreglerna konkreta. Det finns i Sverige en karakteristisk teori om tillämpning av verkställighetsföreskrifter som kan väcka intresse hos de japanska forskarna. Denna innebär skyldighet av myndigheterna att direkt tillämpa lagreglerna⁽⁹⁾. Enligt en Regeringsrättens dom (RÅ83 1 : 85) avskär verkställighetsföreskrifter allmänt inte förvaltningsmyndighet från rätten — i vissa fall — skyldigheten att direkt tillämpa lagreglerna. Myndigheterna måste då bedöma om det är rimligt eller ej att fatta beslut enligt vederbörande verkställighetsföreskrift i det aktuella fallet. Här kan vi se kravet på att ta hänsyn till särskilda omständigheter i enskilda fall. Myndigheterna är också ålagda att pröva underordnade föreskrifters förenlighet med överordnade regler (11 kap. 14§ RF).

I Japan tänks det allmänt att myndigheterna i regel måste tillämpa verkställighetsföreskrifter automatiskt. Om domstolarna anser i ett eventuellt mål vederbörande verkställighetsföreskrift som olaglig, skulle

I Frankrike är det bara presidenten och statsministern som har rätt att utfärda föreskrift. Därför anses ministerna tillskansa sig den rätten, om cirkulär som de har utfärdat motsvarar föreskrift. Och det är inte bara enskilda beslut, utan också föreskrift som kan bli föremål för *recours pour excès de pouvoir*. Således kan de som har invändning mot vissa cirkulär vädja till förvaltningsdomstolarna.

I det anförda *Arnaud*-fallet begärde klaganden egentligen också upphävande av cirkuläret som hade utfärdats av försvarsministern. Men *Conseil d'Etat* lät bli att upphäva cirkuläret, på grund av att beslutsfattaren inte helt hade berövats sin bedömningsutrymme.

4.4 Självtändighetsprincipen i Sverige

(1) Allmänt

I Sverige måste myndigheterna fatta beslut självständigt i ärende som rör maktutövning mot enskild eller kommun eller som rör tillämpning av lag. (RF11 : 7) Denna princip har en lång historia som går tillbaka till medeltiden. Som skälet för att principen skapades i Sverige, påpekar man två förhållanden⁽⁶⁾. Det ena är att myndigheterna på central nivå allmänt hade upptagit domstolarnas rättegångsförfarande som mönster för sitt beslutsfattande. Det andra är att alla tjänstemän ansågs kunna bära ansvar för sina handlingar och beslut. Detta visar att tjänstemännen allmänt kunde få förtroendet. Enligt min uppfattning är detta allmänna förtroende förenat med faktum att konungen i äldre tid var tvungen att förbehålla ställningarna som högre statliga tjänsteman åt adelsståndet⁽⁷⁾.

(2) Lagtolkning och cirkulär

Mot denna historiska bakgrund, synes det att självständighetsprincipen medförde stämningen att de underordnade tjänstemännen som lämnades

4.3 Kvalifikation av cirkulär i Frankrike

(1) Fasthållandet vid omständigheterna i ärendet

I Frankrike måste myndigheterna pröva särskilda omständigheter i det aktuella fallet, även om ministerna har utfärdat direktiv i form av cirkulär. Beslutet som fattats utan att pröva särskilda omständigheter kan upphävas av domstolarna.

Vi kan ta upp ett bra exempel. Läkare kan inte samtidigt också bedriva apotek i Frankrike. På området där det inte finns någon apotekare, kan dock läkare sälja medikament, om bara han eller hon kan få tillstånd av guvernör. Så ansökte läkaren *Bommier* om tillstånd, men guvernören vägrade tillstånd. Guvernören tillämpade direktiv som ministern hade givit i form av cirkulär. Innehållet i direktivet var följande : Inga tillstånd ska medges på avstånd av mindre än 5km från apoteket som ligger närmast. Conseil d'Etat upphävde beslutet (*C.E., 21 décembre 1945, Sieur Bommier, Rec. 266*). Enligt utslagets motivering måste guvernören ta hänsyn till alla omständigheter i fallet, framför allt läget om kommunikationsmedel, och bedöma om beviljandet av tillstånd ändå kan försvaras eller ej av avståndet från läkarens praktik till det närmaste apoteket.

(2) Bjudande cirkulär och besvär

Men hur går det då, om ministern med strängare uttryck begärde att guvernörerna absolut skulle tillämpa direktiv i cirkulär? I Frankrike kan cirkulär som helt berövar de underordnade myndigheterna bedömningsutrymme anses som föreskrift, trots att det i formellt avseende bara är en sorts intern regel. Om ett cirkulär inte tillägger något nytt till innehållet i gällande författningar, betraktas det inte som föreskrift. Men cirkulär som ger direktiv kan lätt anses tillägga något nytt.

cirkuläret så rimligt att det kan gälla för hela landet?

Bakom utfärdandet av det anförda cirkuläret låg situationen att det snabbt hade urbaniserats omkring de stora städerna sedan mitten av 1950-talet och friluftsområdena därmed hade minskats. Då gick det ut på att reservera flodstrandkanterna åt parker som skulle helt och hållet bedrivas av den offentliga sektorn. Här kan vi se att genom cirkuläret invävdes en stadspolitik i ett av syften med flodslagen, dvs syftet att tillförsäkra lämpliga användningen av floderna. Det tycks dock vara beroende av lokala omständigheter hur flodslokalen ska användas.

På sista tiden har påståtts att de underordnade myndigheterna inte skulle känna sig helt bundna av cirkulär ens vid genomförandet av KIJ, för så vitt de överlämnats den skönsmässiga maktutövningen. Men i praktiken har de allmänt blundat för att automatisk tillämpning av direktiv, som givits i cirkulär, kan medföra orimliga beslut.

(4) Utvecklingen vad gäller decentralisering

Alldeles nyligen har gjorts ett allvarligt försök att decentralisera i Japan. Utredningen till främjande av decentralisering publicerade ett interimsbetänkande i december 1996 och föreslog att KIJ och cirkulär skulle avskaffas. Förslaget mötte kraftigt motståndet av departementen, ty det var mycket radikalt. Det sägs att utredningen syftade till att sätta in en avgörande stöt mot den konventionella förvaltningen som vant sig vid ledning-lydnad relationen. Fastän utredningen möter svårigheter, förutses det att upphävandet av KIJ och cirkulär kommer att förverkligas i alla fall. Problemet är vilka medel staten kan komma att skaffa sig för att ingripa i de decentraliserade verksamheterna.

underordnade tjänstemän. För att bygga t ex en golfbana, behöver man vanligen skaffa sig några tillstånd enligt lagen om stadsplan, skogslagen, lagen om jordbruksmark osv, varav de flesta är KIJ som ska genomföras av guvernör. När det gäller dessa verksamheter, lyder guvernören byggnadsministern (stadsplan) och/eller jordbruksministern (skog, jordbruksmark) osv. I Sverige är det regeringen som helhet som myndigheterna lyder med de undantag som sägs i 11 kap. 7§ Regeringsformen, men i Japan är det vederbörande minister som styr.

En hel del cirkulär utfärdas för att styra guvernören eller dennes underordnade tjänstemän. Enligt lagen om den statliga förvaltningsorganisationen, är varje minister behörig att utfärda cirkulär. Men det sägs allmänt att det är ett internt problem vem ska tilldelas behörigheten att utfärda cirkulär, eftersom cirkulär inte har bindande kraft mot medborgare. Så det är vanligen cirkulär som avdelningscheferna har utfärdat, som lämnar handlingsmönster till de underordnade myndigheterna och tjänstemännen.

(3) Inre bindande kraft av cirkulär

När ett cirkulär visar hur makt ska utövas, kan det innebära en order av den överordnade. Då måste den underordnade lyda cirkuläret. T ex när det anförs i ett visst cirkulär att flodstrandkanterna inte får användas för förtjänstens skull, får de underordnade myndigheterna inte tillåta sökandena till tillstånd att använda flodstrandkanten som en golfbana. I ett verkligt fall yttrade domstolen att cirkuläret var rättsligt bindande för de underordnade myndigheterna (Tokyo district court 1978-6-26). Enligt min uppfattning antyder detta yttrande att de överordnade myndigheterna får binda de underordnade genom att utfärda cirkulär under förutsättning att innehållet i cirkuläret är rimligt. Om så är, uppstår genast följande fråga: Kan man ställa upp innehållet i

direktiv för att styra den skönsrättsliga maktutövningen av de underordnade myndigheterna och utfärdat det i form av cirkulär. Om direktivs innehåll är definitivt och de underordnade myndigheterna känner sig bundna av direktiv, skulle utrymmet för skönsrättsliga bedömning reduceras nästan till noll. Då skulle de underordnade myndigheterna inte kunna ta hänsyn till varken speciella lokala belägenheter eller särskilda omständigheter i enskilda fall.

4.2 “Kikan-Inin-Jimu” i Japan

(1) Begreppet “Kikan-Inin-Jimu”

I Japan finns det karakteristiska systemet som kallas för “Kikan-Inin-Jimu”⁽⁵⁾ (nedan nämns som KIJ). KIJ är statliga verksamheter som överlämnats helt till guvernör i To-Do-Hu-Ken (det motsvarar län i Sverige) eller borgmästare. Vid genomförandet av KIJ hjälper underordnade tjänstemän givetvis guvernör eller borgmästare. Mängd av KIJ är mycket mer omfattande än de egentliga verksamheter som To-Do-Hu-Ken eller kommuner är till för.

To-Do-Hu-Ken (Tokyo-To, Hokkai-Do, Osaka-Hu, Kyoto-Hu och 43 Ken, t ex Kanagawa-Ken, Hyogo-Ken osv. Så ska vi nämna nedan enkelt som Ken) och kommun är organisationer som är tillförsäkrade självstyrelse av grundlagen. Guvernör och borgmästare väljs genom allmänna val. Men vid verkställande av KIJ anses de som statsorganen (det är *organ* som japanska ordet “kikan” betyder), och lyder vederbörande minister (borgmästare lyder också guvernör). Ministern måste slutligen tillgripa rättegång, när guvernör eller borgmästare försummar att genomföra KIJ.

(2) Tillstånd e dyl som KIJ

Åtskilliga beslut om tillstånd e dyl fattas av guvernör eller dennes

påstå särskilda omständigheter utan kännedom om innehållet i direktiv.

3.3 Opartisk tillämpning av cirkulär som visar lagtolkning

I Frankrike finns inte någon allmän lag om förvaltningsförfarande, men det finns en lag om offentlighet och en lag om motivering av förvaltningsbeslut osv. Men i november 1983 antogs en föreskrift som lade ned några bestämmelser angående förhållandet mellan myndigheterna och nyttjarna (*Décret n° 83-1025 du 28 november 1983, concernant les relations entre l'administration et les usagers*). Enligt §1 av föreskriften får alla intressenter mot myndigheterna åberopa instruktion, direktiv och cirkulär som publicerades efter offentlighetslagens bestämmelse, om cirkulär o dyl inte strider mot de gällande författningarna.

Då uppstår frågan om myndigheterna skulle bli tvungna att alltid tillämpa de publicerade direktiven. Om det är fallet, synes det vara oförenligt med den djuprotade tankegången att myndigheterna måste pröva särskilda omständigheter i enskilda fall. Men enligt en stark mening⁽⁴⁾ är det bara "det tolkande cirkuläret" som föreskriftstiftaren tänkte på. Det tolkande cirkuläret är motsatsen till "det bjudande," och inrymmer båda cirkuläret som visar lagtolkning och det som inför nödvändiga förvaltningsförfarandet. Om så är, behöver man inte hålla fast vid ordalydelse "instruktion, direktiv och cirkulär". Och vid tillämpning av direktiv måste myndigheterna i regel pröva särskilda omständigheter som tidigare. Men det kan vara subtilt beroende på situationen att skilja det tolkande cirkuläret från direktiv.

4. Direktivs funktion på olika nivåer i förvaltningen

4.1 Inledning

Vi tänker oss att att en myndighet på central nivå har bestämt

beslut om befordran fattas med anställningstid som grund. *Conseil d'Etat* stödde beslutet på grund av att ministern fick använda lämpliga direktiv för att sköta militären ständigt, och visade följande två förutsättningar för tillämpning av direktiv.

① Innehållet av direktiv ska vara förenligt med de gällande författningarna.

② Myndigheterna må icke försumma att pröva särskilda omständigheter i det aktuella fallet.

När det gäller den andra förutsättningen, är det myndighetens sak att försöka övertyga domarna om att särskilda omständigheter verkligen prövades. Så behöver klaganden bara påstå att myndigheten försummade att pröva dessa omständigheter.

Tankegången som framfördes i *Arnaud*-utslaget har spritts i stor utsträckning. Men på området bidrag från samhället undergick denna tankegång en väsentlig anpassning. Det är "*Crédit foncier de France*" - utslaget (*C.E., 11 décembre 1970, Crédit foncier de France c/demoiselle Gaupillat et dame Ader, Rec. 750*) som ska tas upp här. I detta fall handlade det om direktiv som myndigheten tillämpade vid valet bland olika sorts bidrag. *Conseil d'Etat* begärde den gången bara att myndigheten skulle pröva särskilda omständigheter som svar på påstående från sökandenas sidan. Så skulle myndigheten få tillämpa direktiv utan att sätta i gång att eftersöka särskilda omständigheter, om sökandena inte påstår att några sådana omständigheter finns. På detta område blev *Conseil d'Etat* tvungen att medge myndigheterna att fatta beslut till en viss grad automatiskt för att sköta bidragssystemet enligt sin *policy*. Men det är verkligen franskt att myndigheterna ändå förpliktas att pröva särskilda omständigheter för så vitt de var påstådda i det aktuella fallet. Likväl begärde *Conseil d'Etat* inte att myndigheten skulle offentliggöra direktiv, trots att sökandena skulle ha svårt för att

Under 1940- och 50-talet upphävades några förvaltningsbeslut som fattades genom att tillämpa direktiv, på grund av att myndigheterna försummade att pröva speciella omständigheter. Det mest kända är *Piron-utslaget* (*C.E., 24 juillet 1942, Piron, Recueil Sirey 1943-III-1*). I detta utslag upphävade *Conseil d'Etat* beslutet att avskeda ett stort antal poliser bara på grund av att de blivit 55 år. Motiveringen för utslaget är att myndigheten inte prövat olika omständigheter, framför allt vars och ens förmåga som polis.

Varifrån kommer denna plikt i hela världen? Där finns det två tankegångar. Den ene säger att lagarna som lämnar makten till myndigheterna förpliktar dem till att pröva speciella omständigheter i särskilda fall. Och den andra framhåller att myndigheterna allmänt är tvungna att eftersträva de bästa förutsättningarna för att fatta beslut. Den förra är härskande, men denna plikt har blivit så allmän att det synes vara onaturligt att härleda den genom lagtolkning. Vi ska tvärtom förstå att grunden till plikten söks i Frankrike i skönets innersta natur.

3.2 Samklang mellan tillämpning av direktiv och prövning av speciella omständigheter i särskilda fall

Vid 1960-talets ingång började utslag fällas som strävar efter samklang mellan tillämpning av direktiv och prövning av speciella omständigheter i särskilda fall. *Conseil d'Etat* blev medveten om att tillämpning av direktiv kunde vara förenlig med prövning av speciella omständigheter. Det var i *Arnaud-utslaget* (*C. E., 13 juillet 1962, Sieur Arnaud et autres, Rec.474*) som *Conseil d'Etat* första gång framförde den nya tankegången. I detta fall begärdes upphävande av listan över befordran av officerare.

Försvarsministern fastställde listan genom att tillämpa direktiv som han hade utfärdat själv i form av cirkulär. Enligt detta direktiv skulle

förfarandeslagen 1993 som inrymde några bestämmelser som var speciella för Japan. Här ska vi ägna uppmärksamhet åt bestämmelser om *prövningsdirektiv* (§5) och *åtgärdsdirektiv* (§12).

Prövningsdirektiv är direktiv som myndigheterna behöver för att fatta beslut enligt lagens- och föreskriftsbestämmelser när de tog emot ansökan om tillstånd e dyl av medborgare. Myndigheterna måste alltid bestämma direktiv och i regel offentliggöra det. Och det krävs att myndigheterna ska göra direktivs innehåll så klart som möjligt vad gäller t ex kraven för olika tillstånd.

Däremot behöver myndigheterna *åtgärdsdirektiv* när de återkallar tillstånd e dyl som en gång medgavs till medborgare, påbjuder eller förbjuder medborgare att göra en viss handling, osv. Angående *åtgärdsdirektiv* förpliktas myndigheterna bara att frösöka bestämma och offentliggöra direktiv.

Det sägs att dessa bestämmelser, framför allt bestämmelse om *prövningsdirektiv*, utformades med HDs ovannämnda *privatdrivna taxiaffär*-utslag som förebild. Det betyder att lagstiftaren satte sitt hopp till funktionen av direktiv att förebygga myndigheternas godtycke. Men det berättas i kommentarerna till lagen att dessa bestämmelser inte går ut på att utesluta prövning av speciella omständigheter i särskilda fall.

3. Utvecklingen i teori och praxis om direktiv i Frankrike

3.1 Plikten att pröva speciella omständigheter i särskilda fall

I Frankrike krävs det att myndigheterna prövar speciella omständigheter i särskilda fall⁽³⁾. Även om myndigheterna lämnas den skönsmässiga makten, måste de ändå pröva det faktiska förhållandet i det aktuella fallet. När myndigheterna inte alls prövat det faktiska förhållandet eller prövningen varit ytterst hafsigt, kan beslutet upphävas av domstolarna.

Eftersom direktiv är en sorts regel, måste rimligheten av dess innehåll bedömas ur allmän synvinkel, dvs oberoende av det faktiska förhållandet i det aktuella fallet. Däremot kan fakta i särskilda fall vara så speciella att orimliga resultat skulle bli följden av myndigheternas fasthållande vid tillämpning av direktiv.

2.3 Påverkan av *Selbstbindung*-teori i Tyskland

I Japan framhålls att myndigheterna ska tillämpa direktiv opartiskt. Logiskt sett innebär opartisk tillämpning inte alltid automatisk tillämpning. Men krav på opartiskhet kan lätt leda till automatisk tillämpning. Undantag från direktiv är förvisso möjligt, men myndigheterna måste därvid visa goda skäl. Och ansträngningar för motivering lönas inte alltid, eftersom undantag kan lätt utsättas för kritik.

Med hänsyn till tankeströmningarna efter kriget, kan det utan svårighet förstås att huvudvikten har lagts vid opartisk tillämpning av direktiv. Men enligt min uppfattning uppmuntrades denna tankegång av *Selbstbindung*-teori i Tyskland som infördes till Japan på 1970-talet. I Tyskland berättas det allmänt att myndigheterna förpliktas av likhetsprincipen (§3GG) till att tillämpa direktiv opartiskt.

I några aktuella läroböcker i japansk förvaltningsrätt anförs "brist på prövning av omständigheter i särskilda fall" och "automatisk tillämpning av direktiv" som typer av maktmissbruk. Bakom detta ligger en anhopning med rättsfall. Men vi kan inte förbise att frukten av jämförande studier av fransk rätt har skördats på senare år. Åt fransk rätt ska vi ägna ett annat kapital.

2.4 Två sorters direktiv i förvaltningsförfarandeslagen

Japan har varit senare än de andra i-länderna i kodifikationen av förvaltningsförfarandet. Men så småningom antogs förvaltnings-

2. Utvecklingen i teori och praxis om direktiv i Japan

2.1 Viktläggande vid funktion att förebygga godtycke

Efter det andra världskriget har i Japan vikt lagts vid direktivens funktionen att förebygga myndigheternas godtycke. Skälet är, som man lätt kan förstå, att misstroende till myndigheterna har varit genomgående starkt. Forskarna i förvaltningsrätt har visat livligt intresse för att skydda medborgares rätt mot myndigheternas illojala maktutövning⁽²⁾.

Vi kan märka den starka återspeglingsen av denna tankeströmning i Högsta domstolens sk *privatdrivna taxi*affär-utslaget (1971-10-28). I detta utslag fastslog HD att myndigheten måste tillämpa ett förfarande som inte misstänktes för orättvisa vid beslutsfattandet genom vilket ett litet antal människor valdes bland ett stort antal sökande till tillstånd. Och angående direktiv framhölls att myndigheten måste bestämma konkreta, om än interna, direktiv, eftersom rekvisit formulerades mycket abstrakt (t ex: Sökande i sig själv ska ha förmåga att utföra det vederbörande företaget lämpligt). Men HD gick inte så långt som att begära publicering av direktiv.

2.2 Nya kontrollmodellen och dess fälla

I början på 1960-talet har vid flera tillfällen direktiv som utfärdades i form av cirkulär dykt upp vid rättegång. Domarna kunde inte längre hålla sig passiva inför existensen av cirkulär med hänvisning dess brist på bindande kraft mot medborgarna. Följaktligen lades det fram följande kontrollmodell: Vid prövning av förvaltningsbesluts legalitet ska domarna bedöma först om direktivs innehåll är rimligt eller ej, sedan om myndigheten riktigt tillämpade direktiv eller ej i det aktuella fallet.

Denna modell synes ha accepterats i stor utsträckning. Men jag har påpekat att en ej försumbar brist dolde sig bakom modellens tankegång.

faktorer $\{f_1, f_2, f_3, f_4, f_5\}$. Så om ärendet angående X är präglas av faktorn f_4 och/eller f_5 , är det inte underligt att X känner sig missnöjd över att han inte kunde få de faktorerna prövade.

1.5 Förhållandet mellan tillämpning av direktiv och prövning av särpräglade omständigheter i särskilda fall

Att tillämpa direktiv innebär dock inte alltid att förbise särpräglade omständigheter i särskilda fall. Myndigheterna kan ju pröva det faktiska förhållandet i det aktuella fallet, under förutsättning att de kommer att tillämpa direktiv om det inte finns rimliga skäl till undantag.

Enligt min mening ska direktiv tillämpas smidigt, eftersom lagstiftaren tycks förvänta att myndigheterna utnyttjar det medgivna skönet för att undersöka den bästa lösningen i särskilda fall. Myndigheterna gör nog klokt i att förvissa sig om faktiska förhållandena i det aktuella fallet för att avgöra om det är lämpligt att tillämpa direktiv.

Men det beror på situationen om myndigheterna verkligen kan tillämpa direktiv smidigt. I det ovan nämnda exemplet kring varma källor synes det vara oundvikligt att myndigheterna tillämpar direktiv automatiskt. Eftersom varma källor utsätts för uttömningsrisk i Japan, måste myndigheterna först och främst tänka på hushållning med resursen. Omvänt tar det lång tid och medför höga kostnader att pröva om den begärda grävningen verkligen inte skulle påverka de befintliga varma källorna.

I allmänhet tycks det inte råda någon annan väg än att bedöma, genom avvägning mellan olika faktorer, om myndigheterna ska tillämpa direktiv smidigt eller automatiskt. Som avgörande faktorer kan vi ta upp styrkegrad av medborgares rätt, angelägenhet om det allmänna intresset, osäkerhet på det faktiska förhållandet osv.

Om myndigheterna förpliktas att offentliggöra direktiv och motivera sina beslut, kommer funktionen att bli tydlig. Under sådana förutsättningar kommer medborgarna sannolikt ägna uppmärksamhet åt hur direktiv ska tillämpas för sin del. Myndigheterna tvingas således vara beredda på att motivera beslutet i förhållande till direktiv.

Väl kan det finnas utrymme kvar för myndigheternas godtycke, om faktorer formuleras med abstrakt ordalydelse. Dock kan man reducera utrymmet i stor utsträckning genom att uttrycka i siffror, dvs ålder, avstånd, tyngd, osv.

1.4 Verkan av direktiv att sälla fram vissa faktorer

— medaljens baksida —

Men direktiv som uttryckts i siffror kan ersätta det mångsidiga övervägandet, som egentligen krävs av myndigheterna, med den enkla bekräftelsen på fakta. Antag att en medborgare som har planer på att gräva en varm källa lägger in en ansökan om tillstånd. Då måste myndigheten pröva om den begärda grävningen skulle påverka redan befintliga källor eller ej. Men myndigheten fattar vanligen beslut enligt direktiv som kan lyda så här: *“Platsen för en ny källa ska vara på ett avstånd av mer än 100m från de befintliga källorna.”* När det handlar om en plats som ligger inom detta avstånd, kommer myndigheten att fatta avslagsbeslut utan närmare övervägande.

Det är också möjligt att bara några av möjliga relevanta faktorer sällas fram till följd av tillämpning av direktiv⁽¹⁾. Vi kan tänka förenklat på följande sätt. En myndighet vägrade en sökande X tillstånd enligt direktiv där det bara anges tre faktorer $\{f_1, f_2, f_3\}$ som relevanta. Omvänt formuleras lagens rekvisit med obestämda begrepp, då har myndigheten nog svårt för att läsa ut av texten vad som är relevanta faktorer. Men med avseende på lagens ändamål ska myndigheten pröva åtminstone fem

inte sällan tvingas att nöja sig med att ge abstrakta bestämmelser. Då behöver myndigheterna skaffa sig några handlingsmönster för att tillämpa lagreglerna. Om det därvid finns någon omständighet som är till hinders för precisering genom regler med bindande kraft mot medborgare och domstolar, kommer man kanske att utfärda regler som bara är av betydelse inom förvaltningsorganisationen. Det är de som nedan nämns som direktiv. Inom begreppet förvaltningsorganisation inryms inte bara beslutsmyndigheten, utan också dess överordnade myndigheter.

Vi kan uppdelat direktiv stort sett i två grupper. Den ena är direktiv som de överordnade myndigheterna ger de underordnade. Den andra är de som beslutsmyndigheten formulerar för eget bruk. De förra utfärdas i Japan vanligen i form av cirkulär som kan vara bindande inom förvaltningsorganisationen. Däremot är "allmänna råd" i Sverige inte bindande ens mot de underordnade myndigheterna. Begreppet "direktiv" är möjligen vilseledande för de svenska läsarna, eftersom det lätt kan påminna oss om EG-direktiv. Men i föreliggande uppsats ska vi ändå använda "direktiv" som allmänt tycks motsvara franska ordet "directive", ty vi ska nedan ska ägna ganska mycket utrymme åt fransk rätt.

1.3 Funktion av direktiv att förebygga godtycke

—— medaljens framsida ——

Myndigheterna kan lätt uppnå en slutsats vid beslutsfattande genom att bestämma direktiv och tillämpa dem. Till följd av detta fyller direktiven funktion mot att förebygga myndigheternas godtycke. Eftersom i direktiv visas några relevanta faktorer som är i hög grad klara, blir myndigheterna tvungna att vara uppmärksamma på de där nämnda faktorerna. Så får myndigheterna svårt att ta hänsyn till felaktiga faktorer, även om den vill göra det.

(4) Utvecklingen vad gäller decentralisering

4.3 Kvalifikation av cirkulär i Frankrike

(1) Fasthållandet vid omständigheterna i ärendet

(2) Bjudande cirkulär och besvär

4.4 Självständighetsprincipen i Sverige

(1) Allmänt

(2) Lagtolkning och cirkulär

(3) Verkställighetsföreskrifter och handlingsmönster

(4) Nödvändigheten av enhetlig rättskipning

(5) Generella direktiv och självständig bedömning

5. Slutsats

1. Inledning

1.1 Avsikten med föreliggande uppsats

Vilken roll spelar direktiv vid myndighetens skönsmässiga maktutövning? Detta spørsmål är sedan några år min hjärtesak. För närvarande kan vi förstå problemet utan att noggrannt definiera begreppet direktiv. Direktiv är en sorts regel och regler har allmänt funktionen att förhindra den som tillämpar dem från att ta hänsyn till felaktiga faktorer. Omvänt måste vi ibland stå ut med orimliga beslut, just därför att de är följder av tillämpning av regeln. Här kan vi känna igen medaljens framsida och baksida. Nedan ska vi skissera förhållandet mellan båda sidor, dvs fördel och nackdel med direktiv, mot bakgrund av myndighetsstrukturen.

1.2 Definition av direktiv

Myndigheterna behöver tillräckliga handlingsmönster för att uppnå slutliga beslutet vid lagtillämpning. Och det är närmast lagstiftarens uppgift att visa dem för myndigheterna i form av rekvisit. Men nu för tiden är förvaltningsverksamheterna så komplicerade att lagstiftaren

Om tillämpning av direktiv (interna föreskrifter) vid skönsmässiga maktutövning

Av Hisashi Kouketsu

Universitetslektor vid Kanagawa universitet

(Yokohama, Japan)

1. Inledning
 - 1.1 Avsikten med föreliggande uppsats
 - 1.2 Definition av direktiv
 - 1.3 Funktion av direktiv att förebygga godtycke
—— medaljens framsida ——
 - 1.4 Verkan av direktiv att sälla fram vissa faktorer
—— medaljens baksida ——
 - 1.5 Förhållandet mellan tillämpning av direktiv och prövning av
särpräglade omständigheter i särskilda fall
2. Utvecklingen i teori och praxis om direktiv i Japan
 - 2.1 Viktläggande vid funktion att förebygga godtycke
 - 2.2 Nya kontrollmodellen och dess fälla
 - 2.3 Påverkan av *Selbstbindung*-teori i Tyskland
 - 2.4 Två sorters direktiv i förvaltningsförfarandeslagen
3. Utvecklingen i teori och praxis om direktiv i Frankrike
 - 3.1 Plikten att pröva speciella omständigheter i särskilda fall
 - 3.2 Samklang mellan tillämpning av direktiv och prövning av
speciella omständigheter i särskilda fall
 - 3.3 Opartisk tillämpning av cirkulär som visar lagtolkning
4. Direktivs funktion på olika nivåer i förvaltningen
 - 4.1 Inledning
 - 4.2 “Kikan-Inin-Jimu” i Japan
 - (1) Begreppet “Kikan-Inin-Jimu”
 - (2) Tillstånd e dyl som KIJ
 - (3) Inre bindande kraft av cirkulär

さて、今回私が学んだスウェーデンでは、日本で機関委任事務として都道府県知事に委ねられている許認可事務に相当するものは、たいてい県域執行機関（länsstyrelse）が処理している。県域執行機関というのは、県（län）という地理的区画を管轄区域とする国の執行機関である。国の機関であるならさぞかし中央からの締め付けが強かろうと思いきや、法原則上はそういう構造にはなっていない。憲法の定めにより、国民に対する権限行使に係る個別案件と法律の執行として行われる個別案件に関しては、どの執行機関も自らの判断で決定しなければならない。これが独立行政活動の原則である。中央の政府や執行機関は一般的助言（allmänna råd）を発することができるけれども、あくまで助言でしかない。発表会の席で日本の機関委任事務が話題になったので、中央省庁から通達で許認可の具体的基準を示されると地方行政庁はその通りに適用せざるを得ないと説明すると、中央省庁は法律の根拠なしにそのような定めができるのかと問われた。スウェーデンでは、あくまで法律の規定を個々の案件ごとに権限を与えられた執行機関が自らの判断で執行するという建前なのである。

発表会で論文の趣旨をすべて伝えられたわけではないが、ビョルクマン先生は私の意図を大方理解されたようで、しばらくして究竟の書物を持ってきて下さった。それは非常に魅力的な本でぜひとも自分で購入したいが、たいへん高価で当面手が出ない。帰国間近になってようやく大学近くの出版社に電話注文をした。その翌日出校してメールボックスを覗いて見ると、もう当の書物が届いている。挟み込まれているメモ用紙を抜き取って見ると、そこには「当社は御注文の書を一冊貴殿に贈呈する」とペン書きされてあった。小さな出来事ではあるが、私には忘れられない思い出である。この書物を活かす意味でも、スウェーデンの独立行政活動の原則について日本語でまとめたものをできる限り早く発表したいと思う。

以上の目次の内容から察していただけるものと思うが、私の関心は、行政庁の裁量決定において裁量基準が果たす機能を考察することにある。裁量基準には行政庁の恣意を抑制して決定の公正さを確保する機能が認められる反面、それが機械的に適用されると、事案の特殊事情に対する配慮の欠落を危惧しなければならなくなる。目次に見られる「コインの表（裏）」という表現は、裁量基準のもつこの長所と短所を印象づけようとしたものである。

今回の研究では、とくに中央と地方の関係のなかで裁量基準の機能を捉えることを課題とした。日本では、たとえば都道府県知事が機関委任事務として許認可を行っている場合、中央省庁からの通達によって裁量判断の余地を奪われてしまうことがある。私見では、都道府県知事は、法文上裁量権を与えられている限り、通達による指示は一応の目安と考え、地方の特殊事情を考慮に入れて決定してよい。しかし、実情は、通達で権限行使のあり方が具体的に指示されていると、それが職務命令と観念される結果、指示通りの決定をすることになりがちなのであろう。

それに対して、私がこれまで比較法研究の対象としてきたフランスでは、事案の特殊事情への配慮を極度に重視する。中央から通達が降りている場合でも、地方行政庁は、それに縛られることなく、事案の特殊事情を審査して自らの判断で決定しなければならない。したがって、地方の特殊性があればもちろんそれを考慮に入れることができる。大臣が地方行政庁の裁量権を奪う意思を通達のなかで明示したらどうなるかであるが、そのような通達は通達の体裁をとっていても行政立法と評価されてしまう。そして、行政立法権は首相と大統領にしか与えられていないので、大臣の通達が行政立法と評価されれば、それは無権限の瑕疵を帯びることになる。フランスでは行政立法もまた越権訴訟の対象であるから、不服のある者はその取消しを求めることができる。その辺りの事情については、私の「個別審査と画一的処理（一）（二）（三）——フランスの行政判例に見る裁量統制の一側面——」（自治研究60巻12号，61巻3号および4号）を参照されたい。

- 1.3 裁量基準の恣意抑制機能——コインの表——
- 1.4 考慮要素に関する裁量基準の篩効果——コインの裏——
- 1.5 裁量基準の適用と事案の特殊事情の審査との関係
2. 日本における裁量基準に関する理論と実務の展開
 - 2.1 恣意抑制機能の重視
 - 2.2 新たな統制手法とその陥穽
 - 2.3 ドイツの自己拘束論の影響
 - 2.4 行政手続法の二種類の基準
3. フランスにおける裁量基準の理論と実務の展開
 - 3.1 事案の特殊事情審査義務
 - 3.2 裁量基準の適用と事案の特殊事情の審査との調和
 - 3.3 法解釈を示す通達の公正な適用
4. 中央と地方の関係における裁量基準の機能
 - 4.1 はじめに
 - 4.2 日本の「機関委任事務」
 - (1) 「機関委任事務」という概念
 - (2) 機関委任事務としての許認可
 - (3) 通達の内部的拘束力
 - (4) 地方分権の展開
 - 4.3 フランスにおける通達の性格づけ
 - (1) 事案の特殊事情への固執
 - (2) 拘束的通達と救済
 - 4.4 スウェーデンにおける独立行政活動の原則
 - (1) 概説
 - (2) 法解釈と通達
 - (3) 施行規則と行為準則
 - (4) 統一的法適用の必要性
 - (5) 一般的な裁量基準と独立した判断
5. 結論

文章を丁寧に読んで下さった。続出する不可解な表現から真意を推測し、見知らぬ異国の制度について見当をつけながら読み進める作業には相当の苦痛が伴うはずである。ところが、先生はそれをいとも容易くこなしてしまわれた。先生の鉛筆書きの手直しで埋まった草稿は私の一生の宝物である。

それを清書してマールキュッソン先生にお渡しすると、先生はこれまた副学長の要職にあって多忙を極める身でありながら、私のために半日を割いて発表会を催して下さい。4月16日のことである。まず、お昼にマールキュッソン先生、ビョルクマン先生、それにスウェーデン公法学界の重鎮フレドリク・ステルツェル (Fredrik Sterzel) 先生とレストランで会食した。その後マールキュッソン先生の研究室に場所を移して報告となったのであるが、ウプサラの誇る公法スタッフとのしばしの語らいは真に至福の時であった。

その頃本学では創立70周年を記念して神奈川法学に欧文の論文を掲載する企画を立てられたそうで、光栄にも私が執筆者の一人に選ばれたという知らせを受けた。その企画は必ずしも当初の目論見通りには進行していないようであるが、在外研究の機会を与えていただいた私にはいずれにせよ成果を報告する義務があると思う。そこで、今回の留学の最大の成果である先述の論文を元の形のまま披露させていただくことにした。ただ、それでは大方の読者にとって意味のないものになってしまうことが明らかであるから、まずは論文の標題と目次を訳出し、しかる後に内容紹介を兼ねて私の関心の所在を簡単に説明する。このささやかな作業で本稿にわずかなりとも存在価値が生じているなら、喜びこれに勝るものはない。

裁量権行使に際しての裁量基準（内部規範）の適用について

1. 序論

1.1 本稿の目的

1.2 裁量基準の定義

研 究

**裁量権行使に際しての
裁量基準（内部規範）の適用について****交 告 尚 史****ウプサラ大学での研究を終えて**

一昨年（1997年）の9月より1年間、本学在外研究員としてスウェーデンのウプサラ大学法学部に研鑽の場を得た。主たる研究課題は、「スウェーデン行政法における独立行政活動の原則（självständighetsprincipen）」である。これを課題とすることは、指導をお願いしたレーナ・マールキュッソン（Lena Marcusson）先生にはすでに離日前に伝えてあった。それで先生もあらかじめ準備しておいて下さったものと見え、直ちに幾冊かの書物をお借りすることができた。当地での研究生活の滑り出しはまずは順調であったと言えるであろう。ところが、読書が進むにつれて、自分の問題意識の因って来たる所をもっと丁寧の説明する必要があるように思われてきた。スウェーデン行政の基本構造が日本のそれと随分違うことを改めて認識させられたのである。そこで、年が明けた頃に思い立って、これまでの研究生活を振り返りつつ、私の問題意識の由来を短い論文にまとめてみた。これが後掲のスウェーデン語論文である。

もっとも、私は苦もなくスウェーデン語の文章を綴れるほどの語学力は持ち合わせていない。まずは日本語で原稿を作り、それを一段落ずつノートの左頁に貼り付け、右頁に翻訳を試みるといういかにも素人くさい方法で悪戦苦闘した。最終的には私と同様に行政法と環境法の講義を担当しておられるウツラ・ビョルクマン（Ulla Björkman）先生に添削をお願いした。先生は、週10コマの講義負担に耐えて乗り込んだ私ですらその身を案じてしまうほどの仕事ぶりであるにもかかわらず、稚拙な