神戸学院法学第三四巻第三号（二〇〇五年三月）

連邦行政手続法等における行政行為の取消

乙部哲郎

一　はじめに
二　侵益的行政行為の取消
三　授益的行政行為の取消
四　二重効果的行政行為の取消
五　租税行政行為の取消
六　おわりに

一　はじめに

一　第二次大戦前に、行政法通則の法典化の視点から一九三一年のヴュルテンベルク行政法草案[1]や一九三六年の同修正草案[2]の紹介等があり、昭和三九年には、連邦行政手続法（ＶｗＶｆＧ）の一九六三年「模範草案」の紹介等があった。[3]これら草案中には、行政行為の職権取消（以下、もっぱら「取消」という）・撤回の規定も含ま

れている。(4) 昭和四〇年代には、行政行為の取消を正面からテーマとする研究が現れた。(5) このなかで、鍋沢氏は、戦前のドイツの学説の多くは撤回を扱う際に簡単に取消に付言する程度であったといい、取消の根拠を中心にドイツの学説を概観して、侵益的行政行為と異なり授益的行政行為の取消には法律の根拠が必要という。とりわけ遠藤氏の研究は質量において卓越し、ドイツ・オーストリア・フランスの取消論の展開を概観するとともに、ドイツ等における多数の判例・学説を主な素材として取消をめぐる論点について包括的に検討する。その後、茂呂氏は、授益的行政行為概念やその取消制限をめぐるドイツの判例・学説の展開を概観する。

ところで、一九七六年に制定のＶｗＶｆＧの四八条は、内容的には従来の判例・学説や法令の規定の影響が多分にみられるものの、行政行為の取消について包括的に定める一般法として重要である。(6) 同年に制定の租税通則法（ＡＯ）の一三〇条も、基本的にはＶｗＶｆＧ四八条にならった規定をおいている。

二　行政行為の取消について検討を試みるさいには、ドイツの判例・学説のほか、ＶｗＶｆＧ四八条等の規律も参考に値するように思われる。そこで、本稿は、ドイツの最近の文献を中心に同条等について概観を試みようと意図するものである。

（1）佐々木惣一「ヴュルテムベルグ行政法典の編纂」論叢二七巻二号（昭和七・一九三二）一四三頁以下、園部敏「ヴュルテンベルグ行政法草案」（昭和七・一九三二）『続行政法の諸問題』所収（有信堂、昭和三〇・一九五五）四九頁以下、田中二郎「行政法に於ける法典的立法の傾向――ヴュルテンベルグ行政法典草案を中心として――」（昭和八・一九三三）『公法と私法』所収（有斐閣、昭和三〇・一九五五）三〇五頁以下。第二次大戦前のドイツにおける行政行為の取消・撤回に関する法令の規定（法律草案は収録していない）については、M. Arndt, Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten – Aufhebung und Änderung von Steuerbescheiden –, 1998, S.29ff., 228ff. 以下、ドイツ

の文献を引用する場合は、Arndt, Fn (1), S. 29 というように表示する。その理由については、乙部哲郎「ドイツ連邦行政手続法等における行政行為の撤回」神院三一巻四号（平成一四・二〇〇二）四頁参照。

（2） 柳瀬良幹「ヴュルテムベルヒの修正行政法典草案に就て（一）、（二・完）」法学七巻五号・六号（昭和一三・一九三八）、田中二郎「行政法通則に関する一資料――ヴュルテンベルグ行政法典草案を中心とする行政法通則の研究其の一――」（昭和一六・一九四一）『公法と私法』所収三一九頁以下参照。

（3） 南博方「西独の行政手続法模範草案の構想と概要」（昭和三九・四〇、一九六四・一九六五）『行政手続と行政処分』所収（弘文堂、昭和五五・一九八〇）七五頁以下。F. Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl., 1965, S. 162f. には、行政行為の取消について定める同草案三七条も収録されている。

（4） これらの草案等における連邦行政手続法成立前の行政行為の取消・撤回の一般規定については、近く別稿でくわしく扱う予定である。

（5） 鍋沢幸雄「行政行為の職権による取消序説」早稲田法学会誌一五巻（昭和四〇・一九六五）一三三頁以下、遠藤博也『行政行為の無効と取消』（東大出版会、昭和四三・一九六八）一八〇頁以下、茂呂実「瑕疵ある授益的行政行為の取消とその制限（その1）」福井大教育学部紀要Ⅲ社会科学二三号（昭和四八・一九七三）三九頁以下。なお、乙部哲郎「行政行為の取消撤回と信頼保護」神院八巻一号（昭和五二・一九七七）五九頁以下。

（6） 連邦レベルでは行政行為の取消に関する個別の行政法令が多数、現存するが、これらはＶｗＶｆＧ四八条に優先して適用される。vgl. Hubert Meyer in: Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 8. Aufl., 2004, S. 956f.

二　侵益的行政行為の取消

一　概　説

一　ＶｗＶｆＧ四八条は、侵益的行政行為と授益的行政行為とで取消の許容要件や取消期間の有無などを区別する。ここで、一九七六年制定当時の同条を掲げておくことにする。(7) なお、一九九六年、遡及的取消・撤回等の場合の給付の償還義務を定める四九ａ条の新設により、四八条二項五文から八文は削除されたこと、償還されるべき給付・財産的損失に関する紛争が原則として行政訴訟により解決すべきことは自明とされたため、四八条六項も削除されたことに留意しておく必要がある。

第四八条（違法な行政行為の取消）

(1)　違法な行政行為は、それが不可争となった後でも、全部または一部、将来または過去に対する効力をもって、取り消すことができる。権利もしくは法的に重要な利益を設定しまたは確認する行政行為（授益的行政行為）は、第二項から第四項までに掲げる制限のもとでのみ、取り消すことが許される。

(2)　一回的もしくは継続的な金銭給付または可分的な現物給付を与え、または、そのための要件となる違法な行政行為は、受益者が行政行為の存続を信頼し、かつ、その信頼が取消における公益との考量のもとで保護に値するかぎり、取り消すことは許されない。この信頼は、受益者が与えられた給付を消費したとき、または、もはや原状に復することができないかもしくは期待不可能な損失のもとでのみ原状に復することができる財産的処分をしたときは、原則として保護に値する。受益者は、次の各号のいずれかに掲げるときには、信頼を援用することができない。

一　詐欺、強迫または賄賂によって行政行為を得たとき。
二　重要な関係において、不当または不十分であった申述によって行政行為を得たとき。
三　行政行為の違法性を知っていたか、または重大な過失によりこれを知らなかったとき。

第三文の場合には、行政行為は原則として過去に対する効力をもって取り消される。行政行為が取り消されるかぎり、すでに与えられた給付は償還しなければならない。償還の範囲については、不当利得の返還に関する民法典の規定を準用する。第三文の要件が存する場合には、償還義務者は、行政行為の違法性を理由づける事情を知ったか、または重大な過失によりこれを知らなかったかぎり、利得の消滅を援用することができない。償還されるべき給付は、官庁が行政行為の取消と同時にこれを確定する。

(3)　第二項に該当しない違法な行政行為を取り消すときは、官庁は、申請に基づき、当事者が行政行為の存続を信頼したことにより受けた財産的損失を、この信頼が公益との考量のもとで保護に値するかぎり、当事者に対し調整しなければならない。第二項第三文は、この場合に適用する。財産的損失の調整は、行政行為の存続の場合に当事者が有する利益額を越えないものとする。調整されるべき財産的損失は、官庁が確定する。この請求権は一年以内にのみ行使することができる。この期間は、官庁が当事者に対しこのことを示したときから直ちに開始する。

(4)　官庁が違法な行政行為の取消を是認する事実を知るときは、取消はこれを知った時から一年以内でのみ許される。第一文は、第二項第三文第一号に掲げる場合には、適用しない。

(5)　取消に関しては、行政行為の不可争後は、第三条により権限を有する官庁が決定をする。取り消されるべき行政行為が他の官庁により発せられたときも、また同様とする。

(6)　第二項により償還されるべき給付および第三項により調整されるべき財産的損失に関する紛争には、公用収用類似の侵害を理由とする補償が考慮されないかぎり、行政訴訟が与えられる。

二　ＶｗＶｆＧは、（職権）取消（Rücknahme）は違法な行政行為の廃止、撤回（Widerruf）は適法な行政行為の廃止をいうとしており、一九五四年のハウアイゼン論文以降の用語法・観念に従っている。[8] 取消・撤回の共通の上位概念としては廃止（Aufhebung）を使用すべきであるというのが一九六三年模範草案および一九七三年「政府草案」の考え方のようであるが、ＶｗＶｆＧは、廃止の名のもとに取消・撤回のみでなく、異議審査庁や行政裁判所による行政行為の除去をも含ませる（四三条二項、四六条、五〇条、五一条）。[9] 取消は書損じ、計算違いその他の明白な誤謬の訂正（Berichtigung）とは区別され（四二条）、訂正が直ちに可能であることには異論がない。

取消は、行政行為が違法かつ有効であることを前提とする。したがって、行政行為が廃止・失効（存続期間の満了等により）したとき（四三条）、行政行為の手続的・形式的瑕疵が治癒したとき（四五条）、いずれも四八条に基づく取消はできない。違法な行政行為が他の行政行為に適法に転換したときも（四七条）、原行政行為の転換部分はもとより、非転換の部分も転換により廃止されるため、取消はできない。[10] 重大明白な瑕疵をもつ行政行為は無効であるが（四四条・四三条三項）、その有効性の法的外観を除去する必要のある場合もあるように思われる。この方法として、①取消の可能性を承認するもの、②四四条五項にいう無効確認のみが可能とするもの、③官庁による両者の選択が可能というものに分かれる。[11] 行政行為の取消も行政行為であるが、取消の取消も可能である。[12]

行政行為が違法かどうかを判断する時点は、原則として行政行為の発付時である。行政行為の発付後に事実・

法状況の変更により違法となった行政行為の廃止は、撤回の問題となる。同旨の視点から、ある論者も、仮にこれが取消のケースと考えるときは、四九条二項一文三号・四号の適用は、事実・法状況の事後的変更により適法要件は消滅しないにもかかわらず、官庁はその裁量に基づき当該行政行為の発付をしないことができるという場合に限定されることになろうが、それはこの条項の意味や成立史にも反するし、事実・法状況の変更の場合には遡及的取消をすべき必要性も存在しないとする。(13)

三　違法な行政行為は、それが不可争となった後でも、全部または一部、将来または過去に対する効力をもって取り消すことができる（一項一文）。将来に対する効力（Wirkung für die Zukunft）とは、取消の効果の及ぶ時点が取消行為の発効時（ex nunc）を含む以後の特定時を意味し、過去（Vergangenheit）に対する効力とは、取り消されるべき行政行為の発効時（ex tunc）を含む以後の過去の特定時を意味する。(14) したがって、官庁はその裁量により取消の効力が及ぶ時点を適宜に定めることができる。この時点を決める場合には、相手方の保護に値する信頼の有無・程度が重要な役割を果たすように思われる（二項四文参照）。

四　四八条は、授益的（begünstigend）・非授益的（nicht begünstigend）行政行為概念を採用するように解される。一項一文は授益的・非授益的行政行為の取消に関する一般規定であり、非授益的行政行為の取消については唯一の実体規定を意味する。この条項は、二項により取消禁止すなわち裁量余地がなくなる場合にのみ適用されない。二項・三項は授益的行政行為の取消に関する特別規定であるが、保護に値する信頼がない場合に取り消すかどうかは一項一文により官庁の裁量に委ねられる。(15)

四八条は、授益的行政行為と非授益的行政行為とで取消の許容基準を区別する。授益的行政行為とは、「権利または法的に重要な利益を設定しもしくは確認する」行政行為をいう。権利等の「設定」は権利形成、権利等の

「確認」は権利確認的であることを意味する。たとえば、建築許可は権利形成的であり、国籍があることの確認は権利確認的である。[16] 行政行為による現存する権利の確認も、法律規定の具体化により名宛人の法的地位をよりよくするために授益を意味する。このほかの行政行為が非授益的行政行為となる。伝統的な用語法は、非授益的行政行為ではなく侵益的（belastend）行政行為である。前記のヴュルテンベルク行政法草案六一条・六四条一項、同修正草案二一条一項・二四条一項は、行政行為とは行政官庁の公権力による個別関係の規律であり、このうち私人に作為・受忍・不作為を要求するものを侵益的行政行為とみてその発付には法規の根拠が必要であるとして、行政行為・侵益的行政行為の積極的定義づけはするが、授益的行政行為の積極的定義づけはしていないようである。逆に、ＶｗＶｆＧは非授益的行政行為の概念の方を積極的に明らかにしない。一九七三年政府草案の理由書も同様である。一九六三年模範草案の理由書によれば、当事者に行為・受忍・不行為または金銭給付を課す行政行為のみでなく、許認可等の申請拒否のごとき行政行為も含ませるために、あえて侵益的行政行為ではなく非授益的行政行為の用語を使ったようであるが、申請拒否も侵益的行政行為概念に含めるものもある。[17]

（７）　ＶｗＶｆＧに関しては、前掲注(６)に掲記のもののほか、Hans Meyer in: Meyer/Borgs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1982; H.-W. Laubinger in: Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl., 1995; F. O. Kopp/U. Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 8. Aufl., 2003. ＶｗＶｆＧ全般の概要については、成田頼明「行政手続の法典化の進展」田中二郎古稀記念『公法の理論下１』（有斐閣、昭和五二・一九七七）一七〇〇頁以下。ＶｗＶｆＧの邦訳として、宮田三郎「西ドイツ行政手続法」専法二四号（昭和五二・一九七七）一六七頁以下、石井五郎「行政手続法⑵」外法一六巻五号（昭和五二・一九七七）二三〇頁以下、南・注(３)二五二頁以下があり、本稿でも訳出にあたり参考にした。

（8） F. Haueisen, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, S. 1425. 職権取消と争訟取消の区別に関する従来のドイツの判例学説については、遠藤・注（5）一三一頁以下。

（9） Laubinger, Fn (7), S. 603f. 一九六三年模範草案については、南・注（3）七六頁。

（10） Hans Meyer, Fn (7), S. 425; H.-U. Erichsen in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 334f.

（11） Laubinger, Fn (7), S. 609f. は①説、Hans Meyer, Fn (7), S. 425; Erichsen, Fn (10), S. 334f.; Meyer, Fn (6), S. 965 は②説である。Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 810 は③説をとるが、四三条二項を根拠に四八条の直接適用には疑問があるとして四八条の類推適用をいう。

（12） Laubinger, Fn (7), S. 609f. 同旨、Meyer, Fn (6), S. 968 は、取消の取消により原行政行為が復活するという。

（13） Erichsen, Fn (10), S. 336. これに対して、H. Maurer, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, JuS 1976, S. 492 は、このケースは取消と撤回の中間型であるとし、この場合、撤回とは異なり法律適合原則が行政行為の除去を迫るが、取消とは異なり信頼保護の要請がより強いという。Laubinger, Fn (7), S. 612ff. は、違法判断の基準時は行政行為の発付時ではなく、行政行為の取消時に違法であれば四八条の適用を受けるとして、行政行為の手続的・形式的瑕疵が治癒されれば（四五条）行政行為は違法ではなくなるから、四八条に基づく取消はできないという。

（14） Hans Meyer, Fn (7), S. 429.

（15） Hans Meyer, Fn (7), S. 421, 435. なお、H.-J. Blanke, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000, S. 194f. も、四八条一項から三項の関係についてほぼ同様の理解をする。

（16） Hans Meyer, Fn (7), S. 434f.

（17） Vgl. Laubinger, Fn (7), S. 622. 授益的でも侵益的でもない「中立的」行政行為の存否に関するドイツの従来の学説については、茂呂・注（5）四八頁以下。授益的行政行為概念に関するドイツの従来の学説については、茂呂・注

（5）四四頁以下、石崎誠也「利益的行政行為の概念について――戦前ドイツ行政法学を素材にして――」新潟一六巻二号（昭和五九・一九八四）二四六頁以下。

二　取消自由の原則

一　四八条一項は、その一文と二文との対比からみて侵益的行政行為については取消自由の原則を定めるものと解される。前記のヴュルテンベルク行政法草案八二条一項・同修正草案四二条一項や一九六三年模範草案も同旨である。侵益的行政行為を取り消すかどうか、取り消すとして全部取消か一部取消か、将来または過去に対する効力をもつ取消かは、官庁が義務にかなった裁量（pflichtgemäßes Ermessen）により決定する。相手方は取消請求権をもたず、瑕疵なき裁量行使を求める手続的権利のみをもつ。

侵益的行政行為の取消は何時でも可能であり、授益的行政行為の取消の場合のような期間期限はない。このことは四八条一項の文言からも明かであるが、実質的にみても適法な侵益的行政行為の撤回には期限がないのに（四九条一項・二項二文）、違法な侵益的行政行為の取消に期限があるとすることは、バランスを欠くことにもなろう。[18]

二　例外的に侵益的行政行為の取消が義務づけられる場合がある。たとえば、取消義務・相手方の取消請求権は、法治国原理とりわけ基本権（基本法二条一項や一二条・一四条など）の尊重にその基礎をおくこと、取消請求権は行政行為の不可争とともに行使できなくなるが、この場合でも官庁は取り消すかどうかの裁量をもつこと、五一条に基づき再審が許されかつ理由があるときは、再び取消請求権を行使できることなどを指摘するものがある。[19][20]

(18) Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 851.
(19) Laubinger, Fn (7), S. 639ff. 侵益的行政行為の取消義務に関する従来のドイツの学説等については、遠藤・注(4)二〇四頁以下。
(20) Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 823 は、四八条一項一文に所定の取消裁量が零に縮減する例として、①継続効果的行政行為の場合に、事実または法状況の変化によりもはや行政行為を維持することが期待不可能であるとき、②基本法三条に基づく行政の自己拘束の結果、③行政行為を維持することが良俗または信義則に違反するときのほか、④三項にいう授益的行政行為にあっては、当事者の信頼利益が明らかに取消を求める公益よりも優れ、かつ、同項に基づく金銭的請求によっては調整しえないときをあげる。Erichsen, Fn (10), S. 357 も、同様の例として①〜③に近いものをあげる。④そして②の一部では、取消裁量が零に縮減する結果、行政行為の維持を義務づけられることになろう。

三 授益的行政行為の取消

一 概説

一 連邦行政裁判所は、一九六三年模範草案に至るまで金銭給付を目的とする授益的行政行為についてのみ信頼保護をいわゆる存続保護（Bestandsschutz）の意味に理解したが、その後、兵役義務の免除、民法上の財団法人の認可、帰化の決定などの授益的行政行為についても信頼保護を理由に取消を退け、結局、ＶｗＶｆＧ施行に至るまでの間、すべての授益的行政行為について信頼保護は存続保護の意味に理解したという。(21) 通説もまた同様であった。違法な授益的行政行為の取消義務を主張し、その代わりに受益者の信頼利益の損失補償または損害賠償をいう少数説もあったが、この場合でも、すべての授益的行政行為を念頭におくものであった。(22)

一九六三年模範草案は、「金銭給付または現物給付」的行政行為（二項。可分的現物給付に限定せず、給付要件に関わる行政行為という表現もなかった）とその他の授益的行政行為（三項）に分けて、前者は取消禁止、後者は損失補償を要件とする取消を定めていた。模範草案の理由書によれば、この目的は法的不安定性の除去と損失補償の導入により取消か存続かという全か無（Alles oder Nichts）という二者択一の克服にあること、現物給付は可分的なものが多く、不可分の現物給付であってもその財産的価値は金銭的利益におきかえうることにあった。[23] しかし、学説には批判が多く、たとえば、オッセンビュールは、信頼保護の目的を存続保護（民法上の用語では積極的利益）と消極的利益に二分するのは、基本法三条の平等原則との関連で少なくとも疑問があるように思われること、不可分の現物給付にあっては、行政行為の全部取消と保護に値する利益部分の補償を併用するのが妥当であるが、模範草案ではこれはできないから全か無という二者択一の克服にはいたらないことをいい、フロッチャーは、模範草案の定める二分法は信義則からは引き出せないとし、すべての行政行為につき存続保護、補完的に財産保護（Vermögensschutz）によるべきという。[24]

一九七三年政府草案も右のような二分法を受け継ぐが、第二項は「金銭給付または可分的な現物給付」に改められ、給付要件に関わる行政行為も付加されたようであり、オッセンビュールの批判の一部に応えた形となった。その理由書は、金銭等給付的行政行為は財政的（fiskalisch）利益に関係するのに対して、この他の授益的行政行為はより強く国家関係的（staatsbezogen）利益が問題となっているところから、後者の行政行為により生じた違法状態を維持するのは耐えがたいということを指摘するようである。[25]

二　ＶｗＶｆＧ四八条によれば、金銭・可分的現物給付またはこれらの給付要件に関わる授益的行政行為（以下、もっぱら「金銭等給付的行政行為」という）は、受益者が行政行為の存続を信頼し、かつ、この信頼が取消

を求める公益との考量のもとで保護に値するかぎり取消は禁止される（二項一文）。この他の授益的行政行為については、保護に値する信頼が存するときでも取り消すことが許されるが、受益者の信頼損失の調整をしなければならない（三項）。前者の信頼保護は存続保護、後者の信頼保護は財産保護を目的とする。

三項に対しては、憲法上の信頼保護原則を財産保護に切り縮めるものであり憲法違反との批判もあるが、支配的見解は存続保護の余地もあることを理由に合憲とみるようである。たとえば、ＶｗＶｆＧの制定当初にも、金銭等給付的行政行為以外にも私法形成的行政行為については補償を代償とする取消は不可能というもの[26]、国籍付与の承認や建築許可について、官庁は比例適合原則に基づき裁量により金銭的調整をして取り消すか（三項）取り消さないか（一項）を選択できるというものがある[27]。近時も、国籍付与の承認など信頼保護が存続保護によってのみ得られる授益的行政行為の場合には、一項一文に基づく裁量が零に縮減し、取り消すことができないとするものがある[28]。

最近では、ブランケもこれに近い。すなわち、非物質的損失が問題となっている場合には、比例適合原則・過剰性の禁止（Übermaßverbot）に基づいて裁量が零に縮減して存続保護を与えうること、この場合、憲法上の信頼保護原理が行政手続法に対する統制基準・解釈指針としての役割を果たすこと、四八条の体系的解釈からも（前記一四三頁参照）、保護に値する信頼が優越し金銭的補償によっては償いえないか不足するときは、官庁は一項一文の裁量の範囲内で取り消さないことが許されること、連邦憲法裁判所の一九八一年一二月一六日決定も、三項は国籍付与の承認について官庁がこのような決定をすることを排除するものではないとすることなどを述べる[29]。ブランケは、三項が一般的抽象的方法により財産保護を最適としたことは、具体的個別事案において存続保護のために点的に（punktuell）先延ばしされるにすぎず、立法者が二項と三項により選択した二分法に原則的に

異議を唱えるものではないことをも指摘するが、三項の拡大解釈・適用の戒めを示唆するものとして有益であるように思われる。

(21) W. Frotscher, Vermögensschutz oder Bestandsschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten? DVBl 1976, S. 283f. なお、遠藤・注(5)六八頁以下参照。

(22) 遠藤・注(5)八四頁以下。なお、乙部・注(5)六三頁以下参照。

(23) Vgl. Ossenbühl, Fn (3), S. 164, 166.

(24) Ossenbühl, Fn (3), S. 166f., Frotscher, Fn (21), S. 288f. なお、W. Scheerbarth, Gedanken zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl 1966, S. 782 も同様に批判的であり、かつ、あらゆる行政行為に対する規準として比例適合原則を行政手続法に導入すべきこと、同原則の範囲内で信頼保護も主たる観点の一つとして考慮されるから信頼保護に関する規定は不要になること、もっとも、比例適合原則は憲法上の地位をもつから行政手続法に導入されなくても、行政行為の取消・撤回の場合にも適用されることを述べる。

(25) Vgl. Laubinger, Fn (7), S. 642. なお、Hans Meyer, Fn (7), S. 437 は、この理由は説得的ではなく、たとえば、「国家関係的でない」不可分の現物給付は、その存続への保護に値する信頼があるにもかかわらず三項により取り消しうるというのは耐えがたいことになろうとする。

(26) Maurer, Fn (13), S. 492f.

(27) V. Götz, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, NJW 1976, S. 1429.

(28) Laubinger, Fn (7), S. 654f.

(29) Blanke, Fn (15), S. 191ff. 同旨結論、Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 846f. なお、Meyer, Fn (6), S. 973 も同様であるが、連邦憲法裁判所の一九八一年一二月一六日決定に対しては批判的であり、連邦行政裁判所も当初はこの決定に従

ったものの、後には難民証明書により得られる給付を考慮して四八条二項に基づき取消を否認したという。

二　金銭等給付的行政行為の取消（二項）

一　四八条二項一文によれば、受益者が金銭等給付的行政行為の存続を信頼し、かつ、この信頼が取消を求める公益との考量のもとで保護に値するかぎり取消は禁止される。この種の行政行為にあっては財政的利益のみがあるが、当事者の正当な信頼利益のために他の公益よりもより容易に後退して、結局、三項が目的とする財産保護に匹敵する結果となるという考え方に立つという指摘もある。(30)

「一回的もしくは継続的」は、金銭給付および可分的現物給付の両者にかかる。(31) 金銭・可分的現物給付は公的給付のみをいい、私人による給付についての官庁の同意や認可は、金銭等給付的行政行為には該当しない。金銭給付の例としては、補助金の交付、金銭納付の免除などがある。間接的に金銭給付につながる有給の特別休暇の承認などは、これに含まれない。可分的現物給付の例としては、財産の譲渡、住居の提供、燃料・衣服の授与などがある。営業許可、サービス活動の承認などは含まれない。可分とは、物自体の分割だけでなく時間的観点での分割（例、特定期間の住居の提供）も含まれる。金銭・可分的現物給付の要件となる行政行為には、連邦公務員給与法（ＢＢｅｓＧ）二七条二項に基づく給与算定の基礎となる勤続年数の確定、投資手当法（ＩｎｖＺｕＩＧ）二条一項に基づく証明などがある。(32)

取消禁止のためには、受益者が行政行為の存続を信頼したこと、この信頼が取消を求める公益との考量のもとで保護に値することという二つの要件がともに備わらなければならない。前者の要件に関して、ハンス・マイアーは、二項三文三号のごとく受益者が信頼しえたとか信頼することが許されるかどうかではなく実際に信頼した

かどうかが基準となるといい、官庁が二四条に基づきその存否を調査すべきであるという。[33] ミュラーも、行政行為の存続においた信頼は主観的判断であり、ゆえに行政行為は取消留保付であることを理由に主観的信頼を否認することはできず、主観的信頼は法秩序が客観的に保護に値すると評価する場合にのみ、すなわち公益との比較考量により優る場合にのみ取消を妨げるとする。[34] もっとも、後記のようにハンス・マイアーは、二項三文各号の事由が存する場合は、信頼の保護価値性（Schutzwürdigkeit）というよりも信頼の援用自体が許されないというから、取消禁止の要件としては、受益者が実際に信頼したこと、二項三文各号の事由がないためこの信頼に正当性があること、取消を求める公益との比較考量において信頼が保護に値することという三つの要件がともに備わらなければならないとするようにも解される。このように取消禁止のためには二つまたは三つの要件の充足が必要といっても、理論的にはともかく実際には変わりはないように思われる。

二　四八条二項二文によれば、受益者が与えられた給付を消費し（verbrauchen）、または、原状回復が不可能または期待不可能な損失のもとでのみ可能となるような財産的処分（Vermögensdisposition）をしたときは、保護に値する信頼が「原則として」（in der Regel）存在する。

第二次大戦前の立法の中にも、「信頼」保護の要件として明示するわけではないが、許可等の取消事由として許可等をいまだ利用していないこと（noch kein Gebrauch machen）を定めるものもあった（一九二六年のテューリンゲン行政法一四三条一項一文三号、一九三一年のプロイセン警察行政法四二条一項c号）。従来の判例・通説も、信頼保護の要件として、信頼のみでは足らず、受益者が信頼を実行に移したこと（Ins-Werk-Setzen）を要すると解していた。[35] 財産的処分よりも、許可等の利用・信頼の実行という方が広い概念であるように思われる。

一九六三年模範草案は、受益者が金銭等給付的行政行為の存続を信頼し、かつ、この信頼が保護に値すること、とりわけ二項三文各号に定めるような事由があるときは（ただし、同三号の行政行為の違法性の認識は重過失を要件とせず単なる過失でもよいとする）信頼は保護に値しないことを定めるにすぎなかった。公益との比較考量によるという文言もなかったが、同草案の理由書によれば、この比較考量の必要性は信頼の保護価値性に内在すると解されたようである。二項二文のごとき規定もなく、法的安定性の見地から信頼の保護価値性概念をより具体化すべきであるなどの批判を受けていた。[36] 二項二文の導入は、この批判に応えた形となったように解される。

金銭給付が受益者の債務軽減または財産購入に転じたときは、給付の消費はみられない。財産的処分とは、与えられた給付自体の処分だけでなく、当事者の財産状況に影響を与えるあらゆる行為が含まれる。たとえば、建築費用の支出、旅行、退職・就職、売買契約・賃貸契約等に基づく債務負担など。不行為も財産的処分にあたることがある。違法な行政行為と財産的処分との間には因果関係が必要となる。非合理的または過剰な財産的処分にあっては、信頼は保護に値しない。財産的処分の原状回復が期待不可能かどうかの判断は、とりわけ当事者の所得・財産そのほかの生活状況が基準となる。[37]

取消を求める公益との考量のもとで信頼が保護に値するかどうかを決める場合の要因として、ラウビンガーはつぎのことを指摘する。①正式の手続または計画確定手続で行われた行政行為の存続への信頼は高い。②行政行為の発付後の経過期間が長ければ長いほど、信頼は保護に値する。③取消の結果、受益剥奪の効果が厳しいほど信頼は保護に値する。④受益の存続が公共の福祉にとって不利益となるほど信頼は保護に値しないが、もっぱら金銭等給付的行政行為の場合はこの視点はあまり重要ではない。[38] これらの中には、保護に値する信頼の存否とは直接の関係をもたないものがある。たとえば、行政行為発付後の経過期間もそれ自体は独自の意味は有しない。

受益者が行政行為により与えられた給付を直ちに消費したときでも信頼保護は是認され、反対に詐欺等があったときは行政行為の発付から数年後でも信頼保護は認められず行政行為の遡及的取消も許されることがある（四八条二項四文・四項二文）。ただし、受益者の信頼をより強めることはありうる。同じことは、行政行為の発付の形式・手続についてもいうことができよう。

三　四八条二項三文は、受益者が信頼を援用できない事由を定める。「信頼」を援用できないと明示してではないが、同三号に掲げるものを除く事由自体は、前記のテューリンゲン行政法一四二条・一四三条等も取消事由等として承認するところであった。ハンス・マイアーは、二項三文各号の事由は信頼が保護に値するための消極的例示であり、二項二文の事由がその積極的例示になるというが、前者の指摘は一九六三年模範草案については文字どおり妥当するであろう。他方、ハンス・マイアーは、二項三文各号の事由が存する場合は、信頼の援用自体が許されないのであって信頼の保護価値性の問題ではないという。(39) 比較考量の場において取消を求める公益に対抗すべきはずの信頼自体が存在しないとする趣旨であり、二項三文の解釈としてはこの方が適切であろう。二項三文各号の事由が存する場合には、行政行為は過去に対する効力をもって取り消されるのが「原則」であるが（二項四文）、一号の場合はとくに悪質であるから、取消権は一年の除斥期間に服する旨の規定は適用されず、官庁はいつでも行政行為を取り消すことができる（四項二文）。一九六三年模範草案には、これらの定めはなかった。

1　詐欺・強迫・賄賂により行政行為を得たとき（一号）　詐欺・強迫・賄賂の概念は、民法・刑法のそれと同一または類似のものと理解される。詐欺等と行政行為との間に因果関係がなければならない。この因果性は、行政行為の発付またはその違法性のいずれとの関係で必要かが問題となる。(40) 代理人または受益者の承認のもとに

第三者が詐欺等により行政行為を得たときも、この要件を充足する。従来から、詐欺等の不正手段が独立の取消原因となるかは争いもあったが、(41) この規定によれば別に行政行為の違法性を前提とすることになろう。

2　重要な関係において不当・不十分な申述により行政行為を得たとき（二号）　「重要な関係において」(in wesentlicher Beziehung) とは、不当 (unrichtig)・不十分な (unvollständig) 申述がなかったならば、官庁はこの行政行為を発しなかったであろう場合をいう。口頭・電話による不当・不十分な申述や、必要な申述をすべきであるのにしなかった場合、代理人等による不当・不十分な申述も、この要件を充足する。従来から、判例・通説は、行政行為の瑕疵の原因が受益者の責任領域 (Verantwortungsbereich) にあるときは、受益者の過失の有無を問わず信頼保護は認められないとする傾向にあったが、(42) 二号はこれを踏襲したようにみえる。官庁が不十分な申述様式を使わせたり誤った助言をするなど共同責任がある場合、取消は信義則違反または許されざる権利行使として妨げられるとか、(43) 官庁には事実調査の責任（二四条）や助言・教示義務（二五条）があることを考慮しなければならず、結局、この共同責任の程度と信頼保護との考量が必要となるというものもある。(44)

3　行政行為の違法性を知っていたか重過失によりこれを知らなかったとき（三号）　行政行為の違法性についての代理人の知識（可能性）も受益者に帰せしめられる。従来、一号・二号の場合と異なり、代理人の知識は受益者本人には帰せしめえないという者も、改説して同様の見解をとった。(45) 受益者側の知識の対象は、行政行為の違法性かそれとも行政行為の違法をもたらす事実状況で足るかは争いもある。(46) 前者が適切であるが、受益者等が法に明るい者であるときはこの事実状況に対する知識も考慮されることになろう。(47) 重過失の有無は平均的市民を基準に判断されるが、個別具体的過失・注意基準によるべきとして官吏など高い知識能力をもつ人にはより厳しい要求がされる。

撤回留保や負担の不履行など四九条二項一号から五号の撤回事由があるときは、違法な授益的行政行為も少なくとも将来に向かって取り消すことができ、受益者の同意（Zustimmung）も事案によっては取消事由となるように思われる（同旨、前記のテューリンゲン行政法一四二条一項・一四三条一項一文、ヴュルテンベルク行政法草案八九条二号、同修正草案四九条二号、プロイセン警察行政法四二条二項）。

受益者が給付の消費または原状回復困難な財産的処分を行い、かつ、二項三文各号の事由がなければ、信頼は「原則として」保護に値するが、この場合でも、連邦行政裁判所の判例によれば、二項三文各号は例示にすぎないから取消を求める公益との比較考量のもとで受益者の信頼が保護に値しない場合がありうる。[48] 受益者が行政行為の違法性を知るべきであったときを例示するものもあるが、[49] この場合は信頼の援用自体が許されないから、結局、信頼の保護価値性もないことになり、右の例としては適切ではないであろう。他方、給付の消費や財産的処分がみられないときでも、保護に値する信頼が存在しうることもないではない。[50]

四　保護に値する信頼が存しないときは、通例、過去に対する効力をもって取り消されるであろう（二項四文参照）。この場合、旧二項五文～八文は不当利得の返還に関する民法の規定を準用することにより相手方の調整をはかろうとしたが、一九九六年に新設の四九ａ条は遡及的取消・撤回等の場合の償還義務等を定め、これとともに二項五文～八文は削除された。[51]

これに対して、保護に値する信頼が存するときは、二項一文により取消は禁止される。この場合、取消は過去・将来の全期間にわたって禁止されることになるのであろうか。まず、違法な行政行為が一回的（einmalig）な命令・禁止または法状況の一回的形成のみを目的としその効果がすでに終結済であるときは、その将来的取消ということは不可能であるから、厳密には禁止されるのは遡及的取消であろう。[52] つぎに、継続的に存続する法律関

係を創設しまたは内容的にこれを変更する行政行為（継続効〔Dauerwirkung〕をもつ行政行為）、とりわけ年金・扶助料決定のような回帰的（wiederkehrend）金銭給付を対象とする行政行為にあっては、事情は異なる。この場合、行政行為が違法であることを告げた時点で受益者の行政行為の適法性に対する信頼は失われると考えられるから、この時点以後に効力を及ぼす取消は許される。ただし、事案によっては、保護に値する信頼が将来も存続する場合もないわけではなく、この場合には将来のある時点まで効力を及ぼす取消は禁止されることになる(53)。受益者の信頼が保護に値する「かぎり」（soweit）において（二項一文）取消禁止というのは、取消の範囲・時間的効力に関して区別を認める趣旨であると解される。

(30) Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 830ff. ほぼ同旨、Laubinger, Fn (7), S. 643; Meyer, Fn (6), S. 986f. なお、Blanke, Fn (15), S. 179 は、金銭等給付的行政行為の実際上の重要性は今日では劣ってきてほとんど助成領域に限られており、VwVfGにおける信頼保護の特色はむしろ三項の財産保護にあるという。

(31) Hans Meyer, Fn (7), S. 437.

(32) Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 829; Blanke, Fn (15), S. 179. 投資手当法二条一項に基づく証明に関する一事例として、乙部哲郎「EC法違反の援助決定の取消――ドイツ連邦行政手続法四八条へのEC法の影響――」神院三二巻二号（平成一四・二〇〇二）六九頁以下。

(33) Hans Meyer, Fn (7), S. 438.

(34) H. Müller, Die Aufhebung von Verwaltungsakten unter dem Einfluß des Europarechts, 2000, S. 54f. 同旨、Erichsen, Fn (10), S. 342. なお、Blanke, Fn (15), S. 174 も、受益者の信頼を信頼保護の主観的要素といい、公益との比較考量により保護に値することを客観的要素という。

(35) Vgl. J. Mainka, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1963, S. 61ff. なお、遠藤・注(5)一七三頁以下、乙部・注

(5)一〇三～一〇四頁参照。

(36) Ossenbühl, Fn (3), S. 164ff. は、信頼の保護価値性という不確定法概念は空ろな公式（Leerformel）にすぎず、判例・学説により充足されねばならないから、模範草案が意図する法的安定性の創生ということは著しく損なわれるという。

(37) Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 837; Meyer, Fn (5), S. 991.

(38) Laubinger, Fn (7), S. 647f. ①・②について同旨、Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 835. ドイツの従来の学説等も同様の視点をあげることについては、遠藤・注(5)一五九頁以下参照。

(39) Hans Meyer, Fn (7), S. 438f. なお、Blanke, Fn (15), S. 202 も、この場合、公益・私益の一般的考量の必要はないという。

(40) 後者とみるものに、Hans Meyer, Fn (7), S. 439; Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 838f. 両者とみるものに、Blanke, Fn (15), S. 203; Erichsen, Fn (10), S. 343.

(41) 遠藤・注(5)一六五頁以下参照。

(42) Vgl. Mainka, Fn (35), S. 61ff.; Ossenbühl, Fn (3), S. 81f. なお、Müller, Fn (34), S. 57ff. によれば、四八条二項三文各号は、連邦憲法裁判所も承認する責任領域による危険配分思想に基づくという。

(43) Müller, Fn (34), S. 59.

(44) Meyer, Fn (6), S. 992.

(45) Laubinger, Fn (7), S. 647.

(46) Laubinger, Fn (7), S. 646f.; Müller, Fn (34), S. 59 は前者、Meyer, Fn (6), S. 992 は後者とみる。

(47) Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 841.

(48) Blanke, Fn (15), S. 174f. なお、遠藤・注(5)一七五頁以下、乙部・注(5)七〇頁参照。

(49) Erichsen, Fn (10), S. 348.
(50) 従来のドイツの判例学説によれば、受益者が高齢である場合などがあげられよう。遠藤・注(5)一七五頁参照。
(51) Maurer, Fn (13), S. 492 は、不当利得の返還請求に関する民法の規定には信頼保護思想を表明するものがあるという。Müller, Fn (34), S. 66f. は、官庁が四八条二項に基づく考量の結果、当事者に信頼保護を得せしめないと決定した場合に、四九 a 条二項が償還請求の遂行を特殊の信頼保護の表明である利得消滅原則により妨げるのはおかしいという。四九 a 条については、さしあたり乙部・注(1)二〇頁以下。
(52) 従来のドイツの判例・通説も同様であることについて、遠藤・注(5)七八頁参照。なお、Blanke, Fn (15), S. 201.
(53) 従来のドイツの判例・通説も同様であることについては、Mainka, Fn (3), S. 70; Ossenbühl, Fn (3), S. 117.

三 そのほかの授益的行政行為の取消（三項）

一 金銭等給付的行政行為以外の授益的行政行為は、一項一文の規定に基づいて取り消すことができるが、公益との比較考量のもとで「当事者」の信頼が保護に値するかぎり財産的損失を調整し（ausgleichen）なければならない（三項）。この種の行政行為の例としては、帰化の決定、官吏の任命・昇任、許可、認可などがある。当事者とは、二項にいう「受益者」と同じとされる。(54) 保護に値する信頼が存する場合に金銭的調整ではカバーできないときは、一項一文の取消裁量は零に縮減して取り消すことは許されず、行政行為の存続が認められることがある（前記一四九頁参照）。信頼の援用ができないとする二項三文各号の規定も適用されるが、この場合に二項四文を適用しないのは金銭等給付的行政行為の場合とくらべて差異がある。

「原則として」保護に値するものとされる給付の消費・原状回復困難な財産的処分を定める規定（二項二文）も適用されない。このことから、金銭的調整の要件である保護に値する信頼の存在は、行政行為の取消禁止を根

挽づけるそれと比較して、より容易に認められることになろうとして、たとえば、受益者が行政行為を顧慮して財産的処分をすれば原状回復が困難でなくても、保護に値する信頼は存するというものもある。(55)これに対して、一般に、取り消すかどうかの裁量決定では金銭等給付的行政行為の取消の場合と同様の視点によるべきとして、二項二文の考え方はこれ以外の授益的行政行為の取消の場合にも妥当するというものもある。(56)保護に値する信頼が公益との比較考量に依存するかぎり、財産的処分に限定するのはともかく、後者の見解が適切であるように思われる。

二　受益者の金銭的調整請求権は、同請求権の存することを示された時から一年以内にかぎって行使できる。請求権の範囲は信頼利益の補償にとどまる。したがって、行政行為が発せられなかったであろう場合と同様の状況におかれ、行政行為の存続を信頼して支出した費用（消極的利益）が補償される。事情によっては積極的な履行利益の補償に及ぶこともありうる。請求額は取消を求める公益の強度と比較して決められるから、補償は一部にのみ限られることもある。(57)かつては行政の償還請求権（旧二項五文～八文）は行政行為の取消と同時に確定されるから取消手続と償還手続との一元化が図られていたが、(58)金銭的調整は行政行為の取消と同時に行うことにはなっていない。具体的な補償額は官庁が決定する。行政の償還請求権と受益者の補償請求権に関する争いは、原則として行政裁判所の管轄に属する。このことを明規する旧六項は一九九六年の改正により削除されたが、同様のことはすでに行政裁判法（ＶｗＧＯ）四〇条一項から導かれるから、この削除によってもその実質に変更はない。(59)

受益者の補償請求権は、本質的に犠牲（Aufopferung）の視点に基づく補償法原則にならうものであるといわれる。したがって、旧六項の削除にもかかわらず公用収用または公用収用類似の侵害（enteignungsgleicher Eing-

riff）に基づく補償請求権は排除されず、民法八三九条・基本法三四条に基づく損害賠償請求権も生じることがある。(60)

(54) Meyer, Fn (6), S. 996.

(55) H. Johlen, Ausgleichsanspruch bei der Rücknahme oder Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, NJW 1976, S. 2155.

(56) その理由として、Hans Meyer, Fn (7), S. 441 は二項二文は根本思想、Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 846 は一般原則を表明することをあげるが、Meyer, Fn (6), S. 996 は二項二文の準用をいう。

(57) Johlen, Fn (55), S. 2155.

(58) 一九六三年模範草案について、南・注(3)七七頁参照。

(59) Meyer, Fn (6), S. 997f. なお、Laubinger, Fn (7), S. 653f., 657 によれば、償還請求権・調整請求権は四八条二項・三項という公法規定に基づくから公法上の請求権であり、行政裁判法四〇条一項により行政裁判所の管轄権が認められるのは当然として、旧六項は不要とみる。いくつかの州の行政手続法にも、旧六項に相応する規定はないという。

(60) Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 847f. なお、旧六項も公用収用類似の侵害を理由とする補償が考慮されうることも定めるが、違法な授益的行政行為の取消には公用収用類似の侵害に必要とされる侵害行為の違法性がないことなどから、公用収用類似の侵害を理由とする補償は原則として考えられないという指摘もあった。vgl. Johlen, Fn (55), S. 2155; Laubinger, Fn (7), S. 657f.

四　取消期間（四項）

一　授益的行政行為の取消は、官庁が取消を是認する（rechtfertigen）事実を知ったときから一年以内でのみ許される（四項一文）。官庁はいつまでも取消権を行使できるというのでは、受益者は法的不安定の状態におかれるから、これを防ぐために取消権の除斥期間（Ausschlussfrist）が定められた。(61) この除斥期間は、侵益的行政

行為の取消にはなく（一項二文）、詐欺・強迫・賄賂により得た授益的行政行為の取消にもない（四項二文）。前記のヴュルテンベルク行政法草案八八条二項・同修正草案四八条二項は、授益的行政行為の発付後六か月以内を取消期間として定めるが、やはり右と同様の適用除外をおく。右の除斥期間は、侵益をこうむる者が取消の申立てや訴えを提起している二重効果（複効）的行政行為の取消にも存在しない（五〇条による四八条四項の適用除外）。連邦行政裁判所の判例によれば、後に最終的決定を発する旨の留保付で発せられる行政行為の取消にも四項一文は適用されないという(62)。失効の原則を排除するわけではなく、除斥期間前でも取消権の失効はありうる(63)。

二　取消期間の開始の時点については、一九八四年一二月一九日の連邦行政裁判所大部判決が著名である。この判決によれば、官庁が行政行為の取消決定のための重要事実のすべてを完全に知ったときである。つまりさらなる事実解明なしに事物に則した裁量行使のもとで取消について決定することが客観的に可能である場合に、期間は進行を開始するのであって、このように解することが決定期間（Entscheidungsfrist）としての一年という取消期間の目的に沿うというのである(64)。

この大部判決に対しては、学説には反対が多い。取消が考慮されうることを示す事実をおよそ知った時を取消期間の開始の時点とみるのである。その理由は、四項は「すべての事実」とはいわず単に「事実」とのみいうこと、一年という取消期間はすべての事実調査の終了後の純然たる考慮期間（Überlegungsfrist）とみるべきではないこと、大部判決のごとく理解するときは官庁は常に新たな調査をすることにより取消期間の開始を延長する自由をもつであろうことにある。ラウビンガーは、この反対説に理解を示して大部判決に疑問を留保しつつも、結局は同判決の方を支持する。実際に取消事由が存在するかどうかの解明には、たとえば測量をしたり鑑定を求めたり、受益者に事前の聴聞の機会を与える（二八条）など、多くの時間が必要だからというのである(65)。

三　右の大部判決は、官庁（Behörde）概念も判示して、官庁とは官庁内部の権限ある職務担当者をいうとする。これに対しても批判が多く、権限ある職務担当者でなくても官庁内の他の職員が知れば官庁が知ったことになるという。この理由として、一条四項は官庁概念を使うが、四八条四項もこれと異なる官庁概念を使うわけではないこと(66)、これに加えて市民は原則として官庁内部の権限配分を知らないことなどをあげる(67)。

(61) Meyer, Fn (6), S. 980 は、同旨として、連邦行政裁判所や連邦社会裁判所の判決を援用するが、なお、除斥期間の制度は手続経済にも資するという。
(62) Laubinger, Fn (7), S. 659.
(63) Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 850.
(64) なお、乙部・注(32)七四頁以下。
(65) Laubinger, Fn (7), S. 662f. 同旨、Erichsen, Fn (10), S. 355f.
(66) Laubinger, Fn (7), S. 661.
(67) Meyer, Fn (6), S. 985f.

四　二重効果的行政行為の取消

一　混合効果的行政行為の取消

一　二重効果（複効）（Doppelwirkung）的行政行為は、混合効果（Mischwirkung）的または第三者効（Drittwirkung）的行政行為とに分かれる。混合効果的行政行為とは、同一の当事者に授益的かつ侵益的な法的効果を及ぼす行政行為をいう。たとえば、官吏任用などの身分的行為、負担付または申請の一部拒否の形で行われる授益

的行政行為がそうであるという。

二　授益的部分と侵益的部分が可分の場合は、前者は授益的行政行為の取消、後者は侵益的行政行為の取消に関する規律が適用されよう。これに対して、両者が不可分の場合は授益的行政行為の取消に関する規律が適用されるというが(68)、行政行為の客観的属性に固執することなく総合的に判断すると、結局は授益的行政行為または侵益的行政行為のいずれかに帰着することも多いように思われる(69)。

(68) Laubinger, Fn (7), S. 622f. 原則的に同旨、Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 827. ドイツの従来の学説については、茂呂・注(4)四八頁。

(69) 乙部・注(1)三三頁以下および同所に掲記の文献など参照。

二　第三者効的行政行為の取消

一　授益的行政行為の取消に関する規定は、相手方には授益的であるが、第三者には侵益的である第三者効的行政行為に対しても適用される。その理由は、侵益をうける第三者はこの行政行為の取消の申立てないし訴えを提起することにより自己の権利利益を確保しうること、この場合、第三者効的行政行為は侵益的行政行為にほかならず、五〇条によれば授益的行政行為の取消制限に関する規定は適用されないことから、反対解釈として法的救済手続外での右の第三者効的行政行為の取消には授益的行政行為の取消制限規定が適用されることなどにある(70)。ただし、保護に値する信頼の有無は、単に受益者の信頼と取消を求める公益との比較考量のみによらず、第三者の利害をも考慮すべきことになる(71)。

二　これに対して、相手方には侵益的だが第三者には授益的である第三者効的行政行為については、事情は異なる。行政行為は相手方に対して拘束力をもち、第三者の受益は事実上の反射的性格のものが多いこと、第三者

保護規範の違反の場合でも、第三者は行政行為の取消後でも義務づけ訴訟により授益的行政行為の発付を求めうることから、右の行政行為には侵益的行政行為の取消に関する規定が適用されるという。(72)

(70) Erichsen, Fn (10), S. 340.
(71) Laubinger, Fn (7), S. 691. 第三者効的行政行為の取消に関するドイツの従来の学説等については、遠藤・注(5)二〇一頁以下。
(72) Erichsen, Fn (10), S. 340f.

五 租税行政行為の取消

一 概説

一 租税通則法(AO)一三〇条は、侵益的行政行為と授益的行政行為とで取消の許容要件や取消期間の有無を区別する。ここで、同条を掲げておくことにする。(73)

第一三〇条(違法な行政行為の取消)

(1) 違法な行政行為は、それが不可争となった後でも、全部または一部、将来または過去に対する効力をもって、取り消すことができる。

(2) 権利もしくは法的に重要な利益を設定しまたは確認する行政行為(授益的行政行為)は、次の各号に掲げる場合にのみ、取り消すことが許される。

一 行政行為が事物管轄権をもたない官庁によって発せられたとき。

二 行政行為が詐欺、強迫または賄賂のごとき不正な手段によって得られたとき。

三　受益者が重要な関係において不当または不十分であった申述によって行政行為を得たとき。

四　行政行為の違法性が受益者に知られていたか、または重大な過失により知られていなかったとき。

(3)　財務官庁が違法な授益的行政行為の取消を是認する事実を知るときは、取消はこれを知った時から一年以内でのみ許される。第一文は、第二項第二号に掲げる場合には、適用しない。

(4)　取消に関しては、行政行為の不可争後は、土地管轄に関する規定により権限を有する財務官庁が決定をする。取り消されるべき行政行為が他の財務官庁により発せられたときも、また同様とする。第二六条第二文は、その適用を妨げられない。

二　一三〇条はＶｗＶｆＧ四八条に類似する部分もかなりあり、この場合、後者についてのこれまでの説明が参考になろう。一三〇条は、ＶｗＶｆＧ四八条がとりわけ営業法・警察法・公物法を手本としたことをあまり深く考えずに、またそれほど必要性もないのに法秩序の統一の見地から、これを取り入れたなどと厳しい批判を加えるものもある[74]。一三〇条・一三一条は、内容的には一九一九年の旧ライヒ租税通則法（ＲＡＯ）や一九三一年の新ＲＡＯ九三条・九五条・九六条に準じるという見方もある[75]。

取消の用語法や観念等については、ＶｗＶｆＧの場合とほぼ同じである。たとえば、行政行為が無効（一二五条）、手続・形式的瑕疵の治癒（一二六条・一二七条）、転換（一二八条）、誤謬の訂正（一二九条。なお、右の旧ＲＡＯ七四条三項もこの場合と取消とを区別する）などの場合には、一三〇条の適用は問題とならない[76]。取消の取消も許され、これにより原行政行為は復活する[77]。

一三〇条は、ＶｗＶｆＧ四八条にならった授益的・非授益的行政行為概念を採用するものと解される。行政行為の授益・侵益性の区別の基準は取り消されるべき行政行為ではなく取消行為についてみるべきであるとして、

行政行為の客観的属性は授益的であっても、法令の規定によれば相手方により授益が帰属すべきはずのときは、この行政行為の取消に対する相手方の信頼保護は問題にならないという指摘もある。(78) 非授益的行政行為の主な例が侵益的行政行為であるが、非授益的行政行為にはこのほか侵益的でも授益的でもないものがあるといい、たとえば臨場検査の命令は侵益的行政行為であるが、納税義務者からの臨場検査の申請を拒否することがその例であるとするものもある。(79) この考え方は、行政行為の客観的属性を重視するものであるが、後者の場合も侵益的行政行為概念に含ませうるように思われる。

(73) AOに関しては、Tipke/Kruse, Kommentar zum Abgabenordnung, 8. Aufl., 1976; M. Förster in: Koch/Scholtz, Abgabenordnung (Kommentar), 8. Aufl., 1996; R. Rüsken in: Klein, Abgabenordnung (Kommentar), 8. Aufl., 2003. AO一三〇条については、中川一郎編『七七年AO法文集（邦訳）』（三晃社、昭和五四・一九七九）九〇頁以下に波多野弘教授による邦訳があり、訳出にあたって参照した。

(74) Tipke/Kruse, Fn (73), §130ff. Tz. 4. 同旨、J. Martens, Die neue Abgabenordnung, NJW 1976, S. 652; G. Mihatsch, Änderung, Rückname und Widerruf von Steuerverwaltungsakten, 1988, S. 65.

(75) H. Fichtelmann, Systematik, Änderung und Aufhebung der Verwaltungsakte und Steuerbescheide nach der AO 1977, 2. Aufl., 1980, S. 39; Förster, Fn (73), S. 825.

(76) L. Woerner/G. Grube, Die Aufhebung und Änderung von Steuerverwaltungsakten, 1977, S. 28f.; Mihatsch, Fn (74), S. 67. もっとも、Förster, Fn (73), S. 826 によれば、連邦財政裁判所（ＢＦＨ）の判例は無効な行政行為の取消も許すという。

(77) Förster, Fn (73), S. 826.

(78) Tipke/Kruse, Fn (73), §130 Tz. 3. 同旨、Fichtelmann, Fn (75), S. 40f.; Woerner/Grube, Fn (76), S. 28.

(79)　Förster, Fn (73), S. 828.

二　侵益的行政行為の取消

一　一三〇条一項は、二項との対比からみて、侵益的行政行為については取消自由の原則を定めるものと解される。ＶｗＶｆＧの場合と同じである。不可争後でも取消は許されるが、責任決定・受忍決定の場合は取消期限がある（一九一条三項）(80)。

二　連邦財政裁判所の判例によれば、相手方は取消について瑕疵なき決定を求める権利をもつ。官庁は、不可争後は取消義務を負わない。相手方の取消請求権は、たとえば、相手方が官庁の行為をつうじて法的救済を提起しないように誘導された場合、民事訴訟法五八〇条の再審事由が存する場合など、まれな事案でのみ考慮される(81)。

(80)　Mihatsch, Fn (74), S. 74.

(81)　Rüsken, Fn (73), S. 725f.

三　授益的行政行為の取消

一　授益的行政行為については、一定の要件が存する場合にのみ、これを取り消してもよいと定めるから（二項）、むしろ取消不自由の原則をとるように解される。ＶｗＶｆＧ四八条のごとく授益的行政行為を二分して取消禁止＝取消許容・金銭補償というような二分法はとらなかった。授益的行政行為の例としては、納税の猶予、租税免除、執行の中止、記帳義務の軽減などがあり、侵益的行政行為の取消も授益的行政行為とされる(82)。

ＶｗＶｆＧ四八条二項と異なり、受益者の「信頼」とか公益との比較考量により信頼の法的保護の有無を決め

るという明示の文言はみられないが、ＡＯ一三〇条は取消制限の法的根拠を信頼保護原則に求めると解するものや、[83]行政の法律適合性への利益が当事者の行政行為の存続への利益よりも優る場合にのみ取消は許されるというものもある。[84]また、受益者による「給付の消費」とか原状回復困難な「財産的処分」のような文言もみられないが、取り消すかどうかが公益との比較考量に依存するかぎり裁量決定の範囲内ではこのことも考慮されるであろう。[85]

二　一三〇条二項二号から四号までが授益的行政行為の取消事由として列挙するものは、ＶｗＶｆＧ四八条二項三文各号と同様である。ただし、ＡＯでは、詐欺等は「不正な手段」(unlautere Mittel) の例示とされており、また、これらの事由が存するときは単に取り消しうるとし、「信頼を援用することができない」とか、「過去に対する効力」をもつ取消が原則であると明規しない点では差異がある。二項一号が掲げる事由は、相手方の信頼保護の視点とは直接のかかわりをもたない。二項四号の場合を除くと、前記の旧ＲＡＯ七八条もほぼ同じ取消事由を定める。

１　事項的権限のない官庁が発した場合（一号）　事項的権限のない官庁が発した行政行為はしばしば無効となるが（一二五条）、常にそうなるわけではない。受益者が事項的権限のない官庁が発したことを知っていたことは、裁量活動の際に考慮すべきであろう。[86]

２　詐欺・強迫・賄賂など不正手段により行政行為を得たとき（二号）　不正手段と行政行為の発付との間には因果関係がなければならない。不正手段は、納税者がその不当を知りながら申述をした場合にも認められる。故意がない場合には不正手段は認められない。代理人などによる不正手段も受益者に帰せられる。第三者の不正手段に基づき行政行為が発せられた場合に受益者がその原因を与えていないときは、この要件を充足しない。[87]

３　重要な関係において不当・不十分な申述により行政行為を得たとき（三号）　「重要な関係において」は、官庁が申述の不当・不十分を知っておれば行政行為を発しなかったであろうという場合に認められる。申述が唯一の原因となっていなくてもよい。代理人などによる不当・不十分な申述も受益者に帰せられる。第二号の場合と異なり、受益者の有責性は要件ではない。官庁が申述の不当等を知りえたとき、または、行政行為の発付への共同因果性があることは、取り消すかどうかの裁量活動の際に考慮される。

４　行政行為の違法性を知っていたか重過失によりこれを知らなかったとき（四号）　信頼保護原則の発露である。(88) 代理人の知識可能性も受益者に帰せられる。違法性をもたらす事情を知っていただけでは足らず、違法性の意識をもつことが求められる。

以上のほか、撤回留保・負担の不履行も取消事由となるといわれる（同旨、前記の旧ＲＡＯ七八条一項(89)）。その理由は、右の四号は完結的な取消事由ではなく、適法な行政行為の撤回（一三一条二項一号）に妥当するものは違法な行政行為の取消にも妥当すべきことなどにある。受益者の同意のあるときも取消は許される（同旨、旧ＲＡＯ七六条一項二号(90)）。

三　保護に値する信頼が存しないときは、継続効をもたない行政行為（例、免除、責任決定）は過去に対する効力をもって取り消しうる。保護に値する信頼が存するときでも、継続効をもつ行政行為（例、記帳義務軽減の承認、執行停止の決定）は原則として将来に対する効力をもって取り消される。(91) 撤回事由がある場合の取消も、将来に対する効力をもって行われる。(92)

四　授益的行政行為の取消は、詐欺など不正手段に基づく場合を除いて、一年以内でのみ許される。取消期間は、官庁が取消を是認する事実を知ったときから進行する（三項）。ＶｗＶｆＧ四八条四項とほぼ同文の規定で

ある。失効の可能性もある。

(82) Förster, Fn (73), S. 828.

(83) Tipke-Kruse, Fn (73), §130ff. Tz. 1ff.; Woerner/Grube, Fn (76), S. 27; Rüsken, Fn (73), S. 719.

(84) Mihatsch, Fn (74), S. 75f.

(85) Mihatsch, Fn (74), S. 74.

(86) Woerner/Grube, Fn (76), S. 30; Mihatsch, Fn (74), S. 78.

(87) Mihatsch, Fn (74), S. 79.

(88) Fichtelmann, Fn (75), S. 43; Mihatsch, Fn (74), S. 80.

(89) Tipke-Kruse, Fn (73), §130 Tz. 8; Woerner/Grube, Fn (76), S. 32f.; Mihatsch, Fn (74), S. 77f.; Förster, Fn (73), S. 831.

(90) Woerner/Grube, Fn (76), S. 33; Förster, Fn (73), S. 831.

(91) Tipke-Kruse, Fn (73), §130 Tz. 11; Mihatsch, Fn (74), S. 81.

(92) Förster, Fn (73), S. 831. この考え方は適切であろう。乙部・注(1)三八頁参照。

六　おわりに

一　以上、若干の文献を参照してではあるが、ＶｗＶｆＧ四八条等の規律を概観することができたのではないかと思う。[93] 個別に寸評をしたところもあるが、ここでは少々、概括的な論評をしておく。なお、一九八〇年に制定の社会法典（ＳＧＢ）第一〇編四四条以下の紹介・検討との関連において、ＶｗＶｆＧ四八条との比較やその論評については行ったことがある。[94]

1　侵益的行政行為の取消　ＶｗＶｆＧ四八条一項やＡＯ一三〇条一項は取消自由の原則をとっているが、撤回の場合と同じである。[95]侵益的行政行為の取消は法律による行政の回復に資するとともに相手方の信頼も損なわないから、この規律には賛成できる。例外的な取消制限が明規されないことや取消義務が正面から議論されるのは、撤回の場合と比べて特色がある。侵益的行政行為の不可争力の発生後も、個別事案では取消義務が導かれうる場合もあるように思われる。[96]

2　授益的行政行為の取消　ＶｗＶｆＧ四八条二項やＡＯ一三〇条二項は、授益的行政行為については取消は自由ではないという立場にたつが、撤回の場合と同じである。一般に、取り消すかどうかは裁量決定に委ねられ、この際には受益者の信頼保護が重要な考量基準となる。受益者の信頼が法的保護に値するかどうかは、取消を求める公益等との比較考量により判断すべきであろう。この意味で、個別事案における利益考量は必須となるが、この利益考量において受益者の利益を決定づけるものは何かが問われねばならず、そうすると授益的行政行為の取消制限の法的根拠は単なる利益考量説ではなく信頼保護説にあることになろう。撤回の場合およびＡＯ一三〇条二項ではこれらのことは明規されていないが、これに近い考え方ができるであろう。

⑴　まず、ＶｗＶｆＧ四八条によれば、授益的行政行為の種類により信頼保護の態様および行政庁の対応にも二つの区別があることになる。金銭等給付的行政行為についてはその存続を認める方法と損失補償を要件とする取消の方法とでは、実際上の効果はそれほど差異はなく、そうすると同条に所定の信頼保護の効果・目的は、全体として財産保護にあって存続保護にはないとする見方もできよう。四八条は、四九条やＳＧＢ第一〇編四四条以下と違って、授益的行政行為と非授益的行政行為を別々の条項で定めることをしていない。四八条一項二文・二項～四項は授益的行政行為のみを定めるが、一項一文は非授益的行政行為だけを定めるものではない。このこ

とを考慮すれば、金銭等給付的行政行為以外の授益的行政行為にあっても、取消により金銭的調整によってはカバーできないような損失が発生するときなど存続保護の要請が強いときには、四八条一項に基づく裁量活動の結果、取消自体が排除されることもあろう。

ＶｗＶｆＧ四八条二項一文の文言上は、信頼の対象は行政行為の「存続」にあるようにみえる。しかし、現代行政における行政法令の解釈適用に関する行政解釈への依存・信頼の保護ということからみて、また、同項三文三号は受益者の行政行為の違法の知識可能性を信頼を援用しえない事由と定めることからも、信頼の対象には行政行為が適法であることをも含みうるように思われる。(97) 信頼保護の法的根拠については、従来から法的安定性説・基本権説など争いもある。(98)

(2) ＶｗＶｆＧ四八条二項二文は、受益者が給付の消費・原状回復困難な財産的処分をした場合には信頼は原則として保護に値すると定めるが、財産的処分概念は許可等の利用や信頼の実行と比較して狭いように思われる。三項の授益的行政行為については二項二文の適用・準用は明規されていないが、保護に値する信頼が公益との比較考量に依存するかぎり、財産的処分、許可等の利用など信頼の実行は重要な考量要素となる。信頼の実行例として財産的処分に限定するのは、金銭等給付的行政行為についてはともかく、三項の授益的行政行為については狭すぎるように思われる。

(3) 二項三文各号が受益者が信頼を援用しえない事由として列挙するものは、一般に適切であろう。二項三文の規定は金銭等給付的行政行為にもその他の授益的行政行為にも適用されるが、後者には二項四文は適用されない。二項三文各号の事由が存在する場合には、過去に対する取消が原則であることは授益的行政行為一般に共通するのではなかろうか。もっとも、二項四文は過去に対する取消が原則である場合として、二項三文各号の事由

が存在することのみを明示するのは狭すぎるように思われる。広く給付の消費や回復困難な財産的処分等により保護に値する信頼が存在しない場合をも明示すべきであったように思うのである。

(4)　継続効のある授益的行政行為の将来に対する取消は、原則として保護に値する信頼を侵さない。この意味では、侵益的行政行為の取消に比するものがある。後者については取消期間がなく、前者については四八条四項の文理上は一年という除斥期間を徒過すると将来にわたり永続的に違法な年金等の給付を続けなければならない。将来に対する取消も、過去に対する取消と同一の除斥期間に服するというのは問題の余地があるように思われる。もっとも、適法な授益的行政行為の撤回も将来に対する効力をもって行われるが、一年という除斥期間に服する（四九条二項二文）。このことが適切であるとしても、取消の対象となる授益的行政行為は原始的に違法であったという違いがあることにも留意すべきであろう。

３　第三者効的行政行為の取消　　法的救済手続外での第三者効的行政行為の取消にはＶｗＶｆＧ五〇条やＡＯ一三二条は適用されないから、授益的行政行為の取消に関する規定が適用されることになる。この場合、単に受益者の信頼と取消を求める公益との比較考量のみでなく、侵益をうける第三者の利害をも考慮すべきことになろう。撤回の場合と同じである。

４　行政行為の種別との関係　　行政行為の取消制限の問題の検討に際しては、侵益的行政行為と授益的行政行為の区別を基本として二重効果的行政行為をも考慮に入れることが重要である。このほか、継続効をもつ行政行為など別の視点に基づく行政行為の種別法も付随的であれ考慮すべきであろう。(99) 撤回の場合と同じである。

二　租税行政行為の中でもっとも重要なのは租税決定であるが、租税決定の取消等についてはＡＯ一七二条以下が定めるところである。また、ＳＢＧ第一〇編四四条以下にも、行政行為の取消に関する規律がみられる。こ

れらの規律の概要等についてもみる必要があろう。このほか、ＥＣ法における行政行為の取消やＥＣ法との関連でＶｗＶｆＧ四八条の解釈に変化がみられることにも留意する必要がある。(100)

(93) 本稿は、乙部・注(5)のうちＶｗＶｆＧ四八条等に関する部分について、最近の文献をも参照して全面的に書き改めた結果となった。

(94) 乙部哲郎「西ドイツ社会法典における行政行為の取消撤回」神院一二巻三号（昭和五六・一九八一）二九頁以下。

(95) 乙部・注(1)一頁以下。

(96) 遠藤・注(5)二〇八頁は利益考量から同旨の結論を導くように解されるが、この場合、裁量統制の法理が重要な役割を果たし、たとえば平等原則から同旨の結論が導かれるときもあろう。

(97) さしあたり乙部・注(5)八二頁以下および同所に掲記の文献など参照。

(98) 乙部・注(5)八七頁以下。信頼保護原則は、授益的行政行為の取消・撤回のみでなく、他の行政活動や立法・裁判活動にも妥当するものと認められているが、このような信頼保護一般の法的根拠に関する最近の議論については、Blanke, Fn (15), S. 12ff. なお、乙部哲郎「西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向」神院六巻一号（昭和五〇・一九七五）一八三頁以下、鍋沢幸雄「行政法における信頼保護の諸問題(一)～(五)」立正一一巻三＝四号、一二巻三＝四号、一三巻三＝四号、一五巻一～四号、一九巻一＝二号（昭和五三～六一・一九七八～一九八六）参照。

(99) 四八条は仮の（vorläufig）行政行為には適用されないという異論もあるようであるが、Kopp/Ramsauer, Fn (7), S. 809f. は、その仮の性格から信頼保護の程度は低いものの四八条の適用可能性はあるという。

(100) さしあたり乙部哲郎「西ドイツ租税通則法における租税決定等の廃止変更」神院一三巻四号（昭和五八・一九八三）、同「西ドイツ社会法典草案における行政行為の取消撤回」神院一〇巻二号（昭和五四・一九七九）、同・注(94)、同・注(32)。ただし、これらの規定の一部もその後、改正されたことに留意する必要がある。