

行政行為の取消・撤回に関する一般的規定の展開

乙 部 哲 郎

一 はじめに

一 第二次大戦前、行政法通則の法典化の視点からヴェルテンベルク行政法草案や同修正草案の紹介等があり、昭和三九年には、連邦行政手続法（V w V f G）の一九六三年「模範草案」の紹介等もあつた。これらの草案には、行政行為の取消・撤回に関する規定も含まれている。一九七六年制定のV w V f Gの四八条・四九条は、行政行為の取消・撤回について包括的に定める一般法として重要であるが、内容的には従来⁽¹⁾の判例・学説や法令等の規定の影響が多分にみられる。各州でも、V w V f Gにならつた規定がおかれている。

二 行政行為の取消・撤回の検討に際しては、ドイツの判例・学説⁽¹⁾、V w V f G四八条・四九条等のほか、第二次大戦前ドイツの一般的法令・法律草案や一九六三年「模範草案」などにおける当該規定も一考に値するよう⁽²⁾に思われる。これらのうち、行政行為の取消規定についてはさきに簡単にふれたことがあるが、本稿は、二、三

の文献に基づき、よりくわしく言及を試みようと思図するものである。

(1) ドイツの判例・学説については、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）六五頁以下など。

(2) 乙部哲郎「連邦行政手続法等における行政行為の取消」神院三四卷三号（平成一七・二〇〇五）一三七頁以下。

二 第二次大戦前の動向

一 存続効の承認前

一 アルントによれば、学説では、一八九五年に、オットー・マイアーが、違法な行政行為は別の行為により廃止されるまでは有効であり、官庁も職権により違法な行政行為を取り消すことができる⁽¹⁾、行政行為の拘束力（Bindungswirkung）・存続効（Bestandskraft）の概念を初めて明示したとして、これを基準にその前の時期を存続効の承認前、後の時期を承認後に分けて行政行為の修正（Korrektur）（取消・撤回）に関する主要な旧規定の展開を概観するが、巻末に付録としてこの規定群をも収録している。⁽²⁾

行政行為の取消・撤回に関する規定の先駆は、一八一〇年一〇月二八日のプロイセン王国の一般営業税の導入に関する勅令にみられるという。すなわち、商工業の営業の開始・継続には営業証明書（Gewerbeschein）を取得してそこで示された租税を納付すべきこと（一条）、営業証明書は営業の開始・継続の権能を与え、営業証明書なしに営業した者は、一年間の納税額の六倍の罰金を科されること（二条）、営業証明書の所有者は営業地の警察命令に服し、警察法等に所定の制限に服すべきこと（一八条）を定める。アルントは、この営業証明書を許

可 (Erlaubnis) と同視して、一八条により許可後も警察上の理由により営業はいつでも拒否・制限されうるとみるが、ただ行政行為の拘束力・存続効の考え方はみられないという。法文でみるかぎりには、この見方は適切であるように思われる。

行政行為の取消・撤回に関する最初の真正の規定は、一八六四年のバーデン大公国の内部行政の組織に関する法律の執行命令八八条にみられるという。同条は、処分 (Verfügung) または決定 (Entscheidung) を変更し (ändern) または全部廃止する (ganz aufheben) ことができる事由として、当事者が処分等に基づき法律上の請求権を取得しておらず、かつ、官庁の見解の変更があったこと (一号)、重要な関係において (in wesentlicher Beziehung) 事実関係が変更したこと (二号) を定める。ここで変更は一部廃止を意味するもののように解され、今日に通じる用語法がうかがわれる。行政行為の拘束力・存続効を認める趣旨もうかがわれる。もつとも、同条は、処分またはその上級庁は当事者の不服申立てまたは申請 (Ansuchen) に基づき、もはや不服申立てが命令の規定により許されなくなったとしても処分・決定を廃止変更できると定めるが、右の申請は職権による廃止変更を動機づけるものとみる余地もあろう。行政行為の発付後の重要な事実関係の変更は、撤回事由として広く承認されることになる (V w f G 四九条二項三号参照)。

行政行為の取消・撤回に関する真正の規定は、一八六九年六月二二日の北ドイツ同盟の営業法五三条にもみられ、承認 (Approbation) を取り消し (zurücknehmen) うる事由として、その発付の理由となった証拠が不当 (Unrichtigkeit) であること (二項)、認可 (Genehmigung) 等を取り消しうる事由として、右のほか認可等の要件を欠くことが明らかとなったことを定める (二項一文)。同条は多くの修正をうけたが、一二〇年近く存続したという。

二 アルントによれば、租税行政行為の取消・撤回に関する法律の規定は、プロイセンの租税改革（一八一〇～一八二〇年）前まではみられない。したがって、プロイセン普通法（ALR）により一般の時効期間内であれば租税の請求（三〇年）・還付（四四年）は可能ということになる。その後、租税改革の過程でいくつかの個別法により、瑕疵ある租税確定後の租税の請求・還付は可能であることが定められた。たとえば、一八一八年五月二六日の関税および消費税法一〇八条二項は、まさに租税徴収の過不足の場合の請求・還付を定める。アルントは、立法者が違法な租税決定の取消がなくても租税の請求・還付は可能とみていたことが推測されるが、同条はその後の取消規定の先駆とみることができるとする。

租税行政行為の修正に関する最初の真正の規定は、プロイセン王国の一八七六年七月三日の営業税の課税等に関する法律七条二項にみられるという。同条項は、営業の範囲・種類に変更があつて営業税の増額または免除剥奪をもたらす場合には、政府は税率（Steuersatz）を改めて確定すべきことを定めるが、これにより初めて原租税確定の修正に言及することになったというのである。

(c) M. Arndt, Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten-Aufhebung und Änderung von Steuerbescheiden, 1998, S. 29ff., 228ff. ただし、法律草案の規定は収録していない。

二 存続効の承認後

一 アルントによれば、オットー・マイアー以後も、租税法律は租税決定の取消・撤回に言及することなく、単に租税の請求・還付を定めることに甘んじた（例、一九一一年二月一四日の増加税法三四条⁽⁴⁾）。しかし、この間にも、学説・判例は、租税の請求は違法な租税決定を廃止して行うべきことを求めたという。

一九一九年のライヒ租税通則法（R A O）七四条から七八条は、初めて全税種に通用する租税決定の取消変更を定めた。七四条は、処分は告知前には取り消しまたは変更し、他の処分に代えることもできること（一項）、口頭審査後に通知された決定は取消変更できないこと（二項）、書損じ・計算違いなど明白な誤謬は告知・通知後も訂正し（berichtigen）うること（三項）を定める。これにより、明らかに行政行為の拘束力・存続効や取消変更と訂正の違いを承認するように思われる。もつとも、今日の理解によれば、告知前には処分の成立はなく、成立しない処分の取消変更もありえないであろう。七五条は、官庁が処分後に処分は是認されない（ungerechtfertigt）と認めるときは、七六条から七八条等に別段の規定のないかぎり取消変更できること、処分が申請に基づいてのみ発しうる場合に申請が拒否されたときは、申請に基づいてのみこれを変更できることを定める。七六条は、租税決定の取消変更の事由として、租税決定が関税または消費税に係わるものであること（一項一号）、そのほかの税種に係わる場合には、納税義務者が同意する（zustimmen）ことを定め、租税決定が不可争となつたときは納税義務者の不利益にのみ取消変更は許されること（一項二号）、異議申立決定（Einspruchsentscheidung）の取消変更の事由も一項二号の事由と同じであるが、そのほかの不服申立決定は取消変更できないこと（三項）を定める。相手方の同意が明規されたことは今日に通じるものがあるが、不可争後の租税決定の取消変更は納税義務者の不利益にのみ許されるのは、今日の理解（後記のテューリンゲン行政法二四一条も同様）とは異なるであろう。

七七条は、強制手段・保証金・租税付加金などを確定する処分は、当事者の利益にのみ取消変更が許されるとする。七八条一項は、関係人に権能や利益を与え義務を免ずる処分は、撤回または条件が留保されないかぎり、事後的権限のない官署が発したとき（一号）、処分を発するさいの決定的な（maßgebend）事実関係が変更した

とき、または、この事実関係が関係人の不当もしくは誤った (irreführend) 申述 (Angabe) に基づくものと認められるとき (二号)、関係人が利益賦与の際に課された条件もしくは義務を履行しないとき、または、事後に求められた担保を提供しないとき (三号) により、取り消しまたは制限する (einschränken) ことができるものと定める。七八条二項は、関係人が詐欺・強制 (Zwang)・賄賂のごとき不正手段 (unlautere Mittel) を用いて処分をさせたときは、処分は遡及効をもつて取り消しうることを定める。七七条にいう処分はいわば侵益的行政行為に相当するから、その取消変更は当事者の利益になうことになる。七八条は授益的行政行為の取消制限は自由ではないことを示し、かつ、取消制限の事由も一九七六年に制定の租税通則法 (AO) 一三〇条・一三一条の取消・撤回事由とかなり共通するものがある。

右のように RAO 七四条以下とりわけ七七条・七八条は、侵益的行政行為と授益的行政行為とで取消制限の許容要件を区別するなど、今日からみてもかなり整備された内容であるように思われる。もつとも、二二二条は租税決定の取消変更によらない租税請求の可能性を認めており、七四条から七八条と整合しないところがあるというのがアルントの見解である。

アルントは、一九三一年の新 RAO 九二条から九六条、二二二条から二二四条は、旧法の規律に本質的な変更を加えることなく若干の補足と修正をただけであるというが、これらの規定は収録していない。

二 いくつかの邦では、行政法通則の法典化のための法律・法律草案または命令が生まれ、その中に行政行為の取消・撤回に関する規定がおかれた。一九二六年六月一〇日のテューリンゲン行政法一四一条から一四六条は詳細な規定であり、今日からみてもかなり整備された内容を含み、VwVfG 四八条・四九条にも重要な影響を及ぼしたように思われる。以下、各条をみることにする。

一四一条は、処分が是認できないものと認めるときは、一四二条から一四四条・一四六条に別段の規定のないかぎり、不可争となったときでも取消または変更できるとする。

一四二条一項は、優越的な公共の福祉 (gemein Wohl) のみを理由に、関係人の同意がなくてもその不利益に処分を取消変更できるとする。ただし、法律により排除されないとこの撤回が留保されているとき (二号)、事項的権限のない官庁が処分を發したとき (二号)、処分時に適用する法に違反するとき (三号)、処分に決定的な事実関係の存在が関係人の不当または誤った申述に基づくものと認められるとき (四号)、不正な手段を通じて処分が發せられたとき (五号)、法律により取消変更のためのその他の理由が認められるとき (六号) はこの限りでないとする。一号から六号の事由があるときは、優越的な公共の福祉の理由や関係人の同意がなくてもその不利益に処分を取消変更できるとする趣旨であると思われる。同条二項は、処分が申請に基づいてのみ發しうる場合に申請が拒否されたときは、申請に基づいてのみこれを変更することが許されること、同条三項は、強制手段を設定する処分は、当事者の利益のための取消変更が許されることを定める。一四二条一項は前掲の一九一九年の RAO七八条に、一四二条二項は同七五条に、一四二条三項は同七七条に、それぞれ類似するようと思われる。

一四三条一文は、関係人に権能や利益を与え義務を免ずる処分は、法律により排除されないとこの撤回が留保されていないかぎり、関係人の同意がなくてもその不利益に取消変更することができる事由として、事項的権限のない官署が發したとき (一号)、処分時に適用する法に違反するとき (二号)、処分時の法の変更の場合に、許可等をいまだ利用していない (noch kein Gebrauch machen) としやその限りで、または、新法によれば許可等の拒否を正当とするような事実が存するときやその限りで (三号)、処分に決定的な事実関係が変更したとき

(四号)、処分に決定的な事実関係の存在が関係人の不当または誤った申述に基づくものと認められるとき(五号)、不正な手段を通じて処分が発せられたとき(六号)、受益者が許可等の賦与の際に課された義務を履行しないうとき(七号)、警察官庁がその責任なくして許可等の拒否権限があるような事実を事後に知り、かつ、この事実が警察上保護されるべき利益を侵すであろうときを定める(八号)。三号・四号の場合には、同時に公共の福祉に対する優越な不利益や危険を防止しまたは除去するために取消変更が必要であるときを定める(同条二文)。このように、一四三条は明らかに授益的行政行為の取消変更について定めたものであるが、一四二条一項に定める取消変更の事由に類似するようと思われる。

一四四条一項は、一四二条一項五号・一四三条六号の場合に、受益者自身が不正な手段を利用したことを知っていたときは、処分は遡及効をもつても取消変更できるとする。取消変更の範囲・効果を定めるものであるが、内容的には前掲のRAO七八条二項と同じであり、VwVfG四八条二項四文よりは対象が狭いように思われる。一四四条二項は、法律の規定が広く損失補償を認めないかぎり、一四三条一号・二号・四号の場合に、取消変更により生じた損害に対して、当事者に衡平(Billigkeit)の範囲内で補償しなければならず、補償に関して⁽⁵⁾は裁判上の救済が与えられるとする。受益者に責めに帰すべき事情があるときは(五号・七号)損失補償を否定する点では、VwVfG四八条三項や四九条六項に通じるものがある。

一四五条は、不可争となった処分についての関係人による取消変更の申出(Anbringen)は、事案がすでに決定済であるために、一四一条から一四四条による取消変更の理由のないかぎり、却下すべきことなどを定め、一四六条は、行政裁判所の確定力のある判決は再審においてのみ取消変更できることなどを定める。

一九三一年のヴェルテンベルク行政法草案は「行政行為の取消および変更」と題する規定をおき(八二条・九

四条)、一九三六年の同修正草案もほぼ同様の規定をおく(四二条〜五四条)。アルントはいずれの草案の規定も収録していないが、前者については佐々木・田中の両博士による紹介と園部博士による邦訳があり、後者については柳瀬博士による紹介と田中・佐藤の両博士による邦訳もある。⁽⁷⁾これによると、行政行為が違法・不当であるときは処分庁はこれを取消変更できること、ただし、①授益的行政行為の取消(Zurücknahme)・制限の事由として、法違反、権限のない官庁が発したことのほか、申請人等の詐欺・強迫・賄賂などの不正手段に基づき発せられたことを定め、申請人等の不正手段以外の事由があるときは、取消や制限は行政行為を發してから六か月以内に行うべきこと、②認可・確認以外の授益的行政行為については、このほか、撤回権の留保、受益者の同意、受益者による義務・負担の不履行、③許可については、これらのほか、事実関係の変更、公共の安全または第三者の重大な利益があるときをも取消・制限の事由として定める。なお、不正手段に基づき発せられた行政行為や命令的法規違反の(侵益的)行政行為(園部、田中・佐藤の各博士は「負擔的行政行為」の訳語をあてる)の場合、取消の効果は遡及することなどが定められている。

前記のテューリゲン行政法一四一条から一四四条に対すると同様の評価をすることができるほか、申請人等の不正手段があるときは取消・制限の除斥期間規定の適用がないとする点は、V w f G 四八条四項二文と共通するところがある。なお、侵益的行政行為と授益的行政行為とを区別するだけにとどまらず、授益的行政行為についても認可・確認とこれ以外のものを区別、後者についても許可とそうでないものを区別して、取消や制限の事由も別異に扱う点などで注目値する。

一九三一年六月一日のプロイセン警察行政法四二条一項は、別段の法律の規定のないかぎり、警察上の許可・証明の取消または事後的制限が許される事由として、許可・証明が現行法に違反するとき(a号)、重要な関係

において不当または不十分な (unvollständig) 申述に基づいて発せられたとき (b号)、現行法の変更の場合に、許可・証明をいまだ利用しなかったときやその限りで、または、新法によれば許可・証明の拒否を是認するような事実が存するときやその限りで (c号)、警察官庁に許可・証明について拒否権限があるような事実が事後に生じた場合またはb号とは異なる事実が生じた場合に、個別事案において許可・証明を取り消さなければ警察上保護されるべき利益が侵されるであろうとき (d号) を定める。同条二項は、警察上の許可・証明の取消や事後の制限は、明示の撤回留保または撤回可能性が法律上明規されているときは、警察上の利益においていつでも行うことができるのと定める。いずれの取消・制限の事由も、前掲のRAOやテューリンゲン行政法の一部に類似するところがある。

(4) Arndt, Fn (3), S. 34ff.

(5) C. W. Lünstedt, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht*, Diss. Heidelberg 1963, S. 149f. 以下「衡平」は信義則に基づく概念であり、ゆえに同条は信義則または信頼保護思想に基づく補償請求権を承認するとして、彼自身はこれを違法な授益的行政行為の取消一般に拡大すべきことを提言する。

(6) 佐々木惣一「ヴェ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「ヴェルテンベルグ行政法草案」(昭和七・一九三三)『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——ヴェ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。

(7) 柳瀬良幹「ヴェ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——ヴェ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・一九四二)『公法と私法』所収三二九頁以下参照。

三 第二次大戦後の動向

一 第二次世界大戦後、行政行為の取消・撤回の法理は学説・判例によっても発展され、決定的な契機は一九五四年のハウアイゼンの論文であった。⁸⁾これにより初めて、違法な行政行為の廃止を「取消」(Rücknahme)、適法な行政行為の廃止を「撤回」(Widerruf)といい、両者は概念上も区別された。その後、ハウアイゼンは、そこで定立した取消・撤回要件をより具体化した。彼の用語法・要件は、判例学説により基本的に受け入れられることになるが、判例学説の展開については、遠藤氏などによる紹介・分析がある。たとえば、判例は、一貫して、瑕疵ある行政行為が侵益的であるときは、これを取り消しうることに問題がないとしてきた。瑕疵ある授益的行政行為についても、第二次世界大戦前までは同様であり戦後もしばらくは同様であったが、一九五六年一月四日のベルリン上級行政裁判所の判決が初めて、その後、連邦行政裁判所も、具体的な取消の許否は個別事案における相手方の信頼保護の利益と行政の法律適合性等を求める公益との比較考量により決めるべきとする。¹⁰⁾

ところで、行政法通則の法典化は一九六〇年の第四三回ドイツ法曹大会のテーマとなり、行政法通則の法典化は法的統一・法的安定の目的に資すべきこと、行政手続の統一の規律は望ましく必要でもあること、行政法通則の法典中にはとりわけ行政行為の存続効をも取り入れるべきことなどの決議が行われた。¹¹⁾半年後には行政手続法草案の作成のための作業が始まったが、当時から租税法をも適用対象とすることは困難とされた。¹²⁾一九六三年の「模範草案」の作成過程と内容については、南教授による紹介がある。¹³⁾行政行為の取消規定は(模範草案二七条)、

内容的には従来の判例学説の大勢に従うものと解されるが、授益的行政行為の取消の扱いを二分するなど重要な差異もみられる。その後、一九六五年の「参事官草案」等をへて、一九七三年の「政府草案」（四四条以下）に受け入れられ、やがて一九七六年のVwVfG（四八条以下）として結実した。⁽¹⁴⁾

二 一九六六年の第四六回ドイツ法曹大会では、行政法通則にならった租税決定の取消・撤回規定をおくことの適否がテーマとなり、その鑑定意見をよせたフォーゲルは、取消・撤回の体系と概念については賛成するが内容面では反対する。⁽¹⁵⁾そして、一九七六年、新AOが制定されることになる。

社会保障領域でも、かつては、行政行為の取消・撤回規定は個別の法令中にみられるところであった。一九六四年の第四五回ドイツ法曹大会では、社会保障領域における瑕疵ある行政行為の取消の法典化のテーマが選ばれ、ティームが講演を行い、討論が行われた。ティームは、模範草案三七条にならった行政行為の取消の法典化が望ましいといい、支配的見解も同様であったが、正式の提案は決議されなかったという。⁽¹⁶⁾そして、一九七五年に始まる「社会法典」(SGB)の段階的な立法化の中で、一九八〇年には第一〇編第一章「行政手続」等が公布、翌年一月一日から施行されたが、その四四条以下は行政行為の取消・撤回について初めて包括的に定める一般法として重要である。⁽¹⁷⁾

(8) F. Hauelsen, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, S. 1425.

(9) Arndt, Fn (3), S. 38f.

(10) 遠藤・注(一)六五頁以下。

(11) Vgl. F. Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl., 1965, S. 161f.

(12) Ossenbühl, Fn (11), S. 167は、行政行為の取消について、法的統一の視点から租税法や社会法領域のものも組

み込むべきことを示唆する。

(13) 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。

(14) 模範草案三七条は一九七六年制定時のV w V f G四八条にほとんど同じであるが、差異もみられる(乙部・注(2)頁以下)。なお、模範草案三八条は行政行為の撤回について定め、内容的には制定時のV w V f G四九条にはほとんど同じであるが、差異もみられる(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」神院三二巻四号[平成一四・二〇〇二]一頁以下では、この差異についてはふれていない)。すなわち、V w V f G四九条一項には「不可争となった後でも」、同二項一文には「全部または一部、将来に対する効力をもって」がそれぞれ付加され、同二項四号には「受益」に代えて「授益」とされ、同四項が付加されるなどしたようである。vgl. Hubert Meyer in: Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Kommentar), 8. Aufl., 2004, S. 1002.

(15) K. Vogel, *Empfehlte sich eine Anpassung der Vorschriften über Berichtigung und Änderung von Steuerbescheiden an das allgemeine Verwaltungsrecht, und welche sonstigen Reformen sind auf diesem Gebiet in Betracht zu ziehen?*, 1966, S. 80ff.

(16) Vgl. Ossenbühl, Fn (11), S. 144f.

(17) S G B第一〇編第一章「行政手続」の立法経過・趣旨については、さしあたり乙部哲郎「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)九一頁以下。なお、同「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)一頁以下参照。

四 おわりに

一 一八九五年にオットー・マイアーが行政行為の拘束力・存続効の概念を提示する前に、実定法はすでに行
 政行為の取消・撤回について定めていたということになるか（バーデン大公国の内部行政の組織に関する法律
 の執行命令八八条参照）。その後、租税行政行為についてはあるが、本格的な取消・撤回規定がおかれること
 になり（旧RAO七四条〜七八条）、侵益的行政行為と授益的行政行為を区別して取消制限事由を定めるなど、
 一九七六年に制定のAO一三〇条・一三一条とかなり共通するものがある。その後、VwVG四八条・四九条
 に内容的にも通じるものが現れる（テューリンゲン行政法、ヴェルテンベルク行政法草案など）。

二 第二次大戦後は、一九六三年「模範草案」の作成によりVwVG成立への動きが具体化する。また、租
 税法領域や社会保障法領域でも、行政行為の取消・撤回の一般規定の改正や新設の動きが現れる。第二次大戦前
 および大戦後におけるこれら草案等における規律とVwVG四八条やAO一三〇条との比較については、簡単
 ではあるが別稿⁽¹⁸⁾や本稿でもふれたところである。

(18) 乙部・注(2) 一頁以下。