

行政上の確約の法理 (二)

乙 部 哲 郎

目 次

第一章 序 説

第二章 西ドイツにおける状況

第一節 租税法上の確約(以上、本誌一〇巻一号)

第二節 建築法上の確約

第三節 社会保障法等における確約(以上、本号)

第二節 建築法上の確約⁽¹⁾

一 総 説——行政手続法三八条の適用範囲を中心にして——

(1) 建築法領域においても、従来、確約の一般的発布制度を定めるような法令の規定はみられなかった。ただし、個別の特別法規において確約の発布について定められることがあるとされ、その例として、各ラントの建築法令に

行政上の確約の法理 (一)

定める予備決定 (Vorbescheid) および連邦建設法 (Bundesbaugesetz) 一九条以下に定める土地取引の認可 (Bodenverkehrs-genehmigung) があげられることもあるのに対し、これら、とくに予備決定は、本来の行政行為でないし建築の一部許可であり固有の意味での確約ではないとする見解も少なくない。

(2) 建築官庁は、このような法令の規定にもとづくことなく、自らの裁量により建築許可等の発布を約束する確約を発布してきたようであり、むしろ、建築法領域においても、この種の確約の方が右の予備決定・土地取引の認可よりも量的にも多く、重要でもあるということができよう。⁽²⁾ この種の確約については、従来、主に連邦行政裁判所 (Bundesverwaltungsgericht. 以下、B V W G と略称する) をはじめとする行政裁判所が展開した判例法が規律するところであった。

(3) とし、一九七六年五月二五日に制定され翌年一月一日から施行された連邦行政手続法 (Verwaltungs-gesetz. 以下、V w V f G という) 三八条は、行政行為の発布または不発布を対象とする確約の発布制度を導入することになった。同法条は、行政上の確約についての一般規定たる性格を有し、同法施行後は、従来、建築官庁がその裁量にもとづき発布していた建築許可等の確約に対しても原則として適用されるものと考えられるが、まず、この規定をあげておこう。

三八条 (確言 = Zusicherung) ① 権限ある官庁が発した、一定の行政行為を後に発布し、又は発布しないという確約 (Zusage) (確言) は、それが効力を生ずるには書面形式を要する。確言された行政行為の発布前に関係人の聴取又は他の官庁若しくは委員会の協力が法の規定に基づいて必要であるときは、確言は、関係人の聴取後

又は他の官庁若しくは委員会の協力後にはじめて付与することが許される。

② 確言の無効には前項第一段の規定にかかわらず第四四条の規定、関係人の聴取及び他の官庁又は委員会の協力における瑕疵の治ゆには第四五条第一項第三号から第五号までの規定及び第二項の規定、取消しには第四八条の規定、撤回には第三項の規定にかかわらず第四九条の規定を準用 (entsprechende Anwendung) する。

③ 確言の付与後に、事実状況又は法状況が変更し、もし、官庁が事後に発生した変更を知っていれば確言を与えなかったであろうとき、又は法的理由から確言を与えてはならなかったであろうときは、官庁は、もはや確言に拘束されない。

この確約に関する規定は、⁽³⁾一九六三年の行政手続法模範草案および一九七〇年草案中にもなく、一九七三年草案(三四条)の段階ではじめて登場してきたものである。⁽⁴⁾その後、立法段階で、連邦参議院は、右の政府草案三四条の規定に対し、「関係人の聴取」(現行三八条一項二段)、これに伴って「第四五条第一項第三号」、書面形式を欠く確約は無効であることを明らかにするために「前項第一段の規定にかかわらず」という語句、さらには「第三項の規定にかかわらず」(同三八条二項) という語句をつけ加えることを要求し、⁽⁵⁾連邦政府もこれに同意し、かくて、右にみたような現行法三八条になった。ここで、政府草案三四条についての個別理由をあげておこう。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

行政法上の確約制度が行政実務において重要性を増しつつあるところからV w f f gの中でこの法制度についての諸原則を定めるのが適當であるように思われる。このことは、支配的な学説のなかでは、いまだに、確約が行政行為か、法律行為的な意思表示であるかにつき満足のいく説明がされていないことをみると、さし迫っているよ

うに思われる。もし、確約が行政行為であるならば、行政行為を規律するVwVfGが確約の特殊性を考慮しないでおくならば、VwVfGはおのずから不十分なものとなり重大なる疑問を未解決の状況に放置することになり、もし確約が法律行為的意思表示であるとしても、行政行為を対象とする確約に規律を限定するときは、確約を九条（筆者注）同法にいう行政手続の概念規定をし、それは行政行為または公法上の契約について定められることをいう）の前提に立つ行政手続の中に組み入れることは、行政手続の範囲を越えるものとはならない。かくて、確約自体の法的性質については何もいわないが、確約についての規律が本草案にとり入れられた。

確約は、たとえば、建築法・営業法でみられるようないわゆる予備決定とは区別される。予備決定は、部分規律の先取り（vorweggenommene Teilregelung）を内容とするが、確約は「不文の行政法に根拠をおく拘束意思をもってする後の行為ないし不行為への官庁の自己義務づけ」（BVGの判決を引用）である。また、確約は、とくに、教示が——特別の法律の規定により拘束力がこれに付与されないかぎり——個人的な事実の通知（individuelle Tatsachemittellung）または非拘束的な法的通知（unverbindliche Rechtsmittellung）にすぎない点において教示とも区別され、また、相互の法律関係の創設・給付交換の合意は確約にはみられない点で、公法上の契約とも区別される。

第一項は、まず確約が効力をもつためには書面形式を必要とする旨定める。その理由は、書面形式を定める他の実定法規に表明されている理由と同じである。つぎに、同項は、確約の発布前に、行政行為の発布前であれば参加すべきことになっている官庁の参加義務を定める。権限なき官庁が発布した確約は、確定した判例にしたがい無効

とする。なお、支配的見解は、確約の許容性を裁量行政 (Ermessensverwaltung) 領域、または、せいぜい不確定法概念の適用の際に (bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe) のみ認める。けど、これらの場合のみ、行政自らの意思活動の余地が与えられたと解するからである。これに対し、羈束領域 (gesetzgebender Raum) では、法律のみが決定的であるために、確約はその概念上認めることはむづかしいとするが、草案はこの点についてはふれていない。

第二項は、法律の禁止 (gesetzliches Verbot) に違反し、またはその他の理由から瑕疵ある (fehlerhaft) 確約は一般に非拘束的であるとする従来の最高裁の判例の傾向に反して、信頼保護の根本思想により強く従が、第一項・第三項に定める場合を除いて、行政行為の無効、他官庁の協力のないときの治ゆ、取消、撤回に関する規定を準用する。

第三項は、事情変更の原則を定め、この規定は草案の四五条二項三号・四号 (授益的行政行為の撤回に関する規定) Ⅵ V V f G 四九条二項三号・四号に相当) の規定に優先して適用される。

ところで、V V V f G 三八条の規定が、建築法上の確約、次節以下でみる社会保障法等の領域における確約、官吏法上の確約、あるいはまた前節でみた租税法上の確約にも、これら確約の全部または一部に対し適用されるのか、重要な問題である。(a) まず、V V V f G 一条は、「適用範囲 (Anwendungsbereich)」と題して、本法は官庁の公法上の行政作用に対し適用するが、ただし、本法の規定と内容的に同一または反対の特別規定があればこの特別規定を適用することとし、本法は適用しないと定める (いわゆる V V V f G の補充性)。したがって、たとえば、

前記のような予備決定および土地取引の認可が建築許可等の行政行為の発布を対象とする確約であると解する場合であっても、これについては特別規定があるから、V w V f G 三八条の規定は適用されないことになる。⁽⁸⁾

(b) V w V f G 二条は、「適用範囲からの除外 (Ausnahmen von Anwendungsbereich)」と題し、同二項各号で列挙する事項には本法は適用しないと定めている。この規定の趣旨目的は、V w V f G 中に定めのある問題であり、当該の事項領域でこれに適用されるべき規定がたとえ存しない場合、すなわち V w V f G 一条に定める補充性を考慮しても同法が適用されるべき場合であっても、二条二項各号に列挙する事項には本法を適用しないということにある。⁽⁹⁾ たとえば、租税通則法 (A O) にもとづく財務官庁の手続 (二項一号) に V w V f G の適用が排除されるのは、この手続については従来から旧 A O をはじめとする租税法規中に詳細な定めがあり、行政実務もまたこれら法規にもとづく手続を扱いなれており、これら法規の定めは新 A O にもほぼ継受されているから新 A O によるべきであり、あえて右手続に対し V w V f G を適用する必要はないという点にある。したがって、租税法上の確約は、前節でもみたように関税法二三条、所得税法四二条 e、A O 二〇四条以下の規定、さらには、B F H 等の判例法に服することになり、V w V f G 三八条の規定はこの種の確約には適用されないとみてよい。⁽¹⁰⁾

また、社会裁判所法五一⁽¹⁰⁾条に定める事項その他の事項 (二項四号) に対し V w V f G を適用しないとすることは、これらの事項は社会法典 (Sozialgesetzbuch. 一九七五年二月第一編制定。以下、S G B という) 中にこれらの事項の特殊性を考慮した手続規定が設けられる予定になっているか、すでに設けられているからこれによるべきであるという点にある。⁽¹¹⁾ したがって、次節でみる社会保障法ないし社会法領域における確約について V w V f G 三八

条の規定は適用されないとみてよい。ただし、連邦政府が、一九七八年八月四日、連邦議会に提出した S G B 第一〇編第一章「行政手続」草案⁽¹²⁾の三二二条は「確言 (Zusicherung)」と題する規定をおくが、この規定は V w V f G 三八条「確言」の規定と二、三の語を除けば、全く同一の語句・文章から成る⁽¹³⁾。将来、もし、政府草案三二二条がそのまま法律の規定となった場合にはこの領域における確言についても一般にこの規定が適用されることになるのはもちろんであるが、現段階では、この種の確言については、主として従来の連邦社会裁判所 (Bundessozialgericht. 以下、B S G という) 等の判例法が適用されることになる。

その他の確言については、従来、B V W G が扱ってきたような確約事案の中には V w V f G の適用範囲外のものも少しはあると思われるが (同二条二項五号・六号等参照)、これらを除けばそこに特別規定のないかぎり、建築上の確約⁽¹⁴⁾、官吏法上の確約⁽¹⁵⁾などについても V w V f G 三八条の規定が適用されることになり、このかぎりでは従来 B V W G 等の判例理論の適用は排除されるとみることができるとも、V w V f G 三八条が従来の判例理論をかなり広く継受していることは忘れてはならない。

(c) しかし、V w V f G 三八条は、行政の行為のなかで行政行為の発布または不発布のみを対象とする確約を「確言」とよびこれについての規律をする。確約は行政行為の発布・不発布のみでなくその他の行政の行為をもその対象とするということができれば確言は確約の下部事案にすぎず、したがって、同法条は、行政上の確約の一部についてのみ明示的に定めることになったと⁽¹⁶⁾みることができるとも、一般に V w V f G 三八条の適用が排除されないはずの建築法上の確約、官吏法上の確約であっても、この確約が、行政上の契約の締結、行政指導、行政上

の計画の実施等を対象とする場合には同法条は適用されず、この種の確約に対しては従来の B V W G 等が展開した判例法がいぜんとして適用されると解することができる。

- (1) なお、本節でも引用する次にあげる書物については、以下、著者(编者)名と頁数のみを示すこととし、書名の引用は省略する。行政上の確約一般については、Hubert Kellner, *Auskunfte und Zusagen über künftige Verwaltungsakte*, Diss. Münster, 1965. *Handbuch des öffentlichen Rechts*, H. Meyer/H. Borge, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1976; F. O. Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1976; H.-J. Knack (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1976; P. Stelkens/H. Bonk/K. Leonhardt, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1978. 以下、K. Obermayer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1976; C. H. Ule/H.-W. Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 1977.

- また、以下、本稿を引用する場合は、本誌の同一号に掲載分は単に「本稿〇〇頁」とするほか、たとえば、「本稿(一)〇〇頁」と表示することとするが、これは、拙稿「行政上の確約の法理(一)」神戸学院法学一〇巻一号〇〇頁であることを示す。
- (2) Zeidler, S. 43 (建築法上の確約を含めて行政上の確約全般について); Fiedler, S. 202.
- (3) この規定の解釈等の概要については、むしろあたり、拙稿・末川追悼論集四卷一四八頁以下参照。
- (4) Vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, S. 350. 一九六三年の模範草案の内容等については、南博方「西独の行政手続法草案」ジュリスツト三二二号三〇頁、三二四号三七頁以下参照。
- (5) Vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, S. 351 (なお、ドイツ弁護士会および地方自治体首長連合は政府草案三四条の大巾な変更を提案したが、この提案は考慮されなかったとごう)。
- (6) BT-Drucks 7/910.
- (7) 租税法上の確約(本稿(一)一一頁以下参照)とは異なり、行政上の確約の一般的な発布の法制化については、従来、むしろ消極的な見解が多かった。たとえば、一九六二年の第四四回ドイツ法曹家会議(Juristentag)の公法部会は、「公行

政における教示および確約についての現在の諸原則を保持することが適切であるか」というテーマを選んでいるが、その報告の中で租税法領域における確約発布の法制化を説いた Hartz, Referat 44 DJT D. 29f. も (本稿(一)一一八頁注(7)参照)、判例・学説および行政官庁は確約について一般的な法律的規律をするために必要な結果をいまだ十分には提供していないことを理由として行政法の全領域にわたる確約の法制化の時機は熟していないとし、また、同部会決議も、この問題については、「確約法についての一般的な法律的規律は、(現在なお)望ましいとはいえないが、しかし、個別の領域のために、このような法律的規律するのが合目的であるか、もしくは、命じられるべきところありうる」としている (Vgl. Mitteilung: 44. Tagung des Deutschen Juristentages in Hannover, NJW 1962 S. 1855f.)。

(8) たぐえぼ、Meyer/Borgs, S. 237.

(9) Obermayer, S. 39; Meyer/Borgs, S. 44; Uie/Laubinger, S. 34. これに反し、Kopp, S. 13 は「一条の評釈で V w f G の個々の規定のなかで広汎な法思想の表明とみられる規定は、同条二項各号にあげる法領域でその類推適用を妨げるような特殊性のみられないかぎり、類推適用されるとする点、Knack, S. 75 も同旨である。

(10) 社会裁判所法五一条に定める事項については、Vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, S. 87.

(11) Meyer/Borgs, 45f.; Kopp, S. 14; Uie/Laubinger, S. 34f.

(12) その立法趣旨等については、拙稿「西ドイツ社会法典草案における行政行為の取消撤回」神戸学院法学一〇巻二号 (本誌本号) 九一頁参照。

(13) Vgl. Hans F. Zacher, Sozialgesetzbuch, 1978, DX 1 S. 24. その個別理由は、草案の三二一条は V w f G 三八一条に相応する規定であるというのみである。

(14) たぐえぼ、Uie/Laubinger, S. 203 も、建築の免除 (Dispens) を発布するという建築官庁の確約、建築許可 (連邦建設法三六条) の発布に対し異議を提起しないというグマインデの確約は V w f G 三八一条にいう確約にあたるという、後にもみるように、予備決定は本来の行政行為であって確約ではないとする論者にも予備決定の確約は同法三八一条にいう確約に

あたるとみるものがある (Stalkens/Bonk/Leonhardt, S. 353)。ただし、Vgl. Pfander S. 180 (本稿三三頁注(2)参照)。

(4) W. Fiedler, Zum Problem der Berufungszusage aus Sicht des § 34 Abs. 1 Satz 1 EVerwVG, WiSt 1974 S. 134ff.
も、これを承認することを前提とした議論を展開するように思われる。

(9) W. Krebs, Zur Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf verwaltungsbehördliche Zusagen, VerwArch Bd. 69 (1978) S. 85。彼は、そこで「たとえば助成金を交付するという確約の場合、従来の支配的見解によれば、これが口頭で行なわれても有効とみるが、VwVfG三八条は、確約の拘束性の要件として書面性をあげるから、右の確約が、直接に金銭支給の行政上の事実行為 (Verwaltungsrealakt) を約束するときは口頭によるときでも有効であるのに対し、助成金の給付決定を約束するときは書面形式によらねばならず、かくて、確約の拘束要件として書面性を要するかどうかは行政ないし解釈者の任意に委ねられることになろう、という。

二 個別の特別法規に定める確約——予備決定と土地取引の認可

一 各ラントの建築法規によれば、建築許可 (Bauerlaubnis) は書面による申請にもとづいてのみ発布されるが、この申請には相手方の建築計画の判断のために必要とされる全資料を付さなければならぬ。しかし、この申請前に、若干の資料を添えて書面による申請 (いわゆる予備照会 *Voranfrage*) をして、この資料から相手方の建築計画について建築法上の許容性が認められることに疑いのないかぎり、行政庁は予備決定を発布しなければならぬ。予備決定は、予定の土地で建築してよいか、あるいは一定の方法による建築のみが許されるかなどの点について予め説明し、後に行なわれる建築許可の発布手続では行政庁は予備決定に拘束される。相手方は、予備決定の制度により、建築許可を申請すれば必要とされる完全な資料作成のために要する多大の費用の支出を免れることができ、

あるいは不必要な土地の購入をさしひかえることができるという。⁽²⁾なお、書面形式を欠く予備決定は無効であるとされる。⁽³⁾

ところで、このような保護機能および拘束力をもつ予備決定が確約であるかどうかについては見解は分かれる。BVGは、予備決定を「建築確約 (Bausage)」とよんだ時期もあったがその後の判決では予備決定は確約ではなくすでに⁽⁴⁾ (一部) 許可であり建築許可の一部を先取りするものであると判示するようであり、同じようにみる⁽⁵⁾ 学説も少なくない。⁽⁶⁾これに対し、予備決定は確約であるとみる有力な見解もある。⁽⁶⁾

(1) 以上の点および各ラントの建築許可手続に関する定めにつき、Vgl. Ingo von Münch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4. Aufl 1976 S. 506ff (Priaut).

(2) Vgl. Pfander, S. 159. しかし、彼によれば、予備決定により得られる保証は十分ではない。すなわち予備決定は一年の期限付で発布されるのが通例でありこの期間内に最終的な建築申請を提出しないときはその効力が失なわれ、また、予備決定は建築許可と全く同様に事実・法状況の変更のとき撤回されうる。問題は、この撤回が予備決定の「利用 (Gebrauch machen)」により阻止されるかであるが、建築許可とは異なり、建築計画および建築許可のための申請によってはすでに実際に建築作業が始まったかのごとき「公法上の財産」は創出されえないのが通例であり、土地購入のかたちでの「利用」も法律の文言上、建築許可を義務づけるべき予備決定に典型的に続くところの事実実現を意味しないがために行政がこれを尊重することはないからである。そこで、立法者は、建築許可の申請前の段階におけるこの権利保護の欠缺につきみる「土地取引の認定」により充足しようとする (Pfander, S. 164f., 171f.).

(3) Pfander, S. 159 Anm 1.

(4) Vgl. Friedler, S. 195f. 前記の一九七三年草案三四条の個別理由も同旨である (本稿四頁参照)。なお、Münch, aao

行政上の確約の法理 (1)

S. 509 によれば、一部建築許可 (Teilbaugenehmigung) は、全建築計画のための最終的建築許可の前で、書面による申請にもとづいて、建築主がそれによって根切りおよび個々の建築部分のための作業を直ちに始めることに保護に値する利益をもつ場合に、発布される。一部許可の発布により、建築官庁は拘束をうけ、最終的な (かつ、完全な) 建築許可の発布をもはや原則として拒否することができない。一部許可は、全措置の原則的承認 (Grundsätzliche Billigung der Gesamtmassnahme) を含み、完全なる建築許可と同様の終局性 (Endgültigkeit) をもつ。もとより、官庁は、建築計画をあらゆる審査した結果、公の安寧と秩序の利益のために必要であるときは、すでに着手すみの建築計画の一部に対し事後に追加要求をするにすることができる。

(5) たとえば、Münch, aaO S. 507 のほか、H. J. Wolf, O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9, Aufl 1974 S. 367, $\Delta B \Delta \Delta$ 49 の注釈者も一般に同様である。Obermayer, S. 50; Meyer/Borgs, S. 237; Kopp, S. 385; Knack, S. 310; Ule/Laubinger, S. 203.

(6) Zeidler, S. 23; Pfander, S. 159f. また、Fiedler, S. 196ff. も同旨であり、BVG および学説が予備決定の確約性を否定する主要な論拠は、第一に、確約はその概念上、一部領域 (Teilbereich) でも「最終的に決定する (endgültig)」¹⁾ とはないという点にあり、第二に、これと密接に関連するが確約は予備決定より拘束性においてより劣る (ein Weniger an Verbindlichkeit) 点にあるとみて、これに対し批判を加える。まず、たとえば、建築許可官庁が許可には負担を付さないと確約すれば、この負担の発布・種類・範囲についての決定は、官庁が確約内容の拘束をうけ最終決定 (許可) では確約の包括する領域についてはもはや判断しないというかぎりでは endgültig であり、予備決定と同じ評価をうける。つぎに、予備決定は、一部許可に代わるものではなく、また、建築設計全体の最終的法的評価を省かせるものでもなく、予備決定は、(将来の) 建築主の労力・費用および誤った処分 (例、土地購入) 等をさせないようにするけれども、建築施工の着手を正当づけるものではなく、これらの点で、予備決定の最終決定性も確約に似て制限されており、さらに、予備決定も確約も将来の建築主 (確約受領者) がこれらを後に利用するときのみ建築許可手続の一部を成すことでは共通であるという。

二 連邦建設法の規定によれば、一定地域における土地の分割ないし譲渡の発効をいわゆる土地取引の認可にかからしめ、この認可は、建築許可の発布権限をもつときのゲマインデおよびゲマインデの同意を得て建築許可庁が発布するが、発布の申請後三ヶ月以内にその発布が拒否されるときは認可は発布されたものとみなされる（一九九条）。認可の拒否は、法的事実が建築詳細計画による確定と符合しないときなどの場合にのみ許され、また、認可には負担（Aufgabe）を付すことができる（二〇〇条）。認可が発布されたときは、発布後三年以内に提出された申請にもとづき、二〇条にあげるような認可の拒否理由があるからといって建築許可の発布を拒否することはできないが、ただし、認可発布のために決定的である法的または事実上の要件が変更したときはこのかぎりではないが、この場合、二〇条にあげる理由により建築許可の発布を拒否したとき、土地所有者または相続人がこれにより土地価格の減少または土地取引の認可を信頼して土地利用の準備のための支出をしたときは所有者等に対し金銭による相当の補償をしなければならない（二〇一条）。

これらの規定の趣旨目的は、建築許可手続の前段階ですでに建設管理計画（Bauleitplanung）を確実なものとし同計画の目的に反する土地取引を許さないとすることにあり、また、さきの予備決定のみでは充足しえない権利保護の欠缺をうずめるという点にもあるようである。すなわち、立法者の考えによれば、建築希望者は建築区域にある土地があまりに高価であるため建築詳細計画の適用区域外にある土地を、事前に官庁への予備的照会により同地の建築可能性を確かめずに購入することが多く、この場合に、行政は建築許可の発布を拒否することに経験上著しい困難が伴う。行政は、「理解に欠ける」態度をとったという非難にさらされたくないからである。そ

ここで、効果的な計画作業を進めるためには、申請にもとづいてのみ発布される予備決定のみでは十分ではなく、職権にもとづく土地取引の認可が必要になるといふわけである。⁽³⁾

土地取引の認可は、二重の機能すなわち私法上の法律行為の有効性についての最終決定であるとともに、建築計画法規にてらし将来の建築許可の発布に問題はない旨を約束する確約でもある、といわれている。⁽⁴⁾

(1) 同法条は、その前身である一九三三年九月二二日の住居移転区域開発法 (Gesetz über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten) 四条にもとづく住居移転認可 (Wohnsiedlungsgenehmigung) を継承するものであること(なご)。
Vgl. Pfander, S. 172)。

(2) 成田頼明「西ドイツ連邦建設法とその改正問題(上)」ジュリスト五七四号五六頁。

(3) Vgl. Pfander, S. 170f.

(4) Pfander, S. 168f., 172. 同旨・Fiedler, S. 198f (同所に、同旨のBVGの判決および学説も紹介されている)。

三 法令の規定にもとづかない確約

一 行政実務において、法律の規定にもとづくことなく発布される建築許可の確約の拘束性の問題については、戦前では、一九三三年二月六日のカールスルーエ高等裁判所の判決のみがこれを扱っているといわれる。⁽¹⁾そして、戦後は、判例により、一般にその許容性が認められるにいたり、かくて、法律に定めのない建築許可の確約については、二つの問題が生ずるといふ。すなわち、第一に、正式の建築許可手続の範囲内つまり建築許可の発布を求める申請が出された後でも確約の発布は可能であるかであり、第二に、建築許可手続の範囲外では、建築官庁は、口頭

の確約 (mündliche Zusage) によっても建築許可の発布義務を負うかである。⁽²⁾

(一) 第一の問題については、ハンブルク高等行政裁判所の一九五七年三月一三日の判決 (VerwRspr 9, 40) がこれに関連するといわれる。⁽³⁾

本決判決の主旨 (amtliche Leitsatz) は、第一に、建築許可手続における口頭の確約は、官庁が自らを拘束しようと思図したか、また、書面により発布されたかどうかを問わず、原則として官庁を義務づけるというものであり、第二に、異議申立審査委員会 (Einspruchsausschuss) も、建築許可手続における確約を発布することができ、なぜなら同委員会も官庁の機関であり、かつ、決定権限を具えているからであり、第三に、確約の取消しないし事後的制限はプロイセン警察行政法の適用領域では同法四二条の規律に服する、というものである。

まず、第一点につき、本決判決は次のようにいう。確約が拘束的であることは判例上承認されている。すなわち口頭の確約は、原則として、それが信義誠実にもとづく信頼保護の原則 (Grundsatz des Vertrauensschutz nach Treu und Glauben) の要求するものであるときは確約された行政行為を書面でも発布することを義務づけるのに対し、確約が法律の禁止に違反するとき、またはそうでなければ違法である (gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder sonst rechtswidrig ist) ⁽⁴⁾とき、または表示をなす官吏が官庁内のその地位によればその発布権限をもたなかったときは、確約は拘束的ではない (一九五六年三月八日の B V W G の判決を引用)。官庁が自らを拘束しようと思図したか、また、確約が文書により発布されたかどうかはいずれも重要ではない (すぐ後にみる一九五四年一月二七日の B V W G の判決を引用)。一九五五年二月二四日に異議審査中に X に与えられた表示は、建築許

可ではないが、通常の条件と負担のもとでの許可を發布するという確約である。けだし、この異議審査時には建築許可手続は、どのような点についてもまだ行なわれておらず、続いて行なわれるであろう建築許可手続にとつても決定的なこの確約にY官署は建築申請を処理するとき拘束される。建築許可手続の範囲内で出されるはずの問題の一部は、すでに異議取扱中におけるXに有利な確約により決定されてしまったわけである。ところで、表示の解釈には民法一三三条が適用され、これによれば表現の文字どおりの意味ではなく、実際の意思(wirkliche Wille)をさぐらねばならず、実際の意思をさぐるということは、表示されずに内部にとどまっている意思の探知ではない。表現されない、純然たる内部的意思は決定的ではない。表示とは、言語ないし書面に表示されたものだけではなく、行為全体(Gesamtverhalten)をいい、したがって、自らを拘束しようという意思は、これが行為全体の範囲内で表示されていないときは、重要ではないことが分かる。この点は、一九五四年一月七日のBVWGの判決(すぐ後にみる判決をさす)もまた認めるところである。

本件判決は、このように述べ、次いで、このような観点から全事実を考慮すれば、一九五五年二月二四日の議事録の文言からすでにXに対し彼の申請は積極的に決定されるであろうという確約が發布されたことが認定でき、Xのみならずその他の会議参加者も、会議終了後、建築申請は原則として許可されるとみたことは、他の証拠からも疑いはない。さらに「本来の」許可手続が行なわれるべきであるという決議からも、Y役場による確約が通常の条件・負担の留保のもとでのみ發布されたことは明らかである。

次に、第二の主旨について、本件判決はまず右確約は法律の禁止に違反しないとし、ついでいう。また、異議申

立てを審理する委員会は、助言的作用 (Beratende Tätigkeit) を行なうための機関ではない。異議申立て (Einspruch) は官庁の自己統制に他ならず、異議申立手続も行政手続の一部であり官庁が再度の審査を行なうものであって、この審査を官庁のいかなる機関が行なうかは重要ではない。行政行為を發布した同一の官署がその審査を行なうこともできるのであるが、法律・命令によれば異議申立手続を一般に正式な手続とし、かつ、地区行政内部における自己統制機能を役場 (Bezirksamt) の委員会に委ね、同委員会が役場およびその管内にある官署の行政行為に対する異議申立てについて決定するものとしている。したがって、この委員会は官庁の外にあるのではなくむしろ官庁の一機関であるから、したがって、同委員会が書面に記録され全構成員が署名して行なった表示により確約を發布したときは、役場に対しても拘束性が生ずることにつき何んらの疑問も存しない。

最後に、判決の主旨の第三点については次のように判示している。プロイセン警察行政法四二条は警察上の許可——これに建築許可およびこれに関する確約も含まれる——の取消または事後的制限について定めるが、同条に定める要件が本件では明らかに存しないから確約は撤回できない。ことに、建築警察が發布された許可の發布を拒否することができたであろうような新事実は、事後に知られていない。同条により、Xが確約の存続を信頼して (im Vertrauen auf den Bestand der Zusage) 費用の支出をしたかどうかは重要ではないことが分かる。そのような出費がなくても、確約の撤回は許されないからである。

プファンダーは、本件判決の主旨の第一点のみをとらえて同判決が建築許可手続の範囲内でも建築許可の確約を發布しようという原則をうちだしたとみるのは誤っていると結論づけている。⁽⁵⁾ この点について実際の判旨をみれば

建築許可手続外における口頭の確約の拘束性を認めたものであることが分かり、本件判決は、むしろ、つぎの(2)の系統に属するものであるということが出来るから、彼の説く結論は妥当であろう。なお、本件判決は、BVGをはじめとする判例の引用のもとに口頭の確約の拘束性の根拠につき、信義則を基礎とする信頼保護の原則にもとづいて拘束力が生ずること、また、その要件についてふれ、とくに、法律の禁止違反のみならず単に違法な確約も拘束力がないとする点は次節にみるBSG・BVGの一部の判例(法律の禁止違反の確約のみその拘束性を否定する)と比べてかつて論議をよんだ点であり、また、不服審査機関がした確約に処分庁が拘束されるとする点、また、確約の存続効に関し警察許可の取消・撤回について定める警察法規にこの許可の確約も服すると判示するのは単に確約の存続効だけでなくその法的性質についても有益な議論を提供することなどの点で注目される。

(二) 第二の問題に関する判例として、たとえば、次のような判決がある。

BVGの一九五四年二月七日の判決(NJW 1955 S. 805)

上告人(第一審の原告)は、住宅建築のため住居移転および景観保護地域に存する土地を購入しようと考え、このために必要な認可の発布を申請し、他方、この購入資金をつくるため別の土地の売渡を考えこの売渡の認可申請をした。そのさいの交渉(Verhandlung)において、認可権限ある係員は、自ら署名した土地売渡の認可を発布するとともに、上告人の予定している土地購入の認可もスムーズに運ぶかという質問に対し、事態は「順調に運ぶ」(Sache "in Ordnung gehen")と答えた。その後、土地購入の認可申請の拒否決定がされ、第一審はこの拒否決定を取り消したが、第二審は第一審判決を変更し、上告人が上告に及び勝訴したが、その理由は次のとおりである。

担当係員は、過去にくりかえし「事態は順調に運ぶ」といような確約 (Zusage) を発布し、この確約は常に履行されてきた。担当係員は、上告人の土地売却のための認可を発付したのであるから、上告人等は、担当係員は右のような点についても決定権限を有するとみるはずである。上告人による二つの認可申請の関連を考えれば、事態は順調に運ぶという表示は単なる非拘束的確約 (bloße unverbindliche Zusage) ではなく、むしろ、認可発布に向けた拘束的確約 (verbindliche Zusage) であると解さざるをえないという印象を生ぜしめる。交渉に居合わせている連中も、事実、このように解した。上告人は、この表示に満足し、書面による認可が直ちに交付されるべきことを主張しなかったという事實は、上告人が建築法規中の個々の規定につき知らず、かつ、一般の行政慣行の線にある官庁の行為の重要性を看過しえなかったことを考えれば、これを上告人の不利益に解釈することはできない。このような事情にてらせば、担当係員がその表示に右のような内容を与える意思はなかったということは、重要ではない。かくて、申請にかかる認可は発布するという確約があるとき、全法生活したがって行政法をも支配する信義則が確約の遵守を官庁に義務づける。なお、次のように本件確約の内容は法令に違反しないから、確約の履行が法律の禁止 (gesetzliches Verbot) に違反するときでも確約は法的に拘束的かということにふれる必要はない。

一九三六年二月一五日の建築規制令三条および一九三九年一月一九日の景観保護に関する命令の二条三項は、原則的な建築禁止を定めるが、しかし、例外的に認可も可能であるとし、郡はこの両法令に関してその認可権限をもっている。このような土地の建築着手 (Bebauung) を拒否できないときは、建築着手のために行なわれた土地取引についての住居移転法六条による認可も、拒否することはできない。同法条は、それ自体存する建築法上の行為

の効力を時間的に前に移動すること (zeitlich vorzuverlegen) すなわち建築申請の提出時から建築を準備する土地取引に移動することを目的とする。同一の所有権者による建築申請は許されなければならないというのに建築目的のための土地の購入は住居移転法により拒否することができるというのは、それ自体矛盾にみちた結論を導くことになる。

このように、本件判決は、権限ある官庁内の、しかし、無権限の係員により、しかも、口頭で発布された住居移転の認可の確約の拘束性を信義則を適用して認めた。本件判決およびさきの一九五七年三月一三日のハンブルク高等行政裁判所の判決を援用して、その後の判例は、ほぼ一致して、口頭の確約は、(1)信頼保護がそれを要求し、(2)確約が法律に違反せず、かつ、(3)表示をなす官吏がその属する官庁内の地位によれば確約を発布する権限をもつとき、書面による建築許可の発布を官庁に義務づける、と判示するといわれる。⁽⁷⁾

(1) Vgl. Pfander, S. 178.

OLG Karlsruhe Urt. v. 6. 2. 1933, JW 1933 S. 1960.

本件事案は次のようであった。Xは建築をしたいと思い、一九二九年一月、市当局に対し図面を添えて建築をすることに對し問題があるかどうかを問い合わせ一定の建築距離の間隔を保って建築をするのであれば問題はないとの返答を得たので、これにもとづき正式の建築申請をなし、同時に、より少ない建築間隔を保つことで建築を認めるように懇願した。市は、二通の文書によりこの懇願を拒否し、かつ、撤回留保(ただし、この撤回留保は一九三九年以前には行使しないとされている)のもとで従前の建築間隔に関する了解が維持される旨をつけ加えた。そこで、Xはその建築計画を進めることをせず、その出費額について損害賠償を市に求めた。裁判所の判示は以下のとおりである。

Xは、一九二九年一月のその懇願によつて処分 (Vertigung) を求めているのではなく何んらかの疑問が彼の建築計画にあるかどうかについての通知 (Mitteilung) を求めているのであり、そこには、一種の非公式の前置手続 (eine Art formlosen Vorverfahrens) すなわち、建築許可の拒否の危険性、つまり費用と時間的損失を避けるため建築主がその建築計画についての官庁の考えを知りこれにより正式の出願においては官庁の考えに従つて行爲しようという建築主の照会 (Erkundigung) が存するわけである。このような予備交渉 (Vorverhandeln) は、あらゆる種類の官庁で日常的に、かつ公衆の利益のために行なわれている。それは、官庁によるサービス (Entgegenkommen) ・親切 (Gefälligkeit) として行なわれ、官庁も、このような方法により努力と骨折りを節約する。官庁がこのような非公式の前置手続で与える返答は、正式の決定ではなく、権利を創設せず、行政行爲ではなく、官署が当該問題をどのように評価し自らを拘束しないでこれをどのように解決しようと考えているのかという教示にすぎない。それは、官庁に当時支配的であつた法の見解の通知 (Mitteilung einer Rechtsauffassung) であり、官庁の行政実務についての通知であり、事案を技術的にどのように評価するかという官庁の表明 (Äußerung) である。他方、照会をなす者は、正式の決定段階では官庁がこの教示中にみられるような考えにしたがつて申請を処理すると考えることができ、自らの申請の運命を大体において予見でき、これに対処することができる。ただ、官庁側の拘束ということは認められない。けだし、官庁は、その正式な処分のみ拘束され、行政過程の安定性、さらには公衆の権利保護の必要性もこれを要求するからである。このことは本件におけるように行政行爲に対し特定の手続が規定されている場合にとくに妥当し、邦建築条例に定める決定のほかには、何んら権利を創設する行政行爲というものも存しない。このように解しても、Xの権利または利益は侵害されることはなく、その建築申請の運命はおそらくどのようなかを知らされるにすぎない。建築線保持からの免除を無制限にあるいは一〇年間の期限つきで付与するかどうかの問題は裁量問題 (Frage des Ermessens) である。

このように、行政行爲ではなく単なる官庁の通知があるにすぎず、官庁は建築許可の発布までは完全なる自由をもつていから、右通知後、この許可を発布しないことにいたつたからといって職務義務違反はみられず、民法八三九条にもとづく

損害賠償請求権の要件は存しない。なお、Xは、信義誠実の一般原則によれば市長の教示をあてにしてよく、したがって、市長がこの教示に背いたときは市はこれにより生じた損失につき責任があるかをみななければならない、と主張する。もし、本件で、私法上の関係たとえ契約についての予備交渉が存するのであれば、契約締結上の過失責任が考慮される。しかし、契約なるものは、公法上の契約も、ここでは存しない。たしかに、公法も信義則により支配されるが、公法でも決定的である民法一五七条および二四二条は、契約法したがって合意および義務に関係する。しかし、本件では高権(Hoheitsrechte)が問題となっており、なんらの合意にも服しない絶対的性質をもつ行政行為の着手が問題となっている。警察上の許可を發布すべきか否かという問題は、それに固有の条件に服し、完結的に定められた正式の手續に服するのであって、この場合、信義則はなんらの役割をはたさない。ある意味において決定するという警察官庁の拘束性なるものは、常に事実状況にしたがって義務的に(pflichtgemäß)決定すべきとき、決定の発布前に確定してはならないときは、排除される。教示は、おそらく(vermutlich)この意味において決定するであろうことを意味するにすぎず、それ自体、あらゆることを留保している。もっとも、たとえば故意・過失により誤った教示がされた場合は責任が認められるように、教示にあつては、ゲマインデおよび国家の責任はおよそ存しえないというわけではない。

本件判決は、官庁の右表示は官庁も拘束する効力がないから教示であるというみかたに徹しているが、その理由としては、おそらく官庁の表示が非公式の前置手續の中で官庁のサービスとして行なわれており、他方、建築許可を發布するかどうかは官庁の裁量にあり、しかも、この発布手續は法律で定められていること、また、信義則は契約法のみ適用され高権の行使に関わりえないことなどの点にあるようである。しかし、こんにちでは、これらの点は、当該表示の拘束性およびその確約性を必ずしも否定する理由とはなりえない。本件では、一定の建築間隔を保って建築するのであれば建築法上問題はないという市当局の回答から、この回答に沿う建築計画であれば建築許可は発布されるという確約の存在をみることもできなくはないように思われる。Pflander, S. 178もこの表示は彼のいう(教示と区別された)確約にあたるとみる。本件判決を評釈する Schulte, JW 1933 S. 1960ff. はこの表示をむしろ教示ということが多いが、また、これを「確約」ともよんでいる。

- (2) Pfander, S. 180. 彼自身は、建築許可の確約は予備決定・土地取引の認可のごとく法律により完結的に規律されており (S. 180 f.)、しかも、これら法律の定める確約の発布は、建築許可手続の範囲内すなわち建築許可の発布の申請後は許されずその拘束性も否定されるとして (S. 160-162)、本文にあげたいずれの問題についてもその可能性を否定する。
- (3) Pfander, S. 179f.
- (4) 経済 (統制) 法領域における確約 (輸出入取引の認可の確約) についての事案であるが、同判決については後にふれるであらう。
- (5) Pfander, S. 179f.
- (6) Vgl. Pfander, S. 180. なお、住居移転の許可は、土地取引の認可の前身をなし (本稿一四頁注 (1) 参照)、それ自身が建築許可の確約を意味し、かつ、特別の形式・要件のもとに発布される (Vgl. Pfander, S. 181)。
- (7) Vgl. Pfander, S. 180. 学説もまた同様であるというが、プファンダー自身は、これらの判例学説には反対である (前出注 (2) 参照)。

二 次の判決は、建築法上の確約の拘束力の限界の問題について注目すべき判示をする。

BVG の一九七五年一〇月一七日の判決 (DVBl 1976 S. 220)

X は、隣人に対する住居新築の許可が発布されることに反対であり、隣人に上階のない地下室のみの建築を認める仮の建築許可 (Vorläufige Bauerlaubnis) が発布された後、隣人による建築計画の実行は自己の隣人権 (Nachbarrecht) を侵害するとして異議審査 (Widerspruch) をした。異議審査手続中に、行政庁側は、X の代理人に送った一九六八年六月一八日の書簡の中で、X の若干の陳情に答えて「最終的な許可は、あらゆる公益および隣人

法上の利益の尊重のもとに発布されるであろう」と確約した。翌年四月一六日、Yは、隣人の申請にかかる住居建築を許可した。これに対する異議審査の棄却後、Xは、建築許可と棄却裁決の取消しを訴求し、その理由として、建築許可は右確約に違反して発布されたから違法であると主張した。第一審は訴えを棄却し、第二審はXの請求を認容し、本件判決は、Yは建築許可の取消義務があるとしてYの上告を棄却したが、その理由は次のとおりである。

Yは、一九六八年六月一八日付の書簡中の文言は官庁の拘束意思 (Bindungswillen) も自己義務づけ (Selbstverpflichtung) も含まないから、これを確約とみるのは誤っていると主張するが、公法にも準用されうる民法二三三条の解釈原則によれば確約の存在が認められる。右書簡の文言は表面上は一般的表示 (allgemeine Erklärung) にすぎないが、しかし、当時、Xによる異議がでていたことなどの事情を考えると、これは、建築許可を発布するときは、既存の建築状況および連邦建設法三四条により許容する範囲を守ろうと意図するYの具体的確約 (konkrete Zusage) であったと原審が認定した点に、なんら解釈原則等に対する違反はみられない。

また、当部は、一九六九年六月一三日の判決において、公建設法みずから隣人保護を与えていない場合に、法遵守の確約により隣人に対し権利が与えられうると判示したことがあったが、次のような考慮にもとづく基準によれば、原則として、この判示は維持することができる。すなわち、このような確約の法的拘束性の要件は、あらゆる行政法上の確約のそれと同様に、第一に、確約が官庁の行為権限の範囲内にあり、かつ、原則として官庁内におけるその地位によればこの種表示をなす権限のある職員が発布することを要し (本件では、いずれにしてもこの要件は充足される、という)、第二に、確約の適法性ならびに法的拘束性の要件として、確約が適法であること、こ

とに、確約された行態が適法であることを要する。

当部は、前記の一九六九年の判決で、確約はその限界を第三者の権利にもみだし、したがって、他人に不法をなさしめることを請求する権利を創設するものではないが、他方、隣人のための確約が法の遵守に向けられている場合には建築主は確約違反したがって法に違反して「法的請求権を有しえない」と判示した。しかし、これでは、建築主との関係において隣人に与えられた建築官庁の確約から生ずる問題を完全にいつくしてはいない。すなわち、建築主は、建築許可の適法性とは関係なく、この許可によりさしあたって有効な権利を取得するのであって、許可は授益的行政行為であり、これは、客観的に違法であると分かったことから直ちに除去することはできないということ、建築主の負担において、考慮の外においてはならないのである。公建築法が直接に隣人に防御権を付与しているときは、違法な建築許可は法的救済手続で取り消されうるが、建築法がこの種の防御権を隣人に与えていないとき、官庁の確約により法によれば帰属しないはずの取消権が隣人に与えられることになれば、これは建築主の法的地位を侵害することにならう。建築主は、法的救済手続の提起期間中は、建築許可の適法性に対する信頼保護を援用することができなくなる。このような確約の広汎な法的効果を認めることに對する疑問は、建築官庁と隣人との間の法律関係に建築主が参加しなかったとき、増幅されよう。建築許可の発布の時点では、確約の存在とその内容は建築主が知らないのが通例であるからである。かくて、従来の当部の判例はもはや維持することはできない。第三者に負担となる確約は違法な確約になるであろう。官庁が隣人に対し隣人保護の趣旨ではない建築法の遵守を確言するという確約の法的拘束性は否定され、むしろ、確約はその意義と法的効果を確言する官庁と確約受

領者との関係において展開する。すなわち、確約は、第三者に発布された建築許可に対する取消権を具えた防御権を生み出すのではなくて、確約の二面的本質 (zweiseitiges Wesen) にしたがって官庁に対する確約受領者の確約の遵守を求める請求権を生み出す。本件でも同様であるが、これにより本件の確約自体の法的拘束性が除去されたわけではなく、確約遵守を求める当初の請求権が確約に対する違法侵害により生ぜせしめられた権利侵害の除去を求める請求権に変わることになる。他方、同請求権の範囲内で、確約違反の行為から利益を受ける者の利益も法治国的諸原則の中で十分に考慮されることになり、かくて、右請求権は確約違反の建築許可の取消しを官庁に対し求めることになるが、これは、建築許可の職権取消しが信賴保護の観点のもとで法的に妨げられないという要件のもとで可能となる。

手続法上の関係については、確約の違法な不遵守を理由とする訴えは、確約の遵守を求める訴えと全く同様に、義務づけ訴訟であり、本件でも、違法に発布された建築許可の裁判所による取消しではなく、その職権取消しを訴求しなければならない。本件では、申請にかかる建築許可の適法性はその発布手続中に疑問とされていたから、信賴保護の観点も確約に違反する建築許可の職権取消しに反対するものではなく、むしろ、本件では、この職権取消しが単に許容されるだけでなく要請すらされる。

右のように、本件判決は、確約はその意義と法的効果を確約した官庁とその受領者との関係において展開するという観点から隣人に建築許可を発布するかどうかを決定するときは建築法規を遵守するという確約に違反して違法な建築許可を発布した場合に、違反せられた建築法規が隣人保護的性格をもたないときは、確約受領者は、隣人に

対し発布された建築許可の取消しを訴求しえず、義務づけ訴訟により違法な建築許可の職権取消しを求めらるにすぎない、という。このほか、少なくとも法的拘束力の認められる確約は具体的確約でなければならず、また、確約の拘束要件⁽¹⁾を確認するなどの点でも、きわめて注目に値する判決であるといえよう。

(1) なお、第四節でみる官吏法上の確約の拘束要件を参照。

三 建築法上の確約の不遵守の場合における損害賠償の可能性につき、権限をもつ連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof. 以下、BGHという) はどのようにみるであろうか。

BGHの一九七〇年四月二七日の判決 (DVBl 1970 S. 861)

X (原告・控訴人・上告人) は、被告上告人はある街路の (建設) 計画ではXの土地から同街路への直接の進入を認める旨確約したから、これにより、契約的にこのようにすることを義務づけられるのに、この確約を遵守せず、よってこの契約に違反し、Xは同地上の建築に余分の費用がかかったとして四〇九三二DMの損害賠償を求める訴えを提起した。被告上告人は、Xが主張する確約内容を争い、とくに、右街路は、バイパスとしてそのような進入路をもってはならないから右のような確約は許容されない、と反論した。Xの請求は第一審・二審とも棄却されたが、本件判決は事案を原審に差し戻し、その理由を次のように述べた。

当部の確定した判例によれば、官庁が市民に与える教示は、正しい (richtig) だけでなく誤解を与えることのない (unmissverständlich) ものでなければならず、すなわちその受領者がそれに応じて処分する (disponieren)

ことができるように明確かつ完全 (Klar und vollständig) なものでなければならない。教示が十分に明白である (eindeutig) かどうかは、その受領者が教示をどのようにとらえ、かつ、とらえることができたか、もしくは、教示がどのような観念を生ぜせしめたかどうにかかるといふ。教示の明確性は、とくに、教示にかかる領域での受領者の専門知識が存しえないとき、必要であり、この場合、教示は、未経験者に生じがちな誤解・疑問をできるかぎり排除しうるほどに明白でなければならない。ところで、本件で、街路建築行政の指導的官吏であるBは、法状況ないし事実状況についての教示の付与すなわちXの土地への進入路についての最終的計画を説明したのではなく、むしろ、Bは、被上告人が同進入路を建設する旨を確言すなわち彼の所属する官庁の将来の行態を確約したのである。しかし、官庁の将来の決定ないし給付についてのこのような教示もまた明確で誤解を与えない、かつ、完全なものでなければならない。法的教示および事実状態についての通知 (Mittelung) が明白でなければならないとする理由が、このような表示 (確約・確言) にも妥当するからである。すなわち、いずれの場合にも、官吏は、国民に帰属するもの、あるいは、可能・許容の範囲内で国民が得たいと願っているものを得させるように手助けしなければならないからである。

官庁の将来の行態についての教示は、その「将来において効力を生ずる (in die Zukunft wirkenden)」性格のゆえに、この教示への信頼が完全に法的保護をうけるかは疑問である。とくに、義務づけ意思 (Verpflichtungswillen) をもって表示される教示が確約へと凝固し、かつ、法律違反ないし権限なき官署が表示したのために瑕疵あるものとなる場合 (本件でも被上告人の見解によればこの場合に当たる) には、右のようにいうことができる。

官庁の将来の行態についての教示が通例もつところのこの「仮の措置 (Provisorium)」の性格が、官庁に対するその拘束力をも制限するかもしれない。しかし、職務責任が問題になっているときは、教示ないし確約に対する信頼保護がこれらの本質的性格のゆえに制限されることはない。けだし、一方、官吏は、重要な事情の将来的変更の可能性ないしその他の理由から官庁の将来の決定・給付の確実性を注意深く調査したときにのみこの決定・給付を確実なものとして告知することを義務づけても官吏に対し過大な要求をすることにはならず、他方、官吏が必要な注意をしても知りえない理由により教示ないし確約が不当となるときは、民法八三九条の過失要件が不衡平な責任から官吏を免れさせることになるからである。かくて、官庁の将来の決定・給付についての官吏の通知に対する市民の信頼も、不当な、誤解を与えるような、または不完全な教示ないし確約により市民が不利益な処分をするように誘ってはならないという職務義務をつうじて保護されなければならない。したがって、Xは、前記街路からXの地所まで直接の進入路が建設される旨の確約にたとえ瑕疵があったとしても、この確約を信頼することも許されるであろうから、官吏は、Xが真にこのような確約を与えられたとみなすにちがいない、または、みなすことができるような誤解を与え、または不十分な表現をしてはならなかったのであり、原審判決がXの損害賠償請求を否定した点には法的誤りがあり、完全なる破棄を免れない。

本件判決は、後にみるようなB V W Gの判決に従って、確約はその将来拘束性・仮の措置としての性格のために違法な確約は原則として拘束力がないが、しかし教示におけると同様に、このような確約により市民に不利益な処分をさせた場合には、職務義務違反にもとづく賠償責任を負い、市民の信頼はこれによって保護されることになる、

と判示する。⁽¹⁾

(一) H. Beyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Amtshaftung für behördliche Anskunft, DVBl 1962 S. 613 ff. は、この問題についての B G H をはじめとする判例を分析検討する。これによれば、本文にあげた B G H の判決と同じく、職務義務違反にもとづく賠償請求権を発生させる要件の一つである官吏の「職務義務違反」はかなり容易に認められるように思われる。しかし、この要件の一つである官吏の「職務義務違反」についてはかなりむづかしいようであり、主観的要件の立証に伴う通常の困難のほか、たとえば、上司の指示等にもとづき不当な教示・確約を發布した官吏の責任は認められないし、また、非常に明白かつ一義的な法律の文言もしくは確定した最高裁の判例に違反する法解釈をしたのでなければ官吏の有責任を認めないようである。後にもみるように、学説も、この官吏の有責任の立証が困難である点には不満も多かったわけであるが、一九七六年九月に発表された国家責任法改正のための参事官草案一条の規定によれば国の無過失責任が導入されることになるようである(大内俊身「西ドイツにおける国家責任法改正の動向」司法研修所論集一九七七年第一集二三一、二四〇頁参照)。

第三節 社会保障法等における確約

一 総 説

本節においては、いわゆる給付行政領域とみられる分野に属すると思われる確約をとりあげてことを意図している。この領域でも、従来、確約の発布について定める一般的な法令はなく、個々の特別規定にも定められることはほとんどなかったようにも思われる。⁽¹⁾

(1) まず、社会保障法ないし社会法領域では、しかし、官庁はその裁量にもとづいて確約を実際に発布してきて

おり、このことは、後にみるようなBSGの判例からも分かる。ただし、BVGおよびBFHの判例と比較すれば、その数はかなり少ないようである。⁽²⁾

なお、前にもみたように、社会保障法ないし社会法領域では、VwVfG三八条にならって一般的な確約の発布制度について法律で定めようとする連邦政府の法律草案が連邦議会に提出されているが、現段階においては、この領域で発布された確約については少なくとも一般的な法律の規定はなく、また、VwVfG三八条の規定も（類推）適用されないから、この確約については、BSG等による判例法によることになる。⁽³⁾

(2) つぎに、住居・家具の供与、助成金の支給等を対象とする確約がとりあげられる。これらの確約については、それが行政行為の発布・不発布を対象とするものであるかぎり、原則として、VwVfG三八条の規定が適用されるが、行政行為を対象とするものでないかぎり、従来のBVG等による判例法に服することになると考えられる。もっとも、同法条自体が従来のBVG等による判例法を継受する部分も多いわけであるから、いずれにしても、この確約に関する判例もみておく必要がある。

(1) Vgl. Zeidler, S. 42; Friedler, S. 201 f.

(2) Kellner, S. 14 f. は、官吏法・租税法領域と比べて、社会法 (Sozialrecht) 領域では、教示・確約の拘束性の問題は、きわめて低い関心をよびとし、その理由は、本質的には、社会法でよくみられる法律関係の継続性（たとえば、年金）との法律関係の機能にあるとする。すなわち、確約ないし教示は行政行為の発布前の段階でのみ重要な役割をはたし、継続的法律関係ではほとんど行なわれず、回帰的に負担の生ずるのが通例である租税法におけるような教示・確約に対する強い欲求は存しないからである、という。

(3) 本稿七頁参照。

二 社会保障法等における確約

一 右にみたように、社会保障法の領域では、確約についての規律はもっぱらBSG等の展開したそれほど多くもない判例法によるものであるが、以下にBSGの判例をみることにしよう。

BSGの一九五七年二月一〇日の判決 (NJW 1958 S. 276)

X (原告・控訴人・被上告人) は、従来、扶養法規により、第二次世界大戦中の銃創のため五〇%の生計能力の低減にみあう扶養年金 (Versorgungsrente) を受けてきた。一九五一年九月三日の決定により、扶養行政は、医師の診察をしないで従来 of 損傷と生計能力の喪失程度を認め、さらに、連邦扶養法 (Bundesversorgungsgesetz) にもとづく給付を続けることとし、なお、同決定の終りのところで「医師の診察をもしや行なうつもりはない」と述べた。この決定の不可争後の翌年九月、Xは、肺に弾丸の破片が侵入したという理由でもって年金増額の申請をしたのに対し、扶養行政は、外科専門医の診察を受けることを勧め、この診察結果は、弾丸の破片は肺ではなく胸の筋肉中にあり、しかも、すでに治ゆしなんらの刺激もなく、また、生計能力の喪失程度は二〇%であるということであった。一九五三年六月二三日、扶養行政は、連邦扶養法八六条三項にもとづき同年八月一日以降は二五%の生計能力の喪失程度にみあう年金を交付することに決定した。Xの異議申立ては棄却、第一審裁判所は右決定を変更して三五%の生計能力の喪失にみあう扶養年金が与えられるべき旨を判示したが、Xは控訴して勝訴し、扶養行

政側の申告は却下されたが、その理由は次のとおりである。

連邦扶養法八六条三項は、経過規定であるが、今後、四年以内に行なわれる扶養料の新確定は従前の事情が本質的に変更しないかぎり医師の診察およびその結果にもとづく扶養料の新規確定を行なうかどうかを行政の裁量に委ねるようであり、また、同法条についての行政規則は、従来の健康上の障碍の回復が望めず、かつ、従来の生計能力の低減の確定が同法の定めに従っているときは、医師の診察を行なわないことができ、この場合には、前記の決定中に「医師の診察をもちや行なうつもりはない」旨表示すべきである、としていた。扶養行政側は、この表示は行政行為ではなく、行政の内部的行為の性質をもち行政を拘束しないから、医師の診察を行ない診察結果にもとづいて年金を新たに確定することは可能であると主張する。しかし、扶養権利者は、自身の安心、社会的生存の確保、健康の増進のために、行政が裁量を行使して医師の診察を求め、扶養料の新規確定をどうかを知るべきであり、また、自己の個人的・経済的な処分 (Disposition) のために、自己の扶養料請求の根本的状况に変更が生じえないかどうかにつき確信を得なければならぬ。このかぎりにおいて、一九五一年九月三日の決定中における「医師の診察をもちや行なうつもりはない」という表示は、直接の法的意味をもち、扶養官庁と扶養権者との間に公法上の継続的債務関係として存する法律関係を一定の範囲内で医師の診察とこの結果によって変更する可能性を排除するという形成的効力をもって精確化し具体化するものであり、したがって、この表示は、形成的かつ当事者にとって授益的な行政行為である。かくて、本件判決は、本件で取消しが訴求されている一九五三年六月二三日の決定は、一九五一年九月三日の行政行為の職権取消行為とみることとはできず、なぜなら、職権取消しは、瑕疵ある

行政行為の存在がまず必要であるが、「医師の診察をもしや行なうつもりはない」という表示には瑕疵がないからであるとし、同表示に反する一九五三年の決定こそ瑕疵があるから取り消されねばならない、という。

本件判決は「医師の診察をもしや行なうつもりはない」という扶養行政側による表示は形成的かつ授益的行政行為であるというが、この表示が本稿にいう確約にあたるとは明言していない。しかし、この表示の内容等からみてこれを扶養行政によるその将来の行政行為の発布・不発布を約束する確約と解する余地もありうるし、本件判決も必ずしもこの可能性を否定しない⁽¹⁾。なお、後にBSGみずからもこのように解しているようにも思われることは、次にあげる一九六一年の判決にもみられるとおりである。もし、このようにいうことができれば、BSGは、この確約の法的性質を行政行為とみると解することができよう。

BSGの一九六一年三月二日の判決 (NJW 1961 S. 1646)

一九五四年一月二日、疾病金庫 (Krankenkasse) は、従来、一ヶ月の分担金が一〇・〇八DMである賃金等級Ⅶに属するXを同年一月一日に遡って一ヶ月の分担金が一七・二八DMであるⅫ等級におきかえる決定をした。Xの主張は、同金庫は一九五一年八月一日付の書簡においてXが昇給し、かつ、Xの申請にもとづいてのみ分担金を上げると確約したから、同金庫の右決定は許されないとして、その取消しを求めて不服申立てをなしその棄却後、訴えにおよんだが、本件判決は、次のように判示している。

原審が本件では行政行為が存しないことを理由に瑕疵ある授益的行政行為の職権取消しについての一般行政法上の原則の適用を拒否したのは適切であった。前記書簡は、Xが保険継続の権利を主張しようとするときに予期すべ

き分担金の条件についての教示および確約を含むが、この表示はさらに他の事情が加わらないかぎりそれ自体、直接の法的効力をもたない。Xの強制保険関係は終了したのであり、なお、Xが保険関係に入るかどうかは、彼の自由である。疾病金庫の右表示は、Xが保険関係を継続することにより保険関係が創設され、かつ、Xの所得が増加するのであれば、この場合にのみ法的効力を展開する。したがって、右表示には、行政行為を認めるために不可欠の直接の法的効力が存しない。現存の公法上の服従関係の範囲内で、もちろん、官庁のその将来の行態についての表示——たとえば医師の診察をもしや行なうつもりはない——は、その名宛人には法形成的・授益的行政行為を意味する。けだし、「これは、官庁と権利者との間に公法上の継続関係として存するところの法律関係を形成的効力をもって精確化し具体化する」からである（前記のBSGの判決を引用）。しかし、官庁の表示の時点で、被保険者に対する保険主体の高権的行為によってはじめて生ずるところの保険関係が発生するかどうか全く分らないときは「単なる行政上の表明」(schlichte Verwaltungsaussprechung)は存するが、行政行為は存しない。また、原審が本件に民法上の契約締結上の過失の原則の適用を保険関係の発生は契約にもとづくものではないことを理由に拒否したのも当を得ている。保険関係の継続は、ライヒ保険法(Reichsversicherungsordnung)によれば、法律上の要件が存するならば権利者の届出または条例に定める負担金の支払いにもとづき発生し、保険主体による届出の承諾を要しないからである。

保険主体が被保険者の負担金の将来的形成について法的効力ある確約を發布しうるかどうかは、保険主体にこの点に関し形成自由(Gestaltungsfreiheit)があるかどうかにかかるといえる。ある決定が行政の裁量領域にあるときは、裁

量の限界内にあって、かつ、瑕疵ある裁量行使とならないかぎり、行政は、将来のための拘束性をもたらすことを原則として妨げられない。もとより、確約の拘束性に帰するような決定の先取りは、行政にとってなかなか実行し
がたいのが通例であるが、現代の法生活では国民が自ら決定をなしうるには——これは著しい費用・労力の消耗を
伴うことが多い——行政のその将来の決定についての保障を得たいという緊急の必要性 (*dringendes Bedürfnis*)
があることも、まれではない。このような場合に、行政が確約を発布すれば、信義則により確約に対する国民の信
頼は保護されることが要請される。契約が存しなくても、確約と公法にも存する信義則から、官庁はその約束を守
らなければならぬのである。ただし、民法一三四条・一三八条から何人も不法な行為を義務づけられないという
一般法思想を引き出すことができる。私人にとって正しいことは、行政にとっても正しい。行政がその将来の行為
ないし不行為について与える確約は、この行態が法律の命令ないし禁止 (*gesetzliches Gebot oder Verbot*) に
違反するときは、拘束的ではない。しかし、このことは、確約に対する国民の信頼が別の方法により保護されるこ
とを否定するわけではなく、職務義務違反 (*Amtspflichtverletzung*) を理由とする公の手の責任を問うことができ
る。

本件判決は、少なくとも確約にもその法的性質が行政行為ではなく単なる行政上の表明にすぎないものがあるこ
と、確約の許容領域は行政の裁量領域にみられ、かつ、これを許容せしめる実質的理由は現代の法生活における国
民の行政への依存性にあること、および、確約の拘束力は信義則にもとづく信頼保護の観点から認められるが、た
だし、確約が法律の命令・禁止に違反するときは確約の拘束力は認められず、この場合、職務義務違反にもとづく

損害賠償請求のかたちで相手方の確約への信頼保護がはかられることなど、確約をめぐる重要な論点について判示する点で注目される。⁽²⁾

BSGの一九六五年八月二五日の判決 (BSGE 23, 248)

Yは、一九五二年春、医師雜誌上に自由意思による医師の自家保険の宣伝をし、その後、求めに応じてXに送付した書類中で、医療活動の範囲内で生じた交通事故も含まれ、それが医療目的用に自動車を保持する医師が自ら自動車を運転しているときは私的的目的のための運転であっても保険の対象となる旨記していた。これにもとづき、Xは保険申込みをし、Yは、この申請に応える八月二九日付の書簡中で、同年八月二七日をもって保険契約の効力が生じたこと、この保険はその廃止の申請等があった月の終わりをもって、さらには、死亡ないし保険料の支払の遅延の場合には解消すること、保険給付についてはさきの書類中に記されているとおりで、記していた。その後、一九五五年一〇月に、BSGの判決がでて、Yは、その翌年の二月一四日の書簡の中で、同判決は私的的目的のための運転は、それがもつばら業務目的に使用される車両を運転している場合でも、法律の定める災害保険による保護は受けないと判示すること、この判決はYをも拘束するが、しかし、おそらく従来の保険上の保護と比べて少しばかりの制限を加えるにすぎないこと、もし、保険の廃止を望む場合にはおそくても本年の十二月三十一日まで書面により解除を通告してもらいたいことなどを記していた。これに対し、Xは契約の一方的な変更は無効であり従来の条件のもとで保険に入っているものと考える旨述べて出訴したのに対し、第一審では棄却、第二審では却下となり、Xの上告も次のように理由がないと判示された。

もっぱら業務目的に使用する車両を私的目的に運転していても災害保険の対象となりえたのは一九四一年一二月三十一日までであり、したがって、YがXに対し最初に送付した書類中におけるこの点に関する説明はその当時の状況には反するものであった。前記BSGの判決は従来の原則からの突然かつ完全なる離反を意味するわけではなく、それ以前から判例学説は同判決が示すような展開を明らかにしており、したがって、Yはこの点について指摘するはずであるのにこれをしなかつたのである。原審は一九五二年八月二十九日の前記書簡はXの保険申請を認証する行政行為とみてYはXとの関係で拘束されるとみたが、当部は、この見解には従いえない。法律ないし条例の定める要件の発生により直ちに生ずる保険義務(旧ライヒ保険法五三七・五三八条)とは異なり、本件の自由意思による災害保険では保険関係の創設にむけた申請形式による意思表示が必要であり、この申請がYに到達するとともに公法上の保険関係は発生し、保険主体によるこの申請の受理ないし確認はこの保険関係の発生のために必要ではない。もとより、保険主体がその審査にもとづいて申請が法律ないし条例の定める条件に違反するという結論に達し、申請を拒絶する行為は行政行為であるとみるべきであるのに対し、一九五二年八月二十九日の前記書簡は行政行為の本質的メルクマールを欠いている。一九五二年のYの行態を不当な法的教示の発布の観点のもとでみうるとすれば、その義務づけは全くその基礎を有しないことは疑問がないであろうが、むしろ当時の全状況からみて、Yによる表示は私的目的での運転に対する保険上の保護に関する確約に近しい。保険主体に認められた形成自由(Gestaltungsfreiheit)の範囲内にとどまる確約には、保険主体は信義誠実により原則として拘束されるが、この原則は、公法上の団体に不法な行為(ungesetzliches Handeln)を義務づけうるといふように広く拡張してはなら

ない。したがって、法律に違反する場合の確約は非拘束的とみなされなければならない、自らに発布された確約に対する国民の信頼は、行政に法律違反の行態を強いるという方法により保護することは許されない。私的目的での運転の場合の保険上の保護についての前記の確約は法律に違反するから、Yは一九五七年以降もその確約の遵守義務を負うというXの訴えは理由がなく、この結論は、Xが主張する信頼保護の観点 (Gesichtspunkt des Vertrauensschutz) のもとでもなんら疑問に服さない。もっとも、この信頼保護は、Xが一九五六年二月までの私的目的での運転の場合に事故をこうむったのであればこれについては補償義務があった (entschädigungspflicht) ということをY自ら主張しており、これによって十分に考慮されている。

本件判決も、本件の確約の法的性質は行政行為ではないとし、このような確約の拘束力は行政の裁量の余地内にあるときは信義則から導かれるが、この確約の内容が法律に違反するときは相手方の信頼保護を考慮してもその拘束性は認められず、まして確約の違法であることが相手方に告げられた時点以降も永くその拘束性が存続することにはならない、などの点を明らかにしている。

(1) 参考として、F. Hauelsen, Die Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht, NJW 1961 S. 1901 f. の表示は確約にあたる。とみる。

(2) Kellner, S. 15 Anm 41 は、本件判決を社会法領域における教示・確約についての唯一の重要判決である、という。

二 その他の給付的領域における確約についても、もっぱらBVG等が展開した判例法が規律するところである

が、以下に、この点に関する若干の判例をみることにしよう。

BVWGの一九五六年一月三十一日の判決 (DVBI 1956 S. 304)

難民としてニードラー・ザクセンからヴェルテンベルク・バーデンに移住させられた上告人(第一審の原告)に対し、被上告人(第一審の被告) ラントの移住決定 (Umsiedlungsbeseid) は、「上告人は、およそ四四DMの家賃で、台所、浴室つきの三室をそなえた新居を得る」としたが、実際には、上告人は、浴室もない不十分な住居を与えられたので、被上告人は確言し (Zusichern) た住居割当の義務があるとして訴えをおこしたが、第一審・第二審ではいずれも敗訴。BVWGは被上告人ラントに対し当初の決定どおりの新居を上告人に与えるよう義務づける判示をしたが、この理由は次のとおりである。

原審は、移住決定中の表示は一定の住居を提供するという法的拘束性のある確言 (rechtsverbindliche Zusicherungen) ではなく、非拘束的な教示または通知 (unverbindliche Auskunft oder Mitteilung) であることが、この見解には従うことができない。たしかに、被上告人ラントは、個別的に特定された住居 (individuell bestimmte Wohnung) を確約しなかったが、一定の種類の住居 (Wohnung bestimmter Art) も約束しなかったというわけではない。原審は、争われている決定の非拘束性を特定の住居があげてなく「およそ」四四DMの家賃の住居といわれている点にかからしめるが、これは誤っている。

難民移住法 (Fluchtlingsumsiedlungsgesetz) ⁽¹⁾ によれば、難民を收容するラントは、そのラント内の住民の一般的な住居事情にしたがい難民を收容する義務を負い、他方、上告人はその移住申請中に住居に関する希望を述べ、

この希望は理由があり、また、上告人の移住は一定の住居を得るといふ移住決定にもとづきはじめて行なわれている。上告人は、移住決定を合理的に解釈すれば、自らに対し右のような住居が確言されたというように解することができ、また、実際にこのように解したにちがいないし、このような住居割当てがされるものと信頼する (Vertrauen) ことができたし、また、このように信頼することが許された。しかも、被上告人は、約束された種類の住居を配分・提供することができたにもかかわらず、価値の劣る住居を配分するときは、被上告人は、これにより、公法でも通用する信義則に違反することになる。信義則は、むしろ、被上告人がその確約を履行することを命ずる。被上告人は、確約不履行により違法に行為したのであるから、上告人は、行政裁判所法二二五条により確約の内容に違反する官庁の行為の取消訴訟を提起し、かつ、行政裁判により確約の履行を強制する権利をもつことになる。

本件判決は、行政行為中における約束を確約であるとするように思われること、また官庁の表示を確約と認定しうるにはその対象が厳格に特定されたものである必要はなく一定種類のものであればよいとすること、このような確約を信頼しよって移住したことなどを認定し信義則にもとづき、おそらく適法な確約の拘束性を承認したこと、などの点で注目される。

B V W G の一九六三年三月二七日の判決 (DVBl 1963 S. 812)

捕虜補償法 (Kriegsgefangenschaftschädigungsgesetz) ⁽²⁾ にもとづく家具援助 (Hausratsbeihilfe) の授与を求めらる上告人の申請にもとづき、一九五九年一月六日、負担補償庁は、一〇五〇DMの家具援助金の給付を認める決定を書き上げたが、この決定は上告人には送達されなかった。翌年三月一六日、捕虜と現在における家具の必要性

との間に因果関係が存しないことを理由に、上告人の申請は拒否された。この拒否決定に対する訴願で、上告人は、因果関係はあること、一九五九年一月の話合、(Vorsprache) のさい一〇五〇DMを得べき旨の決定が上告人に示され、担当の官吏は決定にみあう資金の到達次第直ちに、上告人はこの金銭を取得するであろうといい、今になって支払を拒否するのは信義違反である (Treuwidrig) こと、すなわち、発布された教示と決定中に示された見解にもとづきすでに家具を購入済である、と申し立てた。訴願は棄却され、訴えでも敗訴し上告に及び、原审判決は破棄され事案は差し戻されたが、その理由は次のとおりである。

まず、一九五九年一月六日の決定は、外部に対する告知を欠くから外部的効力はなく、官庁内部の行為にすぎないが、しかし、同決定中で示された見解およびそのさい官吏が述べた表示中には、資金が用意されたときは同決定の内容に一致する決定を發布し、そこでいわれた金額を支払うという確約をみることができる。(前記一九五六年三月八日のBVGの判決を引用して)⁽³⁾ 原审は、上告人に対する家具援助の授与は違法であることを理由に本件では拘束的確約は存しないと信じているが、当部はこれには従うことはできない。連邦行政裁判所の判例によれば、違法性 (Rechtswidrigkeit) ではなく、確約が法律の禁止 (gesetzliches Verbot) に違反するかどうかが重要なのである。本件確約に法律の禁止違反はみられない。捕虜補償法は、捕虜と家具の必要性との間に因果関係が存しないときにも、家具援助を授与することを禁止しない。おそらく、当部の確定した判例では、因果関係の存在が家具援助の承認のための要件であるが、しかし、この要請は前記の内容の禁止と同視することはできない。

次に、確約の発布は、法律の定める形式規定 (Formvorschriften) にも違反しない。むしろ、捕虜補償法は書

面による決定の発布とその送達を定めるが（四二条・一七条二項・三項）、この規定は証明機能（Beweisfunktion）のみをもち、このほかに軽卒な義務づけ（überreite Verpflichtungen）から官庁を保護するという官庁のための保護機能（Schutzfunktion zugunste der Behörde）をもつということは、同法条の文言上もその前後関係からも引きだすことはできない。もし、法律の形式規定が保護機能をもつのであれば、この場合にのみ法律の禁止ということができであろう。かくて、本件確約についての判断は、上告人が自らに対する表示を信義誠実により正しく評価すれば家具援助金が支払われ、しかも、この支払いは間近に迫っているため同表示にもとづき家具を購入できると認めうるかどうかにかかっているが、この問題は、一九五九年一月に行なわれた上告人と官吏との間で話し合われたもの（Gesprächs）の内容を知りうる場合にのみ答えることができるが、この事実認定は原審がしなければならぬ。また、この官吏がその属する官庁内部のその地位によれば確約の発布権限をもっていかどうかも重要であり、この点は、表示者が家具援助の申請について独立して決定をなす権限があるということは必要ではなく、むしろ、官庁内部の事務配分（innebehördliche Geschäftsverteilung）によれば表示者にこの種の教示を発布する権限があったかどうかが重要であるが、この点の事実認定も十分ではなく、これも原審が行なわねばならない。

本件判決は、単に違法な確約と法律の禁止違反の確約とを区別して前者のみは信義則にもとづきその拘束性が認められるとし、捕虜と家具の必要性との間の因果関係の存在が家具援助決定の要件ではあるが、しかし、この要件が存しないときに援助決定をすることを禁止してはいない、という。しかし、BVGは、その後の判例では右のように単に違法な確約と法律の禁止違反の確約とに区別するということはせず、法律違反ないし瑕疵ある確約につ

いて述べ、かつ、このような確約には原則として信義則を適用せずその拘束性を否認するようになってきた。⁽⁴⁾なお、本件判決は、確約の対象たる援助決定したいにつき書面性が定められているときはこの規定は確約にも及ぶという前提にたつように思われるが、ただし、この場合、この規定のもつ意味を検討して法定外の形式によることを禁止する規定ではないからこれに違反する確約も信義則にもとづきその拘束性を認めうること、および、確約の拘束力を認めるには権限ある官吏がこれを発布しなければならないが、ここで権限ある官吏とは官庁内部の事務配分によれば、この種の表示をなす権限があるだけでよいことなど、を判示する点でも重要な判決であるといえる。

リューネブルク高等行政裁判所の一九七六年一月二六日の決定 (NJW 1977 S. 773)

一九七一年に郡のイニシアティブにもとづきその郡内の青少年の音楽教育促進のために設立された法人が、一九七一年から一九七四年までは郡から、一九七四年以降は被抗告人 (Antragseigner) からその経営する音楽学校の費用の一部として財政補助金 (finanzielle Zuschüsse) を受けていた。ところが、一九七五年に被抗告人の郡議会は、一九七五年には七五〇〇〇DMにもとづいていた補助金を一九七六会計年度に三七〇〇〇DMの支給をもって補助金の支給は最後とする旨を決議し、右法人は仮命令の方法により一九七六―一九七七学年度の授業継続のため二五〇〇〇DMの補助金の支給を求めた。裁判所は、まず、郡は、右法人が郡議会が承認しかつ別途収入によってまかないえない費用の五〇%を、一定額を限度にして、年につき補助金を得るという内容の一方的義務づけの確約を發布したことを認定し、この確約に法的拘束力のあることを認めたが、しかし次のように判示する。

このことから直ちに、郡の権利継承者である被抗告人がずっと年七五〇〇〇DMの最高限度額の補助金の支給義

務を負うことにはならない。一方的義務づけ表示により生成され助成金のごとき給付をその内容とする行政法上の債務関係においても「行為基礎の喪失」は考慮されうる。助成金 (Subventionen) はその本質上時間的に限定される、助成金による国家の助成にみられる財政的限界のゆえに、行政は、この領域では柔軟である (flexibel) べきである。「しばしば避けがたい政策の優先順位の変更」(ヴォルフ) ということも、現行の助成金給付義務に対し影響を及ぼす。これらの理由が、一九七五年二月一六日の被被告人の郡議会の決議においても決定的であった。もとより、給付受領者には特別の信頼の要件事実 (besonderer Vertrauensbestand) が生じているから、新しい事態への適応は急にはすることができず、むしろ、行政は、助成金受領者はその処分 (Disposition) のさう確言の存続 (Fortbestand der Zusicherung) をあてにしたことを考慮しなければならない。前記法人は、当初から、郡は同法人を財政的に支えてくれるであろうとみてよかった。けだし、同法人は郡がその設立を働きかけたのであり、また、郡は、音楽に関心をもつ者を集め彼らによる将来の団体のための定款の草案も作成し、創立費用のすべてを引き受けたからである。これらの事情のもとでは、一九七七年以後は全く助成をやめることは許されず、生ぜせしめられた信頼の要件事実により同法人が財政状況の変化に対応しうるような漸次的な助成金の削減のみが許される。当部は、本件の全事情を考慮すれば法人は少なくとも一九七七年から一九七八年および一九七八年から一九七九年の両学年度については、従来の最高額の七五〇〇〇DMの三分の二の額の財政援助を受けるのが相当であると考ええる。

本件判決は、いわゆる資金助成の行政領域における適法な確約の拘束性を認め、かつ、これを撤回しその存続効

を将来に向かって奪う場合でも相手方の確約に対する信頼を害なわなないかたちで行なわなければならない、と判示する。⁽⁵⁾

- (1) 同法領域における確約に対しV w V f G三八条が適用されるか否かは必ずしも明確ではないが、同法ではなく、難民救助法 (Flüchtlingshilfegesetz) なるものはV w V f Gの適用除外を定める負担調整 (Lastenausgleich) 法(二条二項五号)に属するとされている (Meyer/Borgs, S. 47)。
- (2) 同法は、V w V f G二条二項にいう適用除外中にあげられておらず、同法領域にはV w V f Gは適用されるようである (Vgl. Kopp, S. 12)。
- (3) 前記の輸出入取引の認可の確約のケースについての判決である。本稿二三頁注(4)参照。
- (4) その著名な判決は、一九六六年六月二四日の判決であるが、同判決は、次節の官吏法上の確約のところで紹介をする。なお、Fiedler, S. 41も、このような判例の傾向を指摘している。
- (5) なお、本件判決を念頭においてV w V f Gの適用範囲の問題を検討する前記見解(本稿一〇頁注(16))参照。