

行政上の確約の法理 (三)

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、本誌一〇卷一号)

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、本誌一〇卷二号)

第四節 官吏法上の確約 (以上、本号)

第四節 官吏法上の確約⁽¹⁾

一 総 説

行政上の確約は、他の行政領域におけるよりも、官吏法の領域でいち早く行政実務上発布されてきたようであり、法令も、まず官吏法の領域で制定され、かつ、このような行政実務の存在を追認し確約の許容・拘束性を認め

行政上の確約の法理 (三)

(四六一) 五五

たようであり、判例もまた同様である。しかも、このような法令・判例で示された官吏法上の確約の法理は、他の行政領域におけるそれと比べて若干、独特の完結した法理の様子をみせるようにも思われる点も少なくない。ところで、このような法令・判例による規律は、時期的とくに、第二次世界大戦の前と後とではかなりの相違がみられ、かつ、官吏法上の確約であってもそれが財産権的確言 (Vermögensrechtliche Zusage) または勤務権的確言 (dienstrechtliche Zusage) のいずれであるかによってもかなりの相違がみられるから、この両種の確約を区別し、かつ、各々について時期的にも区別して考察するのが適當であろう。

官吏法上の確約について初めて本格的な研究を発表しその後の学説判例に対し多大の影響を与え続けてきたハイルントによれば、官吏法上の「確言とは公法上の雇主 (öffentlichrechtliche Dienstherr) が、個々の官吏または官吏志願者もしくは個別的に特定しうる多数の官吏または官吏志願者に対し、一般に現行官吏法規が根拠づける以上の授益的法的地位を与える公法上の法律行為 (öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft) であり」このうち、まず、財産権的確言とは、官吏等の経済的な待遇改善を直接の目的とする確言であり、たとえば、雇員をより高給の支給される官吏群と同等視するという確言、より有利な俸給年限とするという確言、遺族援護金を支給するという確言などがこれに属するのに対し、勤務権的確言とは、官吏等の人格権的な (personrechtlich) 待遇改善を直接の目的とする確言をいい、たとえば、官吏任命・復職・転職・昇進・毎年度か月の休暇を与えるという確言などがこれに属する。勤務権的確言は、これにより同時に間接的に官吏等の経済的な待遇改善をも目的とすることが多く、たとえば、昇進を求める権利の確言は、同時にその職に伴うより高額の俸給を求める権利を付与することにな

(2) これらの確約について法令・判例による規律をここであらかじめ概観しておこう。

(1) 財産権の確約は、すでに実際上かなり以前より発布され、法令・判例もこの種の確約についてのものが多く、かつ、右のような実務を追認して財産権の確約の許容性・拘束性を認めている。さらに、手続法的にも、いわゆる列記主義のため行政裁判所への訴求は否定されていたが、一八六一年五月二四日の訴訟の拡大に関するプロイセンの法律 (preussisches Gesetzes betr. die Erweiterung des Rechtsweges) 以来、各種の法令は、官吏の請求権のうち財産権の請求権のみは通常裁判所に訴求できると定めていたから財産権の確約から生ずるその種の請求権については裁判上の権利保護が可能であった。ところが、一九三七年のドイツ官吏法 (Deutsches Beamtengesetz) は扶養料、第二次大戦後の連邦官吏法 (Bundesbeamtengesetz) は俸給および扶養料について、それぞれ、これを対象とする確約は無効であると定め、漸次、財産権の確約の主要なものの許容性と拘束性を否定するにいたり、この状況が現在も続いている。

(2) これに対し、勤務権の確約の許容性と拘束性は、財産権の確約のそれとは全く逆の展開をみせている。すなわち、勤務権の確約について明示に定める法令の規定はあまりなく、この種の確約事案を扱った判例もそれほど多くはないが、各種の法令の規定により勤務権の確約の受領者には裁判上の権利保護の途はなく、さらに、判例は、当初、勤務権の確約の許容・拘束性を認めていたのに、その後まもなく、実体法的にも、勤務権の確約の発布は官職高権 (Ämterhoheit) に違反するとしてその許容・拘束性を否定するにいたり、さらには、この確約の不遵守を理由とする賠償請求権すら官職高権のゆえに与えられないと判示するようになった。ところが、第二次大戦後は、

いわゆる概括主義の採用により官吏関係から生ずる官吏の権利は勤務権的または財産権的のいずれであるとを問わず行政裁判所の管轄権が認められ、他方、実体的にも、勤務権的確約の許容・拘束性を一般的に否定するような法令の規定はなく、判例も、もはや官職高権を理由にその許容・拘束性を否定することはなく、また、確約の不遵守または違法・不当な確約の発布を理由とする職務義務違反にもとづく賠償請求権を付与する旨、判示するようになった。

(3) また、州または大学は、かねてより法律の規定にもとづき、あるいは、その裁量にもとづき、有能な人材を当該大学の教授として招請し、または他の大学にとられることを防止するために、招請または残留交渉に際して大学附属の研究所(病院)長のポストなどを約束するという、いわゆる招請の合意・確約(Berufungsvereinbarung; Berufungszusage)または残留の合意・確約(Bleibevereinbarung; Bleibezusage)を従来より発布してきた(一般に、招請の合意・確約というときは、このなかに残留の合意・確約も含めて解される。本稿でも、以下、このように理解することにする)。この招請の確約も官吏法上の確約の一種であると解され、また、その法的性質が公法上の契約であるか行政行為であるかについては争いのあるところであるが、州行政または大学に対する拘束力のあつことは、判例(および学説)上一般に承認されている。

ところで、各州では、いわゆる大学紛争の経験にもとづいて一九六八年頃から大学法(Hochschulgesetz)を制定し従来の大学・大学附属の研究所(病院)の組織改革を行ない、たとえば、研究所等の管理権能を一人の教授のみに与えるという従来の体制を改め複数の大学教員で構成する合議体に管理権能を与えるなどの改革をしている。

そこで、大学法施行後は、行政が新たに招請の合意・確約を發布し、またその拘束性が認められるには著しい制約が加えられたことになるが、他方、大学法施行前に發布された法的効力ある合意・確約から生じた権利は右の大学法によって奪われえないかという招請の合意・確約の立法者に対する存続効 (Bestandskraft) の問題が生じており、判例は、一般に、存続効を認めることに消極的であるが、学説には異論も強い。招請の確約をめぐる論議の重点は、むしろ、この問題の方におかれている。

その後、一九七六年の大学基準法 (Hochschulrahmengesetz) は、右の一九六八年以降の法状況をある程度ゆるめて、一定の場合に招請の確約の許容性・拘束性を例外的に認める規定をおき、州法もこれに相應する立法をする⁽³⁾⁽⁴⁾ことも予想される。

なお、連邦官吏法・大学基準法等に定める特別規定に反しないかぎり、行政行為の發布・不發布を対象とする官吏法上の確約には原則として V w V f G 三八条の規定が適用されることになる。⁽³⁾⁽⁴⁾

(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、著者名と頁数のみを示すこととし、書名の引用は省略する。官吏法上の確約については C. Heyland, Die Rechtsgültigkeit von Zusicherungen nach deutschen und preussischem Beamtenrecht, 1932; P. Herzig, Die nichtvermögensrechtliche Zusicherung im Beamtenrecht, Diss Köln 1959; V. Grellett, Zusicherungen im Beamtenrecht, 1964. 招請の確約については W. Thieme, Berufungszusagen und Hochschulreform, 1970; M. Bullinger, Beamtenrechtliche Zusagen und Reformgesetzgebung, 1972.

(2) Heyland, S. 3, 5 f. など。彼は、財産権と勤務権とが混合した確言 (gemischte vermögensrechtlich-dienstrechtliche Zusicherung) をあげ、これは、官吏等の経済的および勤務権的な待遇改善の双方を同時にその直接の目的とする確言であ

るとし、たとえば、官吏志望者を官吏に任命するとともに俸給法の定める俸給のほか、特別の手当 (Sonderzulage) を支給するという確言がこれに属するという。

その後の判例・学説も、基本的にはハイラントによる官吏法上の確約の概念規定および分類法に従うものとみることができ。ただし、学説はハイラントがあげる第三の確約は官吏法上の確約の種類としてはとくにあげず、財産権のおよび勤務権的確約の二種をあげる傾向も強い。

(3) 本稿(一)七頁参照。

(4) 官吏法上の確約に関しては、最近、わが国でも注目すべき判決がみられた(大阪地判昭和五四年三月三〇日判夕三八四号一四五頁)。

事案は次のようであった。O大学教養部は、語学担当教員の欠員補充のため選考委員会を設け、委員会は、昭和四九年一月三日、原告のみを第一候補者として推せんすることに決定して審査を終えた。同委員長は、同二六日原告と面談し、採用の正式決定が遅れているが、四月一日には採用の予定である、割愛要請状が遅れるので現在勤務中の大学へは一身上の理由ということで退職願を提出するようにと「指示」を与えた。そこで、原告は、同年二月六日、退職願を郵送し、同年三月三一日付でT大学を退職した。その後、O大学での言語文化部新設に伴い設置された同部教員選考委員会(同部部長事務取扱は先の教養部長がなり、同委員会委員長は先の選考委員会の委員長と同一人物)も、前記の募集業務を引き継ぎ、とくに追加募集は行なわないことを申し合わせ、昭和四九年九月二四日候補者に原告を選出し、同年一〇月九日、教官協議会も、最終決定機関である運営委員会(同部教授会に代る機関)に原告を候補者として推せんすることを了承した。しかし、結局、昭和五〇年五月三〇日、本件人事が白紙還元された旨の言語文化部長事務取扱名義の文書(同年三月三一日付)を受け取り、原告は、国に対し国家賠償法一条一項にもとづく賠償を訴求した。裁判所は原告の請求を認容したが、その理由は次のとおりである。

まず、「委員長は、せいぜい選考委員会を主宰して候補者を選考し、その結果を決定機関へ報告する権限・職責を有して

いたに過ぎない。え、当時の客観状況として、原告が採用されるか否かは不確実な段階にとどまっていた……漫然と採用を軽信して、原告に退職を指示したことは節度を欠いた違法な行為である。ところで、原告は、退職願を投函する二、三日前より当時の選考委員会の委員長および一委員から、また投函直後には当時のO大学教養部長から、それぞれ退職しないように注意を受けている。しかし、前記のように、委員長による退職願提出の指示、さらには一委員らによるO大学新学期の時間割・教科書・講義内容等についての原告に対する種々の連絡があれば「原告ならずとも、採用への確信にまで高められるほどの期待を懐くであろうことは、推測するに難くないのであつて」まして、大学側の採否の決定権を背景とする圧倒的優位、原告の受身の弱い立場を考えれば、前記「委員長の指示や連絡があれば、それに忠実に従うことも、蓋し当然のことといえよう」。したがって、原告に退職願の撤回を「迫まるのは、特段の事情が認められない本件に於ては酷いものである」、原告が退職以外に方途がないと考えたのも、やむを得ない。また、「本件募集要綱によれば、採用年月日が四九年四月一日（予定）とされている。仮に、四月一日は一つの目安であつて、相当の期間の遅滞が当然に予定されていると解すべきものとしても、……大学側としては、信義則上その遅滞を避けるための真摯な努力を重ねるべき義務を負うものと解すべきであるし、また、いかなる意味においても六か月あるいはそれ以上にも及ぶ遅滞を相当な期間のそれとは解し難い。本件では、一応、結末らしき措置がされたのは、同年一〇月一七日より以前でないことは確かであつて、明らかに相当期間経過後というべきである。「しかも、原告がO大学側の表示に信頼して、既にT大学を退職し、待機していたという事実を至せば、右審議の遷延は違法というべきであるし、またさらに認定した原告の採否を沙汰やみにした経緯を観察すると、手続的にはもとより、理由として挙げられる点も極めて不可解であり、いわばO大学側の働きかけを信頼して、その指示に従つた原告に対し、首肯するに足る理由を挙げるなら格別、その信頼した行動を逆手にとり、それを主たる根拠として、簡単に原告の採否を沙汰やみにしたのであるから、右の信頼に対する侵害以外の何ものでもない」。

以上のように判示して、本件判決は、国家賠償法一条一項にもとづく国の賠償責任を肯認したのであるが、右のO大学側の「指示」・「表示」等は本稿にいう確約（官吏法上の確約）にあたるかと解しうる余地もある。

二 財産権的確約

一 一九三七年のドイツ官吏法による規律以前の立法および判例の状況は、つぎのようである。

(一) 立法 行政上の確約および官吏法上の確約についてふれる最初の法令は、一八三五年三月七日のザクセンの国家勤務者法(Staatsdienergesetz)であるようであるが、同法五二条は、本法はすでに任用された勤務者には従前の法体制を保持されると明規しないとき、または、契約的もしくはその他特別の確言(vertragsmäßige oder sonst besondere Zusicherungen)がこの者に発布されていないかぎり、本法はこの者に対しても適用するものとする、と定めるといふ。この規定から、一八三五年以前より確言は實際上発布されており、本法もその(この規定自体からは、とくに財産権的確約にかぎらず勤務権的確約をも含みうると解される)許容性と拘束性を承認するものであること、当時の法的見解はこの確言は契約であるとみていたことが分かるが、それが私法上のものか、公法上のものであるかは明らかでない。また、すでに発布されてきた財産権的確約の許容性・拘束性を追認するような規定は、他の邦でもみられる。すなわち、プロイセンでは、一八六一年五月二四日の訴訟の拡大に関するプロイセンの法律第六条は、国家官吏の財産権的請求権の裁判上の判断にあたっては「官吏に対し特別に発布された確言を基礎としなければならぬ」と定める。また、ヴェルテンベルクでも、一八六五年三月二九日の休職中の俸給の評価についての若干の法律の規定の変更に關する法律は、枢密院顧問(Staatsrath)としての任用においてのみ契約による確言(vertragsmäßige Zusicherungen)を発布してよい旨定め、一八七六年六月二八日のヴェルテンベルク

ク国家勤務者法第四八条も、秘密顧問の免職の場合に契約によって別段の額の支給が確言されていないかぎり、俸給の半額を支給すると定めるのも財産権的確約の許容・拘束性を認め、かつ、その法的性質は契約であるとする趣旨であろう。

他方、ライヒの官吏についても、とくに財産権の内容をもつ確約は実際に発布されていたようである。一九二七年二月一六日のライヒ俸給法 (Reichsbesoldungsgesetz) の第五条およびライヒ官吏法七条一項は、個々の官吏・その遺族等に対し金銭的な特別利益を授与しうる旨定めるが、この規定は、特別の利益付与をその内容とする財産権的確約の許容性を認める趣旨であるとされ、また、一九三三年六月三〇日の一般官吏法、俸給法および扶養法の領域における規定の変更のための法律第四四条は、邦政府は本章の施行前に大学教師に対しなされた確言を(5)(6)変更または廃止する権限を有するが、ただし大学教師の勤務年限の階等 (Dienstaltersstufe) の確定に関する確言は除外されると定めるとい(5)(6)う。

このように、邦・ライヒの官吏法規は、財産権的確約の許容性・拘束性を是認する規定をおいていたが、ここで、財産権的確約の受領者の裁判上の権利保護についてふれておく必要がある。官吏関係についての公法的把握が行なわれるようになってからは、官吏関係から生ずるすべての法的紛争は公法上の紛争に属するが、プロイセンをはじめいわゆる列記主義をとる邦にあっては、これについて行政裁判所の裁判権は認められない。他方、この紛争は公法上の紛争であるから、通常裁判所は別段の法律の規定のないかぎりこれについて裁判権をもたない。ところで、財産権的請求権については、これが財産権的確約から生ずるものであっても、前記の一八六一年のプロイセンの法

律が、初めて、しかしプロイセンの国家官吏に対し通常裁判所への出訴権を認めた⁽⁷⁾。その後、一八七三年のライヒ官吏法一四九条以下は官吏の「その勤務関係から生ずる財産権的請求権」、一九一九年のワイマール憲法一二九条一項四段は「官吏の財産権的請求権」について、それぞれ通常裁判所への出訴権を保障し、かくて、全ライヒの官吏もその財産権的確約から生ずるその種の請求権についても通常裁判所への出訴権を得ることになった⁽⁸⁾。

(二) 判例 第一次世界大戦(一九一四年〜一九一八年)の終了時まで、官吏法上の確約は、実務上あまり重要な役割を果していなかったとされ、その証拠に一八七九年から一九二〇年までの期間にこの確約の法的効力等の問題を取り扱った権限ある上級裁判所すなわちライヒ最高裁判所(Reichsgericht. 以下、RGという)およびプロイセン邦高等裁判所の判決は、ほとんど公表されていないといわれる⁽⁹⁾。そして、この時期におけるこれらの判決は、財産権的確約についてのものがむしろ多く、しかも官吏法上の確約を取り扱う判例は、まず、財産権的確約の分野でみられたようである。

RGの一八八一年四月二五日の判決(JW 1881, S. 101)

本件判決は官吏法上の確約および財産権的確約に関する最初の判決であるといわれているが、同判決は、⁽¹⁰⁾「ある官吏に対し、(彼の上司の同意を得て)他の行政部門(ライヒのそれをも含む)の権限ある官庁によってであれ、あるいは一定の時期についてだけであれ、確約された(zugesagt)補償は、ある官吏に予算上帰属する俸給(Dienstinkommen)と同じく撤回することはできない」と判示している。同判決を登載した文献からはこれ以上の詳細は明らかでないが、この判決は、財産権的確約といわれるものについてその許容性を認め、さらに、その拘束性を

認めて確約中で約束された措置の行政による遵守義務を認めたものであるということができよう。⁽¹¹⁾

RGの一八九九年一〇月一九日の判決 (JW 1899 S. 760 Nr. 49)

事案は、Y市 (Stadtgemeinde) がXに対し彼を教育および教育基金の執行官署に任用しその職務の報酬として督促料と執行料を付与すると確言したとして、XがY市にこれら手数料 (Gebühren) の支給を求めて出訴したものである。Y市は、固定給 (fester Gehalt) の支給は扶養的性質 (Alimentationscharakter) を有しその請求権の直接の根拠は任用関係 (Anstellungsverhältnis) にあり、そのかぎりでの場合の任用関係は直接の財産権的結果をもたらすのに対し、本件手数料請求権の根拠は任用関係の中でなされる手数料をもたらす職務活動 (berufsherrtagende Tätigkeit) にあり、このかぎりでの場合の任用関係のみでは財産権の結果は生ぜず、財産権的結果が生ずるためには行政による右の職務活動の許可がなければならず、したがって一八六一年の訴訟の拡大に関する法律によれば、Xによる訴えの提起は、手数料請求に名をかりて実はこの許可を求めているから、許されないと主張する。

裁判所は、Y市の主張は誤っていると判示して、いう。手数料をもたらすべき職務活動の許可は、任用契約 (Anstellungsvertrag) とは別個の独自の法的意味を有するのではなく、任用契約の構成部分を成す。(前記のような主張の確言の存在を認定したのち) これによれば、Y市は、官吏関係が有効に廃止されなにかぎり命令を発してXに対し予期せしめたような手数料をもたらすべき職務活動に就かしむる義務を負ったことになる。本件判決は、このように述べ、さらに、Xとの間に取り決められた (stipulirt) 報酬は、その額において確定せずXの活動の範

囲と性格によりその額が上下するといえどもこの種の俸給 (Besoldungsart) により官吏関係がその本質・法的性質において影響を受けることはないから扶養 (Alimentation) の性質を有し、さらにその許容性については疑問がなく、その法的効力も認められていること、Xは彼の労務給付が具体的にY市から要求されているかどうかなどの点を考慮することなく扶養請求権を無条件にもつこと、とりわけ、この請求権の法的理由はY市が右の職務活動を許したことなく任用契約にあることなどの理由をあげて、結局、本件訴えの提起は許されないというY市の主張は間違っていると判示した。

本件判決と同旨の見解は、一八九九年二月一八日のRGの判決⁽¹²⁾にもみられる。この二つの判決は、具体的に職務活動が付与されなくても官吏任用・官吏身分の取得に伴って俸給等の支給を求める請求権が生ずること、官吏任用の法的性質は契約であり俸給等の支給を求める請求権は官吏任用の財産権の効果であること、したがって、この請求権を付与するという確約は財産権的性質を有し、この確約は法的拘束力があり、かつ、裁判上その履行を求むることなどを判示する。また、Xとの間に「取り決められた」報酬という判旨の文言からみて、この確約の法的性質は契約であると解するようにも思われる。

RGの一九一二年三月二二日の判決 (JW 1913 S. 106 Nr. 22)

本件判決は、RGがはじめて全官吏集団に対し彼等の給料を他の官吏集団のそれと継続的に同一に取り扱うという財産権的確約の許容・拘束性を認めた判決である、⁽¹³⁾という。事案は、Y市により同市立高校の教師に任命された者すべて (以下、X等という) が任命条件によれば勤務関係につき国立学校の教師と同視されることになっている

として、一九〇八年四月より翌年末までの給料の差額支給を求めたケースである。第一審・二審ともX等が勝訴しY市による上告は棄却されたが、その理由は次のとおりである。

一八九二年七月二十五日の公立の高等学校における教師の俸給に関する法律によれば、市が任命した教師は国立学校の教師と同じ請求権を当然に有するわけではなく、Y市がX等の要求にかかる給料を承認した場合にのみはじめてX等の請求は認められる。ところで、原審は、Y市が任命書(Anstellungsurkunde)中で国の通常俸給計画が右教師にとっても決定的であると述べ、後に国の通常予算が変更したときも同様の見解をとり、かつ、右教師をその俸給に関しては国立学校の教師と同視し続けてきたことから、法的に拘束力があり将来に対し効力を生ずる継続的同視の確言(eine rechtlich bindende und für die Zukunft wirkende Zusicherung des dauernden Gleichstellung)を導いたことに、法的誤りはみられない。このような解釈は可能であり法律にも違反せず、官吏関係開始のために作成された任命書にもおそらく違反しない。そして、給料に関するY市のこの確言は、Xらに対し問題の給料部分につき訴訟で追行しうる請求権を与える。Xらの官吏関係は民法上の雇用契約にもとづくものではなくむしろ、官庁と官吏に任命されようとする者とが互いに表示し一致した意見を基礎とする公法上の性質をもつ契約により創設される。この契約から、法律・官庁の承認により自らに帰属する俸給を求める公法的性質の財産権的請求権が官吏に生ずる。しかし、このほか、とくに授益の額について官吏と官庁間で特別の合意(Besondere Vereinbarungen)をすることも許され、これによって生ずる請求権は私法的性質のものではなく公法的性質を有し、また、これを裁判上主張するために、とくに官庁による承認を要するわけではない。この承認は、すでに合意において

てみられるからである。一八六一年の訴訟の拡大に関するプロイセンの法律（間接的に国家官吏にも類推適用されるという）の第七条は、国家官吏の財産権的請求権の裁判上の判断にあたっては、法律・処分のほか、特別に発布された確言を基礎としなければならないと定めているが、本件でY市が国立学校の教師と継続的に同視するとXらに確言している場合には、その種の、両当事者の合意にもとづく財産権的請求権がみられる。この確言が一部Y市の推理せられた行為（konkludente Handlungen）にもとづいているということは、有効な確言を認めることの妨げとはならず、公法領域においても、この種の行為は法的に重要である。

本件判決は、まず官吏任用の法的性質を公法上の契約であると明言し、また、財産権的確約の法的性質も公法上の契約であると解し、この確約の許容・拘束性を承認するとともに、この確約から生ずる（財産権的）請求権について通常裁判所への訴求の可能性を認めている。

RGの一九一四年三月三十一日の判決 (RGZ 84, 357)

本件判決も、右の一九一二年三月一二日の判決と同じような事案に関するものである。すなわち、フンボルト学校の教師であるXが自己ならびに九人の同僚のために、一九〇九年六月五日の国の通常予算が認めた前年の四月一日から同年の四月一日までの間の昇給部分の追加支給を求める訴えを提起した。第一審では勝訴、第二審では敗訴、上告は認容されたがその理由は次のようである。所管大臣は、一八九九年三月一六日命令を発して市立の実業学校であるフンボルト学校の設立の認可をY市が同校設立の承認時点からその教師等の給料を国立の高等学校の教師等に対し適用される規定により評価すべき義務を負うということにかからしめ、Y市は、同年同月の二八日の決定に

よりこの義務を引き受け、これにもとづいて、実業学校の設立が認可された。これによって、フンボルト校の教師の国立学校の教師との継続的同視ということがフンボルト校の公法上の制度の本質的部分となったわけであり、Y市は、この継続的同視を基礎とする任用以外のことは考えてはいなかった。このようなY市の事実上の行態(tatsächliche Verhalten)を教師は、自らに与えられた継続的同視の確言であるとみることが許される。本件判決はこのようにいい、また、Y市による一九〇二年九月一五日の決議の内容と決議にいたるまでの準備等からみて、Y市自身、有能な教師の人材を得るために市立学校の教師を国立学校のそれとの継続的同視が必要であることおよび一九〇三年四月一日までに就任した教師はまさにこの同視を要求し、かつ、確言されてこれを得たことを認めていると判示し、さらに、一九〇九年までこの同視が事実上行なわれたことと相まって右決議の内容とその準備は、Xが主張するような確言を認めさせるのに十分であるうと述べ、かくて、これらY市による行為全体が右のような継続的同視の確言であると考えられるべきことに疑問はなく、この確言は直接訴訟において追行しうる法的請求権を生ぜしめる、と判示している。

本件判決は、官吏任用および右の確約の法的性質につきどのように考えるかは必ずしも明確ではないが、市の行為全体から一定の官吏集団に対する財産権的確約の存在を推論し、その許容性と拘束性を認め、かつ、このような確約が必要である理由として有能な人材の確保ということを重視するように思われる点が注目される。

ところで、一九二〇年以後行なわれたライヒ官吏とプロイセンの国家・自治体の官吏の俸給についての新しい規律の結果、財産権的確約の法的拘束性の有無をめぐって官吏と公法上の雇主との間に法的紛争が増大してきたと

され、このことは、一八七九年から一九二〇年までの四〇年以上にわたる時期の判例よりも、一九二五年および一九二六年だけのわずか二年間におけるRGの判例の数が約二倍にのぼることからも分かることとされている。この二年間における判例においては、官吏(群)がより高額の給料の支給を求めた訴訟であり、その請求の理由は、当該官吏(群)に対しより高い俸給群に位置する官吏群の俸給と継続的に同一視するという確約が發布されたというものであるか、または、俸給規則に定める俸給のほか、年金算定に加える手当⁽¹⁴⁾(Zulage)を支給すると確約されたという点にあるといわれている。たとえば、次の判決も、その中の一つであるといえることができる。

RGの一九二五年四月三日の判決 (RGZ 110, 385)

これまでベルリン市警視総監 (Polizeinspektor) として市の俸給法による1b群の俸給をうけていた上告人(第一審の原告)は、国家警察への制度変更により一九二二年七月一日以降プロイセンの国家勤務に変わるとともにベルリン警視庁の総監として配属されることになり、国家の俸給法による九群に相当する俸給を得た。これより先、被上告人(第一審の被告)たる市は、それまで市警察官吏であった者が国家警察から任命され、かつ、Bürobeamteでないかぎり、俸給などに関し損害をうけないようにするなどの決議をしていた。これにもとづいて、翌一九二二年一月二六日、ベルリン市行政当局は、上告人に対し、文書により、国の俸給法における九群とベルリン市俸給法における1b群(これは、国では一〇群にあたる)との間の差額を支払うと通知し (mitteilen) た。しかし、同年七月、市当局は、ベルリン市の新俸給法によれば警視総監は九群にくみこまれることになったことを理由に、差額の支給を拒否した。この拒否決定に対し、上告人は過去および将来にわたる差額の支給を求めて出訴した。第一

審では勝訴、第二審では敗訴、RGは、原判決を破棄したが、その理由は次のとおりである。

被上告人は、一九二二年一月二六日の通知により、明確に、差額支給の意思とI b群は国家の俸給法にいう十群に相当することを知らせたから、上告人は、過去・将来にわたり差額支給をうけるものとみるにちががなく、また、このようにみることが許される。上告人は、一九二二年二月一五日まではベルリン市の官職に復帰することができ、この場合には、被上告人は、上告人が市の俸給規定による一〇群に相当する官職に就くことを期待すると考えねばならないから、みぎ通知は上告人が復帰の決定をなすにあたって重要な意味をもつことを顧慮しなければならぬ。したがって、被上告人がその確約の内容に制限を加えようとするのであれば、公法上の意思表示の解釈についても権威ある信義則にもとづいて、上告人に対して明確にその旨を通告すべきであるがこれはしていない。上告人は、被上告人が補償をなす義務があると考へたのは正しい。なお、この確言は官吏の給料を定めるライヒの法律の規定に違反していないから、法律に違反する市の約束 (Versprechen) が法的効力をもつかどうかという問題に答える必要はない。

本件判決では、確約の法的性質が契約であると解しそこから確約の拘束性を導くということは明確にはでない。むしろ、信義則にもとづき、しかも適法な確約の拘束性を認めるように思われる点が注目される。

(1) Vgl. Grellert, S. 35.

(2) Vgl. Heyland, S. 7. 室井・前掲書二〇一頁参照。

(3) Vgl. Grellert, S. 35 f.

- (4) Heyland, S. 39. など Vgl. Heyland, S. 39 ff.
- (5) Vgl. Grellert, S. 36.
- (6) 一九二八年の帝国議会の第四任期中に提出されたドイツ官吏法草案は、官吏法上の確約について次のような規定をおいてした (Vgl. Heyland, S. 154.)。
 - 第二三条 予備交渉または職業の選択が以前にされ、かつ、この場合になされた確約 (Zusage) が遵守されなるときは、雇用権者は官吏に生じた損害の賠償の義務を負う。損害賠償請求権の主張に対しては勤務上の法的救済の途が開かれる。
 - 第二三条 勤務法上の請求権 (Dienstrechtsansprüchen) の主張は放棄することができない。公法法規または良俗に違反する合意 (Vereinbarung) をよび命令は、無効である。
- 草案のこの規定に対しては、とくに Heyland, S. 154 ff. の批判があり、また Herzig, S. 154 ff. の批判があるが、これらの批判については後にもふれるであろう。
- (7) 室井・前掲書二〇一頁参照。
- (8) その後、一九三三年のドイツ官吏法一四二条一項は、官吏の財産権的請求権に関する訴訟を行政裁判所の管轄としたが、実際には同条は適用されず通常裁判所が管轄権をもち続けたという。室井・前掲書二〇一、二〇三頁注(3)参照。
- (9) Heyland, S. 7, など Vgl. Grellert, S. 28.
- (10) Heyland, S. 8; Grellert, S. 26.
- (11) Grellert, S. 26.
- (12) RG Urt v 18. 12. 1899, JW 1900 S. 141 Nr. 30.
- (13) Heyland, S. 9 (なお、本件判決は、前記の一八九九年の二判決後に公表された最初の財産権的確約に関する判決である、と云ふ)
- (14) Heyland, S. 10 f.

二 一九三七年のドイツ官吏法は官吏法上の確約について現代法による初めての詳細な規定をもつといわれるが、同時にこれにより従来の確約法理に対する重大な制約が加えられたことになる。すなわち、同法一六七条は「官吏に対し第八章で定める以上の扶養料を提供するという確言、合意及び和解 (Vergleiche) は効力がなく」と定め、同法一七八条二項は民法上の雇用契約により官吏となった者は「一九三三年七月二日以前の時期についても官吏のもつ権利をもたない。これに反する確言、合意、和解、確定力ある判決及び仲裁裁定が存するときでも、また同様である……」と定める。そして、一九三七年六月二十九日のドイツ官吏法施行令の第一三条は、兼任および副業を続ける期間についての確約がこれら官職の廃止の場合にのみ発布することができると定め、同二六条は、扶養料事案で能力規定 (Kann-Vorschrift) にもとづき発布されたすべての確言は効力がないと宣言したという。⁽²⁾

第二次大戦後に制定され現行法でもある連邦官吏法の一八三条一項は、「官吏に対し俸給法により許される額を超える俸給又は本法に定める以上の扶養料を提供するという確言、合意及び和解は、無効である」と定める (扶養料の確言については、同法一五五条二項一段もこの趣旨を確認する定めをおいている)。また、官吏基準法 (Beamtenrechtsrahmengesetz) 五〇条四項も、連邦官吏法一八三条一項と全く同じ定めをおき、各州はそれぞれ官吏基準法に準ずる官吏法規の制定を義務づけられるから、連邦・州をつうじて扶養料のみでなく俸給についても法律の定める以上のものを支給するという確約の許容・拘束性が否定されることになった。連邦官吏法一八三条一項は、同法の施行前に発布されたものであろうと施行後に発布されたものであろうとを問わず、また、直接であれ間接であれこの種の金銭的利益を付与する確言すべてに対し適用され、したがって、たとえば、ある官吏をより

高い経歴・勤務年数等に位置づける確言すなわち勤務権的確言を与えることにより間接的に俸給・扶養料の面で利益をあたえることも許されない、⁽⁵⁾という。

もっとも、連邦官吏法一八三条一項は、同法および俸給法に定める以上の扶養料・俸給を支給するという確言についていうのであるから、これらの法律の規定の範囲内にとどまる扶養料・俸給の支給の確約までその許容性と拘束性が否定されるわけではなく、また、官吏のために国等が民間人とする取決めも許され、別に本業を有する非常勤の職員に対する授益も本来の勤務関係外における特別の給付であり、かつ、俸給ではないから一八三条一項の規定には服さないとされ、⁽⁶⁾俸給支給の種類・方法のみについての確約も許容される、⁽⁷⁾という。なお、連邦官吏法一五三条は、「退職年金 (Abfindungsrente) の確言は、免職前に書面により申請をし、かつ、免職権限ある官庁により書面でもって確認されなければならない」(一項一号)とし、「退職年金を確言された免職官吏は、退職年金の官署に対する申請に基づいて、その後、退職金を得る」(二項)と定めている(官吏基準法には、右の一五三条および一五五条二項に対応する規定は存しないようである)⁽⁸⁾。

- (1) Vgl. Grellert, S. 36. ドイツ官吏法の内容等については、室井・前掲書一四九頁以下、一五八頁注(3)参照。
- (2) Vgl. Grellert, S. 36 f.
- (3) Grellert, S. 37 Anm. 13. 連邦官吏法の内容等については、室井・前掲書一八三頁以下参照。
- (4) O. G. Fischbach, Bundesbeamtengesetz (Kommentar) Bd. II 3. Aufl. 1965 S. 1437; Grellert, S. 38.
- (5) Fischbach, aO S. 1438; Grellert, S. 38 f. したがって Vgl. Pfander, S. 124, 156 f.
- (6) Fischbach, aO S. 1437 f.

(7) Grellert, S. 39. 連邦官吏法の制定に際し、連邦議會は当初ドイツ官吏法一六七条の規定を引継ぐことを考えていたようであるが、連邦參議院の要求により、これを拡大して俸給にも及ぼし現在の⁽¹⁾一八三条一項にみられるような最終案を受入れた⁽²⁾。 Herzig, S. 157。

(8) Fischbach, aao S. 1176, 1193. なお、連邦官吏法一八三条一項の規定に対しては、Herzig, S. 154 ff.; Grellert, S. 153 f. 等による批判があるが、これについては後にまたふれるであらう。

三 勤務権的確約

一 すでにみたように、行政上の確約および官吏法上の確約について定める最初の法令であるとされる一八三五年三月七日のザクセン国家勤務者法の規定の文言からは、財産権的確約のみでなく勤務権的確約についてもその許容性・拘束性を認め、かつ、その法的性質は契約であるとするもののようにみえる。しかし、勤務権的確約の受領者は、行政裁判事項についての列記主義のため行政裁判所での権利追行はできず、他方、財産権的請求権のみについてその通常裁判所への訴求を定めるライヒ官吏法一四九条、ワイマル憲法一二九条一項四段などの規定の反対解釈から通常裁判所にも出訴することはできず、結局その権利保護ははかられないという結論が導かれる。⁽¹⁾

また、勤務権的確約についての判例は、ことに一八七九年から一九二〇年にかけての時期には、ほとんどみられなかったようである。⁽²⁾

RGの一九〇一年五月二四日の判決 (RGZ 49, 1)

ライヒ (国) とその官吏との関係は本質的に公法的性格のものであるため官吏関係から生じた官吏のライヒに対

する請求権に対しては原則として訴訟は許されず、ただ法律が明示的に認める場合にかぎってこれが許される。ライヒ官吏の法律関係に関する一八七三年三月三十一日の法律（ライヒ官吏法のことである）一四九条によれば、その勤務関係から生ずるライヒ官吏の財産権的請求権に対し法的救済が許されるとされるから、事実発生するにいたった勤務関係したがって官職の付与により事実上与えられた官吏の身分から導かれる財産権的請求権のみが訴訟上追進できるのに反し、ライヒ（国）の官職高権（Ämterhoheit）を適法に行使すれば与えられたはずであるそのような官吏の身分にもとづく財産権的請求権は訴訟により追行することはできない。したがって、一八八五年四月一日に経営職員（Betriebssekretär）の地位を有すべきであったからこの職にみあう俸給の支払いを求めるといふ本件訴えの部分は、上告人が事実上この時点で右の地位についていなかった勤務関係からこの請求を導いているために許されない。

本件判決は勤務権的確約に関する最初の判決であるといわれることがあるが、判決の要旨は右のようであり、確約（言）という語はほとんど用いていず、どの点に確約の発布がみられ、その許容性・拘束性が認められるかについては判旨は明確には述べていない。ただ、判旨から、上告人はその請求を一八八二年三月に連邦参議院が決議し官報にのせられた任用原則（Anstellungsgrundsätze これは法律の効力をもつとされる）にもとづかせていることがうかがわれ、この任用原則中に上告人をその主張にかかる官職に就かしむるといふ確約の存在をみているのかも分らないがこの点は明らかでない。もし、確約の存在が認められ、かつ、その拘束性が認められるとしても、この確約は勤務権的確約であり、本件判決もいのようにその裁判上の請求は許されないということになる。

RG の一九〇三年二月一〇日の判決 (RGZ 53, 423)

X は、一八九八年九月、必要とされる勤務年数を充足しているかぎり予算内官吏 (etatmäßiger Beamte) の定数に含め、かつ、予算にしたがって任命が行なわれる前に必要とされる勤務能力に欠けることが分つても、プロイセンの関税および租税行政の仕事に従事している間に取得するにいたった年金請求権は失なわれないという書面による確言 (Schriftliche Zusage) を得たい旨、文書により表明し、その後、望みどおりの書面による確言を得たので、プロイセン邦の国家勤務を辞し、最終的にライヒの勤務に移った。彼は、規定により、最低、年二六四〇マルクにのぼる俸給・手当を受ける予算内官吏の二級に任ぜられたが、右確約の発布当時である一八九八年九月に通用していた任用原則によれば自己の勤務年限にてらし一九〇一年四月一日以降一級の官吏に任ぜられるべきであったとして、その職にみあう三九〇〇マルクの俸給等と実際にうけていた二六四〇マルクとの間の差額の支給を訴求した。

本件判決は X がその請求をいまだ生ずるにいたっていない官吏関係に基礎づけていることを理由としてこれを却下したがその理由は次のようである。官吏関係は、権限ある機関が代表して行なう国家の意思と被任用者の意思が相互に一致することにより生ずる公法的性質の契約により創設され、この契約の締結のためには通常の形式としてライヒの法によればとくに任命書の交付 (Ausständigung der Anstellungsurkunde) が必要である。X は、一八九八年九月に外務省に提出した文書での確約の発布の要求とこれに応ずる外務省の確約の発布という方法により生ずるにいたった契約に基礎づけているが、これは、右にいう任用契約にはあたらない。X がその請求を基礎づけて

いる右の契約は行政側による一定の官職を付与するという確言、Xによるこの官職につきたいという表示を含み、したがって、行政側およびXの双方に対し公法領域に属する行為を義務づけているために公法的な(Staatsrechtlich)性格をもつ契約である。Xにとってはこの官職に結びつけられた俸給に関する権利が本質的には問題となつてゐるということ、この契約の法的性格づけにとつて重要な意味をもたない。けだし、この権利は、ライヒ官吏法四条二項によれば実際に官職が与えられこの官職に事実就いたことの結果として常にはじめて生ずるからである。したがって、ライヒが官吏に対し付与した俸給も、提供された勞務に対する私法上の支払いではなく、官吏が通例、その全人格をライヒの勤務にささげることに対する公法上の反対給付である。官職を将来付与することについてのこのような公法上の契約は、ライヒないし国家側の官職高権の権利の一種の行使(Art der Ausübung des Rechts der Ämterhoheit)を内容とするから、それ自体、許されかつ法的効力がある。

このような契約によつて官吏志望者に対し確言された官職に就くことを求める請求権は、法的救済(Rechtsweg)したがつて通常裁判所において追行することはできない。すべての公法上の請求権については、この法的救済は排除され、原則として行政上の手段すなわち上級行政官庁に対する訴願(Beschwerde)または法律が明示的に許す事案では行政訴訟のみが許される。とくに、法律が認める場合には、例外的に、法的救済も許され、したがつて、ライヒ官吏法一四九条以下の規定により、ライヒ官吏のその勤務関係から生ずる財産権的請求権のみは法的救済手續においてその追行が許されることになるのに反し、勤務関係から生ずるその他の請求権はすべて、法的救済手續において追行することはできず、契約にもとづく公法上の請求権といえどもその例外ではない。

本件判決は勤務権的確約に関する重要な判決であるといわれているが、本件判決を含めて第一次世界大戦の終了時までの時期の数少ない判例は、勤務権的確約の許容性を原則として承認し、なお、その法的性質は公法上の契約であるとし、そこからこの確約の拘束性も導かれると解していた点は、財産権的確約についての判例の見解と同じであるということができよう。しかし、前記のように、財産権的確約とは異なり、勤務権的確約については、原則として行政および民事の両裁判所への出訴の途はなかった。

第一次世界大戦終了後の一九二〇年以降になると勤務権的確約についての判例もふえてくるが、一九〇二年の前記の判決では確約の発布が官職高権の一種の行使であるとしてその許容性・拘束性を承認したのに対し、この時期における判例は、逆に、官職高権を理由に実体法的にも勤務権的確約の許容性・拘束性を否定する⁽⁵⁾。そこで、勤務権的確約の受領者は、確約された任命・昇進などにより当該官職に就くことにより与えられるはずの俸給等の支給を求めて通常裁判所に出訴するという、いわば、勤務権的確約を財産権的確約にひきなおすことにより権利保護を求めうるかが問題になる。この問題が生ずる背景には、ワイマール憲法二二九条一項四段の規定は「官吏はその財産権的請求権」について通常裁判所に出訴しうると定め、同請求権が官吏の「その勤務関係から (aus ihren Dienstverhältnissen)」生ずることに限定するライヒ官吏法一四九条の法文を取り入れなかったという事情が存する。しかし、これは、後者のような法文がなくても事実行なわれた任命・昇進などから生ずる財産権的請求権についてのみ出訴が可能であることは自明であるとされたからであり、また、同憲法規定はライヒ官吏法一四九条等による従来の法状況を憲法上も保障しこれに変更を加えようとするものではないとされ、RGも、次の判決等にみられる

ように、結論的には同旨である。

RGの一九二四年三月四日の判決 (JW 1924 S. 1361 Nr 8)

本件判決は、官職を付与するという確言 (Zusicherung... auf Verleihung eines Amtes) は法的救済において主張することはできないというものであるが、その理由は次のようである。特定の官職を求める法的請求権というものは、一般的であれ一定の期間に限ってであれ、存しない。これを認めれば、国家の高権 (Hoheitsrechte) に反するものとなるからである。また、俸給年限 (Besoldungsdienstalter) の確定も、行政官庁の決定事項であり官職高権の発露であるから、これは、裁判所の事後審査に服しない。これらの原則は、ワイマール憲法にあっても変更されてはいない。ある人を特定の官職に就かせるという確言または特定の官職に昇進させるという確言は、この官職およびこの官職に結びつけられた俸給年限に対する公法上の期待 (öffentlich-rechtliche Anwartschaft) のみをもたらさうにすぎず、訴訟によってこの確言を実現することはできない。同じことが、支払請求 (Zahlungsbegehren) にも妥当すべきである。当部は、くりかえし——ワイマール憲法一二九条が適用される領域でも——法的救済の許されるのは事実付与された官職にもとづくさういふ官吏の財産権的請求権に対してのみであるのに反し、自己に与えられたと称するが事實はそうではなく不法に求められているかのごとき官職にもとづく財産権的請求権に対しては許されないと判示してきた。上告人は、もし、一九一九年一月一日に当該官職に就いていたのであれば得たであろう俸給を請求しているが、金銭請求のかたちで、実際は彼が就いていない官職にしたがった俸給年限の確定を求めているのであり、このような請求は、ワイマール憲法一二九条にいうところの財産権的請求

権にはあたらない。

訴訟上、任命・昇進等の確約にもとづき任命・昇進等を訴求しえないことはいえ、実体法上、行政の確約遵守（履行）義務が承認されればこの義務の有責的不履行は民法八三九条およびワイマール憲法二二一条にもとづく損害賠償請求権を付与するかぎりにおいて権利保護の途が開かれていたのに、本件判決のごとく官職高権を理由に勤務権的確約の実体法上の拘束性すら否定されることになれば、「官吏の官職の付与を求める訴求可能な請求権は存せず、これと全く同様に、官吏の官職を与えなかったことにつき有責であることを理由とする損害賠償請求権もなく、この場合、上告人が主張する請求が一般ないし特別の権利または期待のいずれから導かれているかどうかは法的には重要ではない」というRGの判決が間もなくでてくるのは、いわば当然であり、その翌年には、このようなかたちでの賠償請求それ自体「結局、官職高権に沿わないものとなるう」というRGの判決すら出現した。⁽⁸⁾

- (1) 本稿六二頁以下参照。
- (2) Heyland, S. 7. によれば、この時期における勤務権的確約についての唯一のRGの判決が後にみる一九〇三年二月一日のそれであるとうう。
- (3) Grellert, S. 27.
- (4) Heyland, S. 11.
- (5) Pfander, S. 119.
- (6) Heyland, S. 142 f. 彼によれば、官吏の任命・昇進等は官吏の俸給請求権の発生のために必要とされる官庁による俸給付与の承認と自動的に同視されず、俸給請求権の主張のためには任命・昇進等のほかにこの承認をも必要とするのである。

(S. 143)。

(7) Heyland, S. 71. もっとも、この職務義務違反は、確約を發布するときはその内容上誤解を与えるものであってはならず、その受領者に誤った行為をさせ損失を受けさせないようにしなければならぬという点にみられるならば、実体法的拘束力のない確約についても公の団体の職務義務違反にもとづく賠償責任を認めることが可能であり、このように解するBGH等の判例があることについては、本稿(二)三〇頁注(一)参照。

(8) この二判決の内容等については Vgl. Heyland, S. 64.

二 第二次世界大戦の終了(一九四五年)後は、従来、官職高権を理由に実体法的にもその許容性・拘束性の否定されていた勤務権的確約はその許容性・拘束性が認められることになり、連邦官吏法一八三条一項も、これに反対するものではなく、むしろ、俸給・扶養料という財産権的確約の許容性・拘束性を否認する規定の反対解釈から勤務権的確約の許容性・拘束性を認める趣旨をうかがわせる⁽¹⁾。手続法的にも、各ラントにおける行政裁判所法、ボン基本法一九条四項による概括条項の採用により行政裁判所において確約から生ずる権利を訴求できるようになり、⁽²⁾判例もこのことを確認する。

ヴェルテンベルク・バーデン行政裁判所の一九四九年六月一七日の判決 (VerwRspr. 2, 58)

本件は、要するに、内務大臣が内務行政の勤務に就くことの申請をXがこれに必要な資格要件を欠くことなどを理由に拒否し、Xが参事官として国家勤務に就くことを内務省に義務づける判決を求めて出訴した事案である。裁判所は、内務省に対しXを直接の国家官吏として任命するよう内務大臣に提案 (Vorschlag zur Ernennung) す

ることを義務づけたが、その理由は次のようである。

関係の省の提案にもとづいて、官吏に任命するのは、もっぱら省大臣の権限に属し(ヴェルテンベルク・バーデン官吏法一三条一項)、かつ、官吏に任命するかどうかは大臣の裁量に属する。Xは、内務省との交渉(Verhandlungen)から申請にかかる官職を求める権利を引き出すことはできない。ただし、内務省自身は、参事官の任命権限をもたないから、拘束的確言が官吏任命への義務づけを一般に根拠づける場合であっても、この確言を發布しなかった任用官庁はこの確言に拘束されないからである。したがって、Xは、国家官吏の任用を求める請求権をもつことを法律からも合意(Vereinbarung)からも証明することはできない。ただし、官吏任命の提案権をもつ省の権限ある係官とXとの交渉の結果によれば、近かく官吏関係に入る希望がもて、少なくとも、Xの願いに同意し任用官庁に対しこれに応ずる決定をなすよう提案するという意味における拘束的確言が与えられたとして、Xが、少なくとも申請について公平な最終決定を求める請求権をもつと主張しているのは、当を得ている。その後、内務省の右係官の見解が変わったとしても、この見解の変更はその従前の表示に影響を及ぼすことはない。とくに、Xは、この表示を信頼してB商社との勤務関係を解消するための措置をなし、これにより、既得の扶養請求権もまた放棄したように思われ、これらは、もし右表示の真実性とラントの最高官庁の指導的官吏の行為に対し完全な信頼がおかれなかったのであれば、行なわれなかったであろうと考えられる。秩序ある国家活動にあっては、国民は、最高のラント官庁の意思表明に完全な信頼をおくことが要求されるから、官庁はその責任ある官吏の表示を遵守しなければならぬ。Xは、公法においても尊重されるべき信義則の見地から、内務大臣がXの任用ないしその拒否につき公

平な決定をなしうるために必要なあらゆる措置をとることを内務省の当該官吏に対し要求しうる。

本件判決は、任命・昇進など特定の行政行為の発布等を約束する確約ではなく、官庁の内部的行為それも任用官庁に対し原告を官吏として任用するように提案・努力するという確約 (Vorschlagszusage; Bemühenszusage) の存在を認めたこと、しかもこの確約に対する原告の信頼保護のため信義則にもとづき拘束性が認められたこと、また裁判所に対し勤務権的確約の履行を訴求しうるとしたことを戦後いち早く判示した点において、注目に値する判決であるといえることができる。

ヴェルテンベルク・バーデン行政裁判所の一九五〇年三月三十一日の判決 (DVBl 1951 S. 121)

一定の官職に就くことを認める確言に違反する被告の決定は瑕疵ある裁量行使であるとして、原告がその取消しを訴求した事案であるが、本件判決は、次のようにいう。

確言により任命ないし昇進を求める公権が生じうるかどうかという問題があるが、当部は、ある官職に任用するという法的拘束力ある確言のあること、および、これによってこの官職を求める権利が認められる、と考える。この確言は、任用・昇進についてしばしば非拘束的に行なわれる話合い (Gespräche) と明確に区別するための最低要件をそなえなければならぬ。第一に、官吏法を支配する形式厳格性 (Formstreng) を考慮して、若干の形式要件をそなえることであり、少なくとも、なんらかの方法により記録 (aktenkundig) とされることを要し、第二に、権限ある国家機関が自らを拘束するという意識および意思 (Bewusstsein und Willen) をもつこと、第三に、信頼保護が確言の拘束性を求めるとき、すなわち、確言の拘束性を争うならば信義誠実に違反するであろうという場

合にのみ確言は拘束的であるという要件をあげるべきかどうかは、本件ではふれないでおくことができる。本件では、これら三つの要件はいずれも満足のいくようには証明されていないからである。すなわち、被告が原告に対し右官職志願を勧めたことなどは認定できず、また、記録 (Aktenkundigkeit) もないことから被告は最終的・拘束的意味を与えるつもりはなく、自らを拘束するという意思・意識もなかった。これらの点を別にしても、ある官職を志願することの単なる勧め (bloße Aufforderung, sich um eine Stelle zu bewerben) は、官職に就くことへの希望 (Hoffnung) を生ぜせしめ、この座折により希望がゆるがせられることは理解できるが、この勧めは原則として確言とみるべきではない。

本件判決は、当該事案では拘束的確約の存在を否定するが、任命・昇進等を約束する勤務権的確約の拘束性を認め、かつ、そのための要件を具体的にあげ第二次大戦後における「画期的な判例」⁽³⁾ であるということもでき、次にみるBGHの判決からも分かるように、その後の判例 (および学説) に対し重要な影響を与えた。

BGHの一九五六年二月二〇日の判決 (NJW 1957 S. 539)

本件判決は、主に、官吏任用の確言の不遵守を理由とする損害賠償請求権についての紛争は通常裁判所の管轄が認められる旨を判示するものであるが、これに関連して、直接に損害賠償請求権を引きだしうるところの法的効力ある官吏任用の確言の要件として、少なくとも、(a) 確言をなす官署の権限、(b) この官署が自らを拘束するといふ意識および意思をもつことをあげるが、なお、次のようにいう。これに対し、前記の一九五〇年のヴェルテンベルク・バーデンの行政裁判所の判決がこの確言が *aktenkundig* になされるべきという要件をあげる点には、従う

ことができない。同判決は、官吏法の形式厳格性からこの要件を引きだす。たしかに、官吏法は、多くの行為について形式規定を知ってはいるが、確言の許容性 (Zulässigkeit) は積極的には規定していないから、この形式規定は確言との関連性をもたず、確言については形式規定はなく、したがって、形式厳格性も存しない。同様に、任用辞令およびその他の官吏の法的地位に関する命令中にある不明確は雇用主の負担に帰するという原則も存しない。確言にあっては、明示的表示であれ、事案全体から知られるはずのものであれ、権限ある官署が自らを拘束するという意思がまぎれもなくあることのみが要求される。

本件判決は、さきの一九五〇年のヴェルテンベルク・バーデンの行政裁判所の判決と異なり、官吏任用の確約の拘束性の要件として必ずしも書面であることを要しないと判示するが、後にみる一九六七年の B V W G の判決もこの点は B G H と同様に解しており、判例はほぼ確立したとみることができよう。

B V W G の一九六三年九月一二日の判決 (DVBl 1964 S. 277)

X は、従来、市体育主事 (Stadtturnrat) であり、一九三三年四月に高校教師となり、その後軍役に服し、軍役中に犯した窃盗などにより野戦軍法会議から禁錮刑をうけた。一九四八年、X は、捕虜から帰還し、学校勤務を志願したが履歴書には戦時中にうけた刑罰を記入しないで任用され、文書中にあげられた刑罰についての質問には「Nein」と自筆で書き、この文書に署名した。その後、市体操委員になり、高等参事官 (Oberregierungsrat)、州管区支配人 (Regierungsdirektor) へ順次、昇進した。ところが、一九五八年にいたり、X の前科が判明したので、青少年・スポーツ省の参事との個人的話合いにより退職願いを出した。これにもとづいて、内務省の参事は、

一九五九年一月末をもってXの退職を発令したが、そのさい、これによって「州官吏法一条により必要とされる措置をなすことは妨げられない」と述べ、同年二月一六日、同法条に従って、かつてのXの高等参事官・州管区支配人の任命を取り消し、その後、Xに対し市体育主事の職にみあう俸給年限と扶養料額を確定した。第一審・第二審ともXの敗訴になり、本件判決もまた同様であるが、その理由は次のとおりである。

たとえ、Xが主張するように、事実、内務省の参事を代理して青少年・スポーツ省の参事が、Xの退職願の提出前にXはさらに官吏法の措置が行なわれることを考慮しなくてもよいと確言したとしても、法状況はXにとって有利とはならない。原審も適切に、州官吏法一条一号は詐欺により行なわれた任用行為、同二号にいう事実にもとづく任用行為は、いずれもその取消しを義務づけられるから、この確言は法律違反となる(Gesetzwidrig)と指摘した。Xは、この確言に対する信頼は保護されるべきであるから問題の昇進の取消しは違法である、と主張することはできない。法律違反の内容をもつ確言の場合には、——信義則を顧慮しても——原則として、法律執行への公益が確言の遵守に対する当該官吏の利益よりも重要であり、この場合、例外的に別異の評価をもたらしうるような事情は、本件にはみられない。

本件判決は、法律に違反する勤務権的確約は原則として拘束力がないこと、例外的に信義則にもとぎ確約に対する信頼を保護するためにその拘束性を認むべき場合があるとするが、ただしその理由は明らかではなく、この点は次の判決がはじめてその確約の本質観からかなり明確に説いている。

B V W G の一九六六年六月二四日の判決 (DVBl 1966 S. 857)

Xは、一九五三年七月、ベルリンにある州税務署の参事官に任命され、一九五七年一月、同税務署長は、Xを高等参事官に昇進させるため、ある法律二条の規定により昇進に必要とされる連邦大蔵大臣の同意を求めた。同大臣は、「現時点の連邦の関税行政における高職への昇進状況にかんがみて」同意を与えなかった。同年二月、Xは、同税務署の消費税課の長に任ぜられ、翌年二月一日からは、同署長は、右大臣の了解を得てXに対し高等参事官の地位に準ずる手当てを付与し、一九六〇年一月一日には、同大臣の同意を得てXを高等参事官に任命した。Xは、署長より一九五七年二月一日づけをもって高等参事官に昇進させる旨の確言を受けたから同日づけで高等参事官に昇進したように法的にも金銭的にも取り扱われるべきであると訴求した。第一審・第二審ともXの敗訴におわり、Xの上告も棄却されたが、この理由は次のとおりである。

確約はその内容上、将来の行為ないし不行為について拘束意思 (Bindungswillen) をもってする高権的自己義務づけ (hoheitliche Selbstverpflichtung) である (将来拘束 Zukunftsbinding)。前記の法律二条は、官吏の平等取扱の保障・官吏の利益に資する規定であることから法規的性格を有し、連邦大蔵大臣が同法条に定める同意を与えることを拒否すれば、税務署長の確約も当初から拘束力がないことが確定する。同様の結論は、将来拘束としての確約の本質を考へても出てくる。すなわち、確約に固有の本質から、確約は必然的に発布後の重要な事情の変更 (spätere Änderungen der wesentlichen Verhältnisse) を受けることになる。確約された行政行為のための本質的メルクマール——本件におけるような連邦大蔵大臣の同意——が欠ければ、確約の将来拘束が失なわれる。拘束力を欠く確約は、特別の職権取消しをするまでもないが、これは、確約が原則として将来に拘束力を生

せしめることを前提とするという確約の本質から生ずる。

ところで、Xは、信頼保護の見地のもとで確約から請求権を引き出すことができるというが、この場合でも、法状況は確約の特別の性格により決定的に形づくられる。すなわち、確約の本質は将来に効力を生じ、これによってはじめて、確約した官庁が措置をなすのであり、もし、瑕疵ある確約に拘束されるのであれば違法な措置をすべきことになる、という点にある。さらに、確約は、将来に効力を生ずるといふ本質のゆえに規律の仮の先取り (vorläufige Vorwegnahme einer Regelung) をその対象とする。ただし、確約は、将来において規律されるべきものについてのみいいしたがって、重要な事情変更に影響をされやすいからである。すでに、連邦行政裁判所は一般に、行政行為の将来にむかっつての職権取消しに対する信頼保護の原則に関して、その確定した判例において、行政の法律適合性への公益が官庁の決定の存続への当事者の信頼よりも優越するかどうかの衡量では、当事者の利益は原則として合法状況の回復 (Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes) への利益にゆずるべきこと、この原則の例外は特別の場合にのみ認めうることを判示してきた。瑕疵ある確約の場合には、信頼保護の原則に対する制限は強められなければならない。ただし、この場合、仮の措置 (Provisorium) たる確約の本質上、確約の存続効は他の行政行為よりも欠けることが多く、また、確約にあっては、合法律状態の回復ではなく、まず法律違反状態の創出 (Herstellung eines gesetzwidrigen Zustandes) が問題となつてくるからである。

本件判決は、このように述べ、なお、前記の一九六三年九月二二日のBVGの判決を引用し同判決は正しいとしたうえで、次のようにいう。異常な事情のみが瑕疵ある確約の履行に対する当事者の信頼保護を是認し、確約の

不履行を容認すれば当事者に対しほとんど受忍しがたい事態 (nahezu untragbare Verhältnisse) をもたらすであらう場合にのみ瑕疵ある確約の履行に対する当事者の信頼が保護されうるが、本件ではこのような状態は存しない。Xは、前記のような確約を信頼して高等参事官と同等の俸給が支給される租税部審判官として活動する可能性がありながらこれを逸しているが、しかし、一九五八年二月一日以来すでに、Xは高等参事官の俸給に準ずる手当てを得ており、参事官と高等参事官の俸給額の一年間の差額分という損失は、右の原則によればXの信頼保護を是認しない。けだし、信義誠実によればこれは受忍しがたく、したがって修正を要するようなものではないからである。なお、配慮義務違反 (Fürsorgepflichtverletzung) を理由としての雇用主の裁量余地の縮減は、拘束的な昇進の確約が遵守されなるとき、事情によっては生ずることもあるが、本件では、まさに確約が拘束的でないのであるから、配慮義務違反を理由としてXはその請求権を引きだすことはできない。同義務違反による請求権に必要な有責性の要件も税務署長にはみられない。けだし、署長は、連邦大蔵大臣の同意を得ようと努力し、かつ、同意は得られるものと考えたからである。同大臣による同意付与の拒否にも瑕疵はない。

本件判決は、きわめて重要な判決でありその後の判例学説(官吏法上の確約以外の確約を論ずる際にも)にしばしば引用される。すなわち、本件判決は、まず、確約の観念につき、とくに行政行為と対比した確約の差異を明らかにし、このような確約の観念にたつて、確約された行政行為の発布につき他官庁の同意を要する旨の法律の規定があるとき他官庁の同意を得ずに発布したこの確約は法律に違反すること、法律に違反する確約に対する信頼保護は、例外的場合にのみ信義則にもとづいて是認されるとし、かつ、その理由をかなり明確にしたこと(本件判決が

引用する一九六三年九月一二日のBVGの判決では、この理由は明確ではなかった)、および、拘束力なき確約は特別の職権取消行為を要しないことなどの点を導く点で注目し値する判決である。

BVGの一九六七年一月一九日の判決(DVBl 1967 S. 663)

連邦履歴命令(Bundeslaufbahnverordnung)によれば、郡長の任命権限をもつ当該連邦大臣がこの権限を発動するときには連邦人事院(Bundspersonalausschuss)の承認(Bewilligung)を得なければならぬのに、同大臣は、この承認を得ないでXを郡長に任用するという確約をしかも口頭で発布し、この確約の法的拘束力が争われ、かつ、法的拘束力ある確約の不遵守を理由とする損害賠償請求を訴求したのが本件事案の概要のようである。

本件判決は、第一に、一九六六年の右判決にいう確約の觀念を確認したうえで、確約の法的拘束の要件は、とりわけ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するとして、ある官庁が外部に対しする措置について法律の規定が定める他官庁の協力(Mitwirkung)の意味、とくに協力のないこと等により生ずる法的意味は、一般的方法でもって答えることはできないが、本件では、この承認を欠く任命行為をすることは禁止されており、したがって、損害賠償請求権の法的基礎たる確約の拘束性は認めることができぬ。また、瑕疵ある確約に対する信頼は、確約の不遵守により当事者に対しほとんど受忍しがたい事態をもたらすであろうときにのみ保護されると、すでに判示している(前記一九六六年の判決引用)のは当を得ているから、これによれば、Xは、信頼保護の観点のもとでも確約の拘束性を基礎づけることはできず、したがって損害賠償請求権を引き出すこともできないであろう。また、官庁の権限が

不明確である場合の信頼保護は、連邦行政裁判所の一九六五年七月二九日の判決では権限が「不透視」である特別の場合 (Sonderfall der "Impermeabilität") に与えられるというが、本件のような利益状況では、このような場合にはあたらない。また、官吏法上の配慮義務違反から損害賠償請求権を引きだすこともできない。すなわち、Xは、大臣はその確約した任命を結果的にされるかどうかの分からない連邦人事院の決定にからしめた点で責任があるとして、被上告人たる連邦を非難するが、しかし、この訴えにより得ようとする履行利益は、Xがたとえば確約の履行を信頼して少なくとも郡長と同じ俸給が支払われるべき地位を放棄したとか、同じような俸給が支払われるべきはずの別の求人拒否したという場合にのみ認められるが、本件ではこのような主張もしていない。

第二に、本件判決は、口頭で行なわれた確約も拘束的でありうるとして前記の一九五六年二月二〇日のBGHの判決の結論を確認し、その理由を以下のように判示する。当部は、前記のBGHの判決および第四四回ドイツ法曹家会議で表明された見解に従って、確約は原則として形式拘束的 (formgebunden) ではないと考える。公法でも、形式自由の原則 (Grundsatz der Formfreiheit) が妥当する。もとより、官吏任命は厳格に形式拘束的であるにしても、また、履行行為 (Erfüllungsgeschäft) の形式拘束性から義務づけ行為 (Verpflichtungsgeschäft) (ここでは確約) の形式拘束性が引き出されることがあるのも事実であるが、しかし、具体的にこれが可能かどうかは法律に規定する形式拘束の意味にかかる。官吏任命の形式拘束性の意味は、官憲的権能 (öbrikeitliches Befugnis) の行使という事実が、この行使にあたる職員が明らかに雇員 (Angestellte) である場合でもこの者を官吏法にいう官吏とする、というかかってのRGの判例から生ずる望ましくない結果を避けるために、官吏任命の

形式拘束により職員が官吏であるかどうかにつき明確な基準を得ることを目的とし、事実、この目的は達成された。しかし、確約については形式自由の原則をとり入れても、右の規定目的は害なわれないことは明らかである。証明上の理由から、法政策的に確約を形式に拘束せしめることもできるが、裁判官には法律で定められていない形式拘束性を宣言する権限はなく、ことに、形式自由をとることにより実際上なら重大な公益も侵害されないときには裁判官にこのような権限はない。本件が後者の場合にあたらないことは、確約を援用する官職志望者が確約の発布の立証負担を負うことから分かる。口頭で、拘束意思をもって官吏としての任用を確言（見込があるというにとどまらず）されたと主張する者は、これが口頭で行なわれることが、一般に、通常でないことにてらし、立証段階で敗れることを考えておかねばならない。かくて、当部は、結論およびその理由の点でも、とくに、前記のBGHの判決に同意する。

(1) なお、一九四八年二月三〇日のラインラント・プファルツの州法によれば、政治的追放業務に従事していた職員に対しその申請にもとづきその能力に応じて他の公勤務に就かせる旨の確言を發布することができるのと定められていたという (R. Stuch, Die Rechtsnatur der beamtenrechtlichen Zusicherung, ZBR 1956 S. 251)

(2) Grellert, S. 28.

(3) Grellert, S. 28 f. 42; P. Zurmahr, Die Rechtsgültigkeit von Vereinbarungen oder Zusicherungen über die Begründung und Gestaltung eines Beamtenverhältnisses, ZBR 1954 S. 202 は、本件判決を官吏法上の確約について第二次大戦後初めての判決とみるようであり、Grellert, S. 28 も同様である。

(4) なお、建築法、給付的行政領域における確約についてのBVGの同旨判決として本稿(二二〇、四三頁参照。

(5) この点について、本件判決以前のBVGの判決につき本稿(二二〇、四三頁参照。

(6) この点について他のBVGの判決として、本稿(一)二四頁、なお、同二〇頁参照。

四 招請の確約

一 かつて、一九三八年四月九日のライヒ大学教師法は常勤・非常勤の教授のみを大学教師とし、一九三九年二月七日のライヒ大学教師俸給法は、右の教授のみを計画上の大学教師としていたから、いわゆる招請の確約は實際上、これら常勤・非常勤の教授との間でのみ行なわれ、かつ、これらの法律は、個人的な給料に関して招請の確約をなす可能性を認め、勤務年限の先取り、特別の基本給の承認、年金計算に算定または算定しえない手当の付与、一定の聴講料収入の保証などについて確約が行なわれてきた。⁽¹⁾これらの法律で認める招請の確約のほかに、古くから、各ラントと常勤の教授との間、後には非常勤教授との間にも、招請の確約が行なわれ、この確約の可能性は、慣習法として承認されることになったといわれる。⁽²⁾

招請の確約が一般にラントおよび大学当局を拘束することは、一九六八年頃の各ラントの大学法の制定・施行前までは、ひろく承認されており、たとえば、次のような判決がある。

BVGの一九七四年一月三十一日の判決(NJW 1974 S. 1440)

大学側は、ヘッセン州官吏法八一条一項ならびに副業命令七条および一九六六年の同州文部大臣の二つの示達にもとづき、かねて副業活動として同病院で私用の診療行為をすること、その際には使用料を支払って同病院の人員・施設・資材を使用することを許されたX(大学の内科学正教授かつ大学附属の病院の院長であり、本件の原告・

控訴人・上告人である) に対し、各診療日につき二・七五DMの使用料を確定し、使用料計算のために一定の書式を添えて必要な説明をなすことを要求した。この決定は自己の権利を侵害するとして提起した異議は同州文部大臣がこれを却下、Xの訴えは第一審では棄却、第二審では却下、BVGでも敗訴したが、その理由は次のとおりである。

原審も判示するように、ヘッセン州官吏法八一条一項二段は、公勤務外 (außerhalb des öffentlichen Dienstes) での副業活動に際して勤務主の施設・資材および公勤務に服する他の被用者の労働力を利用した官吏は、副業から生ずる利益について一定率の使用料を支払わなければならないと定めるが、この規定は、本件で争われている給付決定 (Leistungsbescheid = 右使用料の納付を命ずる決定のことを指すのであろう) の法的根拠として十分である。また、別段の法律の規定のないかぎり、勤務主はその組織権力により病院長の主たる職務 (Hauptamt) としての診療活動の一定部分のみを指定し残余の医療活動部分を公勤務内での (im öffentlichen Dienst) 副業または公勤務外で病院長がする副業のいづれにすることもできる。本件では、前記の一九六六年四月七日の示達五号において、Y (被告・被控訴人・被上告人) は、病院長したがってXにも「私的副業 (private Nebentätigkeit)」として私人患者の在来診療行為を認めたのであり、両当事者は公勤務外の関係にたっている。なお、この場合、病院長に認められるこの副業と全患者の医療行為に関する指導監督等という病院長の主たる職務との間の区別は可能である。ヘッセン州官吏法八一条一項一段の適用に反対して、Xは、そのヘッセン州への勤務に先立って行なわれた招請交渉 (Berufungsverhandlungen) では私人患者に対する診察料の私的請求権のあることは明示されたが病院施設

等の利用の場合の使用料の支払義務についてはいわれなかったにもかかわらず、Yが使用料の支払を要求するのは「合意は拘束する (pacta sunt servanda)」という法原則を侵すことになる主張するが、この主張は妥当ではない。Xは、官吏関係への招請により法律が定める法的地位を得たのであって、これと異なる結論は、Xが自由な合意において (in freier Vereinbarung) そのような確言を公布された場合にのみ考慮されうる。原審の認定によれば、Xは、その招請時にすでに施行されていたハッセン州官吏法八一条一項二段に定める使用料支払義務の免除の確言をうけていない。このような確言が黙示的 (stillschweigend) にも公布されなかったかどうかを解明する必要はない。ただし、本件では、いづれにせよ強行的 (zwingend) したがってXに対しても必須の規律である同法条の規定のために、黙示的に発布された確言の効力は認められないからである。同法条に定める使用料義務がXとの招請交渉では明示的に言及されなかったことは、信頼保護の観点のもとでもXにとって有利となるわけではない。ただし、この信頼保護の否認を根拠づけるのに、原審のごとく、使用料義務は法的新事実ではなくむしろ一九五〇年六月二一日のハッセン州官吏法施行令一条中にすでに定められていたことを指摘する必要はない。Xが使用料義務の免除を信頼し、かつ、この信頼が保護に値する (schutzwürdig) とまであってすら、せいぜいXに生じた信頼損失 (Vertrauensschaden) の補償が考えられうるにすぎず、Xは、上告でこの補償を請求していないからである。

本件判決は、右のように、大学教授への招請交渉中において副業活動を認める等のいわゆる招請の確言の発布の許容性を認め、かつ、おそらくこの確言の法的性質を公法上の契約と解しそこからこの確言の拘束性 (行政に対す

る)を認める。ただし、招請の確約の内容が法律に違反するときはその拘束性は認められず、このことは、たとえ相手方の確約の適法性に対する信頼が保護に値するときであっても、同様であり、この場合、相手方の信頼はその補償をつうじてのみ保護されるにすぎず行政に対する拘束性・行政の履行義務は生じえない、と判示している。⁽³⁾

(1) Thieme, S. 5. なお、本稿六三頁参照。

(2) Thieme, S. 5f.

(3) 本件判決は、以上の判示のほか大学の医学教官の私的医療活動を許可制とし、また、大学施設等の使用料義務を課すのは、基本法五条三項一段・一条・一四条に違反するなどというXの主張をいずれもしりぞけ、最後に、YがXに対し使用料計算のために一定の書式を付して必要な説明をなすことを要求したことは妥当であるという。すなわち、自己に帰属する権利の有無・範囲について不確実であることに責任のない者は、義務者に対しこの点につき必要な教示 (Anskütfe) をなすことを要求しうるといふ一般法原則があり、この法原則をRGの確定した判例は信義則の付随義務として信義則から導き、BGHもこの判例に従っている。公法、とくに官吏法でも信義則は同じく適用されるから、本件でも、Xは、Yに給付義務を負うときYに対し必要な説明をしなければならない、と判示するのである。

二 大学改革は、この招請制度の重要な部分に対しても影響を及ぼした。たとえば、一九六八年三月一九日のバーデン・ヴュルテンベルク大学法⁽¹⁾は、原則としては招請手続を変えてはいず⁽²⁾（二一条参照）、とくに、招請の合意に関する規定を有しないが、しかし、間接的に招請制度に重要な影響を及ぼした。まず、大学に割りあてられる資金および職の配分が行政商議會すなわち大学自身に委ねられることになり⁽³⁾（二一条二項二号）、それ以来、文部省は、職および資金に関して招請の合意を締結しえず、とくに、研究・教授または患者の看護という強行的理由に反しないか

ざり研究所・病院の管理は合議制または輪番制による旨を大学の規則で定めなければならない(六条三項)とされた点である。⁽²⁾

これにより、たとえば、従来、招請の確約により、講座担当者たる教授のみに付与してきた研究所・病院の管理権能、講座担当者または研究所長たる特定の教授のみに配分されてきた人的・物的手段は影響を受けるのか、すなわち、立法者に対する招請の確約の存続効の問題が生じてくる。この問題については、連邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)は、一般に、招請の確約はこの確約から生じた権利に対する法律的危害を阻止しえないと判示するようであり、たとえば、次のような重要判決がある。⁽⁴⁾

連邦憲法裁判所の一九七七年二月八日の判決(BVerfGE 43, 242)

三〇余名にもよる大学教授等からなる訴願人がハンブルク大学法(一九六九年四月二五日制定)の違憲性を主張した事案である。その理由は多岐にわたるが、訴願人中数名の者は、この理由として教授任命とともに大学附属の病院・研究所の長に任用するという招請の合意にもとづき教授および各々の講座と関連する病院(研究所)長になったにもかかわらず、同法四九条三項によりその権限を研究所(病院)の協議会および選挙された常任理事に移すのは、基本法三三条五項(職業官吏制度の従来原則の考慮)および法治国原理・信頼保護の法治国原理に違反する、と主張した。裁判所は、結局、右の主張をしりぞけたのであるが、その理由は次のとおりである。

第一に、本法の規定は基本法三三条五項に違反しない。かねてより、俸給の等級・給料、研究所・病院の管理、講座の物的・人的装備、教授・研究活動その他多くのことが招請の合意中で確定されてきたが、これらは大学制度

の本質的事項に属する。しかし、これらが大学教師についての従来の官吏法上の原則に属するとしても、基本法三三条五項は、ワイマール憲法一二九条三項と異なり、官吏の「既得権」(確約から生ずる権利もこれに属するものとみられていた、という)を保護するのではなく職業官吏制度の組織原理の中核的存立を保護するのであり、また、立法者はその裁量行使のさい個々の官吏法上の従来の原則を考慮、したがって招聘の合意の拘束力を原則的なかたちでは否定しえないとはいえ、合理的な理由から立法院の形成自由の範囲内にあるその目標が合意を無視することによってのみ実現できる場合には、この合意を無視することも許される。ところで、大学法による改革の重点は(ハンブルクだけにかぎらないが)、唯一の決定権をもつ所長(院長)をもつ研究所(病院)体制から全関係者が合議の行政機関に参加できる体制への変更にある。現代の学問運営における研究計画は一人の研究者のみによって遂行できず、研究者が協同する必要がある、自然科学の領域のみならず全学問領域で強くなってきた。また、大学の学問運営における人的消耗・物的費用が年々増大し、これを合理化するために個々の研究者から解放された計画への集中化がさががたくなり、最後に、一人の人間により管理された研究所というものは大学における増大する研究者の数と比べて合わない(一九六〇年から一九六九年までの時期だけでも大学教授および講師は数倍に増えた、という)。かくて、これらの事情を考慮すれば本件大学法を訴願人との間の合意よりも優先させるためのザッハゲレヒトな理由があり、したがって、この法律は基本法三三条五項に違反しない。もっとも、現代でも個々の研究者がある範囲では物的・人的手段の利用等について自分だけで決定しようということは十分に意味のある研究作業のための要件ではあるが、大学法七八条は、物的・人的手段の配分では状況が変わった場合にのみ従前の確約に違背

することができるかと定めることによりこの点も十分に考慮している。

このほかに、右のように研究所(病院)の組織改革に反対するような職業的官吏制度の従来の原則は存しない。まず、かつて、本裁判所も判示したように、「官職における権利」すなわち付与された勤務上の任務の変わらざる減されない行使を求める権利は、基本法三三三条五項にいう原則には属さない。この点に関してあげなければならぬのは、唯一的に責任を負う研究所(病院)長の地位は、官吏法上の任命により付与される身分法的意味における官職(Amts im statusrechtlichen Sinn)ではなく、機能的意思における官職(Amt im funktionellen Sinn)すなわち付与された勤務上の任務領域が問題となっているという点である。連邦行政裁判所もいうように、「機能的意思における官職の変更・剝奪に対しては、官吏は、身分法的意味における官職の変更に対するよりも著しく低い範囲の法的保護を受ける。次に、同等の職務従事の要請(Gebot gleichwertiger Beschäftigung)または下位の職務従事の禁止(Verbot unterwertiger Beschäftigung)にも違反しない。訴願人は大学における独立に活動する研究者および教授者としての主たる官職(Hauptamt)に招へいされ、この任務に大学法における独立に活動するの喪失は、これにより、彼の全体の職務上の地位が決定的に侵害または奪われるというほどの重要性はもたない。なお、長たる官職に俸給法上の授益は結びつけられず、また、訴願人の私用患者の診療および鑑定活動は、ハンブルク大学兼任命令の二条・六条により定められ、これらの活動が許されることは、大学法の問題の規定によって妨げられることはない。また、訴願人は、大学法四九条一項一段の規定によればその医者としての決定では従来と同

様に独立し、その共同作業員に対する指令権を有し、したがって、少なくとも訴願人には従来の管理権限の本質的部分は留められており、また、研究所（病院）協議会の構成員として施設の共同管理または常任理事になりうる途も開かれている。

第二に、憲法裁判所は、本件大学法の問題の規定は基本法五条三項一段（研究および教授の自由）の規定にも違反しないと判示し、その理由として、訴願人は研究所（病院）長の地位を失なうことよって研究・教授を行なうことができなくなるわけではなく、大学法八条一項により研究・教授の資格が与えられ、かつ、これを義務づけられ、また、同法五三条四項によれば、研究・教授のために必要とされる基本的ないし最低の場所・物的手段等は配分されることになっているなどの点をあげる。

第三に、本件大学法の問題の規定は、法治国的観点からみても疑問はない。法的安定性および信頼保護の要請（Die Gebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes）は法治国原理の本質的構成部分であり、ここから、いわゆる不真正遡及効をもつ侵益的法律（Belastende Gesetze）の憲法上の限界も出てくる。⁽⁵⁾ 本件大学法による研究所（病院）体制の新規律は、招請の合意により創設された訴願人の地位に対し将来の効力をもって侵害を加えるものであり、この新規律の法治国原理との斉合性のために決定的に重要なのは、立法者の要求と比べたその利益衡量において訴願人の信頼が優越すると証明されるかどうかである。この場合に、招請の合意が公法上の契約または協力を必要とする行政行為のいずれに法的に性格づけうるかは明らかにならないでもない。ただし、この問題は、ここで決定しなければならぬ憲法上の問題にとっては重要ではないからである。招請の合意中の確約

(Zusage in der Berufungsvereinbarung) への訴願人の信頼は、立法者の正当な要求をできるだけ早く実現するという利益に比べてその背後に退かねばならないからである。

ところで、連邦憲法裁判所は、立法者が保護された法的地位を廃止または修正するとき、かかる侵害自体は憲法上許される場合でも、比例適合性という法治国の原則にもとづいて適切な経過規定をおかねばならない、とくりかえし述べてきた。このような要請は、職業自由および財産権の保障の領域に限定されず、公勤務領域でも妥当する。比例適合性の原則は一般法治国原理の徴表 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Ausprägung des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips) であり、その通用は、特定の法領域に限定されないからである。立法者には広汎な形成自由が認められているから、連邦憲法裁判所による事後審査は、立法者が侵害およびそのための理由の重要性・緊急性との間の全体の衡量においてあらゆる事情を考慮した場合に期待可能性 (Zumutbarkeit) の限界をこえたかどうかに限定される。本件判決は、このように述べ、経過規定たる本法七九条は病院・医療理論研究所の長のみは新たな選挙によることなく一九七一年九月三〇日まで同四九条三項にいう常務理事にとどまると定め、関係人の権利保護を必ずしも十分には考慮しているとはいえないが、訴願人は実際に経過規定に定める期間経過後も選出された常務理事として活躍していることを考えれば、彼に対し期待不可能なほどの不利益を加えるものではない、と結論づけている。

(一) 本法の制定の過程・構成・問題点等については、塩野宏「西ドイツ大学改革の一事例」ジュリスト四一一号一三〇頁以下参照。

(2) G. Roellecke, *Berufungsvereinbarungen und Organisationsgewalt*, *WissR* 1976 S. 3 f. 他のラントの新大学法も基本的に似たような定めをおくが、バーデン・ヴェルテンベルクのそれとは異なり、従来より存する招聘の確約の法的効力に関し経過規定をおいている(この点に関する各ラントの大学法の規定の概要については、Vgl. Thieme, S. 41 ff.)。たとえば、バイエルン大学法一〇四条四項六段の規定は、研究所の装備、人的・物的手段、場所に関する従来¹⁾の確約は同法によりその効力を妨げられないと定める(Vgl. J. Störle, "Berufungszusagen" und Bayerisches Hochschulgesetz, *Arbeitsberichte zur Hochschulplanung* 1975, S. 87-90, 92)

(3) Bullinger, S. 7 ff.

(4) なお、ニーダーザクセンの臨時大学法の一部違憲を宣言する連邦憲法裁判所の一判決を紹介・検討するものとして、阿部照哉「ドイツにおける『大学改革』と学問の自由」法学論叢九四卷二号一頁以下。

(5) この点に関し、拙稿・神戸学院法学六卷一号一八八頁以下参照。

三 その後、一九七六年一月三〇日に施行された大学基準法の四五条は、「大学教授の招聘 (Berufung von Professoren)」と題し、教授は原則として公募されるべきこと(一項・三項)、教授は大学の推せんにもと²⁾き州法により権限をもつ機関が招聘すること(二項)などのほか、すでに募集前に適用されている装備計画 (Ausstattungspläne) の範囲内でのみ予定されている任務領域の装備に関する確約を教授に対し発布することが許される(四項)と規定する。同条項は、一九六八年以後の法状況を原則的に維持しながら例外的に一定の条件のもとで招聘の確約¹⁾の許容性を認めたとされる。すなわち、「すでに公募前から適用されている装備計画の範囲内²⁾」という条件のもとに、同計画の合理性を前提としてもっとも重要な決定は当然に人物とは関係なく、かつ、専門的必要に関係するものであるがために、右の確約が許されるとされる。ただし、各州は、同条項の規律内容を州法とすることが許され

ているのであって、そうすることが義務づけられているわけではなく、したがって、各州は、従来の招請の確約の禁止を保持し、かつ、この旨を法律で定めることもできる、とされている。

なお、本条項は、「予定されている任務領域」ということばから分かるように直接には残留交渉における確約にはふれていないこと、他大学からの招請に従う意向がないのに人的装備を改善するために残留交渉が利用されるときは本条項は空洞化または回避されるという危険性があることから、装備に関して残留の確約を發布することの禁止は存続すると解するのが本条項の意味である、といわれる。⁽²⁾

(1) Vgl. P. Dallinger/C. Bode/F. Dellian, Hochschulrahmengesetz (Kommentar), 1978 S. 276. 本法は、一九六九年五月の基本法の改正により新たに連邦が有することになった権限にもとづいて制定された大学制度全般についての最初の連邦法律であり、各州は、本法施行後三年以内に本法の規定内容に従って関連法規の改正を行なうことになっている、という(児玉嘉之訳「大学大綱法」外国の立法一六卷二号六五—六六頁)。

(2) Dallinger/Bode/Dellian, aaO S. 279 f.