

行政法における

教示・確約と信頼保護の原則(一)

乙 部 哲 郎

一 序 説

二 教示・確約の意義

三 教示・確約の法的性質(以上本号)

四 教示・確約の許容性

五 教示・確約の拘束性

六 結 語

一 序 説

現代国家においては、行政機関の示す法令の解釈(行政解釈)に対し相手方が寄せた信頼は保護されなければならない。このような観点から、従来、英米において、行政法における禁反言(Estoppel)の法理の適用の是非が論

じられ、わが国においても、最近、同法理の適用を認める判例があつた。他方、ドイツにおいても、同じような観点から、判例・学説上、行政行為など、各種の行政作用に対する信頼保護の原則 (Der Grundsatz des Vertrauensschutzes) の適用の問題が活発に論じられている。したがって、わが国において、行政解釈に対する相手方の信頼保護の問題を考察するにあたっては、英米行政法における禁反言の法理はもとより、ドイツ行政法における信頼保護の原則をも考慮する必要がある。そこで、本稿は、各種の行政作用のうち、まず、教示 (Auskunft)・確約 (Zusage; Zusicherung) に対する信頼保護の原則の適用の問題に関するドイツの判例・学説を紹介し検討することにする。ドイツにおいて、この教示・確約に関する法律問題は、一九六一年の第四四回法曹大会の公法部会の議題とされるなど、この問題に関する判例・著書・論文はきわめて多い。さらに、とくに租税法分野において、ひろく教示・確約の発布を法制化しようとする動きもあり、そのための法律草案、学者による試案も提示され、また、すでに、一部、法制化されているといわれるアメリカおよびスウェーデンの実情も紹介されている。

ここで、教示とは、事実ないし法の解釈・適用に関する行政官庁の知識 (Wissen)・見解 (Meinung) の表示であり、確約とは、行政官庁が高権的に将来における自己の行為ないし不行為を約束する自己義務づけ (Selbsterpflichtung) たる行為をいう。そして、学説は、教示じたいは、官庁を拘束する効力を有しないのに対し、確約は、この効力をもつことに、教示と確約との間の概念の本質的差異を求める。ところで、教示・確約に関する法律問題の中心は、教示・確約の拘束性、すなわち、行政官庁は、のちになって、すでに発布した教示・確約の内容に違背する決定をなさない、という問題である。このうち、まず確約の拘束性については、確約の行政行為ないし公法上

の契約的性質から説く見解と、確約に対する相手方の信頼保護の見地から（信頼保護の原則）説く見解に分かれるが、教示の拘束性は信頼保護の原則ないし信義則に基礎づけられる。しかし、これに対し、教示・確約の拘束性を否定する見解も主張されている。本稿は、信頼保護の原則にもとづいて教示・確約の拘束性を認める立場にたつけれども、そのためには、教示・確約の拘束性を認める根拠・要件などについてはむろん、さらに、教示および確約の意義・法的性質・許容性についても触れなければならない。しかし、このような本論に入るまえに、まず、本項において、ドイツの立法および判例における教示・確約に関する信頼保護の原則の適用の概況を述べておく必要があると思われる。

一 立法

一般的に、ひろく行政官庁による教示・確約の発布などについて定める法令は、現在までなかったけれども、個別の成文規定において、これが定められることがある。⁽²⁾これらの規定において、教示・確約の拘束性が定められているときは（たとえば関稅定率教示）、教示・確約の拘束性を認めても行政の法律適合性の原則に違反しないから、この教示・確約中に表明された行政解釈に対する相手方の信頼は、たやすく保護されることになる。これに対し、法令に規定なき、しかも、とくに違法の内容をもつ教示・確約の拘束性を認めれば、一見、行政の法律適合性の原則に違反するかのような印象を与えるから、このような教示・確約に対する相手方の信頼保護をどのように考えるかは、きわめて重要な問題となる。また、日々の行政実務においても、法令に規定された教示・確約の占める重要度は、法令に規定なき教示・確約のそれよりも、量的・質的に劣るといわれる。⁽³⁾また、法令に規定され、かつ、法

令が拘束性を認めない教示・確約であっても、相手方の信頼保護の見地から拘束性をもつことがあるが、これは、法令に規定なき教示・確約の拘束性が信義則ないし信頼保護の原則にもとづいて承認される一事例であると解しうる。⁽⁴⁾したがって、以下、本稿の考察の重点も、法令に規定なき教示・確約におくことにする。

(1) 最近、占有税および取引税領域において、拘束的教示の発布制度の導入を試みる規定を含む法律草案 (AOÄG, 1966) が起草され、議会に提出された。この草案の内容については、とくに Mittelbach, *Steuerauskünfte und Steuerklauseln*, 1967, S. 118 ff. がくわしく触れており、ほかには Pfander, *Die Zusage im öffentlichen Recht*, 1970, S. 64 ff. (以下、*みぎ*) 著書の引用は著者名のみによって行なう) も比較的、くわしく触れている。その後、一九六九年のドイツ租税基本法 (AO) の改正草案の一四七条は課税手続における確約 (Zusage) の拘束性および違法かつ侵益的確約の拘束性の否定を規定するところから、同条は、違法かつ授益的確約の拘束性を認める、ことについては、Immesberger, *Problematik von Zusage und Auskunft im Steuerrecht*, NJW, 1970, S. 1117. また、たゞ一九二八年のドイツ官吏法草案中に、確約 (Zusage) の許容性および確約が履行されないときに認められる損害賠償請求に関する規定が含まれていたことについては Grellert, *Zusicherungen im Beamtenrecht*, 1964, S. 132 Anm. 2 (以下、本書の引用は著者名のみによって行なう)。

(2) その主要なものをいぎにあげよう。(1) 関税法 (Zollgesetz) 二三条の規定によれば、上級財政管理局は、申請にもとづいて、ある商品に対し賦課される関稅定率の教示 (Zolltarifauskunft) を発布する義務を負う。上級財政管理局は、この教示をいつでも取り消し、変更しうるが、しかし、相手方は、その後三ヶ月間はみぎの商品に対しては教示の述べる税率にしたがって関税が賦課されることを要求しうる。ただし、相手方が不当な陳述によって教示を得たとき、あるいは、教示の発布後に法規の変更などによって新税率が定められたときは、教示はみぎの効力を失なう (Vgl. Mittelbach, S. 88 ff.; Pfander, S. 40 ff.)。関稅定率教示は、このような効力をもち AO 二二九条九号もみぎ教示は異議にもとづいて取り消されうると規定する。このことから、行政行為であると解されている (たゞは Zeidler, *Empfehle es sich, die bestehenden Grundsätze*

über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten?; 1962, S. 39; Monreal, Auskünfte und Zusagen von Finanzbehörden, 1967, S. 37—以下、タギニ著書の引用は著者名のみで「」で示す。Plander, S. 43. 反対 Beinhart, Die Verpflichtung der Behörde zur Erteilung von Auskünften, DöV. 1965, S. 482 Anm. 18) など、すべし一九〇二年の関税定率法 (Zolltarifgesetz) は、官庁による拘束的関税教示 (Zollauskunft) の発布義務を定めたこと (Unbekanntoren, Die verbindliche Zolltarifauskunft, B. 1962, S. 751. Vgl. Pfander, S. 40) など、教示発布の申請は書面にて行ない、上級財政管理局は、申請書が必要とされる陳述を含まないことのみ、教示の発布を拒絶しうる。教示は書面に発布される (Vgl. Mittelbach, S. 88 ff.) ② 賃金税施行令 (Lohnsteuer — Durchführungsvorordnung) 五六条によれば、国庫の受託者として従業員の負担する賃金税を徴収し納付する義務を負う雇用主は、この税額などが分からなるときは、営業地の税務署に対し、賃金税に関する法令の規定の適用の有無などに関する教示 (Anrufungsauskunft) の発布を求める権利をもつ。しかし、雇用主はむしろ、税務署もまた、この教示に拘束されなうことになり、タギニ著書は行政行為ではなく、たんなる法の見解の表明にすぎないといわれる (Kampmann, Die Erteilung von Rechtsauskünften durch die Finanzämter, 1963, S. 27—以下、本書の引用は著者名のみで「」で示す。Monreal, S. 37—38; Mittelbach, S. 93 ff.; Pfander, S. 57. 反対 Zeidler, S. 39) この教示の形式については規定されていない。(Vgl. Kampmann, S. 28) ③ 各ランソの建築法令によれば、正式の建築許可を申請するまえに、建築主は、建築官庁に対し、ある土地に建築することの是非・建ぺい率などを含めて自己の建築計画がどのくらい建築法令に合致しているかなどの点に関し、書面によって照会し、これにもとづいて書面による前決定 (Vorbescheid) を得れば、建築官庁は正式の建築許可の発布の手続において前決定に拘束されること。この前決定は、建築法上の確約として異論なく承認されること (Pfander, S. 159—160) に対して、Titel, Zum öffentlich-rechtlichen Thema des 44. Deutschen Juristentages, DRiZ. 1962, S. 309 など、この前決定は固有の意味における確約ではなく、建築許可そのものであると解する (同前 Wolf, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., 1971, S.

322)。建築主は、この前決定によって不必要な労力・費用、たとえば、より正確な建築計画書の作成・提出、土地の購入などをやむを得ないことが起こる(Pfander, S. 159; Wierhaup, Vorabentscheidungen über Bauprojekte, JR. 1960, S. 12)。④ 以上の立法は積極的に教示・確約の発布の権利義務を定めるものであるが、連邦官吏法一八三条一項は、消極的に扶養料 (Versorgung) および俸給 (Besoldung) について、法令の規定する以上の金額を支払うという確約 (Zusicherung) ・合意・和解は効力を有しないと、官吏法上の確約のなかの財産権的確約の主要なものの許容性・拘束性を否定する。なお、法令上、確約について触れる最初のものとされる一八三五年三月七日のザクセン国家勤務者法は、「契約的あるいはそのほかの特別の確約 (Zusicherung) が発布されていないかぎり、本法が適用されねばならない」と規定していたといわれる (Grallert, S. 35)。また、一八六一年五月二四日の法的救済の拡大に関するプロイセンの法律 (das preussischen Gesetzes betr. die Erweiterung des Rechtsweges) 六条は、官吏の財産権的請求権の裁判上の判断にあたっては、官吏に対し発布された *Zusicherung* を顧慮しなればならないと定め、また、ヴェルテンベルクにおいても官吏法上の確約の許容性を認める規定があった (Vgl. Grallert, S. 35-36)。これらの規定から、かつては、官吏法上の契約的確約の許容性・拘束性は認められていたと解しうる。ところが、一九三七年のドイツ官吏法一六七条は、同法に定める以上の扶養料を与える旨の確約 (*Zusicherung*) ・合意および和解は効力がないと定め、この規定の趣旨が、さらに、みぎの連邦官吏法一八三条一項によって、俸給の確約にまで及んだのである。なお、Vgl. Herzig, *Die nichtvermögensrechtliche Zusicherung im Beamtenecht*, Diss. Köln 1959, S. 14 Anm. 1—以下、本書の引用は著者名のみによる。⑤ 教示・確約の発布は手続法分野においても法定されている。たとえば、行政裁判所法 (VwGO) は、連邦官庁が不服申立ての許される書面による行政行為をするとき、連邦官庁に対し一定の教示義務を課すとともに、誤った教示を与えたときは関係人に対し法定の不服申立て期間の不遵守から生ずる不利益の救済措置を定めている (五八条・五九条)。なお、財政裁判所法 (FGO) 五五条にも同旨の規定がある。

(3) たとえば、Zeidler, S. 21. 官吏法上の確約について同旨 Stich, *Die Rechtsnatur der beamtenrechtlichen Zusicherung*,

ZBR. 1956, S. 251.

(4) たとえば、雇用主が賃金税に関する不当な指示にしたがって、長期にわたり法定の税額よりも少額の賃金税を徴収・納付したとき、雇用主は法定の税額を追加請求されないことがある (Kampmann, S. 29)。

二 判 例

(一) 信頼保護の原則にもとづいて違法な確約の拘束性を認める連邦行政裁判所 (Bundesverwaltungsgericht. 以下、BewerwGという) の判例がある。一〇五〇マルクの家具援助決定を行なう旨の調整署 (Ausgleichsamt) の口頭の確約 (Zusage) にもとづいて家具を購入した相手方に対し、戦争による捕虜と家具の必要性との間の因果関係の存在という、法律の定める要件が存しないことを理由に家具援助金の給付が拒否された。BewerwGは、⁽¹⁾ ぎのようにいう。連邦行政裁判所の判例によれば、口頭の確約は、(1) 信義誠実にもとづく信頼保護の原則にしたがって、(2) 確約が法律の禁止 (ein gesetzliches Verbot) に違反せず、(3) かつ、確約を与える官吏が確約を發布する権限を有するとき、官庁をして確約された行政行為の文書による發布を義務づける。⁽²⁾ 確約の拘束性にとっては、確約の違法性ではなく、確約が法律の禁止に違反するかどうかが大切なのである。むしろ、法律は、決定の發布は書面による旨を定めるが、この規定は証明機能 (Beweisfunktion) のみを有する。この規定が官吏の軽卒な行為による拘束から官庁を保護するという機能 (Schutzfunktion) をもつ場合にのみ、これを法律の禁止といいうる。したがって、本件確約は法律の禁止に違反しないと述べた。⁽³⁾

ところが、その後、⁽⁴⁾ ぎの判決にみられるように、⁽⁵⁾ ぎのBewerwGの見解は変わったように思われる。一九

五七年一月、ラント税務署長が、原告たる同署参事官 (Regierungsrat) を高等参事官に昇進させるため、法律の規定によりこの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」、みぎの同意を与えることを拒否した。これに対し、原告は、一九五七年一月、税務署長から、同年一二月一づけをもって原告を高等参事官に任命する旨の確約 (Zusicherung) を受けたから、同日づけで原告は高等参事官に任命されたように法的に取り扱われるべきであると訴求した。この事案において、B V e r w G はつぎのようにいう。確約 (Zusage) の本質は、将来における行為ないし不行為をなすように自己を拘束するという意思でもって行なわれる高権的自己義務づけ (hoheitliche Selbstverpflichtung)、という点にある。官庁をして確約された行政行為 (昇進) の発布を義務づける、という確約の拘束力は、大蔵大臣の同意があつてはじめて生ずる。拘束力を欠く確約は、とくにこの取消しを必要としないが、これは、確約は通例、将来において効力を生ずるといふ確約の本質に由来する。それにもかかわらず、原告は、確約に対する信頼保護の見地にもとづいてのみ、みぎ確約から、自己の主張する請求権を引き出すことができる。ところで、連邦行政裁判所は、瑕疵ある授益的行政行為の職権取消しにおいては、原則として、行政の法律適合性という公益が、この行政行為の存続性 (Bestandigkeit) に対する相手方の信頼利益よりも優越するといふ。このような信頼保護の原則に対する制約は、瑕疵ある確約に対しては、より強められなければならない。ただし、仮の措置 (Provisorium) たる確約は、行政行為に対比して、その存続性は劣ること、さらに、確約においては、行政行為におけるような合法法律状態の回復 (Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes) ではなくて、違法状態の惹起 (Herstellung eines gesetzwidrigen Zustandes)

が問題となっているからである。このような場合において、連邦行政裁判所は、一九六三年九月一二日の判決⁽⁴⁾において、明確に「違法の内容をもつ確約 (Zusicherung) の事案においては——信義則を顧慮しても——原則として、法律の執行という公益が、確約の遵守に対し相手方たる官吏の有する利益よりも大きい」と述べているのは妥当である。かくて、官庁が確約を遵守しなければ、相手方に対し、おそらく受忍することのできない事態 (nahezu untragbaren Verhältnissen) をもたらすときのみ、相手方の信頼保護の見地から瑕疵ある確約は官庁によって履行される。BVerwGは、みぎのように述べて、本件においては、このような事情はなく、原告の確約に対する信頼は保護に値いしないと結論づけた。⁽⁵⁾

本件判決は、最初にあげた判決に対比して、(1) 法律の禁止と区別される、たんに違法な確約の拘束性すら原則として認めず、(2) また、必ずしも明確ではないけれども、違法な確約の拘束性を根拠づける信頼保護の原則を信義則ではなくて、法的安定性に基礎づけるように思われる点において重大な差異があるように考えられる。⁽⁶⁾

(一)・(二) BVerwG, Urt. v. 8. 3. 1956, BVerwGE. 3, S. 199. 法令にもとづいて、原則的には禁止されている外国為替に関する取引をなす資格付与の権限をもつ連邦経済相の名において、同省参事官が、口頭によって、原告の代理人の望む輸入取引は認可され、みぎ代理人はそのために必要な契約を締結しようと確約し (zusagen) た事案であった。OVG Lüneburg, Urt. v. 20. 8. 1960, DöV. 1961, S. 954. 本文にあげた三要件を確約の拘束性の要件としてあげる。なお、口頭の確約は、信義則を基礎とする信頼保護の原則にしたがって書面による行政行為の発布を義務づけるという本文(1)の点はずいぶん ProVG, Urt. v. 10. 10. 1935, OVG. 97, S. 189 にまで認められた (Vgl. BVerwG, BVerwGE. 3, S. 203)。⁽⁷⁾ したがって BVerwG, Urt. v. 7. 12. 1954, NJW. 1955, S. 805 に基づいて BVerwGは、本文(1)の点にもとづいて、住宅

建築のため住居および景観保護地域に存する土地を購入するための認可は発布されることを認める郡の担当の係員 (Sachbearbeiter) による口頭の確約の拘束性を認めた。さらに、その後、BVerwG, Urt. v. 31. 1. 1956, DVBl. 1956, S. 304 において、難民としてニーダー・ザクセンからヴュルテンベルク・バーデンに移住させられた原告に対し、ランドの移住決定において、原告は、「およそ四四マルクの家賃で、台所・浴室付きの三室の新居を得る」と確約された事案において、BVerwGは、本文(1)の点にもとづいて、「おそらく適法な確約の拘束性を認めた(なお、BVerwGは、本件移住決定の内容において、住居が特定されず、かつ「およそ」四四マルクであったことから、原審が確約の存在を否定したのは不当である(とらう))。

(c) BVerwG, Urt. v. 27. 3. 1963, mit Anm. v. Hauelsen, DVBl. 1963, S. 812. なお、本件判例のまえ、BVerwG, Urt. v. 25. 5. 1961, NJW. 1961, S. 1882. の確約の許容性を認める従来のBVerwGの判例を確認して、官庁の裁量余地(Ermessensspielraum)が、官庁をして確約の発布を可能ならしめると説き、さらに、原則として、信頼保護の原則にもとづいて、口頭の確約の拘束性を認め、また、本文(3)の点も認めた。しかし、本文(2)の点に関し、確約が法律の禁止に違反するか、さもなれば違法であるときは、確約は拘束的ではないと述べていた(なお、後者の判例における確約の拘束性についての説明と同旨のものと) OVG Hamburg, Urt. v. 13. 3. 1957, VerwRspr. 9, S. 740。

(4) DVBl. 1964, S. 277. の事案は、このとおりであった。一九五三年まで、Stadtmurat であり、同年四月、高校教師となり、その後軍役についた原告は、軍役中に犯した窃盗などによって懲役刑をうけたことを履歴書に記入しないで、戦後の一九五三年には終身官吏として Stadtmurat に任命され、その後、高等参事官、ついで一九五五年には、Regierungsdirektor に昇進した。その後、一九五八年になって原告の前科が判明したので、内務省の Senator は、原告の退職申請の提出前に、さらに、官吏法上の措置を行なうことは考えていないと確約し、その後一九五九年一月末でもって原告を退職させた。しかし、同年二月一六日、Senator は、かつての原告の高等参事官および Regierungsdirektor への任命を取り消し、

らんに、その後、原告に対し、Stadturnat の職に見合う俸給上の服務年限と扶養料額を確定した。B e r w g は、法律によれば、詐欺によってもたらされた任命は必ず取り消されねばならないから、みぎ確約は違法であるとして、本文にあげた理由でもってみぎ確約に対する信頼 (Vertrauen) は保護されねばならないという原告の主張を拒否した。

- (5) B e r w g, Urt. v. 24. 6. 1966, DVBl. 1966, S. 857. 本件判例は官吏法上の確約の拘束性の問題に関するものである。ところで、官吏法上の確約に関する最初の事案において、ライヒ裁判所 (Reichsgericht, 以下 R G という) は、官吏に対する報酬支払いの確約は撤回されえないとして、財産権的 (vermögensrechtlich) 確約の拘束性を認めた (R G, Urt. v. 25. 4. 1881, JW. 1881, S. 101)。また、R G は、外務省のある職に従事するという条件つきで外務省の予算内官吏のうちも含めるという勤務権的 (dienstrechtlich) 確約 (官吏法上の確約のなかに、主として財産権のおよび勤務権的確約の二種があることについては後述する) によって生ずるにいたった公法上の契約の許容性と拘束性を認めたことがあった (R G, Urt. v. 10. 2. 1903, RGZ. 53, S. 423)。しかし、その後、R G は、ある官職を与え、ないしは昇進させるといふ勤務権的確約は国家の高権に適合しないから、相手方に対し権利ではなく、たんに確約された官職に就くことについての公法上の期待 (Anwartschaft) を生ぜしめるにすぎないと述べて (R G, Urt. v. 4. 3. 1924, JW. 1924, S. 1361 Nr. 8) やらば、みぎ確約は、相手方に対し損害賠償請求権を与えないと述べ (R G, Urt. v. 7. 7. 1926) やらば、この確約にもとづいて官職を求める請求権は、国家および地方自治体の職務高権 (Ämterhoheit) に適合しなかつたため、与えられないと述べ (R G, Urt. v. 25. 2. 1927) この種確約の許容性と拘束性を否定するような見解を述べた (後二者の判決については、Heyland, Die Rechtsgültigkeit von Zusicherungen nach deutschem und preussischem Beamtenrecht, 1932, S. 64-66 以下、本書の引用は著者名のみによる——を参照した)。しかし、その後まもなく、R G は、当初の見解にかえて勤務権上の確約の許容性を一定の要件のもとで認めたといわれる (Vgl. Herzog, S. 57)。

ところで、確約の拘束性を認める R G の判例は確約に対する相手方の信頼保護を理由として、すなわち信頼保護の原則に

もどづいてこれを認めたのではなく、とくに、前記一九〇三年二月一〇日のRGの判決にみられるように、むしろ、確約の契約としての法的性質から確約の拘束性を根拠づけるように思われる点に注意されねばならない。なお、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し、これについては通常裁判所は、いっさい、裁判権をもたず、他方、帝国およびラント(ただし、ハンブルク、ブレーメンなどを除いて)においては、いわゆる列記主義がとられていたため、行政裁判所は法律の定める紛争についてのみ裁判権をもつ。ところで、財産権的権利の訴求は、帝国官吏法一四九条以下において認められた(この条項と同旨の規定はワイマール憲法二一九条、一八六一年五月二四日の法的救済の拡大に関するプロイセンの法律一条および一八九九年七月三〇日のプロイセンの官吏法 (preuß. Kommunalbeamten-gesetz) 七条にみられたこと、Heyl- and, S. 18 Anm. 4)。しかし、勤務権の請求権については、このような法律の規定がなかったので、財産権的確約と同じように拘束性が認められながらも、勤務権的確約の受領者に対しては裁判上の保護は与えられなかった(RG, RGZ. 53, S. 429, u. v. 24. 5. 1901, RGZ. 49, S. 2-3)。

ボン基本法の制定後は、官吏法上の確約の許容性・拘束性は一般に承認された。たとえば、VGH Württ.-Bad. Urt. v. 17. 6. 1949, VerwRspr. 2, S. 58 は、ある官職を志望する相手方の意向に沿って処置し、みぎ官職への任命権をもつ官庁に対しても相手方の意向に沿った決定を行なうように提言するという確約の真実性(Ernsthaftigkeit)を信頼(Vertrauen)して、相手方が従来の勤務関係を解消し、すでに取得していた扶養請求権(Versorgungsanspruch)を放棄した事案におおつて、信義則にもとづいてみぎ確約の拘束性を認めた。また、その後、VGH Württ.-Bad. Urt. v. 31. 3. 1950, DVBl. 1951, S. 121 は、ある官職に任命するという確約の拘束性の要件として、(1) 官吏法を支配する形式厳格性(Formstrenge)との関係から、ある程度の形式要件、少なくとも、なんらかの方法で文書によって告知し、(2) 権限ある国家机关が自己を拘束するという意識および意思(Bewußtsein und Willen)をもつこと、をあげる。そして、第三の要件として、「信頼保護」すなわち、確約の拘束性を争うことが信義誠実に違反する、ということをおげるべきかどうかは、

本件においては述べなくてはならない」と判示した(官吏法上の確約の許容性・拘束性を認めるその後の判例については Grellet, S. 29 Anm. 18 参照)。

さらに、手続法的にも、基本法一九条四項に定める概括主義の採用などによって、財産権ないし勤務権上の確約のいずれの受領者も、確約にもとづく権利を行政訴訟によって訴求できることになった (Vgl. Grellet, S. 125 ff.) (なお、法律上の財産権的確約の重要部分の許容性・拘束性が否定されていることについては本稿一・一注(2)参照)。

(6) もっとも、本件判例が、信義則に触れている一九六三年九月一二日の判決を引用し、かつ、信頼保護の原則にもとづいて瑕疵ある確約の拘束性が認められる場合として、相手方に対し受忍することのできない事態をもたらすとき(この点は、その後、BVerwG, Urt. v. 19. 1. 1967, DVBl. 1967, S. 663 においても確認された)と述べているのは信頼保護の原則を信義則に基礎づけるように思われなくもない(次注(7)参照)。しかし、BVerwGは、瑕疵ある授益的行政行為の職権取消しの可否の決定において基本法二〇条三項の法治国原理にもとづく利益衡量を行なうさい、みぎ行政行為の存続に対する相手方の信頼保護を法的安定性の原理に帰属せしめている。本件判例は、瑕疵ある確約に対する相手方の信頼保護の問題を考えるのに瑕疵ある授益的行政行為の職権取消しにおける原則を類推的に適用するのであるから、本件判例は、瑕疵ある確約における信頼保護の原則を、信義則ではなく、むしろ法的安定性の原理に基礎づける、と解するのが妥当であろう。

(7) Pappermann, Das Formerfordernis bei Zusagen, ZBR. 1968, S. 203 は、BVerwGの見解は本文にあげた(1)・(2)・(3)の三要件が存するとき確約の拘束性を認める趣旨である、と解する。すなわち、本件判例は、前述した判例のあげる確約の拘束性のための(2)の要件について論じ、法令上、必要とされる他官庁の同意を欠く確約は、この(2)の要件を充足しないから拘束性がないと判示した、と解するのである(S. 203 Anm. 12 参照)(なお、前注(6)参照)。

なお、この点に関して、BVerwG, Urt. v. 28. 10. 1959, DöV. 1960, S. 225 は、違法な確約の拘束性を信義則にもとづく信頼保護の原則から根拠づけ、さらに、この信義則は法秩序の核心(Kern)を成すから、「違法な行政行為の存続効を認め

れば法治国は自己を放棄する」(フォルストホフ) ことにはならないとして、信義則は法治国原理の構成要素であるかのよう
に判示した点が注目される。この事案はつぎのとおりであった。一八九五年生まれの原告はソヴェト占領地域に住み、寡婦
年金をうけていたが、一九五三年三月、被告 Senator は、原告に対し、無期限の移住許可の発布後に住居を西ベルリンに移
せば扶養請求権を与えると確約し (zusagen) 、みぎ移住許可後に原告は西ベルリンに移住したので、同年一月、被告は原
告に対し寡婦年金の給付決定をした。翌年一〇月、原告による法定の期日の要件 (Stichtagsvoraussetzung) の不遵守を理由
として行なわれた被告による年金支払決定の取消しは、信義則に違反するとして過去のみならず将来にわたって排除される
と判示された。本件事案は、一般に、瑕疵ある授益的行政行為の職権取消しの問題と考えられるようである (遠藤博也・行
政行為の無効と取消六五―六六、七〇―七二頁参照)。

(二) 信頼保護の原則にもとづいて違法な教示・確約の拘束性を認める連邦財政裁判所 (Bundesfinanzhof、以下 B
FH という) の判例がある。不動産取得税法六条の規定によれば、設立後二年になる会社の財産から不動産を持ち
出した社員は、同条に定める租税の優遇措置をうけることはできず、この優遇措置をうけるためには、みぎ会社が
不動産の持出しませえ五年以上存続していなければならなかった。ところが、みぎ持出し契約の締結まえに行なわれ
た社員の照会に対し、税務署の担当の課長 (Sachgebietsleiter) らは、本件不動産の持出しにはみぎ規定の定める優
遇措置が適用される旨、口頭で確約 (Zusage) した。この契約締結後に不動産取得税仮決定がなされたのであるが、
この理由として、被告税務署は、このような優遇措置が適用される旨の教示 (Auskunft) は明らかに法律に違反す
るから有効ではない、と主張した。BFH はつぎのようにいう。明らかに法律の規定に違反する教示には、すべて
拘束力がないとはいえず、この教示を得た納税義務者は信義誠実による保護をうけることもありうる。このように

いうことは、被告税務署の引用する第六部の判決——明らかに法律に違反する確約(Zusicherung)は無効であり、このことは、とくに納税義務者が確約の違法性を知っていたか、または知ることができた場合に妥当する、というもの——に違背するものではない。ただし、第六部じたい、そのほかの部と同じように、強行法規に違反する教示が税務行政庁を拘束することを、しばしば肯定してきたからである。⁽²⁾

ここで、違法性を純粹に客觀的に理解すれば、違法な教示・確約の拘束性は否定される。しかし、BFHが違法性をこのように解さないことは、本件判例にみられるとおりであり、この判例の解釈は妥当である。したがって、第六部の判決が、明らかに法律に違反するものとして、納税義務者が確約の違法性を知っていたか、知りうる場合をあげているのは、これを例示的ではなく、制限的なものと解すべきであろう。⁽³⁾ 法を知らない相手方が教示・確約の違法性を知っていたか、知りうるのは、例外的事案にかぎられる。したがって、たとえ、信義則を基礎とする信頼保護の原則を顧慮しても、租税法領域における違法な教示・確約の拘束性は原則として認められない、とBFHが説くようにには思われな⁽⁴⁾い。

(1) BFH, Urt. v. 4. 8. 1961, NJW. 1962, S. 319 (本件判例は、中川一郎「税法における信義誠実の原則に関する西ドイツの裁判例」シュトイエル八一号四四頁以下に紹介されている)。この判例は、それまでの確約に関するBFHの各部の判例を総合的に評価し要約して、確約の拘束性の要件(この要件については後述する)を抽出しており、重要な判決としてそのほかの判例・学説などにしばしば引用される。

(2) BFH, Urt. v. 9. 5. 1967, Slg. 89, S. 20 (本件判例は、中川「前掲資料」シュトイエル六八号三五頁以下に紹介されるところ)。

(c) Weisensee, Auskunft, Zusage und Vereinbarung im Steuerrecht, DSiz/A. 1964, S. 181 及び「明らかに法律に違反する」確約の意味をこのように解して、官庁のみが確約の違法性を知っているときは信頼保護の原則にもとづいて確約は拘束的となるといふ。これに対し、Monreal, S. 81 は「みぎの第六部の判決を考慮に入れたうえで、BFHは、行政の法律適合性の原則および課税の平等原則にもとづいて違法な教示・確約の拘束性を否定する」と考ふる（同旨認識をするもPlander, S. 273-274）。

(4) ライヒ財政裁判所 (Reichsfinanzhof, 以下RFHという) は「行政訴訟手段 (Rechtsmittel) に関する教示についてのおそらく最初のケースにおいて、「納税義務者が誤った (falsch) 教示を信頼して行政訴訟手段を取り下げたときでも、のちに、ふたたび行政訴訟を進行」しようとするべく (RFH, Urt. v. 24. 9. 1924, StW. 1924, Sp. 1420 Nr. 520, u. v. 13. 1. 1926, StW. 1926, Sp. 312 Nr. 53) 不当な (unrichtig) 教示の拘束性を認めたが、しかし、これは信義則ないし信頼保護を理由としてではなかったように思われる。ところが、その後、納税義務者が、自己が意図し、のちに実行した行為に対して不動産取得税が賦課されるか照会したのに対し、ラント税務署長は、不動産取得税法一条および一五条にいう租税債務は生じないと教示し、のちに、この教示に適合しない租税の査定処分がされた事案において、RFHは、この教示の拘束性を否定しても信義則に違反しないとして、その理由をつぎのように説いた。まず、この教示はAO二二〇条二項にいう確認決定ではないこと、納税義務者が教示を信頼して行動しても、それは自己の危険において行為しているにすぎないこと、租税法は財務官庁の法の見解の変更を広汎に許しているが、これは、租税債権者は、契約当事者として租税債務者に対置するわけではないから、民法におけるように租税官庁による請求権の放棄は一般に許されないこと、をあげた (RFH, Urt. v. 29. 7. 1927, StW. 1927, Sp. 757 Nr. 535)。この判決にその後のRFHも従うといわれるが (Kampmann, S. 59-60) しかして、RFHは、その後、一九四一年九月一〇日の判決において、税務署が行政訴訟手続を避けるために租税決定を納税義務者の有利に変更するという合意 (Vereinbarung) をすれば、税務署はその確約 (Zusage) に拘束される」と述べたといふ (vgl. 行政法における教示・確約と信頼保護の原則 (一) (二)部)

BFH, Urt. v. 26. 5. 1961, NJW. 1962, S. 511)。

これに対し、BFHは、信義則にもとづいて違法な教示・確約の拘束性を認めたことも少なくない (Montreal, S. 73 ff. にその若干の具体例が紹介されている)。たとえば、BFH, Urt. v. 6. 3. 1957, BStBl. 1957 111 S. 173, Slg. 64 S. 464は、一九五五年五月六日、納税義務者が電話によって新法よりもおよそ13%低い税率を定める法律の利益をうけるためには自動車税は本日あるいは翌七日のいずれに納付すべきか照会し、税務署が七日まで旧法が適用されると述べ納税義務者がこの教示にしたがって七日に納税した事案において、実際には七日に施行された新法にしたがったのちの租税賦課処分は信義則に違反するとして、違法な教示の拘束性を認めた (なお、Friedrich, Zur rechtlichen Bedeutung von Zusagen eines Finanzamts, FR. 1958, S. 505-506 によれば、信義則にもとづいて確約の拘束性を認める一九五五年一月一日の未公表のBFHの判決があるという。なお、Weissensee, aaO S. 183 の引用する判例参照)。また、行政争訟手段の取下げに関する事案においても、すでに一九五二年七月三日のBFHの判決 (BStBl. 1952, 111 S. 241, Slg. 56, S. 627) は、税務署の不当な教示の拘束性を認めた。さらに、その後、BFHは、法を知らない納税義務者が不当な教示の正当性 (Rechtmäßigkeit) を信頼して行なった行政争訟手段の取下げを無効にする教示の要件として、(1) 書面であること、(2) 権限を有する税務官庁が (拘束性を) 留保しないで発布すること (したがって、上級審に係属中の手続に関しては税務官庁は拘束的教示を発布しえないという)、(3) 発布時において不当な教示たること (したがって、発布時に正当な教示がのちの判例変更により不当とされたときは、この教示は争訟手段の取下げを無効にはしない) をあげ、この三要件が充足されるとき、税務官庁が争いえなくなった租税決定の確定力を援用するのは信頼保護の原則に違反する、と述べた (BFH, Urt. v. 19. 12. 1958, BStBl. 1959 111 S. 116, Slg. 68, S. 296)。しかし、その後、BFHは、通常の租税上の教示・確約に関するBFHの判例にしたがって、みぎ(1)の書面性の要件は必要ではなく、これは立証問題にすぎず、また、みぎ(2)の要件についても、法を知らない納税義務者が問題となっているかぎり、信頼保護の見地から、上級審、たとえばBFHに係属中の手続における納税義務者

の争訟手段に関する税務署の不当な教示の拘束性を認め、さらに、担当の係員 (Sachbearbeiter) もこのような拘束的教示を發布しうることを認めた (BFH, Urt. v. 17. 8. 1961, BSBl. 1962 111 S. 107, Stg. 74, S. 284)。なお、BFHは、*みぎ*のことは不当な教示にゆき、当初からの争訟手段の不起の場合にも妥当すると解してゐることをいふことは、*Massen*, *Beachtlichkeit eines Motivirums des Steuerpflichtigen nach falscher Auskunft durch das Finanzamt*, B. 1960, S. 100.

なお、*Monreal*, S. 73, 77 は、*みぎ*の二つの判決にわたって、BFHは従来の判例を根本的に変更したという。ただし、BFHは、法律に違反する教示・確約の拘束性を否定し、立法者によって財務官庁に対し決定余地 (Entscheidungsraum, BFH, NJW. 1962, S. 512) ならし判断余地 (Beurteilungsspielraum, BFH, NJW. 1962, S. 320) を与えられた問題に関する教示・確約の拘束性のみを認める、と解するからである。しかし、*モンレアル* (Monreal) が、この二判決以後BFHは違法な教示・確約の拘束性を原則的に認めないと解するのであれば、*モンレアル*の見解は妥当でないように思われる。

(三) *つぎ*のような連邦社会裁判所 (Bundessozialgericht. 以下BSGとしよう) の判例がある。原告は、被告行政庁による「離婚した夫に対する扶養料請求権を放棄しても、しなくても、国から受ける寡婦更生年金額には影響を及ぼさない」という教示 (Auskunft) を信頼して、離婚した夫との間に、夫に対する扶養料請求を放棄する旨の合意をした。ところが、のちに、被告行政庁は、原告の離婚した夫に対する扶養料請求は毎月九八・八〇マルクとし、これを考慮に入れて寡婦更正年金の給付決定をした。この事案において、BSGは、まず、本件寡婦更生年金の給付決定の合法性を認めたと*つぎ*のように述べた。前記教示は、そのなかになんら確約 (Zusicherung) と *Zusage* を交互に用いる (を含まず)、たんなる行政の意見の表明 (schlichte Verwaltungsäußerung) であつて、それじたい直接の法的効果はなく、拘束力をもたないから、たとえ信義則にもとづく信頼保護の原則によつても、行政は、教示

にしたがって違法な決定をなすことを義務づけられず、法律関係を合法的に規律することを妨げられない。被告行政庁は、法律上の要件が具備される場合にのみ、本件年金の交付決定をなすべきであって、この決定は被告行政庁の裁量領域 (Ermessensbereich) には存しない。被告行政庁は、のちほどの年金決定にさいし、不当な教示に対する原告の信頼を考慮しうるための形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) をもたない。拘束的でない教示に対する市民の信頼は、職務義務違反にもとづく損害賠償請求によって保護される。⁽¹⁾

このように BSG は、原則として違法な教示の拘束性は、たとえ信義則を基礎とする信頼保護の原則によっても認められず、違法な教示に対する相手方の信頼の保護は、基本法三四条ならびに民法八三九条の職務義務違反にもとづく損害賠償請求訴訟による、と考えていることが分かる。⁽²⁾

(1) BSG, Urt. v. 25. 10. 1966, BSGE. 25, S. 219.

(2) しばしば、学説などに引用される BSG, Urt. v. 21. 3. 1961, NJW. 1961, S. 1646 は、本文にあげた BSG の判例とほぼ同旨であるが、さらに、現代の法生活において、市民は、費用・労力の多大の消耗を伴う自己の決定をなすまゝに、この決定をなしうるための行政官庁の将来の決定に対する保証を得たいという強い欲求 (ein dringendes Bedürfnis) をもつこと、教示はむろん、確約 (Zusage) も行政行為ではないから瑕疵ある授益的行政行為の取消しに關する一般行政法上の原則は適用されないこと、および、だれも法律に違反する行為をなすことを義務づけられないという民法一三四・一三八条に由来する一般法思想にもとづいて確約された行為が法律の命令ないし禁止 (gesetzlichen Gebot od. Verbot) に違反するときはこの確約は拘束的でないとして、これ以外のたんなる違法な確約の拘束性を信義則にもとづく信頼保護の見地から認める可能性などを示した。この事案はつぎのとおりであった。一九五四年一月、被告疾病金庫 (Krankenkasse) は、従来、

一ヶ月の分担金が一〇・〇八マルクである俸給クラスⅦに属していた原告を、一ヶ月の分担金が一七・二八マルクであるⅧクラスに置き換えた。原告の主張は被告は一九五一年八月一四日づけの書簡において、原告が昇給し、かつ、原告の申請にもとづいてのみ分担金額を上げると、確約したから（BSGは、みぎ書簡には教示および確約が含まれるという）、被告のみぎ行為は許されない、というのである。

二 教示・確約の意義

一 教示・確約の概念および種類

(一) 学説の多数は、教示および確約の両概念を相互に区別するメルクマールを行政官庁に対する拘束性の有無において、教示はこの拘束性をもたないのに対し確約はこれ⁽¹⁾を有する、と説く。しかし、この多数説は、そのなかに若干性質を異にするつぎの二つの説を包含するように思われる。すなわち、第一説は、教示とは事実ないし法の解釈・適用に関する行政官庁の知識 (Wissen)・見解 (Meinung) の表示であるのに対し、確約は行政官庁が高権的に将来における自己の行為・不行為を約束する意思表示であるとして、法的内容の面からも教示と確約の間を区別する⁽²⁾。この点に關し、官吏法上の確約の概念について、学説は、⁽³⁾ 圧倒的に、公法上の雇主 (Diensther) が、個々の、もしくは個別的に特定しうる多数の官吏ないし官吏志望者 (Beamtensanwärter) に対し、一般に現行官吏法規の規定する以上の授益的地位を与える公法上の法律行為であるという⁽⁴⁾。この見解は、みぎに述べた第一説に對比して、確約の法的内容を明らかにしようとする意図は同じであるが、必ずしも確約の高権的性格を明確に説いていない

どの点において第一説と異なる。これに対し、第二説は、教示と確約の本質的概念的差異を拘束性の有無に求めるが、それ以上に、確約の概念要素として、官庁の表示の内容を問わない点において、第一説とは異なる。さらに、第三説は、租税法上の教示・確約に関して主張され、BFHの判例によれば教示および確約のいずれも信義則なし信頼保護の原則にもとづいて拘束力をもつことを理由として、教示と確約との間の本質的概念的差異を拘束性の有無におく多数説は、両概念の相互間を峻別しえないと批判し、将来における裁量決定を表わす官庁の表示が教示であるのに対し、裁量の余地のない決定を表明する官庁の表示は確約であるとして、官庁の表示の法的-content面からのみ、教示と確約との間を区別する。

おもうに、第三説が批判の対象とするのは、第二説、とくに確約も教示と同じように信義則を基礎とする信頼保護の見地から拘束力をもつと説くBFHの見解である。第三説の批判したいは妥当であるから第二説は適切ではない。これに対し、第三説の批判は、第一説に対しては妥当しない。けだし、第一説は、拘束性の有無という官庁の表示の法的効果の面のみからではなく、あわせて法的-contentの面からも教示と確約との間の概念的区別をするからである。さらに、第三説したい、教示と確約との間を本質的に区別する概念的メルクマールをたてているかは、疑問のないこともない。これに対し、第一説による、とくに法的-content面からの概念的区別(確約を發布する「官吏の拘束的意思」を確約の概念内容に含めるのであれば、⁽⁷⁾この点には賛成しえないが)は妥当であり、これによって官吏法上の確約も含めて統一的に確約概念を把握しようるように思われる。

(1) この確約にあたる用語として、判例・論文は、明確に理由づけることなく *Zusage* もしくは *Zusicherung* を用いるが、

Zusage の方が多く使われる(第四回ハンノウ法曹大会の決議の Zusage を使用するの Mitteilung: 44. Tagung des Deutschen Juristentages in Hannover, NJW. 1962, S. 1834 ff.)。ただし、官吏法上の確約とついで、むしろ法令・判例(序説参照)・論文の Zusage の方が多く使われる(Grellert, S. 40-41 の Zusage を使用するのが妥当であるというが、その理由を明確に述べない)。しかし、最近では官吏法上の確約とついで Zusage を使用する判例も少なくなっている。たゞ、BVerwG, DVBl. 1966, S. 857. u. DVBl. 1967, S. 663; BGH, Urt. v. 27. 4. 1970, DVBl. 1970, S. 861)。¹⁾ なぞ、Bank, Die Problematik formloser Zusicherungen im Beamtenverhältnis, ZBR. 1964, S. 38 の Zusage には、官庁の高権的行為を対象とするものにかぎる旨を示唆する。

(2) たゞ、Pieper, Zur öffentlich-rechtlichen Zusage, VerwArch. 1968, S. 218; Schroeder-Printzen, Allgemeines Verwaltungsrecht in Leitsätzen, 2. Aufl., 1970, S. 54-55; Hamann, Zusicherungen im öffentlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Dienstes, RiA. 1962, S. 177; Kampmann, S. 7. なぞ、第四回法曹大会の結論(a a O NJW 1962, S. 1855)をよび、BVerwG (本稿 I・II・(一)参照)は、「拘束力」ということとは用いないが、やはり同旨であるように思われる。なお、このように教示と確約との間を概念的に区別したのも、表明された確約のなかに教示もまた同時に含まれることが多いと説くものが少なくなっている。たゞ、Maassen, Regelungen mit dem Finanzamt, 1959, S. 61 (以下、本書の引用は著者のみにより行なう); Kampmann, S. 8. なぞ、Strokkamp, Zusage im Verwaltungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Zusage im Beamten- und Steuerrecht, Diss. Würzburg, 1965, S. 7 (以下、本書の引用は著者のみにより行なう)は、具体的教示は確約であるという。他方、教示に厳密な意味における確約を含めて解するものも少なくなっている。たゞ、Nake, Neue Entscheidungen zur Verbindlichkeit von Auskünften des Finanzamts, StWa. 1964, S. 58 ff.)。これは、よって、BdH のほか、第二説に属する見解が多くなっている。

行政法における教示・確約と信頼保護の原則 (一) (二部)

(二二九) 八五

屈される。

ゆゑに、確約と合意 (Vereinbarung) は、同一の事項について両概念が混同して用いられることもあるが (たとえば Apelt, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, 1964, S. 107 ff; Zurmahr, Die Rechtsgültigkeit von Vereinbarungen oder Zusicherungen über die Begründung und Gestaltung eines Beamtenverhältnisses, ZBR. 1954, S. 200 ff; Hertzig, S. 7; Bullinger, Beamtenrechtliche Zusagen und Reformgesetzgebung, 1972, S. 1 ff. (以下、本書の引用は著者各のみによって行なう)、両概念を区別して、官庁の確約と相手方の確約とが対置してゐるとせ、ここに合意がみられる、と解されることもある (Massen S. 64+65. ゆゑに Strotkamp, S. 16 は、確約は行政行為であるが、合意は公法上の契約であるといふ Weisensee, aao S. 180 は、確約は将来の事実に関して与えられるが、合意・和解は、すでに実現された事実の租税上の取扱うに関するものであるといふ)。確約と概念的に区別された合意については、本稿の考察の対象から除かれる。さらに、確約の中に合意はむしろ、契約・和解 (Vergleich) をも含め、解やゆるぎに Rusch, Sind Auskünfte und Zusagen der Steuerbehörden an Steuerpflichtige rechtsverbindlich?, DGenStZ. 1958, S. 18.

(6) この表現において、いわゆる一般処分たる確約が念頭におかれてゐる (Vgl. Heyland, S. 95)。ただし、Grellert, S. 110 は、官吏法上の確約の契約的性質を承認する以上、一般処分たる確約の存在は認められないという。ほかに、確約一般について、一般処分たる確約の許容性・拘束性を承認するものに Zeidler, S. 42, 49; Pieper, aao S. 247 Anm. 117; Strotkamp, S. 22. なお、不特定の官吏等に対し、本文に述べる法的地位を与える約束は、確約の概念に含めないので妥当であるといふ (Heyland, S. 3-5; Hertzig, S. 5-7; Strotkamp, S. 22.)

(7) Heyland, S. 3 の提唱にかかるとこの確約の概念規定は、その後の学説におつて、ひたすら承認されてゐる (たとえば、Zurmahr, aao S. 200; Thiele, Zur Frage der Rechtsgültigkeit sog. dienstrechtlicher Zusicherungen, DöD. 1958, S. 101. 後述のよつて、官吏法上の確約の公法上の契約的性質を説く Hertzig S. 12, 15, 24 を回す必要が、Grellert, S.

150 は、異なる概念規定をする。

(5) B. H. H.の見解がこれである (Vgl. Montreal, S. 21-22)。同旨字説として、Innesberger, aaO S. 1117. なお、Zeldler, S. 14, 43 が確約は特殊の性格をもつ教示であるという前提にたつて、確約は拘束的法的教示であるが非拘束的確約は教示であるというのと同旨である。

(6) Montreal, S. 23 ff. はこのように述べて、税務署が、法律の範囲内において、所得に対し15%の課税をすると述べたと共に10%~20%の間で課税すると述べたときとは差異があり、前者の表示は確約であるが、後者の表示は教示であると説く。同旨結論 Ratz, Bindung der Verwaltung nach Treu und Glauben, insbesondere durch Auskünfte, StW. 1959, S. 127. なお、官庁の表示の拘束性という法的効果の面から教示と確約との間の概念的区別を行わない点では、次注(7)におけるタイプケ (Tipke) もこの少数説と同旨である。

(7) 第一説のうちこの点を明示するものに B. V. e. r. w. G. の判例、Schroeder-Prinzen, aaO S. 55 がある。なお、Strotkamp, S. 9 ff. 確約の定義にあつては、官吏が自己の発布する確約は拘束的であるという意識および意思をもっているかどうか重要な点であると述べ、おひた、Tipke, Bindung an Zusagen und Auskünfte, StW. 1962, Sp. 703 が、多数説を批判して、確約は義務づけ意思 (Verpflichtungswille) をもつて行なわれた表示のみを概念要素とするのに対し、義務づけ効果 (Verpflichtungseffekt) は、撤回性 (拘束性) の問題であると述べる。これらの点については疑問がなぐはないことは後述する。

(二) 教示については、⁽¹⁾ いろいろの分類法があるが、概して、⁽²⁾ 一般的教示と具体的教示、あるいは、事実の教示と法的教示の分類法がひろく行なわれており、この分類法は、⁽²⁾ 教示の法的性質・拘束性などを考察するのに有益であると思われる。具体的教示は、(1) 特定の相手方に対し、かつ、(2) 特定の具体的生活事実に関して与えられる教示であり、これに対し、みぎ(1)・(2)の双方もしくは、いずれか一方のメルクマールをもたない教示が一般的教示で

ある。⁽³⁾ 具体的教示とは異なり、一般的教示については、相手方の教示に対する信頼保護を考慮に入れても、この教示の拘束性は生じない。⁽⁴⁾ また、事実の教示とは、たとえば、勤務時間・住所・道路状況など事実のみに関する教示をいい、この教示は、その発布の手続は別として、その内容は適法・違法の基準では評価することができない。これに対し、法的教示は、法状況に関する教示をいい、この教示の内容は適法・違法の評価が可能である。通例、法を知らない相手方の信頼の対象となり、したがって、その拘束性の有無が問題となるのは、法的教示である。法的教示には、要件事実(Tatbestand)に関する教示と法的効果に関する教示とがある。しかし、具体的事案においては、事実の教示、要件事実に関する教示、法的効果に関する教示の相互間の区別は、むづかしいことがある。⁽⁵⁾

これに対し、確約については、通例、法的行為を約束する確約はあっても、事実を約束する確約は存しえないといわれるが、必ずしも後者の確約の存在をすべて否定することはできないように思われる。⁽⁶⁾ このほか、いろいろな確約の分類法が主張されているが、⁽⁸⁾ 一般に、教示におけるように一致した分類法は行なわれていないようである。⁽⁹⁾ しかし、官吏法上の確約については、確約の受領者の人的側面における授益をその直接の目的とする勤務権上の確約(主要なものとして任命・昇進・再雇用などの確約がある)と経済的側面における授益をその直接の目的とする財産権上の確約(主要なものとして、官吏の俸給および扶養料の額・支払方法に関する確約がある)に分けるのが通例である。⁽¹⁰⁾

(1) Zeidler, S. 15 ff. に種々の分類法があげられている。

(2) 租税法上の教示について、たはなは、Kampmann, S. 5ff.; Montreal, S. 16 ff.

(3) Monreal, aao.

(4) Vgl. Raatz, aao S. 127.

(5) Zeidler, S. 15-17. ちひひ Zeidler, S. 16, 38-39 は、通例、要件事実が明確であれば法的効果も明確であるから、要件事実の教示と法的効果の教示との間の明確な区別は、法効果裁量の領域においてのみ可能である、という（同旨結論 Reinhardt, aao S. 482 Anm. 15）。

(6) Zeidler, S. 41; Strookamp, S. 10. 以下に對し、Monreal, S. 26-27 は、租税法上の確約について、本文にあげた法的行為を約束する確約（これを、さらに要件事実概念を対象とする確約と、法的効果を対象とする確約に分ける）に對置させ、一定の事実を推定する確約をあげる。

(7) たとえば、VGH Württ-Bad, VerwRSpr. 2, S. 58（本稿Ⅰ・Ⅱ・（一）注（5）参照）は、この種確約の拘束性を認めた判例であると解しうる。なお、次注（8）参照。

(8) Vgl. Monreal, S. 26-27（前註（6）参照）。なお、Zeidler, S. 41-42 は、確約の法的性質の問題を考慮するにあたって重要な分類法として、(1) 法律を確約したように執行するという確約、(2) ある官庁が他官庁において行なわれる手続にやら異議を述べないという確約、(3) ある官庁が請願を他官庁に對してあつせんするという確約、(4) 一般人に對する確約の四種類をあげる。Strookamp, S. 11 は、行政行為の發布ないし不發布を目的とする確約と、それ以外の行政作用を対象とする確約に分類し、この分類法がもっとも重要であると考えるようである。

(9) ところで、周知のように、わが国において、行政法上の關係に禁反言の法理を適用する判例があつた（東京地判昭和四〇年五月二六日判例時報四一一号三三三、三五頁）。この事案において、相手方法人に對する、稅務事務所長の「本件土地建物は……非課稅の取扱いをするに決定した」旨の通知は、本稿にいう將來における官庁の不行為を約束する「確約」に当たり、さらに、この確約のなかには、固定資産稅の賦課を定める地方稅法の規定は適用されない、という具體的・法的

「教示」が含まれていると解しよう。

(9) Heyland, S. 6 は、その第三の確約として、勤務権および財産権上の授益を同時にその直接の目的とする確約をあげ、この例として、官吏志望者を官吏に任命すると同時に、かれに対し特別の手当を支給するという確約をあげる(ただし Vgl. Herzig, S. 11. 又その三分法をいふものとして Thiele, aaO S. 101-102; Herzig, S. 11, 22-23. など Vgl. Grellert, S. 43-45)。その Heyland, S. 44, 56 ff. は付款つき財産権的確約の存在を認め Herzig, S. 125; Grellert, S. 117-119 は付款つき勤務権的確約の許容性も認め Stich, aaO S. 252-253 も基本的にはヘルツィヒ (Herzig) と同意であるが、ただ解除条件つき確約の許容性は認めない。これに対し、侵益的確約は、確約は相手方に義務を課すことなく、ただ官庁のみを義務づけるといふ確約の本質に反するから確約の概念に含めるべきではないといわれることがある (Vgl. Kellner, Referat zum Thema des 44. Deutschen Juristentages, Verhandlung des 44. Deutschen Juristentages, Band II Teil D. 2. Abteilung, 1964, S. 58. また Trittel, aaO S. 309 は侵益的決定を対象とする確約は確約に不可欠の要素たる自己拘束がみられないから、これを威嚇 (Androhung) ないし通告 (Ankündigung) と呼ぶ方が、言語上も法的にも妥当であるという。また、確約すなわち授益的行政行為とするものには、たとえば Stich, aaO S. 251; Thiele, aaO S. 101; Wiggert, Die Zusicherung einer Ernennung oder Beförderung im Beamtenrecht, DöV. 1959, S. 170; Schütz, Die Zusage im Beamtenrecht, DöD. 1969, S. 22.)。しかし、たとえ確約の法的性質を行政行為と考えて、確約はその発布の瞬間から具体的法的効果を及ぼすと解しても、相手方に対する義務づけは確約された侵益的行政行為などの発布があつてはじめて生ずるよう思われる。したがつて侵益的行政作用を対象とする確約も確約概念に含めて解するのが妥当である。

二 教示・確約の現代的意義

現代行政法における教示・確約の意義について、ツァイトラーはつぎのように述べる。民主主義国家における行

政は、立憲君主制における行政よりも、はるかに法律に依存する行政である。ところで、わずかな専門家だけに、その内容が分かる法律にあっては、公布された規範は公衆に知られているという推測は、Fiktion にすぎない。このような事情においては、行政は、支配 (Herrschaft) 者ではなく、奉仕 (Kundendienst) 者たるべきであり、行政は、個々の市民、ことに社会的弱者たる市民の利益のために助力すべきである。市民は、ある計画・事業をおこすとき、前もって、法律を具体化する官庁が、かれに對しどのように法律を適用するかを知りたい。市民は、不利益をさせ、利益を得るためにをすべきかを、官庁の助言によつて決定しようとする。このときにあつて、官庁のなす教示・確約が市民の手助けとなる。このような市民の行政に對する強い依存性のなかに教示・確約問題の根源がある。⁽¹⁾

このようなツアイトラーの見解は、ひろく学説の承認を得ており、また、明示的にこれを認める判例もあり、きわめて妥当な見解であるように思われる。⁽⁴⁾ 教示・確約のもつ現代的意義をこのように考えるならば、教示・確約の内容・発布の手續などが、適法なときはむろん、さらにたまたま違法であつたとしても、⁽⁵⁾ 教示・確約の拘束性を承認すべきであらう。けだし、市民は法律に明るくないからこそ、教示・確約の発布を求めたのに、違法な教示・確約の拘束性が否定されるのであれば、市民は発布された教示・確約の合法性を確認したうえで、自己の決定をしなければならなくなる。かくて、ほんらい市民の手助けをするための教示・確約は、それが発布されたことによつて、市民に對し、より多くの負担を課すことになり、これは、前述した教示・確約のもつ現代的意義を失なわせる結果となるからである。⁽⁶⁾

(1) Zeidler, S. 10-13.

(2) 教示・確約一般について Rohrer-Kahlmann, *Bahördliche Zusagen und Vertrauensschutz*, DVBl. 1962, S. 625; Benhardt, aO S. 481; Strotkamp, S. 2; Berninger, *Die Bedeutung und Wirkung der Zusage für die Verwaltungspraxis*, Bundeswehrverwaltung 1968, S. 281; 租税法上の教示・確約について Heinlein, *Ist das Finanzamt vor Durchführung der Veranlagung zur Auskunft verpflichtet?*, DStR. 1956, S. 341-342; Rusch, aO S. 18-19; Nake, aO S. 1193; Flick, *Verbindliche Auskünfte des Finanzamtes*, StW. 1961, Sp. 249; Thoma, *Zur Frage einer Betriebsprüfungsordnung und zur Frage von Vorwegentscheidungen und verbindlichen Zusagen*, StbJb. 1960/61, S. 24 ff. なお、Kampmann, S. 2-4 も同旨のことを述べるが、さらに「税務署は、課税手続において必要とされる納税義務者の協力義務を履行させるためには、納税義務者による教示・確約の発布の要求にこたえなければならないと説く。さらに「Czyliwk, *Die Erteilung von Rechtsauskünften durch die Finanzämter*, DStR. 1960, S. 99 は「本文にあげたことは、教示・確約の許容性のためいわば、'実際の理由にすぎないとし、課税手続における税務署と納税義務者の協力義務——AO 160条以下にこれを定める規定があることを述べる——に、教示・確約の発布を許す根拠があるという。しかし、私見によれば、このように納税義務者の協力義務から、教示・確約の発布の必然性を根拠づける見解は、それだけでは形式的論理にすぎず、これ以上に、真に教示・確約の発布を必然的なものとする現代における市民の行政に対する緊密な依存関係をじゅうぶんに考慮していない点において、'妥当でないように思われる。さらに、'みぎの見解は、租税法を除いて、実定法ないし法理論的に市民の行政に対する協力義務が明確に承認されていない行政法領域における教示・確約の発布の必然性をじゅうぶんに根拠づけえない。

(3) たゞきは、BSG, NJW. 1961, S. 1647 (本稿 I・II (B)注(2)参照)。また、BGH, Urt. v. 6. 4. 1960, NJW. 1960, S. 1244 は官吏は「市民の助力者」たるべきであるという見地から、建築法規の改正が差し迫っているときに、官吏が改正

後の法規にしたがって建築するといふ建築許可の申請者の意図を知らば、官吏は、申請者に対しみぎ法規の改正されることを教示 (belehren) ないし説明する義務を負うところ。また、BFH, Urt. v. 18. 11. 1958, BStBl. 1959 III S. 52, Slg. 68, S. 137 が、税務署は「法的に疑義のある事実 (rechtliche zweifelhaften Sachverhalt) に関して (税務署の行なう) 特定の処置 (Behandlung) の確約を与える」ところのも、本文に述べたことと同旨見解であるように思われる。

(4) したがって、行政主体相互間において行なわれる教示・確約は、行政組織法上の問題として (同旨 Obermayer, Der Verwaltungsakt als Gegenstand von Zusagen und Rechtsauskünften, NJW. 1962, S. 1467; Strokkamp, S. 13; Pander, S. 28) また、官吏が私人としての資格において与える教示・確約 (同旨 Obermayer, aO; Strokkamp, aO) および私人が行政官庁に対して行なう教示・確約 (同旨 Zeidler, S. 8) は、本稿にいう教示・確約のなかに含まれないとして、さしあたり、本稿の考察の対象から除くのが妥当である。なお、Obermayer, aO は、私法上の行為、公法上の契約の締結および高権的行政の領域における法的意味をもたない行為を対象とする確約も考察の対象に含めるべきではないという (Strokkamp, aO; Pander, S. 37-38) も私法上の行為を対象とする確約について同旨か)。

(5) Maassen, Die Falschankunft des Finanzamtes in der Rechtsprechung, BB. 1960, S. 778 は、発布された教示 (確約を含ませるように思われる) のうち、九〇%は適法であるところ。

(6) ただし、官吏法上の確約については、本文に述べたような行政機能の肥大化に伴う市民の行政解釈に対する依存性という点は、確約の発布を必然的なものとする理由とは考えられていないことに注意しなければならぬ。すなわち、ハイラントは、一八七九年から一九二〇年までの間は、官吏法上の確約に関する RG およびプロイセン上級ラント裁判所の判例はわずかしかないのに対し、第一次世界大戦後の一九二〇年以降、とくに一九二七年から翌年にかけて、みぎ判例が増加してきた社会的な原因は、インフレに伴う官吏の生活困窮にあると説く。すなわち、官吏の俸給および相続・結婚により取得され、公債の購入に使用された官吏の個人財産は、戦後のインフレによって、その実質的価値を大きく減少させられた。その

こで、官吏は、自己の俸給を改善するという確約を得ようとして、あらゆる手段をつくすのは明らかであり、これは、官吏の俸給ないし個人財産の価額の引上げが行なわれるまではやまない⁽¹⁾と説く(Heyland, S. 7-13)。この点については、ハイラントのみぎ論文から二七年を経た Herzig, S. 2 も同旨であるが、さらに、ヘルツイッヒは、第二次大戦および一九四八年の通貨切換による官吏の生活困窮をも、確約の発布の理由としてあげる。私見によっても、官吏法上の確約のすべてについて、本文のようにはいきれないと思われるが(Vgl. Pander, S. 17 Anm. 5) 他方、官吏法上の確約のすべてについて、ハイラント、ヘルツイッヒのようにいられるかも問題であるように思われる。たとえば、少なくとも、いまだ官吏関係に入っていない官吏志望者は、行政法令の解釈の能力については、一般の市民とかわらないと考えて、かれに対する確約については、本文のように言えなくもあるまい。なお、官吏法上の確約はそのほかの確約に対比して、有能な人材を確保するという行政側の利益を顧慮して発布される傾向がより大きいことは認めなければなるまい。

三 教示・確約の法的性質

一 教示の法的性質

教示は、行政行為に固有の拘束力を有しないから行政行為ではなく、たんなる知識・見解の表明にすぎないことは、判例・学説において争いはない⁽¹⁾。さらに、判例、とくにBFHおよび多数説は、例外的に教示に拘束性が存することを認めるが、しかし、この教示は行政行為ではないと解する。ただし、この場合における教示の拘束性は、教示したいから直接生じる法的効果ではなく、相手方が教示を信頼し、これにもとづいて一定の措置をしたときに、信頼保護の原則ないし信義則にもとづいて認められる間接的效果にすぎないと解する⁽²⁾か、あるいは、教示を発布す

る官吏が、この教示によって官庁を拘束しようとする意思をもたない⁽⁸⁾と理由づけるからである。

(1) たとえば、BSG, BSGE. 25, S. 219. u. NJW 1961, S. 1646 (本稿一・二・(三)参照)。学説としては、古くは Schüle, Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht, VerwArch. 39, S. 27 があり、比較的、近時の学説は Zeidler, S. 27 ff. 以下、また、租税上の教示については Montreal, S. 40 ff. に紹介されている。連邦租税官吏の見解も同じく Frisecke, Die Rechtsauskunft im Steuerrecht, BB. 1961, S. 276. したがって、VwGO 四二条一項によって、相手方は、発布された教示の取消訴訟を提起しえず、他方、法令において相手方の教示の発布を求める権利が定められているのに官庁が申請にもとづいて教示を発布しなごときでも、相手方は官庁をして教示を発布せしめる義務づけ訴訟を提起するにやむを得ざる(国司 Beinhart, aO S. 482 Anm. 20. 反対 Zeidler, S. 90, 第四四回法曹大会の決定 aO NJW. 1962, S. 1855。後者の訴訟に関する Obermayer, aO S. 1472; Beinhart, aO S. 482 は VwGO 四二条の規定に服さない給付訴訟の提起が可能という)。わが国においては、この場合、拒否処分に対する取消訴訟の提起が可能とされるであろう(南博方「取消訴訟の対象」実務民訴講座八巻一六頁参照)。

(2) Schüle, aO S. 26-27; Kampmann, S. 12; Weisensee, aO S. 180; Paulick, Lehrbuch des allgemeinen Steuerrecht, 1971, S. 126. 私見によれば、この理由づけは妥当であると思われる。なお、ときに拘束性ある教示は行政行為であると述べる見解があるが、実は、そこにある教示は、教示・確約概念についての多数説のいう確約が念頭におかれていると思われる(たとえば Zeidler, S. 39 ff.) ので、この点は注意を要する。また文献上、教示の行政行為的性質を認める唯一の論者とされる Weisensee, aO S. 180), Barske, Die Rechtsauskunft im Steuerrecht, StWa. 1958, Beilage 9, S. 37 は、「教示は行政行為である」と明言するが、しかし、この行政行為は権利を生ぜしめず、実際には知識・見解の表明であり発布された教示に対する通常の救済手段は与えられないというから、教示の行政行為的性質を認めた見解であるとはいえないように思われる。これに対し、Zeidler, S. 39 は、教示の発布を求める権利が法定されていれば、官庁による教示の発布

ないしその拒絶は適法・違法の規範的評価が可能(事実の教示については、これは不可能 *Zeidler, S. 33*)であるから、この教示は形式的意味における行政行為であると解する。

(c) *Beinhardt, aaO S. 481 Anm. 13; Monreal, S. 43.* しかし、南「前掲論文」実務民訴講座八卷七—八頁が指摘されるように、「行政行為概念の本質的要素としてこのような官吏の「意思」を要求するのは適切ではないように思われる(同旨 *Boetcher, Abgaberecht als Teil des Verwaltungsrechts, StW. 1962, Sp. 12*)」。

二 確約の法的性質

(一) 確約の法的性質を論じる諸見解のなかにあつて、とくに重要なのは、確約を行政行為ないし公法上の契約と解して確約の拘束性を信頼保護の原則からではなくて、確約の行政行為ないし公法上の契約的性質から根拠づける見解である。つぎにこれをみよう。

(1) 行政行為説 適法および違法な確約の拘束性を確約の行政行為的性格から根拠づけて、信頼保護の原則を基礎づける信義則から確約の拘束性を説くのは妥当でないと考える、近時の代表者であるブファンデルは、これをつぎのように根拠づける。確約の意味・目的は、相手方の予防的権利保護(*vorbeugende Rechtsschutz*)を制度化することにあり、そのためには、確約を行政行為と把握した方がよい。すなわち、確約は、相手方の企画する事実の実現前に与えられるから、確認訴訟の提起に必要な要件とされる「事件の具体性」を欠く。他方、取消訴訟および義務づけ訴訟を提起するためには、行政行為の存在が要件とされる。そこで、確約を行政行為と考えれば、相手方にとって不利益な確約が発布されたときは、この確約の取消しを訴求し(取消訴訟)、あるいは行政官庁に対し授

益的確約の発布を義務づける訴訟（義務づけ訴訟）を提起しうることになり、相手方の予防的権利保護を確保すると説くのである。このほか、確約の拘束力を確約の行政行為的性格から説くことによって、確約と非拘束的な教示との間の概念的峻別ができ、さらに、許容性の限界をこえて発布された確約の拘束性を信義則にもとづいて認めることによって、確約の許容性を不当に拡大するという危険をさけうると説く。⁽²⁾

さらに、ローウェル・カールマンは、違法な確約の拘束性を信頼保護の原則に根拠づけるのに対し、適法な確約の拘束性を、信頼保護の原則ではなくて、確約の行政行為の性質から説くほか、⁽³⁾ 確約の行政行為の性質を説く見解は多く、通説の見解であるといえよう。⁽⁴⁾

確約の行政行為説に対しては、確約の効力は将来における相手方による事実の実現によってはじめて生ずるのであって、確約の発布時には、確約はなにも規律しないから行政行為ではないという批判が⁽⁵⁾ 加えられる。この批判に対して、行政行為説は、確約の発布の瞬間から官庁の自己拘束（Selbstbindung）が生じ、官庁は相手方に対しこの確約を履行しなければならず、したがって、確約の発布によって客観的法状況の直接の変更が一方的にもたらされるから確約は行政行為であるとか、⁽⁶⁾ あるいは、行政行為説に対するみぎの批判は、期限ないし条件付きの行政行為の存在しうることを看過するものであり、行政は、確約の発布によって、直ちに将来における相手方による事実の実現を条件として確約された行政作用をなすことを義務づけられるから確約は行政行為であると反論する。⁽⁷⁾

官吏法上の確約についても、通説は行政行為説であり、⁽⁸⁾ その代表的論者であるハイラントはつぎのように説く。確約および官吏の任命行為に対しては、原則的に同一の法的性質が与えられねばならないという前提から、まず、

官吏の任命行為の法的性質を明らかにすることが先決問題である。そこで、任命行為において両当事者に同等性 (Ebenbürtigkeit) が存するとき、もしくは、同等性が存しないにもかかわらず全能の立法者が任命行為を公法上の契約とするときにのみ、任命行為は公法上の契約である。しかし、官吏関係の創設は一方的な任命処分⁽⁹⁾の告知によって行なわれ、相手方は官吏関係の形成に対しなんらの影響をも与えないし、また、国家は、法律にもとづいて、いつでも一方的に官吏の特定の権利義務を変更しうるから、任命行為を公法上の契約とする要件はいずれもなく、したがって、任命行為は処分 (Verfügung) である。つぎに、確約においても、相手方の意思よりも国家の意思に優越性が与えられ、たとえば、確約発布の実際においても、当該権利を “bevollige”, “gewähre”, “verleihe” と言うように処分形式で行なわれるから、確約に対し任命行為と同じ法的性質が与えられねばならず、法令もまた、このように考⁽⁹⁾えている。その後の官吏法上の確約の行政行為論者もこのハイラントの見解に従う。⁽¹⁰⁾

(2) 公法上の契約説 官吏法上の確約は公法上の契約であると解し、「契約は遵守されなければならない (Pacta sunt servanda)」という一般法原則から適法な確約の拘束性を説き、信頼保護の原則ないし信義則から確約の拘束性を説くのは妥当でないと述べる、近時の代表的論者はグレラートである。⁽¹¹⁾グレラートは、まず、官吏の任命行為と、これを対象とする確約を密接に関連づけて両者の法的性質を統一して考える行政行為説に対し、官吏任命行為の行政行為的性質は認めながらも、官吏任命行為と、その確約とは、各々の発布の時期・要件がまったく相違するから、両者は区別した取扱が必要であると説く。⁽¹²⁾また、支配・対等関係の区別は、確約が公法的性質のものか私法的性質のものかを決定するための基準にすぎず、支配関係においても契約の締結は可能である。国家は、ある

ものを雇用し、官吏を現在の勤務関係に留めることに對し利益をもつという例外的場合にのみ、官吏法の規定する以上の授益を約束する確約を發布する。このような利益状況において、確約の發布者と受領者との間に確約の契約の構成を可能にさせる相互の意思表示の同価値性 (Gleichwertigkeit) が存する。⁽¹⁴⁾

官吏法上の確約の公法上の契約的性質を説く見解に對しては、法律の定める厳格な要件にもとづいてではあるが国家は相手方たる官吏の意に反して確約された権利を一方的に取り消し変更でき、さらに相手方は確約發布の申請時に職務高権に服する意思をもつから、両当事者間の意思表示の同価値性・同等性は失なわれる、という批判が加えられる。⁽¹⁷⁾

(3) たんなる職務行為説 この説のとく根拠は必ずしも明確ではないが、確約は相手方が将来において実現を計画している事実に関して与えられるから確約の拘束力は相手方の事実の実現によってはじめて生ずるとか、あるいは、相手方の確約に對する信頼保護にもとづいてはじめて確約の拘束力が生じるとして、いずれにしても確約じたいは直接の法的効力を有しないと説くように思われる。⁽¹⁸⁾

- (1) V W G O 四二条参照。この点に關し、Hauelsen, Die Bedeutung von Zusagen im Verwaltungsrecht, NJW. 1961, S. 1905 Anm. 31 は確約が相手方には授益的であるが第三者には侵益的であるとき、この確約がもつばら授益的行政行為であれば、これに對する第三者の訴求は許されず、この確約については職権取消しのみが許されるという(しかし、むしろ逆に第三者に訴えの利益がある以上、第三者による訴えの提起を認めざるをえないのに對し、この確約の職権取消しは相手方の信頼保護の見地にもとづいて許されることがあると解すべきであろう)。なお、Obermayer, aO S. 1471 参照。
- (2) Pander, S. 24-25, 256 ff.

- (c) Rohwer-Kahlmann, aaO S. 625; Niedermayer, Verbindlichkeit von Zusagen der Verwaltung, BayVbl. 1965, S. 402, 405. なお、後述のように違法な確約の拘束性を否定すると思われる Tipke, aaO Sp. 709 は、確約の行政行為的性質を認めるにせよ、確約の拘束性を信義誠実から説くのは余分のことであるという。なお、Strotkamp, S. 89-90 は、行政行為の発布ないし不発布の確約の拘束性を確約の行政行為的性質から、行政行為以外の行政作用を対象とする確約の拘束性を信義則を基礎とする信頼保護の原則から根拠づける。
- (4) 同前 Pieper, aaO S. 246; Strotkamp, S. 26. 以下に對し、Monreal, S. 48 は、通説的見解は行政行為説ではなく、考へて Herzog, S. 30 も官吏法上の確約について、多数説は公法上の契約説であると解する。しかし、概観するにせよ行政行為説よりもものが多い。たとえば、確約一般について Zeidler, S. 47; Kellner, aaO S. 53ff; Tittel, aaO S. 308; Obermayer, aaO S. 1468 (ただし、行政行為の発布ないし不発布を対象とする確約のみを確約として見る) Dicke, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Selbstbindung der Verwaltung, VerwArch. 1968, S. 294; Paulick, aaO S. 125-126. 租税法上の確約について Maassen, S. 60; Tipke, aaO Sp. 704-705.
- (5) Hausen, aaO S. 1902 Anm. 2.
- (6) Pieper, aaO S. 247. 同前 Rohwer-Kahlmann, aaO S. 625; Obermayer, aaO S. 1468 Anm. 25.
- (7) Zeidler, S. 49; Strotkamp, S. 43-44.
- (8) Zurmahr, aaO S. 201; Stich, aaO S. 251; Thiele aaO S. 101; Wiggert, aaO S. 170; Wilhelm, Zur Formstrengigkeit der beamtenrechtlichen Zusicherung, ZBR. 1963, S. 337; Schütz, aaO S. 22.
- (9) Heyland, S. 26ff.
- (10) 本項の前注(8)にあげた文献参照。さらに、Stich, aaO S. 251 は、このことは、昇進・再雇用などの勤務権的確約のみならず、財産権的確約についても妥当すると述べて、これを、いずれの確約も将来における行政行為の発布をその対象とする

る点においてかわりはないから、と理由づける(さらに、かれは、典型的な特別権力関係である官吏の法律関係は高権的行為によって規律されるのが当然であるとして、確約の行政行為的性質を説く)。なお、官吏法上の確約はいかなる行政行為であるかをめぐって、一方的行政行為説、服従にもとづく行政行為説なども説かれているが、学説の多数は相手方の申請ないし同意を欠く確約は無効であると解する双方的行政行為説をとる (Heyland, S. 31; Grellert, S. 47ff. 参照)。

(11) Grellert, S. 72, 93-94. しかし、グレラートは、官吏任命のさい、他官庁からの聴取義務ないし同意を定める法令の規定があるにもかかわらず、この聴取をしないで發布された確約の有効性を法的安定性 (Rechtssicherheit) および効果的行政 (effektiven Verwaltung) を理由として承認し、さらには、他官庁の同意なくして發布された確約の有効性を信頼保護の原則にゆきとじて承認する (Grellert, S. 112, 115)。このように、適法な確約の拘束性を確約の法的性質から根拠づけ、違法な確約の拘束性を信頼保護の原則から説くかぎりにおいて、グレラートの見解は、前述のローウエル・カールマンなどの見解と同旨であろう。

(12) Grellert, S. 48. また、Herzig, S. 35-38 も同旨のことを述べて立法者もこのことを否定しないと説き、さらに、確約の發布においては任命行為におけると同じような文言が使用される、というハイラントの主張に対しては官庁は自由裁量によつて相手方に確約を發布するから、みぎの表現方法がとられたにすぎないと反論する(なお、Vgl. Herzig, S. 45-46)。なお、Bullinger, S. 10, 19 は、確約の法的性質は行政行為、公法上の契約、一方的公法的な義務表示 (Verpflichtungserklärung) のいずれであるかを決めるのは意味がないとしながら、大学教授招聘の確約は、その任命行為に対する附従的性質 (Anneharakter) のゆえに任命行為におけると同じ存続効をもつとこう。

(13) Grellert, S. 64ff. また、Herzig, S. 43-46 もザルツバエーデル (Salzwedel) に依拠してグレラートと同旨のことをつぎのように述べる。民間の役職の方が金銭的利益も大きく人格的独立性も大きいところから、有能な人物は官吏とならず、すでに官吏たるものは辞職しようとする。この場合、みぎの者に対し、その意に反する任命あるいは辞職の申請の拒否を高

権的・一方的に強行しえず、ここにおいて、官庁は、確約によって官吏法令の規定する以上の授益的法的地位を与えることにより、みぎ人物による労務給付を確保しようとする。このとき、官庁は相手方と同等の (gleichgeordnet) 当事者として対置し、確約の公法上の契約的構成が可能となる。かくて、官吏関係創設の確約は常に (stets) 官吏関係内部における非財産権的確約のすべては、原則的に (grundsätzlich) (すなわち、例外的に) 一方的行政行為が行なわれる。なお、Vgl. Herzig, S. 25-26)。公法上の契約によって行なわれる。なお、かつて、官吏任命行為の行政行為的性質を認めながら官法上の確約は公法上の契約であると解するものに、Apel, aaO S. 107; Jaschkowitz, Der Vertrag im Beamtenrecht, AöR. 1929, S. 346.

(14) なお、二〇世紀はじめの支配的見解によれば、官吏法上の確約のうち、財産権的確約の法的性質は私法上の契約と考えられたこと、および、これに対し批判を加える Heyland, S. 17ff; Herzig, S. 8 ff. 参照。なお、Strotkamp, S. 24 参照。現在では確約の法的性質を私法上の契約と解する見解は存しないようである。

(15) Vgl. Bullinger, S. 26.

(16) Heyland, S. 22-23; 本文の後者の批判については、Strotkamp, S. 32. これに対し、Herzig, S. 38-39 は、たとえ確約が行政行為であったとしても、これは授益的行政行為であるから官庁による自由な取消しは許されず、また、立法によれば、すべての契約は一方的に取り消されるから国家の一方的侵害の可能性は行政行為のみに限定されないと反論を加える (ヘルツィヒによる後者の反論については、行政行為説をとる Strotkamp, S. 31 も同旨)。なお、本文の後者の批判に対する反論として、Grellert, S. 68.

(17) なお、Strotkamp, S. 29 は、ある法的行為に対し官庁の有する利益はこの法的行為の性質を決定しえないと説き、さらに、官庁はもっぱら相手方の利益のために確約を発布する、と批判を加える。Bullinger, S. 20 ff. は、大学教授への招聘の確約について、その法的性質を行政行為ではなくて、公法上の契約と考える主な目的は、これによって、みぎ確約により

高い存続効をもたせることにあったが、この目的は達成されない」と述べる。

(29) BSG, NJW. 1961, S. 1646 がこの立場に属する(本稿一・二(三)注(2)参照)。ただし、かいつ BSG, Urt. v. 10. 12. 1957, NJW. 1958, S. 276 は、扶養年金の給付額の算定を基礎づける「医師の診察」を「行なうつもりはない」という行政官庁の表示は、診察の結果によっては、相手方に対しより不利益な給付決定の行なわれる可能性を排除する形成的・授益的行政行為であるとして、確約の行政行為の性質を認めたと解しえなくもないように思われる見解を述べた。なお、BFHも確約の行政行為なしに公法上の契約的性質を認めるように思われなく(Vgl. Monreal, S. 48)。同旨学説として Neumann, Die Grenzen des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht, NJW. 1962, S. 1085. また Monreal, S. 52-54 も原則として同意。Hauelsen, aao S. 1902 も原則的には同意であるが、他方、例外的に行政行為の性質をもつ官吏法上の確約の存在を認める(aao Anm. 3)。なお、確約の行政行為の性質を否定する(Strokkamp, S. 41)といわれるカンペンらは、確約と区別された教示の行政行為の性質を否定したにすぎないように思われる(Vgl. Kampmann, S. 12)。

しかし、最近のBVerwGは(本稿一・二(一)参照)確約の法的性質について必ずしも明確な態度を示さず、確約の行政行為の性質を認めるラント行政裁判所の判例があることについては Obermayer, aao S. 1468 Anm. 25; Pieper, aao S. 246 Anm. 108 参照)。この点については Menger und Erichsen, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 1968, S. 169-170 は、BVerwGが確約を「高権的自己義務」(hoheitliche Selbstverpflichtung)と定義づけるのは、確約の行政行為の性格を認めた(Obermayer, aao)における「Verpflichtung」の解釈によれば、Obermayerも同意であろう)と解することに反対しないが、しかし、BVerwGの意図は、確約の行政行為の性質を説くものではないように思われるという。ただし、BVerwGは、違法な確約は行政行為におけるように原則として拘束的であるとか、またこの確約の拘束性を除去するための取消行為が必要であると述べていない」と考えるからである(同旨結論 Steckert, Rechtsnatur und Rechtswirkung sogenannter Anliegerbescheinigungen, DVBl. 1969, S. 301-302)。

なお、第四回法曹大会の結論も、確約の定義をみぎ B v e r w g と同じように理解したのち、しかし、確約の「法的形成の問題(たとえば、行政行為、協力を必要とする行政行為、公法上の契約)は、現在、一般的には答えることができない」と述べる(aao NJW. 1962, S. 1856)。なお、Meyer-Dulheuer, Der 44. Deutsche Juristentag, DVBl. 1962, S. 750 によれば、みぎ法曹大会の議論において、多数のものは確約は原則として停止条件つき、あるいは協力を必要とする授益的行政行為とするが、イプセン (Ipsen)・ゼルマン (sellmann) などは公法上の契約とし、さらにラングカイト (Langkeit) は違法な確約は原則的に有効ではなく無効となることを理由に確約は特別の法制度であると解するようである。

(19) なお、Mayer, Zur Frage der Verbindlichkeit behördlicher Zusagen, JZ. 1964, S. 678 は、確約の法的性質は確約された行政作用の法的性質によって規定されると説く。しかし、いわば確約の従属性説ともいうべきこの見解には賛成しない。ただし、たとえば契約の締結を確約するものであっても、この確約したいは行政官庁が高権的に将来における自己の行為・不行為を約束する点に特色があり、この点を顧慮すれば確約の法的性質を統一して把握するのが妥当であろう。

(二) 確約の行政行為ないし公法上の契約的性格を説く見解の主なねらいは、おそらく信義則のような内容の不明確な一般条項の助けを借りずに確約の拘束性を明確に説こうとする点にあると思われる。しかし、確約の法的性質を行政行為と把握するだけでは確約の拘束性を直ちに説きえないことは、通常の授益的行政行為の職権取消しの可否、換言すれば違法な授益的行政行為の拘束性の有無・程度が行政行為に対する相手方の信頼保護を考慮に入れて決定されること⁽¹⁾をみれば明らかであり、これは、また(適法な)行政行為の撤回においても妥当な⁽²⁾と思われる。確約の行政行為的性格を認める学説のなかにあつて、確約の拘束性を確約の行政行為的性格から根拠づけるのは疑問であるとする見解も、みぎのことを考慮に入れて自説を説くと思われる。他方、通常の公法上の契約についても、⁽³⁾

行政行為におけると同様に、これが締結されれば必ず絶対的な存続効をもつというわけではなく、私見によれば、公法上の契約の存続効の有無・範囲も授益的行政行為におけると同じように、相手方の信頼保護を考慮に入れて決定すべきであるように思われる。⁽⁴⁾したがって、確約を行政行為と解しても、公法上の契約と解しても、これによって必ずしも確約の拘束性を明確に説くことはできない（なお、確約の法的性質をたんなる職務行為であると解する見解が確約の拘束性を確約の法的性質から説きえないのは、いうまでもない）。さらに付言すれば、確約のなかには、通例、教示も含まれ、また教示・確約はその現代的意義を共通にし、さらに、後述のように確約の拘束性の要件は、大体において、また教示の拘束性の要件でもありうる。したがって、確約の拘束性も、教示のそれと同様に、相手方の信頼保護に基礎づけて、両者の拘束性の根拠を統一的に把握するのが妥当であるように思われる。なお、確約の拘束性を根拠づけるという実体法的観点よりも、むしろ訴訟法的見地に重点をおいて確約の行政行為的性質を説くプファンデルの見解にも疑問がないことはない。ただし、取消訴訟ないし義務づけ訴訟の提起の要件として行政行為の存在を要求する（VWGO 四二条）ドイツにおいてはともかく、確約の高権的性質を承認する以上、わが国においては行政事件訴訟法第三条にいう「処分」概念に含めて解しうるから、これら訴訟も提起しえよう。のみならず、前述のように、確約の法的性質は行政行為ないし公法上の契約であることに、判例・学説は一致しているわけではない。まず、たとえば、確約を行政行為であると考えるにしても、確約には、通常の行政行為に對比して、前述した確約概念から当然にでてくる差異のほか、さらにつきのような差異があることは認めなければならぬ。まず、法的内容の面からみると、確約は、通例、相手方が将来において実現する事実について官庁が自

己の行爲ないし不行爲を約束するのであるから、みぎ事実が實現されなければ確約の拘束力は生じない。このことは、確約の行政行爲的性質を認めるとしても、確約は、通例、相手方の事実の實現を条件とする、条件つき行政行爲であると解さざるをえないように思われる（ところで、確約の行政行爲的性質を認める論者のなかには、本来、行政行爲に付款をつけえない行政官庁の裁量領域外において、確約の許容性を認める見解が少なくないが、これは、確約を（条件付）行政行爲であると解する自己の主張に矛盾するように思われる）。(2) つぎに法的効力の面からみると、通常の違法な行政行爲の存続効は、すでに違法な行政行爲がなされた後に問題となるのに対し、違法な確約にあっては、相手方の信頼保護のために、官庁は、将来において、確約された違法な行政作用を、その違法性を知りながらも、あえて、なお發布しなければならない。⁽⁵⁾したがって、違法な確約の存続効、したがって違法な確約の拘束性の有無・程度は違法な行政行爲のそれよりも若干劣ることは認めなければなるまい。⁽⁶⁾違法な確約の拘束性を否定して、確約された行政作用を發布しないことは、外見上、通例の違法な行政行爲の将来的取消しを認めることと同じようにみえるが、しかし、むしろ後者においては、取消しの時点までの相手方の信頼は保護されるのに対し、前者にあってはそれすら認められない点において重大な差異が存する⁽⁷⁾。

わが国の判例・学説は、一致して、租税を賦課しないという確約は、たんなる事実行爲であると解するが、ドイツにおいて確約の行政行爲的性質を説く見解は、みぎのような不行爲の確約も行爲の確約と区別することなく行政行爲であると解する。そこで、もし、わが国における判例・学説が妥当であれば、少なくとも不行爲の確約の行政行爲的性質は否定されねばならない。つぎに、確約の公法上の契約的性質を説く見解は、きわめて少数説であり、

確約の行政行為的性質を説く見解よりも、さらに疑問にさらされねばならない。けだし「確約」ということばが、すでに一方的表示たることを示すといわれる⁽⁸⁾ことがあり、さらに、公法上の契約に固有のものとされる両当事者に対する相互的義務づけが、行政官庁のみを拘束するにすぎない確約のなかにはみられないからである。⁽⁹⁾

(1) BVerwG, DVBl. 1966, S. 857 (本稿一・二・(1)注(5)参照)

(2) 遠藤・前掲書一八〇頁以下参照。前述したローウエル・カールマンなどの見解を批判するには、さらに信頼保護の原則の補充性(Subsidiarität)すなわち、行政作用に瑕疵があるためにその通常の効力の発生が阻止されるときに、はじめて同原則が作用する(Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Diss. Mainz, 1954, S. 46-47. 以下、本書の引用は著者名のみによって行なう)点を考慮に入れる必要があるが、この点は後述する。

(3) Kellner, aO S. 54; Pieper, aO S. 246 Anm. 107. また Zeidler, S. 64 は、明確に本文のように述べないが、しかし、確約の行政行為的性質を認めながら適法な確約の拘束性は信頼保護ないし、より一般的な信義則にもとづいて認められべき説へ。同旨結論 Stich, aO S. 252; Strötkamp, S. 52 (適法な確約について)。

(4) Vgl. Hauelsen, Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags. NJW, 1969, S. 124. なお、この場合でも適法な確約の拘束性について信頼保護の原則の補充性が問題となりうる(本項前注(2)参照)。

(5) BVerwG, DVBl. 1966, S. 857 (本稿一・二・(1)注(5)参照)が、瑕疵ある確約においては、通例の瑕疵ある授益的行政行為におけるように「合法法律状態の回復ではなくて、違法状態の惹起が問題となる」と述べるのは、本文のように理解しうると思われる(しかし、通例の瑕疵ある授益的行政行為にあっても、いまだにこれがまったく執行されていないときであれば、瑕疵ある確約におけると同じように「違法状態の惹起が問題となる」といわれる。Scholler, Selbstbindung und Selbstbefreiung der Verwaltung, DVBl. 1968, S. 415 Anm. 80)。これは、適法な確約は、通例の適法な行政行為と異なり、この確約の発布時においては違法ではなく、将来における確約の履行時においてはじめて違法となるとも考えうるが、これは、

確約の行政行為的性質を否定することにはならないであろうか。

- (6) たとえば、前注(5)にあげた *BverwG* の判例参照。学説として、たとえば、*Kellner*, aO S. 67-68 は、これを明言し、確約の行政行為的性質を認めるかどうか明らかでない *Wolff*, aO S. 322 も同旨。これに対し、行政行為説をとらな
く *Steckert*, aO S. 303 は、相手方の信頼保護を顧慮して、違法な確約に対し違法な行政行為におけると同じ存続効を与
えよう。

- (7) 前記東京地裁判決・判例時報四一一号三三三頁(なお、本件において原告たる民法上の財団法人は、税務事務所長の非課
税とする旨の通知は行政処分にあたると主張したが、裁判所はこれを認容しなかった)。学説については、乙部哲郎「行政
法における禁反言の法理」法学雑誌一七卷三号四九頁注(7)・(8)にあげる文献参照。

- (8) *Stich*, aO S. 251.

- (9) *Tipke*, aO Sp. 705; *Niedermaier*, aO S. 402; *Pieper*, aO S. 248; *Berniger*, aO S. 282.