

行政法における

教示・確約と信頼保護の原則（二・完）

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（以上三卷二・三号）

四 教示・確約の許容性（以下本号）

五 教示・確約の拘束性

六 結 語

四 教示・確約の許容性

一 総 説

確約の拘束性を認める前提として、確約の発布を認めるための許容性 (Zulässigkeit) の要件を遵守していることを説く見解が少なくない。⁽¹⁾ 後述のように、この見解には賛成できないが、しかし、ここで教示・確約の許容性について述べておく必要がある。

行政法における教示・確約と信頼保護の原則（二・完）（乙部）

（五二） 五一

ところで、わが国においても、本稿にいう教示・確約にあたる行政作用の発布を許容すると考えられる規定がある。⁽²⁾たとえば、行政不服審査法は手続法領域における教示の発布を許容する規定をもっている。すなわち、同法は、行政庁が誤った不服申立庁、不服申立手段（一八条・四六条）および不服申立期間（一九条・四八条）を教示したとき、この教示どおりの不服申立てをすれば適法な不服申立てであったものと定める。また、同旨の規定は国税通則法七七条・一一二条にもみられる。⁽³⁾

これに対し、確約にあたると解しうるためには、法令上、行政官庁のある行為からその内容に応じた特定の行政作用の発布ないし不発布が当然に義務づけられねばならない。したがって、行政官庁が行政指導をなし、これに相手方が従わないとき、行政官庁はこの行政指導の内容を実現すべき行政処分を発布することができると定められることがあるが（たとえば、騒音規制法一二条一項・二項、一五条一項・二項）、この行政指導は本稿にいう確約にあたらぬ。しかし、「酒税の保全及び酒類業組合等に関する法律」において、大蔵大臣がする酒税保全のための勧告に応ずる行為（同法九三条）、および、下請代金支払遅延防止法において公正取引委員会がする親事業者に対する勧告に応ずる行為（同法八条）には独禁法の適用が除外される。独禁法の適用にあたる官庁は公正取引委員会であるから、後者の勧告は確約にあたと解しうる。しかし、前者の勧告は大蔵大臣がなし公正取引委員会がこの内容に拘束されるのであるから、行政官庁の自己拘束という確約の概念的メルクマールをそなえていないように思われる。けれども、實際上、法令に規定なき確約について権限なき官庁の発布した確約の拘束性の有無が論じられることを考えると、大蔵大臣のなすこの勧告も確約にあたと解しえなくもない。さらに、農業委員会は、農地法

の規定にもとづいて、所有してはならない小作地があると認めるときは、その所有者の氏名などを「公示」し、所有者がその小作地の所有権の譲渡をしないときは国が買収する（同法九条）。この公示も確約にあたりと解することができよう。⁽⁴⁾

しかし、このような明示の規定がなければ、いわゆる法律の留保の原則にもとづいて教示・確約の発布は許されないといえるかは疑問である。すなわち、現代国家における行政解釈に対する相手方の緊密な依存性を考慮すれば、行政法令の規定の不備をそのまま認して法律の根拠がないから教示・確約の発布は許されないと解するのは、さしあたり実際的ではないように思われる。⁽⁵⁾ わが国の判例も、このような観点から、法律の根拠がなくても本稿にいう教示・確約にあたる行政作用の許容性を認めるように思われる。⁽⁶⁾ また、昭和四三年の税制調査会による「税制簡素化についての第三次答申」によれば、国税庁、国税局、税務署において毎年多数行なわれている税務上の事前照会に対する回答の慣行を「今後ますます助長するとともに、一歩進んで納税者が自己の直面している具体的な課税要件事実等につき書面で正確に記載を行ない、その税務上の取扱いについて、照会した場合、税務当局は、できる限り書面で回答を行なう慣行を育成することが望ましい」とし、さらに「地方税における事前照会に対する回答についても、国税におけると同様に検討が行なわれることを期待する」という。⁽⁷⁾⁽⁸⁾ これによれば、行政実務上も法律の根拠がなくても教示・確約の許容性を認める前提にたち、また、みぎ答申もこのような行政実務を支持するように思われる。さらに、ドイツにおいては、教示・確約の許容性、すなわち行政官庁の教示・確約の発布の権利を認めるだけでなく、すすんで一定の場合には、まさに行政官庁は教示・確約を発布する義務を負い、相手方はその発布

を求める権利をもつことがあると云え、いわれることがあるのである⁽⁶⁾。

- (1) たとえば、Heyland, S. 37.
- (2) ドイツにおける立法については本稿一・一注(2)参照。
- (3) ドイツにおいてはA O二三七条の規定がこれに相当すると考えられる。
- (4) 前述の関稅定率教示(本稿一・一注(2)参照)は本稿にいう確約にあたると思しうる。
- (5) BSG, NJW, 1961, S. 1647(本稿一・二(三)注(2)参照)。學説においても、勤務權上の確約の許容性を認める最有力の理由として、確約を許容すべきであるとすゝ強力な實際の必要性(en dringendes praktisches Bedürfnis)があげられることがあり(Heyland, S. 70, 74, 87. 同註Herzig, S. 49—50)。ただ、この強力な實際上の必要性は、本文に述べた点とは若干視点を異にして、有能な人材を官吏として確保するという行政側の利益に重点をおいて(Vgl. Herzig, S. 49—50)考えられているようである。
- (6) 前記東京地裁判決・判例時報四一一号三三頁参照。また、大阪地判昭和四二年五月三〇日行裁例集一八卷五・六号五二頁以下は、本稿にいう教示の許容性を認めるように思われる。すなわち、原告たる同族会社は、従業員同社に対する長期貸付債権としてその譲渡等について厳しい制限をうけている従業員賞与を損金として計上し、昭和三七年度法人税の確定申告をした。これに対し、被告稅務署長は、昭和三八年六月二十九日、申告是認通知書を交付したが、昭和四〇年五月、この是認通知をくつがえし昭和三七年度から三年間にわたって更正処分(当初申告額にその三五%弱に相当する五八万円あまりを加えたもの)および過少申告加算税(当初申告額の六・二%弱に相当する一〇万円あまり)の賦課決定をした。裁判所は、まず、みぎ賞与の支給は、「經濟的實質的な観点からみると債務としての具体性、現実性を欠くものといへば、稅務會計上未だ損金に計上し得ないものと解するのが相当であり、その支払の事實のあつたときにはじめて損金に計上し得る」と述べ、さらに「右申告是認通知は稅務官庁の事務上の便宜ならびに納稅者に対する便宜の供与のための事実上の行為であつて、納稅者に対する法律上の効果を生ぜしめるような行為ではなく、それまでの調査にもついで納稅者の申告に対する所轄稅務官

庁の一応の態度を表明するものにすぎないから後にこれに反する行政処分が行われたからといって禁反言の法理に反するといふことはできない」と判示した。本件判決にいう申告是認通知は本稿にいう「教示」にあたると思ふ(同旨・中川一郎「判例評釈」シュトイエル六八号一八頁参照)。

(7) 税法二二二号四三—四四頁参照。さらに、わが国の学説も少なくとも教示の許容性は法律の根拠がなくても認めるように思われる。たとえば、村井正・現代租税法の課題一二四頁以下も、みぎ答申のいう事前回答制度の必要性を承認される。なお、新井隆一・課税権力の本質一八六—一八七頁、金子宏「市民と租税」現代法八三二六頁、成田頼明「行政指導」現代法四一三六—一三八、一四九頁参照。また、いわゆる全部留保説を説かれると思われる高田教授も同旨であろう(高田敏「法治行政の再編成と行政法 おぼえがき」(1)政経論叢二巻五・六号八七頁参照)。しかし、杉村敏正・全訂行政法講義(論・上巻)四三頁、村上義弘「行政指導と法律の根拠」大阪府大経済研究一六巻二号一五頁以下は法律の根拠のない教示の許容性を認められないであろう。

(8) しかし、明確を期するために教示・確約の発布に法律の根拠を与えるのは適切であろう。この観点から、Bubbenzer, Das Auskunftsverfahren im Steuerrecht, StW. 1949, Sp. 389 ff. は、そのためのかなり詳細な試案を提示し、また、租税法領域において拘束的教示の発布を法制化し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。(たとえば、Kampmann, S. 114-115)

(9) ドイツの判例学説においては、教示・確約の発布義務は否定されている。ひろく拘束的教示の発布制度の導入を試みる前述のAOAG一九六六(本稿一・一注(1)参照)も同旨である。これに対し、解釈論として行政官庁の教示・確約の発布義務を主張する少数説がある。なお、同旨と思われるBGHの判決については、本稿二・二注(3)参照。教示・確約の発布義務の問題については、別稿においてくわしくふれるつもりである。

二 確約の許容性

つぎに、確約に独自の許容要件が論じられている。かつて、裁量高権は過度に制限されてはならないことを理由に、裁量領域にあっては、まさに確約の発布は許容されないという判例学説があった。しかし、その後、とくにツアイトラーの論文以後、行政に固有の意思活動が委ねられているときにのみ、官庁は確約による自己拘束によって、みずからこの意思活動を制限することができるのに対し、法律に羈束された領域 (gesetzgebunden Raum) においては、確約は、その概念上、適法には行なわれえないと解するのが、おそらく支配的見解であるといわれる⁽¹⁾。しかし、行政の裁量ないし判断余地に委ねられた事項についても、その濫越濫用となる違法な確約の発布を許容すべきではない。他方、ツアイトラーは、法律に羈束された領域においては、行政は法律の定めるとおりに決定しなければならぬから確約の発布による自己拘束をなしえず、実質的な決定内容に関係しない、たとえば事案を早急に処理するというような確約のみが許容されると説く⁽²⁾。もし、公布された規範は市民に知られているのであれば、おそらくツアイトラーの見解は正しい。けだし、裁量領域においては、公布された規範内容を知っていても、相手方が実現しようとする事実に対し行政に委ねられた若干の行政作用のうちどの行政作用が発布されるのか相手方には分からないが、厳格に法律に羈束された領域においては、相手方は公布された規範内容を知っていれば、自己が実現しようとする事実に対しどのような行政作用が発布されるか予測できるから、後者の領域においては、あえて確約の発布を求めるまでもない。しかし、ツアイトラーのみずからも認めているように、現代においては、公布された規範は市民に知られているというのはフィクションにすぎない⁽³⁾。租税法にみられるように、むしろ厳格に法律に羈束され

た領域においては、その当然の結果として法令の規定も多いし、またその内容も複雑であるから、相手方は、自己の実現しようとする事実に対しどのような行政作用が發布されるのか予測できないから、あらかじめ確約によってこれを知りたいという正当な利益を有する。したがって、この領域における確約も違法でないかぎり許容されると解すべきである。

わが国の判例も、かつて、本稿にいう確約が問題になっていると解しうる事例において、これを合意ないし契約と解し、合意ないし契約はそれじたい法的拘束力をもつから租税の賦課・徴収については嚴格に法律でもって定められる租税法領域においては、その許容性が認められないと解する傾向にあったように思われる。⁽⁴⁾しかし、その後、本稿にいう確約にあたりと解しうる非課税取扱いの決定は、これをたんなる事実上の行為と解し、現代における行政解釈に対する市民の依存性を認めることを前提としたうえで、⁽⁵⁾このような事実上の行為は法律が禁止しないかぎり許容されるという判決がみられた。⁽⁶⁾

さらに、確約は、相手方が将来において実現する事実 (Sachverhalt) について官庁が自己の行為ないし不行為を約束するということから、とくにBFHは、確約の發布はこの事実の実現前にのみ許容され、この許容性の限界をこえて事実の実現後に發布された確約はその効力をもたないと説くようである。⁽⁷⁾たしかに、確約は相手方による事実 (本稿において、事実とは、たとえば租税債務などの法的効果を生ぜしめるにいたる、⁽⁸⁾いわゆる要件事実をいう) の実現前に發布されるのが通例である。⁽⁹⁾しかし、相手方の権利利益の保護という見地からは、要件事実の実現後であっても、確約の發布の許容性を認め、またその効力を承認しなければならない場合もある。たとえば、ある納税

義務者が三〇〇〇マルクの貯金を一年間の外国留学をする親戚に贈与として送金するためには、さきの年度における所得税の確定納付用にこの貯金をあてる必要のない場合でなければならなかった。そこで、納税義務者は、税務署に対し、みぎ年度においては、すでに前納した一〇〇〇マルクをこえる所得税の賦課処分を行なうかどうかを照会し、税務署はこれを否定する確約を發布したので、貯金を全額送金した。のちに、みぎ年度の租税債務は四〇〇〇マルクであることが確定した⁽¹⁰⁾。この事案において、所得税債務を生じさせる課税要件事実は、確約の發布されるまえに、すでに実現されているから、BFHの見解によれば、この確約の拘束性は認められないことになる。しかし、納税義務者は、確約の正当性を信頼して自己の財産を減らす措置をしたのであるから、この信頼は保護されなければならない。したがって、要件事実の実現まえにのみ確約の許容性を認め、この許容性の限界をこえて發布された確約の拘束性を否定する見解にはしたがうことができない⁽¹¹⁾。

以上、要するに、確約が法令の規定に違反しないかぎり、確約の發布は許容されると解すべきである。しかし、このことから、一般的な教示・確約の發布の許容性の問題と個別具体的教示・確約の拘束性の問題を混同してはならない。すなわち、一般的にいうと、行政官庁は法令に適合した教示・確約のみを發布すべきであることには問題がない。しかし、たまたま、個々の具体的事案において、行政官庁が違法な教示・確約を發布し、これを相手方が信頼して一定の措置をなしたとき行政官庁がこの教示・確約に拘束されるかどうかは、当該事案における具体的事情を総合的に考慮して決定すべきであって、必ずしも違法な教示・確約の拘束性はすべて否定されることにはならない。

- (1) Plander, S. 230-231. 明示的にこれを認める判例として、たとえば BVerwG, NJW 1961, S. 1882 [本稿一・二(一)注(3) 参照]、BFH, NJW 1962, S. 512 u. S. 320 (本稿一・二(一)注(4) 参照)、BSG, BSGE. 25, S. 219 (本稿一・二(三)参照)。学説として、たとえば Zeidler, S. 44-47; Meyer-Dulheuer, aao S. 750 (ただし、確約の許容性を裁量領域にいつのみ認め、判断領域においては否定する)。なお、判断余地の意義などについては、田村悦一・自由裁量とその限界一〇二頁以下参照。
 - (2) Zeidler, S. 44-45.
 - (3) 本稿二・二参照。
 - (4) たとえば、東京地判昭和二五年五月二七日行裁例集一卷追録六五頁以下は、被告税務署の直税課長の作成した「署長は課税に当り随時適正課税同盟と懇談して参考資料を聞く、…審査請求の調査完了までは延納を認め、実質的、技術的に加算税、延滞金等を徴収しないように努める」などの回答書(本稿にいう「確約」に当たると解しうる)の許容性を否定する。裁判所は、この理由として、国の課税およびその徴取に関する事項は各種の税法で規定され、税務官庁と納税者との合意でこれを左右することは許されず、法律の許す範囲内において税務署長は納税者にとって利益になるように措置しうる、と述べた。
- また、広島高等松江支判昭和二六年九月二一日行裁例集二巻九号一三六頁以下は、税務係官が税務署の定めた農業所得標準表により申告すれば決して更正決定はしない旨説明し(本稿にいう確約に当たると解しうる)、これに従ってした申告所得額であっても税務署はみぎ説明に拘束されないとし、相手方に申告にかかる所得以外の所得があることを理由とする更正決定の合法性を認めた。裁判所は、もともと納税義務の成立とその内容・範囲はもっぱら租税法規によって定められるから、税務係官のみぎ説明によって相手方と税務署との間に相手方が主張するような準契約が有効に成立する余地はないと理由づけた。

(5) 本稿四・一参照。

- (6) 前記東京地裁判決・判例時報四一一号三三三頁参照。
- (7) Vgl. Kampmann, S. 97ff; Pfander, S. 85ff.
- (8) Vgl. Kellner, Auskünfte und Zusagen über künftige Verwaltungsakte, Diss. Münster, 1965, S. 157-158 (以下、本書の引用は著者名のみによつて行なう)。本稿では、事実は課税要件事実と密接不可分のものと考えられている。これに対し、Kampmann, S. 98ff. 参照。
- (9) 本稿三・二(二)参照。
- (10) Kampmann, S. 103が教示と相手方による処分との間に因果性がなくても、この教示の拘束性を認めうるとしてあげる例でもあるが、これを、若干修正して本文に引用した。
- (11) もっとも、事実の実現後に発布された確約は、真正の意味の確約ではなく、ほんらいの行政行為たる最終決定であると必ずしもいえないこともないように思われるが、この点、若干疑問を留保しておく。

五 教示・確約の拘束性

一 意 義

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することができない、という問題である。教示・確約の拘束性の意味は、通例このように解されるが、しかし、そこには例外がある。たとえば、売上報償金(Umsatzsteuervergütung)の申請をなす要件は存しないという不当な教示にもとづいて、相手方がこの申請期限を徒過したとき、この教示の拘束

性の意味は、行政官庁が教示の内容に従って行為することではなく、相手方による申請があったものとして、これについての決定をすることである。⁽¹⁾

なお、教示・確約の拘束性の問題を生じない例として、教示・確約の内容が正当であるのに最終決定が違法であり、後者によって相手方に不利益をもたらす場合があげられることがある。けだし、相手方は、この最終決定じたいの取消し、変更を訴求して、教示・確約の内容に適合する最終決定を得ることができると解するからである。⁽²⁾⁽³⁾しかし、もし、このことが教示・確約の拘束性を説かなくても、この場合、相手方の権利利益は保護されるというのであれば、みぎの見解にはしたがうことができない。けだし、正当な教示・確約の内容に違背し、かつ、より不利益な内容をもつが、しかしなお適法な最終決定の発布を阻止するためには、やはり、まず相手方の信頼保護の見地にもとづく教示・確約の拘束性を説かなければこの教示・確約の内容に適合する最終決定を得ることができないからである。

(1) Kampmann, S. 35. なお Kellner, S. 153-154 参照。

(2) Kampmann, S. 34.

(3) 中川一郎編・税法学体系 総論(一九七二年版)一四九頁も、行政官庁の自己の言動に反する後の行政処分したいが違法であれば信義則は適用されない、と説かれる。

二 根 拠

(一) 違法な教示・確約の拘束性を否定する見解は、法律による行政の原理をはじめとして、そのほか権力分立原理、

行政法における教示・確約と信頼保護の原則(二・完) (乙部)

平等原則、財政的利益の確保等の諸原理を根拠として自説を展開する。他方、これによって相手方に生ずる不利益の救済は、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権⁽¹⁾、租税法上の教示・確約についてはA〇一三一条の定める衡平手続(Biligkeitverfahren)⁽²⁾ないしこれら二種の手段の併用によって、解決しようとする⁽³⁾。

しかし、これらの救済手段も、實際上、相手方の信頼保護のための有効な救済手段にはならないといわれている。まず、職務義務違反にもとづく損害賠償請求訴訟を管轄とするBGHは、たとえば、官庁が教示を發布するときは正当な教示を發布すべき職務上の義務を負い、また確約を發布すればこの確約の内容に適合する決定をなすという職務上の義務を負う、と判示するようである⁽⁴⁾。これによれば、みぎ損害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」を立証するのは、それほどむづかしくはないように思われる。しかし、同じくみぎ要件の一つである官吏の有責性については、BGHは、たとえば上司の教示ないし指示を信頼して不当な教示を發布した官吏の有責性は認められないし、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、官吏の有責性を認めないようである⁽⁵⁾。学説も、官吏の有責性の立証はむづかしいとみるものが多い⁽⁶⁾。

つぎに、A〇一三一条によれば、個々の事案の状況によって租税そのほかの金銭給付の徴収が衡平でない(umbiligt)ときは、この徴収の全部もしくは一部を免除することができ、あるいは、すでに徴収された租税そのほかの金銭給付は還付し、または充当し、また、占有税および取引税についてはより低額に決定し、あるいは租税を増

額させるような個々の課税標準を顧慮しないで租税決定を行なうことができる。しかし、この規定にいう「衡平でない」という要件事実の充足したいが、かなり問題であるうえに、ことにBFHは「免除しうる」、「還付しうる」の文言を理由とするなどして、この規定にもとづく救済手段を相手方に与えるかどうかの決定は、結局、官庁の裁量に委ねられるという⁽⁸⁾。さらに、租税法以外の行政法領域における教示・確約にあつては、はじめからこの衡平手続の利用は考慮されえないという難点がある。

ひるがえつて、わが国においても、違法な教示・確約を信頼した相手方の救済として、国の賠償責任を問う方法も考えられる。しかし、国の賠償責任を問うためには、国家賠償法一条ないし民法の規定のいずれによるのであつても、公務員の故意または過失を立証しなければならないが、この立証はむづかしいとされている⁽⁹⁾。なお、国家賠償法一条にもとづく責任を問うためには、とくに教示、さらにわが国の判例学説によれば確約も、国家賠償法一条にいう「公権力の行使」にあたるかどうか問題である⁽¹⁰⁾。

また、わが国においても、A O 一三一条に類似する規定がある。たとえば、国税通則法六三条・六四条は延滞税、利子税にかぎつて、しかも災害・事業の廃止およびこれらに類する事情のあるときにかぎつて（さらに、すでに納税の猶予などがされたとき、という要件が上積されることもある）、税務官庁は租税債務を免除することができる、と規定する。ほかに、「災害被害者に対する租税の減免、徴収猶予等に関する法律」および租税特別措置法二四条・二五条にも租税免除措置を定める規定がある⁽¹¹⁾。しかし、これらの規定は、A O 一三一条が租税免除の要件としてあげる「不衡平である」という規定よりも、かなり厳しい要件を定めており、違法な教示・確約を信頼して相手方が行

なつた措置により損害が生じた租税事案がこの要件を充足するかはきわめて疑問である。また、とくに国税通則法にあっては、規定の文言上、租税債務の免除をどうかは税務官庁の裁量に委ねられ、さらに租税法以外の行政法領域においてはこれらの規定は利用されないなど、AO一三一条に對し加えられる批判がそのまま妥当する。

したがつて、相手方の権利利益を保護するためには、違法な教示・確約であっても、その拘束性を認めることが必要となつてくる。

(一) BSG, BSGE. 25, S. 219 (本稿一・(三)注(一)参照)。学説として Zeidler, S. 78ff. (行政の法律適合性の原則および付随的平等原則、財政的利益の確保などによつて違法な教示・確約の拘束性を否定する) ; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., 1966, S. 165; Tipke, aO Sp. 705-711; ders., Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Treu und Glauben, StW. 1958, Sp. 737ff. (後三論者は、行政の法律適合性の原則によつて違法な教示・確約の拘束性を否定する)。

官吏法上の確約については、多数説は、とくに根拠をあげることもなく、いわば当然のこととして強行規定に違反する確約の拘束性を否定し、そのかわりに職務義務違反にもとづく損害賠償請求権のほか、配慮義務 (Fürsorgepflicht) 違反にもとづく損害賠償請求権が相手方たる官吏に對し与えられると説く。たとえば Weimar, aO S. 103f. ただし、まだ官吏關係を形成しない官吏志望者に對しては公法上の雇主は配慮義務を負わないから前者の損害賠償請求権のみが与えられる (Heyland, S. 123-127 ; Grellert, S. 72, 147ff.)

(二) Zitzlauß, Erläuterung zur Rechtsprechung, StW. 1941, Sp. 968 ; Rümelin, Gesetzmäßigkeit der Besteuerung und Berücksichtigung von Treu und Glauben im Zollrecht, ZfZ. 1959, S. 197 ff.

(三) Ritter, Die Erteilung von Rechtsauskünften in Steuersachen, NJW. 1957, S. 1822 ff (租税債務の発生は客観的メルクマールにかかつており、教示は租税債務の発生を免れさせなかつた) ; Montreal, S. 97-98 (非憲法原理である信義則に對し憲法原

理である行政の法律適合性の原則よりも優越する地位を与えるのは非常に疑問であるとして、違法な教示・確約の拘束性を否定する⁽⁹⁾。Immesberger, aO S. 1117 (権力分立および行政法における強行法の原則にもとづいて違法な確約の拘束性を否定⁽¹⁰⁾)。

(4) Beyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Amtshaltung für behördliche Auskunft, DVBl. 1962, S.613ff. 本文で述べた点について同旨の判例として BGH, DVBl. 1970, S. 861ff (本稿11・1(注)(1)参照)。

(5) Beyer, aO.

(6) Hausen, aO S. 1905; Weisensee, aO S. 185. なお、Massen, S. 42 は、この救済方法は相手方の救済のためには適切ではなるとして、官吏ないし官庁がその作用的権限をこえて行為するときのみ、この救済方法によるべきであるという。また、違法な教示・確約の拘束性を否定するかわりに、この救済手段を与えるべきであるとする論者みすから、不当な教示の発布がすべて職務義務違反(Zeidler, S. 79)および官吏の有責性の存在(Tipke, aO StW. 1962, Sp. 711)を意味するのではないと述べて、さらに民法八三九条に定める要件を市民の有利に緩和すべき旨を述べたものがある(Forsthoff, aO S.165)。

なお、Zeidler, S.79, 82, 93 は、機械によって発布された不当な教示について、危険責任(Gefährdungshaftung)の導入を説く。

(7) 中川一郎訳「西ドイツ租税基本法」税法学二一〇号三三頁を参照した。

(8) Tipke-Kruse, Reichsabgabenordnung, Kommentar, 2.-5. Aufl., § 131A3ff.; Paulick, aO S. 213. 同旨を説く Kampmann, S.39; Massen, S. 42. なお、Vgl. Montreal, S. 121.

(9) 成田「前掲論文」現代法 4 一六四頁、塩野宏「行政指導」行政法講座六卷二七頁参照。

(10) 私見によれば確約が「公権力の行使」に当たるとは疑問がない(本稿11・1(一)参照)。

(11) なお、田中二郎・租税法二二二頁参照。

(二) つぎに、違法な教示・確約の拘束性を否定する見解は、行政の法律適合性の原則をその最大の立論の根拠とするように思われるが、これに対しては、つぎのような批判が加えられる。しかし、まず行政の法律適合性の原則はその法史的由来からして侵益的行政作用を発布するには法律の根拠を必要とするというにすぎず、これ以上に行政に対し法律を執行する義務を課さないから、信義則にもとづいて違法な授益的教示・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という見解は、⁽¹⁾むしろ妥当ではない。けだし、行政の法律適合性の原則がいわゆる法律の留保理論と法律の優先理論の両者によって構成されているとすれば、⁽²⁾みぎの見解は、このなかの法律の留保理論のみを念頭において自己の見解を説くように思われるからである。このような見解を別にすれば、違法な教示・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と説く見解は、違法な教示・確約の拘束性を基礎づける法原則(法的安定性・信義則など)と行政の法律適合性の原則は、ともに、より基礎的な法原則を共通してもつから、違法な教示・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と説くように思われる。⁽³⁾たとえば、法的安定性の原理は行政の法律適合性の原則とともに法治国原理の構成要素を成すからと説き、⁽⁴⁾あるいは、信義則も行政の法律適合性の原則も正義(Gerechtigkeit)を基礎とする法原則であると説いて、⁽⁵⁾それぞれ違法な教示・確約の拘束性を認めても行政の法律適合性の原則には違反しない、と説く見解がこれである。⁽⁶⁾

おもうに、行政の法律適合性の原則は、国民の権利自由を実質的に保障することを目的とするから、⁽⁶⁾ある具体的事案において、違法な教示・確約の拘束性を認めた方が、まさに国民の権利自由を保障すると考えられるとき、違法な教示・確約の拘束性を認めても行政の法律適合性の原則には違反しないと思われる。⁽⁶⁾さらに、違法な教示・

確約の拘束性を基礎づける法原則は、みぎのように具体的事案において適用されるはずであるのに対し、行政の法律適合性の原則は抽象的性質をもち、具体的事案のすべてに対し直ちに適用される性質のものではなく、いわば両法理はその適用の場を異にすると考えることはできないであろうか。このようにいえるのであれば、ある行政官庁が行なうある行政作用を一体としてみたときに、違法行政を阻止するという行政の法律適合性の原則の趣旨が基本的に維持されるかぎりにおいて、具体的事案において相手方の権利益を保障するために違法な教示・確約の拘束性を認めてもよいのではなからうか。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

なお、違法な教示・確約の拘束性を認めない見解と、これを認める見解との間に、いわば折衷的見解ともいえるきものがある。すなわち、法律の命令ないし禁止規定に違反する教示・確約の拘束性は認められないが、それ以外のたんに違法な教示・確約の拘束性は認められるという見解がそれである。⁽⁹⁾

ここでいう法律の命令ないし禁止という意味は必ずしも明確ではない。それが強行規範 (zwingenden Norm) 違反の禁止をいうのであれば、行政法令は強行的性質をもつから、⁽¹⁰⁾法律の命令・禁止違反すなわち行政法令違反となり、結局、折衷の見解は前述した違法な教示・確約の拘束性を否定する見解とかわりはなく、そのかぎりにおいて後者に対する批判が折衷の見解に対しても妥当する。⁽¹¹⁾これに対し、前記 B V e r w G の判決は、⁽¹²⁾法令の規定が、「戦争による捕虜と家具の必要性とのあいだに因果関係が存しなければ、家具援助の給付決定をしてはならない」というように、個別・具体的な行政作用の発布を許さず、もしくはこの行政作用の効力を否定することを明示的に定めるとき、みぎ規定は法律の禁止を表明すると解するようである。しかし、立法の実際からみると、このような

規定のしかたをする行政法令はむしろ例外的であり、多くは行政作用が発布されるための要件を規定するのが通例である。⁽¹³⁾したがって、この規定の合理的解釈から、具体的事案においてこの要件が充足されなければ行政作用の発布は許されず、つまりは禁止されると推論することができる。法律の禁止の意味がこのように理解されてくると、Bewergの見解は、実は違法な教示・確約の拘束性を否定する見解と差異がなくなり、このかぎりにおいて後者に対する批判がBewergの見解に対しても妥当するように思われる。したがって、この意味における「法律の禁止」、さらに「法律の命令」も、教示・確約の拘束性の有無を区別する基準としては適當ではない。

なお、前記BSGが法律の命令ないし禁止に違反する確約は拘束的でないとするのは、民法一三四条・一三八条にもとづく一般法思想を根拠とするのであるが、民法と行政法の両法域の性質の差異をじゅうぶんに考慮しないで、民法を基礎とする法思想を直ちに行政法領域にもちこむのは適當ではない。

以上、要するに、ある具体的事案において違法な教示・確約の拘束性を認めるかどうかは、相手方の信頼保護と違法な教示・確約の拘束性を認めることによって侵害される個々の法令の規定に化体された価値との間の比較衡量⁽¹⁵⁾によって決定すべきであろう。⁽¹⁶⁾

このほか、違法な教示・確約の拘束性を認めても、権力分立原理、平等原則ないし財政的利益の確保などの諸原則にも違反しないと思われる。⁽¹⁷⁾

(1) Bachmayr, Mehr Vertrauensschutz im Steuerrecht, B. 1961, S. 1332.

(2) これに対する批判的見解として、高田敏「現代における法治行政の構造」渡辺古稀記念論集四頁以下、室井力・現代行

政法の原理八頁参照。

(3) Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DöV. 1972, S. 26-27.

(4) Matern, Treu und Glauben im Steuerrecht, 1958, S. 34. なお、北野弘久・現代税法の構造二九四、二九七頁注(1)参照。

(5) なる、Strokkamp, S. 116 は基本法二〇条三項について「法律」は成文法、「法」は不文法をいうと解し、信義則は「法」に含まれるから信義則にもとづいて違法な確約の拘束性を認めても、行政の法律および法適合性という憲法上の原則との間の抵触は生じないと説く(同前 Hegdörfer, Der Bundesfinanzhof und die Verwirklichung des Rechtsstaats, BayVBl. 1961, S. 167)。この見解も本文にあげた傾向に属するものといえよう。

(6) 俵静夫「行政と基本的人権」行政法講座一卷二二五頁以下、高田「前掲論文」渡辺古稀記念論集一四頁以下参照。また、Kampmann, S. 77 が行政作用の法源論の観点から、一般法原理もこの法源に属するから行政の法律適合性の原則は行政の信義則に対する違反禁止をも意味するとして、信義則にもとづいて違法な教示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と説くのも、究極的には本文にあげた見解と同旨のように思われる。

(7) 拙稿・法学雑誌一七巻四号一二五頁参照。

(8) この点に関して、Ossenbühl, aaO S. 34 のつぎのような見解は示唆的である。違法な行政規則に対する信頼保護を認めれば、司法による法創造の許される限界をこえることになり法治国構造は根本的に変えられることになる。部分的に(punktuell)与えられる信頼保護は衡平(Billigkeit)にも適合し、例外なき法律の執行ということを顧慮した社会秩序を危険にさらさなく。しかし、集団的に効力をおよぼす(Gruppenwirksam)信頼保護は、原則⇐例外関係を逆転させ法律秩序を変質させる。量が質に転化するのがある。

(9) BSG, NJW. 1961, S. 1646 (本稿 I・II(3)注(2)参照)。また BVerwG, DVBl. 1963, S. 812 は、家具援助決定は競争による捕虜と家具の必要性との間の因果関係の存するときそれを発布しようとして、かつ、この決定の発布は書面による旨

行政法における教示・確約と信頼保護の原則(二・完) (乙部)

(六九) 六九

定める法律の規定は、いずれも法律の禁止とはいえないとして、この因果関係が存しないのに家具援助の決定をするという口頭の確約の拘束性を認めた(本稿一・二(二)注(3)参照)。

(10) 俵静夫・行政法入門一〇頁。

(11) 法律の命令に対して同旨結論を説くものに Hausen, aaO S. 1904 ; Niedernaier aaO S. 405 ; Strodkamp, S. 51.

(12) 本項前注(9)にあげる判決。

(13) なお、重要な財産権的確約の許容性・拘束性を禁止するドイツ官吏法一六七条および連邦官吏法一八三条一項の規定がある。しかし、このような規定がおかれたのは、それまで、この種的確約の許容性などを認める法令・判例などがあったことから、以後この確約の許容性等を否定するためには、その旨を明示する立法が必要とされたという事情があったことを考慮しなければならない。

(14) 本項前注(9)にあげる判決。

(15) Vgl. Kampmann, S. 76-77 ; Kellner, S. 146.

(16) Kellner, S. 152 ff. は、このような観点から、より具体的に行政法令を若干の法域に分けて、各領域における信頼保護の有無ないし程度を考究する数少ない研究である。

(17) 拙稿・法学雑誌一七巻四号一二六頁参照。なお、権力分立原理に違反しないことについては Bachmayr, aaO S. 1332 ; Kampmann, S. 61. 平等原則に違反しないことについては Mattern, aaO S. 34 ; Bachmayr, aaO S. 1333 ; Strodkamp, S. 118-119. また、財政的利益の確保というだけでは違法な教示・確約の拘束性を否定しえないことについては Monreal, S. 120-121.

(三) では、みぎのように個々具体的事案において相手方の信頼保護の見地から違法な教示・確約の拘束性を基礎づける法原則はなにか、つぎに問題となる。第一説は、これを法的安定性に求めるが、その論拠はつぎのような点に⁽¹⁾

あるようである。法的安定性は、まず法秩序を構成する個々の規範じたいの内容がその名宛人との関係において平等で (gleichmäßig) 確定的で (bestimmt) かゝ名宛人の知りうる (erkennbar) ものであることを要求するとともに、いったん創設された法状況の若干の存続性 (Beständigkeit) すなわち、あらゆる法律関係の静穩 (Beruhigung) をも求める⁽²⁾。そこで、相手方の信頼保護は後者の意味における法的安定性に基礎づけられると解するのである。また、公法に所属する行政法はとくに憲法と近い関係にあるから、信頼保護は、信義則よりも憲法を基礎として認められ、かつ公法においてのみ適用される法的安定性の原理に根拠づけるのが適切であるといわれることもある⁽³⁾。

おもうに、第一説が私法とは区別される公法に固有の信頼保護の根拠を求めようとするのは理解できるが、しかし第一説には、(1) まず、むしろ違法な教示・確約の拘束性を否定し合法律状況を確保することこそ法的安定性を維持することになるのではないかという疑問があり⁽⁴⁾、また第一説によれば、違法な侵益的あるいは一般的教示・確約の拘束性をも認めなければならぬようにも考えられる。けだし、このような教示・確約によって形成された法律関係を維持することも、みぎの意味における法的安定性の原理に適うように思われるからである。たとえば、ケルナーは、信頼保護を法的安定性の原理に基礎づけるが、侵益的⁽⁵⁾確約によって行政官庁の将来の行為を告げられた市民は、この確約にあわせて自己の計画をたてることができるから、授益的ないし侵益的の区別は確約の拘束性にとっては意味がないという⁽⁵⁾。しかし、実質的に相手方の権利利益を保護するためには違法な侵益的教示・確約の拘束性を認めてはならない。つぎに、一般的教示・確約は、具体的信頼関係を生じさせる前提である特定の官吏と特定の相手方との間の接触・交渉を欠いており、また、違法な一般的教示・確約の拘束性を認めれば、その

拘束力の及ぶ範囲が広いから行政の法律適合性の原則の違反の可能性が生じ、また、実際上も行政に対し不当に大きな不利益を加えることになるから、このような教示・確約の拘束性を認めてはならない。⁽⁷⁾ (3) さらに、前述のような法的安定性の概念内容からみて、法的安定性が概念的に相手方の信頼保護という観念を当然に含むことができるとは疑問である。

これに対し、第二説は信頼保護を信義則に基礎づける。⁽⁸⁾ 信義誠実 (Treu und Glauben) という用語じたい、⁽⁹⁾ 信頼 (Vertrauen) の保護という観念を比較的たやすく含みうるように考えられる。すなわち、“Treu”および“Glauben”は語源的にはいろいろといわれているが、現在では両概念を相関的にとらえると“Treu”とは合法的で信頼される行態 (Ordnungsmäßig, zuverlässige Verhalten) をこゝろ、この行態に対し他方の Glauben が寄せられる。“Glauben”は“Vertrauen”を意味する。そこで、当事者の一方が“Treu”に行為するであろうと、他方の当事者が期待し、また期待してよい場合に、前者の当事者が後者の“Glauben”にそむくときは信義誠実に違反することになる。⁽¹⁰⁾ これを行政法上の関係にあてはめると、行政官庁は“Treu”に、したがって合法的な行政作用を行なう義務があるから、相手方は発布された教示・確約は適法であると“Glauben”すなわち信頼 (Vertrauen) してよい。⁽¹¹⁾ ゆえに、のちになって、教示・確約の違法性を理由としてその拘束性を否定する行政官庁の行為には相手方の信頼にそむくことになるから、行政官庁のこの行為には信義誠実に反することになる。したがって、法的安定性説に加えられるべき(3)の批判は信義則に対しては当たらないであろう。

つぎに信義則は、ほんらい私法関係、それも両当事者間に緊密な関係が存する契約関係を規律する法原則であつ

たといわれる。このことから、行政法上の関係においても、信義則の適用は行政官庁と相手方との間に内的親密性(immere Nähe)の存在を前提とする⁽¹²⁾、といわれる。したがって、信頼保護を信義則に基礎づけるならば、行政官庁と相手方との間に内的親密性を生ぜしめない一般的教示・確約の拘束性は認められない⁽¹³⁾。さらに信義則は、不当な損害の発生を防止するという機能をあわせ有していると思われるから、むしろ違法な侵益的教示・確約の行政官庁による取消義務を認めることが信義則に合致するように思われる。これらの点において、法的安定性説に対して加えうるみぎ⁽²⁾の批判も信義則に対してはあたらぬであろう⁽¹⁵⁾。

第二説に対してはつぎのような批判が加えられよう。(1) まず、信義則は倫理ないし道徳を基礎とする一般条項であるが、このような内容を把握し限界づけることのむつかしい法原則に依拠するのは適切ではない⁽¹⁶⁾。(2) また、信義則は誠実性の要請(Redlichkeitsgebot)を含むが、たとえば行政が違法な授益的行政行為を取り消して合法法律状況を回復しようとするとき、誠実性の要請に違背するという非難を行政に対し加えることはできない⁽¹⁷⁾。(3) 相手方の信頼保護を根拠として遡及法律の禁止の原則がいわれているが、少なくとも立法機関と相手方との関係には、信義則の適用の前提である当事者間の内的親密性は存しないから、この場合の相手方の信頼保護は信義則に基礎づけることはできない⁽¹⁸⁾。したがって、公法における信頼保護の統一的根拠としては信義則以外の法原則に求めなければならぬ⁽¹⁹⁾。

しかし、これらの批判は妥当であるようには思われない。まず、信義則を基礎とする行政法における信頼保護の原則の適用の根源は、現代における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にあると限定し、その

ための同原則の適用の根拠、要件などについて考察を加えることによって、信義則に対し加えられることのあるみぎ(1)の非難はこれを避けようように思われる。したがって、あらかじめ各種の国家作用ごとに考察を加えることなく、最初から全行政作用、さらには法律および判例などすべての国家作用に統一する信頼保護の原則の適用の意義、要件などを定立することは避けねばならない。けだし、行政の組織および作用を規律する「行政法」における信頼保護は、行政作用とは異なる法律および判例などにおける信頼保護に対比して、おのずから性格を異にするはずであり、したがって、信頼保護を基礎づける法原則が互いに同一のものでなければならぬことはない。市民の信頼保護全般についての統一的根拠を求めようとする趣旨は理解できるが、しかし、その合理的範囲をこえれば信義則に対し加えられることのある、みぎ(1)の非難は、やがて信頼保護の原則じたいに対し向けられることになる。したがって、みぎ(3)の批判も妥当ではない。つぎに、合法的行政作用を行なうという行政の Treuepflicht およびこれに対する相手方の信頼との関連において、のちに発布された合法的な行政作用を考えると、この合法的行政作用の発布は、やはり信義誠実に違背するから、みぎ(2)の批判も妥当ではないように思われる。

なお、適法な確約の拘束性を確約の行政行為ないし公法上の契約的性質から説くのに対し、違法な確約の拘束性を信頼保護の原則から説く見解があった。しかし、たとえ適法な確約であっても、その拘束性を確約の行政行為ないし公法上の契約的性質から直ちに明確に根拠づけることができるかは疑問である。なお、みぎの見解を批判するには、さらに信頼保護の原則の補充性の問題を考慮する必要のあることもすでに述べた。⁽²⁰⁾ところで、教示は、それがたとえ適法であっても、ほんらい拘束力をもたないが、信頼保護の原則にもとづいて拘束力をもつことがある。

したがって、「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は」はじめて同原則が作用する、という意味における信頼保護の原則の補充性は教示の拘束性を基礎づけるときには否定される。このように、それしたい確立した法原則であるかが問題である「信頼保護の原則の補充性」を、みぎのように確約の拘束性の根拠を区別して説くことを正当づける理由として用いるのは疑問であろう。結局、適法な確約であっても、違法な確約におけると同じょうに信頼保護の原則にも適用してその拘束性を説くのが妥当であるように思われる。⁽²¹⁾⁽²²⁾

(1) BVerwG, DVBl, 1966, S. 857 (本稿1・111参照)。^註 Hansens, aaO, S. 1904; Mayer, aaO, S. 679-680; Kimmich, Die Verbindlichkeit mündlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, Jus, 1963, S. 269; Niedermaier, aaO, S. 405; Kellner, S. 60 ff; Ossenhühl, aaO, S. 26-27. など Grelert, S. 112, -115 (本稿III・111以下参照)。など、信頼保護の原則を社会的法治国原理に基礎づける見解もある。Mainka, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1963, S. 27-30 (以下、本書の引用は著者のみで省略する); Fischbach, Der Vertrauensschutz unter besonderer Berücksichtigung beamtenrechtlicher Verhältnisse, RiA, 1956, S. 291; Rohwer-Kahlmann, aaO, S. 625.

(2) Kellner, S. 61-62. の点に関して、田中勝次郎「法安定性の原則 (Rechtssicherheit) と税法の解釈」税法学113号11頁、碧海純一訳・ラートヴルン法学入門三六一-三七頁参照。

(3) Kimmich, aaO S. 269.

(4) Zuck, Der Schutz der Rechtsstellung der ehrenamtlichen Verwaltungsrichter bei den Verwaltungsgerichten, DöV, 1960, S. 582; Mainka, S. 17ff; Monreal, S. 99. など、拙稿「カール・ルンペン・レンツ―信頼保護原理」法政雑誌18巻1号105頁参照。

(5) Kellner, S. 140 (など、本項前注(1)参照)。また Mainka, S. 22, 27 も同旨結論を述べ、ゆがた、侵益的行政作用における行政法における教示・確約と信頼保護の原則 (11・完) (2部) (七五) 七五

ける信頼保護の根拠は国家による服従要求にあり、この点において給付行政作用における前述の信頼保護の根拠と異なるが、両行政作用領域における共通の信頼保護の根拠は国家権威 (Staatsautorität) にあると説く。

(6) 本稿五・二(二)参照。

(7) 反対・中川一郎「判例評釈」シュートイェル四四号一六頁、北野弘久・税法学の基本問題五四頁。

(8) BFHおよびかつての BVerwG の判例がこの立場に属すると思われる(本稿一・二(一)(二)参照)。また、租税法における信義則については触れる論文は信義則の適用される具体例として教示・確約の拘束性をあげるものが多く、租税法上の教示・確約については第二説が通説的見解であるところであろう。たとえば、Mattern, aO., S. 39 ff.; Kruse, Zur Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, StW. 1959, Sp. 443ff.; Kraß, Treu und Glauben im Steuerrecht, DStR. 1960, S. 382 ff.; Zöllner, Die Bindung des Finanzamts an Treu und Glauben, Wpg. 1961, S. 212 ff.; Harts, Treu und Glauben im Steuerrecht, Inf. 1962, S. 61 ff. また、教示・確約一般については同頁の見解は少なからず。たとえば、Neumann, aO., S. 1085; Kellner, aO., S. 70-71; Obermayer, aO., S. 1470; Strodkamp, S. 52, 100-101 (ただし、行政行為以外の行政作用を対象とする確約については); Berninger, aO. S. 282; Steckert, aO., S. 302. また、第四四回ドイツ法学大会の決定も同旨と思われる。(aO., NJW. 1962, S. 1856). わが国の判例および学説の多数もこの立場に属すると思われる。[前記東京地裁判決・判例時報四一一号三三頁、拙稿・法学雑誌一七卷三号四九頁注(7)・(8)にあげる文献参照。]

このように、多数説は、信頼保護の原則を信義則に基礎づけて、前者は後者の適用の具体例と解するのに対し、逆に信義則が信頼保護の原則の適用の具体例と解するものがある(たとえば、Fischbach, aO., S. 291 Anm. 11)。また、信頼保護の原則と信義則との間を峻別して、信義則は両当事者間に債務関係が存在するときのみ適用され、たとえば、このような関係のない法律の遡及効を禁止する法原則としては信義則は作用せず、この場合、信頼保護の原則による」と説くものがある(たとえば、Zuck, aO., S. 582; Kimmich, Die Rückwirkung von Gesetzen, JZ. 1962, S. 522; ders., aO. JUS. 1963, S. 269)。

なお、信義則が憲法上の原理であるかどうかは問題である。Krusc, aaO Sp.446; Montreal, S. 97-98 は、信義則を非憲法原理であるという。中川一郎「税法における信義誠実の原則の法的根拠」福岡大創立35周年記念論集一五七頁は、信義則を日本国憲法一四四一項に基礎づけられる。この点に関し、BayerG, DStJ. 1960, S. 226 (本稿一・二(一)注(7)参照)は、信義則が憲法上の原理である法治国原理の構成要素であるかのように判示した。同判決は、原告がソヴェト占領地域から西ベルリンに移住したことを“einschneidende Änderung ihrer Lebensführung”²⁾といひ、これを重要な理由として寡婦年金の給付決定の取消しは信義則に違反すると判示した。しかし、同判決も認めるように、原告の移住は、給付決定そのものではなく、移住すれば扶養請求権を与えるという確約(みぎ判決はこれを「証明(Beschneigung)」ともよんでいる)にもとづいて行なわれた。たしかに、確約の内容に応ずる行政行為がいったん発布されれば、それで確約の拘束性の問題は解決し、以後はこの行政行為としての職権取消しの可否の問題となるのが通例であろう。しかし、通例の瑕疵ある授益的行為の取消しを認めない要件として、この行政行為にもとづく相手方の措置の存在を要求するとき(遠藤・前掲書一七三頁以下によれば、みぎ判決もこの立場にたつとされるようである)、みぎ判決は、実は、通例の瑕疵ある授益的行政行為の取消しではなく、本稿にいう確約の拘束性の問題を取り扱ったと考えられないこともない(みぎ判決は、確約と給付決定の両者を一体のものと考え、これにもとづいて原告の移住が行なわれた。というように構成する)。しかし、いずれにしても、西ドイツにおいて、基本法二〇条三項によって、行政は憲法上のランクをもたない法原理にも拘束されるから、必ずしも信義則が憲法上の法原理たる必要性は存しないといわれる(Kampmann, S. 50; Strotkamp, S. 96)。

(9) この点に関し、原龍之助「行政法における信義誠実の原則」法学雑誌六卷三号七頁以下は信義誠実の觀念を考究されており、本稿も同論文から多くの教示を得た。なお、成田頼明「行政上の法律関係と信義則(上)」自治研修六八号四二頁参照。

(10) Kampmann S. 45-46. ²⁾たゞ、Glauben が Vertrauen を意味することはひろく承認されている。たゞやがて Kimmich,

- aaO, S. 269; Mainka, S. 2.
- (11) Vgl. Harts, aaO, S. 62.
- (12) Vgl. Mattern, aaO, S. 35-36.
- (13) 同註 Raatz, aaO, S. 127; Zöller, aaO S. 212-213; Kampmann, S. 90-91. ただし、本項前注(7)参照。
- (14) 中川編・前掲書一四九頁以下の様に解されるべきである。Monreal, S. 163も同旨か。
- (15) 侵益的確約の拘束性については論じざる実益がないと解するものに、たとえ Zeidler, S. 50, 68; Strotkamp, S. 166; Berninger, aaO, S. 282 (後二者はいずれも信義則にもといて違法な確約の拘束性を認める)。前述の租税法領域に拘束的教示の発布制度の導入を試みる二つの草案も、ともに、違法な授益的確約の拘束性は認めるが、違法な侵益的確約の拘束性は認めないという。本稿一・一注(1)参照。AOÄG一九六六がどのように規定することについては Pfander, S. 66 参照。
- なお、侵益的確約は確約概念に含めて解さないと見解があることについては、本稿二・一(一)注(10)参照。
- (16) Kellner, S. 55-56.
- (17) Mainka, S. 12-13. 参見同註 Zitzlaff, Treu und Glauben im Steuerrecht, DStR. 1952, S. 264.
- (18) Zuck, aaO, S. 582; Kellner, S. 67 なお、波多野弘「租税法不遡及の原則」税法学一四七号五頁以下、吉良実「税法上における不遡及効の原則」税法学一〇〇号九八頁以下参照。なお、中川一郎「裁判例に現われた税法上の信義誠実の原則」税法学一〇〇号一二五—一二六頁は、「租税法の不遡及効の原則を信義則に基礎づけられるように思われる。」
- (19) Zuck, aaO, はこのように述べて、あらゆる信頼保護の統一的根拠として基本法一条一項(人格尊厳の不可侵を定める規定)をあげ、信頼保護の原則によって個人は国家権力の対象とはされないことから、国家権力は、いったん私人が形成した生活圏を尊重しなければならない、と説く。これに対し、Mainka, S. 20-21 参照。
- (20) 本稿三・二(一)および同所注(2) 参照。

(21) かつての B V e r w G の判決(本稿一・二(一)参照)も同旨であろう。なお、違法な確約の拘束性を否定する見解のうち、適法な確約の拘束性を信義則を基礎とする信頼保護の原則にもとづいて認めるものがある(Zeidler, S. 64ff.; Tiplke, aaO., StW, 1958, Sp. 741; Montreal, S. 120, 官史上の確約で(1)と同じ Thiele, aaO., S. 104-105; Weimar, aaO., S. 104.)。

(22) かつては、行政作用に対する信頼保護の根拠としては、信義則が唯一のものであったようである(Vgl. Mainka, S. 2)。
すでに RG, Urt., v. 3. 4. 1925, RGZ, 110, S. 385 は、適法な確約の拘束性を信義則に基礎づけるように解しえないこともないような見解を述べた。すなわち、これまでベルリン市警視として市の俸給法による1トグループの俸給をうけていた原告は、一九二一年の国家警察化によりプロイセンの国家勤務に変わるとともにベルリン警察署長として配属されることになり、国家の俸給法による九グループに相当する俸給を得た。これよりさき、市は、それまで市警察官吏であった者が国家警察から出向してきて俸給などに関し損害をうけないようにするという決議をした。これにもとづいて、一九二二年一月、ベルリン市行政当局は、国の俸給法における九グループとベルリン市の俸給法における1トグループ(これは国では十グループに相当)との間の差額を支払うという書面による確約(Zusage)を原告に対し発布した。しかし、同年七月、市当局は、この確約にもとづいて行なわれていた差額の支払いを拒否した。裁判所はつぎのように判示した。原告は一九二二年二月一五日までベルリン市の官職に復帰することができ、この場合には原告は市俸給法による十グループの俸給支払いを期待することができたのであるから、みぎ確約は原告が復帰の決定をなすに当たって重要な意味をもつことを市当局は顧慮しなければならぬ。したがって、市当局が、みぎ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のある信義則にもとづいて原告に対し、明確にその旨を通告すべきであるが市当局はこれをしていない。原告が、市当局は補償をなす義務がある、と考えたのは正当である。なお、みぎ確約は法令の規定に違反してはいないから、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。さらに Mainka, S. 12-13 に、より明確に信義則にもとづいて違法な告示の拘束性を認める PROVVG, Urt. v. 26. 6. 1930, PROVGE, 87, S. 136 が紹介されてゐる。

行政法における告示・確約と信頼保護の原則(二・完) (乙部)

(七九) 七九

その後の判例については本稿一・二参照。なお、ドイツ行政法における信義則の導入の時点に関し、保木本一郎「ドイツ行政法における信義則」国学院法学七卷一号四五―四六頁参照。

三要 件

つぎに、教示・確約の拘束性を根拠づける信頼保護の原則の適用要件が定立されなければならない。そこで、すでに述べた一九六一年八月四日のBFHの基本判決⁽¹⁾のあげる租税法上の確約の拘束性の要件を以下の各項の冒頭にあげ、この要件に関するそのほかの判例・学説などを紹介し検討することによって、行政法における教示・確約の拘束性の要件をさぐることにする。

(1) 本稿一・二(二)注(1)参照。なお、同判決については、中川「前掲資料」シュトイエル八一号四四頁以下の訳を参照した。

(一) 「納税義務者は、自己の租税事件に関し、税務署に対し、特定の事実を示し、かつ、この事実について拘束的確約を得たい旨知らせなければならない」。

まず相手方が自己の実現しようとする事実を特定して述べなければならないことによって、一般的確約の拘束性は認められなくなるが、これは妥当な要件である⁽¹⁾。また、相手方は自己に対し発布された確約のみを信頼できるものであって、他の者に対し発布された確約を援用することはできない。

つぎに、相手方は確約を基礎づける事実は、これをもれなく、かつ正しく述べなければならない⁽²⁾。したがって、相手方による詐欺・脅迫・賄賂などの不正手段にもとづいて発布された確約は、この要件もしくは後述の確約に対

する合理的な信頼という要件がなかったとして、その拘束性は否定される⁽³⁾。これに対し、相手方の責めに帰しえない行政官庁側の錯誤は、それだけでは発布された確約の拘束性に影響をおよぼさないと解すべきである。

相手方が述べた事実は、確約が発布されてから確約された行政作用が発布されるまでの間、法的に重要な点において (im rechtserheblichen Punkten) 変更してはならない⁽⁴⁾。なお、この点に関し、BFHの基本判決は、AO 222 二条一項一号にもとづいて租税決定の増額更正を可能ならしめる新しい事実が発生しても、この事実が確約を基礎づける事実とは別のものであるときは、確約は更正手続においても税務署を拘束するという。これは妥当な見解である。ただし、この新しい事実は確約の拘束性を失わさせる「事実の変更」にはあたらないからである。そして基本判決によれば、租税決定をこえるこのような効力を確約に与えるのは、納税義務者が確約を信頼して自己の経済的措置の基礎とし、かつ確約に違反する査定処分が行なわれれば、この経済的措置の基礎が奪われることになるからである⁽⁵⁾⁽⁶⁾という。

しかし、行政官庁に対し拘束性のある確約を得たい旨知らせなければならぬという要件は、確約の拘束性の要件としてはきびしすぎ、適切な要件とはいえないように思われる⁽⁷⁾。

なお、申請なくして発布された確約の拘束性を必ずしもすべて否定することはできないであろう⁽⁸⁾⁽⁹⁾。

(1) 本稿五・二(三)参照。

(2) 確約一般について Niedermayer, aaO S. 405. 租税法上の教示・確約について Ratz, aaO S. 128; Kampmann, S. 91 が、これを財務官庁に対する自己の協力義務をつくした納税義務者だけが信義則を援用しようと根拠づける。しかし、ことなら納

行政法における教示・確約と信頼保護の原則 (二・完) (乙部)

(八一) 八一

税義務者の協力義務をもちださなくても、具体的確約が發布されるためには相手方が本文に述べたように説明しなければならないのは当然であろう。

- (3) A.O.A.G. 一九六六も同旨 (Vgl. Mittelbach, S. 151 ff.).
- (4) Montreal, S. 128. 同旨 Kampmann, S. 91; Mittelbach, S. 114. づれた対し、確約が拘束性をもつためには要件事実がある点において変更しないことを要求する見解として Massen, S. 49; Pfander, S. 282. など Bullinger, S. 15-17 参照。
- (5) 基本判決はこのように述べて BFH, Stg. 68, S. 137 (本稿二・二注 (3) 参照) を引用する。後者の判決における事案はつぎのとおりであった。税務署の担当課長が、相手方が自己の建築物の木材を腐蝕させる菌を除去するための費用は法律上、みぎ費用として課税控除すると確約し、この確約にしたがって税務署は第一回の査定処分をした。ところが、その後、みぎ費用は建築物の保存ではなく再築のための費用であるとして (判例によればこれが新しい事実と考えられているようである)、税務署はみぎ費用を控除することを拒否して増額更正が行なわれねばならないと主張した。BFHは本文のように述べて税務署は信義則にもとづいてみぎ確約に拘束されると判示した。
- (6) 学説もBFHの見解に従う。たとえば Kampmann, S. 110; Montreal, S. 193; Mittelbach, S. 111-112.
- (7) Montreal, S. 131 は、納税義務者が前述の特定の事実を詳細に述べれば、この要件は充足されるという。前記東京地判・判例時報四一一号三四頁においては、官庁の拘束的な表示を得たという明示的な申請があったことは明確ではないから、基本判決によれば本件非課税取扱いの決定 (確約) の拘束性は否定されることにならう。
- (8) Vgl. BGH, NJW. 1960, S. 1244 (本稿二・二注 (3) 参照)。反対 Pfander, S. 286.
- (9) なお、A.O.A.G. 一九六六はつぎのように規定するようである。
 ます、申請者は、教示を求める正当な利益 (berechtigten Interessen)、つまり自己による事実の実現はその重要な租税上の効果にかかっていることを述べなければならぬ。このことから、自己が実現することを企画していない、たんに想像上の

事実、事実がすでに実現されているなど申請者が最終決定したいを得ることができ、あるいはその発布がさし迫っているなどのときは正当な利益が存しない。また、事実の実現が申請者じたいに対し重要な租税法上の効果をもつことを前提とするから、民間の税務相談職にある者は、自己の依頼者との間の相談の結果を拘束的教示によって確認することはできない。

つぎに、申請者は、手続の促進をはかるために、申請にかかるときの事実が実現されたとき申請者の考える租税法上の効果を述べなければならぬ。また、申請にかかるときの事実について、以前あるいは同時に他の税務署に対しても拘束的教示の発布を申請したかどうか、さらに申請には教示の対象の価額に応じて手数料が徴収されるためにその価額を述べなければならぬ。

税務署は裁量によって教示を発布するかどうかを決定する。教示は書面によって発布され、立証上の見地から、(1) 教示の基礎をなし、かつ申請者があらかじめ説明した事実 (2) 申請に対する決定と、決定をなすにあたっての重要な理由 (3) 教示が通用する租税の種類と期間、などを教示はその内容に含まねばならない。さらに教示は拘束的であると明示し、かつ教示に対し提起しうる法的救済の種類、提起期間、提起先などについて *Behrning* を含まねばならない。申請を却下しないし棄却するときも書面による決定に理由を付し、かつ前述のような *Behrning* を含まねばならないという (以上の点については *Mittelbach*, S. 121 ff. を参照しなす)。

また *Bubbenzer*, aaO Sp. 391 ff. が提案する法律草案の規定によればつぎのとおりである。申請は正副二通の文書を税務署に提出することによって行なわれ、税務署はさらに必要とされる書類を添えて教示を発布する権限をもつ財政裁判所に対し三日以内に回送する。このさい、税務署は自己の意見を付すことができる (Sp. 392)。また、教示には、AO ÄG 一九六六のあげるみぎ(1)、(2)、(3)とはほぼ同旨の内容を含まねばならない。また、教示手続の敏速な遂行をはかるといふ見地から、申請受理後、三週間以内に教示を発布するかどうかの決定をしなければならぬ。なお、教示の申請を適度におさえるために手数料が徴収される (Sp. 393, 397)。

これらのことは、わが国において拘束的教示・確約の発布制度を導入する (前記昭和四三年の税制調査会による答申参照

—本稿四・一参照)さいにも、参考となるであろう。

(二)「税務署は、のちに行なわれる査定処分をなす権限をもつ官吏をつうじて確約を發布しなければならぬ」。教示・確約の發布の権限については、その地域のおよび事項の権限をもつ官庁ないし官吏が決められねばならない。ところで、基本判決にいう「官吏」とは、法令の規定によれば、当該租税事案について独占的な署名権 (Zeichnungsrecht) をもつ官吏をいい、この署名権は税務署長 (Vorsteher) および税務署長がみずからこの権限を留保しないかぎり担当部門の課長 (Sachgebietsleiter) にも存する。⁽¹⁾そこで、これら権限ある官吏の發布した教示・確約の拘束性が認められることは争いが無い。これに対し、みぎ権限をもたない担当係員 (Sachbearbeiter) の發布した教示・確約については、「代理人の権限に対する善意の信頼だけでは代理権の欠缺を補いえない」という民法上の原則は公法にも妥当するとして、その拘束性をBFHは認めない。⁽²⁾これに対し、反対説は、みぎのような民法上の原則の例外を認める理論として、受忍による授権 (Duldungsvollmacht) および権利外観にもとづく授権 (Rechtsschein-vollmacht) 理論があり、これらの理論もまた公法に適用されうる。⁽³⁾などと説く。しかし、このように民法の規定を直ちに行政法上の関係に適用して権限なき官吏の發布した教示・確約の拘束性を論じるのは疑問である。むしろ、相手方は、教示・確約を發布した官吏の権限の有無ないし範囲を知りえないから、具体的事案において、当該官吏が教示・確約を發布する権限をもっていると合理的に信頼しうるときは、信頼保護の原則にもとづいて権限なき官吏の發布した教示・確約の拘束性を認めうると解すべきである。⁽⁴⁾⁽⁵⁾ただ、このような教示・確約を發布した官吏は、自己の権限の有無、程度を知らなければならぬから、その有責任性がおおむね認められるのであれば、事情によつ

ては、権限なき官吏の発布した教示・確約の拘束性を否定するかわりに、相手方に対し国家賠償を与えることもしうづたに考えられる。

(1) Kampmann, S. 82-83. 官吏法上の確約の発布の権限については Grellett S. 73ff, 154ff 以下を参照。

(2) たとえば、日本税法学会編・西ドイツBFH判例集(1)二〇三頁以下の中川一郎博士が訳出されている判決参照。同旨結論を説く最近のBFHの判決については、中川「前掲資料」シヤイエル七〇・七一、八〇号などに訳出されている。同旨 BVerfGE の判決については、本稿一・二(1)参照。また、官吏法上の確約については VGH Württ.-Bad. DVBl. 1951, S. 121 (本稿一・二(1)注(5)参照)。半訳ドイツ語 Tiplke, aaO, StW. 1958, S. 746; Czylwik, aaO, S. 99. 官吏法上の確約については、たとえば Wiggert, aaO, S. 170; Grellett, S. 73; Weimar, aaO, S. 103. わが国では、中川編・前掲書一四七—一四八頁も同旨である。

(3) Kampmann, S. 84ff; Strotkamp, S. 129. Vgl. Montreal, S. 140.

(4) Vgl. BFH, Slg. 74, S. 284 (本稿一・二(1)注(4)参照)。BVerwG, NJW. 1955, S. 806 (本稿一・二(1)注(1)・(2)参照)。

(5) 前記東京地裁判決・判例時報四一一号三四頁においては、非課税取扱いの決定(確約)は権限ある官庁および官吏によって発布された。

(6) Massen, aaO, S. 777.

(三) 「官吏は確約の発布によって税務署を拘束するという意思をもたなければならない」。ただし、「税務署は、現行法上、拘束的確約の発布を義務づけられないから信義則に違反しないかぎりその発布を拒絶し、あるいは拘束性を留保して発布するという裁量をもつ」と解するからである。また、「経験上、税務署が拘束性を留保しないで確約を発布するのはまれであるから、この確約を得たと主張する納税義務者はその事実を立証しなければならぬ

い」。以上のように基本判決はいうが、しかし、官吏の拘束的意思の存在を確約の拘束性の要件として要求するの⁽¹⁾は妥当ではない。⁽²⁾当該具体的事情を考慮にいれても、拘束性の留保のない確約が発布されたという相手方の解釈に合理性があれば、確約を発布した官吏のこれと異なる内心の意思—錯誤—は確約の拘束性の有無に影響をおよぼさないと解すべきである。⁽³⁾これに対し、たとえば、官吏が自己の表示したいにおいてこの表示の拘束性を留保して一時的な見解を表明するといひ、しかもこの表明が妥当であれば、この表示の拘束性は認められないであろう。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

(1) 判例学説は、租税法上の確約のみならず、そのほかの確約についてもこのように考える。たとえば、官吏法上の確約に
 〇〇〇 BVerwG, DVBl. 1966, S. 857; VGH Württ.-Bad, DVBl. 1951, S. 121 (本稿 I・II)注 (5) 参照)。そのほか、
 確約一般に〇〇〇 Niedernaier, aaO S. 402; Steckert, aaO S. 300. 官吏法上の確約に〇〇〇 Grellert, S. 93 参照。

(2) 本稿三・一注 (3) 参照。

(3) 確約の拘束性の要件としてこのような「意思」の存在は必ずしも必要としないと解する判例もある。たとえば、
 BVerwG, NJW. 1955, S. 806 (本稿 I・II)注 (1)・(2) 参照)。同旨学説として Kampmann, S. 95; Ströckamp, S. 154.

(4) Kampmann, S. 95; Montreal, S. 154-155. なお、撤回権の留保のきの教示・確約の拘束性を認めざるものとして Kampmann, S. 95-96.

(5) 前記東京地判・判例時報四一一号三四頁によれば、本件において税務事務所長が非課税取扱いの決定(確約)に拘束される意思のあったことは、その後、数年間にわたり、みぎ決定にしたがって固定資産税を賦課・徴収しなかった事実から判断するようと思われる。

(四) 「確約のもつ法的効果のゆえに法的取引における慣例にしたがって確約の申請および発布は書面でなされるの

が通例であるから、重要な問題について口頭による表示が行なわれたときは非拘束的な意見の表明（教示）が求められ、与えられたにすぎないと推測される」。この表現には若干問題があるにしても、基本判決が書面のみならず口頭の確約も拘束性をもつことがあると解する点には賛成である。すなわち、口頭の表示にあっては、その存在、内容を立証するという負担は相手方が負うにすぎず、口頭の確約であってもその拘束性は認められる。⁽¹⁾⁽²⁾このことは、確約ないし確約された行政作用のいずれについても形式拘束性を定める規定が存しない場合であるが、つぎに、このような規定があるとき口頭の確約の拘束性をどのように考えるかが問題となる。確約に拘束性が認められることによつて確約された行政作用—それがたとえ行政行為であっても—は、その独自の法的意義を失ないその発布ないし不発布は確約に依存することになる。したがつて、このように重要な意味をもつ（口頭の）確約の拘束性を承認するにあつては、確約された行政作用の発布について形式拘束性を定める法令の規定があれば、⁽³⁾この規定を考慮し検討する必要があると思われる。それゆゑ、確約ないし確約された行政作用のいずれについて書面性を定める規定であっても、この規定の趣旨が書面形式によらない確約ないし確約された行政作用の効力を否定すると解される⁽⁴⁾とき、発布された口頭の確約の拘束性は、信頼保護の原則にもとづいて認められることがあると解すべきであらう。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

(1) 同旨のBVerwGの判例について本稿一・二(一)、BFHの判決について本稿一・二(二)注(4)参照。

(2) 同旨の学説として、たとえば、確約一般についてNiedermayer, aaO S. 404; Berninger, aaO S. 282. 租税法上の確約について Czychlik, aaO S. 101; Nake, aaO S. 7. 反対 Mittelbach, S. 105, 110. 上記点に関して A O 二〇四一条一項は、税務署は

行政法における教示・確約と信頼保護の原則(二・定) (乙部)

納税義務等に関する事実および法律関係を職権で調査しなければならず、これはまた、納税義務者の利益のためにも行使しなくてはならないと定める。しかし、とくに学説は、この規定があるにもかかわらず本文のように解している Masssen, S. 71-72 ; Kampmann, S. 89 ; Storkamp, S. 143-144. また、官吏法上の確約について、その行政行為 (Herhard, S. 127) なくして公法上の契約 (Grellert, S. 91-92) の性質から同旨結論を説くものがある。これに対し、とくに官吏法においては形式厳格性 (Formstrenge) が支配するところの口頭の官吏法上の確約の拘束性を否定するもの VGH Wurt.-Bad, DVBl. 1951, S. 122 (本稿 I・II 注 (5) 参照) ; Thile, aO S. 104 ; Stich, aa O S. 252.

(3) この場合、口頭の確約の拘束性を否定するもの Obemayer, aa O S. 1469 ; Storkamp, S. 139 ff.

(4) この点に関し、BVerwG, DVBl. 1967, S. 663-664 (本稿 I・II 注 (6) 参照) は、官吏任命という履行行為の形式拘束性から債務行為 (官吏任命を対象とする確約) の形式拘束性がひき出されるかは、官吏任命の形式拘束性を定める法律の規定の趣旨によるという前提にたち、みぎ規定の趣旨は官吏の任命のための明確な基準を得ることにあるから、もし、確約が形式を守りなくてもこの規定の趣旨は害なわれないという。なお、Pappermann, aa O S. 204 ff. は、官吏任命とその確約をそれぞれ私法上の本契約と予約に対比させてみぎ BVerwG と同旨見解を述べる (これに対し Wilhelm, aa O S. 336 ff 参照)。

(5) Kimmich, aa O Jus. 1964, S. 271 は、確約したいについて形式拘束性を定める規定があるときにかぎって同旨結論を述べた。

(6) 前記東京地裁判決・判例時報四一一号三四頁は、非課税取扱いの決定 (確約) の拘束性を認めるにあたって、これが「正規の決裁手続を経て、公文書をもって」発布されたことを重視する。学説も書面性の要件を重視するものが多い。たとえば、村井・前掲書一二六頁。行政行為について、田中二郎・行政法総論三三三頁、杉村 (敏)・前掲書二二九頁。

(四) 「法律に明らかに違反する確約は無効である。これは、とくに納税義務者が確約の法律違反を現実を知っているとき、もしくは、知ることができたときに妥当する」⁽¹⁾。これに対し、相手方が現実には教示・確約の不当性を知らなかったときのみ教示・確約の拘束性が失なわれると説く見解がある⁽²⁾。おそらく、具体的事案において相手方が教示・確約の違法性を現実知っていたか、あるいは知ることができたかの認定は、実際にはむづかしいことがあると思われる。しかし、後者のように認定されたとき、理論上、この場合の確約の拘束性を認めなければならない理由は存しない。なお、相手方が弁護士、税理士など職業上、法令の存在・内容などをよく知っていると考えられる者であるとき⁽³⁾、または相手方がこのような者と接触・交渉していたかどうか⁽⁴⁾も、違法な教示・確約に対する相手方の信頼の有無、程度などを決める重要な要素になると考えられる。なお、教示・確約の発布時から相手方による事実の実現までの間に、法令ないし判例などが相手方の不利益に変更されるとともに、これによって発布された教示・確約の内容が違法性をおびるとき、この教示・確約に対する相手方の信頼保護をどのように考えるかが問題となる⁽⁶⁾。しかし、行政官庁がこれら法令ないし判例の変更にもとづく新しい行政解釈を相手方に対し示すまでは、信頼保護の観点から教示・確約の拘束性を認めなければならない。

(一) この要件の理解のしかたについては本稿一・二(二)参照。同旨学説として、確約一般について Niedermayer, aaO S. 405; Kellner, S. 140. 租税法上の確約について Raatz, aaO S. 128.

(二) 租税法上の確約について Maassen, S. 48; Kampmann, S. 93; Czylwik, aaO S. 102. なお、確約一般について Strotkamp, S. 155.

(3) Massen, S. 50.

(4) Massen, S. 76.

(5) 事実の変更については、本稿五・三(一)参照。

(6) 法令の変更の場合に確約は非拘束的となるものには、A O A G 一九六六(Vgl. Mirelback, S. 143f.)。同旨学説として Massen, S. 49. など Prander, S. 279-281 は、ただし、これは実体法の重要な変更にかぎり、これに対し形式的規定の変更は確約の拘束性を失なわないという。判例の変更については、相手方の措置前においては確約の拘束性は失なわれると Prander (Monreal, S. 178) 失なわれないと Prander, S. 282) に分かれる。

(六) 「確約は納税義務者の取引 (Geschäft) の締結前に発布され、かつ取引の締結の原因にならないから、かつ取引の締結の原因にならない」。ここで「取引」という概念内容は必ずしも明確ではない。⁽¹⁾しかし、BFHは、おそらく取引とは「租税債務を生ぜしめにいたる事実 (Sachverhalt)⁽²⁾を形成する相手方の処分 (Dispositionen)」をいうと解するものと思われる。換言すれば、BFHは、確約は、課税要件事実 (Steueratbestand) の実現のための原因とならなければ、確約の拘束性は認められない、と解するのである。⁽³⁾その理由は、課税要件事実の実現前に発布された確約のみが納税義務者のなす処分に影響をおよぼしうる、という点にあるようである。⁽⁴⁾しかし、つねにそうであるわけではなく、ときには要件事実の実現後に発布された確約であっても、納税義務者の行なう処分に影響をおよぼすこともあるから、BFHの見解にはしたがうことができない。⁽⁵⁾

つぎに、相手方が確約に対する信頼ののちになんらかの措置をすれば、たとえ確約と相手方による措置との間に因果関係がなくても、この確約の拘束性は認められると説く見解がある。そこで、前述した事案⁽⁶⁾における確約は、

納税義務者をして、直接、親戚への送金という措置を行なわせるほどの意味はもたないから確約と相手方による措置との間に直接的な因果関係は存しないとしながらも、この確約の拘束性を認めるのである。⁽⁷⁾しかし、相手方が確約の内容を軽率に判断して、この確約とまったく因果性をもたない措置をし、これによって損害をうけたとしても、この確約の拘束性を認めるべきではない。前記事案においても、当該年度の所得税額は四〇〇〇〇マルクであるから、前納分との差額を追加徴収するという正しい内容の確約が發布されたなら、相手方は自己の貯金を贈与として送金しなかったはずであり、そこには、やはり確約と相手方による措置との間に因果性が存するように思われる。したがって、結論的には、確約の正当性を信頼し、これにもとづいて（確約と因果性のある）なんらかの措置をすれば確約の拘束性を認めうると解すべきである。

つぎに、このような相手方による措置がまったく行なわれなかったとしても確約の拘束性は認められると説く少数説がある。そのうち、まず第一説は、相手方による措置が行なわれたときにのみ確約は拘束的であるというのは、確約の行政行為ないし契約たる性質に反すると説き、第二説は、判例通説は確約の拘束性を経済的、すなわち相手方の損失の問題に不当に密接に関係づけて考えたと批判して、確約に対する相手方の信頼があれば、これにもとづく相手方の措置が行なわれたかどうかを問わず確約の拘束性を認めるのが完全なる信頼保護の要請にこたえることになる⁽¹⁰⁾と説く。しかし、第一説は、確約の拘束性を確約の法的性質から説くことにおいて根本的な疑問があり、さらに、たとえば確約の法的性質は条件つき行政行為であると解し、相手方の措置が實際上この条件を成就する行為を意味すると考えるならば、この点からも第一説には必ずしも疑問がないわけではない。つぎに、信義則を基礎と

する信頼保護の原則は、たんに教示・確約に対する相手方の観念的な「信頼」のみを保護するのではなく、この信頼の結果相手方に生ずる不当な損失を救済することを目的とする。したがって、このような損失が相手方に生じなければ、少なくとも違法な教示・確約については、行政側の利益において、その拘束性を否定することも許され、このかぎりにおいて、第二説も妥当ではないように思われる。⁽²⁷⁾

- (1) これを私的行為と区別される企業上ないし営業上の行為と解されることもある。Cerrutti, Ein Beitrag zu dem Rechtsbegriffen "Treu und Glauben" und "Verwirkung", DSZ/A. 1966, S.18. なる Mittelbach, S.113—114 参照。
- (2) 「事実」の意味については本稿四・二注(8)参照。
- (3) Kellner, S.157-158.
- (4) B.F.H. 同旨見解として Raatz, aaO S.128, 130; Thoma, aaO S.22-23.
- (5) 本稿四・二参照。同じことが教示についてもいえる。たとえば、行政争訟手段に関する不当な教示にもついて行なわれる行政争訟の放棄ないし取下げは、すでに実体法上、課税要件事実が実現され、これにもとづく課税処分を不服とする相手方がこのような行政争訟手段を有していることを前提とする。この場合に B.F.H. の見解をあてはめて、この種の教示の拘束性を否定すれば、相手方に対し不当な損失を課すことになろう。
- (6) 本稿四・二注(10)参照。
- (7) Kampmann, S.103-104.
- (8) Kellner, aaO S.56-57; Strotkamp, S.157 (その拘束性を確約の行政行為の性質から認める行政行為を対象とする確約に「*als*」なる *Vgl.* Tinke, aaO StW. 1962, Sp. 714.
- (9) Grellert, S. 94.

(10) Shokkamp, S.164 は、その拘束性を信義則にもとづいて認める行政行為以外の行政作用を対象とする確約の拘束性の要件として、相手方による「処分」を要求するのは、実体法上の問題と訴訟法上の立証問題を不当に結びつけることになる。説く。ただし、実体法的には、信義則の適用のためには確約に対する信頼があればそれで十分であり、相手方による「処分」はこの信頼および損害発生の証明手段にすぎないと解するからである。

(11) 本稿三・二(二)参照。

(12) 前記東京地裁判決・判例時報四一一号三四頁によれば、原告は、非課税取扱いの決定(確約)がなく本件土地建物が非課税であると信じなければ、非課税扱いとされる準学校法人になるための手続をとりえたとし、さらに原告に生ずる損害は原告がみぎ決定を信頼したこと起因するとして、この決定の拘束性を認めた。なお、この決定は、原告が準学校法人になるための手続(いわば消極的課税要件事実)をとるまえに発布されたと解しうるからBFHの見解によっても、みぎ決定の拘束性は認められよう。

(七) 適法ないし違法な確約の拘束性はつぎの要件のもとに認められよう。(1) 相手方は、官庁に対し、確約を基礎づける事実をもれなく、かつ正しく述べなければならぬ。また、この事實は、その後、法的に重要な点において変更してはならない。(2) 相手方は、官庁が拘束性を留保しないで発布した確約の適法性を信頼し、さらに、原則として、(確約と因果性のある)具体的な措置をなすことが必要であり、かつ、この措置は、確約の拘束性が認められなければ相手方に対し不当な損失を加えるものでなければならぬ。(3) 発布された確約が違法であっても、相手方が確約の違法性を知らず、または知らなかったことについて過失がなければ、みぎ(1)および(2)の要件のもとにこの確約の拘束性が認められる。ただし、権限なき官吏の発布した確約にあっては、その拘束性を否定して相手

方に対し国家賠償を与えることも、じゅうぶんに考えうる。

このように、私見によれば、だいたいにおいて、BFHなどドイツの判例学説に対比して、確約の拘束性はいくぶん緩やかな要件のもとに認められよう。くりかえし引用した東京地裁の事案における租税を賦課しないという確約の拘束性は、その要件の一つとして「拘束的確約を得たい旨知らせなければならぬ」ことを必要とするかぎり、認められないことになるが、私見によれば、その拘束性は承認されることになる。

なお、BFHの基本判決は、以上のような確約の拘束性の要件を充足しない教示であっても、具体的事案において拘束性をもつことがあるという。さしあたり、基本判決のあげる「官吏の拘束的意思の存在」という要件は、(私見によれば、これは確約の拘束性の要件としても余分のもの)おそらく基本判決ですら、教示の拘束性の要件としてはあげないであろう。つぎに、確約は、通例、相手方が説明した事実が将来において実現されることを条件として行政官庁が自己の行為ないし不行為を約束するのであるから、みぎ(1)および(2)の要件がきわめて重要な意味をもつ。これに対し、教示は、このような確約と概念内容を異にし、行政官庁が必ずしも当該事案の全貌を知らなくても教示を發布しうる。しかし、通例、拘束性の認められる教示は具体的・法的教示であり、また、相手方に対し加えられる不当な損失を防止するために拘束性を認めうるのであるから、教示の拘束性の要件としてもみぎ(1)および(2)の要件が必要とされよう。要するに、私見によれば、確約の拘束性の要件はまた、教示の拘束性の要件としても妥当するよう⁽¹⁾に思われる。

(一) Vgl. Matern, aaO S.40; Raatz, aaO S.126ff.; Hegdörfner, aaO S. 117; Kampmann, S. 90.

四 効 果

(一) BFHの基本判決は、確約の時期的効果について、「税務署が継続的要件事実(Dauerfaktbestand)に関し発布した確約にもとづいて、納税義務者がこの要件事実を実現したときであっても、税務署は確約の将来的効力についてはこれを取り消すことができる⁽¹⁾」という。しかし、ここで注意しなければならないのは、教示・確約にもとづく相手方の措置があったのちに、この教示・確約の内容に相応する行政作用がまったく行なわれない間に、発布された教示・確約の違法を理由としてこれを将来にむかって取り消すと教示・確約の拘束性じたいが発生しない結果となるから、相手方の同意を得ないかぎり、この取消しは認めるべきではない⁽²⁾。したがって、基本判決の趣旨は、継続的要件事実に関しては、いったん教示・確約の拘束性が生ずれば、その後は将来にむかってこれを取り消しうるといふ点にあると解すべきであろう。しかしこう解しても、将来のどの時点において取消しの効果が生ずるとみるかは問題である。信義則を基礎とする信頼保護の原則は、教示・確約を信頼した相手方に対し不当不利益が生ずるのを防止することを目的とする。したがって、相手方に対し教示・確約の違法性を告げることによって直ちにその拘束性が失なわれると解すべきではなく、相手方が不当な損失をうけることなく新しい法状況に対処できる時点において教示・確約の拘束性が失なわれると解すべきであろう⁽³⁾。また、教示・確約が永く存続するという相手方の信頼に合理性があつて新しい法状況に対処できないなどの事情があるときは、例外的に将来にわたつて教示・確約が拘束性をもつこともあろう⁽⁴⁾。なお、継続的ないし一次的要件事実のいずれに関する教示・確約であつても、相手方がこの要件事実の実現を準備、着手しないかぎりは、直ちにこの教示・確約を取り消すことができる⁽⁵⁾⁽⁶⁾⁽⁷⁾。

- (1) 基本判決はこれを確約の拘束性の要件としてあげるようであるが、むしろその時期的効果について述べたと解すべきであらう。
- (2) 本稿三・二(二)かっこ内参照。A.O.Ä.G.一九六六は、申請者の同意があれば、拘束的教示の溯及的取消しも可能という(Mittelbach, S. 151)。
- (3) 同旨 Monreal, S. 185; Vgl. Kampmann, S. 112.
- (4) 適法な確約でなく Strotkamp, S. 166.
- (5) Vgl. Maassen, S. 50; Monreal, S. 182; Pfander, S. 274.
- (6) 前記東京地裁判決・判例時報四一一号三五頁も、税務事務所長は非課税取扱いの決定(確約)の誤りであることを告げ、次年度以降につき固定資産税を賦課しようとする。基本判決と同旨の見解であるといえよう。
- (7) なお、A.O.Ä.G.一九六六は占有税および取引税領域にかぎって拘束的教示制度を導入しようとする。しかし、わが国においては、とくに、このように教示・確約の拘束性の認められる対象を限定する理由は存しないように思われる。西ドイツにおいても、この両税を除く残りの関税および消費税(西ドイツにおいて租税体系がこの四者に分類されることについては、新井隆一・税法の原理と解釈二二〇頁参照)については、前者にすでに関税率教示の法制度があり、また連邦政府の見解によれば、消費税領域においては課税対象、租税債務の発生などは法律に一義的に規定されているから納税義務者はその租税負担について確実な予見可能性をもつ、という事情が考慮されたようである(Vgl. Mittelbach, S. 119-120)。ちなみに西ドイツにおいては、占有税として、所得税(賃金税、資本収益税もこれに属する)、法人税、財産税、相続税、対物税(地租と営業税)があり、取引税として、不動産取得税、賭物および富くじ税、保険税、手形税、防火税、売上税、運輸税があるといわれる(Vgl. Mittelbach, S. 119)。
- (二) 教示・確約が拘束的であれば、官庁はこの教示・確約の内容に違背する主張ないし請求をすることができな

い⁽¹⁾。したがって、教示・確約の内容に矛盾して発布された行政行為は違法であるから、これに対する取消訴訟の提起が許され、また行政行為の発布を目的とする確約においては、確約された行政行為の発布を求める義務づけ訴訟を提起することができる。⁽²⁾

(1) 教示・確約に関する手続的な問題のうち、(1) 相手方は教示・確約の発布を求める権利を有するか(本稿四・一注)(9) 参照)、(2) 相手方は発布された教示・確約が自己に不利益であると考えるときどのような手段をとりうるか(本稿三参照)、などについては、すでに述べた。

(2) 同旨、中川編・前掲書一四九頁。前記東京地裁判決・判例時報四一一号三三頁によれば、この行政行為は当然に無効であると解されよう。

(3) 行政行為の発布を対象とする確約について Ströckamp, S. 178-179; Obemayer, aO S. 1471 Anm. 58, 1472 (教示について)。むろん、Mayer, aO S. 678 が指摘するように、この義務づけ訴訟を提起するためには確約の法的性質が行政行為である必要はなく、確約された行政行為の発布義務が官庁にあればそれであり得る。

六 結 語

一 本稿においては、教示と確約とを概念的に明確に区別した。しかし、具体的事案においては、確約にあたる行政作用には同時に教示も含まれることが多いし、また逆に教示とされる行政作用にも、暗黙に確約もまた含まれていることが少なくないと思われる。たとえば、相手方が実現しようとする事実は課税要件事実には該当しないという教示は、暗黙に、課税処分をしないという確約をも含んでいると解される。

教示・確約は、まさに現代国家における行政機能の肥大化に伴う市民の行政解釈に対する依存にこたえるために發布される。このような教示・確約のもつ現代的意義を考慮するならば、たとえ法律の根拠がなくても、さしあたり教示・確約の許容性は認められると解すべきである。また、とくに確約は行政の裁量ないし判断領域に属する事項について發布しうるが、法律に羈束された領域に属する事項については確約の發布は許容されないという見解が支配的である。しかし、確約の許容性の限界を違法性の有無に求めて、法令の規定に違反しないかぎり、みぎのいづれの領域においても確約を發布することができると思ふべきである。

しかし、教示・確約の拘束性の有無の判断は個別具体的事案において、あらゆる事情を総合的に考慮して行なうべきであつて、その許容性の限界をこえて發布された教示・確約の拘束性はすべて否定されることにはならない。ところで、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説く見解に分かれるのに対し、教示の拘束性は、相手方の信頼保護にもとづいて認められる。確約がたとえ行政行為であるとしても、通例の行政行為に對比してかなりの差異をもつことは認めなければならない。また、確約の内容は行政法令にてらして、行政官庁が一方的高権的に決定し、相手方はこの決定内容に対し影響をおよぼしえないし、また、確約は行政官庁のみを拘束し契約に固有の相互拘束性がみられないから、確約は公法上の契約であるということではできないであらう。これらの点を別にしても、通例の授益的行政行為ないし公法上の契約そのものの取消しないし解除の可否が、相手方の信頼保護をも考慮にいれて決定されなければならないように思われる。したがって、確約の行政行為ないし公法上の契約的性質を説くことによって直ちに明確にそ

の拘束性を根拠づけることはできない。

そこで教示・確約のもつ現代的意義を顧慮するならば、たとえ違法な教示・確約であっても、相手方の信頼保護の見地からその拘束性を認めなければならないことがあると解すべきである。このように解しても、行政の法律適合性の原則をはじめとし、そのほか平等原則、権力分立原理、財政的利益の確保などの諸原則には違反しないと思われる。つぎに、相手方の信頼保護を法的安定性の原理に基礎づける見解は、違法な侵益的ないし一般的教示・確約の拘束性をも認めなければならないように考えられるなどの点から、この見解に従うことはできない。これに対し、みぎのような懸念は、相手方の信頼保護を信義則に基礎づけるときにはなくなる。また、ある具体的事案を解決するために信義則に依拠することが、しばしば「一般条項へ逃避」するものとして非難をうけることがある。しかし、信頼保護の原則は、信義則に基礎づけられながらも行政解釈に対する相手方の信頼保護の見地から、そのための適用要件などをさぐることににより、信義則に対し加えられることのあるみぎの非難は信頼保護の原則についてはこれを避けるように思われる。

二 わが国においてはじめて明示的に行政法上の関係に禁反言の法理を適用した事案⁽¹⁾における税務事務所長の非課税取扱いの決定は、ドイツにおいて盛んに論議されている教示ないし確約にあたり、したがって、みぎ事案に対し、ドイツにおいていわれている信頼保護の原則を適用して解決しても、ほぼ同じような結論が得られるように思われたのが、本稿の作成の動機であった。現代国家においては、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ぬから、このような観点にたつて論じられると思われる行政法における禁反言の法理ないし信頼保護

の原則は「国民の国家に対する依存関係が緊密になるにすぎない、将来いつそう発展する」⁽²⁾であろう。それとともに、教示・確約それじたい、複雑性を増しつつある現代社会にあって行政目的を達成するための有効な行政作用の一形式であると思われる。したがって、相手方の信頼保護という観点だけではなく、ひろく教示・確約に関する法律問題の全貌を明らかにする必要がある(この意味もあって、信頼保護の原則とは直接に関連のない、教示および確約の意義・法的性質・許容性の問題についてもかなりくわしくふれたつもりである)。昭和四三年の税制調査会の第三次答申にもみられるように、教示・確約に関する法律問題は、今後、わが国行政法においてもその重要性を失なわないものように思われるのである。

- (1) 前記東京地裁判決・判例時報四一一号二九頁以下。
- (2) 南博方「信ずる者は救われる」ジュリスト四七九号一三頁。
- (3) 本稿四・一参照。

「誤記訂正」

誤

正

本誌三卷二・三号

六五頁七行目「一九六一年」……………「一九六二年」
 八八頁八行目および
 八九頁六―七行目「法的行為」……………「行為態様」