

# 西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向

— 行政法規の溯及効禁止との関連において —

乙 部 哲 郎

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 行政法規の変更と信頼保護
- 三 新しい動向
- 四 おわりに

## 一 はじめに

一 人間の社会生活における不可欠の要件であり、<sup>(1)</sup> かつ民法その他全法秩序を基礎づけ、支えらるゝとされる信頼 (Vertrauen)<sup>(2)</sup> の保護は、行政法上の関係においては、とりわけ現代における行政と国民との関係の構造的変化に、その根源ないし基礎をみいだす。たとえば、「社会的法治国における信頼保護」について考察しようとするオッセン

西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向 (乙部)

(一八一) 一八一

ビュールは、つぎのように述べている。

市民は、もはや国家の措置により計算不可能な打撃をこうむるべきではないということに、二つの原因がある。

第一の原因は、基本法一九条四項にその具体化がみられるような市民の権利保護の完全化 (die Perfektionierung des Bürgerrechtsschutzes) にある。この市民の権利保護の完全化は、個々の人間を権利の中核にすえ、かつ国家に対する公請求権をもつ個人の自由領域は妨げられないという法的理解の表現であり結果でもある。このような伝統的な自由法治国思想の産物は、社会国家原理のなかにその憲法規範上の係留を見出すとともに、自由法治国を社会的法治国に変えた。第二の原因は、まさに、この社会国家の原則にある。社会国家の任務は、社会的弱者たる国民圏のための配慮の計画を制限することではなく、むしろ著しく拡大することにある。社会国家原理は、経済・社会および文化政策の国家への包括的委任を含み、このことは、現代の産業国家現象において現実化され、避けることはできない。しかし、社会国家性の強調される共同体においても、人間的自由領域の獲得・保持、個人の自由決定性という古き自由の理念は、絶対的優越性をもつから、社会国家の原則は、この理念にもとづいて解釈し現実化しなければならぬ。かくて、国家は、包括的な態様において生存配慮をすることにも、個人の自己決定性と最大限の競争原理を確保しなければならないという時期にあつては、国家臣民関係は連携 (Partnerschaft) によるべきであつて服従関係 (Gehorsamverhältnis) は協同 (Kooperation) によつて解消されなければならない。

オッセンビュールは、このように述べ、さらに、「ここまでくれば、あとわずかな歩みさえあれば、法は、連携の関係のあるときは、どこでも貫徹するという思想、すなわち信頼および信頼保護思想に到達する」とし、なお

公法における信頼保護思想が、一九五〇年の初期、つまり社会的法治国の具体化の開始時期に、はじめて現われたのは、信頼保護思想は、その公法上の地位を協同的連携のためだけにより得たのではなく、法的安定性の表現でもあり要求によるためでもある、と説いている。<sup>(3)</sup>

このような国家市民関係の構造的変化に伴って生ずる重要な法現象について、ハウアイゼンは、つぎのように述べる。「われわれの外面的生活を秩序づける『規定網』(Vorschriften-Netz)は、ちやいぢ密になり、われわれの生活領域は、ますますこの秩序内にとり込まれる。すなわち連邦議会は、四年毎の過去の三つの任期において、真実『バルトコンベア生産』(Fliegbandproduktion)により五〇〇をこえる法律——しかも公法的内容のものが増えている——を『吐き出し』、なお、これに州の法律が加わってくる。この法律執行のための行政の措置がされて、はじめて、個人は、このように法秩序の網の目が狭くなっていることを感じる」<sup>(4)</sup>。

このようなハウアイゼンの指摘は適切であり、このような法現象のもとでは、各種行政作用において示された法令の解釈(行政解釈)に対する国民の依存・信頼を保護しなければならない。

このように行政法における信頼保護の基礎ないし根源が確認されたが、では、つぎに、この信頼保護の法的根拠はどこにあるのか。この点に関しては、従来から、法的安定性ないし信義則という二大原理が存する。最近においても、オッセンビュールは、「信頼保護の法的基礎は、法的安定性のみならず、憲法および法秩序における他の多くの基本思想に求めてきた。しかし、法的安定性の原理のほかには、信頼保護の法的基礎としては、公法においても承認された信義則のみが考慮される。そういうわけで、法的安定性と信義誠実が信頼保護思想を支える二つの柱で

ある<sup>(5)</sup>と述べて、いぜんとして、この両原理が信頼保護の法的根拠として優勢であることを説いている。

- (1) Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Diss. Mainz 1954, S. 3.
- (2) Ossenhühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DöV 1972, S. 25.
- (3) Ossenhühl, DöV 1972 S. 25f. など、信頼の<sup>(6)</sup>倫理的価値を重視する Stich, aaO S. 18f. も、官庁と市民の法律関係にもモラルの最低要件は妥当するとし、その理由として、まず第一に大衆国家における市民・行政関係の特質をあげる。第二の理由は、行政がその任務を自然人たる公務員に行なわせる点にあるとして、自然人は人間的な不十分さを完全に免れえず、このことから生ずる危険から行政官庁と法的関係に入る個人は保護されなければならない、「礼儀正しく、かつ正直な行為 (anständigen und redlichen Verhalten) の原則は行政をも拘束するものでなければならない (フオールストホフ)」という。第三の理由は、行政官庁が倫理的に妥当な行為の原則に拘束されることは、法治国の本質的メルクマールに属するという点にある。すなわち法治国概念は、その本質・内容は必ずしも明確ではないが、しかし、公行政の不当な侵害からの個人の法的保護 (これは信頼保護の原則の意味・目的でもあるという) がその本質的メルクマールを成すことに異論はな<sup>(7)</sup> (S. 19-23)。
- (4) Haensein, Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl 1964, S. 710. など、ハウアイゼンはい<sup>(8)</sup>う。行政の行為は人間のすることであるから瑕疵ある決定の生ずることは避けられない。それは、行政の作業条件が過去の時代における状況とは比べようのないほどの現代の大量行政 (Massenverwaltung) に帰因する。たとえば、一九五七年一月一日以降、年金保険の新規定は、保険担当者をしてわずか数週間のうちに六五〇万を下まわらない年金の変更を強い、また行政行為の数は、財務行政領域だけで一年に三五〇〇万にものぼるといわれる。かくて、ハウアイゼンが、このような事情のもとでは受益者の反対を<sup>(9)</sup>おして行政が瑕疵を除去しようとするのは理解できると説いている (S. 711) のは、前記のシュエイツヒの見解 (前注(3)) において第二の理由としてあげるもの) と比べて興味深い。



(5) Ossenbühl, DöV 1972, S. 27. なお、法的安定性ないし信義則のほかに、社会国家ないし社会的法治国原理も行政法における信頼保護の法的根拠として主張されることがある。そのなかで、とくに Mainka, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1963, S. 21ff. は、注目すべき見解であると思われる。

マインカは、まず、国家—市民関係の特質から信頼保護の法的根拠を考えようとし、そのさい、侵害行政と給付行政とは市民の利益状況が異なり、侵害行政においては市民はこれを受忍することを義務づけられるから、したがって負担的措施の発布を阻止しようとするのに対し、給付行政においては行政作用の発布を求めようとするとして、両作用領域を区別して考える。すなわち、侵害行政における国家市民関係は、国家は上位権力として市民に對置し市民の服従を要求するという点に決定的に特徴づけられる。国家による服従要求 (Gehorsamsanspruch) は、その命令への拘束性を含み、それは、市民だけでなく、服従要求を市民の不利益に変えてはならないという意味において、国家をも拘束する。かくて、国家行為の存続性への信頼保護を求める市民の請求権は、その基礎を服従要求のなかに見出すことが分かる。この場合、信頼保護は、市民の負う服従の裏面 (Kehseite) を成すのである。しかし、給付行政領域にあつては、国家は服従を要求しているのではなく、授益的措施を利用するかどうかを市民の判断に委ねている。国家による生存配慮の拡大は、必然的に市民の経済生活を行政による給付に依存させる結果となる。かくて、給付行政領域における信頼保護の基礎は、個人の国家給付への依存性の増大にあり、侵害・授益の両作用領域において共通することは、市民に對する国家行為の存続性は国家権威 (Staatsautorität) の利益のためにも要請される点である。

マインカは、このように信頼保護の基礎について説き、ついで、基本法における信頼保護の位置づけについて検討する。まず、給付行政における信頼保護は、社会国家原理 (基本法二〇条一項、二八条一項一段) と結びつく。社会国家においては、行政は、できるだけ社会正義の創出・保持の見地から、経済的弱者たる国民を助けるといふ目標をもって自己の措置をする義務を負う。経済的弱者は、過去に与えられた給付の取消しから保護される。ただし、公の給付への依存性を考慮すれ

ば、給付の存続への信頼はとくに保護に値すると思われるからである。しかし、信頼保護は社会国家思想のみによってとらえることはできない。経済的強者である企業家も、官庁の措置の存続を信頼して投資をしたために、官庁がこの措置を適及的に取り消そうとするときは、信頼保護を援用することができる。信頼保護は、その法治国家的根源をも知ることによって、はじめて憲法次元における正しい観点に到達する。

かくて、マインカは、国家がその措置の存続への市民の信頼を顧慮して一定の範囲内において自己拘束(Selbstbindung)することによって生ずる国家の権力行使の制限(Mäßigung staatlicher Machtausübung)は法治国の基本的構成要素であるとして、ここに信頼保護の法治国との結びつきをみる。そして、マインカは、基本法は、社会的法治国として性質づけ、法治国概念および社会国家概念は同価値として考えているから、したがって、信頼保護思想の憲法上の基礎は社会的法治国原理にあると結論づける。

二 ところで、最近、あいついで行政法ないし公法における信頼保護一般に関する論文が発表され、一九七二年にはオッセンビュールの前記論文、翌一九七三年には、ウォルター・シュミット<sup>(1)</sup>、グラビッツの論文<sup>(2)</sup>がある。また同年一〇月に開かれたドイツ国法学者大会において、その第二議題として「行政法における信頼保護」のテーマが選ばれ、これについてグンター・キスケルとピュトナーが報告し、翌一九七四年に出版された公刊物のなかに両名の論文と同大会におけるシンポジウムの模様も明らかにされている。

これら最近の一連の論文等からうかがわれることは、とくに「行政法」に限定しないで、ひろく「公法」における(したがって各種行政作用はもとより、さらに法律をも含めて、これら国家作用に対する)信頼保護の統一的法的根拠を求めようと意図する傾向も強くみられ、また、この統一的法的根拠として基本権をあげる見解が台頭して

きたように思われる点が注目される（ただし、ピュトナーは、行政法のみに限定した信頼保護について考察し、かつ、とくにその法的根拠を法的安定性・信義則ないし基本権などに求める必要はないとして新しい方向をうちだしているのも、やはり注目に値しよう）。

そこで、本稿は、このように公法に共通の信頼保護の法的根拠を求めることが妥当か、妥当であればその法的根拠はなにかに関する考察をすすめるさいの、いわば中間的作業として、これら最近の論文等の紹介に徹しようと思図するものである。しかし、そのまえに、あらかじめ西ドイツにおける行政法規に対する信頼保護の法的根拠についての見解の概要をみておく必要性がある（なお、このような必要性は、たとえ法律をも含むすべての国家作用に共通する信頼保護の統一的法的根拠を求めることは妥当でない<sup>(5)</sup>としても、必ずしも否定されない。ただし、西ドイツにおいては、行政作用の一種である行政規則ないし行政計画に対する信頼保護は、法律に対するそれと同じように取り扱われるべきであるとする見解も主張されており、もし、この見解が妥当であれば「行政法」だけに限定されたその信頼保護の法的根拠の考察にさいしても、行政法規に対する信頼保護の法的根拠は重要な影響を及ぼす可能性をも秘めているように思われるからである<sup>(6)</sup>）。

- (1) Walter Schmidt, „Vertrauensschutz“ im öffentlichen Recht, JuS 1973 S. 529 ff.
- (2) Grabitz, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl 1973 S. 675 ff.
- (3) Krüger, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL H. 32 (1974) S. 149 ff.; Pütner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL H. 32 S. 200 ff.

(4) Kisker, VVDStRL H.32 S. 154f. は、このことを明言する。すなわち、信頼保護つまり処分保護 (Dispositionsschutz) の問題は伝統的な問題別のひきだし (Problemschubladen) (行政法・憲法ないし国法学) にとどまらず、たとえば立法者に対する処分保護の問題は憲法上の問題に關係する。狭い意味での行政法上の問題のみをみようとする者は、確固とした憲法的地位をもたない一般法原則、たとえば信義誠実という、きまり文句によることにもなる、という。

(5) 拙稿「行政法における教示・確約と信頼保護の原則(二・完)」神戸学院法学四卷一七四頁参照。

(6) もちろん、行政法規に対する信頼保護それ自体のもつ重要性を否定するわけではなく、したがって、この問題の詳細な考察もおろそかにはできないが、これは、本稿の能力を越えるものである。なお、西ドイツにおけるこの問題の詳細な考察については、波多野弘「租税法不遡及の原則(一)〜(三・完)」税法学一四七号——一七九号、同「グンター・キスケル」法律の遡及効(一)〜(六・完)」名城法学一三卷三・四号——一六卷一・二号参照。本稿は、最近の判例学説を中心とし、若干のものをとりあげて紹介するつもりである。

## 二 行政法規の変更と信頼保護<sup>(1)</sup>

### 一 西ドイツ連邦憲法裁判所——法的安定性説

一 西ドイツ連邦憲法裁判所は、ほぼ一貫して、すでに「終結し過去に属する要件事実」(abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände) に対し事後的に変更を加える、いわゆる真正遡及効 (echt Rückwirkung) をもつ法律は、法治国原理の本質的要素たる法的安定性の原理にもとづく関係人の信頼保護に適合しないとして、その許容性を原則として否定してきた(これに対し、連邦憲法裁判所は、「現になお終結しない事実関係」(gegenwärtige

noch nicht abgeschlossene Sachverhalte) に対し効力をおよぼす、いわゆる不真正遡及効 (unecht Rückwirkung) をもつ法律の許容性を原則として認めてきた<sup>(2)</sup>。ただし、連邦憲法裁判所は、一九六一年二月一九日の判決において、自己の従来<sup>(3)</sup>の判例を分析して、四つの要件のうちいずれかが具備されるときは、真正遡及効をもつ法律も憲法上、許容されると説き、これはその後もくり返され、最近の連邦憲法裁判所も、だいたい同じようなことを確認して、つぎのように述べている。

連邦憲法裁判所の常の判例によれば、終結した要件事実を遡及的にとらえる負担的法律 (Belastende Gesetz) は、原則として、市民にとってはまず第一に信頼保護を意味する法的安定性をその本質的要素とする法治国の要請に適合しない。この意味における真正の (遡及的 retroaktiv) 遡及効は、過去に属し終結した要件事実に対し法律が事後的に干与するときに存し、これは、現になお終結しない事実関係および法律関係への干与 (いわゆる不真正・将来的 retrospektiv 遡及効) と対照をなす。真正遡及効をもつ負担的法律の原則的禁止は、法的安定性の原理に内在する信頼保護の思想にもつぎ、その例外は、特定の法状況への信頼が保護に値しない (nicht schutzwürdig) ときにのみ認めうる。すなわち、(1) まず、信頼保護は、法的効果の発生が法律上いわれている時点において、このような規律を考慮しえたときは、必要とはされない。(2) つぎに、法状況が不明確かつ混乱している (unklar und verworren) か、あるいは欠缺のある (Lückenhaft) とき、あるいはその合憲法性に重大な疑問の存するほどに体系違反でかつ不衡平 (systemwidrig und unbillig) であるときは、市民は現行法をあてにすることはできない。このような場合には、法治国原理みずから明確な規律をつうじて遡及的に法的安定性と正義の創出されることを要求する。

(3) 現行法状況への関係人の信頼は、合理的な理由のある法律変更によって全く損害を受けないか、あるいは必ずしも重大な損害を受けなかったときにも、保護を要しない。(4) 最後に、信頼保護に優越する強行的な公益の理由(zwingende Gründe des gemeinen Wohls)から遡及効が是認されるかは明らかではないが、たんに信頼損失の程度と公益の要請(Anforderungen des Gemeinwohls)とを衡量すべき不真正遡及効におけるよりも、真正遡及効にあっては厳しい要件が妥当する。<sup>(7)(8)</sup>

(1) わが国においては、行政法規の遡及効の意味はどのように把握されているであろうか。

わが国の通説を代表すると思われる田中二郎博士は、(1) まず、「行政法規の不遡及の原則というのは、行政法規の効力発生前に終結した事実について、当該法規を適用しないという原則である」とされ、ついで、たとえ行政法規みずから遡及的適用を定めることも許されないとし、その根拠を法治主義・法律生活の安定ないし予測可能性等に求め、さらに憲法三九条は負担的行政法規にも類推適用される、と解されるようである。つぎに、田中博士は、(2) 行政法規の不遡及効の原則は「いわゆる継続した事実(Dauerabstand)に、新たな法規の適用を妨げるものではない。この場合には、既に過去に終結した事実新たな法規を適用するのではないから、行政法規の遡及適用とはいい得」ないが、しかし、「この場合においても、原則として、人民の既得権……を侵してはならないという制限を受ける」から「合理的な予測可能性の範囲を越え、既得権又は既得の地位に重大な侵害を加えるような場合には、経過規定によって」特別の取扱ないし補償等の措置をとらなければならない、と説かれる(田中二郎・行政法総論一六四頁以下)。杉村敏正・全訂行政法講義(総論・上巻)三二頁以下も、ほぼ同旨のことを説かれる。なお同旨、広岡隆・行政法総論一六一七頁、清永敬次・税法二三四頁、広島高判昭和四三年一月一三日判例時報五五七号二三四頁。これに対し、最高裁は、行政法規の遡及効の意味・その禁止の法的根拠について必ずしも明確に一致した見解を表明しているように思われぬが、憲法三九条は原則として行政罰に類するもの以外の

事項についての行政法規の遡及効を禁止せず、また既得権を全く無視することは許されないが「公共の福祉」を理由として制限を加える程度の行政法規の遡及効は憲法上許容される、と考えるようにもみえる（最判二四年五月一八日民集三卷六号一九九頁、同二六年四月二八日民集五卷五号三三六頁、同三三年四月二五日民集一二卷六号九一二頁参照）。

つぎに、ある課税年度中における租税法の改正により同年度中におけるものではあるが同法改正前になされた納税義務者の行為から生じた所得をも新課税要件事実とし、あるいは、それまでも課税要件事実であった所得に対し税率を引上げることは、行政法規の遡及効にあたるであろうか。この点に関し、東京地裁は、「この点につき問題が全くないわけではないにしても、事業税の性質上一ヶ年を通して課税するものであるからこの程度の遡及」（改正施行時点より二ヶ月前に遡及）も「違法とするには足らず又納税者の既得権（非課税権）を侵害するものとはいえない（益金のみではなく損金も当該事業年度を通じて考慮される）から」原告の主張は理由がないとした（東京地判昭和三六年四月二六日行集二二卷四号八三九頁）。わが国の通説のいう前記遡及効の定義からいえば、おそらく本件改正税法は遡及効をもたらすものではないと解することになる。同判決を評釈する綿貫芳源・自治研究三九卷一号一五七頁は、本件事案が（真正の）行政法規の遡及効にあたると解されるかについては必ずしも明確ではないが（本件改正税法の憲法上の許容性は認められるようである）、しかし、吉良実「税法上における不遡及効の原則」税法学一〇〇号一〇七頁は、本件事案の場合、「『租税債務が発生した時の法律』即ち『当該法人の事業年度が終了した時存在した法律』が『現行法』即ち行為時の法律となるものと解すべきであるから」、本件事案は「税法の遡及効を認めた場合には該当」せず、このことは「法律不遡及効の原則は、継続した事実、新たな法規の適用を妨げるものではないとするのが通説である」ことから分かる、と説かれている。

他方、国民に対し権利利益を付与する授益的遡及法規の許容性の認められることについては、通説は、異論を唱えない（田中・前掲書一六八頁、杉村・前掲書三三三頁、金子宏「市民と租税」現代法シリーズ8三二七頁、北野弘久・税法学の基本問題三四頁）。

(2) Vgl. Grabitz, DVBl 1973 S. 677.

(3) 本件判決については、波多野「前掲論文」税法学一四七号一二頁に訳出紹介されている。

(4) BVerfG Beschl. v. 23. 3. 1971, BVerfGE Bd. 30 S. 367, 385 ff.

(5) Sauffert, Die Rückwirkung von Steuergesetzen nach Verfassungsrecht, B3 1972 S. 1067 は、従来、連邦憲法裁判所は、真正遡及効をもつ法律に関する二一のケースにおいて、そのうち八ケースは憲法違反としてその許容性を否定し、残りの一三ケースは許容したが、その理由は関係人が法変更を知り、あるいは予測すべきであった(六ケース)、変更された従来規程が不衡平ないし正義に適合しない(四ケース)、従来の法状況が不明確ないし混乱していた(二ケース)、強行的な公益(一ケース)、を理由とするものであったという。

また、連邦憲法裁判所は、およそ三〇ケースについて不真正遡及効を認定し、そのなかで唯一の事案を除いて、すべて許容したという。

二 つぎに、不真正遡及効をもつ法律の許容性に関する連邦憲法裁判所の判例をみよう。

一九六八年一月二九日、マルク切上げを防止し外国との貿易上の均衡を回復するため輸出の減少・輸入の増大をはかる目的から制定された、いわゆる保護法(Absicherungsgesetz)は、三つの課税要件事実を定め、いずれも同日以前に締結された輸出契約にもとづく輸出ではあるが実際に輸出が同日以降にされた場合をも定めていた。連邦憲法裁判所は、この輸出への課税は不真正遡及効をもたらすとして、以下のように述べる。

本法は、納税義務を契約締結ではなく、一九六八年一月二九日以降にされた輸出に結びつけている。そして、本法五条によれば、売上税法一八条二項にいう申告期間の経過によって生じ、企業家は、暦月経過後一〇日以内に



連邦財政相の定めた基準にしたがって申告するとともに前払金を納付しなければならない。したがって、本法は、関係人に不利益な法的効果を「過去に属し終結した要件事実」につなぐのではなく、「現になお終結しない事実関係」につないでいるにすぎない。連邦憲法裁判所は、その常の判例において、真正遡及効の許容性の限界は不真正遡及効のそれとは異なることを述べてきた。訴願人は、連邦憲法裁判所の判例は不真正遡及効の許容性をますます制限し真正遡及効のそれに近づけた結果、両遡及効事案は同一に取り扱われるというように誤解している。<sup>(1)</sup>しかし、真正遡及効の許容性は、若干の例外を除けば、法的安定性の要請に優越する強行的な公益の理由 (*zwingende, dem Gebot der Rechtsicherheit übergeordnete Gründe des gemeinen Wohles*) がそれを要求するときのみ認められるが、不真正遡及効にあつては、現行の法律的規律の継続への個人の信頼と公共の福祉のための立法上の利益の意味との衡量において、現行状況の安定性への個人の信頼が優越するときのみ、遡及効は許容されない。本件においては、経済的秩序および他国との安定的関係という全体利益が個人利益よりも大きな意義を与えられる。また、本法が過酷および不つりあいな不利益に対処する措置を講じている(九条二項)ことも、みのがしてはならない。

本件判例は、このように説いているが、この場合、相手方への補償の必要性もないのであろうか。この点について、本件判例はつぎのように述べている。連邦憲法裁判所の常の判例において、金銭給付義務の賦課は、原則として、基本法一四条にいう財産権保障には影響をおよぼさない。このことは、経済政策および通貨政策的性質をもつ法律について妥当し、その例外は、金銭給付義務が関係人に対し過度の (*übermäßig*) 負担を課しその財産状況を根本的に侵害するときのみ認められる。しかし、本件においては、このような状況は存しないとして、基本法一

四条 (公用収用による補償) 違反の主張は理由がないとした。<sup>(2)</sup>

(1) この点に關し、Friauf, Gesetzesankündigung und rückwirkende Gesetzgebung im Steuer- und Wirtschaftsrecht, BB 1972 S. 674 は、連邦憲法裁判所は、以前の判例では、不真適正及効においても、当事者が予期できず、したがって自己の処分において考慮しえない立法者の侵害は阻止されるとしたのに、最近では、このような当事者の予見可能性 (Vorhersehbarkeit) が明らかに与えられない一連の事案において不真適及効的侵害を承認したとし、特にその例として本件判例および次項にあげる判例 (本稿一九五頁参照) ほか一件を指摘している。

(2) BVerfG, Baschl. v. 9. 3. 1971, NJW 1971 S. 163-5. このように法律の変更が許容されるときは相手方の損失の補償をも要しないとする点については、連邦通常裁判所も同旨のようである。たとえば BGH, Urt. v. 31. 1. 1966, BGHZ, Bd. 45 S. 83ff は、クネッケパン (Knackebrot) の輸入関税率を 25% から 10% に引き下げることを定める同意法 (Zustimmungsgesetz) の施行 (一九五六年八月一日) により、とくにスエーデンからの輸入の増大等をおそれた国内のクネッケパン製造業者たる上告人の公用収用にもとづく損失補償等を求めて上告した事案において、以下のようにいう。

営利企業に關しては、企業の固有の構成要素だけでなく取引上の結合関係、すなわち顧客網など要するに全体として営利企業の経済的価値を成すものはすべて、基本法一四条による補償対象として考慮に入れられる。しかし、保護関税とその維持は企業に所属するわけではなく企業の価値に影響を及ぼすこともない。国内の企業家は、外国の競争者を防止するために従来の関税率の維持されることをあてにしてはならず、またそれによって自己の商業上の利益の保持を求める権利も有しない。わずかに、外国の競争者が関税率の撤廃・引下げによって国内企業よりも有利な競争状況にはおかれまい、という Chance をもつにすぎない。ただし、事案における特別の事情により、企業家が保護関税の継続的存在を信頼しうるような Vertrauensbestand がつくりだされる場合のみ、たとえば、連邦政府による保護関税の存在の指摘にもとづいて (unter Hinweis auf das Bestehen eines Schutzzolles) きわめて高額な費用支出・投資へと誘われるときは、事情は異なりうる。このような

場合、企業家の期待に反し保護関税が直ちに撤廃ないし引き下げられたときには、公用収用による補償が問題となりうる。

連邦通常裁判所は、以上のように判示し本件事案は、このような場合にはあたらなうとして、本件法律は基本法一四条三項違反とされて無効とはならず、また税関吏による軽減された関税率による措置も上告人企業に対する違法な公用収用類似の侵害にはならない、と結論つけた。

三 連邦憲法裁判所は、行政法規の変更の許容性を必ずしも真正ないし不真正遡及効のいずれかに分けてのみ考察しているわけではなく、これ以外の行政法規の変更の許容性をも信頼保護の原則との関連において述べていることもある。たとえば、つぎのような判例がある。

ベルリンの経済促進のための法律、いわゆるベルリン救助法 (BerlInhilfegesetz) は、一九五九年に制定され、その一五条二項は、一九五八年一月のソ連によるベルリン最後通告によってベルリン所在のすべての企業上の発意に負わされた特別の危険を緩和するために、一九六四年一月三十一日までの五年間租税上の優遇措置を延長するという意味・目的を有していた。ところが、一九六二年九月二六日の改正により、五年間という期限到達まえの一九六三年一月一日以降は、この租税上の優遇措置を従来の1/3に切り縮めることにし、この改正後の法律(以下、本法という)の効力が争われた。

連邦憲法裁判所は、まず、前述のような真正ないし不真正遡及効に関する従来の判例を踏襲することを明らかにしたのち、本法の「真正」遡及効性を否定している。売上税法一三条一項によれば、売上税債務は申告期限の経過によって発生し、同期限は原則として暦月であるが、本法二二条一項四号は、その発効前の暦月には関係しない。

それどころか、同条項は、一九六二年の査定年度中に実現された売上税の要件事実に対する租税優遇措置に全く変更を加えてはいない(すなわち前述のようにこの変更は一九六三年度から生ずる)から、たとえ租税債務の査定期限として暦年が基準とされるときですら、真正遡及効をもたない。つぎに、もし、本法二二条一項四号が売上税債務を発生せしめる有償の譲渡その他の給付の開始と売上税債務の発生(これは前述のように暦月による申告期限経過による)との間に存する事実関係に対し効力をおよぼすのであれば、同条項は「不真正」遡及効をもつということが出来る。しかし、本法は、一九六二年六月二十九日に連邦議会で可決され早くても一九六三年に納税義務を負う売上げを対象とするから、本法は、「現になお終結しない事実関係」に効力をおよぼすことにはならないから不真正遡及効を有しない。

さらに、本件判例は、本法の許容性について、つぎのように説く。一九五九年のベルリン救助法一五条二項により創出された法的状況の存続に対する信頼保護は、原則として、不真正遡及効をもつ法律における保護よりも低いわけではなく、一方、信頼損失の程度と、他方、公共の福祉のための立法上の利益の意味との間の衡量をしなければならぬ。ベルリンにおける壁の建設後の状況の展開を基礎とすると、西ベルリンに対する助成措置はなお著しく強化することが緊急に必要であり、とくに、この壁による遮断措置の効果をできるだけ早く、かつ広範囲に調整するためには、連邦領域からの求人に助成の重点がおかれねばならない。しかし、そのために著しく財政限度をこえるときは、もはや従来程度の程度ほどには必要とされない租税優遇措置の切り縮めのような方法によってのみ、助成を行なうことができる。かくて、一九五九年のベルリン救助法一五条二項の施行時には予測不可能の困難な特段の

事情が西ベルリンにも連邦にも生じ、優越的公益が優先するから、無制限の租税優遇措置の存続に対するベルリンのタバコ産業の信頼保護は、もはや是認されない。同産業は、従来のベルリン救助措置により著しい利益を得ており、その租税上の受益は投資額を上まわるほどである。立法者の新しい措置は、このような事実関係にほどよく (in magvoller Weise) 適合し、同時に、救助を必要とする全経済部門に対し適切な救助の配分をしている。

連邦憲法裁判所は、以上のように述べて、本法の許容性を認めたのである。<sup>(1)(2)</sup>

(1) BVerfG Beschl. v. 23. 3. 1971, NJW 1971 S. 1211-2. ここで前述のように、本件判例は不真正遡及効をもつ法律についてのものであると解するよう思われる見解があった(本稿一九四頁注(1)参照)。なお Vgl. W. Schmidt, Jus 1973 S. 530. 上の点に関し、Ossenbühl, DStV 1972 S. 30 は、立法者の行為に対する信頼保護は、第一に、法律の合憲性、第二に、立法の継続性と一貫性 (legislative Kontinuität und Folgerichtigkeit)、第三に、現行規範の存続の維持すなわち遡及的法律の許容性との関係において認められうるとし、ベルリン救助法についての本件判例は、みぎの第二の場合にあたりと解している。

(2) 本件判例と鋭く対比されるのが、RG Urt. v. 10.1.1933, RGZ Bd. 139 S. 177ff. である。

第一次大戦後、関係経済界は、戦時中における冷凍肉 (Gefrierfleisch) 輸入の関税撤廃などの輸入軽減措置を定める戦時立法による仮の措置を終局的なものにすることに失敗したのち、これを少なくとも一〇年間保持し同期間中に冷凍肉の輸入のために必要な設備をそなえつけ、その費用を償還しようとした。一九二三年一〇月二三日、経済界の要望をうけられるための授權法が發布され、同年一月二日には同法にもとづくライヒ内閣の命令が發布され、その第一条は、みぎ冷凍肉輸入「軽減措置は、さらに継続し、少なくとも一九三三年一月三日まで効力を有する」ことを定めた。関係経済界は必要な金銭を支出し、大規模に冷凍肉の輸入を開始したところ、一九二五年から一九三〇年にかけて、法令の規定により、まず無

西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向(乙部)

(一九七) 一九七

関税で輸入の許される場合の多くに制限を加え、のちには関税免除を全く撤廃するなどにより、上告人は、五三〇〇万RMの損失をうけたとして、そのうち一〇万RMの損害賠償および利息の支払を求める訴えを提起した。請求の理由として、契約破棄・公用収用などが主張されたが、原審もこれを棄却し、上告されたのが本件事案である。

ライヒスゲリヒトは、いう。一九二五年から一九三〇年にかけて制定された法令は、特定の人々の権利への個別的侵害(Einzelnachteil)を意味せず、関係経済界のすべてを等しくその規律に服せしめるものであって一般的法律的規律の限界内に保たれているから、ライヒ憲法一五三条にいう公用収用にはあたらない。また、経済界は、法令上設定された期限の変わらないことを求める権利はもたず、経済状況の変化により期限満了前であっても、従前の企業経営を著しく困難ないし不可能とするような一般的種類の立法上の措置のされうることを考慮にいれなければならない。一般立法状況にもとづいて自己の取引上の措置をした者は、当然に、その後の法律がその営業上の計画をゆるがしたり企業経営の継続を妨げることへの冒險を引受けたのである。上告人は、一九三三年一月二日の命令は、「冷凍肉の輸入を妨げないという確約(Nusicherung)によって自己の法的利益は一九三三年一月三十一日まで保証される」ことを意味するなど主張し、さらには、問題の確約(Nusicherung)は、他人をして確約の遵守を信頼して費用を支出させるきっかけを与えれば、信義誠実により確約は遵守されねばならないと主張する。しかし、それだけでは、あるいは立法者の自己拘束(Selbstbindung des Gesetzgebers)の生じるかも知れない事案において、後の立法——事情の変更により公益の一般的顧慮から不可避とされる——を法的に阻止する効果をもつ契約法上の原則の適用ないし準用は可能とはされない。立法者は自己支配的(selbsterhüllend)であり、憲法ないしその他法律中にひかれた制約にのみ服するが、権威ある一般的事情の変更を顧慮しないで、たんなる法律中の期限をこの意味の制約と解するのは、同期限が権利を創設しないということからも禁止される。

ライヒスゲリヒトは、以上のように説き、上告人の請求を認容しなかった。

四 このように、連邦憲法裁判所は、遡及立法の禁止を基礎づける信頼保護の法的根拠を法的安定性の原理に求めるのであるが、しかし、この法的安定性の意味・内容をどのように理解しているのだろうか。この点に関し、グラビッツは、つぎのように述べている。

国家行為の予見可能性と測定可能性 (Voraussehbarkeit und Meßbarkeit staatlichen Handelns) は、ほんらいの法治国的要請に属し、自由財産への侵害ないし市民の法領域に対し一般的に影響をおよぼす侵害は、いずれも法律の留保に服するという原理において、立憲主義のもとでは憲法上の承認を得ている。国家作用の予見可能性と測定可能性は法律をつうじて保障される。抽象的に把握された要件事実をつうじて市民の権利義務が確定されることにより、それは、その種類と程度に応じて将来について予め計算できることになるからである。この点に、法的安定性の一側面 (ein Aspekt der Rechtsicherheit) が存する。法的安定性の他の側面は、法の「非破壊性」と「不変性」(Unverbrüchlichkeit und Stetigkeit des Rechts) にあり、これは、権威的決定としての法律の論理的構造から生ずるとされ、「すべて法律は、その通用中に生じた事実関係を終局的に評価する」(学説引用) ことを意味するといわれている。この法的安定性の二つの側面は、一つのメダルの表裏をなすにすぎない。かくて、グラビッツは、「連邦憲法裁判所も……この法的安定性の二つの要素を信頼保護の基礎として、評価する」と述べている。<sup>(1)</sup>

以上の判例は、国民に対し不利益変更を加える負担的法律の許容性に関するものであった。他方、連邦憲法裁判所は、国民に対し遡及的に授益的変更を加える授益的遡及法律の許容性を認めてきたが、その根拠は、どのような点にあるであろうか。この点に関し、つぎのような判例がある。

広い意味において、立法者への信頼は、市民が、正当な理由によって、立法者は一定の態様において行為するであらうという期待をもってよいとき、認められる。この意味では、納税義務者は、所得税法一八条一項一号にもとづく自己に対する査定処分が確定力を生じたとき、立法者は確定力なき事案への限定つきで同規定を遡及的に変更しないであろうと信頼してよいとする原審の見解は、適切であるかもしれない。しかし、憲法上保証された意味における信頼保護は、このような広い内容をもたず、むしろ国民の法的地位が事後に悪化せしめられないことへの信頼のみが保護される。ところが、本件にあっては、遡及的授益を排除された納税義務者の法的状況は、かれがすでに充足した課税要件事実に対して処分時の法状況よりも、より不利益な効果が結びつけられたという意味において事後的に悪化せしめられたわけではない。せいぜい相対的にみて、すなわち、確定力ある査定処分をうけない納税義務者の租税法上の取扱との関係において、確定力ある査定処分をうけた納税義務者の地位の悪化がみられるにすぎない。しかし、このような相対的差別待遇 (relative Schlechterstellung) は、みぎに述べた意味における信頼保護の問題とはなんら関係ない。

法的安定性の原理は、法治国原理の本質的要素であり、これから確定力ある決定および確定力を生じさせる公権力の行為の原則的法的存続性が生ずる。この原則が個別事案における妥当性の要請 (Gebot der Gerechtigkeit im Einzelfalle) と衝突するときは、両原理のいずれに優越性を与えるべきかを決定するのは立法者の責務である。立法者の選択に対しては、基本法三条一項の観点のもとで恣意 (Willkür) 非難を提起することは、一般には、できない。連邦憲法裁判所は、同条項のもとで、立法者がこの衡量において「最良の解決」(der bestmöglichen Lösung) をし



たかどうかを事後審査すべきではない。したがって、本件において、確定力ある査定処分の数の少なさを考慮すれば法的安定性の原則の方を選んだことに納得できる理由がなく、むしろ個別事案における妥当性の要求の優越性を認めるのが「より合理的」(vernünftiger)、「より相宜」(angemessener)ないし「より妥当」(gerechter)であったとしても、査定処分の確定力の有無による差別には憲法上、異議は存しない。一九五五年九月二日の連邦憲法裁判所の決定の表明した原則を適用し、よって適及効を排除される査定処分の数が少ないのは基本法三条一項に違反する、ということにもならない。けだし、本件と一九五五年の決定との間には本質的差異があるからである。一九五五年の決定においては、旧規定により把握せられた要件事実の範囲は立法者に当初から知られており、したがって、立法者はかつてした措置をなお未解決の少数の事案についても維持しなければならぬ。しかし、本件においては、立法者は規律されるべき生活の全範囲を必ずしも明確には知らないし、また未解決の事案にとって不利益となるように後の規律をしているわけではない。<sup>(2)</sup>

以上のように、連邦憲法裁判所は説いている。かくて、本件判例によれば、(1) 憲法上の(法的安定性の原理にもとづく)信頼保護の原則は、国民に対する負担的国家作用の発布を阻止することにあり、新法による授益をうけた者と比べて旧法を適用された国民のうけた相対的不利益を救済するものではなく、(2) この場合は、平等原則の適用による救済のみが問題とされうるにすぎないことになる。

(一) Grabitz, DVBl 1973 S. 676.

(二) BVerfG Beschl. v. 14. 3. 1963, NJW 1963 S. 851-3.

その後(BVerfG, Beschl. v. 7. 2. 1968, BVerfGE Bd. 23S. 85-98)も、授益的遡及効を有する法律の許容性を認めた。

一九五四年九月、訴願人は、国家社会主義的迫害の犠牲補償のための連邦補充法——連邦補充法(Bundesergänzungsgesetz: BVerfG, 一九五三年九月一八日公布)——の基準による職業上の損失のための補償を申請したが、そのさい、訴願人は、同法三三条一項により元本償却の代りに月払いの年金給付の方を選択し申請した。一九六一年五月一日、補償官庁は、一八三二・六〇ドイツマルクの補償額を認定したが、それまでの間に発効した連邦補償法(Bundesschadigungsgesetz: BVerfG, 一九五六年六月二九日公布)八二条によれば、訴願人は一九五六年二月に高等参事官に任命されたことよって十分なる生活の基礎を築いたから同人には年金選択の権利は帰属しないと述べた。連邦通常裁判所は、補償官庁の決定に対する訴願人の訴えを棄却し、これに対し、訴願人の提起した憲法訴願において、連邦憲法裁判所は、以下のように説いた。

B E G は一九五三年一〇月一日に B E r g G に代わる(遡及的)効力を生じたこと、および、訴願人の補償手続に対しては連邦補充法の変更のための第三次法(三条九号二項(経過規定)のみが適用される(訴願人の主張する請求権については B E G の規定により決定すべきとするもの)という連邦通常裁判所の見解は、なんら恣意的ではない。B E r g G 三三条一項二段は、被迫害者がそのかつての弁護士たる業務の「決定の時点において」年金請求の要件を充足していたことを定めるのに対し、B E G 八二条は、申請に対する官庁および裁判所の「決定の時点」を基準とする。「連邦通常裁判所は、この B E G 八二条による法変更は、B E r g G 三三条と比較して本質的には被迫害者の法的地位の改善を意味すると解した。新規定によれば、被迫害者は、どちらの補償方法が自分により有利であるかを見通すことができ、はじめて元本償却の代りに年金を選択するかについて決定する必要がある。被迫害者は選択権を有意義に行使できる状況におかれたのである。このさい重要なのは、年金の目的はもはや収入活動をなしえない被迫害者に生計費を確保するということにあり、そのためには損害回復の申請に対する決定時における状況が重要である。B E G 八二条の目的は、決して B E r g G に基礎づけられた法的地位を遡及的に除去するか、請求権の主張を困難ならしめることにあるわけではない。したがって、B E r g G に従って申

請された請求権へのBEG八二条の遡及的適用に対しては、原則として疑問は存しない。遡及的法律の禁止は、負担的法律に対しては妥当するが、授益的法律(Begünstigende Gesetz)に対しては通用しないからである。

また、訴願人のいう法治国的信頼保護の原則違反も、理由がない。信頼保護は、特定法状況への信頼が*sachlich*に是認されることのみ問題となりうる。しかし、訴願人にとって当時年金請求のための要件を充足していたか、またBEGの適用のさい自分の弁護士たる業務の決定時における状況のみが重要であるのか、疑わしい状況にあった。BEGの解釈については、当初から官庁の決定時における状況が顧慮されるべきであるという法的見解も主張されていたのである(文献引用)。訴訟中に訴願人が提出した書面によっても、同人がBEGのこのような解釈を知っていたことを示している。

また、官庁ないし裁判所の決定時に年金給付の要件が存しなければ年金を支給しないとするのは*unsachlich*でも*willkürlich*でもなく、この決定は平等原則にも違反しない。もし、訴願人がその生計を確保しうるにもかかわらず年金を受け取ることができるとするのは、元本補償のみを受け収入活動をしている他の被迫害者と比べ*sachlich*な理由なくして特典を与えることになり、これは、まさに平等原則に違反することになる。

本件判例は以上のように説き、その後、BVerfG Beschl. v. 26. 1. 1971, BVerfGE Bd. 30 S. 129, 140, 147<sup>6)</sup>、遡及立法の禁止という憲法上の原則は負担的規範についてのみ意味があり、授益的遡及効を定める法律に対しては憲法上の疑問は提起されない、と述べている。

## 二 法的安定性説

一 学説においても、遡及立法の禁止における信頼保護の法的根拠として法的安定性をあげるものが少なくない。<sup>(1)</sup>最近においても、オッセンビュールは、法的安定性説にたつて、前述の連邦憲法裁判所の判例の傾向に同調する見解を表明し、まず、前記ベルリン救助判例に関し、つぎのようである。立法者に対する信頼保護は立法者の自己拘束

(Selbstbindung des Gesetzgebers) にいたり、原理上、立法者はこの拘束からいつでも脱却できるといふわけにはいなくなるといふ。立法者は、今日では前よりもいっそう自己の立法上の構想を短時日のうちに投げすてている。経済的・産業的・人口政策および文明発展のテンポが立法の不変に挑戦するからである。措置法および個別法 (Maßnahme- und Individualgesetz) がその有する法治国の欠点にもかかわらず、今日では立法者の手段としてひろく承認された制度になっている。これらのことは、立法者による将来志向的規律 (zukunftsorientierten Regelungen) に対する信頼保護の及ぶ程度を考慮するにあたって尊重しなければならぬ。前記ベルリン救助に関する連邦憲法裁判所はこれらのことを見すごしてはいない。信頼損失と公益に対する立法者の利益の意味との間の衡量という公式は、それが賢明な抑制によってのみ、連邦憲法裁判所は、立法府の決定をさん奪するという非難を免れることができる。

このようにオッセンビュールは批評し、前記連邦憲法裁判所の他の判例もこのような抑制を守り、さらに遡及立法、とくに真正遡及効をもつ立法の許容性に関する連邦憲法裁判所の判例も立法者に対する信頼保護を全くほどよく (in durchaus maßvoller Weise) 認める<sup>(2)</sup>と説いている。

二 しかし、法的安定性の原理を基礎とする信頼保護の観点から遡及的法律の許容性の問題を解決しようとする学説のなかには、前述のような連邦憲法裁判所の判例に対し、きびしい批判を加えるものがある。

たとえば、フリアウフは、(1) まず、真正・不真正の類型化のもつ予決的効力 (die präjudizielle Wirkung) (真正原則的違憲性、不真正原則的合憲性) は、重要な意味をもつ法治国的観点を考慮することなく合憲性の有無に

ついでに決定を先取りし、(2) つぎに、この類型化にあたり、連邦憲法裁判所は、両者はその法構造において差異が存するから別異の取扱をしなければならぬという前提にたちながら、しかし、同裁判所じたい、このような規範論理的出発点にくみしないことは、たとえば遡及的法律の禁止は授益的法律については問題にならないとみていることから示され、(3) かくて、遡及効事案の類型化は、規範論理ないし規範構造的メルクマールによってではなく、遡及的負担的規律の許容性についての実体法的判断基準、すなわち法治国原理を基礎とする法的安定性および市民のための信頼保護の要請から具体的にひきだすべきであるという。

このように、フリーアウフは説いて、真正ないし不真正の類型化は放棄されねばならないとして<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>。そして、フリーアウフは、とくにこの類型化の適切でない例として、租税法律の遡及効に関する連邦憲法裁判所の判例をとりあげて、つぎのように述べている。

連邦憲法裁判所は、査定される所得税・法人税にあっては租税債務は租税請求調整法三条五項一C号により査定期間の経過とともに、発生するから（同様に売上税にあっては一九六九年売上税法一八条二項による申告期限の経過が基準とされる）、査定期間中において同期間の納税義務を修正する法律が發布されたときは、これは不真正遡及効を有するにすぎないとみる。だから、連邦憲法裁判所によれば、査定期限経過後にはじめてこのような法律が發布されたときにのみ、真正の遡及効が生ずることになる。もし、租税立法がたんに税率の変更を対象とするときには、納税義務者は査定期間の開始時に、すでに納税義務に服し（租税債務を生ぜしめ、かつ、これを引上げせしめる）課税要件事実じたいは知っており、これに対処することができるから、課税年度中は、ほどよい限界内に保た

れた税率の引上げを甘受しなければならぬ。

これに対し、課税要件事実の変更を対象とする租税立法の許容性については事情は異なる。納税義務者の信頼は、もともと査定期限という抽象的要件との関連において保護されるわけではなく、法治国的信頼保護は、むしろ信頼が実証される (Dargestellt) とき、すなわち納税義務者が自己の信頼にもとづく個々の経済的処分をしたときに要請される。そのためには、納税義務者は、自己の行為の租税法上の効果について、責任をもって処分できるに足るほどの確固たる確信をもつことが必要とされる。もちろん納税義務は、期間関係税とくに所得税・法人税にあっては個々の納税義務者の処分の結果によってではなく、査定期間中に得た(統一的にみた)所得によって評価される(所得税法二条一項、法人税法五条一項)。しかし、納税義務者は、査定期間中における所得を global GroÙe として得るのではなく、同期間中の多くの個別的行為をつうじて得ることができるから、この個別的行為のさい、納税義務者に対し信頼保護が与えられねばならないのである。

フリアウフはこのように述べて、この場合、不真正遡及効が問題とされ、ゆえにこの租税立法は許容されるとする連邦憲法裁判所の真正 $\equiv$ 不真正の区別論の妥当でない証拠と解するのである。<sup>(6)</sup>

なお、遡及法律の禁止を法的安定性の原理にもとづいて説く可能性をも否定しないと思われるエックハルトおよびヒレブレヒトは、真正遡及効をもつ法律を例外的に許容せしめる要件の一つである予見可能性 (Voraussehbarkeit) に関しつゝ、<sup>(7)</sup> のように述べている。

予見可能性の概念は、法的に単一なものに具体化することができない。判例学説は、この予見可能性の基準とし

て、法律の公布機関の表明より時間的に前に存する種々の事件をあげている。たとえば、法律草案を作成した官庁による回覧・新聞社への連絡、法律草案についての連邦内閣の決定およびそれと同時にされる新聞・放送による世間への報告、立法団体における第一読会、本会議における委員会報告、連邦議会の第二・第三読会、連邦参議院による決定などである。これらの中から唯一のものを選び出すための理由はたやすくはみつけれない。法律の生成に關与する全国家機関は、各々の任務の履行において同等の重要性を有しその機能は原則として同価値であるから、これら機能のなかの一つが予見可能性の基準として選びだされたときは、その同等性を侵害することになるからである。かくて、予見可能性という不確定概念 (unbestimmten Begriff) の導入は、重要な憲法上の退歩を意味するであろう。基本法八二条における連邦法律の公布のための手続は、技術的規定をこえるもの、すなわち法的安定性を保証するものである。これにより、行政・司法および個人は、実定法は何であり、いつから実定法となるのかを知らずであり、個人は、自己の行為をこれに対処させることができる。したがって、同条であげたメルクマールの代りに予見可能性を定めるならば、それは、實際上、基本法八二条の放棄を意味することになるであろう。<sup>(7)(8)</sup>

(一) たゞそれ Arndt, Zur Gültigkeit rückwirkender Gesetz, DVBl 1958 S. 122 f.; Kimmich, Die Rückwirkung von Gesetzen, JZ 1962 S. 520 f.

(二) Ossenbühl, DöV 1972 S. 31-3.

(三) Ftauf, BB 1972 S. 674 f. (なお、真正・不真正の区別は法律テクニクの問題にすぎず、両者間の差異は、質的ではなく量的なものにすぎない、という)。その後、法律の適及効に対する信頼保護の法的根拠としては、法的安定性の原理の妥当する余地を否定しなく Grabitz, DVBl 1973 S. 677 f. ♪ フリアウフの見解を引用しながら同旨のことを説く (なお、連

邦憲法裁判所は、真正・不真正という客観的基準によって遡及法律の許容性を決定するために、規範存続への市民の主観的な信頼のもつ重要性をみのがす、という。

(4) なお、Seufert, BB 1972 S. 1066 は、連邦憲法裁判所は、当初、遡及的命令は規範論理的に不可能ないし法治国においては通例考ええないという見解を主張したが、すでにこの見解を拒絶したとし、もし、この当初の見解によれば授益的遡及効をも排除することになることを示唆し、ついで、授益的遡及立法の許容性は、法治国・法的安定性・信頼保護の観点にもとづいて審査すべきではなく、基本法三条一項の平等原則から生ずる正義の観点にもとづいて審査すべきである、と説く。この後者の点に関し、前記連邦憲法裁判所の判例（本稿一九九頁）参照。

(5) 本稿一九二—四頁にあげる判例参照。

(6) Fraut, BB 1972 S. 675 f. なお、この点についてのわが国判例については、本稿一九一頁参照。しかし、課税要件事実ないし税率の引上げを区別して、同一課税年度中に制定された租税法の年度開始時への遡及は前者については許容されないが、税率の引上げについては許容されるとするのは、いぜんとして真正・不真正に関する前述の概念的区別を前提するよう  
に思われ、必ずしも疑問の余地がないでもない。一百万円の租税債務を生ぜしめる課税要件事実の創設とこの（同一の）課税要件事実に対し租税債務を一百万から二百万ないしそれ以上に引き上げることとを比べて、相手方の権利利益の保護の面からみて、とくに後者を内容とする租税法の年度開始への遡及効は許されるとするほどの明確な理由があるかは問題であろう。（フリーアウフもこのような税率の引上げは許容されないとみるかもしれないが）一歩ゆずって、当該租税法が課税要件事実の創設に関するものか否かによりその許容性を決定することを前提としても、二百万ないしそれ以上の租税債務を生ぜしめる課税要件事実はもととなかったのではないかという議論の余地もないように思われる。

(7) Eckhardt & Hillebrecht, Problematik rückwirkender Steuergesetze, 1960, S. 60 f., 62 f. なお、法的安定性説にたつと思われる Fraut, BB 1972 S. 676 f. のように述べている。予見可能性を認めるためには、とくに厳しい要件が必要で



あり、将来の立法の可能性についての立法者の主観的・思惑的考えを市民に対し示すことは禁止されねばならない。たんなる事実上の予見可能性は信頼保護を破ることはできず、このことは、たとえ立法者により知らされた市民の目からは信頼保護を破るための十分な理由となっても、かわらない。予見可能性は、法秩序みずからの中にその基礎をもたねばならない。

(8) なお、この点に関して、Prauf, BB 1972 S. 671-3は、つぎのようにいう。連邦議会の第六任期以来、連邦政府は、新しい負担的法律案の議会への提出後、できるだけ早い機会に、この法律案の立法趣旨を通告(Ankündigung)し、これによって、現行法上の授益をうけるための関係人による積極的処分への刺激(これを積極的通告効(positiven Ankündigungseffekt)とよぶ)をなくし、法律変更にそなえて関係人がこのような予防的措置をするのを阻止するために(これを消極的通告効(negativer Ankündigungseffekt)とよぶ)、後にこの法律案にもついで発布されるはずの法律の効力を通告時点に遡及させることができる、と主張する。このような消極的通告効は、関係人に対し、現行法上の処分可能性を利用しても適及的立法によりその基礎が失なわれるから不利益となるという観念を広めることにより、現行法律を適用しないのと同じような成果を得ることができ、かくて、通告は準規範的効力(quasi-normative Wirkung)をもつことになる。

ところで西ドイツにおいても、たしかに立法府が単なる「執行的性格」(Vollzugscharakter)をみせ連邦内閣の政治的決定を執行するといわれているが、しかし、連邦議会は、立法における決定的役割を有し執行府に対する機能的独自性を保持している。また実際上もそうであり、内閣が提出した法律案のうちかなりの部分が可決されず、可決された法律案も、きわめてわずかな部分においてのみ原形を留めている。また、通告の準規範的効力を認めれば、関係人のその処分の基礎たる現行法への信頼はゆるがされ、他方、現行法にかわる確固とした処分基礎を与えられないから法的安定性は失なわれることになる。

フリアウフは、以上のように述べ、かくて通告の準規範的効力を認めない連邦憲法裁判所および通説は妥当であると結論づける(S. 677 f.)。その後、Landwehrmann, Veröffentlichung von Gesetzesvorhaben und Rückwirkung von Gesetzen, ZRP (西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向(乙部)) (1107) 1109

1973 S. 83も、同旨結論を述べ、その決定的理由は権力分立原理にあるとし、連邦内閣は、立法機関ではないから首相の信任問題を除けば議会の決定に対し法的に影響を及ぼしえないからである、と説いている。

### 三 信義則説

一 信義則を主要な法的根拠として、溯及的法律の禁止を説く見解がある。たとえば、コーイングはつぎのようにいう。

まず、「法律なければ刑罰なし」という刑法上の基本原則は、これを歴史的にみれば法律国家および法的安定性の思想に由来し、倫理および法思想的観点からみれば信義誠実の一般原理と親密な関係にある。信義誠実は、いったん行なわれ、かつ他方をして信用せしめこれに対処せしめた態度の恣意的変更 (willkürlichen Wechsel) を禁止するが、国家が溯及的刑法を發布するとき国家市民関係における国家による恣意的変更がみられる。このような恣意的変更の禁止は、たんに刑法領域のみに限らず、他の法域にも及ぶ一般原理でもある。ところで、溯及効禁止の倫理的基礎たる信義誠実の思想が問題とされているかぎり、信義誠実についての民事判例を一つづつすることが有益である。同等の私人間の関係のなかにも法律の溯及効のそれに類似する事案がみられるからである。すなわち、当事者の一方が、突然に従前の自己の行態に反して、他方当事者と結んだ一定の法的関係を意識的に別異の法的評価をしようとするという事案が問題とされる。この場合、私法理論によれば、これは「相反行為の禁止 (自己の従前の行態違反)」(“Venire contra factum proprium” (Verstoßes gegen eigenes früheres Verhalten)) ないし「失効」(Verwirkung) の事案にあたる。この種の事案として、形式において無効な契約 (formungültigen Verträge)

の事案、瑕疵ある代理権 (mangelnde Vertretungsmacht) の事案がある。これら事案に関する民事判例、さらにはプロイセン上級行政裁判所の判例をも分析すれば、「特定の生活関係にとつて權威あるものと長期にわたり考えられていた法秩序を突然、一方的にくつがえし、当該生活関係を遡及的に関係当事者にとつてより不利益な別異の秩序に服せしめるべきとするのは、信義誠実に違反する」(原文ゴシック) という原則がみちびかれる。同原則の倫理的根拠は、一方当事者の法的見解の変更が相手方当事者の行為の中に根拠づけられた信頼をくつがえしたことにある。判例は、人間は共同生活せざるをえないという基礎的事実を考慮にいれて、このような原則を主張しているのであるが、これらのことは、個人の国家、したがって立法に対する関係においても考慮される。かくて「刑法領域を除いても、法律の遡及効を無制限に許容することは信義誠実に違反し、これによつてわが全法秩序のよつてたつ超実定的基本価値にも違反することになる」(原文ゴシック)<sup>(1)</sup>。さらに、コトイグは、信義則と法治国原理との結びつきを過ぎるように説く。無制限の遡及効を認めることは信義誠実の原理に違反し、それはまた法治国思想にも適合しないことにもなる。けだし、法治国は、国家権力は一定の道徳的理念のために制限されるという思想にもとづくように、国家による信義誠実の保持の思想もまた、その個人との関係において法治国思想の中に含まれ、かつ特定の態様において形成されたものにすぎないからである。国家の設定した特定の法秩序は遡及的に変更されないという個人の信頼は保護されるべきということは、まさに法治国の主要関心事である<sup>(2)</sup>。

最後に、コトイグは、過ぎるように結論づける。連邦憲法裁判所が立法者も一定の超実定法上の原則に拘束されるとしたのは (BVerfGE Bd. 1 S. 18 を引用) 正しい。信義則もこの超実定法上の原則に属する。したがって、

法律の遡及効が信義則に全く適合しない (durchaus unvereinbar) かぎり無効とされねばならず、このことは、明確かつとくに重大な違反 (ein klarer und besonders schwerer Verstoß) が存するときのみ、妥当する。また、法律の遡及効禁止は、信義則のほかにも、法治国原理・基本法一〇三条二項の類推適用および基本法二条一項にも根拠づけられる。<sup>(3)</sup>

つぎに、エックハルトおよびヒレプレヒトも、基本法一〇三条二項の規定は法的安定性の原理の流出物 (Ausfluß) にすぎず、同条に含まれた遡及効禁止という一般原則は、他の法域、ことに租税法にも妥当するとし、<sup>(4)</sup> ついで、この法的安定性の原理が他の法治国原理ないし法治国的に正当な利益と衝突するとき、必要とされる利益衡量によれば、結局、(比例適合性の原則と結びついた) 法的安定性の原理からは負担的遡及的租税立法は、一般的に禁止されることになる<sup>(5)</sup>として、その絶対的禁止を主張して、これをつぎのように根拠づける。

たとえ実定法が明示しなくても、信義誠実は倫理に適合するために、守られなければならない。また、法的安定性は、ほんらい効用性、すなわち人間の共同生活にとってふさわしいがために守られなければならないが、そのほかに、このことは、倫理的考慮がこれを要求するがためでもある。したがって、信義則は法的安定性よりも下位の原理と考えることはできない。両原理は相互に重なり合うが同等であり、しいて順位をつければ信義に有利な結果になる。立法者による信頼破棄 (Vertrauensbruch) は、同等の契約当事者のそれと同じように、信義誠実に違反するが、前者の場合にあっては、より大きな利益が問題にされているために、より重要な意味をもつ。信義則は、それが有効な信頼保護を保証するためには、むしろ負担的租税法律の絶対的な遡及効禁止 (absoluten Rückwirkun-

gsverbot) をもたらすことは避けがたい。<sup>(6)</sup>

つぎに、エックハルトおよびヒレプレヒトは、学説を引用して、実質的法治国の決定的標準に関して、人間尊厳という超実定的価値および人格的自由を志向する法理念がこれにあたることには一致がみられるとし、この法理念の具体化にあたって権力の限界を画する原則として比例適合性の原則および信義則をあげる学説(コイイング)を引用し、連邦憲法裁判所およびバイエルン憲法裁判所も法治国の構成要素として比例適合性の原則をあげていることを明らかにし、かくて同原則および「信義則は、実質的法治国概念からの当然の結果であり、したがって客観的憲法法の構成部分である」と結論づけ、信義則の憲法的原理性を説いているのが注目される。<sup>(7)</sup>

二 このように遡及的法律の禁止を信義則に基礎づける見解に対しては、批判がある。たとえば、遡及法律の禁止の法的根拠を法的安定性の原理に求めるキミニッヒは、とくにコイイングの前記見解に対し、つぎのように批判を加えている。

まず、コイイングは、遡及的法律の合憲性に関する明確な原則の定立は、その違反性の程度が「とくに重大」な場合の定義にかからしめられているがために、問題は解決しない。また、たしかに、連邦憲法裁判所は、立法者をも拘束する超実定的法原則の存在を認めているが、しかし信義則がこの超実定的法原則に属することまで確定してはいない。むしろ、信義則は(これよりさき、信義則は遡及効問題にとっても重要な意味をもつと考える者は、とりわけ、同原則が私法のみならず公法においても一般的に通用する、ということを採用すると説いたあとで)、一般の超実定的法原則ではなく民法からの継受をつうじてのみ他法域への導入が認められうるにすぎず、この継受のさ

いには、つねに信義則の基本的性格に立入らねばならない。これによれば、民法二四二条（債務者は誠実に、かつ取引上の慣習に従って給付をなす義務を負う、と定める）の文言から明らかなように、信義則は、債務者の給付の「方法」を規律するものであり、そのためには、当然債務関係を前提とする。立法者が信義則に拘束されるかの問題にとっては、結局、立法者と個々の市民との間の法律関係、すなわち立法者が個々の市民に対し給付義務を負うかが重要である。

キミニツヒは、このように説き、結局、この立法者の給付義務を否定し、したがって、連邦憲法裁判所が遡及効禁止を信頼保護に基礎づけ、信頼保護は法的安定性の具体化であるとしたのは正しい、と結論づける。<sup>(10)</sup>

また、その後、マインカも、公法における信義則適用の可能性の問題を考えるにあたっては、少なくとも民法における信義則の本質・内容の理解が重要であるとし、ローマ法にさかのぼり、また現代のドイツ民法における見解を概観した結果、信義則の適用は、契約法とくに債務法のほかには、具体的法律関係のあることを前提とする<sup>10</sup>し、したがって信義誠実は私法・公法を支配するというのは、精確ではなく疑問があり、むしろ公法における信義誠実の適用は、参加者の間に若干の親密性（eine gewisse Nähe）のある法律関係に対してのみ認められると説く。そこで、マインカは、たとえば、負担的法律の遡及効は市民がその行為の基礎とした法律状況の存続への信頼に違反するが、市民と立法者との間には債務関係に類似する法律関係は存しないから、信義誠実には違反しない、と述べる。<sup>(10)</sup>

(1) Coing, Grundsatzliches zur Rückwirkung von Gesetzen, BB 1954 S. 138f. など、コーイングよりまえに、信義則をも

一つの根拠として適及的租税法律の禁止を説くフリードリッヒ、エーラーズなどの見解については、それぞれ、波多野「前掲論文」税法学一五一号八頁、一六〇号八―九頁ないし一六二号一二頁参照。

- (2) Coing, BB 1954 S. 140.
- (3) Coing, BB 1954 S. 141.
- (4) Eckhardt & Hillebrecht, aO S. 63-6.
- (5) Eckhardt & Hillebrecht, aO S. 66 ff., 以下 S. 74, 79.
- (6) Eckhardt & Hillebrecht, aO S. 81 f.
- (7) Eckhardt & Hillebrecht, aO S. 82-4. 同旨と思われるシァックの見解については、波多野「前掲論文」税法学一六五号七―八頁参照。

(8) Kimmich, JZ 1962 S. 521 f. (このような立法者の給付義務は、もし立法者が専制君主でありその臣下と「社会契約」(Sozialvertrag)を交わしたと考えるときは、肯定しようという。なお、キミニッヒよりまえ、とくに、クラインによる同旨の批判のあることについては、波多野「前掲論文」税法学一五八号一〇―一一頁、一六五号七―九頁参照。

(9) なお、Kimmich, JZ 1962 S. 519f. は、基本法一〇三条二項の類推適用により、ひろく負担的適及的法律の禁止を説く見解は正しくないとして、つぎのように入。 (1) 基本法の指導原理を前提とすべきであって、特殊領域における個別規定に立脚してはならず、(2) アメリカ連邦憲法のみ定める一般的適及禁止を判例は刑法のみに限定し、しかし、他方、刑法以外の法律の適及効の許容性に対して疑問が提起されているが、その法的根拠は、みぎ規定ではなく、デュープロセス条項ないし個別事案のための憲法上の考慮に求められ、(3) 刑法は負担的法律のたんなる細分ではなく、両者は相異なる範ちゆうに属するから、前者から後者について推論しえない。(4) なお、租税法領域にあっては、「刑罰」と「租税」との同視をうじて基本法一〇三条二項の租税法領域への適用を可能ならしめようとする試みがされているが、これは、わざとらしく、

かつ両者の根本的差異を混同するものである。

なお、ほかに、基本法一〇三条二項の租税法領域への類推適用を否定するものとして、フリードレンデル、クライン、パウリックの見解については、それぞれ、波多野「前掲論文」税法学一五二号一〇頁、一五八号八―九頁、一七〇号六頁参照。

(10) Mainka, aaO S. 4-10.

#### 四 ち す び に

一 まず、すでにみたように、行政法規の遡及効禁止の法的根拠を信義則に求める見解は、これを法的安定性に求める見解に対し必ずしも説得的な批判を加えているようにはみえない。つぎに、前説とこれに対する批判的見解は、いずれも、信義則を明文化する民法における信義則の適用状況を考察し、前説は、民法における両当事者の利益状況が遡及立法における立法者と国民との間にもみられるとし、この点を重視して自説を説くようにみえる。これに対し、後説（信義則説に対する批判的見解）は、信義則は、もともとローマ法においてもドイツ民法においても、契約ないし債務関係において適用されるものであったから、公法関係において信義則を適用するさいにも、両当事者間に契約・債務その他の具体的関係の存在が必要であると解し、立法者と国民との間にはこのような具体的関係のないこと（これは認めなければならない）を理由として自説を説くようにみえる。そのさい、キミニッヒは、公法における信義則の適用は、信義則の一般法理性ないし民法上の信義則の類推適用のいずれによって是認されるかによって、みぎ前説・後説は分たれ、もし、信義則の一般法理性からその公法における適用が是認されるときは、信義則適用の前提として国家―市民関係における具体的関係を必要としない<sup>(1)</sup>、と解しているようにも思われる点が



注目される。

たしかに、信義則の本質的内容を可能なかぎり一般化して、信義則は誠実ないし忠実な行態の要請などという基本的法倫理的要求をその本質的内容とするのに対し、当事者間における具体的法律関係の存在ということは、信義則の本質的内容に属さず、たんに信義則の具体的・類型的適用にあたって問題となるにすぎないと解することができる。キミニッヒのようにいえなくも思われる。もし、これが正しければ、民法規定により具体化された信義則によれば、民法領域における信義則適用の前提として当事者間の法律関係の具体性を必要とし、かくてこの民法における信義則を類推適用するのであれば、公法においても当事者における具体的法律関係の存在が必要であると解されるが、一般法原理たる信義則が適用されるとときは、このような具体的法律関係の存在は必ずしも必須のものではなくなる。なお、明確には理由づけられないけれども、行政法における信義則適用の前提として当事者間の具体的法律関係は必要ではないと明言して、信義則を基礎とする信頼保護の原則にもとづいて行政規則の拘束性を説く見解のあることは注目にあたいる。<sup>(2)</sup>

(1) 本稿二二—四頁参照。

(2) Hans Klein, *Rechtsgültigkeit und Rechtswirkung von Verwaltungsnormen*, Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag 1965 S. 180. ハンス・クラインは、そのさい、行政規則は適切な形式により公表されねばならないとし、ついで、行政規則の拘束性の限界として、公益・予算計画などをあげ、これらと当該市民の利益との衡量により行政規則の拘束性の有無について決定すべきことを説く(S. 181-3)。クラインは、他方、行政規則の拘束性を平等原則に基礎づけることに反対する(S. 178f.)。

二 行政法規の変更に対する信頼保護の法的根拠として信義則をあげることには、かなりむづかしい問題があり、かくて、連邦憲法裁判所の判例にしたがって、(公法における信頼保護の法的根拠の二大原理の一つとされる) 法的安定性説にくみするのが、比較的たやすいようにもみえる。しかし、この法的安定性説に対しても、遡及立法の禁止にかぎっても法的安定性説は妥当でないとする見解があり、たとえ、法的安定性説の妥当性が承認されても、立法以外の領域、とくに違法な授益的行政行為の職権取消しにおける信頼保護の法的根拠として法的安定性の原理は適切ではないという見解もある。このような法的安定性説に対する批判は、最近、とくに公法に統一的な信頼保護の法的根拠として「基本権」をあげる論者にみられるので、つぎに項を改めて、この基本権説をみることにするが、そのまえに、本項において、遡及立法の禁止を基本権に基礎づける見解についてみておこう。メイヤー・コールディングは、遡及立法の禁止の主たる法的根拠を基本法二条一項に求めて、つぎのようについている。

基本法二条一項は、現行法律による制約内においては、個人は自由に行動し、実行し、経済的計画をたて、取引できることを保証する。そのかぎりにおいて、個人は人格の自由な発展を求める権利を有するとともに、法律上その制約の範囲内にかぎり不利益をうけない。もし、立法者が個人のこの自由領域に対し遡及的に侵害を加えようとすれば、この自由な発展領域の保証ということは幻想にすぎなくなるであろう。個人は、将来において常に、立法者の遡及的措置のされることを考慮にいれなければならないというのであれば、法的不安定の状態が生じ、これは法治国的諸原則に違反する。それは、個人の自由なる活動可能性を真実おびやかす基本法二条一項に定める基本権の本質的内容の侵害を意味するであろう。「したがって、二条のなかに遡及的法律的規律に対する保障をみる

ことができる」。なお、この遡及的法律的規律は、個別事案において、二条に表明された人格権に適合しないかぎりにおいて、基本法一条三項、一九条二項および二〇条二項によっても禁止される。なお、この関係において、重要なのは、基本法二条一項は、人格の自由な発展という基本権は他人の権利を侵害したり、合憲的秩序ないし倫理法に違反してはならない、という制約をも含むことである。

つぎに、基本法一〇三条二項は、刑法以外の法領域への類推的拡張は許されない、という見解には従いえない、同条に含まれた遡及効禁止の原理は、基本法二条一項の一般基本権と体系的関係を有し、前者は後者の流出物 (Ausfluss) にすぎない。両者の差異は、刑法における遡及的法律は、一〇三条二項によって絶対に禁止されるのに対し、その他の法領域における遡及的法律については、国民は二条一項による原則的保護をうけるにとどまる、という点にある。したがって、刑法以外の法域にあっては、遡及立法は例外的に許容されることがあり、これに二つの場合がある。第一に、法律の遡及効は、それが個別事案における特別の事情にもとづいて、例外的に基本法二条一項に定める基本権に対する侵害を意味しないとき、許容される。このタイプに属する遡及的法律は、政治的・経済的変革により、かつての立法者がはびこらせ、助長してきた不都合を遡及的に改革するという必要性から、行なわれる。たとえば、戦争犯罪および人間性に対する犯罪に関する管理委員会の法律第一〇号、ニュールンベルク法および国家社会主義者の世襲農場権の除去に関する管理委員会の法律第四五号、さらには、平価切上法、負担調整法における遡及の規定などである。これら遡及的法律は、以前の時期に比しほんらいの意味で新しいものをもたらすわけではなく、立法者は、すでに以前も、法的倫理的に思慮ある国民の抱いていた法的見解を法律化し、以前に存していた制

約を模写し、明確化したにすぎない。個人もこの規律をあらかじめ知りこれに対処できるから、人格の自由な発展という基本権の違反は生じない。また、このような遡及的規律は「倫理法」からも是認できるから基本法二条一項によっても許容されるということもできる（ただし、前記管理委員会法第四五号の場合は、市民はあらかじめこの規律を知りえなかつたことなどを理由とし、基本法のもとでは許容されないという）。

第二の遡及的規律の例外的許容性は、遡及的法律は、まさに基本法二条一項の基本権への侵害を意味するが、同条に直接含まれた制約（他人の権利・合憲的秩序・倫理法の保持）により是認される場合である。このタイプの遡及的法律は、法律・命令に対する司法的統制の拡大によりその制定のきつかけが与えられる。すなわち、司法審査の結果、法規範の無効ないしそのおそれの生ずることを避けるために、立法者は、この法規範を遡及的に合法化しようとするのである。たとえば、シュトゥットガルト財政裁判所は、一九四八年九月一九日の財産税納付に関する命令の無効宣言をしたので、翌年六月三日の法律により、この命令の法律的基礎が付与された。また、一九四六年二月九日のヴュルテンベルク・バーデン州の法律は、警察命令発布の権限を州議会に委ねたが、権限なき内閣がこれを発布したので、一九五一年八月二日の法律により一九四六年の法律の発効時に遡及して内閣にも命令発布を授權した。このタイプの遡及立法の必要性は、租税法規が長年にわたり適用されてきたのち無効となれば、租税償還請求権のために公財政に重大なる結果が生ずるとき、とくに強く認められる。

遡及立法を例外的に許容せしめる前記第一のタイプとこの第二のタイプとの共通性は、すでに以前も市民に対する制約―前者は超実定規範、後者は法規による―が存し、人は、すでに過去においても、この制約に対処しえたこ

とにある。(1)(2)(3)

なお、メイヤー・コールディングは、国家社会主義時代における確定力ある判決を廃止し、政治的被迫害者へ補償するなどの授益的遡及法律の許容性については疑問がないとしており、そのほかの学説も同旨のようである。(4)(5)

(1) Meyer-Cording, Die Rückwirkung von Gesetzen, JZ 1952 S. 162f., 164-6. メイヤー・コールディングは、第三の遡及法律のタイプとして、現代の立法手続における困難性にその原因を有する技術的瑕疵の除去のために行なわれるもの、すなわち緊急の現代の問題を解決するに即座の規律をすることがしばしば必要とされるが、必要な討論などのためにおくることがあり、この時間的損失をとり返すために遡及的立法がされるとし(S. 162)。(2) この遡及立法の基本法二条との適合性は疑問であるように思われる(S. 166)。(3) と説いている。なお、メイヤー・コールディングは、従来の遡及法律事案を類型化して(本文および注にあげた)前記三つのグループのほか、第四のグループとして、絶対専制体制の国家においては法律の遡及効はかなりひんばんに行なわれ、国家社会主義時代には刑法をも含む著しい数の遡及立法が知られている(S. 162)。(4) と説く。なお、遡及的租税法律を制定する立法者の動機について Vgl. Eckhardt & Hillebrecht, aaO S. 19f.

(2) その後 OVG Hamburg, Beschl. v. 28. 2. 1952, JZ 1952 S. 416-8. (3) のようにメイヤー・コールディングと同旨の見解を述べている。

真正遡及的法律は、国民の行為自由を侵害し、よって基本法二条一項にいう人格の自由な発展の権利を侵害することがある。このような侵害は、(1) 法律の法的効果が国民に対し授益的でないこと。(2) 法律がその法的効果を国民のその自由なる意向からされた従前の行態(行為ないし不行為)につなぐこと。(3) この行態時に、そのような内容をもつ法律が通告されなかったか、予見可能ではなかった、という要件がそなわるとき、存在する。これらの要件のそなわるとき、遡及的法律は、国民の従前の行態をもたらした動機過程の意味(Sinn des Motivationsprozesses)を侵害し、また、国民の意思形成(Willensbildung)

の意味と目的を変更しその効果において——倫理的評価においてではない——欺罔 (Täuschung) と同視される。ただし、通常いう欺罔は、注意すればこれを避けうるが、予見不可能な遡及法律には対処しえない点が異なる。遡及的法律は、国民の従前の動機過程を侵害するだけでなく、加えて将来における行為自由をも侵害する。国民は、過去の法律をあてにできないという経験をすれば、現行の法律も同じように将来に遡及的に変更されうるがために現在の法律をも信用しないであろう。この不信は、国民の決定を萎えさせるものといわねばならない。

なお、前述の要件をもつ遡及的規定も、それが合憲的秩序を回復ないし確保するか、あるいは倫理違反ないし他人の権利侵害を元通りにしようとするものである場合にかぎって、基本法二条一項に適合する。また、基本法一〇三条二項は全遡及法律に類推適用されるといっていいわけではないが、その類推適用がア・プリオリにしりぞけられるわけでもない。

なお、本判例例は、西洋思想史における法律の真正遡及効について概観するが、これによれば、すでに、古代において、プラトン (Plato)、キケロ (Cicero) 等の学者および法令は、法律の遡及効に反対の趣旨を表明し、中世においても、バルトルス (Bartus) 等が同者の見解を述べ、近代になってからも、レーゲルスベルガー (Regelsberger)、ギールケ (Gierke) など、も同旨の見解を述べ、サヴィニー (Savigny) もこれに近いようである (S. 416f)。

なお、Putner, VVDStRL H. S. 216 は、遡及法律禁止の信頼保護による理由づけも古く、すでに、サヴィニーにおいてみられたという。

(3) なお、ほかにも遡及法律の禁止の法的根拠を基本法二条一項に求める見解があり、そのなかで、とくにエーラーズの見解があり、またこれに対する批判的見解として、とくにクラインの見解があり、またエーラーズの反論もされているようである。これらの点については、それぞれ、波多野一前掲論文「税法学一六〇号、一六五号、一六六号」など参照。

(4) Meyer-Cording, JZ 1952 S. 161.

(5) だん、Kimminich, JZ 1962 S. 519; Friauf, BB 1972 S. 674.

### 三 新しい動向

#### 一 基本法一四条説

一 判例論文が遡及立法・行政行為の撤回および職権取消における共通性を法治国原理でもって明らかにするとき、ドイツ法治国の伝統の確固とした内容は存続保護のようなもの（継続性の維持・現状の保証・処分保護）にあるかのような全く誤った印象を与えると説き、また、遡及法律の許容性に関する連邦憲法裁判所の判例は、法治国原理およびこれを基礎とする信頼保護思想が具体的に何を保護するかについてふれていないと説くウオルター・シュミットは、さらに、以下のように入。

二 信頼保護の理論的な新支柱は、信頼保護の全事案グループに共通する基本的状況を把握できるものでなければならぬ。従来、信頼保護の援用のもとに、くりかえし授益的法的地位の防御（将来的ないし遡及的侵害に対してであれ、また合法的ないし違法に取得したのであれ）ということがいわれている。このような個人的法的地位の憲法上の保護は、基本法一四条をつうじて与えられる。ただし、まず、財産権という基本権は、その他の自由権よりも「将来志向的」（zukunftsgerichtet）ではなく、また取得されたものを保護するともに、これにより間接的に取得（行為）自体をも保護する。その重点は、すでに法的主体に帰属する法的地位の「対象関係的」（objektbezogen）保護にある。信頼保護もまた、すでに取得された法的地位の保護に重点があり、したがって「過去関係的」（vergangenheitsbezogen）機能を有し、このような存続保護を通してのみ、例外的に将来志向的な保護機能をも共に有しうる。

三 しかし、信頼保護思想による代わりに、基本法一四条による論証の方が、防御請求権と補償請求権の要件・効果をより良く明らかにすることができる。まず、保護領域の要件については、基本法一四条は、「保護に値しない」(nicht schutzwürdigen) 期待(チャンス・利得可能性)との限界づけを容易にする。憲法上保護された財産権は「保護に値する」。基本法一四条を基礎として、無制限に許容される侵害と信頼損失の補償をしてのみ既得の法的地位への侵害の許容性という行政法においてあみ出された二者択一は(適法な行政行為の撤回における)、法的に無理なく説明することができる。それは、社会的拘束(Sozialbindung)と補償義務のある公用収用(Enteignung)との典型的な二者択一である。

(1) 連邦憲法裁判所の判例も遡及立法の許容性を公益(Wohl der Allgemeinheit)をもって評量するが、その場合、公用収用の要件たる公益(基本法一四条三項参照)ではなくて、社会的拘束の具体化(基本法一四条一項二段参照)が問題とされている。<sup>(3)</sup> みぎの二者択一は立法領域においては、理論的には可能であるが実際には補償資金を欠くがために(補償を要すべき)立法は中止される。したがって、連邦憲法裁判所が、従来、一貫して、法律による公用収用(Legale Enteignung)の理論的可能性を論ずることなく、遡及的法律の不許容性を認定することに、自からを制限してきたのも驚くにはあたらな<sup>(4)</sup>い。なお、法律ないしその他の法規の変更による公用収用的侵害に関する一連の連邦通常裁判所の判例は、いずれも国民に不利益な結果を示しているが、これは、まさに抽象的な「制度的信頼」(abstrakten, Systemvertrauen<sup>(5)</sup>)よりも財産権による論証の方がよりふさわしいことを示している。ただし、これらすべての事案において「信頼」は存したが、問題はそれが保護すべきかということだけであるからである。これは、



一般的な衡平上の考慮 (Billigkeitserwägung) などよりも、財産権保護の社会政策的制限による方が、より明確に根拠づけられる。

(2) つぎに適法な授益的行政行為によって保護さるべき法的地位が創出されるのが通例であり、公用収用が公益を理由として許されるように、撤回も公益を理由として許され、これにより受益者の補償請求権を惹起する。ここでは、財産権問題と公用収用問題との関連性は全く明らかである。従来規程も、信頼保護は、(補償請求権を発生せしめるための) 法的基礎ではなく、(損失を認定し、その額を計算するための) 計算上の基礎にすぎない (nicht Rechts-, sondern nur Berechnungsgrundlage) ことを示している (この場合でも、抽象的な制度的信頼ではなく事實上の信頼 (tatsächliches Vertrauen) が重要である<sup>(6)</sup>)。

(3) 違法な授益的行政行為の職権取消においても、違法な侵害から保護されるのは受益者の財産権であり、この場合における財産保護の法的基礎は財産権の保障であり、結果的には「公用収用類似の侵害」(enteignungsgleichen Eingriff) にもとづく補償請求権である。ここで (保護さるべき財産権的地位を前提とする信頼) 損失は、適法状況の回復ないし違法な行政行為のいずれによって惹起されたかが問題となる。すなわち、相当因果性・帰責の問題である。法律適合性の原理の要請する適法な取消は、違法な行政行為の発布以来、潜在的に受益者の財産状況に課されていた損失を現実化することになれば、かくて、損失原因の設定が違法であるから、賠償請求権は常に考慮され、また、損失原因の設定が責任と結びつかないがために公用収用類似の侵害にもとづく請求権も考慮される。みぎ(2)ないし(3)は、その法的基礎において異なる。すなわち、公用収用類似の侵害 (その侵害的性質は違法な授益の取消

しにより具体化され、かくて当初の授益したいが加害とされる) に対し、公用収用による侵害(撤回をつうじて)が対応する。<sup>(7)</sup>

四 ウオルター・シュミットは、このように説き、さらに違法な授益的行政行為の職権取消しとの関係において、行政裁判所も、このような補償請求権について、決定することができるとして、つぎのように述べている。すなわち、この相手方の補償請求権は、法律適合性原理により違法な行政行為を取り消せば生ずるであろう行政側による償還請求権と対立することがある。取消により生ずる償還請求が信頼損失を現実化することを理由とすれば、権限ある官庁は、他方において、損失補償を義務づけられることになる。しかし、これは、誰も再び直ちに払い戻さなければならぬものを要求してはならないという(異論のない一般)法思想に違反する(言語上、より尊重するに値する私法上の公式でいえば *dolo facit qui petit quod statim redditurus est*)。したがって、受益者は、みずから補償請求権の額までは、付与された給付を留めておくことができなければならない。この額においては、官庁に償還請求権が帰属しないから、このかぎりにおいて、官庁は行政行為を取り消してはならない。

かくて、実際にも法的にも、当初の行政行為の存続が争われていることになるから、行政訴訟が可能となる。判例で展開され、また、たとえば、シュレスヴィヒ・ホルスタイン州行政法の一一六条二項で実定法化されたような職権取消しの排除は、最終結果のみを確定し、これにすぎない法的思考過程 (*die voraufgegangenen rechtlichen Denkschritte*) にほゞなされることを意味する。<sup>(8)</sup>

(一) W. Schmidt, JUS 1973 S. 535f. はいう。市民的法治国は、富の分配の確保、したがって現存財産秩序の安定化の機能

をもち、有産階級社会を代表する「自由と財産」は法律をつうじて保証され、法律に抗するものではなかった。そこでは、法律の留保のみで足り憲法の留保 (Vorbehalt der Verfassung) は必要としなかった。「自己支配的立法者」(selbstherrlichen Gesetzgeber) という尊大なことばは、このような利益を背景として理解すべきであり、この状況はワイマール時代にまで及んだ。しかし、今や事情はかわり、有産階級とは別の利益が議会において優勢を得るおそれが生じ、加えて議会に対し責任をもつ内閣を定める民主的憲法が出現し、市民法秩序の基本状況、とくに財産権の確保は議会とその立法活動に対しても向けられた。制度的保障および「従来の社会的現状の利益のための決定」(Entscheidung für den bisherigen sozialen status quo) と法治国を説明することは、いずれも、このことに役立つものであり、かくて、そのかぎりにおいて、法律の留保は憲法の留保により補充かつ修正された。かくて、市民的法治国から後期市民的法治国 (spätbürgerlichen Rechtsstaat) への転換がみられる。後者においても「従来の社会的現状は、もはや処分しえない」ことになる。しかし、基本法における社会的法治国は、法治国と社会国家との妥協の産物であり、その社会形成のための任務は、「常に現状を新たに処分する」ことにある。

(2) W. Schmidt, JuS 1973 S. 537.

(3) W. Schmidt, JuS 1973 S. 536 は、この点に関し、終結した事実関係 (連邦憲法裁判所によれば「真正適及効」) への事後的侵害はまれであり、多くは、いまだ終結しない事実・法律関係の経済・社会事情の変化への適応が問題とされるが、これは社会的拘束 (基本法一四一条一項二段) の典型の場合であるとし、この場合、公用取用的侵害は、きわめて例外的に、すなわち、とくに当事者に対する *Zusage* に類似する *Zusicherung* のあるときに考慮されうる (脚注にて、前記連邦通常裁判所の判決—本稿一九四頁参照—をも引用) と述べている。

(4) W. Schmidt, JuS 1973 S. 532.

(5) たとえば、前記判決 (本稿一九四頁参照)。

(6) このように、ウォルター・シュニットが信頼保護は相手方のために法的地位の保護のために付与される補償請求権の「法

的根拠」たりえないというのは、もはや正確には、かれを信頼保護論者としてあげ、さらには、信頼保護の法的根拠を基本法一四条に求めるものといえるかは、疑問の余地がないでもない。しかし、実質的にみればこれは肯定しえよう。W. Schmidt, Jus 1973 S. 536 (本文かっこ内の部分について)

(7) W. Schmidt, Jus 1973 S. 533f.

(8) W. Schmidt, Jus 1973 S. 534f.

## 二 基本法二条一項説

一 法律の遡及効禁止における信頼保護の法的根拠としては法的安定性の原理は適用しうるとするグラビッツは、しかし、法的安定性の原理は違法な授益的行政行為の取消に対する信頼保護の法的根拠としては適切でないとして、以下のように説く。

違法な授益的行政行為における信頼保護の法的根拠については、なお、いぜんとして一致がみられない。しかし、本質的には三つの見解、すなわち、第一に法治国原理から引き出される法的安定性の原理、第二に信義則、第三に法的安定性と信義則との組み合わせ、が主張されている。

第一の法的安定性説には疑問がある。遡及法律に対する信頼保護は、法律が国家行為の予見可能性と測定可能性を保証し、これによって法的安定性を保証することから、根拠づけられる。この法律の目的は、行政の行為が法律に方向づけられている場合にのみ、得ることができる。したがって、行政の法律適合性は、法的安定性に仕えるから、法的安定性の原理は、違法な行政行為の存続への信頼保護に対向する。法的安定性の第二の側面である法の非

破棄性と不変性も、行政の行為が合法的である場合にのみ保障される<sup>(1)</sup>。しかし、このように解することに対しては、法展開の不変性の意味における法的安定性の要請は、司法におけると同じように、行政においても手続の「終結」(《Abschluss》 der Verfahren) が要求されるという見解があり、その根拠として、法秩序は、不法をつうじて法にする (durch die Unrecht zu Recht werde) 一連の制度、すなわち取得時効・消滅時効・失効および確定力を認めている、と指摘する。しかし、消滅時効および確定力は信頼保護とは関係がないし、取得時効にあっては所有権への善意、失効にあっては権利者がその権利をもち主張しないことへの信頼のほかに、各々、若干の時の経過が加わらなければならず、これによって、法的安定性が「終結」を命ずるのである。したがって、これらの法制度は、違法な授益的行政行為の取消との関係で市民が直面する利益状況とは別の利益状況を対象とする。

また法的安定性への疑問は、信頼保護は、それが法的安定性の原理の直接の具体化として付与されるわけではなく、個別事案における利益衡量 (Interessenabwägung) において行政の法律適合性の原理に対する法的安定性の原理の優越性が生ずるときにのみ信頼保護は付与される点にある。したがって、法発見方法としての個別事案における衡量に対し向けられる方法論的疑問 (methodische Bedenken) および実際上の疑問 (praktische Bedenken) として衡量のための決定的評価基準を公式化することの困難と不安定性が生ずる<sup>(2)</sup>。ただし、行政の法律適合性の原理と法的安定性の原理は全く同一の憲法原理であって、その二つの側面が同じ重さでもってはかりにかけられているから、この衡量は、対立する二つの憲法原理間の実際的な整合をもちたらずに、結局は、憲法上、根拠づけることのできない観点から職権取消の問題を解決することになる。判例学説も、官庁の責任・行政行為の発布以後の経過期

間・官庁の種類ないし受益者の年令などを利益衡量のなかに取り入れてはいるが、これは、法的安定性とは無関係の他の法的基準のもとで違法な授益的行政行為の取消の許容性の問題の解決をはかる、ことを意味する。<sup>(3)</sup>

二 グラビッツはこのように述べ、つぎに、違法な授益的行政行為の職権取消において、信頼保護を信義則から導出することにも疑問があると、以下のように説いている。ただし、信義則はあまりに広すぎ、一般的すぎるから、そこから直接に精確な結果をひきださえないといわれることがあるが、これには同意できない。たしかに、信義則は具体的段階における中間的処理なくして通用しうるほどの原理ではないが、しかし、いわゆる「開かれた」原理(Offenes Prinzip)として法に属し、とくに裁判官による法形成のさい問題解決のための出発点として有益であるからである。信義則に対する疑問は、信義則が内容的に行政行為の存続への信頼が保護に値すると思われるような要件事実のすべてはもちろん、代表的な要件事実のための問題解決への適正な観点を提供することができない、という点にある。信義則は、まず、誠実かつ忠実な行態の要請を含み、ついで「衡平機能」(Billigkeitsfunktion)をも有する。信義則のもつ忠実性(Loyalität)の範ちゅうは、初から考慮されえない。ただし、行政法における信頼保護にあつては、人間の失望ではなく、公権力による行為発布の惹起した行為期待(Verhaltenserwartungen)なしこの行為期待にもとづく市民の経済的処分の否認・減価が問題とされており、物質的に量りうる損害(ein materiell quantifizierbarer Schaden)の発生が問題とされているからである。<sup>(4)</sup> 他方、信義則のもつ衡平の観点のもとでは、信頼保護は、過酷な事案(Hartefallen)においてのみ、たとえば違法な行政行為の職権取消により、生活態様の基礎的変革が生ずるとき認められ、その他の企業家による処分のごとき事案においては信頼は保護に値

しないのが通例とされよう。<sup>(5)(6)</sup>

三 以上のようにグラビッツは、法的安定性説および信義則説に対し、それぞれ批判を加え、公法における信頼保護の法的根拠は基本法二条一項に求めるべきであるとし、つぎのように説いている。この考え方は、従来、違法な授益的行政行為の職権取消しにおいては受け入れられなかったが、法律の遡及効においては、学説上、基本法二条一項が援用されることも多く、また連邦憲法裁判所も、かつてはこれを支持したが、支配的見解とはならなかった。その理由は、結局は、基本権の自由概念の把握のしかたにあるとみなければならぬ。これによれば、自由は純粹に消極的に、個人の任意への国家干与の不存在として理解され、この見解は明らかに、ゲオルク・イエリネックの身分論にもとづく伝統的自由概念で、すなわち法律違反の強制からの自由 (Freiheit von gesetzwidrigem Zwang) という概念規定にその根源を有する。しかし、この概念規定は、行政の法律適合性の原理のタウトロギー的描写にかなならず、基本法一条三項の定める立法者の基本権への拘束性にてらせばもはやこのような概念を維持することはできない。けだし、相手方が高権的措施の存続への信頼にもとづいてした処分は、個人の任意の表現ではなく公権力の行為をつうじて動機づけられ、導かれた行為態様であるからである。

基本法のもとにおける憲法上の自由概念は、今日では、少なくとも四つの内容をもつ。すなわち、まず、消極的自由 (negativen Freiheit) ' *ウネ* '、一定の程度における社会的発展のチャンスの保障であり、これには、自由の現実の前提条件の保障 (現実的自由 ' *reale Freiheit* ') および自由をおびやかす社会的 (非国家的) 支配からの保護が含まれ、最後に、民主主義過程への政治的参加の権利において存する積極的自由 (positive Freiheit) がある。

法律の遡及効および違法な授益的行政行為の職権取消に対する市民の信頼保護は、人格の自由な発展を求める基本権の特別の形象としてとらえることができる。憲法上の自由原理は人格発展の最大可能のチャンスの保障として内容的に理解されるが、このチャンスは、行為可能性 (Handlungsmöglichkeit) の制約を抑止することにより保障され、このような制約の許容性を憲法上規定し限界づけるのは「消極的自由」の役目である。しかし、みぎのチャンスは、さらに、法律上示された行為範囲は一定不変であることによっても、保障される。現存する法律状況にもとづいて開かされた行為可能性は、なんら法律的規律の存しないとき生ずる「自然的」行為自由 (natürliche Handlungsfreiheit) とは憲法上別異の基準にしたがって評価されるべきであるというための明確な理由は存しない。違法な授益的行政行為の職権取消についても、原則として、事情は異ならない。<sup>(7)</sup>

以上のようにグラビッツは説いて、つぎに、法律の遡及効および違法な授益的行政行為の職権取消の双方に共通する信頼保護の一般的結論をあげる。すなわち、(1) 両者は同一の方法および基準にしたがって評価すべきこと、(2) 法律の遡及効は、それがいわゆる「不真正」の場合でも原則として許容されず、また違法な行政行為の職権取消の自由の原則も存しない。ただし、基本権的に保障された自由への侵害は、常に例外であるからである。(3) このような例外は、正当な公益 (legitime öffentliche Interessen) がこれを是認しうるときのみ許される。(4) 自由の侵害は、目的と手段との間に比例適合性の原則が守られるときのみ、許容される。そのためには、まず正当な公益が存しなければならず、そのさい公益と私益との衡量が必要となるが、この評価にとって適切な基準を比例適合性の原則の中に含まれた均衡 (Proportionalität) の原則が提供する。後者の原則は、遡及効および職権取消が国



家ないし関係人に対し「過度に負担を課さず」(nicht übermäßig belasten) また「期待不可能でない」(nicht unzumutbar) とともにのみ、守られる。この認定は目的と手段との間の衡量にもとづいてなすべきであるが、これは、全く自由にしてよいわけではなく、連邦憲法裁判所の判例のあげる一定の照準点を尊重して行なわなければならない。すなわち、第一に、侵害の強度であり、個人の法的地位への侵害がきびしいほど、それだけ公益が強くなければいけない。第二に、公益の重要性和緊急性であり、これが大きくなれば、それだけ強度の侵害を是認する。第三に、基本権の保障により保護された個人利益である。<sup>(8)</sup>

つぎに、グラビッツは、とくに法律の遡及効について、(1) 法律は当然に一般的であるべきだから、前述の評価基準の適用も一般的態様においてすべきであり、法律の遡及効により生ずる信頼損失の調査にとっては、誰が、またどれだけの数の関係人が現存する法律状況を信頼して処分したかは重要ではなく、(2) また、予見可能性はそれだけで遡及効の許容性を正当化しえず、常に自由の制限を是認するための公益を必要とし、また比例適合性の原則の尊重のごとき要件が充足されなければならず、要するに予見可能性は、公益・私益の比較衡量の範囲内において役割をはたすにすぎない、と説く。<sup>(9)</sup>

(1) この点に関し、Mainka, aaO S. 17-20 も、法的安定性は、まず法をどうしての安定性(Sicherheit durch das Recht)を意味せず、法自体の安定性(Sicherheit des Rechtes selbst)を主眼とするから、法的安定性は、まず国家行為の合法性をどうして保障されることに重点があるとし、違法な授益的行為の維持を志向する信頼保護は法的安定性の原理のみからは根拠づけえないことも一つの理由として、前述のように(本稿一八五頁参照)、信頼保護の法的根拠として社会的法治国原理

をあげるのである。

(2) これより<sup>24)</sup> Ossenbühl, D&V 1972 S. 34f. は「信頼保護思想には、憲法上の疑問(拙稿・神戸学院法学四卷一号六九頁注(8)参照)とならんで方法的異議(methodische Einwände)も存する」という。すなわち、信頼保護の適用の拡張の危険性は、その理念が法律的思考の訓練をなきものとし、これにより、結局は、法律的論証と法発見の透視画(Transparenz)を悪くさせるおそれを生ぜしめることに存するようと思われる。私法における信義則のように、信頼保護思想は Allertersformelへの墮落のおそれがあり、解決の疑わしい事案においては、他の解釈上の努力を行なわずに同思想が直ちにひかれることになる。このように説いて、オッセンビュールは、後述のように信頼保護の原則の適用領域に限定を加えるのである(本稿二六二―二六五頁参照)。

(3) Grabitz, DVBl 1973 S. 679f.

(4) これより<sup>25)</sup> Ossenbühl, D&V 1972 S. 27 は<sup>26)</sup>このように述べている。信義則のなかに、信頼保護思想はその個人主義的根源(individualistische Wurzel)をみる。ただし、信義則の適用は、一定の態様で形成された人格的關係(persönliche Beziehungen)を前提とするからである。これに対し、法的安定性は、法秩序および高権的命令の予見可能性と存続に関するものであり、人格的關係は表面には現われていない。ここでいう信頼は、人間的・人格的自己引渡し(menschlich-persönliche Sichausliefern)をいうのではなく、社会的・心理学的ないし経済的評価、したがって一定の行為期待・展開の予測可能性(Vorausrechenbarkeit)をいう。そして、信頼放棄は、人間的失望ではなく、量的にはかりうる物質的損害として計算される<sup>27)</sup>。

(5) Grabitz, DVBl 1973 S. 680.

(6) <sup>28)</sup> <sup>29)</sup> <sup>30)</sup> <sup>31)</sup> <sup>32)</sup> <sup>33)</sup> <sup>34)</sup> <sup>35)</sup> <sup>36)</sup> <sup>37)</sup> <sup>38)</sup> <sup>39)</sup> <sup>40)</sup> <sup>41)</sup> <sup>42)</sup> <sup>43)</sup> <sup>44)</sup> <sup>45)</sup> <sup>46)</sup> <sup>47)</sup> <sup>48)</sup> <sup>49)</sup> <sup>50)</sup> <sup>51)</sup> <sup>52)</sup> <sup>53)</sup> <sup>54)</sup> <sup>55)</sup> <sup>56)</sup> <sup>57)</sup> <sup>58)</sup> <sup>59)</sup> <sup>60)</sup> <sup>61)</sup> <sup>62)</sup> <sup>63)</sup> <sup>64)</sup> <sup>65)</sup> <sup>66)</sup> <sup>67)</sup> <sup>68)</sup> <sup>69)</sup> <sup>70)</sup> <sup>71)</sup> <sup>72)</sup> <sup>73)</sup> <sup>74)</sup> <sup>75)</sup> <sup>76)</sup> <sup>77)</sup> <sup>78)</sup> <sup>79)</sup> <sup>80)</sup> <sup>81)</sup> <sup>82)</sup> <sup>83)</sup> <sup>84)</sup> <sup>85)</sup> <sup>86)</sup> <sup>87)</sup> <sup>88)</sup> <sup>89)</sup> <sup>90)</sup> <sup>91)</sup> <sup>92)</sup> <sup>93)</sup> <sup>94)</sup> <sup>95)</sup> <sup>96)</sup> <sup>97)</sup> <sup>98)</sup> <sup>99)</sup> <sup>100)</sup> <sup>101)</sup> <sup>102)</sup> <sup>103)</sup> <sup>104)</sup> <sup>105)</sup> <sup>106)</sup> <sup>107)</sup> <sup>108)</sup> <sup>109)</sup> <sup>110)</sup> <sup>111)</sup> <sup>112)</sup> <sup>113)</sup> <sup>114)</sup> <sup>115)</sup> <sup>116)</sup> <sup>117)</sup> <sup>118)</sup> <sup>119)</sup> <sup>120)</sup> <sup>121)</sup> <sup>122)</sup> <sup>123)</sup> <sup>124)</sup> <sup>125)</sup> <sup>126)</sup> <sup>127)</sup> <sup>128)</sup> <sup>129)</sup> <sup>130)</sup> <sup>131)</sup> <sup>132)</sup> <sup>133)</sup> <sup>134)</sup> <sup>135)</sup> <sup>136)</sup> <sup>137)</sup> <sup>138)</sup> <sup>139)</sup> <sup>140)</sup> <sup>141)</sup> <sup>142)</sup> <sup>143)</sup> <sup>144)</sup> <sup>145)</sup> <sup>146)</sup> <sup>147)</sup> <sup>148)</sup> <sup>149)</sup> <sup>150)</sup> <sup>151)</sup> <sup>152)</sup> <sup>153)</sup> <sup>154)</sup> <sup>155)</sup> <sup>156)</sup> <sup>157)</sup> <sup>158)</sup> <sup>159)</sup> <sup>160)</sup> <sup>161)</sup> <sup>162)</sup> <sup>163)</sup> <sup>164)</sup> <sup>165)</sup> <sup>166)</sup> <sup>167)</sup> <sup>168)</sup> <sup>169)</sup> <sup>170)</sup> <sup>171)</sup> <sup>172)</sup> <sup>173)</sup> <sup>174)</sup> <sup>175)</sup> <sup>176)</sup> <sup>177)</sup> <sup>178)</sup> <sup>179)</sup> <sup>180)</sup> <sup>181)</sup> <sup>182)</sup> <sup>183)</sup> <sup>184)</sup> <sup>185)</sup> <sup>186)</sup> <sup>187)</sup> <sup>188)</sup> <sup>189)</sup> <sup>190)</sup> <sup>191)</sup> <sup>192)</sup> <sup>193)</sup> <sup>194)</sup> <sup>195)</sup> <sup>196)</sup> <sup>197)</sup> <sup>198)</sup> <sup>199)</sup> <sup>200)</sup> <sup>201)</sup> <sup>202)</sup> <sup>203)</sup> <sup>204)</sup> <sup>205)</sup> <sup>206)</sup> <sup>207)</sup> <sup>208)</sup> <sup>209)</sup> <sup>210)</sup> <sup>211)</sup> <sup>212)</sup> <sup>213)</sup> <sup>214)</sup> <sup>215)</sup> <sup>216)</sup> <sup>217)</sup> <sup>218)</sup> <sup>219)</sup> <sup>220)</sup> <sup>221)</sup> <sup>222)</sup> <sup>223)</sup> <sup>224)</sup> <sup>225)</sup> <sup>226)</sup> <sup>227)</sup> <sup>228)</sup> <sup>229)</sup> <sup>230)</sup> <sup>231)</sup> <sup>232)</sup> <sup>233)</sup> <sup>234)</sup> <sup>235)</sup> <sup>236)</sup> <sup>237)</sup> <sup>238)</sup> <sup>239)</sup> <sup>240)</sup> <sup>241)</sup> <sup>242)</sup> <sup>243)</sup> <sup>244)</sup> <sup>245)</sup> <sup>246)</sup> <sup>247)</sup> <sup>248)</sup> <sup>249)</sup> <sup>250)</sup> <sup>251)</sup> <sup>252)</sup> <sup>253)</sup> <sup>254)</sup> <sup>255)</sup> <sup>256)</sup> <sup>257)</sup> <sup>258)</sup> <sup>259)</sup> <sup>260)</sup> <sup>261)</sup> <sup>262)</sup> <sup>263)</sup> <sup>264)</sup> <sup>265)</sup> <sup>266)</sup> <sup>267)</sup> <sup>268)</sup> <sup>269)</sup> <sup>270)</sup> <sup>271)</sup> <sup>272)</sup> <sup>273)</sup> <sup>274)</sup> <sup>275)</sup> <sup>276)</sup> <sup>277)</sup> <sup>278)</sup> <sup>279)</sup> <sup>280)</sup> <sup>281)</sup> <sup>282)</sup> <sup>283)</sup> <sup>284)</sup> <sup>285)</sup> <sup>286)</sup> <sup>287)</sup> <sup>288)</sup> <sup>289)</sup> <sup>290)</sup> <sup>291)</sup> <sup>292)</sup> <sup>293)</sup> <sup>294)</sup> <sup>295)</sup> <sup>296)</sup> <sup>297)</sup> <sup>298)</sup> <sup>299)</sup> <sup>300)</sup> <sup>301)</sup> <sup>302)</sup> <sup>303)</sup> <sup>304)</sup> <sup>305)</sup> <sup>306)</sup> <sup>307)</sup> <sup>308)</sup> <sup>309)</sup> <sup>310)</sup> <sup>311)</sup> <sup>312)</sup> <sup>313)</sup> <sup>314)</sup> <sup>315)</sup> <sup>316)</sup> <sup>317)</sup> <sup>318)</sup> <sup>319)</sup> <sup>320)</sup> <sup>321)</sup> <sup>322)</sup> <sup>323)</sup> <sup>324)</sup> <sup>325)</sup> <sup>326)</sup> <sup>327)</sup> <sup>328)</sup> <sup>329)</sup> <sup>330)</sup> <sup>331)</sup> <sup>332)</sup> <sup>333)</sup> <sup>334)</sup> <sup>335)</sup> <sup>336)</sup> <sup>337)</sup> <sup>338)</sup> <sup>339)</sup> <sup>340)</sup> <sup>341)</sup> <sup>342)</sup> <sup>343)</sup> <sup>344)</sup> <sup>345)</sup> <sup>346)</sup> <sup>347)</sup> <sup>348)</sup> <sup>349)</sup> <sup>350)</sup> <sup>351)</sup> <sup>352)</sup> <sup>353)</sup> <sup>354)</sup> <sup>355)</sup> <sup>356)</sup> <sup>357)</sup> <sup>358)</sup> <sup>359)</sup> <sup>360)</sup> <sup>361)</sup> <sup>362)</sup> <sup>363)</sup> <sup>364)</sup> <sup>365)</sup> <sup>366)</sup> <sup>367)</sup> <sup>368)</sup> <sup>369)</sup> <sup>370)</sup> <sup>371)</sup> <sup>372)</sup> <sup>373)</sup> <sup>374)</sup> <sup>375)</sup> <sup>376)</sup> <sup>377)</sup> <sup>378)</sup> <sup>379)</sup> <sup>380)</sup> <sup>381)</sup> <sup>382)</sup> <sup>383)</sup> <sup>384)</sup> <sup>385)</sup> <sup>386)</sup> <sup>387)</sup> <sup>388)</sup> <sup>389)</sup> <sup>390)</sup> <sup>391)</sup> <sup>392)</sup> <sup>393)</sup> <sup>394)</sup> <sup>395)</sup> <sup>396)</sup> <sup>397)</sup> <sup>398)</sup> <sup>399)</sup> <sup>400)</sup> <sup>401)</sup> <sup>402)</sup> <sup>403)</sup> <sup>404)</sup> <sup>405)</sup> <sup>406)</sup> <sup>407)</sup> <sup>408)</sup> <sup>409)</sup> <sup>410)</sup> <sup>411)</sup> <sup>412)</sup> <sup>413)</sup> <sup>414)</sup> <sup>415)</sup> <sup>416)</sup> <sup>417)</sup> <sup>418)</sup> <sup>419)</sup> <sup>420)</sup> <sup>421)</sup> <sup>422)</sup> <sup>423)</sup> <sup>424)</sup> <sup>425)</sup> <sup>426)</sup> <sup>427)</sup> <sup>428)</sup> <sup>429)</sup> <sup>430)</sup> <sup>431)</sup> <sup>432)</sup> <sup>433)</sup> <sup>434)</sup> <sup>435)</sup> <sup>436)</sup> <sup>437)</sup> <sup>438)</sup> <sup>439)</sup> <sup>440)</sup> <sup>441)</sup> <sup>442)</sup> <sup>443)</sup> <sup>444)</sup> <sup>445)</sup> <sup>446)</sup> <sup>447)</sup> <sup>448)</sup> <sup>449)</sup> <sup>450)</sup> <sup>451)</sup> <sup>452)</sup> <sup>453)</sup> <sup>454)</sup> <sup>455)</sup> <sup>456)</sup> <sup>457)</sup> <sup>458)</sup> <sup>459)</sup> <sup>460)</sup> <sup>461)</sup> <sup>462)</sup> <sup>463)</sup> <sup>464)</sup> <sup>465)</sup> <sup>466)</sup> <sup>467)</sup> <sup>468)</sup> <sup>469)</sup> <sup>470)</sup> <sup>471)</sup> <sup>472)</sup> <sup>473)</sup> <sup>474)</sup> <sup>475)</sup> <sup>476)</sup> <sup>477)</sup> <sup>478)</sup> <sup>479)</sup> <sup>480)</sup> <sup>481)</sup> <sup>482)</sup> <sup>483)</sup> <sup>484)</sup> <sup>485)</sup> <sup>486)</sup> <sup>487)</sup> <sup>488)</sup> <sup>489)</sup> <sup>490)</sup> <sup>491)</sup> <sup>492)</sup> <sup>493)</sup> <sup>494)</sup> <sup>495)</sup> <sup>496)</sup> <sup>497)</sup> <sup>498)</sup> <sup>499)</sup> <sup>500)</sup> <sup>501)</sup> <sup>502)</sup> <sup>503)</sup> <sup>504)</sup> <sup>505)</sup> <sup>506)</sup> <sup>507)</sup> <sup>508)</sup> <sup>509)</sup> <sup>510)</sup> <sup>511)</sup> <sup>512)</sup> <sup>513)</sup> <sup>514)</sup> <sup>515)</sup> <sup>516)</sup> <sup>517)</sup> <sup>518)</sup> <sup>519)</sup> <sup>520)</sup> <sup>521)</sup> <sup>522)</sup> <sup>523)</sup> <sup>524)</sup> <sup>525)</sup> <sup>526)</sup> <sup>527)</sup> <sup>528)</sup> <sup>529)</sup> <sup>530)</sup> <sup>531)</sup> <sup>532)</sup> <sup>533)</sup> <sup>534)</sup> <sup>535)</sup> <sup>536)</sup> <sup>537)</sup> <sup>538)</sup> <sup>539)</sup> <sup>540)</sup> <sup>541)</sup> <sup>542)</sup> <sup>543)</sup> <sup>544)</sup> <sup>545)</sup> <sup>546)</sup> <sup>547)</sup> <sup>548)</sup> <sup>549)</sup> <sup>550)</sup> <sup>551)</sup> <sup>552)</sup> <sup>553)</sup> <sup>554)</sup> <sup>555)</sup> <sup>556)</sup> <sup>557)</sup> <sup>558)</sup> <sup>559)</sup> <sup>560)</sup> <sup>561)</sup> <sup>562)</sup> <sup>563)</sup> <sup>564)</sup> <sup>565)</sup> <sup>566)</sup> <sup>567)</sup> <sup>568)</sup> <sup>569)</sup> <sup>570)</sup> <sup>571)</sup> <sup>572)</sup> <sup>573)</sup> <sup>574)</sup> <sup>575)</sup> <sup>576)</sup> <sup>577)</sup> <sup>578)</sup> <sup>579)</sup> <sup>580)</sup> <sup>581)</sup> <sup>582)</sup> <sup>583)</sup> <sup>584)</sup> <sup>585)</sup> <sup>586)</sup> <sup>587)</sup> <sup>588)</sup> <sup>589)</sup> <sup>590)</sup> <sup>591)</sup> <sup>592)</sup> <sup>593)</sup> <sup>594)</sup> <sup>595)</sup> <sup>596)</sup> <sup>597)</sup> <sup>598)</sup> <sup>599)</sup> <sup>600)</sup> <sup>601)</sup> <sup>602)</sup> <sup>603)</sup> <sup>604)</sup> <sup>605)</sup> <sup>606)</sup> <sup>607)</sup> <sup>608)</sup> <sup>609)</sup> <sup>610)</sup> <sup>611)</sup> <sup>612)</sup> <sup>613)</sup> <sup>614)</sup> <sup>615)</sup> <sup>616)</sup> <sup>617)</sup> <sup>618)</sup> <sup>619)</sup> <sup>620)</sup> <sup>621)</sup> <sup>622)</sup> <sup>623)</sup> <sup>624)</sup> <sup>625)</sup> <sup>626)</sup> <sup>627)</sup> <sup>628)</sup> <sup>629)</sup> <sup>630)</sup> <sup>631)</sup> <sup>632)</sup> <sup>633)</sup> <sup>634)</sup> <sup>635)</sup> <sup>636)</sup> <sup>637)</sup> <sup>638)</sup> <sup>639)</sup> <sup>640)</sup> <sup>641)</sup> <sup>642)</sup> <sup>643)</sup> <sup>644)</sup> <sup>645)</sup> <sup>646)</sup> <sup>647)</sup> <sup>648)</sup> <sup>649)</sup> <sup>650)</sup> <sup>651)</sup> <sup>652)</sup> <sup>653)</sup> <sup>654)</sup> <sup>655)</sup> <sup>656)</sup> <sup>657)</sup> <sup>658)</sup> <sup>659)</sup> <sup>660)</sup> <sup>661)</sup> <sup>662)</sup> <sup>663)</sup> <sup>664)</sup> <sup>665)</sup> <sup>666)</sup> <sup>667)</sup> <sup>668)</sup> <sup>669)</sup> <sup>670)</sup> <sup>671)</sup> <sup>672)</sup> <sup>673)</sup> <sup>674)</sup> <sup>675)</sup> <sup>676)</sup> <sup>677)</sup> <sup>678)</sup> <sup>679)</sup> <sup>680)</sup> <sup>681)</sup> <sup>682)</sup> <sup>683)</sup> <sup>684)</sup> <sup>685)</sup> <sup>686)</sup> <sup>687)</sup> <sup>688)</sup> <sup>689)</sup> <sup>690)</sup> <sup>691)</sup> <sup>692)</sup> <sup>693)</sup> <sup>694)</sup> <sup>695)</sup> <sup>696)</sup> <sup>697)</sup> <sup>698)</sup> <sup>699)</sup> <sup>700)</sup> <sup>701)</sup> <sup>702)</sup> <sup>703)</sup> <sup>704)</sup> <sup>705)</sup> <sup>706)</sup> <sup>707)</sup> <sup>708)</sup> <sup>709)</sup> <sup>710)</sup> <sup>711)</sup> <sup>712)</sup> <sup>713)</sup> <sup>714)</sup> <sup>715)</sup> <sup>716)</sup> <sup>717)</sup> <sup>718)</sup> <sup>719)</sup> <sup>720)</sup> <sup>721)</sup> <sup>722)</sup> <sup>723)</sup> <sup>724)</sup> <sup>725)</sup> <sup>726)</sup> <sup>727)</sup> <sup>728)</sup> <sup>729)</sup> <sup>730)</sup> <sup>731)</sup> <sup>732)</sup> <sup>733)</sup> <sup>734)</sup> <sup>735)</sup> <sup>736)</sup> <sup>737)</sup> <sup>738)</sup> <sup>739)</sup> <sup>740)</sup> <sup>741)</sup> <sup>742)</sup> <sup>743)</sup> <sup>744)</sup> <sup>745)</sup> <sup>746)</sup> <sup>747)</sup> <sup>748)</sup> <sup>749)</sup> <sup>750)</sup> <sup>751)</sup> <sup>752)</sup> <sup>753)</sup> <sup>754)</sup> <sup>755)</sup> <sup>756)</sup> <sup>757)</sup> <sup>758)</sup> <sup>759)</sup> <sup>760)</sup> <sup>761)</sup> <sup>762)</sup> <sup>763)</sup> <sup>764)</sup> <sup>765)</sup> <sup>766)</sup> <sup>767)</sup> <sup>768)</sup> <sup>769)</sup> <sup>770)</sup> <sup>771)</sup> <sup>772)</sup> <sup>773)</sup> <sup>774)</sup> <sup>775)</sup> <sup>776)</sup> <sup>777)</sup> <sup>778)</sup> <sup>779)</sup> <sup>780)</sup> <sup>781)</sup> <sup>782)</sup> <sup>783)</sup> <sup>784)</sup> <sup>785)</sup> <sup>786)</sup> <sup>787)</sup> <sup>788)</sup> <sup>789)</sup> <sup>790)</sup> <sup>791)</sup> <sup>792)</sup> <sup>793)</sup> <sup>794)</sup> <sup>795)</sup> <sup>796)</sup> <sup>797)</sup> <sup>798)</sup> <sup>799)</sup> <sup>800)</sup> <sup>801)</sup> <sup>802)</sup> <sup>803)</sup> <sup>804)</sup> <sup>805)</sup> <sup>806)</sup> <sup>807)</sup> <sup>808)</sup> <sup>809)</sup> <sup>810)</sup> <sup>811)</sup> <sup>812)</sup> <sup>813)</sup> <sup>814)</sup> <sup>815)</sup> <sup>816)</sup> <sup>817)</sup> <sup>818)</sup> <sup>819)</sup> <sup>820)</sup> <sup>821)</sup> <sup>822)</sup> <sup>823)</sup> <sup>824)</sup> <sup>825)</sup> <sup>826)</sup> <sup>827)</sup> <sup>828)</sup> <sup>829)</sup> <sup>830)</sup> <sup>831)</sup> <sup>832)</sup> <sup>833)</sup> <sup>834)</sup> <sup>835)</sup> <sup>836)</sup> <sup>837)</sup> <sup>838)</sup> <sup>839)</sup> <sup>840)</sup> <sup>841)</sup> <sup>842)</sup> <sup>843)</sup> <sup>844)</sup> <sup>845)</sup> <sup>846)</sup> <sup>847)</sup> <sup>848)</sup> <sup>849)</sup> <sup>850)</sup> <sup>851)</sup> <sup>852)</sup> <sup>853)</sup> <sup>854)</sup> <sup>855)</sup> <sup>856)</sup> <sup>857)</sup> <sup>858)</sup> <sup>859)</sup> <sup>860)</sup> <sup>861)</sup> <sup>862)</sup> <sup>863)</sup> <sup>864)</sup> <sup>865)</sup> <sup>866)</sup> <sup>867)</sup> <sup>868)</sup> <sup>869)</sup> <sup>870)</sup> <sup>871)</sup> <sup>872)</sup> <sup>873)</sup> <sup>874)</sup> <sup>875)</sup> <sup>876)</sup> <sup>877)</sup> <sup>878)</sup> <sup>879)</sup> <sup>880)</sup> <sup>881)</sup> <sup>882)</sup> <sup>883)</sup> <sup>884)</sup> <sup>885)</sup> <sup>886)</sup> <sup>887)</sup> <sup>888)</sup> <sup>889)</sup> <sup>890)</sup> <sup>891)</sup> <sup>892)</sup> <sup>893)</sup> <sup>894)</sup> <sup>895)</sup> <sup>896)</sup> <sup>897)</sup> <sup>898)</sup> <sup>899)</sup> <sup>900)</sup> <sup>901)</sup> <sup>902)</sup> <sup>903)</sup> <sup>904)</sup> <sup>905)</sup> <sup>906)</sup> <sup>907)</sup> <sup>908)</sup> <sup>909)</sup> <sup>910)</sup> <sup>911)</sup> <sup>912)</sup> <sup>913)</sup> <sup>914)</sup> <sup>915)</sup> <sup>916)</sup> <sup>917)</sup> <sup>918)</sup> <sup>919)</sup> <sup>920)</sup> <sup>921)</sup> <sup>922)</sup> <sup>923)</sup> <sup>924)</sup> <sup>925)</sup> <sup>926)</sup> <sup>927)</sup> <sup>928)</sup> <sup>929)</sup> <sup>930)</sup> <sup>931)</sup> <sup>932)</sup> <sup>933)</sup> <sup>934)</sup> <sup>935)</sup> <sup>936)</sup> <sup>937)</sup> <sup>938)</sup> <sup>939)</sup> <sup>940)</sup> <sup>941)</sup> <sup>942)</sup> <sup>943)</sup> <sup>944)</sup> <sup>945)</sup> <sup>946)</sup> <sup>947)</sup> <sup>948)</sup> <sup>949)</sup> <sup>950)</sup> <sup>951)</sup> <sup>952)</sup> <sup>953)</sup> <sup>954)</sup> <sup>955)</sup> <sup>956)</sup> <sup>957)</sup> <sup>958)</sup> <sup>959)</sup> <sup>960)</sup> <sup>961)</sup> <sup>962)</sup> <sup>963)</sup> <sup>964)</sup> <sup>965)</sup> <sup>966)</sup> <sup>967)</sup> <sup>968)</sup> <sup>969)</sup> <sup>970)</sup> <sup>971)</sup> <sup>972)</sup> <sup>973)</sup> <sup>974)</sup> <sup>975)</sup> <sup>976)</sup> <sup>977)</sup> <sup>978)</sup> <sup>979)</sup> <sup>980)</sup> <sup>981)</sup> <sup>982)</sup> <sup>983)</sup> <sup>984)</sup> <sup>985)</sup> <sup>986)</sup> <sup>987)</sup> <sup>988)</sup> <sup>989)</sup> <sup>990)</sup> <sup>991)</sup> <sup>992)</sup> <sup>993)</sup> <sup>994)</sup> <sup>995)</sup> <sup>996)</sup> <sup>997)</sup> <sup>998)</sup> <sup>999)</sup> <sup>1000)</sup> <sup>1001)</sup> <sup>1002)</sup> <sup>1003)</sup> <sup>1004)</sup> <sup>1005)</sup> <sup>1006)</sup> <sup>1007)</sup> <sup>1008)</sup> <sup>1009)</sup> <sup>1010)</sup> <sup>1011)</sup> <sup>1012)</sup> <sup>1013)</sup> <sup>1014)</sup> <sup>1015)</sup> <sup>1016)</sup> <sup>1017)</sup> <sup>1018)</sup> <sup>1019)</sup> <sup>1020)</sup> <sup>1021)</sup> <sup>1022)</sup> <sup>1023)</sup> <sup>1024)</sup> <sup>1025)</sup> <sup>1026)</sup> <sup>1027)</sup> <sup>1028)</sup> <sup>1029)</sup> <sup>1030)</sup> <sup>1031)</sup> <sup>1032)</sup> <sup>1033)</sup> <sup>1034)</sup> <sup>1035)</sup> <sup>1036)</sup> <sup>1037)</sup> <sup>1038)</sup> <sup>1039)</sup> <sup>1040)</sup> <sup>1041)</sup> <sup>1042)</sup> <sup>1043)</sup> <sup>1044)</sup> <sup>1045)</sup> <sup>1046)</sup> <sup>1047)</sup> <sup>1048)</sup> <sup>1049)</sup> <sup>1050)</sup> <sup>1051)</sup> <sup>1052)</sup> <sup>1053)</sup> <sup>1054)</sup> <sup>1055)</sup> <sup>1056)</sup> <sup>1057)</sup> <sup>1058)</sup> <sup>1059)</sup> <sup>1060)</sup> <sup>1061)</sup> <sup>1062)</sup> <sup>1063)</sup> <sup>1064)</sup> <sup>1065)</sup> <sup>1066)</sup> <sup>1067)</sup> <sup>1068)</sup> <sup>1069)</sup> <sup>1070)</sup> <sup>1071)</sup> <sup>1072)</sup> <sup>1073)</sup> <sup>1074)</sup> <sup>1075)</sup> <sup>1076)</sup> <sup>1077)</sup> <sup>1078)</sup> <sup>1079)</sup> <sup>1080)</sup> <sup>1081)</sup> <sup>1082)</sup> <sup>1083)</sup> <sup>1084)</sup> <sup>1085)</sup> <sup>1086)</sup> <sup>1087)</sup> <sup>1088)</sup> <sup>1089)</sup> <sup>1090)</sup> <sup>1091)</sup> <sup>1092)</sup> <sup>1093)</sup> <sup>1094)</sup> <sup>1095)</sup> <sup>1096)</sup> <sup>1097)</sup> <sup>1098)</sup> <sup>1099)</sup> <sup>1100)</sup> <sup>1101)</sup> <sup>1102)</sup> <sup>1103)</sup> <sup>1104)</sup> <sup>1105)</sup> <sup>1106)</sup> <sup>1107)</sup> <sup>1108)</sup> <sup>1109)</sup> <sup>1110)</sup> <sup>1111)</sup> <sup>1112)</sup> <sup>1113)</sup> <sup>1114)</sup> <sup>1115)</sup> <sup>1116)</sup> <sup>1117)</sup> <sup>1118)</sup> <sup>1119)</sup> <sup>1120)</sup> <sup>1121)</sup> <sup>1122)</sup> <sup>1123)</sup> <sup>1124)</sup> <sup>1125)</sup> <sup>1126)</sup> <sup>1127)</sup> <sup>1128)</sup> <sup>1129)</sup> <sup>1130)</sup> <sup>1131)</sup> <sup>1132)</sup> <sup>1133)</sup> <sup>1134)</sup> <sup>1135)</sup> <sup>1136)</sup> <sup>1137)</sup> <sup>1138)</sup> <sup>1139)</sup> <sup>1140)</sup> <sup>1141)</sup> <sup>1142)</sup> <sup>1143)</sup> <sup>1144)</sup> <sup>1145)</sup> <sup>1146)</sup> <sup>1147)</sup> <sup>1148)</sup> <sup>1149)</sup> <sup>1150)</sup> <sup>1151)</sup> <sup>1152)</sup> <sup>1153)</sup> <sup>1154)</sup> <sup>1155)</sup> <sup>1156)</sup> <sup>1157)</sup> <sup>1158)</sup> <sup>1159)</sup> <sup>1160)</sup> <sup>1161)</sup> <sup>1162)</sup> <sup>1163)</sup> <sup>1164)</sup> <sup>1165)</sup> <sup>1166)</sup> <sup>1167)</sup> <sup>1168)</sup> <sup>1169)</sup> <sup>1170)</sup> <sup>1171)</sup> <sup>1172)</sup> <sup>1173)</sup> <sup>1174)</sup> <sup>1175)</sup> <sup>1176)</sup> <sup>1177)</sup> <sup>1178)</sup> <sup>1179)</sup> <sup>1180)</sup> <sup>1181)</sup> <sup>1182)</sup> <sup>1183)</sup> <sup>1184)</sup> <sup>1185)</sup> <sup>1186)</sup> <sup>1187)</sup> <sup>1188)</sup> <sup>1189)</sup> <sup>1190)</sup> <sup>1191)</sup> <sup>1192)</sup> <sup>1193)</sup> <sup>1194)</sup> <sup>1195)</sup> <sup>1196)</sup> <sup>1197)</sup> <sup>1198)</sup> <sup>1199)</sup> <sup>1200)</sup> <sup>1201)</sup> <sup>1202)</sup> <sup>1203)</sup> <sup>1204)</sup> <sup>1205)</sup> <sup>1206)</sup> <sup>1207)</sup> <sup>1208)</sup> <sup>1209)</sup> <sup>1210)</sup> <sup>1211)</sup> <sup>1212)</sup> <sup>1213)</sup> <sup>1214)</sup> <sup>1215)</sup> <sup>1216)</sup> <sup>1217)</sup> <sup>1218)</sup> <sup>1219)</sup> <sup>1220)</sup> <sup>1221)</sup> <sup>1222)</sup> <sup>1223)</sup> <sup>1224)</sup> <sup>1225)</sup> <sup>1226)</sup> <sup>1227)</sup> <sup>1228)</sup> <sup>1229)</sup> <sup>1230)</sup> <sup>1231)</sup> <sup>1232)</sup> <sup>1233)</sup> <sup>1234)</sup> <sup>1235)</sup> <sup>1236)</sup> <sup>1237)</sup> <sup>1238)</sup> <sup>1239)</sup> <sup>1240)</sup> <sup>1241)</sup> <sup>1242)</sup> <sup>1243)</sup> <sup>1244)</sup> <sup>1245)</sup> <sup>1246)</sup> <sup>1247)</sup> <sup>1248)</sup> <sup>1249)</sup> <sup>1250)</sup> <sup>1251)</sup> <sup>1252)</sup> <sup>1253)</sup> <sup>1254)</sup> <sup>1255)</sup> <sup>1256)</sup> <sup>1257)</sup> <sup>1258)</sup> <sup>1259)</sup> <sup>1260)</sup> <sup>1261)</sup> <sup>1262)</sup> <sup>1263)</sup> <sup>1264)</sup> <sup>1265)</sup> <sup>1266)</sup> <sup>1267)</sup> <sup>1268)</sup> <sup>1269)</sup> <sup>1270)</sup> <sup>1271)</sup> <sup>1272)</sup> <sup>1273)</sup> <sup>1274)</sup> <sup>1275)</sup> <sup>1276)</sup> <sup>1277)</sup> <sup>1278)</sup> <sup>1279)</sup> <sup>1280)</sup> <sup>1281)</sup> <sup>1282)</sup> <sup>1283)</sup> <sup>1284)</sup> <sup>1285)</sup> <sup>1286)</sup> <sup>1287)</sup> <sup>1288)</sup> <sup>1289)</sup> <sup>1290)</sup> <sup>1291)</sup> <sup>1292)</sup> <sup>1293)</sup> <

られるが、しかし、官庁が、違法な教示 (Auskunft) および違法な授益的行政行為などに対する相手方の信頼をくつがえして、それぞれ他市民との間の平等適合性ないし合法的状況を回復しようとするとき、官庁に対し不誠実の非難を加えることはできず、したがって、信義則は信頼保護の全事案を包括する基礎を成すものではないという。

(7) Grabitz, DVBI 1973 S. 681 f.

(8) Grabitz, DVBI 1973 S. 682 f.

(9) Grabitz, DVBI 1973 S. 683 f.

### 三 基本法二条一項説

一 グンター・キスケルは、公法における信頼保護の統一的な法的根拠は基本権の保護に求めるべきであり、とくに基本法二条一項（ただし官庁の信頼保護の法的根拠はむしろ法的安定性に求める）をあげているが、キスケルは、さらにすすんで信頼保護すなわち処分保護 (Dispositionsschutz) と解し、その法的根拠のみならずその他の問題との関連においても処分保護思想を考察し同思想を貫徹してゆこうとする点に特色がある。以下に、キスケルの説く順序に従って、その見解を紹介することにす。

二 まず、キスケルは、研究の対象 (Gegenstand der Untersuchung) について、つぎのようにいう。

正当な信頼 (berechtigtes Vertrauen) は法秩序の保護のもとにおくべきであるというテーゼが、過去二〇年間に  
おいて、教科書・注釈書および判例における優越的地位を獲得してきた。しかし、信頼保護原理に対する批判もふえており、このような批判の出発点をなすのは、信頼保護原理の法解釈学的仕事が多く完全には満足することがで

きないという指摘である。実際、「正当な」信頼保護という表明は、中味のともなわないきまり文句 (Leerformel) にはかならないから、法解釈学的作業は、まず、これを内容的に充足することからはじまる。これは、どのような要件事実が実現されれば、法秩序は市民に対し当該方針を守り、あるいは方針変更 (Künderung) によって生じた損失補償をするかを明らかにすることによってのみ可能となる。これは、すなわち、市民をして計算された意味ある処分を可能ならしめることにあり、かくて、処分保護の保障にある。

法秩序は、抽象的信頼保護より適切に言えば抽象的処分保護 (abstrakten Vertrauens- oder besser Dispositionsschutz) すなわち与えられた約束への信頼が実行にうつされた (ins Werk gesetzt) かどうかの立証とは関係なく約束の遵守を保障することも多い。他方、信頼による実行 (Ins-Werk-Setzen von Verträgen) ということが、存続保護なし補償請求権の発生の要件であることもあり (したがって、信頼保護は、補償請求権の法的基礎ではなくて計算上の基礎にすぎないというウオルター・シュミットの前記テーゼは、正しくない)、これを具体的処分保護 (konkreter Dispositionsschutz) と呼ぶことができる。「信頼保護」のタイトルのもとにいれることのできるものは、具体的処分保護のみであり、以下本稿の研究の重点も具体的処分保護の問題におくことにする。なお、国家権力による積極的処分保護 (positiven Dispositionsschutz) があり、そこでは市民の処分が公権力の方針変更によってではなく、その他の予見不可能な事件 (たとえば洪水による大災害) によってくつがえされようとするとき、公権力は市民に対し (積極的な) 行為をもって (handeind) 助ける義務を負うかが問題とされるが、これも、本稿の考察の対象から除かれる。したがって、本稿のテーマは具体的・消極的処分保護 (der konkrete, negative Dispositionsschutz) であ

る。<sup>(1)</sup>

三 つぎに、キスケルは、法発見の手續 (Verfahren der Rechtsfindung) について、以下のように述べる。

本稿において求めるべき処分保護についての原則は、一般条項 (人格の自由な發展・法治国ないし信義誠実の要請) からの演えき (Deduktion) によるべきか、それとも帰納 (Induktion) すなわち関係実定規定の類推 (Analogie) により現存する欠缺の充足によるべきかという方法的問題 (methodische Problem) がある。後者の方法は、個別事案ごとに信頼保護が認められるかどうかを解決しようとする傾向を避けるのに適し、また議会主権の維持のためにも有益であるようにみえるが、この方法はあまり多くのものを得ることはできないように思われる。

とくに、今日、処分保護を必要する広い領域において、満足しうるほどに詳細な法規定が少なすぎるからである。このことは、とくに、立法者および計画策定者による方針変更に対する処分保護領域において、妥当する。これに対し、たとえば適法・違法な授益的行政行為の取消による方針変更の場合には、詳細な規定が豊富にある。しかし、(とくに違法な授益的行政行為の取消について) 従来、誰も、このような規定の背後に統一的な基本決定のあることを説得的に述べてはいない。むしろ、このような規定における決定は、いろいろであり、統一的ではない。すなわち、社会法 (たとえば社会裁判所法九九条・ライヒ保険法一九四四条) および租税法 (租税基本法二二二条・一四四条) においては、形式的解決 (die formell-rechtliche Lösung)<sup>(2)</sup> がされ、行政行為は、その決定と同時にしその後の期間経過後、官庁に対しても存続効を生ぜしめることになる。これに対し、警察法および建築法においては、市民の処分保護利益を考慮することなく違法に発布された許可の取消を授權する規定が支配的であるが、他方、営

業法にあつては、営業許可を違法ならしむる瑕疵が営業者の責任領域にあるときにのみ取消しを認め、そのほかにも営業活動の継続が拒絶されるときでも営業者の補償請求権を認める規定もある。また、民法も、同じような問題について区々の解決をしていることは、とくに錯誤による取消(一一九条・一二二条)、無権代理(一九九条二項)および不当利得(八一二条以下)の効果に関する規定にみられる。

したがって、憲法は、法発見に着手し法規の欠缺を充足すべきことを強要し、憲法の一般条項から、実定法のいずれの規定の類推により欠缺をうめるべき *Leisrathl* のようなものの抽出がされる。そのさい憲法の関係一般条項は、処分保護の問題の領域においても重要な機能、すなわち(法形成を助長する)刺激(*Anreiben*)たる機能および(類推による模索を指導する) *Leisrathl* たる機能を有する(レンツの試みも、結局、民法の思考界(*Denkwelt*)に由来する構想に終わっており、決して帰納的方法とはいえない。行政手続法草案もまた同様であり、そこでは不当利得および信頼損失の賠償に関する民法の規定に従った利益調整がされている(四四二条・三項)<sup>3)</sup>。

四 キスケルは、保護価値(*Das Schutzwert*)について、以下のように説いている。

(1) 市民の処分保護利益 市民の処分保護利益を顧慮すべきであるとする憲法上の義務は、なかんずく、たんなる行為自由ではなくて責任ある意味深い行為の自由を保障する基本法二条一項(および個々の自由権におけるその表現)から生ずる。しかし、法的安定性という法治国原理(基本法二〇条・二八条)、また「信義誠実」の一般法原則のもとでも、近代憲法国家は、とくに市民の処分保護利益に資する多くの措置を展開してきた(ただし私法から輸入の信義誠実に応ずる行為の要求に対し直ちに憲法上の地位を認めることはできず、かくて、この要求を立法

者に対してもちだしえない)。このような措置は、つぎの三つの原則に具体化される。すなわち、尊重されるべきは、第一に、存続の確約 (Bestandzusagen) ないし少なくともこのような確約にもとづいてされた処分、第二に、公権力みずからきつかけを与えた (veranlagt) 処分、第三に、実行されたチャンス、(ins Werk gesetzte Chancen) である。

第一の原則 (存続の確約は尊重されなければならない) にあつては、「合意は拘束する」(pacta sunt servanda) という全法の基礎規範が問題とされており、これをさらに基本法の特定の条項に帰せしめる必要はない。つぎに、適法で明示的な存続の確約にもとづく (たとえば公法上の契約にもとづく) 処分は、たとえば人格の自由な発展を求める基本権 (基本法二条一項) が保障する活動余地を利用したにすぎない処分よりも強い存続保護をうけることは明らかである。このことは、たとえば、行政法上の確約は抽象的信頼保護を与えるから、資本・労働を費やす「実行」の立証を必要としないという表現のなかにも示されている。このことは、また立法者による存続の確約についても妥当し、その例が前記ベルリン救助判例にみられる。<sup>(4)</sup>

第二に、公権力が、みずからの行為に市民が対処するときには、この行為はその後、無視されないであろうという観念を惹起せしむべき行為をするときである。このような行為は、公権力が市民をして特定の行為・不行為をすることを誘い、特定の方向に市民の決定を指導するとき、みられる (確約は、とくに強い効力をもつ勧誘形式 (eine besonders intensiv wirkende Form von Veranlassung) である) が、実際上よくあり、このことは、前記ベルリン救助判例にもみられ、同事案において企業家は存続の確約により投資へと誘われた。このような場合における公

権力による補償義務の問題は、とくに計画保証権 (Plangewährleistungsrecht) に関する議論においてみられるが、そのほかにも、審査規則の変更 (Änderung von Prüfungsordnungen) の事案にもみられる。このような場合に、市民の処分を尊重すべきという公権力の義務は、公権力がその意思を市民の自由な決定領域内に置くときに公権力が引き受けるべき責任から発生する。決定が下される場所に危険も存すべき (Das Risiko muß dort liegen, wo die Entscheidung fallt) であるからである。<sup>(5)</sup>

第三に、法秩序が許しているチャンスを誰からも統制されることなく、自己の計画にしたがって実行に移した場合には、請求権はより認められなくなる。しかし、このようなチャンスの実行がその保護を求める法的請求権を創出することもある。行為自由の産物は、公権力によりいつでも打ちこわすことができるというのは、行為自由性の価値を失なわしむるからである。基本法一四条は、財産保護の領域のために同思想を実定法的に確認した。以上、市民の保護価値性の強度も、みぎにあげた第一、第二、第三の順序にしたがって低くなる。<sup>(6)</sup>

(2) 制度の処分保護利益および処分保護資格者たる公権力の主体 　　つぎに、キスケルは、処分保護問題については、従来のように個人の権利保護を志向する考察態様に限定してはならず、このほかに制度機能を志向する客観的考察態様 (eine objektive, an der Systemfunktion orientierte Betrachtungsweise) も必要であるとして、<sup>(7)</sup> ついで、この後者の観点から公権力の主体も処分保護をうける資格があると、以下のように述べる。

連邦行政裁判所は、違法な授益的行政行為の取消に関する判例において、公権力には処分保護は与えられない、<sup>(8)</sup> としばしば主張してきた。しかし、われわれは、従来よりもなお、基本権の援用は、基本権の制度的確保をその任



務とする施設（放送施設・大学）にも帰属することを認めなければならない。また上位の公権力に対する下位機構、したがって、たとえば連邦に対する州、連邦・州に対するゲマインデも、基本法一九条二項による範囲内においては基本権の主体とみなされなければならない。この場合、この種下位機構も処分保護資格者とみなすことも許される。最近の連邦行政裁判所の判例も、公権力の主体に対しては処分保護を断固、拒否するという立場にはないようにみえる。この点に関し、連邦憲法裁判所法七九条二項の改正の提案があり、これによれば、個人に対する公法・私法上の金錢義務を創設・拡大する法律の無効宣言の効力は、その前年の経過にさかのぼることになる。現行法によれば、公庫は巨額の償還義務を負うことになり、これは、財務行政にとって煩わしいだけでなく、その機能を妨げることをおそれたためである。したがって、制度の機能適格性を志向する考慮が尊重されるべきという正当な利益を公の団体は有する。この場合、基本権の援用によるよりも、法的安定性による方がこのような制度保護の要求を受けられるように思われる（キスケルは、連邦憲法裁判所が市民に負担を課し行政に授益的な高権的行為の存続効を法的安定性の原理でもって是認したのは、連邦憲法裁判所も、このことを前提として認める、と考える）。ただし、公権力の主体は、個々の市民と比べ、みずからの処分保護利益の主張をひかえ目にすることが期待され、また、より法律適合性の原理を尊重しなければならない。<sup>(6)</sup>

五 つぎに、キスケルは、反対論拠（Die Gegenargumente）と題して以下のように述べている。

どのような価値が、市民ないし制度の処分保護利益に対立するかという問題が生ずる。まず、権利および法を環境の変化に適応させるという要求があり、そのための典型的侵害行政は、適法な授益的行政行為の撤回であり、ま

た基本法一四条にいう公用取用も、この種の範ちゅうに属する。つぎに、正しい法の貫徹という要求が処分保護に對立し、このことは、とくに違法な授益的行政行為の取消において明らかであり、またいわゆる法律の真正溯及効(ないしより正しくいえば溯及的結合 Rückknüpfung)においても示される。

(1) 処分保護に対し柔軟性 (Dispositionsschutz-/Flexibilität) 憲法上、基本法二条一項およびその個々の自由権における具体化、法的安定性の原理が処分保護を要求するのに対し、基本法二〇条一項の社会国家条項が柔軟性を要求する。しかし、これら憲法規定の法論的分析によっては望ましい *Leistungs* の整合は得られない。一九七三年の条件下、すなわち、急速な技術的發展および、おそらくそれから生ずる社会的構造の不安定化にてらし、現状の変更はさげがたく、また将来もそうであろう。これを法的にみれば、安定性 (*Stabilität*) よりも柔軟性の方向に傾くが、これは、その価値において計算可能性および計画可能性が適応資格よりも低いということだけからではなく、とくに、これまでにおける著しい適応のおくれ (*Anpassungsrückstand*) ということから生ずる。この適応のおくれの理由は、きわめて現状志向的な基本権の解釈というより、憲法上の要請ではないが、確立した社会集団の財産への立法者の敬意にある。政治社会は、その内部の平和を、確立した社会集団間のチェック・アンド・バランスの複雑なしくみをつうじて確保しており、現状の変更というやっかいな問題を解決しないか、あるいは、うわべだけの解決にのみとどめる。

キスケルは、このように、処分保護と柔軟性との對立關係について一般的に述べ、ついで、個別的につきのよう

に述べている。まず、適法な授益的行政行為の問題については、行政は、撤回権の留保および期限を付すことによ

り、財政上の過大要求およびそこから生ずる現状の固定から自分を十分に保護することができ、これによって行政の柔軟性を確保することは大きな利点がある。他方、市民も、自己の実行 (Ins-Werk-Setzen) の危険性の有無を知る。したがって、撤回留保付きの許可を実行に移した者は、直ちに信頼保護を援用するというわけにはいかず、そのかぎりにおいて、撤回留保は、市民を誤らせることなしに行政の適応余地を開かしている。これに対しては、処分保護の問題を授益的行政行為の撤回留保の可能性の問題の中におくことになる、というきわめて重要な反対があるが、しかし、この反対は、適用される法律の意味から付款をつけることが是認されるという原則の厳しい行使により、避けられうる。<sup>(10)</sup>

つぎに、法規範および計画においては、みぎのような適法な授益的行政行為の撤回に同じような解決方法をとることはできない。すなわち、受益者は、原則として、その処分を損なうような方針変更のさいにも存続保護ないし補償をうけることはできず、また、規範設定者が撤回留保のテクニックを用いることも不可能である。ここで、処分保護の強度は、国家作用の手段形式にもかからしめられることが分かる。抽象的一般的規範から授益をうける市民全部が存続保護に固執しうるとなれば、立法者の機能能力は疑問とされよう。このような抽象的一般的に表明される規範のもつ広汎な効力 (Breitenwirkung) のために、みぎと同様の結果は違法な授益的法律についても生ずる。なお、つぎに、キスケルは、いわゆる不真正遡及効をもつ法律にあっても、処分保護と適応の必要性ないし柔軟性との対立関係があることを確認している。<sup>(11)</sup>

(2) 処分保護に対し正しい法 (Dispositionsschutz/. richtiges Recht) いわゆる「真正遡及効」(遡及的結合) かと

くに問題となるのは、それが処分保護利益の侵害であるという事実ではなく(適及的に結合しない既得権侵害の場合にも、この事実は存する)、このような侵害の背後に存し、かつ過去の事実関係の法的評価の転変のために後に向けられた意思にあり、それは時間と法の重複的關係の存在 (Aufeinander-Bezogen-Sein von Zeit und Recht) ということに違背する。<sup>(12)</sup>

つぎに、違法な授益的行政行為の取消しについて、処分保護利益と正しい法との対立を補償によって解決する方法は、当事者に対する重要性を金銭でもって現わしえないような行政の決定が存するときは、疑問である。したがって、処分保護ないし正しい法の問題との取組みは免れえず、そのかぎりにおいて、処分保護および正しい法(兩者の同時的解決)は、方法的に否定される。違法な授益的行政行為の適法な取消を公用取用とみる者は、基本法一四条三項の付帯条項 (Junktim-Klausel) のゆえに取消を違法ならしめるが、補償はもたらない。そこで、ウオルター・シュミットは、違法な授益的行政行為の発布を公用取用類似の侵害と解し、その職権取消は違法な行政行為の発布以来、受益者の財産状況に加えられた損失を現実化するものと解するが、しかし、これは、もはや財産権への「侵害」とはいえない。<sup>(13)</sup>

六 最後に、キスケルは、変更される規律ないし規律設定機関の種類による処分保護の特徴について考察し、まず、判例変更に対する処分保護についてふれたのち、立法者と行政に対するのでは処分保護に差異があるかを問題とし、つぎのようにいう。

この場合、行為する国家機関の差異に重点がおかれているが、むしろ手段性の方が重要である。抽象的一般的規

律（これは立法のみでなく行政においても存する）の通用性を信頼してなした市民の処分保護の利益は、ほんのわずか（nur schwach）保護される。法律の無効宣言によりその処分をおびやかされる市民の保護は、無効とされる規範が個別事案決定（Einzelfallentscheidung）に凝縮するとき、はじめて可能となる。これは、規範における方針変更に関係する事案の数が不つりあいのほどに多いということからも生ずる。この事案の大量性のために、具体的処分保護の思想を志向する解決をすれば、信頼がインス・ヴェルク・ゼツェンされたか否か見通しえないことが、しばしば生じるからである。<sup>(14)</sup>

(1) Kisker, VVDStRL H. 32 S. 150-5.

(2) この点に関して、拙稿「カール・ハイント・レントツ」信賴保護原理」法学雑誌一八卷二号一〇三—四頁参照。

(3) Kisker, VVDStRL H. 32 S. 155-161. レントツの見解については、拙稿・法学雑誌一八卷二号一〇六頁以下参照。なお、すびに Stich, aaO S. 33ff. はこぎのように述べている。

行政法における信賴保護原理の適用要件を得る方法として三つの可能性があるが、第一に、行政法規の定める信賴保護の要件事実の利用の方法については、わずかにライヒ保険法二二三条が詳細にこの適用要件を規律するが、この規定だけからは、一般的に通用する信賴保護の原則の適用要件は得られず、第二の行政法上の判例学説から認識する可能性についても、そこでは、適用要件は原則的かたちにおいては定立されず、信賴保護の問題が意味をもつであろうような事案の多くにおいては、この問題は、当該事案に対し信義則が適用されるか否かということの背後にかくされている。したがって、第三の私法規定に依拠する方法のみが残されており、この方法により得た適用要件が、行政法規の定める信賴保護の要件事実と適合するかをみるべきである（S. 33ff.）。

民法九三二条以下の所有権の善意取得についての規定は、民法の信賴保護思想を基礎とする規定のなかで、もっとも良く

西ドイツ公法における信賴保護の原則の動向（乙部）

（二四五） 一四五

完成された法的制度である。同条に定める要件を一般的なかたちで表現すれば、まず、譲渡人の側に、法生活の経験によれば特定の法的状態を推論しうる、したがって特定の法的外観を惹起する事実状況の存することが必要であり（この客観的メルクマールを「信頼基礎」(Vertrauensgrundlage)と呼ぶ）、つぎに、取得者は、みぎ推論をこれに対応する法状況、すなわち、ある程度めんみつた注意を払ったにもかかわらずこの法的外観を法的現実だとみなす観念内容にもつかしめていることが必要である（この主観的メルクマールを「信頼」(Vertrauen)と呼ぶ）。これら二つの要件が存するときでも所有権の善意取得は認められないことがある。すなわち、民法九三五条の規定によれば、物の占有は自己の意思によらずしては失なわれない、すなわち、法的外観と法状況との分離を欲しない者は法的不利益をこうむるべきではない、ということになる（ただし同条二項による例外がある）。かくて、所有者が、取得者の信頼との一致において自己の権利喪失をたらす信頼基礎をみずから生ぜしめたとき、この信頼基礎およびこれにより惹起された法的外観を所有者に対し帰せしめることができる。ここに、所有権の善意取得の第三の要件として、信頼基礎の「帰責可能性」(Zurechenbarkeit)が権利者側に対し要求される。つぎに、民法八一六条一項二段の規定によれば、(民法九三五条一項の場合を除いて)取得者の保護利益は、かれが無償で物を得たときは、所有者の保護利益よりも低く評価される。有償で取得した者のみが保護に値するのである。この経済的要素は、法秩序は信頼をそれだけのために保護するわけではないことを明らかにする。かくて、信頼保護の第四のメルクマールとして、「財産的価値ある財の支出」(Aufwendung vermögenswerter Güter)という要件が導出される。かくて、所有権の善意取得の関係者を一般的に表現して、権利なき譲渡人を「表示者」(Erlärenden)、取得者を「被表示者」(Erlärungeempfänger)および所有権者を「権利者」(Berechtigten) (Berechtigte) とすれば、所有権の善意取得および付随的に不当利得規定から、つぎのような権利存続のための信頼保護の要件が導かれる。すなわち、第一に、表示者における信頼基礎、第二に、被表示者のそれに対応する信頼、第三に、これによって惹起された財産的価値ある財の支出、第四に、権利者における信頼基礎の帰責可能性、である (S. 36-9)。

このような信頼保護の四要件は、ほかに民法四〇五条の債権の善意取得に関する規定、民法一二三条・一六二条・一五五条ならびに非訟事件手続法（一八九八年五月一七日・略称F G G）三二条・五五五条の規定にも、それぞれ、みられる。ただし、第三の要件たる経済的メルクマールは、とくに民法一一五条およびF G G三二条・五五五条の示すように、拡大されねばならない。すなわち、同要件は、いまや、被表示者が費用を支出し、もしくは法的・事実的關係の形成において自からの措置でもって適切に対処し、かくて、もし、かれの信頼に法的保護が与えられないときは自からの法状況・財産状況が不利益をうけること、というように理解される。また、信頼保護思想をおびる多くの法制度を信義則にもとづき展開した連邦通常裁判所およびライヒスゲリヒトの判例も、みぎのような要件のもとで信頼保護を認めた（S. 321）。この民法上の信頼保護の要件は、ライヒ保険法二二三条等の規定の調査によれば、行政法における信頼保護原理の適用のための通用性をも有する（S. 44f.）。

Mainka, aaO S. 31-5は、シュティヒとは異なり、信頼保護に関する判例学説を参考として一般的適用要件をさぐるという方法（シュティヒのいう第二の方法）をとっていると思われるが、その得た適用要件じたいは、大体においてシュティヒのそれに似ているけれども、随所に重要な論点を提示しその解決をはかろうとしているので、つきにこれをみよう。

(1) 信頼状況　まず、個人の期待（信頼）を創出する官庁の行態がなければならない（これを信頼状況（Vertrauenslage）ないし信頼基礎（Vertrauensgrundlage）と呼んでいる）。この信頼基礎は、たとえば行政行為、教示・確約の発布によって創出される。この信頼状況は官庁の消極的行為（passive Verhalten）により創出されるかは問題であるが、この場合でも信頼保護は排除されないように思われる。ただし、この消極的行為も当事者の期待・信頼を生ぜしめるのに適切であるからである。

(2) 当事者の信頼　信頼保護の第二の要件は、信頼保護を創出せしめた官庁の行態の存続性への当事者の信頼、である。信頼状況の創出以降の経過日時が長ければ長いほど、個人は官庁の行態の存続性をより信頼でき、この信頼の保護の必要西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向（乙部）

性は、ますます大きくなる。

(3) 信賴保護は自己目的(Selbstzweck)ではなく処分保護 市民の信賴は、それ自体のために保護されるわけではなく、それ以上に、市民が信賴状況により事実ないし法的措置をなさしめられ、かつこの措置に市民が拘束されることが、信賴保護の第三の要件として必要である。この点に關し、官庁の措置が金銭給付の確定(保険・年金・補償)にあり、当事者がこの金銭給付から自己の生計費を支出したとき、当事者は、信賴保護の第三の要件たる処分をしておらず、当事者の利益は、たんに給付の保持ないし少なくとも過去に得た給付の償還請求からの保護にあるにすぎない、という批判の加えられることがある。しかし、この批判は、当事者が自己の生活方式においてこの金銭給付の額に全く依拠し、この給付決定の存続を信賴して、これに対応する消費をつうじて「処分し」たことを看過するものであるから妥当ではない。

では、たとえば、為替法上、外国貿易の取引を認可するという確約(Justage)は、商人が認可を信賴して確定的に契約を締結して、はじめて拘束的となるのであろうか。実際上は、市民は、外部的に知られる処分をなす前に、すでに官庁の措置の拘束性を計算に入れて計画をたてるから、この拘束性を否定すれば、この計画の変更を強い市民の信賴をゆるがし、市民の処分を妨げることになる。これは、国家の権力行使の制限の思想すなわち信賴保護の法治国的基本要素にたらしふさわしいものはいえない。したがって、一定の処分をつうじての信賴の公表(Manifestation)前の段階においても信賴保護を与える必要がある。ただし、これに反対する重要な公益の存するとき、したがって、官庁の措置が現行法に違反するときは具体的処分前の段階における信賴保護は否定されなければならない。

(4) 一九七三年のドイツ国法学者大会におけるシンポジウム(以下、大会シンポジウムという)において、セルマー(Celmer)も、同判例における事案においては立法者の確約が存したとし、さらに Getriedeisch 事案(これら二つの事案については、本稿一九五、一九七頁参照)においては、立法者の確約ではなく、執行府の発布した確約が問題になっているという(VVDStLR. H. 32S. 261)。



(5) 大会シンポジウムにおいて、バットホフは (Bathof)「この考えは、「確約による」存続保障および「インス・ヴェルク・ゼツェン」されたチャンス」(本文にあげた第一および第二の場合か)にも、その強度に差異はあるが、原則として妥当するとし、かくて、実際に重要なのは、行政の決定権能がこの決定から結果する危険の引受を要求することにある、という (VVDSiRL H. 32 S. 228)

(6) Kisker: VVDSiRL H. 32 S. 161-7.

(7) Kisker: VVDSiRL H. 32 S. 167f.

(8) Kisker: VVDSiRL H. 32 S. 168-170.

(9) この点に関して、ウォルター・シュミットの前記見解(本稿二二七頁注(1)参照)。

(10) Kisker: VVDSiRL H. 32 S. 171-6. なお、大会シンポジウムにおいて、ハンス・メイヤー (Hans Meyer) は、撤回留保に関するキスケルの見解は実際的ではないように思われると説き、ついで、いう。たとえば、法的効果をもつ事実関係の変更ないし法の変更が予期されるかどうかについて確信がない場合、行政は、疑問を抱きながらも撤回留保をすることにする。しかし、当事者は、撤回留保は全く特定の事案のみのために考えられ、それ以外の事案のために撤回が行使されれば、それは、信頼保護の観点のもとでは裁量瑕疵となると考える。このようなデイレンマは免れえず、したがって撤回の可能性を三つの場合に限定する行政手続法草案の解決法は称賛に値する。

この批判に答え、キスケルは、大会シンポジウムにおいても本文におけると同旨の主張をしている(以上、VVDSiRL H. 32 S. 265 f.)。

(11) Kisker: VVDSiRL H. 32 S. 176 f.

(12) この点に関して、波多野「前掲紹介」名城法学一四卷一号七七一八頁参照。

(13) Kisker: VVDSiRL H. 32 S. 183-8. これに対し、Mainka, aaO S. 36-42 は、違法な行政行為の取消を求める法理は行

西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向(乙部)

政の法律適合性の原則にではなく、むしろ平等原則にあると解するようにみえる点が注目される。

(14) Kisker, VVDStRL H. 32 S. 188-191.

なお、大会シンポジウムにおいては、もっぱら信頼保護の法的根拠に議論は集中したが、そのほか信頼保護の類型化の問題についての議論も多く、各国家作用にそくして類型化すべきという議論が強かったなかで（キスケルもその一人）、オッセンビュールは、信頼保護の法的根拠の出所に従った類型化を主張したようである（オッセンビュールの主張については VVDStRL H. 32 S.241）。

#### 四 独自法原則説

一 ピュトナーは、行政法における信頼保護の法的根拠に関する従来の諸説を批判している。

連邦行政裁判所は、その最初の寡婦判決において、一方では信頼保護原理を信義誠実から引き出した。しかし、同判決の他の箇所では「個別事案における信頼利益の無視が信義誠実に違反するかどうかが決定的に重要」であるといい、かくて、信頼保護は、信義誠実を具現するものではなく、信義則によって修正されるべきものへと、ひそかに変わっている。結局、信頼保護を信義則から引き出す試みは、おそらく言葉の遊びにほかならない（このことは „Treue“, „Glauben“, などし „Vertrauen“ のいずれもフテン語にいう „fides“ に訳され、その場合、他方から一方をひき出すこととは意味がないことから、とくに明らかに知られる）。つぎに、法治国原理は、魔法の箱（Zauber-Kiste）である。同原理は、行政の法律適合性の資格において違法な行政行為の取消を求め、他方、法的安定性の資格においてその維持を求めるから、法治国原理から信頼保護の原則を引き出すのは不可能のようにみえる。また、法

的安定性は、いったんされた行政決定の維持の方向に働くが、しかし、それは無条件の維持の場合にかぎり、私人の信頼利益と公益との衡量を要求するときは、かえって著しい法的不安定性がもたらされる。なお、信頼保護思想は誤りを犯した官庁をも保護するというレントンの見解に対しては、法的安定性の原理は受益を得た市民のみを保護し官庁を保護しないことを付言しておく。<sup>(1)</sup> つぎに、基本権ないし社会国家は、信頼保護のためにも、また、その反対に平等違反の授益の除去のためにも働く。グラビッツのいう人格の自由な発展の権利は、法律の遡及効禁止については実り多いが、違法な授益的行政行為の取消については適切ではない。けだし、後者の場合、正当な行為余地は開かしめられてはいず、また違法な利益・優先的地位を享受する基本権というものは存しないからである。<sup>(2)</sup> ウォルター・シュミットの見解も、それは財産権概念の無限の拡大につながり、さらに、非財産権的利益、たとえば帰化等の取消が問題となっている場合に信頼保護を与えようとする者は、そのための根拠として基本法一四条をあげえない。つぎに、エストッペル原理 (Estoppel-Prinzip) によることも問題のないこともない。同原理は、懲罰的性格の傾向をもつ衡平原則であるが、法治国において、このような方法により国家等をして個々の行政官吏・行政官署のした瑕疵ある行為を維持させるといふのは、きわめて問題があるように思われる。この点に関し、マインカが信頼保護原理を「相反行為の禁止」(venire contra factum proprium) から区別しているのは興味深い。<sup>(3)</sup> かくて信頼保護原理は、

(1) 一義的に定義し、明確に区別することのできる法原理ではなく、いろいろな態様で基礎づけられた一般法原則であり、原則としてより厳しい法原則に対する衡平の役割をはたす。

(2) 信賴保護原理は、憲法原理ではなく、憲法上のランクをもたない<sup>(4)</sup>。同原理が個々の適用事案において憲法原理をもつかぎりにおいてのみ憲法上のランクを有する。また同原理は、いずれの方向においても憲法の拡大解釈を是認するものではないが、同原理は連邦法上の基本原理であり州法に優越する。

(3) 信賴保護の原則のための特別の法的基礎は存しない。同原理は、個々の法規において明示・受容ないし少なくとも受忍するにしがって、大きな承認を得るが、立法者が信賴保護の原則に対し反対する旨の決定をしたときは同原則はしりぞかねばならず、ここに同原則の補完性 (Subsidiarität)<sup>(5)</sup> が主張される正当な理由がある。信賴保護の原則は、多くは、問題解決のために適切な規定が存しないときまさに必要とされるが、そこにまた、法適用に従事する者が法律の中に自己の希望観念をいれて解釈するという主観主義 (Subjektivismus)<sup>(6)</sup> の危険性も存する。

かくて、ピュトナーは、続けて、このような信賴保護の原則を得る方法論についてふれ、同原則について実定法規は統一的解決を示していないことから困難はあるが、現行実定規定より同原則をさぐるべきであり、これに対し法治国ないし信義誠実からの演えきは信賴保護の原則の安定した操作を不可能ならしめるほどに差異ある結論をもたらず、と説く。なお、現在における信賴保護の原則の普及の原因は、不安定で、かつ急速に変わる環境のなかで安定性・信憑性・不変性の希求および国家による給付・決定・規律への個人の依存性の増大にあることも、認めている<sup>(7)</sup>。

二 つぎに、ピュトナーは、信賴保護の思想史について、つぎのようにいう。すでに、プロイセン上級行政裁判所は、一八九二年の判決において、郡委員会の見解として「移転の認可により創出された法状況をいつでも、したが

って数年後でも取り消し、同認可を信頼 (Vertrauen) し移転先に住居を建てた企業家を住めなくさせ、あるいは多  
大の金銭を支払わせるとするのは、はかりしれない法的不安定性をもたらす」ことを報告し、同裁判所もこの見  
解に本質的には従っている。これにより、信頼保護思想は、本質的な点においては今日いわれているようなことが、  
当時すでにいわれていたことがわかる。また、学説上も、コルマン (Korrmann) は、一九一〇年のその著書におい  
て、行政行為の撤回自由の原則を認めながらも、同時にその例外をくふうし体系化することを試み、そのさい、信頼  
保護ないし法的安定性のような一般原理ではなく、個々の法律の規定から反対推論・類推により広大な原理をひき  
出そうとしている。そのさい、コルマンは、なんらの原理をも基礎としないわけではなく、「既得」権の原則およ  
び「事物の本性」の原則 (Grundsatz der „Natur der Sache“) を基礎として、たとえば許可の取消は禁止されると  
説く。コルマンも、今日、信頼保護の標語のもとで取り扱われるべきことを別の言葉で表現しているように思われ  
る。ワイマール時代の経過とともに、判例学説において、信頼保護思想はその勢力を増し、それも、たんなる術語  
上の発展をこえるものであった。ただし、同思想は、たとえば「事物の本性」の代りに、強く当事者の主観的地位  
およびそのための衡平上の論拠を強調したからである。その後も信頼保護思想はますます表面に現われてきて、こ  
のことは、ドイツだけでなく、たとえばスイスでも同様である。<sup>(8)</sup>

三 つぎに、ピュトナーは、行政法における信頼保護の原則の適用領域にふれたあと、同原則は存続保護ないし損  
失補償のいずれを与えるかの問題について考察し、この問題の解決は信頼保護原理の法的基礎にかからしめられる  
として、つぎのように述べる。同原理は、多くの個別規定および憲法原理と関連をもつ一般原則であるから、まず、

これら個別規定をみなければならぬ。民法・公法における関係個別規定を概観すれば、これら規定は、ほぼ一致して瑕疵ある行為の取消しとそのさいの損失補償を認めている。つぎに、ピュトナーは、法治国原理・社会国家原理・基本権（自由保護・平等取扱）のいずれも、信賴保護が存続保護ないし損失補償のいずれを保障するのかの決定について明確な解決をなしえないという。したがって「憲法上および一般的考慮」は、どちらかといえば損失補償のためにいうと解し、かくて、信賴保護は、原則として、違法な行為の維持よりも、むしろ損失補償請求権のみを与えるが、しかし、それは憲法上の要請ではないから立法者が別異の規律をすることも許される、と結論づける。そして、これとは反対のことを説くようにみえる判例も、表面にみえるほどの断固たる反対説ではないとし、裁判所も基本的には補償思想に立脚すると解し、その理由をつぎのように述べている。

違法な行政行為の取消に関する判例は、主として社会的補償給付ないし扶養給付の領域におけるものであるが、これら領域では、少なくとも信賴損失額については、当事者にとってその補償と受益保持との間には差異は存しないこと、一部取消の可能性、受益者が処分しなかつたときの信賴保護の排除、民法八一八条三項（不当利得の返還賠償義務の範囲を現存利益に限定するもの）は信賴保護思想の沈殿物および民法一九条以下に定める信賴損失の賠償は例外的に履行利益額にも達しようという原則の行政法関係への準用、などの判例による指摘をあげている。<sup>(9)</sup>

四 続いてピュトナーは、この点に関し、現行法における防御請求権ないし補償請求権についての訴訟の分岐との関係で、判例は、取り消された給付の行政による償還請求に対し改めて民事裁判所へ損害賠償請求訴訟を提起すべきことを指示しないようにもみえ、また、手続簡素化のために、行政裁判所が、（償還請求権と補償請求権との）不

足額を調整するとともに、相殺の方法により自ら補償の決定をなしうるものとしてゐる、と解する。しかし、違法な行政行為の内容が金銭給付ではなく、建築許可ないし非物質的授益であるときは、判例の展開する「相殺理論」は拒絶されるべきであるとして、立法論として、行政裁判所が取消と補償の両者について決定すべきことを明確にしなければならぬと説いている。<sup>(10)</sup>

(1) レンツの見解については、拙稿・法学雑誌一八卷二号一〇三—四、一一三頁参照。キスケルの見解については、本稿二四〇頁参照。これに対し、Mainka, aaO S. 30 f. も、官庁はその有する公権力により強制手段を用いて法律に適合する状況を生ぜしめうることを、信頼保護の根拠はとくに市民の側からみた国家市民関係にあることを理由として、ピュトナーと同旨結論を説く(ただし、例外的に、誠実な行態の原則は国家の利益にも働く、としている)。

(2) これに対し、大会シンポジウムにおけるグラビッツの反論については、VVDStRL H. 32 S. 238 f.  
(3) Püttner, VVDStRL H. 32 S. 201-5. の点に関して、Mainka, aaO S. 43-7 f. のように述べられている。

私法上、相反行為の禁止の原則は、(1) ある者の従前の行態から、この者が一定の権利・法的見解を主張しないこと、および、この点において他者に一定の信頼を惹起したと推論されるとき、あるいは、(2) 権利者の従前の行態との関係において事後的な権利行使は倫理ないし誠実違反(sitten- oder treuwidrig)とみなされるときは、これら権利行使・法的見解の主張は許されない、という点にあるとされる。

相反行為の禁止の原則の法的効果は手続法的である点において、信頼保護の原則のそれとは相違する。相反行為の禁止の原則は、債権者に対する禁止というよりも、むしろ矛盾する行為への権利保護の拒絶という旨の裁判官に対する司法示達(Justizanweisung)を意味する。債権者は、「それ自体存する権利」の「行使」を阻止されるのであり、実体的に存在する法状況を援用しえないのである。これに対し、信頼保護の法的効果は、行政行為の撤回におけるように、保護に値する信頼状

況が発生すれば撤回権そのものが消滅するから、みぎのような「権利」は形式的にも存在しないのである。

相反行為の禁止および信頼保護の両原則における共通の要件は、官庁は一定の態様においては行為しなideであらうと、市民が信頼したことにある。しかし、信頼保護の原則にあっては、(相反行為の禁止の原則におけるように) 信頼の要件事実を設定する従前の行態の中にこれに応ずるといふ官庁の意図が知られるかは問題ではなく、むしろ官庁が一般的に従前の行態により拘束力を生ぜしめたかが決定的に重要である。かくて、信頼保護は、相反行為の禁止という一般法思想の(具体的)適用を意味しないが、このことは、両原則の法的根拠における差異からも是認される。すなわち、矛盾する行態の禁止(das Verbot widersprüchlichen Verhaltens)は信義則によるが、信頼保護の基礎は、とくに市民側からみたその行政との関係にあり、市民の保護のための国家権力の制限の思想にある。したがって、両原理は、法的効果・要件および根拠を異にするが、ただし、個別事案において信頼保護に違反する官庁の行態が相反行為の禁止の観点からも不適法とされ、かくて両原理間の区別の困難なこともありうる。

(4) これに対しては、大会シンポジウムにおいて、厳しい反論が提起された(本注における引用頁数はいずれも VVDStRL II. 32 からであるが、書名の引用は省略する)。パッハオフは、信頼保護原理は独自の法原則(ein eigenständiger Rechtsgrundsatz)であるという。ピットナーの見解には反対であるとし、同原理は憲法上基礎づけるべきであるとし、さらに、みぎのように述べる。侵害行政においては基本法二条一項その他の自由権、給付行政においては基本法三条から、それぞれ国家による一方的規定権(die einseitige Bestimmungsgewalt)はこれに国家措置の若干の存続性を求める個人の権利が対応するべき耐えうるし法治国性にも適合する、という結果が生ずる。むしろ、この存続は絶対的存続ではなく利益状況に応じた段階ある存続(信頼保護の強度は、国家による強制・勧告なし単に市民に対しある道を開いているにすぎないかにより段階)けられる(S. 242 f.)である(S. 228 f.)。

リュフナー(Rüfner)は、ピットナーが信頼保護の憲法上の基礎を明確に拒否したことには少し驚いたと述べ、ついで、



国家行為の計算可能性 (Berechenbarkeit) は法治国の基本原理であるから信頼原則の憲法上の基礎は法治国原理に求めるべきであるところ (S. 232)。

アヘルベルク (Acherberg) も、信頼保護の原則の憲法原理性を認めて、行政行為の取消可能性が憲法から生ずるのであればその制限も憲法にあるとし、ついで、以下のようにいう。授益的行政行為の取消という侵害は非財産的価値を有する権利、たとえば国籍に対しても生ずるから、グラビッツの示す方向 (基本法二条一項説) に移動すべきようにもみえるが、これに対してもビュトナーのいうような疑問 (本稿二五一頁参照) がある。そこで、従来、学説上、ほとんどいわれなかった解決法、すなわち平等原則によるべきである。授益的行政行為の取消、したがって侵害の防止のためには基本権が援用されるべきであり、そのかぎりにおいてウオルター・シュミットの見解に同意する。そして、法律適合性の原理により取消可能性が原則であるが、市民が取消により不平等取扱をうける場合には、取消の原則は制限をうける (S. 233f.)。しかし、信頼保護の法的根拠を平等原則に求めることには、キスケル (S. 236) およびビュトナー (S. 237) は、反対の旨の答えをしている。

オッセンビュールは、信頼保護の法的基礎はなにかということとは重要な意味をもち、まず第一に、信頼保護の要件事実の輪郭の形成に関し、信頼保護を処分保護と解すれば、信義則ではなくて法的安定性のみから演えきすることができ、第二に、それは、法源体系における信頼保護の原則のランクのために重要であり、法治国原理は憲法上のランクをもつが信義則はもたない、ところ (S. 240f.)。

(90) Stich, mOS, 46 f. のように述べられている。補完性の概念は、あらゆる法領域における法適用の重要な原則であり、これは、争われている法律関係に対し適用される成文・不文の個別規範が衡平かつ妥当な解決を可能ならしめるかぎり、一般法原則の *ius aequum* に依拠することは許されない、ことを意味する。民法上の信頼保護の要件事実は、この補完性の原則を承認する。けだし、同要件事実は、法律行為に瑕疵があり、ないしその通常の結果が阻止されるときにのみ、干渉するからである。たとえば、適法に権利者から権利を取得しうる者は、善意取得に関する規定を援用しえない。行政法において

も同じようなことがいえる。たとえば、合法的保険に対しては、ライヒ保険法二二三条に定める信頼保護の要件事実を適用する余地はない。かくて、信頼保護の原則は、全法生活を支配するにせよ、特定の「病的事案」(Krankheitsfällen)においてのみ、明白に機能する。

Mainka, aaO S. 35 f. も、信頼保護の原則の補完性を承認している。信頼保護により得ようとする拘束力が、すでに特定の行政の行為のために、とくに存する原則の適用によって得られる場合には、一般法原則としての信頼保護の原則はひかれない。たとえば、適法な行政行為をつうじて積極的権利、たとえば特許が創出されれば、法律による行政の原理の構成要素たる法律の留保の原則のため、官庁は、特別の法律上の基礎なくしては、事後にこの権利を奪いえないことになる。事後的侵害のための法律上の基礎が存するときは、信頼保護の援用によっても、この侵害を阻止することはできない。かくて、信頼保護の原則は補完的通用性 (subsidiäre Geltung) のみを有する。

(6) Pütner, VVDSuRL H. 32 S. 206 f.

(7) Pütner, VVDSuRL H. 32 S. 207 f.

(8) Pütner, VVDSuRL H. 32 S. 208-211. この点に関して、ハンス・シュナイダー (Hans Schneider) は、大会シンポジウムにおいて、つぎのように述べている。

一九世紀初めに「信頼保護」の標語のもとではなく、既得権の尊重の観点から、この問題はとりあげられている。さらに、ほぼ一〇〇年前、当時の教会法学者の議論において信頼保護をつかさどる思想が現われており、少なくとも法的身分を創設する行為のために部分的な原則が形成されていた。このことは、信頼保護の問題の区別した解決のための手がかりを与えるようにも思われ、法的身分を創設する行為(単なる許可を得た場合ではなく)は、その他の行為と比較しより強く信頼保護が顧慮されるべきであること( VVDSuRL H. S. 239f.)。

(9) Pütner, VVDSuRL H. 32 S. 211-7.

#### 四 おわりに

一 以上、信頼保護の法的根拠について（信頼保護のその他の問題点についても、ふれているが）、新しい動向を中心として、その大要を紹介してきた。本稿は、この新しい動向について、いまだ分析検討するだけの能力はないので、これは将来の課題にゆずることにして、ここで若干の感想を述べておきたい。

おもうに、信頼保護の法的根拠を信義則に求めることに對する難点は、とりわけ、当事者間に具体的接触・交渉の存しない法律関係においては、信義則を基礎とする信頼保護の原則はその適用の前提を欠くのではないかという問題の生ずることである。たとえば、行政法規の変更における立法者と国民、また行政規則・行政計画などにみられるように行政作用における行政と国民との間には、具体的法律関係の存しないことが多い。これら国家作用に對する信頼保護を是認するとすれば、その法的根拠を信義則に求めうるか否かは、前記キミニッヒの示唆するように、<sup>(1)</sup>公法における信義則の適用は、その私法からの移入によるのではなく、信義則の一般法原理性によると解するとき、その適用の前提として、国家市民間における具体的法律関係の存在を必ずしも必要としないと解するか否かにかかっているように思われる。かくて、もし、あくまでも、信義則はその適用の前提として、当事者間の具体的接触・交渉等の存在を必要とすると解するときは、行政法ないし少なくとも憲法・行政法に通じる信頼保護の統一法的根拠としては、信義則は不資格であろう（もともと、信頼保護の原則の適用領域を国家作用ないし行政作用

ごとに類型化して、かりに法律その他抽象的一般的作用に対する信頼保護は認められないと解するときは別である<sup>(2)</sup>。しかし、行政法規の遡及効を原則的に許容せしめることは疑問があり、この不許容を信頼保護に基礎づけないとなれば、別の法的根拠が必要となるが、これをさぐり出せるかが問題であろう。なお、たとえば違法な行政行為の職権取消しの要請が憲法原理から生ずるのに、これに反対する信頼保護の法的根拠が非憲法原理であってもよい<sup>(3)</sup>かという問題が生じなくてもなく、その場合、信義則の憲法原理性の有無が問われよう（このような観点から、信義則は憲法原理たる法治国原理の本質的構成要素を成すものであるとする見解も、参考<sup>(4)</sup>に値しよう）。

これに対し、法的安定性の原理は、法治国原理の本質的要素とされ、憲法上の原理たる性質を有し、また、実際にも、行政法規に対する信頼保護の法的根拠としては、前記連邦憲法裁判所の判例にもみられるように、きわめて有力に説かれている。しかし、すでにみたように、この法的安定性説に対しても、行政作用に対する信頼保護との関連において、種々の疑問がある<sup>(5)</sup>。

このような背景のもとで、最近、憲法・行政法に通じる信頼保護の統一的法的根拠として基本権に求める見解が有力に説かれるようになってきたのは注目されてよい。筆者は、いまだ、この基本権説の長所・短所等を分析検討する能力はもたないので確たる判断はつきかねるけれども、法的安定性説は、いわば客観的状況の維持ないしはそれをつうじて間接的に国民の信頼保護という主観的権利利益の保護を意図するのに対し、信義則説および基本権説は、より直接に、このような国民の主観的権利利益の保護に資する、ということは指摘しうるのではないかと思われる。いずれにしても、最近における基本権説の台頭は、従来の信頼保護の法的根拠の二大原理たる法的安定性

説および信義則説のもつ難点を克服することを意図し、また、その主張も一考に値するものといえる。筆者にとつても、今後、基本権説の分析検討をし、あわせて従来の法的安定性説および信義則説の理解を深め、公法に共通する、ないしは行政法における信頼保護の法的根拠として、いずれの見解（信義則ないしその他の見解を含めて）が妥当であるかについての明確な結論を得たいと念願しているが、これは、将来における課題となる。

- (1) 本稿二二—四頁参照。
- (2) 本稿二四—五頁参照。
- (3) Kisker, VVDStRL H. 32 S. 235 ㊦、これを否定する。なお、本稿二五六頁注(4)参照。
- (4) 本稿二二三頁参照。
- (5) 拙稿・神戸学院法学四卷一号七一—二頁参照。

二 ピュトナーは、行政法における信頼保護の原則の適用領域についても述べ、また、オッセンビュール、キスケルなども、これについて述べている。このうち、若干の領域については、筆者も、すでにふれたことがあるので、その補足もかねて、便宜上、ここで、これら論者の見解を紹介しておくことにする。

(一) 確約 オッセンビュールは、つぎのようにいう。官庁の確約 (Zusage) は先取りされた包摂ないし裁量決定 (vorweggenommene Subsumtionen oder Ermessensentscheidungen) として、行政行為の発布前に市民が自己の処分のために許可ないし法的地位を取得できるかについての、確実性 (Gewißheit) を得なければならぬ生活領域において、とくに発布されている。その領域は、主に建築法および営業法であるが、確約は、官吏法・租税法領

域でもみられる。適法な確約の拘束性は確約の本質ないし「合意は拘束する」(pacta sunt servanda) という一般法原則のいずれかから生ずるから、信頼保護原理による必要はない。適法な確約は、これにもとづく市民の財産的処分がなくても拘束力をもつというのも、このためである。これに対し、信頼保護には、市民の財産的処分の必要性ということが本質的要件である。

違法な確約にあつては信頼保護が役割をはたし、そのさい確約は行政行為であると解するのであれば、違法な行政行為の取消と同一の原則が違法な確約に対しても妥当する。判例は、確約における信頼保護は、行政行為におけるよりも著しく弱いとするが、<sup>(1)</sup>その理由は、確約は仮のものであり、かつ、行政をして違法な行為・不行為を義務づける判決を下さねばならないという裁判所の不愉快な感情 (das unangenehme Gefühl) にある。しかし、違法の確約および行政行為の信頼保護に関し、両者を区別する理由は存しない。けだし、違法な行政行為にあつても、信頼保護は法律法 (Gesetzesrecht) を点的に (punktuell) 廃止することにおいて違法な確約のそれと変わりはなく、また、市民は、終局的に発布された許可におけると全く同じように (許可の) 確約にもとづいて自己の処分を築きあげるからである。<sup>(2)</sup>

つぎに、ピュトナーも、確約の行政行為的性質を認めてオッセンビュールと同旨結論を述べ、<sup>(3)</sup>キスケルもまた、適法な確約の拘束性についてはオッセンビュールと同旨結論であらう。<sup>(4)</sup>

(二) 公法上の契約 公法上の契約の拘束性については、まず、原則として私法規定の類推適用によりこれを解決しようとする立場がある。たとえば、かつて、ハウアイゼンはつぎのように述べている。

公法上の契約については、これに直接適用されるべき法律の規定がないときは、その公法的性質に反しないかぎり私法上の原則が妥当する。したがって、たとえば、契約当事者は、民法一九九条以下により、みずからの意思表示の瑕疵を理由として、これを取り消しうるが、しかし民法一二二条により信頼利益の賠償義務を負う。このような私法上の契約法の若干の修正は可能である。判例は、公法上の契約については、公益を考慮して、私法上の契約におけるよりも、「行為基礎の喪失」をより認める傾向にある。したがって、個々の事案においては、公法上の契約の存続への信頼は、私法上の契約におけると同程度には保護されないこともある。つぎに、公法上の契約の特殊性は、同契約の対象が行政の処分することのできないものであるとき、契約は無効になる、点にある。すなわち、通説によれば、公法上の契約にあっては、たんに行政行為を無効ならしめるような瑕疵のみにかぎらず、すべての法律違反が契約の無効をもたらすのである。<sup>(5)</sup>

このような見解に対し、基本的には、公法上の契約に固有の信頼保護の観点から、その拘束性を説こうとする見解がある。つぎのようなビュトナーの見解も、このような範ちゅうに属するものであろう。すなわち、公法上の契約については、従来、信頼保護の原則は確固たる地位を占めなかったが、その理由は、契約法上の一般原則（合意は拘束する」という原則を指すのであろうか）からその拘束性が生ずるから信頼保護の原則を必要としない、という点にある。このことから、行政法における信頼保護は、官庁の一方的高権的行為の可能に対する相関物（Korrelat）を成すものと認めうるから、したがって、国家の上位秩序が契約に対し影響をおよぼすときは（たとえば事後的法律変更の援用による自己の契約上の義務からの免除）、信頼保護の原則の働く余地がでてくる。<sup>(7)</sup>

なお、ブリューメル (Blümel)<sup>(8)</sup> も引用する、つぎのようなミュンスター上級行政裁判所の判決がある。

公法上の契約の存続効は、行政行為にけると同じ方法で評価されねばならない。したがって、公法上の契約が実体法状況に適合しないけれども、しかし、とくに重大かつ明白な瑕疵がなければ、行政行為にけると同じように違法ではあるが原則として有効である。そのため的前提として、官庁は契約中に義務づけられた給付を行政行為によって有効に規律しえねばならない。むしろ、公法上の契約は、行政行為のような国家権威 (Staatsautorität) の表現ではないが、国家権力の一方的言渡しに似た法的効力を生ぜしめ、また、私法にけると全く同じ拘束力を生ぜしめる。「合意は拘束する」という原則は公法上の契約にも妥当する。市民は、行政行為にけると同様、公法上の契約の拘束力を信頼し、この信頼は同一の保護をうける。ことによれば、市民はその意思表示の表明をつうじて協力するから、行政行為にけるとよりも、より保護に値する (しかし、後の方では、行政と市民間の契約の拘束性は行政行為よりも強いというように市民は期待してはならず契約的確約 (Zusicherung) は高権的確約と比べ「拘束性の剰余価値」 (Bindungsmehrwert) をもたない、という)。

公法上の契約は、自動的に効力を生ずるのではなく、法的安定性から引きだされた信頼保護にもとづいて存続効をもち、公益・私益の衡量を基礎とする事情変更の原則によってのみ事実・法状況の変化に適応せしめられる。

公法上の契約の廃止 (Aufhebung) は、その本質上、両当事者が一致するときのみ可能である。むしろ、公法上の契約においては公益が関与していることを顧慮しなければならないから、「合意は拘束する」という原則は、私法にけると同じほどの強さでもって貫徹しない。したがって、行政は、事情変更の原則の適用領域のほか、



同一の義務づけを内容とする行政行為であればこれを取り消しうるときにも、契約を解除することができる。

本件においては、裁判外の和解において、控訴人は、官庁の契約履行（同人に対する住居の建築認可の発布）を信頼して、自己の契約上の義務を履行し、この履行行為（訴えの取下げ等）は、もはや元に戻しえず、さらに、本件の公法上の契約における（みぎ認可の発布の約束の）違法性の原因は官庁の責任領域（Verantwortungsbereich）にあった。すなわち、法の適用は官庁の仕事であり、控訴人が本件契約の瑕疵を知っていたことを示すなら手のかりもなく、控訴人は妻とともに本件契約に署名し、かれの訴訟代理人は契約締結のさい出席していなかった。<sup>(9)</sup>

(三) 行政実務ないし行政規則　オッセンビュールは、前記のように信頼保護の原則の有する危険性を意識して、行政規則はそれにもとづく行政実務を介在させて、しかも平等原則をつうじて拘束性をもつにすぎず、信頼保護の原則は行政規則の拘束性を根拠づけるものではないとする。<sup>(10)</sup> これに対し、信頼保護（それも信義則を基礎とする）の原則にもとづいて行政規則の拘束性を説くハンス・クラインの見解については前述した。<sup>(11)</sup> また、キスケルも、違法な行政規則に対する処分保護の問題は、周知のように「不法における平等」（Gleichheit im Unrecht）の問題提起のもとで取り扱われているが、ランドェルツホーファー（Randelzhofer）が指摘するように信頼保護の思想（処分保護）から考察すべきであるとし、さらに、この問題に関する連邦行政裁判所の判決は適切ではなく、とくに信頼保護原理はせいぜい損害賠償請求権をもたらすにすぎないという判旨は誤っているとし、行政規則は「規範類似的」広汎効（„normähnliche“ Breitenwirkung）をもつから、違法な行政規則は、違法な行政行為ではなく、違法な法規命令と同じように取り扱われるべきであると、説く。<sup>(12)</sup>

これに対し、ピュトナーは、不法における平等の問題は法律に違反する行政実務からの離反の問題であると解し、これについてはキスケルも引用する連邦行政裁判所の判決は正当であるとする。そして、ピュトナーは、この問題と行政規則の変更に対する信頼保護の問題とを区別して、後者の問題については、一般的には、立法者に対する信頼保護におけると同様であるとし、さらに、行政規則が具体化すればするほど、行政行為に対し通用する原則が行政規則にもまた妥当する、と説く。<sup>(13)</sup>

(一) その例として、オッセンブールがあげる判例(BVerwG, DVBl 1966 S. 857)については、拙稿・神戸学院法学三卷二・三号七〇—七二頁参照。

(二) Ossenbühl, DöV 1972 S. 28 f.

(三) Putner, VVDStRL H. 32 S. 213.

(四) 本稿二三九頁参照。なお、大会シンポジウムにおいて、ゼルマー(Selmer)は、拘束的確約については信頼保護思想による必要はない、と云う(VVDStRL H. 32 S. 261)。なお、確約について、拙稿・神戸学院法学三卷二・三号、四卷一号参照。

(五) Hansen, DVBl 1964 S. 711.

(六) これは、前記バンホフが指摘するようなことを指しているであろうか(本稿二五六頁参照)。

(七) Putner, VVDStRL H. 32 S. 214.

(八) ブリュームルは、大会シンポジウムにおいて、信頼保護原理は信義則からは引き出しえないという見解は、当然に、信頼保護が重要な役割をはたすべき広い領域を見落すことになるとし、信義則は行政法上の個別事案において作用し、たとえば、公法上の契約においても当然に信義則は妥当するとして、本文にあげた判例を引用している(VVDStRL H. 32 S. 243)。

このように、ブリュームルは、信頼保護を信義則に基礎づけて、そこから公法上の契約の拘束性を説く可能性を否定しな

いように思われるが、むしろ、かれが引用する判例は、法的安定性にもとづく信頼保護の観点から公法上の契約の拘束性を説くのは、つぎにみられるとおりである。

(6) OVG Münster UrL. v. 30. 3. 1973, DVBl 1973 S. 696-8. なお、これらの問題について、拙稿「行政契約の効力と信頼保護序説」神戸学院法学四卷二・三号七六頁以下参照。

(10) Ossenbühl, DöV 1972 S. 29. なお、本稿二三四頁注(2)参照。

(11) 本稿二一七頁注(2)参照。

(12) Kisker, VVDStRL H. 32 S. 192 f. なお、ランデルツホーファーの見解および連邦行政裁判所の判決については、それぞれ、拙稿「行政の自己拘束の法理」民商法雑誌七一巻五号八二九頁および八一五—一六頁参照。なお、「行政官庁が相手方に対しても第三者の同種事案においてなした決定に拘束される」という行政の自己拘束の概念(同稿八二五、八五二頁)は、その典型の場合を想定し、かつ通説的見解に沿うものであって、もし、行政の自己拘束は行政実務の介入しない行政規則についても認められると解するとき、「行政が既存の行政実務ないし行政規則中において自から定立した基準への拘束性」というのが適切であろう。もっとも、BFHの判例にみられるように(同稿八二二頁以下)、信頼保護の原則にもとづいて行政の自己拘束を説く見解によれば、この概念さえも、あるいは狭すぎるかもしれない。したがって、また、行政の自己拘束なる現象も、広くは、これらすべてを包括することになろう(同稿八一三頁参照)。

(13) Püter, VVDStRL H. 32 S. 214, 216 f. なお、Manku, aO S. 76 ff. は、行政慣行への官庁の拘束性の問題を輪じるにあたっては、つぎの二つの場合を区別しなければならないと説く。

(1) まず、第三者の同種事案における行政慣行の拘束性は否定される。けだし、信頼保護の要件事実は、当事者が行政との関係において、一般的関係と比べて、より親密な関係(eine nähere Beziehung)にたたなければならず、そのかぎりにおいて信頼保護に対しても信義則の適用に対するのと別異のものが妥当するわけではない。信義則適用のためには関係人の

間に法的に「特別の結合」(eine rechtliche „Sonderverbindung“)が存しなければならぬが、これは、たとえば当事者が請願をもって官庁に出頭するか、官庁が要求されたものを当事者に対し与える場合には認められるのに対し、当事者がはじめて具体的問題について官庁に近づく場合には、この法的に「特別の結合」はみられない。

(2) これに対し、行政官庁が特定の当事者に対して一定の慣行を遵守してきたときには、信頼保護の前提たる当事者と行政との間の「より親密な関係」が与えられる。この場合は、さらに、行政慣行が、同一の具体的要件事実ないし同種ではあるが複数の要件事実のいずれに関するものであるかを、区別しなければならぬ。

第一の場合として、まず、官庁が期限付きの許可を發布し、これを以後も更新することにより、当事者の行為を許可し、あるいは一定の状況の保持を許すという行政慣行があげられる。この場合、従来の行政慣行においては、その遵守を志向する官庁の意図ではなく、期限経過後の発布の決定を留保するという官庁の意思が示されている。したがって、当事者は、官庁の他の決定の可能性を考慮すべきであるから信頼の要件事実はなく、当事者は従来の慣行から信頼保護の観点にもとづく許可の更新を求める権利をひき出すことはできない。これに対し、官庁が撤回可能の許可を發布してきたとき、たとえば、地方警察官庁が興業主に対し十月祭のために営業法六〇条aにより必要とされる許可の発布を拒否したことはなかったという場合には、事情は異なる。警察官庁は、第一回目の許可により、営業の実施により、ならん公の安寧ないし秩序に不安を与えるおそれはないことを知らしめ、この許可のくりかえしは、興業主をして、催し物に本質的な変化を加えないかぎり、将来も許可は与えられるであろうという正当な期待(die berechtigte Erwartung)を生ぜせしめる。

第二に、官庁が同種の複数の要件事実を過去において同一の態様で処理してきたとき、たとえば、当事者に対し営業法一六条により次々と危険な施設の設置を認可したとき、官庁は以後も同様に同種施設の設置を認可するという意図を告げてはいない。したがって、官庁は、当事者の信頼を是認するような信頼状況を創出してはいない。

以上、信頼保護の法思想にもとづく特定の行政慣行の継続を求める請求権は、このような慣行によって官庁はならん客

観的な信頼の要件事実を設定してないがために、認められないのが通例である（ただし、後述の箇所においては、マイカは例外的に、この可能性の生ずることを認める）。判例もまた、詳細には理由づけないけれども同旨結論を説く。ただし、当事者は官庁の恣意的決定からは保護されねばならないことはいうまでもないが、そのためには、とくに信頼保護の原則に依拠しなくても、行政裁量の目的・限界に関する一般原則、したがって主として裁量濫用の禁止によるのが制度的には望ましいように思われる。この審査の範囲内においては、正当な信頼もまた顧慮されうる。