

行政行為の取消撤回と信頼保護

乙 部 哲 郎

- 一 序 説
- 二 西ドイツにおける理論傾向
- 三 信頼保護
- 四 結 語

一 序 説

一 違法な授益的行政行為の取消し（以下、いわゆる職権取消しの意味で用いる⁽¹⁾）は、適法な授益的行政行為の撤回と区別して論じる傾向にある。

かつては、違法な授益的行政行為の取消しは、受益者の権利利益を侵害する行為であるから、取消しにはこれを授權する法律の留保を要すると説く見解も有力であったようである。しかし、違法な授益的行政行為の取消しは、

行政行為の取消撤回と信頼保護（乙部）

（五三） 五三

そのための法律の留保規定がなくても、原則として自由であるという見解が、当時においても存し、現在では、この見解が圧倒的に優勢である。ただし、その取消権の行使には限界があるとされるが、その論拠については必ずしも一致せず種々の傾向に分けることができるように思われる。

このうち、通説の見解を代表する田中博士は、「既成の法律秩序を破壊し、法律生活の安定を阻害する」ことを防止するため取消権には条理上の制限があり、「一般的にいえば、瑕疵ある行政行為についても、これを取消すためには、その取消を必要とするだけの公益上の理由がなければならない」と説かれて⁽³⁾いる。判例も、一般に受益者の既得権その他の利益の尊重あるいは法的安定性の観点から、取消しは、これらを犠牲に供してまで取り消すに足るだけの公益上の必要がなくてはならない、と解する傾向が強い⁽⁴⁾。

学説の中には、より直截に、取消権の限界の基準を利益衡量論それ自体に求める見解がある。たとえば、市原教授は、「違法処分を取り消すことによって得られる法的価値（一般的には法治主義の維持、個別的には各々の法のもつ目的理念の実現、処分取消しによる国民の利益）と、その取消しによって失われ、害されるところの法的価値（原処分によって得た国民の既得の権利利益・国家権威・第三者の信頼保護・法的安定性等）との具体的個別的な比較衡量こそ取消権の限界を定めるきめ手になるわけであり、前者の法的諸価値が後者のそれに優位する場合にのみその限度において取消しが可能となるわけである」と説かれる⁽⁵⁾のが、これである。

第三の傾向として、違法な授益的行政行為の取消権の制限の根拠を信義則ないし信頼保護の原則に求める見解も有力である。たとえば、原博士は、瑕疵ある行政処分等について「法規の目的論的解釈と、法律生活の安定、第三

者の信頼保護など、他の法律価値の比較衡量によって合理的にその効果を決定し、具体的に妥当な結果をえようとするは、正に信義誠実の原則の適用にほかなら⁽⁶⁾ず、瑕疵ある行政処分を「取消すことが相手方の信頼を裏切り、法律生活の安定を害するとか、社会公共の福祉に重大な影響を及ぼすというような場合には、瑕疵あるにかかわらず……有効な行為と解するがときは、その例である」と説かれ、また、原田教授は、より信頼保護の観点を強調して、「いったん行政行為がなされると、これを信頼して人びとの生活が形成されていくから、行政行為に瑕疵があったという理由だけで無条件に行政庁がこれを取り消すと、関係人の信頼が大きく傷つけられる。……とくに過大な給付決定がもつばら行政庁側の責に基づいて行なわれたような場合には、給付決定が違法であっても、これを取り消すことは信義誠実の原則に反するものとみるべき場合もありうるであろう⁽⁷⁾」と説かれ、さらに、南教授は、より明確に行政行為の取消権の制限の根拠を信頼保護の原則に求めて「瑕疵ある授益的行政行為の取消しは、無制限には認めることができず、つねに法律適合性の原理と相手方の信頼保護の原則との調和が考慮されなくてはならない。すなわち、受益者が行政行為の存在を信頼し、かつ、その信頼が保護に値する場合には、取消しによって相手方の受けるべき損失の補償を要件としてのみ、これを取り消すことができる⁽⁸⁾」と説かれている。

下級審にも正面から信頼保護の原則を説き、かつ取消不自由の原則を主張するようにみえる判決がある。すなわち、「行政行為はその公定力……の故に、特に人民に一定の権利若しくは利益を与えることを内容とするような行政行為については、徒らに法的安定を紊すことは許されず、行政行為の有効性に対する人民の信頼を裏切つてはならないというべきであつて、その取消に当つては、行政行為の法適合性の原理と人民の信頼保護の原理の調和が常

に考慮されねばなら(す)……申請が詐欺その他不正の手段によってなされたことの顕著な場合を別として原則として許されず、右既得の権利若しくは利益を侵害してもやむを得ないだけの強い公益上の必要が存しなければならぬ。又法的安定のためには右取消権の行使は条理上相当の期間を経過した後には許されない」と述べ、本件取消しは許されず取消行為には瑕疵があるとして、次に、この瑕疵は無効原因となるか否かについて、「右取消行為は形式的には適法な行為であること、……いかなる事由が行政行為取消の制限として認められるかについては必ずしも一致した見解があるわけではなく、本件の如き扶助料の受給権は法律上定められた一定の要件事実を具備すれば法律上当然発生し、その内容も法律上定められているもので、支給裁定によってその権利を取得するものではなく、支給裁定はその確認的行政処分に過ぎないところから、本件被告の如く右要件事実を具備しなかった者はそもそも当初から何らの権利を有しなかったものであり、支給裁定の取消により何ら侵害されるべき権利を有しないのであるから、右取消は無制限に許されるべきであるという考えもあり得ること(尤も当裁判所は……右の考え方はとらない)などを考え合わせると、本件取消行為には……重大且つ明白な瑕疵があるものと解することはできない」として、本件取消行為の無効を否認している。⁽⁹⁾

以上の見解に対し、遠藤教授は、本稿のテーマに関する貴重な研究において、違法な授益的行政行為の取消権とその制限ないしその逆といった原則Ⅱ例外の体系はとられず、むしろ、具体的に取消しが許されるか否かは個別事案における行政側の利益と相手方の利益との比較衡量のなかで決めるべきである、と説かれるように思われるのが注目される。⁽¹⁰⁾

他方、適法な行政行為の撤回について、判例には、撤回を原則的には認めず、このことは、たとえば懲戒処分のごとき侵益的行政行為の撤回でも、法律上、懲戒処分をすべき義務があるときは同様であると判示するものがある⁽¹¹⁾。学説には、相手方の同意、撤回権の留保によるほかは授益的行政行為の撤回はそれを授権する法律の規定がなければ許されない、と説く見解⁽¹²⁾も有力ではあるが、通説は、撤回自由の原則を認めながら撤回権の行使には限界があるとし、その根拠は、違法な授益的行政行為の取消権の制限のそれとほぼ同じく、法的安定性、利益衡量ないし信頼保護の原則などに求められ、また、具体的に撤回が許されるかどうかは個別事案における利益衡量のなかで決めるべきである、と説く見解がある⁽¹³⁾。

(1) 職権取消しは、とくに授益的行政行為について重要な意味をもつ点において、もっぱら侵益的行政行為について問題となる争訟取消しとは区別して論ずべきであるのは当然である。遠藤博也・行政行為の無効と取消四三頁以下、鍋沢幸雄「行政行為の職権による取消序説」早稲田法学会誌一五号一三一頁、田村和之「行政行為の職権取消論序説」法学雑誌一五卷三頁九二頁以下、F. Hauelsen, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954 S. 1428 f.

また、取消しは、明白な書損じ等の表現上の誤謬の「訂正」とも区別され、訂正が直ちに可能であることはもちろんである。杉村敏正・全訂行政法講義(総論・上巻)一三四頁、南博方Ⅱ原田尚彦Ⅱ田村悦一編・行政法(1)一六六頁(南博方Ⅱ)。
(2) 佐々木惣一・渡辺宗太郎・磯崎辰五郎・有倉遼吉の各博士などがこれに属されるようであり、鍋沢・早稲田法学会誌一五号一四四頁以下は、これを「法律の留保」説と呼び、次にあげる田中二郎博士らの「利益衡量」説と対置し、鍋沢教授も前説に賛成されるようである。

(3) 田中二郎・行政法総論三五六頁。なお、同・新版行政法上巻(全訂二版)一五一頁(ただし、一四八一―一四九頁では、瑕疵ある行政行為の効力に関する解釈は「広い意味での信義則による必要がある」とされる)。

- (4) たとえば、最判昭和四三年一月七日民集二三卷一二号二四二二頁。この問題に関する判例はすこぶる多い。判例の概観については、市原昌三郎「行政行為の取消・撤回」続判例展望(ジュリスト)五三頁以下参照。
- (5) 市原昌三郎「職権による取消し」行政判例百選(新版)一六一頁。同旨、宮田三郎・行政法一〇五頁。なお、田中二郎
 〓 雄川一郎編・行政法演習一八五頁入雄川一郎〓も、同旨であろうか。
- (6) 原龍之助「行政法における信義誠実の原則」法学雑誌六卷三号一七頁。なお、同旨、杉村章三郎「行政法規解釈論」法学協会雑誌五四卷四号六七二頁、楠元茂「公法における信義誠実の原則の適用について」の小論(鹿兒島県立短大紀要一八号四九頁、大塚隆志「行政法における信義誠実の原則」名城法学論集一集三七―三九頁。なお、原・法学雑誌六卷三号一八頁注(5)は、農地貸借の解約許可のごとき私法上の法律行為の効力発生要件たる行政行為の取消しは、法律生活の安定を害するから申請者の詐欺等の不正手段にもとづいたことが顕著な場合を別として許されないという判決等は信義則の適用例である、と解されている。なお、大阪高判昭和三八年八月二〇日行集一四卷八号一三五六頁。
- (7) 原田尚彦「行政処分取消」法学教室(二期)四号一七七頁。同・行政法要論一三一頁参照。
- (8) 南〓原田〓田村編・前掲書一八一頁。同旨、成田頼明ほか・現代行政法一五五頁、川西誠〓矢野勝久〓奥原唯弘編・判例演習行政法一―一九七頁入鍋沢幸雄〓。なお、田村・法学雑誌一五卷三号九八―九九頁は、取消不自由の原則を主張し、その根拠として「公定力ある行政行為を信頼した国民を保護し、また、いったん有効に形成された法律秩序を尊重すること」をあげる。また、大分地判昭和四三年五月二四日行集一九卷五号九一六頁、東京地判昭和三七年一月三日行集一三卷一〇号一六四九頁参照。
- (9) 松山地裁宇和島支判昭和四三年二月一〇日行集一九卷一二号一八九六頁。
- (10) 遠藤・前掲書一五三―一五四頁。
- (11) 大阪高判昭和四六年一月二五日行集二三卷一一―一二号一三一頁およびその上告審である最判昭和五〇年五月二三日訟務月報二卷七号一四三〇頁。

(12) 杉村・前掲書二五一頁。同旨、楠元茂「行政行為における撤回の制限について」鹿児島短大商経論集二三号七〇頁以下は、その根拠として、法律による行政の原理のほかに、信義則、法的安定性等をあげる。

(13) 前注(3)以下にあげた文献の当該箇所参照。なお、この問題に関する学説の状況については、広岡隆「行政行為の撤回の自由性」学説展望(ジュリスト)九二一九三頁および同所掲記の文献参照。

二 西ドイツにおいても、用語上、取消し(Rücknahme)は違法な行政行為、撤回(Widerruf)は適法な行政行為について、それぞれ行政がその効力を失なわせるものであると解し、取消しと撤回とを区別して論じてきた。

判例は、一貫して、瑕疵ある行政行為が侵益的であるときは、これを取り消しうることには問題がないとしてきたが、瑕疵ある授益的行政行為については、第二次世界大戦前までは、これを取り消しうるとし、戦後もしばらくは同様であったが、その後、連邦行政裁判所は、具体的な取消しの許否は個別事案における相手方の信頼保護の利益と行政の法律適合性を求める公益との比較衡量により決めべきであるという、いわゆる信頼保護理論ないし利益衡量説を主張し、その後の同裁判所の判例もこれに従うとされている。⁽³⁾また、学説も、取消しの禁止制限の根拠を信頼保護の原則に求めることでは、ほぼ一致しているようである。⁽⁴⁾他方、適法な行政行為の撤回については、判例学説は、第二次大戦後、当初は撤回自由の原則を主張したが、その後間もなく、信頼保護の原則にもとづいて撤回の不自由性を主張することになり、これは、まず建築法領域で展開し、後には他の行政法領域でも展開され、給付行政領域でもみられるようになった、という。⁽⁵⁾

ところで、西ドイツでは、二つの重要な法律が、ともに、一九七六年に制定され一九七七年一月一日から施行さ

れている。その一つは、行政手続法 (Verwaltungsverfahrensgesetz) であるが、同法は、「違法な行政行為の取消し」(四八条)を定め、違法な授益的行政行為の取消しの禁止制限の根拠として明確に信頼保護の原則を導入しており、また、「適法な行政行為の撤回」(四九条)の定めも信頼保護の原則によっているとみられる部分もある。もう一つの法律は、租税通則法 (Abgabenordnung。以下、AOと略称する)であるが、同法中にも、「租税決定の廃止および変更の場合の信頼保護」(一七六条)と題する規定のほか、「違法な行政行為の取消し」(一三〇条)、「適法な行政行為の撤回」(一二二条)と題する規定をおき、これらの規定の内容は、行政手続法四八条・四九条の規定にみられるような保護に値する信頼という語句は存しないが、しかし、これらの規定に各々、重複する部分も多く、ある著名な租税法学者は、AO一三〇条・一二二条の規定は授益的な租税行政行為の取消撤回の禁止制限の根拠として信頼保護の原則を導入した、と解している。⁽⁶⁾

右二法、ことに行政手続法四八条の規定が導入した信頼保護の原則は、不文の法の一般原理として判例学説が形成してきた信頼保護の原則と一致する部分も多いが、しかし、重要な差異もある。わが国においても、さきにもたように授益的行政行為の取消・撤回の制限禁止の根拠に関し諸説があり、とくに、最近、これを信頼保護の原則に求める見解があり、筆者もこの見解が妥当であるように思うのであるが、しかし、わが国では、信頼保護の原則の意義・法的根拠・要件などについては、いまだ深くは論じられていないのが現状であるといってもいいすぎではない。したがって、「行政法における信頼保護原理の出発点であり、かつ、(今日でも)いぜんその主たる適用事例」であるといわれる授益的行政行為の取消し、⁽⁷⁾ならびに撤回に関する西ドイツの行政手続法・AOの規定をはじめ、

学説の概況を知ることには、わが国においてこの問題を考察するにさいしても十分に参考になるように思われる。そこで、本稿は、この西ドイツの立法および若干の学説を紹介し、補足的に検討を加えようと思図するものである。

(一) 次にあげる西ドイツの単行本については、以下、著者名と頁数のみを引用し、書名の引用は省略する。J. Mainka, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1963; C. W. Linstedt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Diss. Heidelberg 1963; F. Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl. 1965. 行政手続法に関する Meyer/Borgs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976; F. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen (Kommentar), 1976; H. J. Knack (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar), 1976; C. H. Ule/H.-W. Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 1977. 租税通則法に関する Tipke/Kruse, Kommentar zum Abgabenordnung 8. Aufl. 1976 (本書のみ、頁数を代えてリンナー番号を引用した); K. Koch, Abgabenordnung 1977 (Kommentar), 1976.

(二) これは、とくに、ハウアインゼンが提唱して (Haueisen, NJW 1954 S. 1425) 以来、ほぼ一致した見解であるようであり、租税法上の学説も同旨のようであり (Tipke-Kruse, Vor § 130 ff. Tz. 2) また、後に述べる行政手続法四八条・四九条等、租税通則法一三〇条・一三一条等も、この用語法に従っている (ただし、Rücknahme に代えて Zurücknahme というときもないではない)。別異の用語法の紹介として、Ossenbühl, S. 3、遠藤・前掲書四六頁。行政行為が適法か違法かの判断の基準時は行政行為の発布時であるとされるが、これに関連して、H. Maurer, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, Jus 1976 S. 492 は、発布時には適法であったがその後の事実・法状況の変更により違法となった行政行為の除去は、撤回でも取消しでもなく、むしろ、その中間にある独自のグループであるとし、この場合、撤回とは異なり法律適合性の原則が行政行為の除去をせまるが、他方、取消しとも異なり信頼保護の原則がより重要性をもつからである、という。なお、取消しは、書損じ、計算違いその他の明白なる誤謬の訂正 (Berichtigung) とは区別され、訂正が直ちに可能である

ることは問題がなごころに学説は一致してゐるやうであり(たとへば、Hauelsen, NJW 1954 S. 1425)、行政手続法(四二条参照)、租税通則法(二二九条参照)もこの学説に従つてゐる。

- (3) その最初は、一九五七年一月二十五日の判決であつたところ。K. Wagner, Vertrauensschutz bei feststellenden Verwaltungsgakten, MDR 1960 S. 546f.; O. Kimmich, Rücknahme und Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, Jus 1965 S. 255; W. Frotscher, Vermögensschutz oder Bestandsschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten?, DVBl 1976 S. 281. この新しい判例理論の先駆は、一九五六年十一月四日のベルリン上級行政裁判所の判決であつたところだが、同判決および右連邦行政裁判所の判決の要旨については、遠藤・前掲書六五、六八頁参照。最近の判例もこの判例理論に従つてゐる。BVerwG, Urt. v. 28. 2. 1975, DVBl 1975 S. 514. なお、Ossenbühl, S. 11 は、かくに戦後の判例が違法な授益的行政行為の取消の問題に取りくまざるをえなかつた理由は、戦後の各種の法律等が従来とは比較にならないほど多数の授益的行政行為の発布権限を定めたからである、と云つて、G. Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL H. 32 (1974) S. 211 などの判例の多くは社会的給付領域に於けるものだから、と云つて、(4) Vgl. F. Hauelsen, Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl 1964 S. 712; F. Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DöV 1972 S. 28.
- (5) H.-U. Erichsen/W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1975 S. 177 ff. など、Ossenbühl, S. 18 Anm. 75 は、信頼保護の思想をもつて、撤回権の制限は、すべて一九〇〇年初期の判例学説にみられたところ。
- (6) Tipke-Kruse, Vor §130 ff. Tz. 1 ff.
- (7) Püttner, VVDStRL H. 32 S. 211.

二 西ドイツにおける理論傾向

一 取消義務説

一 西ドイツにおいて、違法な授益的行政行為の取消しに関する判例学説は、遠藤教授もいわれるように、⁽¹⁾ だいたいで三つの傾向に分けることができる。第一の傾向は、行政の取消権はもちろんのこと、行政の取消義務をも主張する見解であるが、これは、次のように、さらに種々の系統に分けることができる。

(1) まず、行政には取消義務があるが、取消しにより受益者に生じた損失は、基本法三四条ならびに民法八三九条による職務義務違反にもとづく損害賠償請求権を付与することにより、調整しようとする見解がある。

たとえば、ツァイトラーは、次のように述べる。瑕疵ある授益的行政行為の取消しの問題は、民主主義原理と民主主義的立法に関する基本法の規定を考慮して決定すべきである。基本法は、あらゆる犠牲を払って正義 (Gerechtigkeit) を実現しようとは考えていない。正義ないし実質的正当性は、予見可能性・法的安定性とともに、法治国の一側面にすぎない。憲法上の制限の範囲内で、実質的正義を具体化するのには、ほんらい立法者の役目である。行政および裁判官は、盲目的自働的な法適用をするわけではないが、しかし、立法意思が明確であれば、法律に服する。民主主義的正当性をもつ法律への行政・司法の拘束性は絶対的な原則である。たしかに、基本法は、司法権の強化を望むが、しかし、裁判官が法律をのり越えることを望んではない。行政の自己支配も、司法の自己支配も認容することができない。法律拘束性は、法治国の要請のみならず、民主主義的要請でもある。かくて、違法な

授益的行政行為の取消しは、行政の義務であり司法の義務であり、これら義務の根源は、民主主義、法治国原理、民主主義的に正当な法律にある。⁽²⁾ ツァイトラーは、このように述べ、他方、取消しにより相手方に生じた損失は職務責任にもとづく損害賠償請求権によるとし、これは、現行法上、十分な救済手段ではないが、他のより良い手段の換置は立法者の任務であることを前提としながら、基本法三四条の改正により、行政裁判所に損失の原因についてのみならず、損害賠償による回復についての権限をも、もたせるならば、理論上、正しい解決が得られる、という。すなわち、国家の返還請求権と市民の損害賠償請求権とが相殺され、その結果、違法な授益は市民にとどめられ、しかも、行政の法律適合性も満足せしめられる、というのである。⁽³⁾

行政の取消義務および受益者に対する職務義務違反にもとづく損害賠償請求権の付与を説く代表的論者として、フォルストホフおよびシュッツの見解は、わが国でも、すでに知られているが、⁽⁴⁾ ただし、いずれも、受益者の不正手段により行政行為が得られた場合を除いて、フォルストホフは、相手方の信頼保護を顧慮して、取消しの効果は将来にのみ (nur ex nunc) 限られる⁽⁵⁾ とい、シュッツは、継続効 (Dauerwirkung) をもつ行政行為の取消しの効果は原則として将来にのみ許され、このかぎりでは、信義誠実の保持の原則、国家權威に対する信頼保護が確保されると述べているのが、注目される。⁽⁶⁾

(2) 次に、デックマンも、官庁の主たる生活目的は法律の執行にあるから、違法の行政行為は即座にこれを除去すべき法的義務が生ずるといい、もし、行政が不法の存続を受忍すれば、行政の生活目的に影響を及ぼすとい、行政の取消義務を前提としながら、ただし、行政行為の存続への信頼が法的保護に値するかぎり (たとえば、受益

者が信頼にもとづき費用の支出をしたために、いわゆる結果除去請求権 (Folgenbeseitigungsanspruch) が考慮される、と説く。同請求権は一般行政法上の不文の法制度として承認され、官吏の責任性は要件としない。その救済の範囲は、(積極的な) 原状回復を目的とはしないが、公法上の補償請求権のそれよりは大である。結果除去請求権は、(消極的に) 不法の結果除去を目的とするから、その性格は民法八三九条に由来する公法上の損害賠償請求権に類似する。ドイツクマンは、このように述べ、なお、受益者は、瑕疵なき行政行為の発布を求める申請権 (Antragsrecht) をも、ともに主張することができると説いている。⁷⁾

(3) ヴェルトは、信頼保護の問題は瑕疵ある行政行為の取消しの許容性に関するものという連邦行政裁判所の判例およびおそらく支配的学説の説くテーゼには、疑問があるように思われる、という。すなわち、違法の行政行為により助成金を得てこれを自己の営業に投資した企業家にとっては、行政行為が存続するか否かは重要ではなく、受領した金銭を返還しなければならぬか否かが重要である。同様のことは、年金を受領した者にも妥当するはずである。このことから、信頼保護は、瑕疵ある授益的行政行為の取消しではなく、行政による返還請求に対抗する。これは、理論的にも実際のにも理由づけられる。つまり、理論上、行政の返還請求権は衡平上の考慮 (Billigkeitserwägungen) に基礎をおく請求権であるから同請求権の範囲は受益者のための衡平上の衡量に服し、かくて、受益者は、利得が消滅 (民法八一八条) していなくても、取消排除の場合におけると同範囲の信頼保護を援用しうる。また、実際上も、よりよい解決をもたらす。すなわち、企業家が違法な行政行為により二万DMを取得し、今や、行政行為を取り消されてもせいぜい五〇〇〇DMの返還のみが可能であり、それ以上の額の返還は自己

の営業の存在を危うくするという場合、支配的な見解は、行政行為の存続ないし取消しのいずれかの可能性のみを認めるから、取消しときは基本法三四条・民法八三九条にもとづく損害賠償請求権のみが企業家に与えられ、行政行為が存続するときは行政は五〇〇〇DMさえ取りかえすことができない。これに対し、ヴィルトの提案によれば、営業の存在が危うくなるかぎりにおいてのみ保護に値するから、企業家は五〇〇〇DMのみを返還すればよいことになり、⁽⁸⁾したがって、企業家の利益はもとより保護されるが、行政側の利益も保護されるというのであろう。

(4) リュンステットは、次のようにいう。一九二六年六月一〇日のチューリンゲン州行政法は、違法な授益的行政行為は取り消しうるが、「衡平」(Billigkeit)の理由から受益者に生じた損失を補償すべきことを定めるが、「衡平」というのは信義誠実にもとづく概念であり、かくて、同法は信義則ないし信頼保護思想にもとづく補償請求権を承認するが、これを違法な授益的行政行為の取消一般に拡大すべきである。損失額の計算は民法一二二条(意思表示の無効ないし取消しの場合、その有効性に対する信頼利益の賠償を定める)にもとづく法思想により、その上限は履行利益に及ぶ。この提案は、連邦行政裁判所の判例と経済的結果において同一に帰するが、しかし、第一に、その理由づけに決定的な差異があり、行政の法律適合性の原則を放棄しないで判例と同一の結果を得ることができ、第二に、判例は利益衡量(Intessensabwägung)からその結論を導き出すが、個別事案での裁判所の決定は予見可能ではなく、受益者には常に大きな不安定性が生ずるのに対し、信頼保護を理由とする補償請求権についての決定では利益衡量をする必要がない点で、この提案はすぐれている。すなわち、この場合、受益者がどこまで行政行為の正当性を信頼し、かつ、信頼しえたかが問われるのみであり、ここでは、私益と対置する公益はな

く、信頼保護の問題のみが決定の中心に位置する。リユンステットは、このように述べ、なお、彼のいう補償請求権は行政裁判所が決定をし、受益者は損失の理由と額のみについて立証責任を負い、官吏の有責性の立証は必要ではなく、なお、一回的給付（授益）を目的とする行政行為にかぎって取消権行使に時間的限界（行政行為の発布後一年）を設けるべきである、と説く。⁽⁹⁾

二 しかし、行政の法律適合性の原理から直ちに違法な授益的行政行為の取消義務が生ずるかは疑問とされ、また、この点を別にしても、はたして、これら代替措置の発生要件が充足されるかは、問題があるようである。

(1) まず、基本法三四条・民法八三九条にもとづく損害賠償請求権については、取消行為は適法であるから取消しにあたる官吏の職務義務違反は生じないが、もつとも、違法な行政行為を発布した官吏の職務義務違反は生ずるが、しかし、この義務違反が「第三者」つまり受益者に対して生ずるかは問題があり、また違法な行政行為は授益的であるから、この発布により受益者に損失は発生せず、また、官吏の有責性の立証はきわめてむずかしいなどという批判がある。⁽¹⁰⁾かくて、實際上、右損害賠償請求権は発生せず、したがって、取消しによる受益者の救済には、基本法三四条・民法八三九条説では不十分のようであり、このことは、これら論者（ツァイトラー、シュッツなど）みずからも認めているところである。

(2) 次に、取消義務を認める代替措置として結果除去請求権を付与するディックマンなどの見解に対して、判例が同請求権を認容した事案では負担的行政行為による結果除去が問題とされており、また、それが違法であるときに生じた損失の賠償が問題とされているのに、違法な授益的行政行為の発布は相手方に利益をもたらしこそすれ

損失は与えず、取消行為がはじめて損失をもたらすのであるが、しかし、取消行為はすべて適法であるから、いずれにしても、違法な授益的行政行為の取消しの場合、結果除去請求権は発生しないはずである、という批判が加えられている。⁽¹¹⁾

(3) また、ヴェルトの見解に対しても批判が多い。とくに、クラークは、市民の信頼保護は、まさに行政決定の有効・存続に向けられ、行政による返還請求権は瑕疵ある行政行為の取消しの法的結果としてはじめて生じ、取消しと返還請求権とは内的因果関係にあり法的統一を成すのであって、相互に孤立してみるべきものではなく、かくて、信頼保護は、第一次的法的行為である取消行為にも、第二次的事後行為である返還請求権にも対抗する、という。⁽¹²⁾ また、将来的取消⁽¹³⁾、金銭給付を目的としない授益的行政行為、および、官庁が給付決定をしたがいまだ実際に給付行為を終えていない間に受益者がいずれ給付行為がなされることを期待して費用の支出をしたときは、いずれも、行政行為が取り消されても返還請求権は発生しないから、ヴェルトの案では、受益者の救済には十分ではない、といわれている。

- (1) 遠藤・前掲書八五頁以下。
- (2) K. Zeidler, *Empfehl es sich, die bestehenden Grundsätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten?*, 1962 S. 71-75.
- (3) Zeidler, *aaO* S. 85-87.
- (4) 遠藤・前掲書八六—八七頁参照。
- (5) E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. 1 10 Aufl, 1973 S. 272.

- (9) E. Schütz, Der Widerruf gesetzwidriger begünstigender Verwaltungsakte, DöV 1958 S. 449 ff. 行政の取消義務は、当事者が違法な行政行為の発布を求める法的請求権をもたず、したがって、取消しは当事者の権利を侵害しないことから、ザッハリッヒに根拠づけらるというが、代替措置としての損失の補(賠)償は現行法上は十分ではないが、このことは取消しの適法性に対するかなりの影響を及ぼさないとし、必要な変更を加えるのは立法者ごのみ課せらるゝとす(S.451)。
- (10) H. Dickmann, Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf, DöV 1957 S. 282 ff.
- (11) J. Wirth, Ein neuer Gedanke zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte, DöV 1960 S. 173 ff. 彼の提案は、同所(S. 173) Dürig の支持を得る。
- (12) Lünstedt, S. 149 ff.
- (13) Ossenbühl, S. 66-68. 官吏の有責性の立証について同言、Lünstedt, S. 140 f. など、拙稿「カールハイニンクンニ信賴保護原理」法学雑誌一八卷二号一〇四—一〇五頁参照。
- (14) Lünstedt, S. 144 f.
- (15) H. Clasen, Der Vertrauensschutz bei Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, DöV 1960 S. 899 f. Kimmich, Jus 1965 S. 256 等、簡単に「クラッセンによる批判は正しい」とす。
- (16) Lünstedt, S. 142.
- (17) Ossenbühl, S. 68 f.

二 原則ニ例外の体系説・利益衡量説

- 一 次に、違法な授益的行政行為の取消義務を認めることはできないとして、取消しの禁止制限を説く見解に二つのものがある。その第一は、取消権ないし取消自由を原則として、例外的にその禁止制限を説くもので、わが国で

行政行為の取消撤回と信賴保護(乙部)

は、前述のように通説であり、また、おそらく判例の支配的傾向であると思われるが、西ドイツにおいては、オッセンビュールがその代表的な論者である。第二に、取消自由(ないし不自由)が原則でありその逆が例外であるなどという原則¹⁾例外関係を基礎としないで個別事案における行政側・相手側の利益の比較衡量により具体的に取消しの可否を決めようとする見解がある。わが国では、前述のように遠藤教授がこれを説かれるように思われるが、西ドイツの連邦行政裁判所も、この見解をとるように思われる。²⁾オッセンビュールも、連邦行政裁判所の判例の支配的傾向は取消自由の原則を表明するが、しかし、個別事案における利益衡量において行政行為の存続への相手方の信頼保護と取消しを求める公益との比較衡量により取消しの許容性を決めるから、實際上、原則¹⁾例外の体系の図式(Schema eines Regel-Ausnahme-Systems)は意味を失ない、結局、右の判例は利益衡量説にたつとみるが、³⁾このみかたは妥当であろう。この点に關し、西ドイツ行政手続法四八条の規定が違法な行政行為すべてにつき取消権ないし取消自由の原則を認め(一項一段)、ただし、授益的行政行為は「第二項から第四項による制限のもとでのみ」(nur unter den Einschränkungen)取り消すことができると定め(二項二段)、同条二項において、行政行為の存続への受益者の信頼が取消しへの公益との衡量のもとで保護に値するかぎりで取消しは禁止(二項一段)されるとするのは、³⁾オッセンビュールの指摘にかかる連邦行政裁判所の支配的判例の傾向と一致する見解であるようにも思われる。学説上も、たとえば、ハウアイゼンは、利益衡量説をとる連邦行政裁判所の判例に賛成し、利益衡量説に対しては、本質的に理念的利益である公益(行政の法律適合性)と経済的利益であることの多い相手方の利益とは比較できないとする批判があるが、しかし、この場合、対立する二つの憲法原理(行政の法律適合性

と相手方の信頼保護を基礎づける法的安定性の原理)の間の統合を発見するのであるから、「同一平面上での」(4)「衡量(Abwägung „auf gleicher Ebene”)は可能である」と反論する。(4)

二 これに対し、オッセンビュールは、原則⇐例外の体系的観点から利益衡量説(判例通説であるという)を批判して、具体的個別的利益衡量による法発見(Rechtsfindung durch konkret-individuelle Interessenabwägung)は、方法的に是認できないとして、次のようにいう。

第一に、この方法には理論上の疑問がある。法律の欠缺を充足するための多くの提案は、カスイステイシュな方法(裁判官は、法規を提供されず、多くの特殊事情を考慮して個別事案ごとに決定をするもの)および立法的方法(gesetzgeberische⇐legislatorische⇐Methode⇐たとえば、スイス民法一条に定めるような、法律のないときは慣習法、それもなければ裁判官は自らが立法者であれば定めるような原則に従い、また、その際、確定された学説と先例に従うというもの)に大別できる。後者では、一般的抽象的利益状況(generell-abstrakte Interessenlage)に注目して、これに適用されるべき抽象的一般的規範により個別事案を解決する。この規範発見のために、法適用者は利益衡量によることを妨げられないが、その場合でも、一般的抽象的利益状況を無視し、個別事案のもつ具体的一回性に注目してはならない。右の二つの方法のいずれによるかは、いずれの方法が全法秩序の根本要請である正義、法的安定性を保証するにかかっている。カスイステイシュな方法は、一般的原則の定立を裁判官は強制されず、個別事案の特殊性に注目することになるから最少限の法的決定の予見可能性さえも保証されず、法的安定性に対し重大な危険をもたらすとともに、同様の事案の同様の取扱の保証も存しないから平等原理に対する危険も生じ

る。これに対し、立法的方法是、抽象的一般的規範の定立により、後の事案における決定の測定可能性を生みだし、実務の積み重ねをつうじて慣習法に凝固することによって法規と同じ一般的拘束力を生ずることもあり、かくて、法的安定性の要請に応えるときにも、平等原理の要請にも沿うことができる。しかし、この方法は、生活事実の図式化の傾向を内在するから、個別事案のニュアンスを考慮することはできず、この考慮はカスイステイシユな方法によれば可能となる。かくて、二つの方法とも、正義は一定の範囲で実現されるが（一方、平等の要請、他方、個別事案における妥当性）、法的安定性は立法的方法のみがこれを考慮しうるから、法律欠缺の充足の方法としては、立法的方法がカスイステイシユな方法よりも、すぐれている。

第二に、個別事案における利益衡量論には、実際上の疑問がある。まず、個人的利益と衡量すべき公益の認定が問題である。法律適合性と同じく、法的安定性、信義則の尊重も公益であり、公益概念の境界は明らかではない。したがって、公益と私益との対立の代わりに法律適合性と法的安定性の原則との対立、すなわち基礎的法規範の衝突としてみるべきであり、なお、この対立は、一般的抽象的利益衡量、つまり、どのような事情のもとで一方の規範が他方の規範をおしのけるかを一般的に述べなければならない。また、利益評価のための基準が明確ではなく、たとえば、行政行為の違法性に対する市民側の責任が信頼保護の問題に關係するが、しかし、これは、客観的な利益衡量とは区別されるべき観点である。また、利益衡量論は、国家と市民とがパートナーの關係にあるとみるが、このような民法上の關係は公法には存しない。また、利益衡量のための価値基準の軽重はいわれず、相互に無關係にあげられ、したがって、個々の判例からも、裁判官みずから不確定のまま利益衡量にとりかかることが分かる。⁽⁶⁾

オッセンビュールは、このように述べ、かくて、個別事案における利益衡量論は誤っており、取消問題は、行政の法律適合性原理を基礎として、⁽⁷⁾これに他の法命題が対立し、さらには優越するかを探るという一般的抽象的利益衡量のかたちでの規範衝突問題としてとらえるべきであり、原則Ⅱ例外の体系のみが明確な法適用と法的安定性・平等性を保証すると述べ、⁽⁸⁾ついで、この取消権（行政の義務的裁量にある）の行使を限界づけ、あるいは、ときにこれを完全に排除する原則として信頼保護をあげ、後にも見るような信頼保護の原則の適用の要件等の確立の方向にむかうのである。⁽⁹⁾

(1) 最近のものとして、BVerwG, DVBl 1975 S. 514. なお、本稿五九頁参照。

(2) Ossenhühl, S. 15, 17 f.

(3) この四八条の規定は、行政行為が適法かつ有効であることを前提とする。したがって、行政行為が重大かつ明白な違法性をもつなどの理由により当然無効とされるとき（四四条）、行政行為が廃止・失効（存続期間の満了等により）したとき（四三条）あるいは、行政行為に付着する手続的・形式的瑕疵が治ゆされれば（四五条）行政行為は違法ではなくなるから、いずれも四八条の規定にもとづく取消しはできず、また、違法な行政行為が他の行政行為に適法に転換（四七条）したときは、転換した行政行為はもとより、原行政行為の非転換の部分も転換により廃止されるため、取消しはできない、と解されつづける（Meyer/Borgs, S. 308）。これら規定の適用関係については、AO二二〇条に關しても、ほぼ同様である。Vgl. Tipke-Kruse, § 130 Tz. 1.

(4) Hansen, DVBl 1964 S. 713 f.

(5) なお、AO一三〇条は、違法な行政行為は取り消すことができることを前提とするが（一項）、しかし、授益的行政行為については、一定の要件（これは制限的列挙であると解されている）が存する場合にのみ（nur dann ……; wenn）

行政行為の取消撤回と信頼保護（乙部）

れを取り消してもよいと定める(二項)ことから、違法な授益的行政行為については、むしろ取消不自由の原則をとるものように思われるが(Tipke-Kruse, § 130 Tz. 2; Koch, S. 251)「原則(取消権の否定ないし取消不自由)は例外の体系を基礎とする点では、オマセンビートルと同様である」。

(9) Ossenbühl, S. 30 ff.

(7) Ossenbühl, S. 48—53は、取消自由の論拠として、事物の本性(Natur der Sache)・Dynamik der Lebensverhältnisse、実定行政法規からの類推などをあげる見解があるが、これらの論拠は適切ではないとして、取消自由のより確固たる論拠として慣習法をあげる。すなわち、一八七七年のプロイセン上級行政裁判所の判決以降、裁判所はもとより、行政官庁も取消自由を慣行とし、そこに国民の法的確信も表明されているといい、これと行政の法律適合性の原則の二つを論拠として、取消権ないし取消自由の原則を説く。レントンは、行政行為を取り消す官庁側の利益を根拠づける理由として、行政の法律適合性の原理のほか、平等原則および付随的に財政的利益をあげる(拙稿・法学雑誌一八卷二号一〇六一—一〇七頁参照)。

(8) Ossenbühl, S. 47.

(9) Ossenbühl, S. 64 f.

三 信 頼 保 護

一 緒 説

一 違法な授益的行政行為の取消義務を説く見解は、まず、行政の法律適合性の原理を最大の理由として取消義務を説き、これによって生ずる相手方の不利益の救済には損害賠償請求権その他の代替措置などにより十分であり、あるいは十分ではないにしてもこれらによらざるをえない、と説くようである。これに対しては、まず、行政の法

法律適合性の原則は、市民の利益保護の規定であつて侵益的行政行為の発布は法律の根拠を要することを意味するから、授益的行政行為の取消しが侵益的行政行為であることを考えれば、行政の法律適合性の原則によれば、むしろ取消しには明示の法律の根拠を必要とするという批判があるが、この見解にはしたがうことができない⁽¹⁾。ただし、この見解は、同原則の一方の構成部分である、いわゆる法律の留保理論のみを重視して自己の見解を説くように思われるからであり、また、実際上も、すべて法律が、授益的行政行為の発布が違法に行なわれうることを予想して、あらかじめ、その取消権限をも定めておかなければならないというのは、立法の現実にも沿わないようにみえる。しかし、行政の法律適合性の原則から直ちに違法な行政作用（ここでは授益的行政行為）の取消義務が生ずるわけではなく、この理由は、すでに、別稿においてみたとおりである。⁽⁴⁾

次に、違法な授益的行政行為の取消義務を説く見解が認める代替措置は、いずれも、行政行為が適法であり効力を保持するという相手方の期待・信頼に依つてこの行政行為の効力を保持するのと比較し、相手方の救済には十分ではないことは否めない。この点を別にしても、これら代替措置の発生要件が充足されるかは問題があるようであり、まず、基本法三四条・民法八三九条にもとづく損害賠償請求権およびわが国では国の賠償責任を問う方法が考えられるが、これらについては、それぞれ問題の余地があることは、すでにみたことがあった。⁽⁵⁾ また、ヴェルトの見解に対するクラーゼンの批判は正当であり、取消行為と返還請求権とを切り離し、信頼保護の適用に区別を設け取消しは許されても返還請求権の行使は阻止されるというのは、あまりに技巧的すぎる見解であり、さらに、オッセンビュールなども指摘されるであろう。また、リュンステットの見解についても、公用収用

など(基本法一四條)一般に承認された請求権基礎とは独自に、信義則ないし信頼保護思想から直ちに補償請求権が生じうるかは、少なくとも、従来は、問題のあったところである。

二 また、すでにみたように、違法な授益的行政行為の効力を維持することが直ちに行政の法律適合性の原則に反するというわけではないことを考えれば、個別事案における相手方の事情等を当初から考慮することなく、あらかじめ、抽象的一律に取消権ないし取消自由の原則を前提としておくことには問題がある⁽⁶⁾。なお、実際に、個別事案で取消しが許されるかどうかにつき、あらかじめ抽象的に取消自由ないし取消不自由が原則であるといっても、それほど意味はなく、要は、取消しの禁止制限の要件とその定め方にあると考えられる⁽⁷⁾。

しかし、逆に従来、利益衡量説といわれるものに問題がないわけではない。すでにみたように、わが国においても、取消しの可否の決定を個別事案における利益衡量にからしめる見解も有力に説かれている⁽⁸⁾。ここでは、行政、相手方ないし第三者の諸利益を総合的に比較衡量すべきものとされ、取消しを許さないとする相手方の利益を基礎づける事実は文字どおり多岐にわたたり、これらの事実には統一的な原則は相手方の利益保護というほかはないように思われる。たしかに、取消しが許されるか否かは、個別事案における行政側と相手方との利益等の比較衡量量によって決せざるをえないが、この利益はナマのかたちで比較衡量すべきではなく、一方、取消しを法的に基礎づける個別法規・法理があり、この法規・法理に支えられた行政側の利益と、他方、取消しを許さないことを法的に基礎づける法理があり、この法理に支えられた相手方の利益がある。これらの法理は、具体的個別事案においてその機能には強弱があるから、具体的に取消しの可否は、これら対立する法理・利益の調整の中で決められることになる。し

たがって、「このデイレンマからの当然の逃道」(natürlicher Ausweg aus diesem Dilemma) といひ、⁽¹⁰⁾ 取消しの禁止制限の有無は、方法論的に個別事案における法理・利益の比較衡量に委ねざるをえないが、取消しの禁止制限の法的根拠そのものは、このような法理・利益の比較衡量じたいに求めることはできず、この比較衡量の場において、取消しを許さないとする相手方の利益を決定的に基礎づける法理が取消しの禁止制限の法的根拠となるはずである。この点に関し、注目すべきは、法的安定説、信義則説ないし信頼保護の原則説としてあげた前記の見解が、いずれも、具体的に取消しが許されるか否かの決定は個別事案における法理・利益の比較衡量によるべきである、と説くように思われることであり、これらの見解といえども、取消しの可否を決定する方法論としてのいわゆる利益衡量を否定していきなことが分かるであろう。⁽¹¹⁾

このように、個別事案における取消しの可否を決める方法論としての、いわゆる利益衡量は否定できないが、しかし、この比較衡量の場において相手方の利益を決定的に基礎づける法理とは何かが問われなければならないが、この問題は次項以下でみることにするが、この法理の適用要件を定立することが必要である。すなわち、具体的事案との関連において、同法理の適用要件を得て、ついで、この要件がその後の同種事案においても妥当するののか、あるいは若干の修正を受けるか、常に具体的事案との関連において適用要件の妥当性を検証し、必要な変容を加えてこれを精確にしていくべきであり、これは、法的安定性、平等原則の要請に応えることにもなる。このような要件を具えた法理は、違法な授益的行政行為の取消事案に対し妥当すべき傾向的ないし一応の抽象的命題ではあるが、「すべての場合を説明しつくす単一の抽象的命題」というような確固不動のものではなく、具体的事案における利

益衡量により修正可能な弾力的要件をもった法命題である。⁽¹³⁾

- (1) 本稿五三頁参照。
- (2) 同旨、杉村・前掲書二三六頁、Ossenbühl, S. 63. なお、イプセンの見解については、鍋沢・早稲田法学会誌一五号一三八頁参照。
- (3) このことは「少なくとも歴史的には必ずしも自明のこととはされていなかった」という(遠藤・前掲書二一九頁)。
- (4) 拙稿「行政法における教示・確約と信頼保護の原則(二・完)」神戸学院法学四卷一六六―一六七頁。
- (5) 拙稿・神戸学院法学四卷一六二―一六三頁参照。
- (6) 遠藤・前掲書一五三―一五四頁参照。
- (7) 適法な行政行為の撤回に関し、田中二郎・行政行為論二五九頁、同・行政法上卷一五七頁参照。
- (8) 本稿五四頁参照。
- (9) 公法領域における利益衡量論について、阿部・芦部・塩野・杉原・藤田・室井各教授による研究会「公法における法の解釈」ジュリスト基礎法学シリーズV一二三頁以下参照。「原則なしの利益考量ということではいけない」(藤田二一四九頁)のである。なお、利益衡量論の客観性を担保する法的構成に問題あり、という好美発言「法の解釈」基礎法学V二五五頁、利益衡量論の法的安定性に対し与える危険を説かれる、金子二広岡二山本編・前掲書一五七頁八宮田三郎参照。
- (10) Kiminich, Jus 1965 S. 254. なお、拙稿「租税法における禁反言の法理」民商法雑誌七五卷二頁三〇〇頁参照。
- (11) 本稿五四頁以下参照。
- (12) 遠藤・前掲書四頁参照。
- (13) この点に関し、Ossenbühl, S. 37 ff. が次のようにいうのは参考となる。連邦行政裁判所の判例は、基本的にはカスイステインシュな法発見法に属するが、行政行為の瑕疵の責任領域 (Verantwortungsbereich)、発布後の時の経過・官庁の種類などの指摘により、利益衡量のための抽象的一般的基準を発見しようとするかぎりにおいて立法的方法をとり入れてい

る。判例が、当初、立法的方法をとらなかつた理由にはいくつかあるが（法発見の基礎は個別事案にあること、三段論法から精神科学的価値階層の解釈へという解釈方法の変遷など）、その最大の理由は、おそらく、法学・実務が経験的思考と体系的思考との過渡期にあり、経験的傾向が社会学的法理論に由来する、という点にある。しかし、一般に、人間精神が秩序を求めるといふだけのためでなく、法秩序の統一性を保持するために体系思考（Systemdenken）は放棄してはならないことが強調されている。もちろん、この場合の体系は、相互に、形式的論理的意味における演繹関係にたつところの論理上完結した概念の体系（logisch geschlossenes System von Begriffen）として理解してはならないことは最近の基礎的研究（ラーレンツ、ヴァッカーなど）も明らかにしており、制度および法概念は、裁判官が包摂をつうじて個別事案に適用すべき規範の複合体ではなく、くりかえし実際上の検証により拘束性をもちうる問題解決案のレパートリーである。

二 信頼保護の意義

一 右のような西ドイツにおける三つの理論傾向をみて、注目すべきことは、いずれも、違法な行政行為の取消しの禁止制限の論拠として信頼保護が考えられているように思われる点である。このことは、利益衡量説に属するとされる連邦行政裁判所の判例・ハウアイゼンの主張、原則Ⅱ例外説にたつオッセンビュールの見解をみても明らかであるが、取消義務説を説くものの中にもみられることがある（フォルストホフ、シュッツなど）。また、わが国でも、前記のように、第一および第二の傾向に属する学説、信義則説のなかにも、取消しの禁止制限の論拠として、他の要素のほかに相手方の信頼保護の要素をも考慮するようにみえる主張がある。

違法な授益的行政行為の取消しの禁止制限の法的根拠は、信頼保護の原則に求めるべきであり、わが国でも、前記のように、南教授をはじめとして有力に説かれるようになってきており、西ドイツでは判例通説であり、行政手

続法四八条が、金銭ないし分割可能の物の給付を目的とする授益的行政行為は、受益者が行政行為の存続を信頼し、かつ、この信頼が取消しを求める公益との衡量のもとで保護に値するかぎり (soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist) 取消しは禁止される⁽⁴⁾と定めるのは(二項一段)⁽⁴⁾。右の判例通説に従うものと考えられる。ただし、同法条は、金銭ないし分割可能の物の給付以外を目的とする授益的行政行為については保護に値する信頼が存するときでも、受益者の信頼損失の補償をすれば取り消すことができる⁽⁵⁾と定める(三項)のは、従来の判例通説とは異なるものである。

まず、同法条も認めるように、保護に値する信頼は、授益的行政行為に対してのみ存するのであって(撤回の場合にも同様である。四九条五項参照)、⁽⁵⁾ 侵益的行政行為にあっては問題とならない⁽⁵⁾ことができる。行政手続法四八条二項は「権利または法的に重要な利益を創出し、もしくは確認する」(ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt) 行政行為が授益的行政行為であるといふ、A O 一三〇条二項にも全く同一の文言がみられる。ここで、授益的行政行為の意味が重要であるが、これは、行政行為の「客観的属性」から引きだすべきではなく、⁽⁶⁾ 個々の行政行為について、これに適用される法令の規定、取消・撤回行為などの関係において判断すべきである。たとえば、行政行為の客観的性格としては侵益的行政行為であっても、法令の規定によればより侵益を加えるべきは⁽⁶⁾ ずのものであれば、この違法な行政行為の取消しに対する相手方の信頼保護の必要性が生じうるし、逆に、行政行為がそれ自体の性質上は授益的であっても、法令の規定によれば相手方により多く

の受益が帰属すべきは、この行政行為の取消しに対し相手方の信頼保護という問題は問題にならない。⁽⁷⁾ このかぎりでは、前者の行政行為は授益的、後者の行政行為は侵益的であると解することができる。

ところで、前記松山地裁宇和島支部の判決は、確認的行政行為には信頼保護の原則は適用されずその取消しは妨げられないという見解があることを明らかにし、⁽⁸⁾ また、西ドイツにおいても、信頼保護の原則は、瑕疵ある行政行為が形成的である (gestaltend) と際には適用されるが、これが確認的である (feststellend) ときは適用されないという見解がある。たとえば、バクナーは、年金給付の確認決定により支払わらるべき金額は法律から生ずるから——法律に明らかなる者には、これを知ることが非常にむずかしいにせよ——受益者は、この金銭給付は行政行為それ自体から生ずるとは信頼しがたいはずであり、また、確認決定は行政の裁量にもとづいて行なわれるものではなく、法律の定める金銭の支払請求権を具体化するにすぎないことなどから、違法な年金給付の確認決定に対する信頼保護の原則の適用を否定する。⁽⁹⁾ しかし、現代行政において信頼保護の原則を適用する意義は、とりわけ行政法令の量的増大、質的複雑化の現象のもとで行政解釈に対する国民の信頼を保護することにある。バグナーも認めているように、確認的行政行為により具体化さるべき法律を国民は知らないから、行政行為中に表明された法律の解釈を信頼せざるをえないのである。⁽¹⁰⁾

行政手続法四八条二項・A O 一三〇条二項が、権利等を「創出し」というのは権利形成、権利を「確認する」というのは権利確認的であることを意味すると解され、⁽¹¹⁾ したがって、右二法は、形成的であれ確認的であれ、ひろく違法な授益的行政行為に対し信頼保護の原則の適用を認めることになった、ということが出来る。

なお、授益的行政行為の取消撤回に関する行政手続法およびA Oの規定は、相手方には授益的であるが、第三者には侵益的である、いわゆる複効的行政行為 (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung) に対しても適用される。すなわち、行政手続法五〇条・A O一三二条は、侵益をうける第三者が複効的行政行為の取消しの申立てないし訴えを提起しているときに、一定の要件がそなわれれば授益的行政行為の取消撤回の禁止制限に関する同法の定めは適用されない (したがって、この場合、官庁は、その裁量でもって複効的行政行為の取消撤回をすることができる) と規定することから、逆に、行政争訟手続外での複効的行政行為の取消撤回には授益的行政行為の取消撤回の制限規定が適用されると解しうるようと思われるのである。ただし、この場合における保護に値する信頼の有無は、単に受益者の信頼と取消しを求める公益との比較衡量のみによらず、侵益をこうむる第三者の利益をも衡量の場にするべきである、といわれる⁽¹²⁾。従来、違法な複効的行政行為の取消しに関しては諸説があったが、そのなかで、不可争力の発生時期の前後を区別して、受益者の保護に値する信頼は、不可争力の発生前には存しないが、不可争力の発生後は存するから発生後の取消しは禁止されると解するのが支配的見解であったようである⁽¹⁴⁾。したがって、右二法の規定は、違法な複効的行政行為の取消しについて、この支配的見解に比較的近いかいとみることができよう。

二 次に、この規定によれば、信頼の対象は行政行為の存続⁽¹⁵⁾であるようにみえるが、現代行政における信頼保護の意義からみて、また、同条二項三段三号は、受益者が行政行為の違法性を知っていたとき、あるいは重大な過失によりこれを知らなかったときは信頼を援用しえないと定めており、信頼の対象には行政行為の適法性をも含みうるように思われる。この点に関し、マインカも、官庁が授益的行政行為を取り消さないという当事者の期待は、行政

行為の適法性に対するその信頼に根拠がある(wurzel in seinem Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungssaktes)として、この信頼の保護価値性 (Schutzwürdigkeit) は、優越原理の意味での法律への拘束性により官庁は行政行為の法律上の要件が存する場合にのみ行政行為を發布することが許されるから、したがって、市民は、官庁の法律拘束性の遵守ならびに行政行為の適法性を信頼することができるという考えから導かれる、と説く。⁽¹⁶⁾

なお、オッセンビュールは、保護に値する信頼は、行政行為の違法性を知らないことが、受益者の重過失でなくとも単なる過失のみによるときも存しないと解するようであるが、その有無の判定にさいしては、事実の瑕疵と法の瑕疵とを区別すべきであるとして、次のようにいう。事実の瑕疵については、官庁が行政行為の發布のとき正しい事実を基礎としたかどうかは、通例、たやすく判るから、受益者は事実の瑕疵を知りえたという推定が成り立つのに対し、行政行為の法的側面を審査することは受益者にとっては多くの場合不可能である。学説の一部には、すべて市民は法を知るべきであり違法な行政行為の例外なき取消しということに不均衡は存しないという見解もあるが、これは説得力はない。特殊の能力をもつ官吏をつうじてのみ実施されうるといふ「法律の洪水」(Flut der Gesetz)にあつては、市民に対し絶対的な法律の知識を要求するのは度をすぎるといふものであらう。加えて、オッセンビュールが、「現代」給付行政における授益的行政行為では、まさに、法的要件が形式的基準(たとえば、期日の要件)でもって定められ、これは法的感情にもとづく審査にはむかない、と説くのは、⁽¹⁷⁾刑事犯罪におけるように、通常の市民でも感覚的にその行為の違法性を明確に知りうるのとは異なり、行政法令の形式的・技術的規定

にあつては、市民は、その法的感情にてらしても行政の行為がこの規定に違反するか否かを容易に知りえないことを示唆するものであろう。

また、違法な授益的行政行為に対する信頼保護の理由として、行政行為が一般に有するとされる公定力をも強調するようにみえる見解があるが、⁽¹⁸⁾これには疑問の余地があるように思われる。⁽¹⁹⁾なお、受益者は実際に信頼したことを要し、これは官庁がその職権により探知しなければならない、とされる(二四条一項)。

(1) 西ドイツでは、取消しの禁止制限の法的根拠として、法的安定性の原理をそれ自体に直接求められることはほとんどなく、多くは、取消しの禁止制限の直接的法的根拠である信頼保護の原則の法的基礎づけに関して、いわば間接的に論議されるから、以下にみるような信頼保護の法的根拠としての法的安定性説に対する批判は、取消しの禁止制限の直接的法的根拠としての法的安定性説に対しても、一般に妥当するであらう。なお、信義則説については、拙稿・民商法雑誌七五巻二号二九八頁参照(信義則からより具体的な信頼保護の原則を抽出すべきであらう)。

(2) 本稿五八頁注(8)にあげた文献参照。

(3) なお、オッセンビュールも基本的には同旨であるが、ただし、信頼保護の要件が存しないからといって行政行為の取消しを認めるものは相当でなく法感情を満足せしめない場合があるとして、取消権の制限の根拠として、とくに信頼保護の原則以外のものに求めることも必要である、という。

その例として、かつて経営者であった難民Aが過失により偽りの説明をして三万DMの再建資金の貸付をうけて中規模の商店を開業したところ、官庁は、貸付後一年たつて行政行為の瑕疵を発見したが、もし、これを取り消し貸付金を返還させるならAの経営は経済的破滅におちいる、などの三つの設例を設け、これらの場合に、取消権の制限の根拠としては、比例適合性の原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)が妥当であるとし、ただし、同原則によれば右の設例で市民が不正

手段により行政行為を得た場合にも取消しから保護されることにならうから、同原則を若干修正して、取消しがそれほどの不均衡であるとはみられないとき比例適合性の原則は妥当しないというべきである、という。(Ossenbühl, S. 108-115)。
また、W. Scheerbarth, Gedanken zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl 1966 S. 780, 782 も、あらゆる行政行為に対する規準として比例適合性の原則を行政手続法に導入すべきことを説き、そうすれば、同原則の範囲内で信頼保護が考慮(唯一のものではなく、主たる観点の一つとして)されるから信頼保護に関する規定は不要になるとし、もつとも、比例適合性の原則は憲法上の地位をもつから行政手続法に導入されなくても、たとえば、行政行為の取消撤回の場合にも適用される、という。

しかし、オッセンブニールがあげる、右設例(その他二つの設例も含めて)は信頼保護の原則にもとづいて取消しを禁止制限できることが可能であるケースであるように思われるし、また、シュェールバルトは、比例適合性の原則にもとづいていわゆる利益衡量を説くから、つまりは、この利益衡量において取消しを禁止制限する「主たる観点」として信頼保護の原則を認めていることになるかと思われるが、そうであれば、信頼保護の原則説と比較して、とくに差異があるかは疑わしいようにもみえる。

(4) Vgl. V. Götz, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, NJW 1976 S. 1428; H. Schleicher, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, DöV 1976 S. 554.

(5) 同前、Meyer/Borjs, S. 313 (適法な行政行為の撤回については S. 323)。

(6) 遠藤・前掲書三四頁。

(7) A O の規定の解釈について同前、Tipke-Kruse, § 130 Tz. 3; Koch, S. 250. なお、A O 二一〇条・二一一条は、租税決定(Steuerbescheid) 租税債務を具体的に確定する行政行為) および租税確定(Steuerfestsetzung) に適用される規定が準用されるべき決定には適用されず、これらの決定については、A O 一七二条から一七五条までの規定が納税義務者の利益保護などの観点から租税決定の廃止変更をそれ自体の許容要件をかなり厳しく定め、さらに、「租税決定の廃止および変更の

行政行為の取消撤回と信頼保護(乙部)

場合の信頼保護」と題する一七六条が、右法条のもとで許容される租税決定の廃止変更に対し納税義務者の信頼保護の観点から制限を加えている。これらの点については、Koch, S. 369 ff. 参照。なお、日本税法学会運営委員会「西ドイツの一九七七年AO草案の邦訳及び研究」税法学三一六号に中川一郎博士による条文の訳出と解説がある。

(8) 本稿五六頁参照。なお、田中雄川編・前掲書六八頁(真田秀夫)。

(9) Wagner, MDR 1960 S. 548 f.

(10) F. Hauelsen, Der Wandel in der Beurteilung fehlerhafter Verwaltungsakte, DVBl 1960 S. 916 ff. は、すべて行政行為は同一の法的価値(形式的確定力・実質的存続効など)をもちことから、また Ossenbühl, S. 5 f. は、確認的行政行為により名宛人の権利主張はより前進し、かつ容易になるなどの理由から、それぞれ、確認的行政行為にも信頼保護の原則の適用を認める。

(11) Kopp, S. 517; Tipke-Kruse, §130 Tz. 3.

(12) Ule/Laubinger, S. 259 ff.

(13) 遠藤・前掲書一〇二頁以下参照。

(14) Kopp, S. 565; Knack, S. 421 f.

(15) Meyer/Borgs, S. 316.

(16) Mainka, S. 61.

(17) Ossenbühl, S. 84 f.「期日の要件」に関しては、遠藤・前掲書六五、七三頁参照。

(18) 田村・法学雑誌一五卷三九四、九八頁、松山地裁宇和島支部判決(本稿五八頁注(8)および五五頁参照)。

(19) 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・三号九三頁参照。

三 信賴保護の法的根拠

一 違法な授益的行政行為の取消しの禁止制限を基礎づける信賴保護の法的基礎については、わが国ではほとんど論じられない。⁽¹⁾西ドイツでは、行政手続法は明確ではないが、判例学説は、従来、法的安定性の原理ないし信義則に求めることが多く、そのほか、社会国家、社会的法治国原理に求める見解もあり、また、とくに最近、基本権に求める見解も台頭し、また、信賴保護の原則は他の法原則を基礎としない独自の法原則であるとみる見解も出てきた。⁽³⁾ところで、連邦行政裁判所は、違法な授益的行政行為の取消しに関し、当初は信義則から信賴保護を導出し、⁽³⁾後には、法的安定性説にたつことになったと解されるようになってきたが、⁽⁴⁾しかし、その後も、信義則説にもとづくものもあるようであり、とくに、最近、信義則説をとるものが多くなってきた、⁽⁵⁾とみる者もあり、同裁判所の態度は、必ずしも明確でもないようである。

(1) 学説では、ハウアイゼンが、次のように、信賴保護の法的根拠を法的安定性の原理に求める。すなわち、信賴保護は信義則に基礎づける——連邦行政裁判所の以前の判例および今日の連邦財政裁判所の判例がそうである——べきではない。信義則は、非常に広くかつ一般的である (viel zu weit und zu allgemein) から、そこから直接に精確な結果を引き出すことはできない。今日では、法治国原理に帰属する法的安定性が官庁の決定の存続への市民の信賴保護を意味する。⁽⁶⁾また、キミニッヒも、信賴保護は、法治国原理の構成部分である法的安定性の発露 (Ausfluss) であるとして「法的安定性は、市民にとって、まず、信賴保護を意味する」という連邦憲法裁判所の判例を援用し、さらに、信義則は、一般ないし超実定法上の原則ではなく民法上の原則であり、他の法領域への

導入はその明示的認容によってのみ可能であり、もちろん、行政法における信義則の妥当性には疑いはないが、しかし、法国的信頼保護にあっては、行政法ではなく憲法が問題とされている、と説く。⁷⁾

オッセンビュールも、次のようにいう。信義誠実の概念・法的機能を把握するのはむずかしく、また、信義則は、特別に過酷な事案 (besondere Härtefälle) のための Anfangsbestand として、法律の欠缺を充足し、法律を修正し、衡平法 (Billigkeitsrecht) を妥当させるが、信義則の具体化はむずかしいから、この場合「不安定な感情動向」によらざるをえないという危険がある。判例も、衡平法に存する法的安定性への危険を知り信義則を新しい法制度の創出をつうじて具体化しようとし、学説も同じような動きを示している。たしかに、違法な授益的行政行為の取消制限は衡平の見地に適合するが、信頼保護は衡平思想のみによることはできず、法的安定性の原理が重要な役割をはたす。法的安定説をとる連邦行政裁判所の判例および学説もふえ、スイスでは多数の論者が信頼保護の法的基礎を法的安定性の原理に求める。これが正しいかは、まず、法的安定性の内容を把握しなければならぬ。ラートブルフは、法的安定性を法の「非破棄性」・「不変性」と同視したが、法的安定性の他方の側面として法の予見(測)可能性、測定可能性がある。これらを法律との関係でみれば、法的安定性の原理は信頼保護のための理由とはならない。予測可能性は、まさに信頼保護に対立する法律適合性原理により得られるからであり、法の不変性と非破棄性も、まさに例外なき法律の執行を求める。しかし、法的安定性の要素である法展開の不変性 (Stetigkeit der Rechtsentwicklung) は、平等なる法律執行のみならず国家機関による決定の存続にも関係する。法的安定性は、法発見の過程の規律のみならず、その終結 (Abschluss = 法的存続性を確保する) をも求めるからであ

る。このような法的安定性は信頼保護の根拠となりうる。

オッセンビュールは、以上のように述べ、違法な授益的行政行為における信頼保護の主たる法的根拠を法的安定性の原理に求めるように思われるが、ただし、侵益的行政行為の取消しは、市民の目からみて法的平和・法的安定を侵害しないことから、信頼保護は法的安定性のみから引き出すことはできず、そのほかに信義則（市民の法的地位を保護する）からも引き出すことができる、とみる点が注目に値する。

(2) 信頼保護の法的根拠を信義則に求める見解も有力であり、最近において、フロツチェルも、信義則は受益者の地位を基本権説によるよりも強く保護するとして、次のように述べている。自由法治国から民主的・社会的法治国への発展により、侵害行政に代って給付行政ないし生存配慮が重要になってくると、行政契約および債務法類似の関係がますます行政市民間を決めるようになり、行政市民間の親密性（*Nähe*）は今日ではもはや争いはなく、いわゆる *Bürger Nähe* として行政政策上の標語として多く使われるが、その正当性の根拠は基本法一条一項（人間の尊厳）にある。かくて、市民は、公の手による侵害に対しては法律適合性の原理および個人の自由権の援用によりこれを阻止するほか、「信義誠実に従って」自らの利益を顧慮することを要求できる。現代の民主的・社会的法治国における行政市民間の関係の変化が公法における信義誠実の原理の導入を正当づける。もっとも、信義則の適用は、国家作用の全領域・形式に対し例外なく考慮されるわけではないが、授益的行政行為の発布は処分庁と受益者との間に、広い意味において「債務法類似」といわれるような、また、信義則の顧慮を適切ならしめるような親密的関係を生みだす。また、信義則は、個別事案における正義にむけた決定を求めるとともに、公益と受益者の利益

との衡量を求め、優越的公益が反対しなかりでのみ、行政行為の存続に対する市民の信頼は保護され、行政行為は維持されることになる。⁽⁹⁾

(3) 信頼保護の法的根拠を基本権に求める見解もある。すでに、ツックは、信頼保護の法的根拠を基本法一条に求めているが、まず諸説を批判している。信義則説は、信義則の概念規定がむずかしいこと、信義誠実は少なくとも二当事者による意思表示ないし、関係者間の反応において同価値性を前提とするが、これは公法では存しないことが多い。また、信義誠実は、信頼原則の適用領域のうち、たとえば官吏法上の確約 (Zusicherungen) については適切であるが、しかし、法律の遡及効における信頼保護を説明できないこと、などの点において疑問がある。次に、法的安定性の原理も信頼保護の全場合を説明しえず、授益的行政行為の取消しの場合でも、法的安定性は法的地位の変更の場合の測定可能性、予見可能性を意味するが、この目標は、国家行為の広汎な法律適合性によっても得られるが、信頼保護はまさに法律適合性の原則と衝突し、その解決は法的安定性の原理からは引きだしえない。両原理とも法治国原理に属するからである。なお、法的安定性の思想は法的地位への侵害を禁止しないから、かつて得た安定状況を保持すべきという結果は生じない。かくて、ツックは、信頼保護の根拠は基本法一条に求めるべきであるという。すなわち、同条は、個人を国家権力の客体とすることを禁止し、個人がすでに形成した生活空間を尊重すべきことを公権力に対し義務づけるからであるといい、なお、信頼保護原理は財産的地位の保護のみに限られない、という。⁽¹⁰⁾

なお、公法に統一的な信頼保護の法的根拠として基本法二条一項の包括的自由権、一四条の財産権の保護などに

求める見解が（違法な授益的行政行為の取消しの場合にも）、最近、とくに有力に主張されていることは、すでに別稿でふれたとおりである。⁽¹¹⁾

二 おもりに、信頼保護の法的根拠を法的安定性の原理に求める見解には疑問がある。この点については、すでに別稿でもふれたし、⁽¹²⁾また、後にもるように、わが国、西ドイツともに、受益者が詐欺等の不正手段により得た違法な授益的行政行為についてはその取消しが許されることでは一致しているが、これは法的安定性説の立場からは説明することはむずかしいように思われる。ただし、法展開の不変性の意味に法的安定性の観念内容を理解しても、右のような行政行為が展開した法状況を維持することも、この意味における法的安定性の意味内容に沿うように思われるからである。⁽¹³⁾

次に、基本法一四条（日本国憲法二九条がこれにあたるう）の財産権保護説についても、補償請求権を生ぜしめる要件は充足されるか、たとえば相手方の信頼保護が金銭的価値に還元しえないものもあるのではないかといった問題もなくはなく、また、金銭的な補償さえすれば、すべて従前の行政行為の取消しは許されると解するのは疑問があるように思われる。⁽¹⁴⁾また、基本法二条一項（日本国憲法一三条の規定がこれにあたるであろうか）説についても、たとえば、このような包括的自由権の中に相手方の信頼保護という観念を当然に含みうるか、といった問題もないではない。⁽¹⁵⁾なお、基本法一条（日本国憲法一三条一段の規定がこれにあたるであろうか）説にしても、違法な授益的行政行為を取り消し、受益者の信頼保護を考慮しないことが直ちに人間の尊厳、個人の尊厳を害したとまでいえるかは、慎重な検討を要するように思われる。⁽¹⁶⁾

なお、基本権説には一般に公法に統一的な信頼保護の法的根拠を求めようとする考えがあるが、これについても問題があることはすでに述べた。⁽¹⁷⁾この点に關し、フロツェルが次のように述べているのは示唆深いものがあるように思われる。すなわち、信頼保護原理の個別基本権への依拠は、信頼保護の全ターゲットベスタント（逡及的法律から計画保証にいたるまで）を統一的に理由つけて解決をはかるうとするから魅惑的であるようにみえるが、しかし、これによって、個々の信頼保護のターゲットベスタントの特殊性は、十分には考慮されないこととなる。違法な行政行為の取消しがその例であり、この場合、国家と市民との間に具体的個別的法律關係 (konkretes individuelle Rechtsverhältnis) があるが、これは、逡及効的法律における国家市民間の抽象的一般的規律 (abstrakten generalen Regelung) と同視することはできない。行政行為による一方的形成にもかかわらず、二面的で具体的な關係が行政行為の取消しの場合の信頼保護理論の出発点をなす。行政行為の取消しにあっては、個々の基本権（基本法一四一条ないし二条）上の地位よりも、むしろ、憲法をつうじて形成された当事者間の法律關係が重要であり、かくて、全法秩序を拘束する信義誠実の原理が右關係に働き、受益者の地位を基本権による保護以上に強める、という。⁽¹⁸⁾

すでに、別稿でもふれたように、信頼保護の法的根拠としては信義則が妥当であるように思われるが、このことは、違法な授益的行政行為の取消しの場合にもあてはまるように思われる。信義則説に対する前記の批判の中には、行政法ないし公法における信義則適用の根拠として民法二四二条の類推適用を考え、したがって、民法上強く特色づけられた信義則のその行政法ないし公法への妥当性を強く制約しようとする観点もみられなくないが、このよう

な観点からする信義則説批判には疑問がある。また、信義誠実の観念内容が一般的・包括的すぎることからする信義則説批判も、正当であるように思われない。⁽¹⁹⁾

(1) わずかに、鍋沢教授が、信頼保護の原理は独自の原理であって憲法上の原理ではないと説かれるにすぎない(川西II矢野II奥原編・前掲書一九七一一九八頁)。前記の松山地裁字和島支部判決は法的安定性の原理に基礎づけると解しうるであろうか。

(2) ただし、一九七三年の行政手続法草案の理由書は、取消しの効果は原則として将来的(ex nunc)でなければならぬが遡及的(ex tunc)の場合もありうるとして、それは、受益者の保護に値する利益を顧慮しても、授益的行政行為の過去の効力を是認することが信義誠実と違反することになるであらう場合があると述べる(「このよう(Vgl. Ute/Laubinger, S. 252 Anm. 5)」。これに対し、Meyer/Borgs, S. 313 f.; Kopp, S. 516; Knack, S. 403 は「これは、信頼保護の法的根拠は法的安定性の原理にあるとするのが、同法四八条の意味するところであるとみるようである。

(3) 拙稿「西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向」神戸学院法学六卷一号一八三頁以下参照。

(4) Ossenbühl, S. 17; Linstedt, S. 116 f. 拙稿・法学雑誌一八卷二号一〇五頁(ヘレンツ)。リュンステットは、このような判例の変更の原因は、法的安定性の原理が憲法上の原理であるのに対し信義則がそうではない(連邦憲法裁判所の判例を援用)ことにある、とみる。すなわち、利益衡量において、取消しを求める行政の法律適合性の原理が憲法上の原理であることから、これに対抗する信頼保護を基礎づける法原則もやはり憲法上の原理でなければならない、と解したからである。

(5) H. J. Becker, Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte und Rückforderung ohne Rechtsgrund gewährter Leistungen, DöV 1973 S. 380. なる Vgl. Kimmich, Jus 1965 S. 255.

(6) Haueisen, DVBl 1964 S. 714; ders., DVBl 1960 S. 918.

(7) Kimmich, Jus 1965 S. 254 f.

行政行為の取消撤回と信頼保護(乙部)

- (8) Ossendühl, S. 74-78. ほかに、信賴保護の法的根拠として法的安定性の原理と信義則の双方をあげるものに、Lünstedt, S. 114; H. Mantoufel, Die Rücknahme von Verwaltungsakten, SKV 1975 S. 201.
- (9) Frotischer, DVBl 1976 S. 288.
- (10) R. Zuck, Der Schutz der Rechtsstellung der ehrenamtl. Verwaltungsgerichten, DöV 1960 S. 581 f.
- (11) 拙稿・神戸学院法学六卷一号二二三頁以下参照。
- (12) 拙稿・神戸学院法学四卷一七二頁参照。また、Lünstedt, S. 113 f. も、法的安定性が保証する法的存続は、個人の利益のためにみ法的平和をもたらすだけでなく、個人の不利益にも法的平和をもたらす(この点は、オッセンビュールの前記の見解も認めるところであろう。本稿八八頁参照)。また、法的安定性の本質的要素は一般性に奏仕し、この点で信義則と本質的に区別されるとい、なお、取消しの可否は利益衡量にかからしめられるから法的不安定性が生じ、したがって信賴保護の基礎としては法的安定性のみでは十分でない、と説いている(S. 137 f.)。なお、拙稿・神戸学院法学六卷一号二一九頁参照。
- (13) Kopp, S. 524 は、受益者に詐欺等のある場合(四八条二項三段)には、受益者みずから「不誠実な行態(unredliches Verhalten)」により取消原因を与えたというが、この「不誠実な」という観念は一般的に信義誠実と同じたぐいのものであると解される。ただし、Kopp がこのようにするのは問題もあろう(前注(2)参照)。
- (14) Vgl. Frotischer, DVBl 1976 S. 287 (金銭給付以外の授益的な行政行為の取消しは、非物質的結果のみをもたらすか、基本法一四条のシエーヤの中には組み込むことができない、という)なお、拙稿・神戸学院法学六卷一五二頁。
- (15) Vgl. Frotischer, DVBl 1976 S. 287.
- (16) Vgl. Mainka, S. 20 f.; Ossendühl, S. 72 f.
- (17) 拙稿・神戸学院法学四卷一七四頁。
- (18) Frotischer, DVBl 1976 S. 287 f.

(19) 拙稿・神戸学院法学六卷三号二六頁。なお、信頼保護の法的根拠を社会国家原理に求める見解もあるが、これには疑問もある。保護に値する信頼を認めうる授益的行政行為は単に社会ないし給付行政領域におけるそのみに限られず、また、Ossenbühl, S. 73 f. もいうように、社会国家原理の意味は、行政の侵害に対する相手方の利益防御というよりも、むしろ、行政の積極的な援助・授与的活動を求めるといふ点にあり、また、違法な行政行為の取消しが相手方の困窮状態を生ぜしめない場合にも保護に値する信頼が存しうるよう思われるからである。

四 信頼保護の態様——取消禁止

一 西ドイツ行政手続法四八条の規定は、保護に値する信頼が存するとき、授益的行政行為を二つのグループに分けて、一方では、取消禁止(二項)、他方では、取消しは認め、ただ受益者の信頼損失の補償を要する(三項)、と定める。すなわち、まず、金銭給付(助成金・俸給など)または分割可能な物の給付、もしくは、これら給付の要件(俸給序列の確定など)をなす行政行為であればその取消しは禁止される(二項一段)。一九六三年の「模範草案」三七条も、やはり右のような授益的行政行為の二つの種類に依りて取消禁止または損失補償を要件とする取消しを認めていたが、そこでは、これらの効果をもたらす保護に値する信頼は、単に詐欺など行政手続法四八条二項三段各号に定めるような要件が存するとき(ただし、行政行為の違法性の認識は重過失を要件とせず単なる過失でもよいとする)は、みられないと定めるにすぎず、法的安定性の見地から保護に値する信頼はより具体化すべきであるなどの批判⁽¹⁾をうけていた。

行政手続法四八条二項は、この取消禁止をもたらす保護に値する信頼の存否は、取消しを求める公益(この公益

には、法律適合性のほか、違法な給付の支弁をなけるという金銭的利益 (finanzielle Interesse)⁽²⁾ 法律の平等適用⁽³⁾ などを含むと解されている)との衡量により定められるが、保護に値する信賴は、受益者が与えられた給付を費消し、または財産的処分をなし、もはや元に復することができず、または元に復するときは受益者に対し期待不可能な不利益を加えるときは (wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann)、原則として存する (二項二段)と定めたわけである。信賴保護の原則の適用の要件として、「信賴」のみではならず、これ以上に受益者が信賴にもとづいて財産的行為その他の処分をしたことを要すると解するのが判例であり、⁽⁴⁾ 通説であった。⁽⁵⁾ 行政手続法四八条は、この判例通説に従っていると解される。もっとも、同条は、これが「原則」(in der Regel)であると定めるから、右の場合でも保護に値する信賴が存しないことがあり、逆に、右の例示の受益の現実化がない場合でも保護に値する信賴が存しうること (たとえば、受益者があまりに高令であることなどを考慮し取消しを排除する)を必ずしも否定しない。このような法の定める趣旨は、わが国においても妥当すべきものであるように思われる。

次に、行政手続法四八条二項三段は、受益者が、詐欺、脅迫ないし贈賄 ((arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung) 一号)、重要な関係において不当ないし不十分な (in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig) 申立て (二号)により行政行為を得たとき、および、行政行為の違法性を知り、または重過失によりこれを知らなかったとき (三号)は、受益者は信賴を援用できない、と定める。取消しの禁止制限を基礎づけ

る保護に値する信頼の有無は、取消しを求める公益との比較衡量により決められるが、この比較衡量の場において公益に対抗すべきはずの信頼そのものを援用できないわけであり、したがって、当然に、保護に値する信頼も存しない。右の各号の場合には、いずれも、行政行為は過去の効力をもって取り消されるのが「原則」であり（二項四段）、一号に定める場合はとくに悪質であるから、取消権の行使は一年の除斥期間に服する旨の規定は適用されず、法文上は、行政官庁はいつでも行政行為を取り消すことができる（四項）。

なお、判例は、信頼保護の限界として、右各号に定めるもののほか、あるいは、右各号を包括する一般的要件として、行政行為の瑕疵の原因が受益者の責任領域（Verantwortungsbereich）にあるとき（受益者の過失の有無を問わない）をあげ、この場合、遡及的取消しは可能であるとし、⁽⁷⁾ また、学説も同旨のようであるが、⁽⁸⁾ 法は、判例学説が展開した原則をほぼそのまま法文化したようにみえる。わが国でも、このような法の定める趣旨は妥当すべきものであるように思われる。⁽⁹⁾

なお、A O一三〇条には受益者の「信頼保護」などという明示の文言はみられないが、同法条は取消禁止の法的根拠として信頼保護の原則に求めると解するものもあり、⁽¹⁰⁾ 同条二項は、その第一号において事項的権限なき官庁が発布した場合を定めているほか、二号から四号までの規定は行政手続法四八条二項三段が定める各号と全く同様の要件を定める。ただし、A Oでは、詐欺等は「不正な手段」（unlautere Mittel）の例示とされており、また、これらの要件が存するとき、単に取り消しうるとし、「信頼を援用することができない」とか、「過去に対する効力」をもつ取消しが原則であると明規しない点において、行政手続法の規定とは異なる。

次に、これら各法条が定める要件に関し、若干述べておこう。

(1) 詐欺、脅迫、贈賄(など不正な手段) この場合に行政行為の取消しも禁止制限しえないと解する点では、わが国の学説も同様である。⁽¹¹⁾ 二つの法律とも、法文上は詐欺等を「(durch)」行政行為を得たことを要件とするから、詐欺等と行政行為の発布との間に因果関係が存しなければならぬ、と解される。また、行政手続法の法文上は、受益者みずから詐欺等を用いたことを要するようにもみえなくはないが、しかし、受益者の代理人あるいは受益者の承認のもとに第三者が、詐欺等を用いて行政行為を得たときも、この規定にあたらう。⁽¹²⁾ なお、受益者等の詐欺等の不正手段が独立の取消原因となるかは争いもあったが、⁽¹³⁾ 右規定は、このほかに、行政行為の違法性を前提とすることはもちろんである。

(2) 不当・不十分な申立て この申立ては「重要な関係において」存しなければならぬが、この要件は、官庁が不十分な申立てがなかったなら、別異の行政行為を発布したであろうという場合がこれにあたる、とされる。受益者に結局責任があればよく、代理人の申立ても受益者に帰せしめるべきである。受益者等の有責性すなわち故意・過失により申立ての不当・不十分であることを知らなかったかどうかは関係ない。⁽¹⁴⁾ 必要な申立てをしなかった場合も、本号の定める要件にあたる。⁽¹⁵⁾

(3) 行政行為の違法性を知っていたか、重過失によりこれを知らなかったこと 二つの法律とも、法文上は、これを受益者についてみるべきであるとし、右(1)・(2)とは異なり、受益者の代理人の有責性は、官庁の決定に対し影響力をもたないことを理由として、受益者には帰せしめえない、と説く者がある。⁽¹⁶⁾ しかし、論者もいうように、

行政行為が受益者の代理人に告知され、代理人もその適法性を調べる義務を負うとき、あるいは代理人の申請にもとづき行政行為が發布されたときなどのほか、一般に、行政行為の違法性についての代理人の有責性をも受益者に帰せしめるべきであろう。⁽¹⁷⁾次に、受益者側の知識等の対象は行政行為の違法性であって、違法性を基礎づける事実ではないが、⁽¹⁹⁾これに対し、受益者側がこの事実から相応する法的効果を十分にひきださうるほど、法に明るい者であるときは、この事実に対する知識等も考慮すべきである。⁽²⁰⁾といわれる。なお、オッセンビュールは、行政行為の違法性に関し、重過失がなくても、単なる過失でもよいと解するようであるが、⁽²¹⁾過失の有無の認定については、具体的個別的ないし抽象的一般的にするか、すなわち、平均的市民 (Durchschnittsbürger) の能力を基準とするか、ないしは当事者が平均市民以上の能力をもち行政行為の瑕疵を知りえた場合にも信頼保護を否定すべきか、という問題があるとし、彼自身は、両方法の折衷的方法をとり、具体的個別的な過失概念を基礎とし、これに当事者は平均的市民の能力をもつという推定を加味すべきであり、この推定により、当事者が平均的市民の能力以上のものをもつ場合は例外的場合に限られると説く。なお、特殊の法領域における受益者、たとえば、俸給・扶養法領域における官吏等に対しては、より高い注意義務が要求され、官吏等は給付額をチェックし過払いについて考慮を払う義務が課せられることもある、とオッセンビュールが説いているのは妥当であろう。⁽²²⁾

なお、行政手続法四九条は、その文言上、適法な行政行為のみに対し適用されるようにみえるが、しかし、規定の意味上、違法な行政行為をも把握するとして、違法な授益的行政行為も、四九条二項一号から五号にあげた事由にもとづいて、取り消すことができる⁽²³⁾とされ、また、A Oの規定に関しても、同旨の観点から、取消留保・負担の

不履行(二三一条二項一号・二号参照)も、取消事由となる⁽²⁴⁾、といわれている。その理由は必ずしも明確ではないが、ある論者は、違法な行政行為により受益を得た者は、適法な行政行為により受益を得た者よりも優遇されるべきではないからである、と説いている⁽²⁵⁾。また、受益者の同意(Zustimmung)のあるときも取消しは許される、といわれ⁽²⁶⁾、わが国でも、同様に解する判例学説がある⁽²⁷⁾。

なお、西ドイツにおいて、判例学説の一部があげる次のような観点は、信頼の存否とは直接の関係はもたないであろう。すなわち、第一に、官庁が違法な行政行為を發布したことにつき責任がなくても、行政行為の適法性・存続に対する受益者の信頼の有無には関係がない。第二に、違法な行政行為の発布後の経過期間もそれ自体は独自の意味は有しない。行政行為により付与された給付を受益者が直ちに費消したときでも信頼保護は是認され、反対に、行政行為の発布後、数年を経てはじめて受益者による詐欺など不正手段が介在していたことが判明すれば、信頼保護は認められず行政行為の遡及的取消しも許される(四八条二項四段・四項二段)。官庁の種類すなわち上級官庁による行政行為の発布であることも、そのみでは信頼保護の要件とはならないが、ただし、これらは行政行為の適法性・存続性に対する受益者の信頼をより強めることはある。同じことは、行政行為の発布の形式・手続についてもいうことができる⁽²⁸⁾。

二四八条一項は、「違法な行政行為は、それが不可争的となった後でも、全部または一部、将来または過去に対する効力をもって(mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit)取り消すことができる」とし(一段)、ただし、授益的行政行為は第二項から四項の規定による制限のもとでのみ取り消しうるとし(二段)、

二項一段は、保護に値する信頼が存するときは取消しは禁止されると定めるから、この場合、あたかも、過去および将来の全期間にわたって、いっさい取消しは禁止されることを意味するようにもみえる。もし、そうであれば、二項一段の規定には、行政行為の種別を問うことなく一律にこのように定める点において、問題がある。すなわち、まず、違法な授益的行政行為が一回的 (einmalig) ないし過去にすでにその効力が終結したものであるときは、保護に値する信頼があればその取消しが、いっさい禁止されることに問題はない (この場合、その将来的取消しということは当初から問題とはならないから、厳密には、禁止されるのは遡及的取消しである)。これに対し、継続効 (Dauerwirkung) をもつ行政行為にあっては事情は異なる。この場合、行政行為が違法であることを受益者に告げれば、その時点で、受益者の行政行為の適法性に対する信頼は失なわれると考えられるから、それが失なわれた時点以後にその効果を及ぼす取消行為は、信頼保護の原則に反するものとはいえない⁽³⁰⁾。ただし、事案によっては、保護に値する信頼が将来も永く存続する場合も絶対にはないわけではなく、この場合には将来に効力を及ぼす取消しを禁止されることになる⁽³¹⁾。ただし、継続効をもつ行政行為にあっては、信頼保護の原則の適用の結果、取消しは過去ないし将来の全期間にわたって排除されるか否かという二者択一のみでなく、その中間的な解決、すなわち取消しの効力発生の時期を過去ないし将来の各々の一定の時期とすることも可能である⁽³²⁾。信頼保護の原則の時期的効果・範囲Ⅱ取消しの時期的効果をこれら三つのうち、いずれに定めるかは、取り消されるべき継続効ある行政行為の内容と受益者の信頼などとの関連において個別に決められることになるが、行政行為の違法性が告げられればその時点で受益者の信頼は失なわれること、信頼を援用しえない詐欺等が受益者側にあるときは「過去に対する効

力」をもつ取消しが原則とされる(二項四段)こと、また、取消しにより生ずべきものとされる受益者の返還義務は「将来に対する効力」をもつ取消しの場合には生じないと解されることなどから、保護に値する信頼が存するときでも「将来に対する効力」(将来のある時期を含めて)をもつ取消しは許されるのが原則であろう。

信頼ないし保護に値する信頼が存しないとされ違法な授益的行政行為が取り消されるときは、法文上は、すべて官庁にすでに付与した給付の返還請求権が生ずる(二項五段)ようにみえるが、将来に対する効力をもつ取消しの場合には同請求権は生じないように思われる。返還請求権の範囲については不当利得に関する民法の規定が準用されるが(二項六段)、二項三段各号に定める要件が存するとき、受益者は行政行為の違法性を基礎づける事情を知り、もしくは重大な過失によりこれを知らないとき、民法が規定する利得の消滅を援用できない場合がある(二項七段)。返還請求にかかる給付の額は、官庁が、取消しと同時に確定する(二項八段)が、この確定に不服のあるときは行政訴訟を提起することができる(六項)。

四八条二項の規定により取消しを禁止する保護に値する信頼の存在は、次項でみるように同条三項におけるそれと比較して、より厳しい要件が定められているように思われる反面、保護に値する信頼が存しないと取消しは許され、補償請求権はもちろん与えられない。これは、従来の判例学説がとってきた全か無(alles oder nichts)という二者択一的方法(もつとも、従来の判例学説も、取消しを認めるとしても、その効力発生の時期を適宜に定めうるなどとしていたから、必ずしも右のような二者択一的方法をとっていただけではないというみかたもできよう)⁽³⁴⁾に沿うようにみえるが、しかし、四八条二項は、取消しを認める場合でも、不当利得に関する民法の規定(こ

これらの規定中には信頼保護思想を表明するものがあるといわれることが多い⁽³⁵⁾を準用することにより、相手方の損失の調整をはかろうとするわけであろう。なお、行政の返還請求権は公法上の請求権であるとされ、また、複効的行政行為の取消しの場合には返還義務を定める四八条二項五段の規定は準用されない(五〇条参照)が、この場合、一般公法上の返還請求権が発生する⁽³⁶⁾という。

- (1) Ossenbühl, S. 165.
- (2) Knack, S. 402.
- (3) Kopp, S. 522.
- (4) Becker, DöV 1973 S. 385 f.
- (5) Mainka, S. 64; Mantoufel, SKV 1975 S. 201. また Ossenbühl, S. 80 ff. は、取消しを排除する信頼保護の原則の適用要件として、(1) 信頼基礎 (Vertrauensgrundlage. 違法な行政行為がこれにあたる)、(2) 信頼のほか、(3) 法的に重要な信頼行態 (rechtlich relevantes Vertrauensverhalten. 信頼にもとづく受益者の具体的行動) をあげ、これについて次のようにいう。(a) 信頼保護は当事者の利益擁護を目的とするから、この要件の必要性は一般に承認されているが、これを否定する連邦行政裁判所の判決(同判決については、遠藤・前掲書一七五頁参照)は信頼保護領域における重要な後退を意味する。右の要件は、信頼保護を取り扱う民法の規定(九三二条・八九一条、八一六条一項二段・八二二条)も明確に認めるところである。(b) 信頼行態は、「行政行為の発布と因果関係にあり、かつ法的に意味をもつとき」、法的に重要となる。(c) 信頼行態の種類は重要ではない。なお「信頼」に加えて信頼行態を要件とすることは、望ましくない。性急な行政行為の利用へと受益者をかりたてるといふ見解があるが、これは受益者の心理状態を誤解するものである。受益者は、発布された行政行為は適法であり、かつ与えられた法的地位は終局的であると信ずるから、性急に自己の計画に着手し確固たる事実をつくり出すということはない。もちろん、行政行為の性急な利用があれば、受益者には信頼がないから保護に値しない。信

頼行態には財産的支出 (Vermögensaufwendungen) ないしその他の処分 (Disposition) を含み、判例学説はなんら制限を加えないが、これに同意すべきである。なお、実施・執行を要する行政行為にあっては、行政行為により承認された給付の提供があったかどうかが重要であり、将来に提供される給付では、原則として信賴行態は存しない。(d) 信賴行態は重要なものでなければならぬが、その基準は期待可能性 (Zunutbarkeit) にある。たとえば、受益者が行政行為の取消しの結果に耐えることが期待可能であれば、受益者の出費は重要とはみなされず、取消しは阻止されない。なお、継続効をもった行政行為では、とくに厳しい基準が課され、この場合の信賴行態は当事者の生活様式の「決定的かつ継続的変更」をもたらしたがって、行政行為の取消しが彼の「生存の基礎をゆるがすもの」でなければならぬ。

- (9) Meyer/Borgs, S. 317 f.
- (7) Vgl. Forsthoff, aaO S. 263; Becker, DöV 1973 S. 385 f.; Knack, S. 395.
- (8) Mainka, S. 61 ff.; Ossenbühl, S. 81 f.; Mantuffel, SKV 1975 S. 201.
- (9) 同旨、南Ⅱ原田Ⅱ田村編・前掲書一八一頁、成田ほか・前掲書一五五頁。
- (10) Tipke-Kruse, § 130 Tz 2.
- (11) 前注(9)掲記のものほか、杉村・前掲書三三六頁。ただし、田中Ⅱ雄川編・前掲書一八三—一八四頁(雄川)は、行政庁の調査義務の有無により区別する。判例は、むしろ、詐欺等の不正手段によることが「顕著」であることを求めるようである。たとえば、最判昭和二八年九月四日行集四卷九号一九六〇頁、東京高判昭和二九年六月二六日行集五卷六号一三〇三頁、前記松山地裁宇和島支部判決(本稿五六頁参照)など。
- (12) Kopp, S. 524 f.; Ule/Laubinger, S. 250; Tipke-Kruse, § 130 Tz 6.
- (13) これを否定するもの Ossenbühl, S. 81 f. 遠藤・前掲書一六六頁も原則的には否定する。独自の取消原因であるとみるものに、今村成和・行政法入門(新版)九七頁。
- (14) Knack, S. 404; Ule/Laubinger, S. 250; Tipke-Kruse, § 130 Tz 7; Koch, S. 252.

- (15) Kopp, S. 526; Knack, S. 404.
- (16) Ule/Laubinger, S. 250.
- (17) Koch, S. 252.
- (18) Kopp, S. 527.
- (19) Knack, S. 405.
- (20) Kopp, S. 526 f.
- (21) 判例の回数は必ずしも一定でない (Knack, S. 403) 重過失を要件とする判例も少なくない (Meyer/Borgs, DVBl 1975 S. 514)。
- (22) Ossenbühl, S. 85 f. 同註釋書 Kopp, S. 527; Knack, S. 405; Ule/Laubinger, S. 250.
- (23) Meyer/Borgs, S. 308.
- (24) Koch, S. 510. Tipke-Kruse, § 130 Tz. 8.
- (25) Ule/Laubinger, S. 245.
- (26) Koch, S. 252.
- (27) 大阪地判昭和三十二年一月二十四日行集八卷一〇号一七四二頁、同・三十九年一月三十一日行集一五卷一四六四頁、仙台高判昭和三十六年五月二十二日行集二二卷五号一〇一頁。
- (28) Knack, S. 403; Ule/Laubinger, S. 251. ただし Vgl. Ossenbühl, S. 91 ff.; Mainka, S. 65.
- (29) Ossenbühl, S. 118 ff. が「取消行為は「なり」受益者は「今や」自己の法的地位を違法に得たことを知るにいたったのであるから信頼は「いわば」中断される (sozusagen unterbrochen)」と述べる。なお Tipke-Kruse, § 130 Tz. 11 が「A O 一三〇条の規定に関し、継続効なき行政行為は過去に対する効力をもち取消しの可否のみが考慮されるのに対し、継続効ある行政行為では信頼保護が要請されるときでも (とくに「一三〇条一項一号の「事項的権限なき官庁が発布した場合」をあげてみる)」、将来に対する効力をもち取消しが示られる」とする。Ule/Laubinger, S. 251 が「受益者の信頼が保護に値す

る「かぎり (soweit)」におつて(二項一段)取消禁止というのは、取消しの範囲・時間的効力に関し、区別を認める趣旨である¹⁾と云ふ。

- (30) 拙稿「行政法における禁反言の法理」法学雑誌一七巻四号一三〇頁、同・神戸学院法学四巻一号九五頁参照。
- (31) 西ドイツにおける判例 (Mainka, S. 70) 通説 (Ossenbühl, S. 117) である¹⁾と云ふ。
- (32) 前注(30)掲記の拙稿参照。Vgl. Mainka, S. 70 f. なお、Meyer/Borgs, S. 310 f.によれば、行政手続法四八条一項一段の規定も、このような中間的解決を認める趣旨である¹⁾と云ふ。
- (33) Krack, S. 405; Ute/Laubinger, S. 252. なお、本稿六八頁参照。
- (34) Maurer, Jus 1976 S. 492. 拙稿・法学雑誌一八巻二号一〇五頁参照。
- (35) Vgl. Maurer, Jus 1976 S. 493. 拙稿・法学雑誌一八巻二号一一二頁参照。
- (36) Ute/Laubinger, S. 261, 253.

五 信頼保護の態様——損失補償

一 右のような保護に値する信頼が存するとき、金銭給付ないし分割可能の物の給付を目的とする行政行為のときは、その取消しは禁止される。しかし、それ以外の授益的行政行為(たとえば、帰化、官吏の任命・昇進、許可、認可など)は、一項一段の規定にもとづいて取り消すことができるが、受益者が行政行為の存続を信頼したことによつて受けた財産的不利益を補償しなければならぬ(二項)。保護に値する信頼の有無は、やはり公益との衡量のもとで決められ、信頼の援用ができないとする二項三段各号の規定も適用され、二項における保護に値する信頼についての理解が三項におけるそれにも妥当するようにみえるが、この場合に、注目すべきことは、「原則として」

保護に値するものとされる受益者による給付の費消等を定める規定（二項二段）が信頼損失の補償を定める三項の規定中にはみられないことである。このことから、信頼損失の補償の要件である保護に値する信頼の存在は、行政行為の取消禁止を根拠づけるそれと対比して、より容易に認められることにならうとし、たとえば、受益者が行政行為を顧慮して財産的処分をすれば、それが「もはや元戻りにすることができず、あるいは期待不可能な不利益のもとでのみ元に戻すことができる」（二項二段）場合でなくても、信頼損失の補償を根拠づけることの保護に値する信頼は存する、と解されている。⁽²⁾ 受益者の補償請求権は、申請を要件とし、かつ、同請求権の存することを示されたときから一年以内にかぎって主張できる。請求権の範囲は信頼利益の補償にとどまるが、事情によっては積極的な履行利益に及ぶこともありうる。具体的な補償額は官庁が決定する（三項）。請求権の額は、行政行為の取消しを求める公益の強度と比較して決められるから、事情によっては、補償は一部についてのみ認められることになる、とされる。⁽³⁾ 行政の返還請求権（二項五段〜八段）と受益者の損失補償請求権に関する争いは、原則として、行政裁判所の管轄に属する（六項）。⁽⁴⁾

受益者には、右の補償請求権のほか、民法八三九条・基本法三四条にもとづく損害賠償請求権も付与される。⁽⁵⁾

二 このように、四八条三項は、たとえ保護に値する信頼が存するときでも、金銭・物の給付以外の授益的行政行為の取消しは禁止されないものとする。もちろん、この場合でも、取消しが義務づけられるわけではなく、取り消すかどうかは官庁の裁量に委ねられる（一項）から、たとえば、平等原則、比例適合性の原則により取り消さないこともあり、⁽⁶⁾ さらには、この裁量のさい受益者の信頼利益を考慮することも排除されるわけではなく、⁽⁷⁾ 四八条二項

・三項が定めるような二分法に賛成するものと思われる見解もある⁽⁸⁾。しかし、連邦行政裁判所は、すべての授益的行政行為について、保護に値する信頼が存するときは取消しそのものを排除して行政行為の存続を認め⁽⁹⁾、通説もまた同様であった。ただし、少数説は、違法な授益的行政行為の取消義務を主張し、その代りに受益者の信頼利益の損失補償ないし賠償をする旨を説いているが⁽¹⁰⁾、この場合でも、すべての授益的行政行為を念頭におくのであって、行政手続法の定めるような行政行為の存続ないし損失補償という信頼保護の二態様(効果)を主張するのではなかった。一九七三年の政府草案の理由書によれば、法がこのような二分法をとる理由は、金銭・物の給付を目的とする行政行為は金銭的利益(fiskalische Interessen)に關係するのに対し、これら以外の授益的行政行為は、より強く「国家關係的(statsbezogen)」利益が問題となっており⁽¹¹⁾、後者の行政行為により生じた違法状態を維持するのは耐えがたいというような点にあるようである。

しかし、金銭・物の給付以外の授益的行政行為については、保護に値する信頼が存するときでも官庁はこれを取り消すことを妨げられない、という考え方には疑問の余地があるように思われる。現代行政において、信頼保護の原則の有する意義は、とりわけ、行政法規の量的増大、質的複雑化の現象のもとでは、行政行為など各種の行政作用中に表明した行政解釈に対する相手方の信頼を保護しなければならぬという点にあると思われるが、このように解するときは、行政行為などの行政作用の存続を認めることこそ、まさに相手方の信頼に配慮することとなるはずである。したがって、信頼保護の効果・目的は(少なくともその第一の効果目的は)、行政行為の存続にあるとみるべきであり、しかも、この存続保護は、すべての授益的行政行為について認められるはずのものである。行政行

為の存続性が否定されてはじめて、補完的に、現行法上の損失補償の要件をみたすかぎり信頼損失の補償も可能となるであろう。金銭給付についてはその存続性を認める方法と損失補償を要件とする取消しの方法とでは、實際上の効果はそれほど差異はなく、このように解するときは、行政手続法四八条は、むしろ全体として、信頼保護の効果・目的はまず損失補償にあり、行政行為の存続にはない、とするきらいもないではないように思われる。

なお、すべて授益的行政行為（したがって、金銭ないし分割可能の物の給付を目的とする行政行為も含めて）の取消しは、取消しを是認する事実を官庁が知ったときから一年以内でのみ許されるが、詐欺、脅迫、贈賄により得た授益的行政行為の取消しは、この除斥期間には服さない（四項）。同旨の規定はA〇一三〇条三項にもみることができ（これらの規定は、それぞれ、適法な授益的行政行為の撤回の場合にも準用される⁽¹³⁾）。違法な授益的行政行為の取消権が認められるときでも、行政庁はその裁量によりいつでも取消権を行使できるといふのでは、受益者は法的不安定の状態におかれるから、これを妨ぐために取消権の除斥期間が定められたのであろう。西ドイツでは、従来から、取消権を一定の除斥期間に服せしめようとする動きもあったが、⁽¹⁴⁾一般には、いわゆる失効（権）の原則によるべきであるとし、かつ、これは信義則にもとづくと解するのが支配的見解であったように思われる。わが国でも、通説はこのように解するが、⁽¹⁵⁾信頼保護の原則を説く前記の判決は、「法的安定のため」に取消権の失効（権）を説いている。⁽¹⁶⁾いずれにしても、除斥期間制度の導入は、これにより必ずしも失効（権）の原則の適用を排除することを意味するわけではなからう。⁽¹⁷⁾

- (1) Kopp, S. 532; Knack, S. 407; Ule/Laubinger, S. 253.
- (2) H. Johlen, *Angleichsansprüche bei der Rücknahme oder dem Widerruf begünstigender Verwaltungsakte*, NJW 1976 S. 2155.
- (3) Johlen, NJW 1976 S. 2155. ただし Kopp, S. 532.
なお、四八条六項は、公用収用類似の侵害 (*enteignungsgleicher Eingriff*) を理由とする補償が「考慮される」こともありうることを定めるが、違法な授益的行政行為の発布は基本法一四条が保護する法的地位を創出せず、また、その取消しには公用収用類似の侵害に必要とされる侵害行為の違法性がないことから、公用収用類似の侵害を理由とする補償は、取り消されようとする行政行為の違法と取消行為の適法性が疑問とされ、したがって裁判手続中に、はじめてそれが判明したとき「考慮される」こととされる (Johlen, NJW 1976 S. 2155)。
- (4) Ule/Laubinger, S. 253 f. は、この二つの請求権はともに公法上の請求権であるから、これらについて行政裁判所の管轄権が認められるのは当然である (行政裁判所法四〇条一段) という (一九七三年の草案理由書も、このようにみるようである)。なお、拙稿・神戸学院法学十六卷一号二二六、二二四頁。
- (5) Johlen, NJW 1976 S. 2155.
- (6) Knack, S. 399, 407; Maurer, Jus 1976 S. 493.
- (7) Kopp, S. 531.
- (8) Götz, NJW 1976 S. 1428; Schleicher, DöV 1976 S. 554.
- (9) Fritscher, DVBl 1976 S. 283 f. は、この判例理論は当初「金銭給付を目的とする行政行為の取消しに関するものである」、それ以来「一九六三年の行政手続法模範草案にいたるまで、判例は、金銭給付を目的とする行政行為についてのみ信頼保護を存続保護 (Bestandsschutz = 信頼保護) の意味に理解したが、その後、金銭給付以外の授益的行政行為についても信頼保護の原則を適用して取消しをしりぞけ、かくて、連邦行政裁判所の判例の分析の結果によれば、行政手続法施行前までの実定的一般行政法は、信頼保護はすなわち存続保護を意味し、この保護はすべての授

益的行政行為の取消しの場合に尊重されることである」と説く。

(10) 本稿三頁以下参照。なお、拙稿・神戸学院法学六卷一五〇頁(ピュットナー)参照。

(11) Ule/Laubinger, S. 249. Maurer, Jus 1976 S. 492 f. は、私法形成的行政行為のように、補償を代償としても取消不可能な金銭・物の給付以外の授益的行政行為もあるなどの批判を加える。

(12) Froscher, DVBl 1976 S. 289. 彼は、このような二分法は信義則からは引きだせないとし、全行政行為につき存続保護を認め、これが否定されるとき、補完的に財産保護によるべき、という(S. 288 f.)。なお、Osenbühl, S. 166 f. も、信頼保護の目的は一方では存続利益(民法上の術語でいえば積極的利益)、他方では消極的利益と二分するのは、基本法三条の平等原則との関連で、少なくとも疑問があるように思われるなど、と批判を加える(一九六三年の「模範草案」について)。同頁結論 Scherbarth, DVBl 1966 S. 782; Erichsen/Martens, aaO S. 184. なお、AO 三〇条三項は右のような二分法はとらな。

(13) 侵益的行政行為の取消しについては、もちろん、この除斥期間の制度は存しない。ただし、Kopp, S. 533 f.

(14) 拙稿・法学雑誌一八卷二号一一二頁参照。

(15) たとえば、田中・行政法総論三五七頁、原・法学雑誌六卷三号一八頁。

(16) 松山地裁宇和島支部判決(本稿五六頁参照)。

(17) Knack, S. 397, 415; Tipke-Kruse, § 130 Tz 12.

六 撤回と信頼保護

一 わが国において、取消自由の原則を説く通説は、適法な授益的行政行為についても撤回自由の原則を主張するが、有力な反対説のあることも、すでにみたとおりである。⁽¹⁾

行政行為の取消撤回と信頼保護(乙部)

これに対し、西ドイツ行政手続法四九条は、侵益的行政行為については撤回権ないし撤回自由の原則を認めるが(一項)、授益的行政行為の撤回は後にみるような撤回事由が存する場合にのみ許されると定めるから(二項)、授益的行政行為については撤回不自由の原則をとる。撤回は「将来に対する効力」をもって行なわれ(一項・二項)、官庁がより後の時点を定めなかり、撤回行為の発効と同時に撤回さるべき行政行為はその効力を失なう(三項)。四九条五項は、行政行為の存続に対する受益者の信頼が保護に値するかぎり官庁は申請にもとづいて信頼損失の補償をすべきことを定め、この場合には、取消しに関する四八条三項三段から五段までの規定(補償額の範囲・その確定権者および補償請求の期間)を準用するが、保護に値する信頼の存否は公益との衡量のもとで決めるべき旨の規定は準用していない。⁽³⁾なお、この損失補償は、後にみる撤回事由のうち、撤回留保、負担の不履行を理由とする撤回の場合には認められないが、これは、この場合には受益者には保護に値する信頼は存しえないはずであり、したがって、信頼損失の補償ということも初めから問題にならないからである、と解されたためであると思われる。⁽⁴⁾

このようにみえてくると、行政手続法は、損失補償を要件とする撤回の制限、さらには、おそらく撤回の禁止についても、その法的根拠は信頼保護の原則にある、と解するように思われる。⁽⁴⁾なお、やはり授益的行政行為につき撤回不自由の原則をとるA〇一三一条には、行政手続法四九条五項に対応するような規定はなく、また、後にみるように撤回事由も少ないが、その他の点では行政手続法四九条とほとんど同一の定めをおき、A〇一三一条も撤回の禁止制限の根拠として信頼保護の原則に依拠する、とみる見解も有力である。⁽⁵⁾

また、西ドイツの従来の判例学説においても、たとえば、ハウアイゼンは、授益的行政行為について、その取消権は広く認められるのに対し、撤回権は例外的のみに付与されるとし、かくて、瑕疵なき授益的行政行為に対する信頼保護は瑕疵ある授益的行政行為のそれよりも高いと述べ、撤回不自由およびその根拠として信頼保護の原則を認めている。その後、キミニッヒも、瑕疵なき授益的行政行為の撤回の場合、法治国の具体化である法的安定性——信頼保護のために、この行政行為の除去の要件は、瑕疵ある行政行為のそれよりも、当然に加重されるとして、今日では、もはや撤回自由の原則を主張する者はいないとし、彼自身も撤回不自由の原則を主張し、例外的に認められる撤回の場合でも、当事者が行政行為の存続を信頼して (*im Vertrauen auf den Fortbestand des Verwaltungsakts*) 法的行為を先取りしたことにより受けた損失を補償しなければならない、⁽⁶⁾と云う。

これに対し、マインカは、取消しの禁止制限の根拠は信頼保護に求めるが、撤回の禁止制限は受益者の権利侵害の禁止などすでに存する特別の原則から根拠づけることができ、信頼保護の原則の補完性 (*Subsidiarität*) を理由に同原則は非撤回性を根拠づけえない、という。このことは、とくに、受益者に公権を付与する行政行為に対し妥当するが、ただし、今日でも、撤回の自由が広く認められている授益的行政行為の種類には信頼保護が撤回の禁止を根拠づけることもある、という。すなわち、一般的禁止を解除する許可を含む例外的承認 (*Ausnahmebewilligung*) は撤回されうるが、当事者がこの承認を利用し、これに関連して金銭・労力を投下したときは、信頼保護のため官庁は撤回できず、あるいは、公物の一般利用を越える占用を認める利用許可 (*Gebraucherlaubnis*)、たとえば公共の場所における売店の設置) も撤回されうるが、当事者は、許可の発布後かなりの期間が経過するまでは撤回

回は許されないというほどの効果をもつ信頼保護を求めることができる、と説き、結局、「信頼保護の法思想は、撤回の阻止理由としては劣位の意味をもつにすぎない」と結論づける。⁽⁸⁾さらに、よりすすんで、違法な授益的行政行為の取消しの禁止制限の根拠を信頼保護の原則に求めながら、撤回の禁止制限の根拠としては、同原則にはよらずに、基本法二二条一項（職業選択の自由）・一四条（財産権の保護）に求めるものがある。⁽⁹⁾

二 行政手続法四九条二項およびA O一三一条二項各号の定める授益的行政行為の撤回を許容する事由は、ほぼ従来の判例学説の支配的見解に従うものである、といわれている。⁽¹⁰⁾次に、これら法条の定める撤回事由を中心として、授益的行政行為の撤回の許される場合をみることにする。(4)・(5)の撤回事由はA Oの規定には存しない)。

(1) 撤回留保 別に、法律の定めにより撤回が許されるとき、または行政行為中に撤回を留保する場合である。後者の場合、わが国でも、受益者の損失補償なくして撤回を許容するのが通説であるが、この場合には、行政行為の存続に対する相手方の（保護に値する）信頼は存しないといわねばならないから、行政手続法がこの場合には信頼利益の損失補償はしないことを定めるのは、いわば当然の規定であると解することができる。ただし、撤回の留保はそれ自体の許容要件をみたし（行政手続法三六条二項参照）、かつ、撤回権の行使も合理的理由にもとづくことを要し、そうでなければ、撤回は瑕疵あるものとなる。⁽¹³⁾

(2) 負担の不履行 負担は、これが履行されないときは本体である行政行為が求める目的が達せられないなどの重要性をもつものでなければならぬであろう。⁽¹⁴⁾行政強制により負担の履行が確保できればこれにより、行政強制による負担の履行確保がむずかしいとき撤回は許される、と解される。⁽¹⁵⁾なお、負担の履行期限が設けられていな

いときは、官庁は、撤回をする前に、期限を設定しなければならない⁽¹⁶⁾。負担の不履行について相手方の故意、過失は原則として必要でないとされる⁽¹⁷⁾。わが国でも、負担の不履行の場合には受益者の責めに帰すべき事情があったなどの理由により、撤回の許容性を認め、かつ、損失補償を要しないと解するのが通説の見解であろう⁽¹⁸⁾。

なお、とくに西ドイツ行政手続法は、負担の不履行にもとづく撤回の場合、信頼利益の損失補償を要しない旨定めるが、これは、信頼保護の原則の立場からは、いわば当然の規定であると解しうる⁽¹⁹⁾。

(3) 事実の変更 この場合の撤回は、次の二つの要件とともに充さなければならない。(7) まず、行政行為の発布後に生じた新事実が、行政行為の発布前に生じていたのであれば、行政は行政行為を発布する権限がなかったか、あるいは、行政行為の不発布の義務を負っていたであろう場合である。官庁が行政行為の発布時に存在していた事実を発布後に知ったとき、発布後に同事実の法的重要性を知ったとき、あるいは、同一事実の事後的な評価変更は、いずれも右要件にはあたらない⁽²⁰⁾。

(1) 次に、撤回をしなければ公益が侵される場合である。この要件は、単に、撤回への公益が受益者の行政行為の維持への利益を上まわるといっただけでは足りない、という⁽²¹⁾。この公益への危険という基準は明確ではないことから、これを撤回事由とするには批判もある⁽²²⁾。なお、A Oの解釈につき、従前の決定を維持すれば受益者が他の納税義務者に比べて優遇される場合がその例であるとされるが、これには疑問があろう⁽²³⁾。

なお、右の二つの要件がそなわるときでも、法形成的行政行為については撤回することができない、という⁽²⁴⁾。本号の規定にもとづく撤回の場合、受益者に保護に値する信頼があるときは損失補償を要するが、わが国でも、公益

を理由とする撤回の場合には、受益者の損失補償を要すると解するのが判例通説である。⁽²⁵⁾

もっとも、撤回さるべき行政行為は、事実の変更により、当初の規律対象を失なうから、この場合の撤回は、本来の意味での撤回ではなく、新行政行為の発布による新たな規律 (Neuregelung) であるから、四九条による制約をうけず、したがって補償義務も要しない⁽²⁶⁾という見解があるが、わが国でも、この場合には、本来の意味における撤回ではないが、公用収用であるとして損失補償は認める⁽²⁷⁾であろうか。

(4) 法状況の変更　撤回は、(ア) 変更した法規によれば官庁は行政行為を発布しなくてもよく、(イ) 受益者がいまだ授益を利用しなかったか、または、行政行為にもとづく給付を受領していなかったとき、かつ、(ウ) 撤回をしなければ公益に危険が生ずるときに、許される。右三要件が重疊的に存しなければならぬ、とされる。法規の事後の変更のみでは足らず、もちろん、行政規則ないし判例の変更は撤回を許容しない。右(イ)の要件は四八条二項・三項による行政行為の区別に対応し、金銭・物の給付を目的とする行政行為では受益者が給付を受領しなかったときにのみ撤回は許され、それ以外の授益的行政行為では撤回の可能性は受益者による授益の利用ないしその程度に依存するという⁽²⁸⁾。必ずしも、利用を直ちに元通りにすることができないとか、給付を費消したことまで要件とするわけではない⁽²⁹⁾(この点で四八条二項二段の場合と異なる)。なお、行政行為の発布時に存在していた法状況の事後の評価の変更は、本号の定める要件にはあたらない⁽³⁰⁾。本号の規定にもとづく撤回の場合、信頼損失の補償を要する。

わが国の判例通説は、法状況の変更を独立の撤回事由としてあげてはいないようにみえるが、この場合、公益を

理由として撤回の許容性を認めるのであろうか。

(5) 公共の福祉に対する重大な損失の防止ないしその除去　この要件の充足には高度の要請がされ、前記(3)・(4)におけるような単なる公益への危険侵害のみでは足りない⁽³¹⁾とされる。しかし、災害、緊急状態等の異常な事態の存在を要するわけではなく、個人の生活、健康に対する重大な危険侵害の防止のための撤回も、本号の規定に準じて許され、また、そのために撤回のみで十分である必要はなく、他の措置とあわせて本号の規定目的を達する場合でも撤回は許される、という⁽³²⁾。ただし、公共の福祉の保護を撤回事由とすることには、学説上、批判もある⁽³³⁾。本号にもとづく撤回の場合にも、受益者の信頼損失の補償を要することがある。

以上に定める撤回事由のほか、受益者の同意 (Zustimmung) をも撤回事由としてあげるものが、西ドイツ⁽³⁴⁾およびわが国⁽³⁵⁾でも、みられる⁽³⁶⁾。

(1) 本稿五七頁参照。

(2) Ute/Laubinger, S. 258 Anm. 8 は、適法な行政行為の廃止であるため、受益者に保護に値する信頼が存しない場合を考えるのは必ずしも、*in* ところ、Knack, S. 419 は、*in* ところ、四八条三項におけるよりも、より信頼保護が是認される、と云う。

(3) このことから、撤回を求める公益が受益者の信頼に比して、とくに重要であることを理由に、この場合の損失補償を縮減すべきとはできない、*in* ところ、(Johlen, NJW 1976 S. 2156)。

(4) 同前 Maurer, Jus 1976 S. 492; Kopp, S. 557, 547. Götz, NJW 1976 S. 1429 も、四九条二項は、警察法上の撤回理由を導入し (三号・四号)、公共の福祉に対する重大な不利益の阻止 (五号) を撤回理由とすることにより、「財産保護を

行政行為の取消撤回と信頼保護 (乙部)

「うじた信頼保護」を目ざす」といふ。

- (5) Tjike-Kruse, Vor § 130 ff. Tz. 3, § 131 Tz. 4. なお、タイプクは、適法な行政行為を撤回すべきことの必要性はなかったため、旧法の規定にはなかったとし、なお、AO三〇条・三二一条等は、それほど必要性もないのに、法秩序の統一の見地から行政手続法に適應すべきための高価な犠牲を払わされ、行政手続法の関係規定がとくに警察法・営業法・公物法を手本としたものであることをあまり深く考えずに取り入れたなど、厳しい批判を加えている (Vor § 130 ff. Tz. 4)。
- (6) Hauelsen, Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, NJW 1955 S. 1458 f. (ただし、撤回の可否は個別事案において撤回の公益と行政行為の存続の信頼保護という受益者の利益等との比較衡量により決すべき」といふ)
- (7) Kimmich, Jus 1965 S. 257.
- (8) Mainka, S. 57-60. 彼が、この信頼保護の原則の「補完性」については、拙稿・神戸学院法学六卷一号二五八頁参照。
- (9) Erichsen/Martens, aO S. 180 ff. など Vgl. Kimmich, Jus 1965 S. 258 f. Vgl. Scheerbarth, DVBl 1966 S. 780, 782 (比例適合性の原則を求めず)。
- (10) Kopp, S. 548 ff.
- (11) たとえば、田中・行政法上巻一五六頁、杉村・前掲書二五一頁。
- (12) 成田ほか・前掲書一五八頁、南＝原田＝田村編・前掲書一八四頁△南▽参照。
- (13) Kimmich, Jus 1965 S. 257; Scheerbarth, DVBl 1966 S. 783; Kopp, S. 549; Knack, S. 417. わが国でも同旨。たとえば、南＝原田＝田村編・前掲書一六〇頁△南▽。いわゆる例文的な撤回権の留保は、これにあたらないうであろう (田中・行政法上巻一五六頁)。
- (14) Kopp, S. 550 f.; Knack, S. 417.
- (15) Hauelsen, NJW 1955 S. 1460; Scheerbarth, DVBl 1966 S. 783. この場合、比例適合性の原則が重視されるべきであらうといふ (Kopp, S. 550; Knack, S. 417)。

- (16) Meyer/Borgs, S. 325. なる Knack, S. 417 は、もとより履行期限が設定されているときでも、さらに、相当の履行期限を設定すべきであろう。
- (17) Uie/Laubinger, S. 256 ; Hauelsen, NJW 1955 S. 1460.
- (18) たとえば、南原田田村編・前掲書一八四頁参照。反対、杉村・前掲書一四九頁以下。
- (19) Tipke-Kruse, §131 Tz. 6 ㊦ A O 三二条三項二号について、この場合、受益者は信頼保護に値しないとして、撤回は当然であるとする。
- (20) A O 三二条三項二号の規定の解釈について、Tipke-Kruse, §131 Tz. 7. また、Kopp, S. 552 も同意であるが、ただ、新たな学問的知識をもとづく同一事実の別異の評価はこの要件にあたる、という。
- (21) Kopp, S. 552 ; Uie/Laubinger, S. 256. また、Knack, S. 418 は、むしろ、行政行為を維持すること自体、公益に危険を与えることが必要であるというが、この点に關し、田中・行政行為論二六三—二六四頁参照。
- (22) Meyer/Borgs, S. 325. なる Vgl. Scherbarth, DVBl 1966 S. 783.
- (23) Koch, S. 256, 832.
- (24) Kopp, S. 551.
- (25) たとえば、田中・行政法上巻一五六頁。
- (26) Kopp, S. 551.
- (27) 遠藤・前掲書一九六頁。
- (28) Uie/Laubinger, S. 256 f.
- (29) Kopp, S. 554.
- (30) Hauelsen, NJW 1955 S. 1459.
- (31) Uie/Laubinger, S. 257. また、Knack, S. 418 も、たとえば金銭的利益は公益ではあるが、「公共の福祉」には含まれない、という。

- (32) Kopp, S. 555 f.
- (33) Kinninich, Jus 1965 S. 257 f.; Scheerbarth, DVBl 1966 S. 783 f.
- (34) Hansen, NJW 1955 S. 1460 (ただし、行政行為が申請により、かつ申請人の利益において発布されたとき); Koch, S. 256. ただし、Kopp, S. 547 は、四九条二項一号から五号までの規定が制限的であることを理由として、反対。
- (35) 通説である。たとえば、田中・行政法上巻一五六頁、杉村・前掲書二五一頁。
- (36) なお、授益的行政行為の撤回権の行使が除斥期間に服することは、本稿一〇九頁参照。

四 結 語

一 違法な授益的行政行為の取消義務を説く見解は、行政の法律適合性の原則をその最大の立論の根拠とするように思われるが、しかし、同原則から直ちに取消義務が生ずるかは疑問があり、さらに、右の見解が取消義務を説く代償として受益者に付与すべきとする損害賠償・損失補償請求権等も、受益者の救済措置としては十分ではない。結局、違法な授益的行政行為の取消しが許されるか否かは、個別事案において、個々の行政法令の規定に化体された価値と受益者の保護利益との比較衡量によって決めるほかにように思われる。

問題は、この受益者の保護利益を基礎づける法原則(理)であるが、これは、違法な授益的行政行為の適法ないし存続性に対する受益者の信頼保護にあると考えられる。これは、西ドイツでは、従来、連邦行政裁判所および学説の支配的見解であり、一九七六年に制定された行政手続法も、この判例学説にしたがって、明確に、信頼保護の

原則を導入した。わが国でも、同様に考える判例学説も、最近、有力になってきた。しかし、信頼保護の法的根拠については、わが国の判例学説および同法は明確ではなく、西ドイツの判例学説は諸説に分かれるが、筆者は、これを信義則に求めるべきではないかと思うのである。この意味で、違法な授益的行政行為の取消しに関し、最近、信義則説の立場から、とくに基本権説に対し詳細に批判を加えるフロツチェルの見解は、注目に値する。信頼保護の要件に関し、西ドイツの判例学説および行政手続法が、保護に値する信頼あるいは信頼を援用しえない場合としてあげる要件は、おおむね妥当なものであり、わが国の判例学説が取消しを禁止制限する要件として考えているところにも、ほぼ一致するようにみえる。ただし、行政手続法が、金銭・物の給付を目的とする行政行為とそれ以外の授益的行政行為とは、信頼保護の態様・効果に区別を設けているのは、従来の西ドイツの判例通説にてらして信頼保護の原則の重要な後退を意味するから、このような二分法には従うことはできない。わが国の判例通説も、このような二分法はとらない。

ところで、適法な授益的行政行為については、わが国の通説は、撤回自由の原則をとるが、西ドイツでは、むしろ、撤回不自由の原則をとり、この点で取消しとは異なると解するようである。撤回の禁止制限の法的根拠としては、わが国でも受益者の信頼保護の観点から説こうとする見解があり、西ドイツでは、この見解が有力であり、行政手続法もこれに従うようにもみえるが、ただ、保護に値する信頼の有無の解釈でも、違法な授益的行政行為の取消しの場合とは異なる。

二 西ドイツ行政手続法は、授益的行政行為の取消撤回に関する四八条・四九条の規定を確約 (Zusicherung) に

対し準用するから(二三八条)、確約の拘束性についても信頼保護の原則を導入したと解することができる。⁽¹⁾これら法条の解釈に関する判例学説は、法制定後間もないこともあって、まだ少ないが、同法の制定により、今後、行政行為の取消撤回・確約と信頼保護に関する論議は多くなり、かつ、より精密に論じられるようになっていくであろう。

本稿は、信頼保護の観点から、従来の判例学説との対比において、行政手続法等が定める授益的行政行為の取消撤回についての規定の重要な部分の意味内容をできるかぎり明らかにし、さらに、わが国の判例学説にてらして若干の検討を加えるつもりであったが、すでに、遠藤教授による前記の詳細かつ有益な研究⁽²⁾にも従来の西ドイツの判例学説等の紹介・検討はされていることもあって、西ドイツの学説もわずかなもののみならず、判例の概観については学説のみるところによっている。将来、とくに、行政手続法等の右規定に関する判例学説の集積をまっぴら、より詳しく論じたいものと考えている。

- (1) 行政手続法等の定める確約の法理については、近かく、別稿でふれる予定にしている。
- (2) 遠藤博也・行政行為の無効と取消。

(昭和五二年六月末脱稿)