



Title	瑕疵ある行政行為の轉換の要件に関する一考察 —西ドイツ行政手続き法四七条をめぐって—
Author(s)	萩野, 聡; HAGINO, Satoshi
Citation	北大法学論集, 40(5-6上), 329-356
Issue Date	1990-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16710
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(5-6)1_p329-356.pdf



瑕疵ある行政行為の轉換の要件に関する一考察

——西ドイツ行政手続法四七条をめぐって——

萩野 聡

目次

- 一 はじめに
- 二 瑕疵ある行政行為の存在、目的同一性
- 三 行政庁の意図との整合性、不利益変更の禁止、取消禁止による制限
- 四 羈束行為から裁量行為への轉換禁止
- 五 手続方法及び形式の適法性、聴聞、実体的適法性
- 六 おわりに

一 はじめに

(1) 序論

瑕疵ある行政行為は、原則として無効または取り消しうべきものである。しかし、無効または取消の必要性、相手方の信頼保護、法的安定性、社会公共の福祉の見地から、(具体的事情に即し)瑕疵ある行政行為を有効な行政行為として扱う(べき)場合がある。^①「瑕疵ある行政行為の転換」もその一つである。

「瑕疵ある行政行為の転換」とは、「ある行政行為に瑕疵があり本来は違法ないし無効であるが、これを別個の行政行為とみた場合には、瑕疵がなく、かつ目的、手続、内容においても適法要件を満たしていると認められる場合に、これを別個の行政行為とみためて有効なものと扱っていくこと^②」を指すが、「公権力による権利・利益の侵害を排除しようとする法治国原理^③」や公正な行政手続の要請などに対する例外であり、みだりに認められるべきものではない(通説^④)。これについては、既に指摘されているように、^⑤処分庁の処分当時の法的判断に基づく行政行為が、後の争訟段階で、違法もしくは無効とされるのをさけてその効力を維持するために、処分時の法的判断をあらため、処分庁、審査庁、裁判所などがこれを別種の処分としてあつかうことが許されるかという形で問題となる(なお、本稿では「事実上の公務員の法理」については省略する)。

西ドイツでは、一九七六年制定の行政手続法^⑥四七条が瑕疵ある行政行為の転換について定めており、この規定をめぐって活発な論議が繰りひろげられている。転換に関する諸問題のうち、転換の機能、他の法行為との区別、転換の対象、法的性質、転換権限者等については、既に別稿^⑦で概観したところであり、本論文では専ら同法四七条に掲げられている要件に的を絞って議論を進め、よって別稿とあわせ瑕疵ある行政行為の転換及びそれと関連する諸問題を今後考察する

際の手掛かりとしたい。

(2) 条文

最初に、西ドイツ行政手続法四七条を掲げる。¹⁸⁾

四七条《瑕疵ある行政行為の轉換 (Umdeutung eines fehlerhaften Verwaltungsaktes)》

(一) 瑕疵ある行政行為は、同一目的に向けられ、処分庁が、実際に行われた手続方法及び形式で、適法に行うことができたであろう別の行政行為に、それを発するための要件が充足されている場合に、轉換されることができる。

(二) 瑕疵ある行政行為が轉換されるべき行政行為が、処分庁の認識可能な意図と矛盾し、または、関係人に対するその法効果が、瑕疵ある行政行為のそれに比べ、不利益である場合には、第一項の規定は適用されない。

さらに、瑕疵ある行政行為を取消すことが許されない場合には、轉換は許されない。

(三) 法律に羈束された決定としてのみ行われることができる決定は、裁量決定に轉換されることはできない。

(四) 第二八条「関係人の聴聞 — 筆者」の規定が準用される。

関連して、民法一四〇条も掲げる。

一四〇条《轉換 (Umdeutung)》

無効な法律行為が他の法律行為の要件をそなえている場合、(当事者が)前者の無効を知っていたならば後者の法律行為の効力を欲したであろうことが認められる場合には、後者が効力を生ずる。

なお、瑕疵ある行政行為の転換については、他に租税通則法一二八条¹⁰⁾、社会法典第一〇部四三条でも定められているが、ほとんど同じ規定内容なので、訳は省略する。

本稿では、行政手続法の条文を示す場合には、条文のみを挙げる。また、本論文で引用する判決の一部は、説明の便宜上、別稿「転換論」と重複をいとわずあげてお断りする。以下、順次、瑕疵ある行政行為の転換の要件を取り上げて行く。

(1) 田中二郎『新版行政法上巻(全訂第二版)』一四一頁(弘文堂、一九七四年)。この点につき、田中博士は、また次のように言われる。行政行為の効力の具体的決定は、当該行為に必要な要件の具備判断のみならず、瑕疵ある行政行為の無効・取消がもたらす影響を考え、相手方の信頼保護、法律生活安定の保護、公共の福祉の保護その他個人的・社会的諸利益を比較衡量した上でなされなければならない。瑕疵ある行政行為の効力を否定し法律の期待する法的価値を維持・実現するのに比べ、より大なる法的価値が存する場合には、これを実現するため瑕疵ある行政行為の効力を肯定し維持しなければならぬ場合もありうる(田中『行政法総論』三四二頁、有斐閣、一九五七年)。

(2) 原田尚彦『行政法要論(全訂第二版)』一六〇頁(学陽書房、一九八九年)。

(3) 塩野宏『行政法第一部講義案(上)』一二四頁(有斐閣、一九八九年)。

(4) 学説については、参照、拙稿「後掲注(7)論文」注(2)(3)(4)。

(5) 遠藤博也『実定行政法』一一六頁(有斐閣、一九八九年)。

(6) *Verwaltungsverfahrensgesetz v. 25. 5. 1976, BGBl. I S. 1253.*

(7) 拙稿「西ドイツにおける瑕疵ある行政行為の転換論」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題』(下)所収(有斐閣、一九九〇年)(以下、「転換論」と略)。

(8) 拙稿「転換論」中にも条文を示してあるが、説明の便宜上、本稿でもあげておく。なお、参照、拙稿「転換論」注(11)。

(9) §128 Abgabenordnung (AO 1977) vom 16. 3. 1976 (BGBl. I S. 613).

(10) §43 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren (SGB - X) vom 18. 8. 1980 (BGBl. I S. 1469).

※ 本文中で引用する主なものを掲げる。

Otto Bachof, in : Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974 (≡『 Wolff/Bachof 』註).

Peter Badura, in : Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens (hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1986 (≡『 Erichsen/Martens 』註).

Ulf Berger=Delhey, Sozialhilfe und Arbeitsrecht, NVwZ 1988, S. 899ff.

Martin Dorn, Möglichkeiten der Veränderung bestandskräftiger Zuwendungsbescheide, DÖV 1988, S. 7ff.

Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1973.

Walter Klappstein, in : Hans Joachim Knack (hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1989 (≡『 Knack 』註).

Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., 1983.

Hans - Werner Laubinger, Die Umdeutung von Verwaltungsakten, VerwArch. 1987, S. 207ff. und 345ff.

Hans Meyer, in : Hans Meyer/Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1982 (≡『 Meyer/Borgs 』註).

Horst Joachim Müller, Zum Einfluß der Verwaltungsverfahrensgesetze auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren, NJW 1978, S. 1354ff.

Ulrich Prutsch, Konversion von Straßenbaubeiträgen nach Bundesbaugesetz oder Kommunalabgabengesetz, DÖV 1981, S. 941ff.

Konrad Redeker/Hans - Joachim von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 9. Aufl., 1988 (≡『 Redeker/v. Oertzen 』註).

Konrad Redeker, Zum neuen Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1973, S. 744ff. (≡『 DVBl. 1973

Wolf - Rüdiger Schenke, Die Umdeutung von Verwaltungsakten, DVBl 1987, S. 641ff.

Paul Stelkens, in : Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Klaus Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1983 (以下、Stelkens/Bonk/Leonhardt と論)。

Carl Hermann Ule, in : Carl Hermann Ule/Hans - Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 2. Aufl., 1979 (以下、Ule/Laubinger と論)。

Felix Weyruther, Zur richterlichen Umdeutung von Verwaltungsakten, DÖV 1985, S. 126ff.

二 瑕疵ある行政行為の存在、目的同一性

(1) 瑕疵ある行政行為の存在

四七条一項は、瑕疵ある行政行為が別の行政行為に転換されることができる旨、定めている。

(イ) 行政行為

同項によれば、問題となつてゐる行為が転換の前も後も、三五条に定められてゐる要件を充足していなければならぬ¹²。従つて、本条は以下の場合には直接には適用されないと解されている¹³。①ある行政行為が転換によつて別の法的性質を帯びた行為(たとえば、公法上のないしは私法上の契約、法規命令ないしは行政規則など)に変異する場合、②逆に、他の種類の法的性質を有する行為から行政行為に変化する場合など、③問題となつてゐる行為が変更の前後を通じてともに行政行為ではない場合、たとえば、公法上の契約を別内容の公法上の契約に、ないしは、私法上の契約に変更する場合などが挙げられている。

ただし、具体的事案において争いが見られ、連邦行政裁判所一九八一年六月一日判決¹⁹は、連邦建設法二一条に基づき地区詳細計画(Bープラン)に与えられた上級行政庁の監督的許可は、原則として、同法一二五条二項第一段に定める地区施設設置についての上級行政庁の同意に、轉換されることが許されるとするが、これに対し、行政内部行為から行政行為に及びその逆への轉換には行政手続法四七条は適用されず、轉換に関する法の一般原則によるべしとの、あるいは、民法一四〇条に基づくべしとの見解がある。

また、瑕疵ある公務員の任命を契約に轉換することを肯定する見解が多いが²⁰、その根拠については意見がわかれている²¹。

さらに、③に関して、行政手続関係人(Beteiligten)の手続行為、たとえば、許可申請ないし手続申請などの変更について論議されている²²。すなわち、連邦行政裁判所一九六六年一月二六日判決は、負担調整給付事案²³において、不可争力を伴って終結したと考えられていた行政手続の再開を求める申請を異議の申立てに轉換することを承認したが²⁴、これに対しては、訴訟法上の見解に依拠して、瑕疵ある当事者の行為が別の行為の要件に合致しており、かつ、同一の目的に奉仕している場合には、民法一四〇条が類推適用されるべきであるとの立場から、この種の轉換について同条が準用されるべきとの主張も見られる²⁵。

(ロ) 瑕疵あること

四七条一項によれば、轉換前の行政行為に瑕疵があることが必要である。その際、無効な行政行為だけが、あるいは、取消しうべき行政行為だけが轉換の対象となるのか、それとも両行為がともに轉換可能なのかという問題は別稿²⁶ですでに論じているので、ここでは、行政行為に付着している瑕疵が特定の性質を有するべきかという問題だけを取り上げる。

実体的な(内容上の)瑕疵が、行政行為を「瑕疵ある (fehlerhaft)」ものにするという点は、見解が一致している。形式に関する瑕疵、すなわち、管轄、手続、行為形式に関する法規違反について同一のことが妥当するか否かに関して、通説^⑨はこれを肯定するが、形式的な瑕疵のみが付着している行政行為は転換に親しまないとする反対説^⑩がある。

(11) 三五条《行政行為の概念》「行政行為とは、行政庁が公法領域における個々の場合を規律するために、かつ、外部に對して直接的な法効果を生ぜしめる、すべての処分、決定またはその他の高権的措施をいう。(後略)」

(12) Begründung des Regierungsentwurfs vom 18. 7. 1973 zum Entwurf des VwVfG, BT - Drucksache 7/910, S. 66f. (zu §43(以下) BT - Drucksache と略) = 「転換される一筆者) 別の行政行為を発するための諸要件が存在しなければならぬ。」(S. 67).

(13) Laubinger, aO., S. 354ff.

(14) ①連邦行政裁判所一九六三年一〇月一日判決 = BVerwG, Urt. v. 1. 10. 1963 - IV C 9. 63 - BVerwGE 18, S. 11f. = 「行政庁の意思により行政行為として形成され、かつ、この形式で発せられた命令を、法規範に転換することは全く不可能である。」(S. 4) — 本件では、行政行為から法規命令への転換が否定された。

②連邦行政裁判所一九八〇年七月一〇日判決 = BVerwG, Urt. v. 10. 7. 1980 - 3 C 136. 79 - BVerwGE 60, S. 269ff. = 「直接的な法的効果を表している決定を、将来の決定の単なる予告 (Ankündigung) に転換することは、法的には許されない。」(S. 275) — この事案では、(病院需給計画の中に) ある病院を組み入れることを確定する(授益的行政行為に付された不利益賦課の附款(期限ないし解除条件)を、当該授益的行政行為の撤回の予告に転換することが否定された。

③連邦労働裁判所一九八七年一月一四日判決 = BAG, Urt. v. 14. 1. 1987 - 5 AZR 166/85 - NVwZ 1988, S. 966f. = 生活保護(社会扶助)ではなく失業手当を受けていた原告に對する労働従事命令は違法であるが、瑕疵ある行政行為は別の行政行為にのみ転換されることができ、(労働)契約に転換されることができないと、判示した。この判決に関連して、労働従事決定の転換を論じているものとして、参照 Berger = Delhey, aO., S. 901.

- (15) たとえば、VGH München, Urt. v. 21. 3. 1977 - Nr. 36 IX/74 - NJW 1978, S. 2410ff. (2413) は、無効な公法上の契約を有効な行政行為に轉換することを否定している。
- (16) 公法上の契約については、行政手続法五四条以下に定められている。
- (17) この場合には、行政手続法六二条第二段「民法の規定が補充的に適用される」により、民法一四〇条が準用される。
- (18) Ule/Laubinger, aaO., §70 V.
- (19) BVerwG, Urt. v. 10. 6. 1981 - 8 C 15. 81 - BVerwGE 62, S. 300ff. = DVBl. 1982, S. 72f. = NVwZ 1982, S. 245f.
- (20) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., §47 Rdnr. 6.
- (21) Weyreuther, aaO., S. 132 Fußn. 43. ただし特段の理由は述べられていない。
- (22) Wolff/Bachof, aaO., §51 VC.
- (23) 法の一般原則説 (Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., §47 Rdnr. 6)「民法一四〇条説 (Weyreuther, aaO., S. 132) なるがある。
- (24) Vgl. Bayerisches OBLG, Urt. v. 24. 6. 1971 - RReg 8 St 59/71 - NJW1971, S. 1815ff. (1818).
- (25) 負担調整 (Lastenausgleich) については、参照、山田晟『ニュートン法律用語辞典』(大学書林、一九八一年)二三八頁。
- (26) BVerwG, Urt. v. 26. 10. 1966 - V C 10. 65 - BVerwGE 25, S. 191ff. 「原告は (本申請により) 不可争力ある行政行為により終結されたと考えられている行政手続の再開を欲している。しかしながら、もしも原告が、当該決定の取消がなお可能であることを知っていたならば、原告は疑いなく異議申立て (Beschwerde) を行っていたであろう。原告の申請は、当該決定の取消を目的としているものであるから、異議申立てにおける取消と同然であり、当初の未だ不可争力が生じていない決定に対する、異議申立てに轉換されることかきえる。」(S. 194) Vgl. OVG NW, Urt. v. 10. 5. 1984 - 14 A 1822/80 - NVwZ 1984, S. 655.
- (27) Laubinger, aaO., S. 356 Anm. 172. 及び、同箇所に引用されている民法の諸論文を参照のこと。
- (28) 拙稿「轉換論」第四節一「轉換の対象」
- (29) Meyer/Borgs, aaO., §47 Rdnr. 7 und §45 Rdnr. 4 ; Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., §47 Rdnr. 7 ; Knack, aaO., §47 Anm. 2.1.2. und 2.2.f.

(30) Prussch, aaO, S. 943 「真の転換は、実体的な瑕疵を有する行政行為を前提としてゐる。」
 (31) 金銭給付行政における転換の要件としての瑕疵を論じたものとして、参照、Dorn, aaO, S. 10.

(2) 目的同一性

第一項によれば、転換された後の行政行為が、瑕疵ある行政行為と「同一目的に向けられて」いなければならない。この点に関して、連邦行政裁判所一九六〇年一月一日判決^②は、負担調整法三四三条による支払い停止と、支払い承諾決定の取消しとは、「法的に本質的に異なっているので、相互の転換の余地はない」と判示した。連邦政府はこの判決を引き合いに出して、以下の様に述べている。「転換後の行政行為は、—非本質的な相違は別にして—瑕疵ある行政行為に帰属すべきであつたのと同—の実体法上の効果（射程距離）を有しなければならない。」

目的同一性に関するメルクマールとして両者により示された「本質的な法的区別」、「同一の実体法上の効果（射程距離）」という定式を、多くの判例^③・学説^④が採用している。その際、ラウビンガーは、同項という目的とは行政庁により意図された法効果であると解し、^⑤転換後の行政行為が行政庁により意図された目的を實際に達成した場合のみならず、この目的を完全には達成してはいないがそれに接近している場合にも、目的同一性を肯定している。^⑥これに関連して、転換後の行政行為は転換前の行政行為に含まれて（*enthalten, eingeschlossen sein*）いなければならないと言われることがある。^⑦また、転換後の行政行為が、転換前の行政行為に關し意図された目的を凌駕することができるか否かについて、肯定説^⑧と否定説^⑨にわかれているが、肯定説の場合^⑩であっても第二項の不利益変更の禁止により通常は転換が許されないと考えられている。なお、判例上、たとえば、戦争措置令による雇用関係の終了からドイツ官吏法六一条による撤回処分への転換につき、目的同一性が欠けているがゆえに消極に解されている。^⑪また、連邦財政裁判所一九八六年四月二二

日判決³³⁾は、会社変更によりもはや存在していない有限会社に対する自動車税追徴（課税）決定及び異議棄却決定を、包括的権利承継人に対する決定に轉換することは、「当該有限会社と包括的承継人との間に人格の同一性が欠けている」ので、新決定は旧決定と「同一の目的に向けられてはいないであろう」が故に、許されないと判示している。

(32) BVerwG, Urt. v. 11. 11. 1960 - IV C 277. 59 - BVerwGE 12, S. 9ff. = NJW 1961, S. 1594.

(33) BT - Drucksache 7/910, S. 67 (zu §43).

(34) ⊕BVerwG, Urt. v. 28. 2. 1975 - IV C 30. 73 - BVerwGE 48, S. 81ff. = NJW 1975, S. 2309ff. = DVBl. 1975, S. 516ff. = DÖV 1975, S. 685ff. 「轉換すべき意思表示と轉換により作り出された意思表示との間には、いかなる本質的な法的相違の存在も許されな」として、土地取引許可申請に対する不許可処分から同許可の取消しへの轉換を否定した。

⊗VGH Mannheim, Urt. v. 3. 1. 1985 - 14 S. 2605/83 - NVwZ 1985, S. 349f. ⊥轉換前の行政行為と轉換後のそれとの間の完全な内容上の同一性は必要がないとして同上の定式を示し、国防軍地域募集局によりなされた、職業教育補助金を受けながらマッサージ師等の職業教育を受講することの許可に対する撤回は、同許可に含まれている授益的規律は同許可の期限の到来により効力を失っているという内容の、瑕疵のない確認的行政行為に轉換されることができるとした。

(35) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO, §47 Rdnr. 8; Prutsch, aaO, S. 944; Meyer/Borgs, aaO, §47 Rdnr. 10 「法価値が本質的に異なる場合には、轉換は不可能である。」; Dorn, aaO, S. 10; Knack, aaO, §47 Anm. 2.5.

(36) Laubinger, aaO, S. 359. 彼はこの観点から以下のような事例をあげる。①試用公務員の免職が有する公務員関係の破棄（取消）という目的は、公務員関係の撤回及び任用の取消が有する目的と同一である。②行政行為が無効になったという確認は、行政行為の取消と同一目的を有する（参照 VGH Mannheim, Urt. v. 3. 1. 1985 — 前出注(34)）。③許可申請に対する拒否と当該許可の事後的な取消とは、共に、申請者ないし被許可者が許可内容に適った活動を行うことを妨げるといふ目的を有する。

(37) Laubinger, aaO, S. 359. 彼は以下の例を示す。①処分庁はある行政行為を、行政手続法四八条に基づき、当該行政行為

の違法を理由に溯及的に取消したが、後に当該行政行為の適法であったことが判明した場合、溯及効を有すべく (ex tunc) 意図された取消が、将来に向けての (ex nunc) 撤回に転換されることが可能か否かが、考慮されねばならない。②行政庁が、必要な許可なしに建てられた建築物は実体的にも違法であるという誤った見解の下で建築物除去処分を発した場合、当該除去処分が建築物利用禁止処分¹²⁾に転換されるならば、行政庁は目的を完全には達成することはできないが、それに接近することが可能である。

- (38) Vgl. Meyer/Borgs, aO., §47 Rdnr. 10; Kopp, aO., §47 Rdnr. 8; Weyreuther, aO., S. 134. 「目的同一性は、信頼保護を背景にして、一積極的な——一致を意味するものではなく、ただ『本質的な(目的)——相違』がないことを意味しているのである。」なお彼は、同頁本文にて本要件により転換が妨げられないと考える事例を、同頁注(59)にて目的同一性が否定されると考える事例をあげ、それぞれ関連する学説・判例に対し賛否の見解を示している。

- (39) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aO., §47 Rdnr. 8; VGH Mannheim, Urt. v. 3. 1. 1985 (前出注(34)) S. 350.
 (40) Laubinger, aO., S. 359 (über das Ziel hinauschießt).
 (41) Kopp, aO., §47 Rdnr. 8 (nicht weiter reichen dürfen).
 (42) OVG Rheinland = Pfalz, Urt. v. 30. 7. 1954 - 2 A 67/53 - VerwRspr. 8. Bd. (1956), S. 647ff. 他の事例については、参照 Laubinger, aO., S. 360.
 (43) BFH, Urt. v. 22. 4. 1986 - VIII R 123/80 - NVwZ 1987, S. 534f.

三 行政庁の意図との整合性、不利益変更の禁止、取消禁止による制限

(1) 行政庁の意図との整合性

第二項第一段前半部によれば、「瑕疵ある行政行為が転換されるべき行政行為が、処分庁の認識可能な意図と矛盾¹³⁾する場合¹⁴⁾には、転換が否定される。本規定は、上述の目的同一性から派生してくるが、この規定の目的に関しては、当初

の行政行為の關係人 (Betroffenen)¹⁵⁾による不当な轉換要求から行政庁を保護することを目的にすると解する見解と、行政行為の名宛人ないし第三關係人を予測できないその法的地位の遡及的な悪化から保護することを目的とする説に¹⁷⁾、わかれていゝ。本要件に関し考慮に入れるべきは、行政庁の内的意思ないし担当者の見解ではなく、客観的な、先入観にとられない觀察者に、信義誠実の原則により行政行為をそれ自身及びその根拠から、及び、具体的事案において行政庁が当該行政行為により追及した当該規律 (Regelung) の意味・目的としての行政行為発布の事情から、明らかに事柄である¹⁶⁾。なお、本規定は消極的に定式化されているので、もしも行政庁が当初の行政行為に瑕疵があることを知っていたならば、轉換後の行政行為を(当初より)認識可能な程に (erkennbar) 欲していたであろう事は必要ではないと、解されている¹⁸⁾。

羈束行為の場合には、本要件は大部分前述の目的同一性のそれと一致する。従つて、本規定は、裁量行為の場合に意味をもつことになる。その際、コップは、本規定は裁量行為の場合にあつても、原則として、当初の決定を訂正する可能性を行政庁に与えるものではなく、この点で、本規定は、当初の行政行為を所与の事情の下で信義誠実の原則により理性的に評価した場合に予期されることもできず、また、予期しなかつたにちがいない轉換のみを排除していると、解している¹⁹⁾。

本要件につき、連邦行政裁判所一九八七年一〇月二一日判決は²⁰⁾、社会事務所がなした連邦社会扶助法九二条一項による費用賠償請求が違法である場合、同(請求)決定を、給付金返還請求決定あるいは同法二九条による経費償還請求決定に轉換することは、轉換された後の行為が行政庁の意図に合致していないこと、及び、原告に対しより不利益な法効果が生ずること等の理由により、許されないと判示した²¹⁾。

- (44) 「認識可能な意圖」概念については、参照 Stelkens/Bonk/Leonhardt, aO., §44 Rdnr. 36.
- (45) 「関係人」は、法一三条に定められている「関与人 (Beteiligte)」よりも広い概念である。Vgl. Kopp, aO., §13 Rdnr. 7.
- (46) Kopp, aO., §47 Rdnr. 11.
- (47) Meyer/Borgs, aO., §47 Rdnr. 13.
- (48) Kopp, aO., §47 Rdnr. 11 ; Knack, aO., §47 Anm. 3. 1 ; Weyreuther, aO., S. 135 = この条項の客観化を強調。
- (49) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aO., §47 Rdnr. 12.
- (50) Kopp, aO., §47 Rdnr. 12.
- (51) BVerwG, Urt. v. 21. 10. 1987-5 C 39/85-BVerwGE 78, S. 165ff. = NJW 1988, S. 2551f.
- (51a) 本要件に言及する判例として、たとえば、参照 VG München, Urt. v. 20. 12. 1983-M 3136Ⅱ/83-NVwZ 1985, S. 215f. (216) ; OVG Lüneburg, Urt. v. 14. 5. 1984-8 OVG A 23/83-DVBl. 1987, S. 837ff. (838) ; VGH Mannheim, Urt. v. 3. 1. 1985 (前出注(37)) ; VGH Kassel, Urt. v. 31. 5. 1985-IV OE 55/82-NVwZ 1986, S. 315f. (315).

(2) 不利益変更の禁止

第二項第一段後半部によれば、転換後の行政行為の法効果が、関係人にとり、当初の瑕疵ある行政行為のそれよりも不利益な場合には、転換はできない。この場合には、四八条による取消が考慮の対象になる。関係人には、行政行為の名宛人及び第三関係者が含まれ、また、この法効果には、行政行為の間接的效果、特に、その経済的效果も包含され、と解されている⁽⁵²⁾。本要件により、負担がより増大する方向で不利益賦課的行政行為を転換することは許されず、また、授益的行政行為を不利益賦課的行政行為に転換することも禁止される。これに対し、利益減少の場合については争いがあり、学説上は転換を否定する見解が多いが、この場合に転換を認めた判例として連邦行政裁判所一九七八年二月六

日判決⁽⁵⁴⁾を挙げる説も見られる。なお、違法な行政行為の受益者は、第二項第二段（後述）により保護される⁽⁵⁵⁾。

判例上、本要件により、たとえば、納税責任ある旨の決定（Haftungsbescheid）から課税決定への轉換⁽⁵⁶⁾、行政行為として形成された命令から法規範への轉換⁽⁵⁷⁾、金銭給付停止処分から授益的行政行為自体の取消への轉換⁽⁵⁸⁾、社会保障給付返還請求決定から経費償還請求決定への轉換⁽⁵⁹⁾、建築許可の撤回から取消への轉換⁽⁶⁰⁾などが否定され、逆に、連邦建設法による地区詳細計画への監督的許可から地区施設設置についての同意への轉換⁽⁶¹⁾が認められている。また、学説上、各州の自治体公課法（Kommunalabgabengesetz）による道路負担金賦課決定から連邦建設法による地区施設整備費用賦課決定への轉換が消極に解されている⁽⁶²⁾。

- (52) BT-Drucksache 7/910, S. 67 ; Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., §47 Rdnr. 13.
- (53) Meyer/Borgs, aaO., §41 Rdnr. 6.
- (54) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., §47 Rdnr. 13 ; Alfons Gern, Die Entwicklung des Kommunalabgabenechts 1987, NVWZ 1988, S. 1088ff. (1093) ; Knack, aaO., §47 Anm. 3. 2.
- (55) たとえば Meyer/Borgs, aaO., §47 Rdnr. 14. ただし、その理由は何も述べられていない。
- (56) BVerwG, Urt. v. 6. 12. 1978 - 8 C 24. 78 - BVerwGE 57, S. 158ff. (162) Ⅱもしかしたら公益を損なうるかもしれない特定の計画に対する、住宅公益法（Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz v. 29. 2. 1940, RGBL. I S. 438.）に定められていない「許可」は、当該計画が何ら問題がなっていないことの証明行為（Unbedenklichkeitsbescheinigungen）に轉換されることである。
- (57) Laubinger, aaO., S. 361. 彼は、許可のほうが上記証明行為よりも名宛人により多くの利益的法的地位を認めるものであるという見地から、この場合の例として本判決を挙げている。
- (58) 不利益変更禁止と信頼保護の関係につき、たとえば、参照 Weyreuther, aaO., S. 133.

- (59) OVG Münster, Urt. v. 8. 11. 1961- III A 1404/58 - VerwRspr. 14. Bd. (1962), S. 470ff. 〓 本判决は行政手続法制定前の事実であるが、民法一四〇条の原則を行政法に転用することによつて、関係人の法的地位の不利変更の禁止原則を認め、自動販売機に対する娯楽税課税に関し、次のように判示した。「納税責任あるとされた人 (der Haltende) は、他人の納税債務のために課税され、従つて行政庁は彼を本来の納税債務者とは考えてはおらず、彼は第三者に求償できる。それゆゑ、娯楽税法四条二項による連帯債務者責任 (die gesamtschuldnerische Haftung) は、同条一項による直接課税に比べ不利益ではない。」従つて、課税決定 (Heranziehungsbeseid) を納税責任ある旨の決定 (Haftungsbeseid) に転換することは認められるが、その逆の転換は許されなから (S. 472)。 〓 〓 Erichsen/Martens, aO., §41 IV (S. 393) ; Ule/Laubinger, aO., §60III ; Kopp, aO., §47 Rdnr. 13.
- (60) BVerwG, Urt. v. 1. 10. 1963- IV C 9. 63 - BVerwGE 18, S. 1ff. 〓 本件では、行政庁は「水保全地域 (Wasserschutzgebiet) を確定し、同地域を各々異なる命令及び禁止を伴う四ゾーンにわたける「決定」を発した。この「決定」は、既に不服申立をなしていた原告に、争訟方法の教示を付して送達された。本判决は、「行政庁の意思により行政行為として形成され、かつこの形式で発せられた命令を、法規範に転換することは全く不可能である」(S. 4) と判示し、この「決定」(〓 行政行為) から(同内容の)法規命令への転換を否定した。その理由として、「本要件との関係では、「行政行為の衣の中に包みこまれほとんど変装させられた法規範に対し、市民は、それを争う可能性を有せず、あるいは、基本的に困難な形式でしか争うことができないう限り、このような転換は同人に不利になるであろう」旨が述べられている (S. 5)。
- (61) BVerwG, Urt. v. 16. 1. 1964- III C 16. 62 - BVerwGE 17, S. 363ff. 〓 負担調整法 (Lastenausgleichsgesetz / 旧法) に基づく負担調整給付を停止する処分に関し、当該「取消を求められている停止処分は、授益的行政行為の取消に転換されることとはできない」(S. 365) と判示した。ただし、転換否定の理由は述べられていない。本判决と同旨 Stelkens/Bonk/Leonhardt, aO., §47 Rdnr. 13.
- (62) BVerwG, Urt. v. 21. 10. 1987- 5 C 39/85 - BVerwGE 78, S. 165ff. (上述三—(一)参照)。なお、社会保障関係の事案として他に BSG, Urt. v. 22. 6. 1979- 3 RK 84/77 - BSGE 48, S. 217ff. (219) などがある。
- (63) OVG Münster, Urt. v. 2. 2. 1987- 11 A 408/86 - NVwZ 1988, S. 942ff. 〓 不利益変更禁止原則により、「処分当初より違法であった建築許可に対する「撤回処分は、遡及効を伴う(職権) 取消処分に転換されることはできない」(S. 943)。

- (64) BVerwG, Urt. v. 10. 6. 1981 - 8 C 15, 81 - BVerwGE 62, S. 300ff. = DVBl. 1982, S. 72f. = NVwZ 1982, S. 245f. (上述二—(一)—(ハ)参照)——本判決では、他の要件とともに不利益変更禁止要件も充足している旨が述べられている。
- (65) Prutsch, aO., S. 945. Vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 2. 10. 1980 - V TH 13/80 - NJW 1981, S. 596ff. なお、本稿では「Straßenbeitragsbescheid = 道路負担金賦課決定」「Erschließungskostenbescheid = 地区施設整備費用賦課決定」という訳を付した。

(3) 取消禁止による轉換制限

第二項第二段によれば、「瑕疵ある行政行為を取消することが許されない場合には、轉換は許されない。」瑕疵ある不利益賦課的行政行為は常に取消可能であるがゆえに（参照、四八条）、この規定は、授益的行政行為に關してのみ意義を有する。⁽⁶⁶⁾ 授益的行政行為の取消は、受益者の信頼保護原則（四八条二項）あるいは取消期間の経過（四八条四項）により、制限される。⁽⁶⁷⁾ その結果、ある論者は、本規定により轉換から広範囲な領域が奪われていると解している。⁽⁶⁸⁾ また、本規定は、無効な行政行為の轉換に關しても意義を有しない。⁽⁶⁹⁾

- (66) Laubinger, aO., S. 362.
- (67) Vgl. Dorn, aO., S. 10; Knack, aO., §47 Anm. 3.3 = 四八条に關連し、五〇条を斟酌して轉換が認められる場合を論じよう。
- (68) Meyer/Borgs, aO., §47 Rdnr. 15.
- (69) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aO., §47 Rdnr. 14.

四 羈束行為から裁量行為への轉換禁止

第三項によれば、法律に羈束された決定としてのみ行われうる決定は、裁量決定に轉換されることはできない。本項は、従来判例により認められていたものを定式化したものであり、学説とも一致している。それによれば、裁量行為は、行政庁が当該行政行為を発するとき自らの裁量権を認識し、かつ、行政庁がこの裁量を意識して行動した場合にのみ正当であり、従って行政庁が自らの裁量を全く意識せずそれゆえその裁量行使しなかつた場合、行政庁が裁量余地領域を意のままにできると判断を誤りその裁量権を行使しなかつた場合、あるいは行政庁がその裁量を意識的には行使しなかつた場合には、その決定は当該行政行為を違法なものとする裁量瑕疵（裁量の不行使 *Ermessensnichtgebrauch*、裁量過小 *Ermessensunterschreitung*）を帯びているとされる（本稿では裁量問題にはこれ以上立ち入らない）。

具体的事案において裁量がゼロに収縮し（auf Null reduziert）唯一法的に許されうる決定のみが可能である場合には、政府草案理由書・判例・通説により轉換が認められている。

注(70)にあげた判例以外にも、本要件により、公務員関係が無効であるとの意思表示から撤回による免職への轉換、行政手続再開決定から行政行為の取消への轉換、営業法上の許可に付された負担（*Auflage*）の強化から連邦イミシオン法一七条による事後的命令への轉換、社会法典第一〇部四八条に基づく給付金返還請求決定から同法四五条（違法な授益的行政行為の取消・撤回）に基づく処分への轉換などが、否定されている。

裁量決定から羈束行為への轉換については、本項はなにも定めていない。この点につき、コップは次のように言う。

この場合「第三項は類推適用されることはできない。轉換の許否は専ら一項及び二項により判断される。裁量のゼロ収縮の場合には、当初の手続において既に確定されている事実に基づく判断が可能である限り、原則的に轉換は認められ

る。」⁽⁷⁾

また、裁量行為から裁量行為への轉換についても、なにも規定が無い。この轉換が認められることについては、一般に承認されている⁽⁸⁾。ただしその場合、「行政庁は瑕疵ある行政行為を行う際、同時に、別の行政行為を発する権限を与えている法律上の授權に適合的に自らの裁量を行使したか否か、及び、この行政行為に関する法律上の裁量限界を遵守したか否かが、審査されなければならない⁽⁹⁾。」

(7) たとえば、①BVerwG, Urt. v. 28. 2. 1975-IV C 30. 73-BVerwGE 48, S. 81ff. (参照、注(34)) = 土地取引許可申請に對する不許可処分から同許可の取消しへの轉換を否定した。すなわち判決によれば、「土地取引不許可処分は羈束された行政行為であり、他方、同許可取消処分は裁量にかかわり、両者のこの相違により轉換は許されない。」「裁量決定」は、行政庁が自分に認められた裁量を全く意識しておらず、それゆえその裁量を行使しなかつた場合には、瑕疵を帯びる。そのような瑕疵は、行政庁が事後的に―すなわち、不服審査手続終了後(及び特に)行政訴訟手続継続中に―裁量をはじめて行使することによつては治癒されない(S. 84)。また本件では「裁量がゼロに収縮し、取消が(可能であるだけでなく)命じられていた」事情なら(S. 85)。

②OVG Münster, Urt. v. 20. 10. 1971-X A 47/70-DÖV 1972, S. 500. = 強行法規(本件では、§89 Abs. 2 S. 1 Baordnung Nordrhein-Westfalen)の誤った適用により発せられた行政行為(= 禁止処分)は、行政庁の裁量行使が行われないにもかかわらず、同内容の一別の観点からは原則として適法な―裁量決定(本件では、届出を必要とする計画の形式的確定力が生じた後に、§24 Ordnungshöfchengesetz Nordrhein-Westfalenを類推してなされた禁止処分)に轉換されることはできない。なお、同処分の裁量性などについては、参照 OVG Münster, Urt. v. 19. 12. 1968-X A 820/67-Baurechtssammlung (BRS), Bd. 20, Nr. 154 (S. 236ff.), Urt. v. 15. 10. 1969-VII A 238/68-BRS, Bd. 22, Nr. 161 (S. 227ff.)。

(7) BT-Drucksache 7/910, S. 67.

- (72) Erichsen/Martens, aaO., §41 IV ; Forsthoff, aaO., S. 245 Anm. 2 ; Kopp, aaO., §47 Rdnr. 15 ; Prutsch, aaO., S. 945 ; Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., §47 Rdnr. 15 ; Ule/Laubinger, aaO., §60III ; Wolff/Bachof, aaO., §51Vc.
- (73) 裁量については、四〇条に定められている。「行政庁に自らの裁量により行為する権限が認められている場合には、行政庁は、その裁量を授權の目的に従って行使し、かつ、裁量の法律上の限界を遵守しなければならない。」
- (74) Kopp, aaO., §47 Rdnr. 15 ; BT-Drucksache 7/910, S. 67 ; Prutsch, aaO., S. 945.
- (75) BVerwG, Urt. v. 28. 2. 1975, BVerwGE 48, S. 81ff. (前出注(7)参照)、この原則を適用した判決として、たとえば、BVerwG, Urt. v. 17. 5. 1956 - III C 230.55 - BVerwGE 3, S. 297ff. (302) ; OVG Münster, Urt. v. 28. 10. 1980-18 A 1211/79-NJW 1981, S. 936 = 帰化申請に対し、訴訟が提起されるまで何らの決定も行わず裁量を行わなかったのは、行政裁判所法 (VwGO) 一一四条の裁量瑕疵に該当する。
- (76) 学説上、不確定法概念の適用に際し、行政庁に判断余地領域 (Beurteilungsspielraum) ないし判断権限 (Beurteilungsermächtigung) を認める行政行為もまた、裁量決定であると考えられている (Meyer/Borgs, aaO., §47 Rdnr. 16 und §40 Rdnr. 18 ; Knack, aaO., §47 Anm. 3.4.2.)。この問題に関する文献も多いが、たとえば、参照、田村悦一『行政訴訟における国民の権利保護』五九頁以下 (有斐閣、一九七五年)、Redeker/v. Oertzen, aaO., §114 Rdnr. 15.
- (77) Laubinger, aaO., S. 363.
- (78) 裁量問題については、たとえば参照、Wolff/Bachof, aaO., §31IId 1 B.
- (79) 「裁量のゼロ収縮」についてはわが国でも広く知られているところであり、ここでは、原田尚彦『行政責任と国民の権利』(弘文堂、一九七九年)、及び、Kopp, VwGO, §114 Rdnr. 6 ; Ule/Laubinger, aaO., §55 VI を挙げるにとしめる。
- (80) BT-Drucksache 7/910, S. 67.
- (81) たとえば、BVerwG, Urt. v. 28. 2. 1975, BVerwGE 48, S. 81ff. (85) ; BSG, Urt. v. 22. 6. 1988-9/9a RV 3/86-NVwZ-RR 1989, S. 1f.(2) (同判決とも前出注(7)参照)。
- (82) Forsthoff, aaO., S. 245 Anm. 2 ; Kopp, aaO., §47 Rdnr. 15 ; Laubinger, aaO., S. 363 ; Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO., §47 Rdnr. 16 ; Ule/Laubinger, aaO., §60III ; Knack, aaO., §47 Anm. 3.4.3.
- (83) VGH Bad.-Württ., Urt. v. 11. 1. 1951-1 S III 48/50-VerwRspr. 3. Bd.(1951), S. 350f. = 本判決では、「法律上羁束を

れている決定は裁量決定に轉換されることができない」から、バーデン＝ヴュルテンベルク官吏法 (Beamtengesetz v. 19. 11. 1946, RegBl. S. 249) 一七条二項に基づく公務員関係が無効であるとの意思表示 (＝羈束処分) は、撤回 (＝裁量処分) による罷免に轉換されることはできないと判示された (S. 351)。

(84) BVerwG, Urt. v. 13. 12. 1962 - III C 75. 59 - BVerwGE 15, S. 196ff. = 「不利益賦課的行政行為の撤回ないし取消が裁量行為である点は判例上確立しつゝおり、負担調整法 (Lastenausgleichsgesetz v. 14. 8. 1952, BGBl. I S. 446) にもとづく社会扶助 (Unterhaltshilfe) 申請に対する行政手続を再開するという決定 (＝羈束処分) は、申請拒否処分の撤回に轉換されることはできない (S. 199)。

(85) BVerwG, Urt. v. 18. 5. 1982 - 7 C 42. 80 - BVerwGE 65, S. 313ff. = 営業法 (GewO) 一六条に基づく蒸気発電所建設及び操業許可に付された、燃料用重油の硫黄含有量を2%以下にすべしとの負担 (Auflage) が、許可の取消を求める第三者の不服申し立てにより、1%以下にすべしと強化された。判決は大略次のように判示した。「当該負担の強化を、連邦イミシオン法一七条による事後的命令として維持することは、そのような轉換の要件が備わっていないので許されない。連邦イミシオン法一七条による事後的命令は裁量行為である。それゆえ、営業法一六条を適用してなされる、従って、強行法に基づき発せられる不服審査決定において、事後的命令に轉換することは、(州の行政手続法) 四七条三項 (＝連邦法と同内容) 筆者注) により、できない (S. 322)。

(86) BSG, Urt. v. 22. 6. 1988 - 9/9a RV 3/86 - NVwZ-RR 1989, S. 1f. = 社会法典第一〇部行政手続 (SGB-X、参照、前出注(0)) 四三条には行政手続法四七条と同様の定めがある。本件では、同法四八条一項二文三号 (事実的ないし法的関係の本質的変更による、継続的效果を有する行政行為の撤回) に基づく専断定期金返還請求 (決定) から (一九八八年改正前の) 同法四五条 (違法な授益的行政行為の取消及び撤回) に基づく処分への轉換が問題となり、(本要件との関係では) 次のように判示された。「四五条は、従来一致して、裁量規範と解されてき」ており、また、「本件では裁量収縮をもたらす事情も明らかではない」ので、「法四三条三項により、(法四八条一項の―筆者注) 法律上羈束されている決定は法四五条による裁量決定に「轉換されることはできない (S. 2)。

(87) Kopp, aaO, §47 Rdnr. 16. 同註 Knack, aaO, §47 Anm. 3.4.4.

(88) たんべん Schenke, aaO, S. 650 ; Meyer/Borgs, aaO, §47 Rdnr. 16 ; Dorn, aaO, S. 10.

(68) BayVGH, Urt. v. 19. 10. 1982- 19 IX 75-BayVBl. 1983, S. 84f. (65). = この事案では、ある養魚場に関する天然記念物保護指定から景観保護指定への転換が認められた。

本文と同旨 = Stelkens/Bonk/Leonhardt, aO., §47 Rdnr. 11 ; Laubinger, aO., S. 365. Vgl. Knack, aO., §47 Anm. 3.45.

五 手続方法及び形式の適法性、聴聞の必要性、実体的適法性

(1) 手続方法及び形式の適法性、及び、聴聞の必要性

一項によれば、転換後の行政行為が、実際に行われた手続方法及び形式で、処分庁により適法に為されることができただであろうことが、必要である。この形式に関する要件の存否の判断基準時は、実際に行政行為が発せられた時点であると解されている⁽⁶⁶⁾。本要件の第一として、処分庁が処分時において、転換後の内容を伴う行政行為を発する事項的及び地域的管轄を有していなければならない⁽⁶⁷⁾。第二に、(転換前の)瑕疵ある行政行為は、転換後の行政行為を発することができた手続と同一の手続において、行われなければならない⁽⁶⁸⁾。第三に、瑕疵ある行政行為は、転換後の行政行為が取るべき形式と同一の形式で、発せられなければならない⁽⁶⁹⁾。

判例上、本要件により、たとえば、災害定期金拒否決定から定期金引き下げ決定への転換⁽⁷⁰⁾、法根拠を欠く処分から州法に根拠を有する処分への転換⁽⁷¹⁾などが否定されている。

手続に関連して、四項は、二八条(聴聞規定⁽⁷²⁾)を準用しており、転換が行われる前に、関係人に対する聴聞がなされなければならない⁽⁷³⁾。聴聞については、別途本格的な研究が必要であり、本稿ではその問題には立ち入らず若干の点を指摘するにとどめる。すなわち、第一に、いつ、どのような形式で聴聞がなされなければならないのかが明らかではない

ことが、指摘されている。また、本項は特に瑕疵ある不利益賦課行為が轉換により遡及的に適法な不利益賦課行為になる場合のことを意味しているのか、それとも、轉換前及び轉換後の行政行為が授益的行政行為であつても、あるいは、二八条一項で言われている関係人の権利侵害がなくても、轉換前に聴聞が行われなければならないのかという問題が議論されている。さらに、法的聴聞が行われない轉換は許されないが、その場合、四五条一項三号の準用による聴聞の追完可能性が論じられている。⁽⁹⁴⁾

(90) Laubinger, aO., S. 365.

(91) Knack, aO., §47 Amm. 2.2 ; Kopp, aO., §47 Rdnr. 10 ; Prutsch, aO., S. 945 ; Stelkens/Bonk/Leonhardt, aO., §47 Rdnr. 9 ; BayVGH, Beschl. v. 27. 11. 1985 - 20 CS 85 A. 2857 - BayVBl. 1986, S. 402ff. Ⅱ (抜粋) 「バイエルン州廃棄物除去法二二条第一段によれば、行政庁は、必要な計画確定決定を受けず、かつ、必要な許可なしに、あるいは、許可内容に反して、設置され、操業され、あるいは、変更された廃棄物除去施設につき、他の方法によつては適法状態を回復することができない場合には、その全部または一部の除去を命ずることができる。また、同法一九条二項第一段は、施設外において許されない方法で廃棄物を処理し、貯蔵し、あるいは、捨て置く者に対し、その除去を義務づける法的根拠を、提供している。二二条第一段に基づく命令を一九条二項第一段による命令に轉換することはできない。後者の命令の管轄行政庁は州政府ではなく郡(クライス)行政庁であり(前者の命令の管轄行政庁とは異なる)、従つて、バイエルン州行政手続法四七条一項(連邦法と同一内容)に定められている(本)要件が充足されていない」(S. 403) (括弧内はいずれも筆者による)。

(92) Meyer/Borgs, aO., §47 Rdnr. 11 Ⅱ 本要件は、「瑕疵ある行政行為を発する際に遵守された手続が、別の行政行為にとつても正しい手続であつたに違ひないであろう」ことを意味している。

(93) Laubinger, aO., S. 365. 従つて、「口頭による行政行為は、書面によつてのみなされる行政行為に轉換されることはできな」(Stelkens/Bonk/Leonhardt, aO., §47 Rdnr. 10)。

(94) BSG, Urt. v. 19. 6. 1979 - 5 RKnU 10/77 - BSGE 48, S. 199ff. Ⅱ 当該定期金拒否決定は、「ライヒ保険法(Reichsversicher-

- rungsordnung) 一五九六 a 条等に基づく災害定期金の中止ないし変更につき守られるべき手続及び形式に関する要件に合致してないので、定期金引き下げ決定に転換されることはできない (S. 202)。
- (95) BVerwG, Urt. v. 12. 12. 1979-8 C 77/78 - NJW 1981, S. 242f. = 連邦賃借権改善法 (Mietrechtsverbesserungsgesetz) 及びそれに基づく州の住居の目的外使用禁止令には、違法な住居の目的外使用に対する (行政上の) 措置に関する、授權規定が欠如している。従って、目的外使用の除去を求める処分は、「形式的な理由から州の秩序法と一致できないがゆえに、州法に基づく秩序法上の処分転換されることはできない」 (S. 242)。
- (96) 二八条《関係人の聴聞 (Anhörung Beteiligter)》
- (一) 関係人の権利を侵害する行政行為が行われる前に、当該決定に関し重要な事実につき意見を述べる機会が、関与人に与えられなければならない。
- (二)(三) 略 (いずれも聴聞を行わなくてもよい場合に関する規定である)。
- (96 a) 当初の行政行為を発する行政手続において二八条による聴聞がなされただけでは四七条四項の要件は充足されず、むしろ転換に際して、(二八条の準用による) 聴聞が行われなければならないと解されている (Knack, aaO, §47 Anm. 4.3)。
- (97) わが国でも、二八条及びその他の法令に基づく聴聞については、既に紹介されているところである。たとえば、参照、高木光「西ドイツ行政手続法 (一)〜(三) [第二次行政手続法研究会報告より]」自研六四巻二〜四号 (一九八八年)。
- (98) Kopp, aaO, §47 Rdnr. 18 = 彼は、転換の法的性質をめぐる議論、すなわち、行政行為説とその他の意思表示説との対立 (一それらについては、参照、拙稿「転換論」第四節二「転換の法的性質」) に対応して、聴聞規定の理解が変わることを論じている。
- (96) Meyer/Borgs, aaO, §47 Rdnr. 18. = 彼はその理由として、法的地位の不利益変更禁止をあげ、また、関係人は、転換前は取消訴訟が成功する可能性を有していたが故に、転換により二八条に定める権利侵害を被る点もあげている。
- (100) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO, §47 Rdnr. 17. = 彼は、二八条二項及び三項の例外規定の準用についても限定的に解釈している。
- (101) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO, §47 Rdnr. 17.

(2) 実体的適法性

さらに、一項は、轉換後の行政行為を発するための要件が充足されることを、要求している。そこでは実体的要件が意味されていると解されており、従って、轉換後の行政行為の内容が実体法に適合していなければならない。また、轉換後の行政行為が不利益賦課処分である場合には、当該不利益の程度が轉換前に比べより少ない場合ですら、当該不利益賦課が授權根拠規定に支えられていなければならないと考えられている。この実体的適法性の判断基準時をめぐって、(当初の) 瑕疵ある行政行為の処分時説と轉換時説とに、見解がわかれている。処分時説によれば、当初の行政行為が発せられた後に法律上の要件が加重され、行政庁の轉換決定ないし裁判所の轉換判決の時点では、轉換後の行政行為と同内容の行政行為を発することがもはや許されないのである場合においても、そのことよって轉換が妨げられることはないとされる。他方、轉換時説においては、轉換後の内容を有する行政行為が、轉換時において許されていなければならないと解されている。

判例上、本要件により、たとえば、第三者による交通規制に対する道路交通庁の同意から同行政庁自身による交通禁止措置への轉換などが否定されている。

(20) Kopp, aAO, §47 Rdnr. 10.

(21) Stelkens/Bonk/Leonhardt, aAO, §47 Rdnr. 11; BVerwG, Urt. v. 18. 4. 1975, BVerwGE 48, S. 166ff. 連邦行政裁判所の判例によれば、営業税免除 (Befreiung) に関する租税債権者と租税債務者間の協定 (Vereinbarungen) は、法律適合性原則及び平等原則に反し無効である。「税協定として無効なその種の取り決めは、営業税にも適用される租税通則法 (Abgabenordnung) 旧 111 一条に定められている税免除 (Erlaß) の要件が存在する場合に限り、同条に基づく営業税免除に関する有効な意思表示に轉換されることのできる」(S. 168)。

- (104) Laubinger, aO., S. 366.
 (105) 金銭給付行政を題材にしながらかこの問題を論じるものとして、Dorn, aO., S. 10.
 (106) Laubinger, aO., S. 366f.
 (107) Meyer/Borgs, aO., §47 Rdnr. 12 ; Knack, aO., §47 Anm. 2.4.
 (108) BVerwG, Urt. v. 26. 6. 1970, BVerwGE 35, S. 334ff. 〓 道路建設業者は工事区間に關する交通規制標識を設置し、道路交通行政は、工事終了後直ちに規制を解除し標識を取り除くべき旨の条件を付して、それに同意した。裁判所は次のように判示した。
- 道路建設業者はそのような規制権限を有しておらず、当該措置は違法である。道路建設業者の当該措置に対する道路交通行政の同意の要件は、交通禁止の要件とは本質的に異なっている。すなわち、「同意にあたるは、行政庁は、道路建設業者の措置の合目的性及び有効性だけを審査するのに対し、行政庁自身による交通禁止命令に際しては、道路交通法四条一項一文による命令を発する要件を精確かつ入念に審査しなければならない。」従って、「当該同意は、行政庁がその要件を審査しなかつた道路交通法四条一項一文による命令に、転換されることはできない。」(S. 342f.)
- なお、本判決については、参照 Meyer/Borgs, aO., §47 Rdnr. 2 〓「本件は、実際には(転換ではなく)、ある行政行為が特定の意味で解釈されることができるか否かの問題である。」Laubinger, aO., S. 367 〓「何が欠如しているのかについては完全に明らかにされているわけではない」und S. 211 Anm. 38.

六 おわりに

以上、西ドイツ行政手続法四七条に定められている、瑕疵ある行政行為の轉換に關する主要件につき、それらをめぐる学説・判例上の議論を概観してきた。⁽¹⁰⁹⁾ドイツにおいては、瑕疵ある行政行為の轉換をめぐる学説・判例の豊富な蓄積がある。一方、わが国には、瑕疵ある行政行為の轉換について定めた規定はなく、教科書等を除くと、瑕疵ある行

行政行為の轉換を論じている論文も多くはない⁽¹⁰⁾。判例上は、自作農創設特別措置法による農地買収処分・計画の轉換などが論議され、裁判所は、行政処分の目的、要件、手続、効果などを基準として論ぜられているものが多く、論者により指摘されている⁽¹¹⁾。他方、「判例・学説においてしばしば轉換として論ぜられているもの多くは、実は轉換の問題ではなくて、処分理由の追加の問題として取扱われるべきものである⁽¹²⁾」という見解も存し、処分理由の追加的主張と轉換との相違に関する本格的な検討も必要である。この問題も含め、わが国における轉換の要件、意義、その法的性質など、今後なお研究すべき課題は多い。また、本稿執筆時までに入手できず本論文に取り入れることができなかった文献及び判例も多々あり、それらの検討も将来に委ねられている。聴聞、処分理由の追加的主張、関係当事者の権利救済手続など、残された問題も多い。それらも含め、西ドイツの論議及び本稿では触れていないわが国の学説・判例上の議論を詳細に分析・検討した上で、瑕疵ある行政行為の轉換に関する考察を行うことが今後の課題である。

(108 a) なお、四七条の要件を充足した適法な轉換は、当初の行政行為が発せられた時点に遡及して効力を有すると解されている (Meter/Borgs, aO., §47 Rdnr. 9; Knack, aO., §47 Anm. 4.4; Weyreuther, aO., S. 126; Kopp, aO., §47 Rdnr. 6; Prutsch, aO., S. 942)。

(109) 参照、拙稿「轉換論」注(10)。

(110) 最判昭和二九年七月一九日(大法廷)民集八卷七号一三八七頁、参照、山田洋『行政判例百選Ⅰ(第二版)』一八四頁以下。(111) 判例の状況等については、参照、拙稿「轉換論」注(5)にあげてある文献。

(112) 高林克巳「瑕疵ある行政行為の轉換と処分理由の追加」曹時二一卷四号七六一頁以下(七八一頁)(一九六九年)。同論文は、この問題を本格的に論じた数少ないもの一つであり、轉換の意義、行政行為の同一性、処分理由の追加につき、わが国および西ドイツの議論が検討されている。

(113) 処分理由の追加的主張については、参照、拙稿「轉換論」注(49)にあげてある文献。

※なお、本論文は、昭和六三年科学研費補助金奨励研究(A)による研究成果の一部である。

Die Voraussetzungen der fehlerhaften Verwaltungsakte nach Art. 47 des Verwaltungsverfahrensgesetz der BRD

Satoshi HAGINO*

- I. Einleitung
- II. Vorliegen eines fehlerhaften Verwaltungsakts und Zielgleichheit
- III. Einschränkungen durch die entgegenstehende Absicht der Behörde, Schlechterstellungsverbot und Rücknahmeverbot
- IV. Umdeutung gesetzlich gebundener Entscheidungen in Ermessensentscheidungen
- V. Formelle und materielle Rechtmäßigkeit des umgedeuteten Verwaltungsakts und Anhörung
- VI. Schlußbemerkung

*Associate Professor für Verwaltungsrecht an der wirtschaftswissenschaftlicher Fakultät der Toyama-Universität.