

## 行政契約の効力と信頼保護序説

乙 部 哲 郎

- 一 はじめに
- 二 否定説の根拠
- 三 批判的検討
- 四 おわりに

### 一 はじめに

一 わが国において、これまで行政主体を当事者とする契約（行政契約<sup>①</sup>）にかんしては、二つの問題を中心にして論議されてきたといってもいいすぎではない。第一に、公法上の契約の概念の問題、第二に、公法上の契約を締結するのに法律の根拠を必要とするかという公法上の契約の許容性の問題である。<sup>②</sup>これに対し、行政契約の効力の問題についてふれる判例学説は少なく、この問題について、それほど突込んだ議論がされてきたとは思われない。なお、すすんで違法な行政契約の効力をどのように考えるかについて説く判例学説は、さらに少ないが、これらの

判例学説の多数は違法な行政契約の効力を否定するものと考えられる。かつて、税務署長が、贈与税のうち十一万円あまりを納付するとともに残額の四〇万円については被贈与者を保証人とし、かつ贈与財産に抵当権を設定する等の条件つきで分納することを認め、相手方たる贈与者がこれらの債務を誠実に履行したにもかかわらず、のちになつて税務署長がみぎ贈与税の年賦延納許可を取り消した事案があった。この事案において、裁判所は、当事者間の契約によつて法律上することの許されない租税の年賦延納をなすことはできず、このような年賦延納は法律上無効であるから、税務署長のみぎ取消しは信義則ないし禁反言の法則に違反するとはいえないと判示した。<sup>(3)</sup>

このように、同判決は行政による法律適合性の原則にもとづいて違法な授益的行政契約の許容性および有効性を否定したのであるが、学説もまた、みぎ契約はいわゆる法律の優先の原則に違反するからとし、<sup>(4)</sup>あるいは法律の根拠なくして締結されたからとして、<sup>(5)</sup>それぞれ同判決の結論に賛成するものが多い。<sup>(6)</sup>

- (1) 本稿においては、これを必ずしも公法上の契約に限定して解するものではない。室井力・現代行政法の原理九四頁参照。
- (2) かつて、田中二郎・行政行為論二六九頁以下、柳瀬良幹・行政法の基礎理論（一卷）二一九頁以下参照。最近において、杉村敏正・全訂行政法講義総論（上巻）二五一頁以下、和田英夫・行政法二四八頁以下参照。なお、真砂泰輔「公法上の契約の自由性」ジュリスト三〇〇号八〇頁、近藤昭三「公法上の契約」法学教室（旧版）八号一八二頁参照。
- (3) 福岡地判昭和二五年四月一八日行裁例集一卷四号五八一頁。同旨の判決として、行判昭和一〇年一月二四日行録四六輯一一六〇頁。
- (4) 田中二郎・行政法総論二五二頁。なお、同「報償契約に関する法律問題」ジュリスト一〇九号六頁参照。
- (5) 広岡隆・行政法総論一三二頁。なお、高田敏「現代における法治行政の構造」渡辺古稀記念論集二四頁も、おそらく同

旨であろう。

(6) なお、山田幸男・行政法の展開と市民法一八九頁以下は、フランス・ドイツとの比較法的見地および各行政契約の類型にそくして詳細に行政契約について考究されており、そのなかでとくに違法な行政契約にとくに限定することなく、行政契約の効力にもふれておられる(同書二〇七頁以下、二八三頁以下、三一六頁以下)。

二 おもうに、行政契約の概念および許容性の問題がきわめて重要な意義をもつことはむろんであるが、しかし、行政契約の効力の問題もまた重要であり、この問題を行政契約の許容性の問題のなかに埋没させてはならない。すなわち、たとえ行政契約の締結には法律の根拠を要すると解するときでも、<sup>(1)</sup>この許容性の限界をこえて、法律の根拠なくして締結された行政契約がすべて無効であるわけではない。このような行政契約が有効か無効かは、具体的事案における事情を総合的に考慮して決定すべきであって、この意味で行政契約の許容性の要件と有効性の要件は必ずしも同一であるわけではないから、行政契約の効力の問題の解明もしなければならぬ。つぎに、違法な行政行為は無効ではなく原則として有効とされるのに対し、前述のように、わが国の判例学説の多数が違法な行政契約の内容が授益的か侵益的かを区別することなく、両者を一律に論じてその効力を否定するのは妥当か、という疑問も生ずる。

そこで、本稿は、さしあたり行政主体と私人との行政契約に限定して、行政契約が行政行為などと同様に、行政法令の執行手段であるという前提に<sup>(2)</sup>ちながら、主として相手方の信頼保護との関連において、違法な授益的行政契約の効力を否定する根拠をさぐり、若干のアメリカおよびドイツの判例学説を参考にして、これを批判的に検討

しようとするものである。

なお、いうまでもなく、このような行政契約の効力の問題は、すぐれて現代的な意義をもち、このことは、たとえば、いわゆる開発法制との関連においても示されるように思われる。たとえば、最近、大都市の近郊において大量の宅地開発および住宅建設が盛んに行なわれるが、これによる人口増加に伴って、大都市近郊の市町村は、上下水道・公園・道路などの諸施設のほか、小中学校の建設など多大の財政負担を負うことになる。他方、これら小中学校の建設に対する国の財政補助は少ないし、また都市計画法にも、市町村がこれらの開発業者に対し小中学校などの用地の提供ないしその建設を要求する権利を認めた実効性ある規定は存しない。<sup>(3)</sup> それどころか、建築基準法は、「建築の自由を最大限尊重し、行政庁の裁量的判断によって建築の自由が制限されるのを極力排除するたてまえをとっている。建築許可の構成を排し、建築確認を原則的な制度としているのは、そのためであろう」といわれる。<sup>(4)</sup> そこで市町村は、いわゆる「宅地開発指導要綱」を定めて、開発業者が開発行為をするにさいし小中学校の建設用地ないしその負担金を提供するように行政指導することとし、もしこの指導に違反すれば建築確認を与えないとか、上下水道の設置をしないなどという制裁的措施を定めるといふ。<sup>(5)</sup> この指導要綱にもとづいて行なわれる指導の法的性質を文字どおり行政指導であると解することには必ずしも疑問がないわけではない。少なくとも、このような行政指導のほか、実際の事案においては行政契約のかたちでも行なわれないこともないであろう。すなわち、個々の具体的事案において、「指導要綱」にもとづいて、市町村と相手方が相互に小中学校の建設用地ないしその負担金の納付とひきかえに建築確認等を与えようという合意をかわすことも可能であり、この合意は、それが適法か違法

かは別として、これを行政契約と解することができよう。<sup>(7)</sup> また、このように行政契約と解した方が行政指導と解するよりも、おそらく法的には行政側にも相手方にもその実効性が高いように思われる。このように、きわめて現代的な問題である開発法制との関連においても、行政契約の効力の問題が生ずるのである。<sup>(8)</sup> なお、ここでいう「違法」とは、これによって行政契約の効力の有無・程度に影響をおよぼすような違法をいい、この程度にいたらない違法性をもつ行政契約については適法な行政契約の効力と同じように考えてもよいであろう。

(1) アメリカの判例法においては、法律の根拠がなくても行政契約の許容性は認められるようである。すなわち、United States v. Tingey, 30 U. S. 115, 8 L. Ed. 71 (1831) において、裁判所を代表してストーリー (Story) 判事はつぎのように述べた。連邦は契約を締結する資格を有し、それは主権 (sovereignty) の一般的権利に随伴する。これと異なる原則を当裁判所は知らないし、また、かつて、いかなる司法法廷によっても認められなかった。任意債券 (voluntary bond) の発行のごとき拘束力ある契約を作成する権限は実定法によって認められてはいないが、このような権限は省の責務に付随するものであって、道徳ないし法的観点からもその有効性に疑問は存しない。

(2) かつて説かれたことがあるように、契約はそれじたいのうち法的基礎ないし合法性を有するから、いわゆる「契約は遵守されねばならない (pacta sunt servanda)」という法原則にもとづいて契約は拘束性をもつと説く見解にはしたがうことができない。ただし、これによって、実定法に違反する行政契約の効力をことごとく認めることになれば、行政の法律適合性の原則を根底からくつがえすことになるからである。長尾久衛「公法上の契約に関する基礎的考察」名城法学一一卷二・三号一三六一—一三七頁参照。

(3) 金沢良雄ほか編・住宅関係法Ⅰ(住宅問題講座2)一六一—一六二頁。なお、三橋壯吉・都市計画法一八二頁参照。

(4) 原田尚彦「要綱行政の法的性格と問題点」ジュリスト一九七四年一月号一四四頁。ただし、荒秀「建築基準法の執行体

制上の問題」ジュリスト四八一号二七、二九頁注(1)参照。

(5) 後藤喜八郎「武蔵野市宅地開発指導要綱とその後の成果」ジュリスト五二九号七九頁以下、田辺健一「町田市における『要綱行政』の実際」ジュリスト五二九号八七頁以下、金沢ほか編・前掲書三四八頁以下参照。

(6) 原田「前掲論文」ジュリスト一九七四年一月号一四三頁参照。

(7) 西ドイツにおいても、このような行政契約が實際上締結され、その適法性および有効性を認めるかどうかが判例学説上論議されているが、これは後に紹介し検討することにする。

(8) なお、南博方「公法契約理論の反省と現代的意義」法学雑誌九卷三・四号一四七頁以下参照。

## 二 否定説の根拠

一 前述のように、わが国の判例学説においては、違法な行政契約の効力を否定する見解が支配的であり、その根拠は行政の法律適合性の原則に求められる。ところで、アメリカにおいてはこの問題は、行政契約に対する禁反言(Estoppel)の法理の適用は認められるかというかたちで論じられることが少なくない<sup>(1)</sup>。そして、行政機関が、いったん締結した違法な行政契約の内容に違背する言動をしても禁反言の法理に違反しないとして、違法な行政契約の効力を否定するのがアメリカの判例法であるといえよう。つぎの事案をみよう。農務省の一機関である連邦穀物保険公社は、法律にもとづいて、再播小麦は保険に付されないという趣旨の規定を含む規則を制定し、この規則は連邦官報に登載された。同会社の代理人である郡委員会は、小麦を再播したことを打ち明けた農夫に対し、この小麦は保険に付されうると助言し、農夫は、この助言を信頼して公社に保険を申請し、この申請は受理された(これに

よつて保険契約が成立した)。その後、農夫の小麦がひでりによる災害をこうむつたが、公社は、小麦が再播されたものであることを知つて保険金の支払いを拒絶した。連邦最高裁は、政府が機能する (function) かつたがいかなるものであつても、政府と取決めをする者はすべて、政府を代表して行為すると称する者が実際に権限をもつているかどうかを正確に確かめる危険を負う。その権限の範囲は、明らかに議會ないし委任立法によつて限定されると述べ、授益的保険契約の有効性を否定した。<sup>(2)</sup>

わが国におけるように、厳密な意味での無権限な行為とそれ以外の違法な行為とを区別する立場になつたら<sup>(3)</sup>、みぎ判決における連邦穀物保険公社による契約締結行為は後者の行為にあたる。ただし、同公社は、農夫との間に適法に保険契約を締結する権限は有しており、ただ、この事案においては、違法に権限を行使して、法令の規定によれば保険に付してはならない再播小麦について保険契約を締結したからである。また、連邦最高裁がこのよ<sup>(4)</sup>うな行政契約に対し禁反言の法理の適用を否定することによつてその契約の効力を否定する根拠は権力分立原理にあると考えられる。しかし、結局、連邦最高裁の論拠は、わが国の判例学説が行政の法律適合性の原則にもとづいて違法な行政契約の効力を否定することと、実質的には異ならないように思われるのである。<sup>(5)(6)</sup>

(一) *McIntire, Authority Of Government Contracting Officers: Estoppel And Apparent Authority*, 25 Geo. Wash. L. Rev. 162 et seq (1957); *Whelan & Dunigan, Government Contracts: Apparent Authority And Estoppel*, 55 Geo. L. J. 830 et seq (1967).

(二) *Federal Crop Insurance Corp. v. Merrill*, 332 U. S. 380, 92 L. Ed. 10, 15 (1947). 同旨の見解は、*Whiteside v. United States*, 93 U. S. 247, 23 L. Ed. 882 (1876) に於いて表明された。後者の事案は、

りであった。財務長官は、法律の規定にもとづいて、「特別監督機関 (supervising special agents) が合衆国のために、州ないし大統領布告によって指定された暴動地域にある財産の価額の二五%をこえない範囲で、できるだけ適切な支払額を定めて、このような財産の徴集および譲渡のための契約を締結する」という趣旨の規定を制定した。その後、原告は、特別補助機関 (assistant special agent) との間に、「アーカンソー州のある郡に行き、そこにある綿畑に対する合衆国の権利を確立するために十分な証拠を得て、綿を船積して同州の他の地域に移送し特別補助機関にそれを引渡し、もしこの綿が没収されるときはその価額の五〇%の利益を受け取るなどの契約を締結した。裁判所は、この契約の違法性を認定したあと、さらに禁反言ということばは使わないけれども、つぎのように判示した。私人たる代理人が特別の指示 (instruction) に違反しながらも、なお自己の一般的権限 (general authority) の範囲内において行動するときは本人を拘束するけれども、公の代理人のこのような行為に適用される法原則は異なる。ただし、不当な共働ないし共謀 (improper combination, or collusion) によって公共体が損害をうけることになる原則を採用するよりも、公務員ないし公の代理人の錯誤から私人が損害をうける方が、より望ましいからである。裁判所と同じように、私人も公の資格で行為する人に対し法律によって付与された権限の範囲を知らなければならず、法律の無知は私人にとって口実とはならない。このことは、たとえ、それが明らかに公共体の利益となる場合であっても変わらない。

(3) 田中・行政行為論四六頁、杉村(敏)・前掲書二二八頁注(3)参照。

(4) 綿貫芳源「公法上の契約」行政法講座二卷一〇六頁は、アメリカにおける行政主体による行政契約の一方的解除を認め、根拠として警察権 (police power) の理論をあげられる。

(5) 下山英二「英米行政法における Estoppel」法学雑誌四卷三・四号一五二頁、拙稿「行政法における禁反言の法理」法学雑誌一七卷四号一一九—一二〇頁参照。

(6) なお、アメリカにおける行政契約に関する詳細な研究として、綿貫芳源「アメリカ法における行政契約」東京教育大社会科学論集一〇号一頁以下、同「アメリカ法における連邦政府の契約」自治研究三九卷七号六三頁以下、八号四三頁以下が



ある。

二 ドイツにおいても、かつて市町村が重要な企業を自己の区域内に移転させ、この企業が納付する租税を期待し、住民に労働の機会を与えるなどの見地から、市町村と企業とが、企業の移転と租税上の優遇措置を互いに約束する合意が行なわれたという。しかし、判例は、市町村は法律にもとづく自己の課税権を処分しえないとして、このような合意の効力を否定したようである。この判例の傾向は、国税について、税務署が、相手方の行政争訟手段の取下げ、ないし、その不提起とひきかえに相手方に対し利益な課税措置を約束するという事案においても、つらぬかれたようである。<sup>(1)</sup>このような判例の傾向は比較的、近時にいたるまで続き、行政契約の内容が相手方にとって授益的か侵益的かを区別して論じることなく、違法な行政契約一般についてその効力を否定する見解が支配的であった。その根拠として、まず行政の法律適合性の原則をあげることができ、これは前述したわが国およびアメリカにおける違法な行政契約の効力を否定する根拠と同一であるといえよう。たとえば、つぎのような連邦行政裁判所（以下 *Berwerg* という）の判決がある。被告は、原告たる住宅局（*Wohnungsamt*）が一九四六年に割り当てた家屋の一階を自己の診療業務に用い、二階を住居として使用していた。被告は、一九五一年に診療を休止したので診療室を住居に使用するとともに、二階の部屋を *M* 夫人に賃貸した。住宅局は二階の住居を差し押え、これに対する被告の異議にもとづいて、一九五二年四月、訴願庁（*Beschwerdestelle*）において、被告との間に「住宅局は、自己の同意なくして被告が招じ入れた *M* 夫人を被告の転借人としてその住居に留まることに同意し、被告は、新住居建築

費用として住宅局に対し一二〇〇DMを支払う」という和解を締結した。被告はその後四五〇DMを支払ったが、さらに支払いをなすことを拒絶した。その理由は、一九四五年から一九五一年まで原告が所属する市町村の代理人として、自己の自動車の使用に対する立資金の弁償を要求するというのである。Bewergはつぎのように判示した。一九五六年一〇月二四日のBewergの基本判決によれば、社会的法治国におけるすべての官庁は基本法二〇条三項のいう法律および法に拘束され、公法規定は強行法規であるから高権の行使についての行政と市民との間の取決めは原則として排除される。このような合意を許容すべしとする「実際上の必要 (Practische Bedürfnisse)」ないし「住居経済上の利益 (wohnrirtschaftliche Belange)」のあることが主張されているが、しかし、法治国においては立法者のみが、行政がその任務を実現するのに必要な法的可能性を付与する権限を有する。したがって、一九五二年四月になされた合意は、その法的根拠を欠いたので法的効力をもたないから、住宅局はこの合意から被告に対するなんらの権利もひき出すことができない。<sup>(2)</sup>

また、学説においても、最近、同旨の結論をいくぶん異なる表現でもって説く、つぎのような興味ある見解が主張されている。すなわち、相手方は行政法上の法取引の対象物についての処分可能性を法律の内容から知ることができるのに、これを怠って行政の処分権限について誤解するとき、この誤解から生ずる危険性を行政に移すべきではない。むしろ、市民にとって、この法律が理解し予知しにくいものであれば、この法律は法治国原理に違反し、もはや法ではない。しかし、この法違反性は信頼保護によってではなく、法律によってのみ是正することができる。<sup>(3)</sup>

(1) Vgl. Pränder, Die Zusagen im öffentlichen Recht, 1970, S. 94ff.

(2) BVerwG, Urt. v. 26. 6. 1957, NJW. 1957, S. 1610ff. 本条 同種の判例として BVerwG, Urt. v. 4. 2. 1966, DVBl. 1967, S. 43ff. (本件判例については後で紹介する)。

(3) Renck, Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge, NJW. 1970, S. 740.

### 三 批判的検討

一 違法な行政契約の効力を否定する見解にあっても、行政契約の「違法性」の認定を限定して解釈することにより、この見解のもつ難点がある程度解消し、実質的には違法な行政契約の効力を肯定する見解と比べて、それほど明確な差異は存しないようにも思われることがある。たとえば、最近において、違法な行政契約の効力を否定する前提にたつと思われる、つぎのような BVerwG の判決をみよう。ライヒガレージ令 (Reichsgaragenordnung) の規定によれば、たとえば相手方が自己の所有地に住居とスパーマーケットを建築するにはそのための駐車場を設置しなければ建築許可を得ることができなかった。しかし、建築官庁は、相手方被告との間に、五台の自動車に駐車できる駐車場にかわる代償額 (Ablösungssumme) として建築官庁が確定する金額を相手方が支払えば駐車場の設置義務を免除する、という文書による契約を締結した。その後、官庁は駐車場設置義務の免除つきの建築許可を發布し、さらにその後、みぎ代償額として六一〇〇DM を確定し、被告に対しその支払いを要求するとともに、被告の所有地の近辺に被告のために五台用の自動車の駐車場を設置すると通告したが、被告はみぎ契約を解除し支払いを拒絶した。BVerwG は、公法関係の契約的規律の法的有効性は、「個々の事案において、国家と市民との間の

法律關係の形成のために提供されている特殊法的規律 (spezialrechtlichen Regelungen) の注意深い調査を基礎とし、かつ、とくに大切なのは憲法的視点からも決定することを要し、後者の領域においては、契約の有効性は、行政の法律適合性、法律の留保および平等原則との調和において注意深く吟味しなければならない」という前提にたつて、「特殊法的規律の注意深い調査」をつぎのようにした。建築官庁はライヒガレージ令によって公の交通事情が妨げられるのを防止するという任務を負うこと、駐車場の設置にかわる代償額の支払いが被告にとって法的義務の拡大を意味せず、実際には被告の給付能力の低減という事態に法律上の義務を適合させるものであって、経済的見地からみれば、むしろ被告にとって義務の軽減を意味することなどを理由として、みぎ契約はライヒガレージ令という特殊法律的規律のなかに含まれた根本規範の解釈に適合するから、同契約は特殊法律的基礎をもたないことではないとして同契約の合法性と有効性を認めた。<sup>(1)</sup>

おもうに、本件においては、法令の趣旨目的の合理的解釈によって、いわば相手方の経済的利益との比較衡量において、本件における代償額の納付は法令に定める駐車場設置に相当すると考えれば、本件契約の適法性を認めることができるようにも考えられる。しかし、ライヒガレージ令二条はあくまで駐車場設置を要件事実として、しかも建築許可を高権的に (hoheitlich) 発布しなければならないことを要求しているのであって、駐車場設置にかわる金銭の納付、さらに建築許可を契約によって発布することができるとはいっていないのであるから、やはり本件契約の適法性を認めるのはかなり疑問であるように思われる。<sup>(2)</sup>

また、法令の規定が相手方に対し駐車場設置を含めてなんらの義務を課すことなく、ただ建築許可を発布するこ

とができると定めるとき、行政官庁が建築許可の発布を相手方の金銭的反対給付にからしめる契約を締結したときはどうか。この点にかんし、連邦通常裁判所（以下BGHという）は、国ないし公の団体が自己の職務の履行を相手方の経済的反対給付の履行にからしむることは原則として許されず、これに違反して締結された私法ないし公法上の契約は通例無効であるが、しかし、すべての場合において、このような契約が許されないわけではないと述べ、さらにつきのようという。市町村が相手方の住居建築に反対する理由は本質的には財政的性質のものであり、これは建築施行によって利益をうける相手方による金銭の納付によってやわらげられる程度において失なわれる。このような状況にあつては、市町村と利害関係人とが適切な合意によって相互の利益調整をすることも許される。このことは、とくに、このような合意をすることが、相手方にとって、官庁が正当に自己の措置（建築許可）をなすことを否定したときよりも利益であるか、少なくとも悪い利益状況におかれないときに、妥当する。相手方による反対給付を受け入れるための明示の法的根拠がないことのみによって、このような給付義務の不許容および無効がひきだされるわけではない。このかぎりにおいて——少なくとも給付行政の領域においては——このような給付義務を認めても法律の規定に違反しないということだけで十分である。<sup>(4)</sup>

おもうに、この場合、建築許可を発布するかどうかは行政官庁の自由裁量であるというのであるから、建築許可の発布にさいし負担としてある程度の経済的反対給付を相手方に課しても違法ではない。しかし、付款としての負担の限度をこえる対価的給付を要求し、しかも建築許可を高権的ではなく契約によって発布することの適法性を認めるのはむづかしい。他方、相手方としては、行政官庁が裁量権にもとづいて建築許可を発布しないときよりも、

たとえ経済的反対給付をしても建築許可を得た方が得策であることもあるから、このように違法な行政契約であってもその効力を認める余地を残しておかねばならない。BGHも原則として、このような契約の適法性を認めないけれども、ただ本件の場合には、どうしても契約の効力を認めなければならないと考え、しかし違法な行政契約の効力を否定するという自己の立場から、あえて本件契約の適法性を認定するという無理をしたようにも思われる。むしろ、率直に本件契約の違法性を認め<sup>(5)</sup>たうえで行政側と相手方との相互の利益の比較衡量によって本件契約の有効性を認めるのが妥当であろう。これらの点において、違法な行政契約の効力を否定する見解には、おのずから限界がみられ、したがって、違法な行政契約であっても、その効力を認めることが必要になってくる。

つぎに、法律の禁止 (gesetzliches Verbot) に違反する法律行為は無効であると定める民法一三四条において表明された法思想は公法にも通用するとして、法律の禁止に違反する行政契約の効力を否定するが、それ以外のたんに違法な行政契約の効力は認められるかのように説く見解がある。これは、かつての連邦社会裁判所 (以下BSGという) の判決に強くみられた。たとえば、法令の規定にもとづいて保険義務者ないし保険受給資格者たりえない者は疾病金庫の構成員となることができないから、同金庫は、この者に対し行政行為ないし契約のいずれによっても構成員たる資格を与えることはできないという判決があった。BSGは、契約によってこれができない理由として、同金庫は公法にも支配的な民法一三四条の思想によって ungesetzlichen Verhalten を自己にたいし有効に義務づけることはできないからであると説いた。<sup>(6)</sup>

ところで、ドイツ民法一三四条のような規定は、わが民法には存しないし、また同条にいう「法律の禁止」がな

に意味するかは必ずしも明確ではない。もし、それが「強行規定の違反の禁止」をいうのであれば、わが国においても、民法九一条は強行規定違反の法律行為は無効であることを表明するものとされるから、これをいわば一般法原理として行政法領域に導入することも考えられる。しかし、行政法令は強行法であるから、強行規定に違反する行政契約は無効であるということは、つまりは違法な行政契約すべてについてその効力を否定することになり、かくては相手方に対し不当な不利益を加えることになるから、みぎの見解には賛成できない。また、もし、みぎの見解が行政契約の効力の有無・程度に影響をおよぼさない、ごく軽微な違法を「法律の禁止」<sup>(9)</sup>と区別して、前者の違法性をもつ行政契約は有効であると説くのであれば、本稿にいう違法な行政契約の効力を否定する見解によっても同一結論が得られよう。しかし、本稿の課題は、行政契約の効力の有無・程度に影響をおよぼすような違法性をもつ行政契約の効力をどのように考えるか、ということにあるのである。

(1) BVerwG, DVBl. 1967, S. 43ff.

(2) Pfander, aO S. 200.

(3) 柳瀬良幹・公用負担法(新版)三六頁以下、Pfander, aO S. 203, 207f. 参照。

(4) BGH, Urt. v. 14. 7. 1966, DVBl. 1967, S. 36ff. 本件事案はつぎのとおりであった。原告たる市町村が、ニダー

■ザクセン州建築法にもとづいて制定した土地利用計画によって住居建築区域として指定した一画を、LおよびAの両名が一二〇戸の住居の建築用地として分筆し分譲するために購入した。そのさい、市町村とLおよびAとの間に、「LおよびAの提示した住居建築計画は、市町村の示した建築計画に適合しないが、しかし、これに対する疑問は提起されない。ただし、市町村は住宅難を緩和し、とくに低資力者に対し住居を提供するために必要な措置をなす義務を負うからである。市町村が

必要な助成措置をしなければならず、また市町村による建築計画の施行は市町村に対しかなりの負担を生ぜしめることを顧慮して、LおよびAは、市町村に対し、一個の *Wohnungseinheit* について各々四五〇DMの文化負担金 (*Kulturbeitrag*) を支払う義務を負い、これは建築許可の発布時に支払われるものとする」という趣旨の合意をした。市町村の主張によれば、みぎの住居建築によって、二四〇人の子供を含むおよそ六〇〇人の住民が新しく増え、これによって学校・幼稚園その他の文化施設のための費用が必要であるが、市町村は財政力が乏しく、LおよびAの納付する文化負担金はこれらの費用の一部にあてられるにすぎないという。ともかく、このような合意に当たって、LおよびAは建築許可を得て三一〇〇〇DMを支払ったが残余の支払いを拒否したので、市町村は、LおよびAに対し八五〇〇DMの支払いを請求したのである。

(5) *Pfander, aaO S. 196f.* は、*B v e r w G* の判決を引用して、連邦建築法三五条の規定によれば、建築官庁は法定の要件が充足されれば建築許可を発布しなければならず、他方、相手方はその発布を求める法的請求権を有するとして、建築官庁による建築許可の発布の裁量性を否定して、本件契約の適法性および有効性に対する疑問を提起する。

もし、本件において、このように建築許可の発布の裁量性が否定されるのであれば、本件行政契約の適法性はむしろ認められないし、また、これは侵益的行政契約であると解されるから相手方の信頼保護を顧慮しても、その効力は否定されるであらう。

(6) *BSG, Urt. v. 28. 2. 1961, NJW. 1961, S. 1647. 同* *Urn. Wolff, Verwaltungsrecht 1 8, Aufl., 1971, S. 311.*

(7) 我妻栄・新訂民法総則二六二頁以下参照。

(8) *BSG* も、最近では、行政契約の一種である訴訟上の和解の効力にかんして、つぎのようである。保険担当官庁は、行政の法律適合性の原則を顧慮しなければならないから法定の要件が存しない給付をしてはならない。けれども、社会裁判所法二〇一条にいう「*Verfügen-Können*」を「*Verfügen-Dürfen*」として把握し、これによって客観的法のわく内に保たれない訴訟上の和解は常に無効であるというのは適切ではない。行政の法律適合性の原則と行政の措置の存続に対する信頼保護が帰属する法的安定性の原則とは、互いに対立することがあるが、この場合、行政行為に対すると同じ原則が訴訟上の和解



解にも妥当なる (BSG, Urt. v. 25. 4. 1967, NJW. 1967, S. 1822f.)

(9) 俵静夫・地方自治法三七八—三七九頁参照。

二 前述のように、わが国、アメリカ、さらにはドイツにおいても、違法な行政契約の効力を否定する主要な根拠は、実質的には行政の法律適合性の原則に求められる。しかし、同原則は、これを実質的にみれば国民の権利利益を保護するための法原則であり、また違法行政を阻止するという同原則の趣旨が、行政契約に関して基本的に維持されているかぎりにおいて、具体的事案において、相手方の権利利益の保護の観点から違法な行政契約の効力を認めても、行政の法律適合性の原則には違反しないように思われる。このことは、違法な授益的行政行為の職権取消しが許されないことがあることをみても、行政の法律適合性の原則が必ずしも違法な行政作用すべてについて、その効力を否定するものではないことがわかるであろう。

なお、権力分立原理、平等原則および財政的利益の確保などの諸原則によっても、直ちに違法な行政契約の効力を否定しなければならないわけでもない。<sup>(1)</sup>

つぎに、違法な行政契約の効力を否定することは、違法な行政行為が無効ではなく原則として有効とされることに比べて著しい差異を示しているが、この差異を根拠づける他の理由があるのであるのか。さしあたり、行政契約とは異なり、行政行為は違法であっても権限ある行政庁ないし裁判所によって取り消されなにかぎり有効であるという、いわゆる公定力を行政行為は具有することが想起される。<sup>(2)</sup>しかし、この公定力の有無をもって違法な行政契

約と行政行為との間の効力の差異を根拠づけるのは疑問である。たとえば行政行為に公定力の認められる根拠は、有能な職員が慎重な手続でもって行政行為を發布する、行政内部における監督組織の具備、行政がになう公益実現あるいは行政行為に対する相手方もしくは第三者の信頼保護などの要請にも求められることがある。しかし、このような要請は、たんに行政行為のみならず、行政契約、さらにはひろく行政作用一般についても、あたらないことはないように思われる。おそらく、行政行為の公定力の根拠は法政策的根拠、すなわち抗告訴訟制度をとる現行法の構造が違法な行政行為も原則として有効であるという前提のうえに成りたっていることに求められる。そうであれば、このような抗告訴訟制度の法定されていない行政契約については、それが違法であるときはその効力を否認しなければならぬように思われる。しかし、抗告訴訟の提起される行政行為は国民にとって侵益的行政行為であり、授益的行政行為の存続効は抗告訴訟制度とは直接には関係のない相手方の信頼保護などの見地にもとづいて認められるのであるから、違法な授益的行政行為が有効とされる根拠は公定力理論以外のものに求めなければならない。<sup>(3)</sup>したがって、行政契約には公定力がないことをもって違法な行政契約はすべて無効であるとしてもできない。

(1) 拙稿・法学雑誌一七巻四号一二六頁。

(2) 原田尚彦「行政契約論の動向と問題点」法律時報四二巻三号九四頁参照。なお、中川剛「行政行為の無効と取消について」政経論叢二二巻五・六号一二二頁参照。

(3) 山内一夫・行政行為論講義五八頁参照。

三 つぎに、より積極的に違法な行政契約の有効性を認めるための根拠はいかなる点にあるであろうか。この問題

の解決にあたっては、やはり行政機能の肥大化に伴う市民の行政解釈に対する依存性を考慮に入れなければならぬ。もともと行政は、立法機関の定立する法律の執行にあたるものであり、行政契約も法律の執行手段としての地位を有する。<sup>(1)</sup> すなわち、法令が行政契約の締結の根拠を与えたとともに、その締結の手続ないし内容に規制を加えるときはむしろのこと、また、たとえ、行政契約の締結に法律の根拠がない領域にあっても、行政契約の許容性を明示的に否定しなかり後者の領域において締結される行政契約も、法律を執行し実現するための行政手段たる資格を失なわない。それゆえ、これらの行政契約においても当該行政契約の手続・内容等に関する法令についての行政解釈を含むことも少なくないように思われる。そこで、もし、これら行政法令の規定の有無・内容等を相手方が実際に知っており、あるいは知ることができたというのであれば、この行政法令の規定に違反して締結された行政契約の効力は否定されてよい。<sup>(2)</sup> しかし、現代におけるような行政機能の肥大化に伴う行政法令の量的増大、質的複雑化の現象を考慮に入れるとき、相手方としては行政官庁が示した行政契約は適法であるという明示ないし黙示の行政解釈を信頼してこれを締結し、行政官庁による給付を得るために自己の契約上の義務を履行していかざるをえない。したがって、のちになって、行政機関が行政契約の内容に違背する言動をするのは相手方の信頼保護の観点からみて許されることがあると解すべきである。<sup>(3)</sup>

ところで、アメリカの判例においても、行政機関の行為の性質を governmental (sovereign) ないし public といわれることもある(ないし proprietary (private) といわれることもある) に分けて、後者の行為に対してはそれが違法であっても禁反言の法理が適用されると解し、この行為を行なう過程において締結された違法な行政契約の有効

性を認める見解も有力に主張されている<sup>(4)</sup>。ここで、ある行為が governmental なし proprietary のいずれに属するとされる基準は必ずしも明確ではないが、行政機関が行なう行為が私人間の取引においてはみられないような行為であるとき、これを governmental な行為とするのに対し、行政機関の行為が私人間の取引においてもみられるような行為であれば、これを proprietary な行為と解する傾向が強いようである。そして、後者の行為に対してはその行為が私人間の取引においてもみられるのであるから、私人間の取引において無権代理人が締結した契約の有効性を本人が否定することをエストップされると同様、行政は、禁反言の法理にもとづいて、proprietary な行為を行なう過程において締結された違法な行政契約の有効性を否定することができないと解するのである<sup>(5)</sup>。

しかし、この見解は、前述の現代における行政機能の肥大化に伴う市民の行政解釈に対する依存性ないし信頼保護ということを十分に考慮に入れていない点において妥当ではない。たとえば、行政機関の行為が governmental あるいは governmental な行為の遂行の過程において締結された違法な行政契約であっても、相手方の信頼保護の見地から、その有効性を認めるべきである<sup>(6)</sup>。

前記連邦最高裁判決も、原告たる農夫が政府企業たる公社は厳密な意味における proprietary function といふる保険事業に従事していたから衡平法上の禁反言の法理を適用しても governmental function に干渉することにはならないと主張したのに対し、「政府が機能する (function) 形態がいかなるものであっても」権限踰越の行政契約の効力は認められないと述べて、governmental Ⅱ proprietary 理論の適用をしりぞけた。また同判決の少数意見においても、この理論にはふれることなく、すべて農夫が法律家であるわけではなく、また法律家を雇うことを期待さ

れるべきでもないから、連邦官報にどのような法令が含まれているか知っているわけでもない」と述べて、禁反言の法理の適用を認めるべきであると主張する<sup>(7)</sup>。この少数意見も、行政解釈に対する市民の依存・信頼ということを重視した結果、違法な行政契約の有効性を認める点において私見と同旨であるように思われる。

(1) Stein, *Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*, AöR, 1961, S. 326.

(2) Vgl. Renck, NJW, 1970, S. 740 (本稿八五頁参照)。

(3) Götz, *Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, JuS, 1970, S. 5. 原田「前掲論文」法律時報四二巻三号九四頁、藤田宙晴「当事者間の合意の効力」租税判例百選四四五頁参照。

(4) なお、contractual power の行使したを proprietary function と同列におく判例も存するといえる。7 ALR 1248; 28 American Jurisprudence 2nd ed., pp. 785-786 参照。

(5) Davis, *Administrative Law Text* 3rd ed., 1972, pp. 343, 347.

なお、行政機関の行為が私人間の取引においてみられるものであっても、これを直ちに proprietary な行為としなご、むしろこの行為がどのような目的をもってなされるかに着目して governmental なし proprietary のいずれの行為とされるかを説く見解がある。たとえや United States v. City and County of San Francisco, 112 F. Supp. 451 (1953) はこの趣旨の判決であるが、なお同判決は、違法な行政契約について governmental = proprietary 理論の適用を否定した連邦最高裁の Merrill 判決(本稿八二頁注(3)参照)の後において、同理論の適用を前提とする判示をした点においても注目すべき判決であるといえよう。この事案はつぎのとおりであった。一九一三年に制定された Raker 法にもとづいて、連邦は、サンフランジスコ市等に対しヨセミッテ国立公園等のなかにある若干の公有地などを交付し、そのさい交付の条件として同公園内に若干の道路を建設すること、毎年一五〇〇〇ドルから三万ドルを連邦に対し納付することを定めた。一九三二年一〇月、市と内務長官は協定 (agreement) をかわしたが、その内容は連邦に対するヨセミッテ公園内の道路管理費用の

支払義務から市を免れせしめるものであったので、連邦は一九四〇会計年度までに連邦が支出した同費用の償還を訴求した。裁判所は、政府に対する禁反言の法理は政府が通例の proprietary claim を主張しているときにのみ適用され、その sovereign capacity に対しては適用されないとし、さらにつぎのように判示した。被告は、政府が公有地を処分するときは proprietary capacity にて行為するという趣旨を説く州裁判所の判決を多数引用する。しかし Raker 法は、被告が主張するような、たんに余分の公有地の処分について定めるのではなく、むしろ安価な公権を北カリフォルニアに利用させ、その対価として被交付者の基金を国立公園の維持改善に使用せしめることを定めており、国立公園は連邦政府が憲法の規定にもとづいて人民のために保持している。同判決はこのように述べて、本件公有地の処分の government 的性質を説いて前記協定の有効性を否定するに思われるのである。

すべし The Bank of the United States v. the Planters' Bank of Georgia, 22 U. S. 904, 6 L. Ed. 244 (1824) は、政府企業（連邦穀物保険公社もこれにあたる）は私人間の取引に対し適用される法原則に服する旨判示していた。この事実、原告が自己の譲りうけた約束手形の支払いを求めたのに対し、被告プランターズ銀行は、同州の市民たる原告が同州の企業である被告を連邦裁判所に対し訴えることはできないと反論したというものである。マーシャル (Marshall) 裁判長は、プランターズ銀行に対しジョージア州は利害を有するけれども同行はジョージア州自身ではない。したがって政府が商業会社の当事者となるとき、その会社の取引に関するかぎり主権的性質を脱し民間の市民たる性質をおびる、と判示した。なお、同判決を前提とすれば、連邦最高裁の Merrill 判決が禁反言の法理の適用を否定したのは、いわゆる主権免責の法理を根拠としたのではなかったと解する有力な理由になるように思われる（本稿八二頁参照）。

(6) 綿貫「前掲論文」社会科学論集一〇号二〇頁参照。

(7) 332 U. S. 380, 92 L. Ed. 10, 15. また Melhine, op cit., p. 174 は、同旨結論を立法化すべきであるとして、その試案を提示する。このような違法な契約の有効性を説く法原理として、禁反言の法理のほか、外観上の権限 (apparent authority) 法理があり、両者は実際上はほぼ同一の事案に適用され同一の法的効果をもたらすけれども、論理的に厳密にいえ

ば相互に異なる法原理であるように思ふ。Whelan & Dunigan, *op cit.*, pp. 831 et seq.

(80) Whelan & Dunigan, *op cit.*, p. 848 参照。同書のイギリスの判例として Robertson v. Minister of Pensions, K. B., 2 All E. R. 767 (1948). なお、綿貫「前掲論文」自治研究三九巻七号六四頁以下が紹介する判決参照。

四 このように、相手方の信頼保護の見地から行政官庁を拘束する違法な行政契約は、違法な授益的行政行為の存続効と比べて同程度の効力をもつてであろうか。最近の西ドイツにおいては違法な行政契約が授益的か侵益的かをとくに区別することなく、違法な行政契約の有効性を説く見解も有力である。そのうち、行政行為と異なり、行政契約は相手方の同意のもとに締結されるから違法な行政行為において認められるような取消権を契約当事者に与えることは契約の本質に適合しないという前提にたつて、行政行為を無効にせしめるような違法な給付を行政に義務づける契約のみが無効であると説く見解がある<sup>(1)</sup>。違法な行政行為は原則として有効であり例外的に無効とされるのであるから、行政行為を無効にせしめるほどの違法な給付を内容とする行政契約も例外的にしか存しない。また、違法な行政行為にあっては原則として有効とされるが、しかし、行政庁は一定の場合にはこれを遡及的に取り消すことができる。しかし、みぎの見解は、違法な行政契約にあっては無効でないかぎり有効であり、これを取り消すことはできないというのであるから、この見解は、違法な行政契約の存続効は違法な行政行為のそれよりも大きいと説く立場にたつといえよう。

しかし、たとえば違法な授益的行政行為の発布を約束する行政契約にあっては、通例の違法な授益的行政行為の

発布におけると異なつて、相手方の信頼保護の観点にもとづいて、約束された授益的行政行為の違法性を知りながらも、あえてこれを発布しなければならない。このかぎりにおいて、違法な行政契約の存続効は、むしろ前述の見解とは逆に、違法な授益的行政行為の存続効よりも若干劣るようにも考えられないことはない。しかし、行政契約にあつては、相手方に対し反対給付の履行を法的義務として課するのであるから、この点では、行政行為よりも、行政契約の官庁に対する拘束性を若干強く認めなければならぬようにも思われる。結局、違法な行政契約の存続効は、違法な授益的行政行為のそれと同じように考えてもさしつかえないであらう。<sup>(2)</sup>

したがつて、具体的事案において、違法な行政契約の効力を認めるかどうか、またその効力のおよぶ範囲はどうかは、違法な行政契約によって侵害される個々の行政法令の規定に化体された価値と相手方の信頼保護との間の比較衡量によって決定すべきである。<sup>(3)</sup> このような前提にたつたうえで、相手方の反対給付の履行ないしその着手があつたか、それとも、いまだこのような事態にいたらない場合を区別して、行政官庁による違法な授益的行政契約の解除は、おそらく原則として後者の場合には許されることにならう。<sup>(4)</sup>

(1) Wolff, aO S. 311f. 一九六三年の行政手続法の草案理由書も同旨か (Hausen, Die Bestandskraft verwaltungsgerichtlicher Vergleiche, DVBl. 1968, S. 288)。

(2) Hausen, Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags, NJW. 1969, S. 124. 訴訟上の和解について同旨 BSG, NJW. 1967, S. 1822f. 行政訴訟上の和解の効力については、南博方・行政訴訟の制度と理論一八一頁以下参照。

(3) Vgl. Götz, Jus. 1970, S. 5. なお、成田頼明||南博方||園部逸夫編・行政法講義下巻二九一頁(種谷春洋教授執筆)



参照。

(4) 行政主体による行政契約の一方的解除によって必ずしも相手方の損害賠償ないし損失補償が認められることにはならぬ。山田(幸)・前掲書三二〇頁注(一〇)参照。

#### 四 おわりに

一 これまで、相手方にとって授益的な行政契約のことを念頭において、それが違法であるときの効力について論じてきたつもりである。しかし、行政行為などのように相手方の意思のいかんを問わず一方的になされる行政作用とは異なり、行政官庁と相手方との相互の自由な意思の合致にもとづいて成立する行政契約について、とくに侵益的行政契約なるものが存しうるであろうか。ただし、相手方としては、ある行政契約の内容が自己にとって不利益であると考えれば、おそらくこの行政契約を締結しないと思われるからである。しかし、行政行為などのように一方的に発布される行政作用と比較し、その程度ないし範囲は狭いと思われるけれども侵益的行政契約もまた成立しうる。たとえば、法令の規定によって一定の要件事実が実現されれば必ず建築許可を発布しなければならないときに、この要件事実が実現されているにもかかわらず、行政官庁が建築許可の発布を相手方の経済的反対給付の履行にかからしめ、相手方も当該法令に対する無知から、このような契約を締結するとき、違法な侵益的行政契約が成立すると考えることができる。

違法な侵益的行政契約の存続効は違法な侵益的行政行為のそれと同一に考えることはできない。すなわち、後者

については、行政官庁にこの取消義務があるかどうかが問題にされるにとどまり、相手方によるこの行政行為の取消しはむろん許されない。これに対し、違法な侵益的行政契約にあっては、相手方による行政契約の解除が認められるであろう。<sup>(1)</sup> みぎの例においては、相手方は自己の経済的反対給付の履行を拒絶しても建築許可を取得できると考えられる。<sup>(2)</sup>

(1) Vgl. Götz, Jus. 1970, S. 5.

(2) 柳瀬・前掲書三三頁以下参照。なお、本稿九一頁注(5)参照。

二 つぎに適法な行政契約の効力の問題についても、違法な行政契約の効力に関して述べてきたことが妥当するよう<sup>(1)</sup>に思われる。ただ、適法な侵益的行政契約にあっては、それが違法な場合と異なり、その有効性が認められるのはむろんである。なお、いわゆる「事情変更の原則」が公法関係にも適用されるべきであるといわれているが、<sup>(2)</sup>同原則は違法な行政契約よりも適法な行政契約に対して、より適用の範囲が広いのではないかと思われる。ただし、原始的に違法な行政契約にあっては、契約締結時においてすでに違法であるから、事情変更の原則にもとづいて、この違法を理由とする行政契約の解除は許されないように思われるからである。<sup>(3)</sup> いずれにしても、事情変更の原則<sup>(4)</sup>じたいが信義則を基礎とするものであるから、行政契約の効力の問題については相手方の信頼保護を顧慮して決定すべきであると説くことは、行政契約に対する事情変更の原則の適用を認めることと矛盾することにはならない。

(1) 建設業法一八条、政府契約の支払遅延防止等に関する法律三条などには、行政契約の履行は信義に従い誠実にこれを履

行しなければならぬという規定がある。

(2) 五十嵐清・契約と事情変更一五二頁。この原則をとり入れた行政法令があることについては、山田(幸)・前掲書三四〇—三四一頁参照。

(3) Hausen, DVBl. 1968, S. 289.

(4) 五十嵐・前掲書一五〇頁。