

行政の私法上の行為の効力と信頼保護

乙 部 哲 郎

- 一 はじめに
- 二 西ドイツにおける概況
- 三 若干の検討
- 四 おわりに

一 はじめに

一 筆者は、かねてより各種の行政作用ないし国家作用の形式ごとに、国民の信頼保護の観点からこれら作用の拘束（有効・存続）性を認めることができるかどうか、を考察しようと意図してきた。本稿は、この問題を行政の私法上の行為形式との関連において、みようとするものである。⁽¹⁾ あらかじめ結論をいえば、行政の私法上の行為の拘束性も相手方の信頼保護の観点から説くことができると思うのであるが、この問題は、わが国にあっては、従来、

行政の私法上の行為の効力と信頼保護（乙部）

（四二一） 二〇九

公法関係と区別された私法関係における民法規定の類推適用の観点から、あるいは、判例・民法学者を中心として、とくに、この点にはふれずに、それぞれ、代理権限なき行政機関（とくに市町村長）の私法上の行為の有効性が民法一〇九条以下の表見代理の規定の類推適用により認められるか、というかたちで論じられることが多く、さらには、民法四四條の法人の不法行為責任の規定の類推適用により公法人の賠償義務を認めうるか、というかたちで論じられることも少なくない。いずれにしても、判例学説は、一般に、公法人に対し民法一〇九条・一一〇条等および四四條の類推適用の可能性を承認する。⁽³⁾さらに、判例は、両者の競合的適用をも認めると解されるが、この点に⁽⁴⁾関し、学説は分かれる。⁽⁵⁾

二 ところで、本稿のテーマに関しては、西ドイツにおいても、わが国におけると同じように主として市町村（Gemeinde）の責任をめぐって、以前より公の手の（私法上の）法律行為に対する信義則ないし信頼保護の原則の適用の問題として、かなり活発に論じられてきた。⁽⁶⁾そのさい、この問題は、行政機関の代理権の欠缺（わが国では、前述のように民法の表見代理の規定の類推適用の問題として論じられているものが、これに相当するであろうか）、監督官庁の認可の欠缺および書面形式の欠缺の二つの事案グループに分けて論じられることが多い。また、最近では、行政法における信義則の広汎な適用は疑問とする観点から、信義則ではなく、平等原則にもとづいて行政私法（Verwaltungsprivatrecht）⁽⁷⁾の拘束性を説く見解もみられる。

この行政私法論にもみられるように、行政の私法上の行為に対する信頼保護の問題は、公法関係と区別された私法関係における民法規定の類推適用として完全に処理できるかは疑問の余地もないではなく、また、この問題は、

単に、代理権限なき行政機関の行為に対する民法の表見代理の規定の類推適用の問題につきるわけではなく、それ以外の行政の私法上の行為についても生じうるなどの点を考えれば、この西ドイツにおける理論は、わが国において行政の私法上の行為の効力と信頼保護の問題を考察するにさいしても参考になるところがあるように思われる。そこで、本稿は、西ドイツにおける若干の判例学説を参考としてその理論の概況を紹介し、あわせて少しばかりの検討を加えようとするものである。

(1) 本稿は、拙稿「行政契約の効力と信頼保護序説」神戸学院法学四卷二・三号七六頁以下と密接に関連し、これを補うものである(なお、同七七頁注(1)参照)。

(2) 田中二郎・公法と私法八〇頁以下、山内一夫・雄川一郎編・演習行政法一九九頁(綿貫芳源)。

(3) この点に関する事案の多くは、市町村長の不正借といわれるものであるが、すでに、大審院も市町村の表見代理および不法行為責任を認めていた。最高裁は、表見代理について昭和三四年七月一日民集一三卷七号九六〇頁、不法行為については昭和三七年九月七日民集一六卷九号一八八八頁の各判決が、それぞれ、はじめて市町村の責任を認めたといわれ、ほかにも若干の最高裁判決があり、もちろん下級審の判決もかなり多い。これらのうち、若干の判決は、本論の各論点との関連において適宜とりあげることになる。大審院以来の判例の展開の概観として、たとえば、後藤清・総合判例研究叢書(民法20)七一頁以下、原島重義「法人の表見代理責任と不法行為責任」法政研究三六卷二一六号一七二頁以下、遠田新一・代理理論の基礎的研究三一〇頁以下参照。

(4) 福地俊雄「判例評釈」民商法雑誌六二卷五号六二頁、曾田厚「判例評釈」判例評論二二〇号一七頁。

(5) たとえば、幾代通・民法総則四〇六頁、なお、平井宜雄「判例評釈」法学協会雑誌八四卷五号七三四頁以下参照。

(6) わが国民法で表見代理として論じられる問題が、ドイツ私法では代理権濫用の問題として論じられ、そのさい信義則、さらには信頼保護の観点が重要な役割をはたすことについては、高橋三知雄・代理理論の研究二〇五頁以下参照。

(7) 行政私法とは、行政の私法上の行為の中から純然たる国庫活動(たとえば「行政官庁の事務用品の購入、燃料の購入など」)を除いたもので、公の目的を遂行する私法上の行為をいい、これには私法規定を直ちに適用せずに公法的特色を加味し修正し適用する。成田頼明「財政投融资」経営法学全集八卷三三九頁、同「非権力行政の法律問題」公法研究二八号一四九、一五二頁、村上武則「給付行政とその法形式」法学論叢八九卷五号六三三頁参照。

二 西ドイツにおける概況

一 西ドイツにおいて、公の手の(私法上の)法律行為に対する信義則ないし信頼保護の原則の適用の問題を論じる学説は、とくに一九五〇年代の前半にかけて展開されたようである。⁽¹⁾これらの学説は、第一に、代理権、監督官庁の認可および書面形式の欠缺の三つの事案グループすべてにつき、信義則等の適用を肯定するもの、第二に、逆に、三つの事案グループすべてにつき信義則の適用を否定するもの、第三に、両者の中間的見解として、書面形式の欠缺の場合とその他の事案グループを区別して、前者について信義則等の適用を認めるが後者についてはこれを否定するもの、第四に、行政私法についてその拘束性は信義則ではなく平等原則にもとづいてのみ認められるとするもの、に大別できるといわれる。以下、順次、これらの学説を紹介することにしよう。

(1) H. C. Nipperdey, Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben, JZ 1952 S. 577. F. Scholz, Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand, NJW 1953 S. 961; G. Beitzke, Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand, MDR 1953 S. 1. R. F. Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Diss. Mainz, 1954 S. 76, 86 ff.; H. W. Wild,

Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand, NJW 1955 S.693. なる D. W. Lünstedt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, 1963 Diss. Heidelberg S. 66 ff.; F. Hauelsen, Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl 1964 S.710 f.

二 まず、ニッバーダイは、さきの代理権の欠缺など三つの事案グループすべてにつき、公の手による私法上の行為の無効の援用は、それが、(1) 許されざる権利行使ないし失効(権)(Unzulässigkeit der Rechtsausübung oder Verwirkung) についての一般原則によれば信義誠実(民法二四二条)に違反するとき、あるいは、(2) 契約締結上の過失責任が生ずるとき、禁止されると結論づける。ニッバーダイは、その理由として、まず、信義則の適用を否定する見解、とくに連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof: 以下BGHと略称する)は独自の理由づけを十分にすることなくドイツ大審院(Reichsgericht: 以下RGと略称する)のある著名な判決⁽¹⁾がその常の判例であるとしてこれに従うが、この判例の理解に問題があり、信義則の適用を否定するのがRGの常の判例であるとはいえない、と説く。ついで、監督官庁の認可は、別段の法律の規定のないかぎり、一定の形式をふむことなく発布され(これは契約、単独行為に対する第三者の同意の不要性を定める民法一八二条一項・二項の準用にもとづく)、かつ、時々、一般的方法により発布されるから、局外にある相手方には認可の発布の有無およびそれが適式に発布されたかどうかは明らかでないことが、しばしばあり、同じことは、権限ある官庁・代理人がした法律行為であるかどうかの調査にさいしても妥当するとし、さらに、つぎのように説いている。

公の手も含めて私法上の取引に参加する権利主体すべてに対し、信義則を定める民法二四二条の規定が適用され

ねばならないことは、基本法三条一項の平等原則の要請である。全法取引における信義誠実の妥当性は、自然法、自由・社会的法治国（基本法一八条・二〇条・二二条・二八条）の構成部分として憲法上の法命題であり、したがって、公の組織とその構成員の公益における保護（前記RGの判決を引用）を理由として民法二四二条を適用しないのは、憲法違反になる。公の手の側には、国庫的したがって物質的利益、せいぜい合法的行政の利益（*fiskalische, also um materielle Interessen... allenfalls um Interessen der geordneten Verwaltung*）があるが、しかし、前記のRGの判決は、最高の理念的価値（*höchste ideelle Werte*）すなわち信義誠実、平等、法治国原理のあることを看過するものである。ただ、このようにいうことは、公の手による認可の欠缺等による法律行為の無効の援用は、すべて信義誠実に違反するということを意味するわけではなく、個別事案において、法律行為を無効とすることの利益と相手方の有効性への信頼（*Verrauen*）のいずれが高次の価値ある利益かを衡量しなければならぬ。たとえば、合理的にみて、当時、申請されれば認可は発布されたであろうときは、不許容の権利行使の抗弁は認められるが、契約を締結した官庁に権限のなかったことを理性人すべて（*jeden Vernünftigen*）が知りうるときは、この抗弁は認められない。その権限につき単なる疑問のあったにすぎないときは、抗弁は否定されないのである。市民は、行政組織内部の官庁の権限を個々に調査しえないし、調査する義務もないからである。公益の顧慮ということは、弾力的な一般条項の適用に厳しい要件を定めることを要求するが、信義誠実の原則的な妥当性をしりぞけるものではない。⁽²⁾

つぎに、シヨルツは、まず、監督官庁の認可の欠缺に関し、つぎのように述べる。信義誠実を顧慮しなければ、

行政の瑕疵の責めを善意の第三者 (gutgläubigen Dritten) に負わし、市町村長のことばに対する善意の第三者の信頼 (Vertrauen) を欺くことになる。まさに、公益が契約有効への官庁の配慮と善意の第三者の損失防止を要求する。契約仲間は公衆の構成部分であり、官庁は公衆に奉仕すべきであるからである。代理権の欠缺に関しては、行政法令は共同代理を定めるのに、もし、権限ある官吏が一人の官吏の署名のみで十分であると明言し、あるいは相手方が他の官吏の署名を求めるのを故意に阻止したとき、また、官庁が相手方をして当該取引は終局的有効であるとみせしめるように行爲したときに、いずれも相手方が取引上の措置 (geschäftliche Maßnahmen) 等をすれば、民法二四二条が適用されねばならない。ただし、相手方が代理権の欠缺を知るべきであったか、実際に知っていたときは、信義則は適用されない。書面形式の欠缺の場合も、前記二事案グループと区別すべきではない。書面形式、共同代理ないし認可の必要を定める規定はすべて、無思慮ないし損失をもたらすおそれのある法律行爲を阻止するという同一の目標を有するが、これら規定を援用すれば信義誠実に違反するというとき (これは常に具体的に審査すべきである、とする)、二ケースを区別して取り扱うことはできない。

最後に、シヨルツが結論としてつぎのように述べるのは、行政法における信義則一般に関しても有益である。すなわち、(1) 公の手の私法上の取引における信義則適用の問題について判例が分裂する根本原因は、信義則の私法的由来に対する不満があり、公法において信義則にはより低いランクを与え「公益において」定められた「保護規定」に信義則は譲るべきとする、点にある。(2) しかし、良俗および信義誠実違反を許せば、その他の全法規範は打ちこわされ、われわれは文化国家、法治国家で生活していかないことになる。(3) 法の任務は正義 (Gerechtigkeit)

への奉仕であり、文化的共同社会の道徳律 (Sittengesetz) に適合するものが正義であり、信義誠実条項は正義と道徳 (Sittlichkeit) に奉仕するのに、とくにふさわしい。(4) モラルは、私人に妥当する以上に国家と官庁に対し妥当しなければならぬ。私人たる契約当事者はエゴイスティッシュな相手者として対置するが、官庁は国民を保護し、官庁と取引関係にたつ個人は国民の一部であるからである。(5) 善意の第三者の信頼利益に対し権威的利益として公法上の組織・公益を対置するのは、基本的に誤った考え方である。官庁はそれ自身のために存在するのでなく、全官庁は国民に奉仕すべきものである。官庁と合意を結ぶために官庁にむかう者は国民の代表者であり、かれの信頼を欺いてはならないということ以上に強い「公益」なるものは存しない。(6) 私人間の取引、私人と公の手との間の私法上の取引において、信義則の適用・効果に差異はありえず、あるとすれば、それは基本法三条の平等原則に違反することになる。(7) 個人は、行政官庁に妥当する法規を行政官庁は知っているものと期待してよいはずであるから、官庁の表示の瑕疵と不明確から生ずる負担は官庁にある。(8) 民法三一条・八九条により、私法上の団体と同じく公法上の団体も、その運営の過程で生じた失策については自ら責めに任ずるという思想が引き出される。(9) ショルツは、相手方の救済は信義則の適用により契約の有効性を維持するという方法によるべきであって、これを契約締結上の過失による損害賠償請求権の方法によるべきでない、と解するようであり、(10) 裁判所もまた自らに対する国民の信頼を得るためには、行政官庁と法的関係に入る者の信頼を保護すべきであり、これなくして司法の最高目的である正義は存しえない、と説いている。⁽³⁾

シュテイツヒは、公の手の私法上の取引が行政法上の形式的規定に違反するとき、信頼保護 (Vertrauensschutz)

の見地から取引の有効性が認められるかを問題にし、この問題は、代理権の欠缺など三つの事案グループに分けて考察しなければならない、と以下のようである。

(1) まず、代理権の欠缺の場合、まず、民法一六四条以下の規定によって判断すべきであり、つぎに、相手方が信頼保護の原則を援用しうるが問題となるが、そのさいのポイントは帰責可能性 (Zurechenbarkeit) の問題にある。帰責可能性の有無の判断は、無権代理人の行為ではなく、正当な代理資格をもつ機関の行為を基準として、行なうべきである。すなわち、無権代理人が創出した信頼基礎 (Vertrauensgrundlage) は、正当な代理資格をもつ機関がこれを知っていたか過失により知らず、よって必要な措置をとらなかった場合にのみ、公の団体の帰責可能性が認められ、同じことが法令の定める共同代表によらなかった場合にも妥当する (シュテイツヒは、この帰責可能性という要件をあげることによって、信頼保護思想の強調により行政法令の形式規定が過度に無視されることを防止しようとしているように思われる)。信頼保護原理にもとづく公の団体の拘束性が認められないとき、相手方の損失の調整は、まず、民法一七九条により無権代理人自身の責任を問うことになる。契約締結上の過失による団体の責任は、無権代理人の少なくとも契約の交渉のための授權を前提とするが共同代理人中の一人のみが交渉したときなどの場合には問題があり、また、職務義務違反にもとづく団体の責任は、私法的取引は公権力の行使を意味しないために不可能である。

(2) 監督官庁の認可の欠缺の場合にも、信頼保護の原則にもとづく公の団体の拘束性を認めるには、信頼基礎の監督官庁への帰責可能性を要し、(1)と同じように公の団体のために表示をする者の行為のみでは認可なき取引を信

義則により有効と取り扱うことはできない(シュテイツヒは、かくて、彼の見解は前記RGの判決の結論にも沿うものである、と述べる)。公の団体の拘束性が否定されるとき、契約交渉には監督官庁の認可は要しないから相手方には契約締結上の過失および民法八二六条(善良な風俗に反する方法による不法行為)にもとづく損害賠償請求権が与えられる。

(3) 書面形式の欠缺については、民法は個別の種類法律行為について書面形式を定めるが(たとえば、三二三条・五六六条・七六六条・七八〇条・七八一条)、公法上の団体の私法上の義務づけ表示については、行政法令は、その種類のいかんを問わず書面形式を要求する。したがって、この行政法令の規定は、単なる形式規定ではなく公法人のために行為する者の代理権の制限規定である。この書面形式を欠く法律行為の拘束性についての決定的問題は、右(1)・(2)におけると同様に信頼基礎の帰責可能性にある。ただし、(1)・(2)の場合と異なり、表示をする機関は代理資格を有しその表示が単に書面形式をふまなかったのであるから、帰責可能性の有無の判断にあたっては、代理資格ある機関の行為のみが問題とされる。したがって、右(2)の場合とは異なり、一般に、信頼保護の原則の適用要件は充足される。ただし、公の団体を無思慮かつ団体を危うくするような意思表示から保護するという規定目的が、害なわれない場合に限る。権限ある機関が義務づけ表示の効果を十分に考慮しながら、形式規定の知らないし確定的な義務づけを回避することを意図して形式規定に従わないとき、また、相手方に対し当該法律行為は有効であると保証したときなどは、右規定の保護目的のために、信頼保護思想の妥当性が妨げられることはありえない⁽⁴⁾。

その後、行政法における信頼保護の必要性を説くハウアイゼンも、簡単にではあるが、行政の私法上の行為に対

する相手方の信頼保護を認め、この場合の信頼保護は私法規定にしたがって判断すべきである、⁽¹⁾という。

(1) ここで引用の判決は、RG UrI.v.26.2. 1938, RGZ Bd. 157 S.207であるが、同判決はつぎのようにいう。ザクセンの市町村法は、市町村が保証の引受をするには上位官庁の認可が必要である旨定めるが、本件では同認可の申請も発布もされず、契約には市町村長が署名しているにすぎなかった。市町村は、一九三一年四月三〇日まで、KN社に対し約束した金を支払ったが、認可の欠缺を援用して以後の支払を拒絶した。KN社の債権の譲渡をうけた原告は、支払期限のきた六〇〇RMを被告(一九三二年の法令により法人格を取得し銀行の取引から生じた市町村の義務を承継)に対し訴求し、その理由の一つとして、市町村および被告は、認可の欠缺を援用することを信義誠実により阻止されることをあげた。第一審・二審とも被告は敗訴したが、RGは、二審判決を破棄し事案を原審に差し戻し、その理由を次のように述べた。

監督官庁の認可 (Genehmigung der Aufsichtsbehörde) のない市町村長の表示は、その間、浮動的無効である。それは「認可」ということばと民法一八二条以下の準用から生ずる。市町村は、署名により契約の拘束をうけるが、その間の義務は認可をとりよせることにある。概観するかぎり、RGの判例の中では、当部のみが、市町村その他の公法上の団体の意思表示が法定の要件を遵守しないとき、これらの団体が信義誠実に反してまで意思表示の無効を援用しうるかという問題を扱ってきた。このなかには、無効の援用を否定した判決もあるが、それは、一方的義務づけ表示で、かつ形式的文面・署名その他監督官庁の認可を得なければならないという事案ではなかった。これに対し、本件のように、この認可を欠く事案で、当部は、明確に、契約の形式無効の援用に対する悪意の抗弁 (Arglistenrede gegenüber der Berufung auf die Formlichkeit von Verträgen) の許容性に関する原則は、認可の欠缺のごとき事案には適用しえないと述べている。なお、監督官庁の認可が全く発布されなかった場合と発布されたが合法的でなかった場合を区別することなく、後者の場合も形式的瑕疵 (Formmängel) ではなく代理権の瑕疵であるとするのがRGの判例であるが、しかし、この両者は本質的に区別すべきである。監督官庁の認可は、団体とその構成員を無思慮かつかれらを危険におとし入れる機関の意思表示 (unbedachte und sie gefährdende Willenserklärung ihrer Organe) から保護するところ公益のため、法定されているからである。この決

定的観点に、その他のとりわけ私法上の基本的な信義誠実の思想も譲らなければならず、これにより若干の取引上の困難が生ずるが、これは忍ばねばならない。

(2) Nipperdey, JZ 1952 S.577 ff.

(3) Scholz, NJW 1953 S.961 ff. なお、シマンンの見解の一端は、F. Scholz, Formnichtigkeit und Arglistsmrede, NJW 1950 S.81ff. に示されている。

(4) Stuch, aO S.86ff. なお、シュティヒがいう「帰責可能性」その他行政法における信頼保護一般に関する彼の見解については、拙稿「西ドイツ公法における信頼保護の原則の動向」神戸学院法学六巻一号一八一頁以下、とくに二四五頁注(3)参照。

(5) Hausen, DVBl 1964 S.711. 公法上の契約と信頼保護に関するハウアイゼンの見解については、拙稿・神戸学院法学六巻一号二六二—二六三頁参照。

なお、代理権の欠缺に関し、BGH Urt.v.2.3. 1972, NJW 1972 S.940 は、以下のとおり。ニードーザクセン市町村法六三条は、市町村支配人 (Gemeindefaktor) は評議会議長と共同してのみ市町村を義務づける意思表示をすることができ、これは第三者への授權にさいしても妥当することを明規する。本件では、浄水施設の建築請負契約が被告市町村と原告との間に締結されたが、市町村支配人のみが単独で同市町村の技術指導事務所に対し浄水施設の建築を原告に用命するように指示した、というのである。控訴裁判所は、被告市町村による代理権欠缺 (Vertretungsmangel) の援用は信義誠実ならびに権利行使の不許容に違反するとして市町村に契約履行を義務づけたが、これに対する上告審において BGH は、控訴審の見解には従いえないと結論づけ、その理由をつぎのように入。

前記の共同代理を定める規定は、市町村とその住民の保護および市町村支配人の活動の統制の保障を目的とするが、信義則の適用により同規定を無視しうるならば、この規定は完全に空洞化される。このことは、とくに、本件におけるように比較的少数の住民しかいない市町村に対し妥当する。ここでは、市町村長の選出は博識な評議会議員に制限され、本件でも、

市町村長は自己の利益のために計画を実施するさいフリーハンドをもつ。このような状況下では、右法令による市町村支配人に対する統制はとくに必要であつて、そのさい、同規定の無視が意識的であるか無意識的であるかは問わない。市町村およびその住民に対する危険は両場合とも等しく重大であるからである。これによつて、公の団体との私法上の取引が著しく困難になるといふことにはならないが、いづれにせよ、これは一般的利益 (Interesse der Allgemeinheit) のために忍ばねばならない。取引關係に現われる者は、常に、代理關係について、たとえば商業登記簿ないし社団法人登記簿を見て調べておかねばならない。市町村の代理についての強行的権限規律 (zwingende Zuständigkeitsregelung) でもある市町村法も、これに準ずるものであり、さらに公の団体に対しては一般的利益のための特別の規定があることは、よく知られている。

三 つぎに、代理権の欠缺その他三事案グループすべてにつき、信義則の適用を否定する見解がある。

グラーフエは、前記RGの判決は正しいとして、さもなくば市町村をして法律の命ずる國家監督から實際上免れしむるからであるという。ついで、グラーフエは、ある判決の評釈において同判決の結論は正しいとして、つぎのように説く。市町村の組織法規中の形式規定は、民法上の形式規定の保護目的とは異なり、監督官庁の認可要件のそれと全く同様に、公益すなわち権限なき官吏・雇員による輕率な義務づけ表示 (überreite Verpflichtungserklärungen) などにもとづく損失から市町村を保護するという目的をもつ。したがつて、市町村が同規定の遵守なき表示に拘束されるとするのは、實際上、同規定を幻想的なものとし、市町村から公益上の保護を奪うことになる。ただし、市町村の権限ある機關が、この表示が不利益となれば事後にその無効を援用しようという意図で法定の形式に適合しない表示をしたとき、あるいは、行政法令上は適式にされた表示が民法の形式的規定 (たとえば三三三條) に適合しなかつたときは、事情は異なる。

このように、グラーフエは、監督官庁の認可および書面形式を欠く法律行為に対する信義則の適用を認めず、これに対し代理権の欠缺の場合の信義則の適用についてはふれていないが、右の説明からみると、後者についても前二者と同じく信義則の適用を否定するようと思われる。

その後、バイチケも、つぎのように述べる。まず、信義則が行政法一般、したがって、また公の手の私法上の取引にも妥当し、とくに、私法上の取引に参加する権利主体すべてに対し妥当することは、基本法三条にもとづく強行的要請であって、このかぎりではニッパードイの見解は正しい。したがって、たとえば、民法三二三条の形式規定を遵守しない取引の無効の援用は、個別事情によっては許されることがあり、このことは、とくに、法律行為が完全に展開するか、一方当事者が他方当事者をして形式規定の遵守を阻止せしめたときに、妥当する。これらの場合、民法二四二条により、形式をふまない契約は有効とされねばならない。しかし、たとえば、土地譲渡に必要な官庁の認可が存しないなど、取引形式が当事者の利益のためにのみ定められたものでないときは、事情は異なる。当事者は認可の獲得義務を負い、認可が発布されなければ当事者は常に取引の無効を援用でき、信義誠実によりこれを阻止することはできない。この場合、土地取引のコントロールという公益が、当事者の利益よりも優越するからである。公の手の私法上の取引に対し共同代理・書面形式ないし監督官庁の認可などが要請されるとき、これらは単なる形式規定（たとえば民法三二三条）と同視することはできない。RGの判例も、常に、これらの要請は公法上の団体の代理人の権限を制限するものとして扱ってきた。

バイチケは、このように述べ、ついで、三つの事案グループごとに個別的に考察し、代理権および監督官庁の認

可を欠く法律行為に対する信義則の適用を否定し、もっとも問題があるのは書面形式の欠缺の場合であるとしながら、書面形式を定める規定は、義務能力の人的制限に近かく、たとえば民法三二三条・七六六条とは異なり、履行による治ゆを定める規定も存しないから、民法二四二条の適用により書面形式を欠く法律行為の効力を認めるわけにはいかない、と説く。ただし、バイテケは、これら三つの事案グループすべてにおいて、相手方には契約締結上の過失にもとづく請求権が考慮されうるとし、監督官庁の認可など契約締結のさいの加重要件は、契約のための交渉には妥当しないから、公法上の団体は損害賠償責任を負い、これは、通例、消極的利益（信頼損失）にのみ及ぶが、例外的には、ニッパードイ、ショルツにならって積極的な履行利益の賠償にも及ぶことを認め、このほか、民法八二六条にもとづく損害賠償責任も可能であることを説く。³⁾

(1) 同判決は、LG Aurich Ur. v.14.2. 1951, NJW 1951 S.723 であるが、市町村を義務づける表示の要件として書面形式を定める市町村法の規定に違反する表示の無効の援用は、市町村が商品を異議なく受領した後であっても信義誠実に違反しないと判示し、その理由として、みぎ規定の目的が公衆に対する損失防止にあることをあげる。

なお、その後、書面形式の欠缺の場合に信義則の適用を認める BGH Ur. v.14.6. 1956, BGHZ Bd.21 S.59 がある。原告市町村の支配人は、市町村評議会の委任をうけて、一九四八年一月二日付の書簡により被告会社に対し二個の給水ポンプの納品を命じた。市町村は、二月三日、発注の機械を受領し代金八七五DMを支払ったが、その後、代金の払戻しを請求し、その理由として契約は法令の規定の定める形式をふまなかったために無効であることを告げた。第一審は、この請求を認容し、被告が上告した。BGHは、本件において、市町村は、右法令の形式的規定 (Formvorschrift) から免れえないことを認めたのち、つぎのようにいう。

本件における決定的問題は、代理資格ある機関が法定の書式 (Schriftform) によらないで行為したときでも市町村を義

務づけるかにあるが、この問題は肯定すべきである。本裁判所は、すでに契約上の行為が代理権限ある市町村の機関ないし代理人によりされたとき、契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*) 責任の見地から市町村の責任を認めた。また、いわゆる認容による代理 (*Duldungsvollmacht*) の見地から公法上の団体の責任を認めているが、本件においても、同一の法思想、すなわち、公の団体の代理資格ある機関が、私法上の関係領域において私法上の一般原則によれば契約ないし契約類似の責任が生ずるような態様で行為したときは、公の団体の私法上の責任が生ずるといふ法思想が現われる。この法思想は、本件においても、代理資格ある機関による書面形式の欠缺ないし署名の欠缺を援用しえないということに至らしめる。法定の権限規律 (*Zuständigkeitsregelung*) の違反ではなく純然たる形式瑕疵 (*reine Formmangel*) の援用は、私法領域で判例が展開した法原則により不可能であることになる。信義誠実に対する重大な違反が存することになるからである。

(2) W. Grafé, NJW 1951 S.723 f.

(3) Beitzke, MDR 1953 S.1 ff.

四 つぎに、代理権の欠缺など三事案グループを二つに分けて信義則の適用の問題を論じる学説がある。

ヴィルトは、まず、ショルツの見解に対し批判を加えている。ショルツは、法律ないし間接的に法律にもとづく権限規律のみは信義誠実の抗弁をしりぞけること、この法律は議会が制定し行政のためだけでなくまず第一に市民のために存すること、などの点を見すごしている。ただし、今日、主に書面形式にみられるような純然たる形式規定にあっては事情は異なる。代理機関の無思慮かつ軽率な行為から公の手を保護するなどという書面形式の規定目的は、民法三二三条のそれと異ならない。民法三二三条違反の法律行為について民法二四二条の援用を認める判例は、公の手の書面形式を欠く法律行為にも妥当する。ヴィルトは、ついで、バイチケ、グラローフェも形式規定と権

限規律との間を区別しない点ではショルツと同じであり、この点において、かれらは間違っているといいい、なお、このような理由により契約が無効とされるときでも、公の団体は契約締結上の過失責任を負うことになる、と説いている。⁽¹⁾

その後、リュンステットも、つぎのようにいう。権限規律および監督官庁の認可を欠く法律行為には信義則の適用はない。ただし、私法上の形式規定におけるとは異なり、行政法上の形式規定は公衆を保護するという目的をもつからである。これに対し、行政法における純然たる告知規定 (*reine Beurkundungsvorschriften*) の保護目的は私法上の形式規定のそれと広汎に一致するから、シュティヒもいうように権限ある機関が、この規定を知らなかったことなどにより告知上の瑕疵が生ずるにすぎない場合は、信義則の適用も許される。なお、リュンステットも、行政法上の形式的規定違反の法律行為の効力を否定することは、市民の信頼損失の調整の可能性を全く否定するものではなく、信義則ないし信頼保護思想にもとづく損失補償請求権を市民は有することを認めている。⁽²⁾

(1) Wild, NJW 1955 S.693 ff.

(2) Lünstedt, aaO S.72f, 153.

五 ヴォルフおよびバッハオフは、その行政法教科書において、行政法における信義則の広汎な適用は疑問とす
る見地から、行政私法の領域においては、基本権の拘束性 (*Grundrechtsbindung*) が信義誠実のはたす保護機能
を引き受け、形式的規定の援用は平等原則の違反として現われることがある、と説いている。⁽¹⁾

(1) H. J. Wolf/O. Bachof, Verwaltungsrecht I 9. Aufl. 1974 S.297.

三 若干の検討

一 意義 (一) 前述のように、代理権の欠缺など三つの事案グループすべてにつき、信義則の適用により公の手の私法上の法律行為の効力を承認する論者のうち、ニッパードイおよびショルツは、これに付随して、相手方の「信頼」を保護するために信義則が適用されるとするようにもみえ、シュティッヒおよびハウアイゼンにいたっては、相手方の信頼保護にもとづいて公の手の私法上の法律行為の効力を認めることを強調し、なお、シュティッヒは、付随的に、信頼保護は信義則を基礎とする旨を示しているようにみえる。このようにみると、行政の私法上の行為の効力の問題は、単に、代理権限なき行政機関の私法上の行為についてのみ生ずるだけでなく、したがって、同行為に対する民法の表見代理の規定の類推適用の問題は、行政の私法上の行為の効力と信頼保護という、より広い問題の中の一領域をなすものと考えうるようにも思われる。

表見代理の法理が信頼保護の機能目的をもつことは、判例上も、示されるようにみえる。たとえば昭和三五年一月二二日の最高裁判決も、「東京地方裁判所厚生部」の取引に関し、「一般に官庁の部局をあらわす文字である『部』と名付けられ、裁判所庁舎の一部を使用し、現職の職員が事務を執っている『厚生部』というものが存在するとき、一般人は法令によりそのような部局が定められたものと考えるのがむしろ当然であるから……東京地方裁判所は、『厚生部』のする取引が自己の取引なるかの如く考える外形を作り出したものと認めるべきであり、若し、『厚生部』の取引の相手方である上告人が善意無過失でその外形に信頼したものとすれば、同裁判所は自ら責

に任ずべき」であつて、このことは、「民法一〇九条、商法二三条等の法理に照らし」是認できる、という。なお、最高裁は続けて「もつとも、公務員の権限は、法令によつて定められているのであり、国民はこれを知る義務を負うものであるから、表見代理等の法理を類推適用して官庁自体の責を問うべき余地はないとの見解をとる者なきを保し難いが……官庁のなす経済活動の範囲においては善意の相手方を保護すべき必要は、一般の経済取引の場合と少しも異なるところはない」と述べている。また、会計法の規定に違反して、国の出納官吏でない歳入徴収官の補助者（同法五条・七条一項・八条参照）の債務弁済の受領は権限違反であるが、「信頼を保持する民法第一一〇条の適用一ありとし、「国の機関に対する民衆の信頼が強いわが国の現状」等を考慮すれば、本件でも右補助者に受領権限があると信ずる正当な理由があつた、と判示する下級審判決もある。また、学説も、代理権限なき市町村長の行為の効力が問題になっているとき、これに適用可能な民法の表見代理の規定は、相手方の信頼保護の機能・目的をも有することを認めるのが有力のようである。ところで、このような信頼保護の機能等をもつ表見代理の規定が信義則を基礎とするものかどうかについて、判例学説は明確ではないが、たとえば、民法一〇九条の規定は禁反言の法理を基礎とすることが一般に承認されているようであり、さらにこの禁反言の法理は信義則の適用例である」と解する学説もある。

このように代理権限なき行政機関の私法上の行為に対する表見代理の規定の類推適用の可能性が一般に認められていることからみれば、西ドイツにおいて、すべての公の手の私法上の法律行為に対し信義則の適用を否定するグラーフエ、バイチケなどの見解は妥当でないことはいうまでもないが、さらに、前記RGおよび一九五六年のBG

Hの判決、ヴィルト、リュンステットなどのように、権限規律の違反と書面形式など単なる形式的規定違反とを区別して、前者についてのみ初めから信義則の適用を否定する見解も妥当であるとはいえない。

(二) 行政の私法上の行為の効力を相手方の信頼保護の観点から説こうとする理由は、とりわけ、現代における行政法令の量的増大、質的複雑化の現象のもとでは、国民は各種の行政作用(ここでは行政の私法上の行為)中に表明された行政法令の解釈を信頼しこれをもとに行動せざるをえない、という点にあるように思われる。わが国の前記の判例学説は、このことを必ずしも明確には意識していないようであるが、なかには、これがある程度示すようにみえる見解もないではない。たとえば、前記昭和三五年一〇月二一日の最高裁判決がそうであり、また、下級審判決のなかにも、民法一一〇条を適用して旧憲法六二条三項により帝国議会の協賛を経べき予算外国庫負担契約(外地での在留邦人の引揚経費の借入)の有効性を認め、その理由として、当時、終戦後の混乱下の外地において内地の事情を知りえない貸主は、「政府が適法な手続をとった上でこの拳に出たものと信じたであろうことは容易に推察し得るところであって、後日に至って政府からこの借入を違法呼ばわりされることを夢想だにしなかった」と表示するものがある。⁽⁷⁾ また、学説上も、代理権限なき市町村長の私法上の行為に対し民法の表見代理の規定の類推適用を主張する理由として、たとえば、すでに戦前、田中二郎博士は、具体的事件では「法律上権限が一定されて居るに拘らず、その権限ありや否やの明瞭でないことが、實際上少くなく、誤って権限ありと信じた相手方に「常に過失の責を負はせることは、実際の事情に即せず、酷な解釈」⁽⁸⁾であると説かれている。

西ドイツにおいても同じような傾向もみえ、前記のように、ニッパードイは、相手方が行政組織内部の官庁の権

限の分配を知らないこと、また、シヨルツは、相手方は行政官庁が自らに妥当する行政法規を知っているものと期待してよいことを、それぞれ重要な理由として公の手の私法上の行為に対する信義則の適用により相手方の信頼を保護しようとするようにみえ、さらに、ハウアイゼンは、より明確に、行政の私法上の行為に対する信頼保護を認める理由として、現代における複雑な行政法令の状況をあげるものと思われる。

(1) たとえば、地方自治法は、地方公共団体が契約につき契約書を作成するときは長などの記名押印がなければ「契約は確定しない」(三四条)と定める。そこで、これらの地方自治法の規定は、契約の締結にあたる公務員の職務義務を定めたにすぎず、これら規定に違反する契約が直ちに無効となるのではないと解する(俵静夫・地方自治法三七八―三七九頁)ときは別であるが、もし、契約書の作成によりはじめて契約は有効に成立すると解する(長野士郎・遂条地方自治法第九次改訂新版七七一、七九二頁)ときは、この形式をふまない契約の有効性を認めるのに適切な民法規定があるであらうか。もし、この点について消極に解されるときは、行政の私法上の行為すべてについて、私法関係における民法規定の類推適用の問題として一括して処理することは疑問の余地がありうる。なお、後述の「適用要件」の項をも参照。

なお、より明確に、代理権限なき行政機関の行為以外の私法上の行為に対し信義則を適用した判例もある。すなわち、国有不動産の私下契約について、代金納入が遅滞すれば契約解除する旨の特約があるときでも、相手方が直ちに目的物である不動産の引渡しを得られないなどの特殊の事情があるときは、国による契約解除は信義則に違反し無効である(東京高判昭和三年一月二六日高民一一卷一〇号六九八頁、最高裁による破棄差戻後の東京高判昭和四年九月一八日判例時報四五号三頁)。なお、住宅公団の固定資産税入居者負担の方針に反対し家賃不払運動が行なわれ、家賃全額の支払者が全入居戸数の半ばにも達しないとき、運動の指導者に対する家賃不払を理由とする賃貸借契約の解除は「信義則に反し権利の濫用としてその効力を発生しない」(大阪地判昭和三十六年四月八日下裁民集一二卷四号七二五頁)。

(2) 最判昭和三年一〇月二二日民集一四卷二二号二六六一頁。

- (3) 東京地裁八王寺支判昭和三四年九月一八日下裁民集一〇卷九号一九五三頁。
 - (4) 川島武宜・民法総則三六七頁、同「判例評釈」法学協会雑誌八一巻一号九五頁、林良平「判例評釈」法律時報三六巻一号八八頁、平井・法協八四巻五号七三五、七三七頁。
 - (5) 遠田・前掲書三五六頁以下参照。
 - (6) 伊沢孝平・表示行為の公信力一五二、一三六頁、四宮和夫・新版民法総則二六三、二六四、三九頁、遠田・前掲書三六〇頁。なお、真柄久雄「行政上の法律関係における信義誠実の原則」法学教室二期六号一五〇頁参照。
- なお、原竜之助「公法関係における私法規定の適用」行政法講座二巻五〇頁が、行政の私法上の行為ではなく、代理権限なき行政機関の公法上の行為の有効性を認めた最高裁判決を引用して「相手方において正当な権限を有するものと信ずるだけの相当の理由のある場合には、善意の相手方を保護し、法的安定を図る見地からこれを有効」とするのは「信義則の適用に外ならない」と説かれるのが注目される。
- (7) 東京地判昭和三十一年三月一七日下裁民集七巻三号六三八頁。
 - (8) 田中・前掲書七八頁。同旨・原竜之助「判例評釈」民商法雑誌四四巻二号二六八頁。
 - (9) 拙稿・神戸学院法学六巻一号一八三頁参照。

二 法的根拠・限界 (一) 前項でもみたように、とくに、西ドイツにおいては、(信義則を基礎とする) 信頼

保護の観点から行政の私法上の行為の効力を説く見解が有力であり、これは妥当であるように思われるが、これに対し、前述のように、ヴォルフおよびバッハオフが行政私法の効力を認める法的根拠は平等原則にあると述べているのが注目される。ヴォルフおよびバッハオフは、行政法における信義則の広汎な適用には問題があるという、い

わば消極的理由から、行政私法の効力の根拠として平等原則をあげており、平等原則説をとる積極的理由は明らかにはしていない。この点に関し、平等原則にもとづいて行政の私法上の行為の効力を認めようとするB G Hのつぎのような判決がある。

第二次大戦前に国が所有した広大な牧草地は、戦後、南バイエルン政府の命による分割および建築計画 (Parzellierungs- und Bebauungsplan) にもとづき個々の入植者が耕作し、受託者により管理されている。原告は、一九四八年初め、自己に対し配分された土地の住宅建築に着手し、建築中に受託者との間に住居建築のための賃貸借契約を結んだ。一九四九年二月一日、原告は、N技師に対し同契約上の全権利義務と住居の所有権を譲渡したが、同年四月、この譲渡を取り消し、この写しをラント官署の出先機関に送付し、その後、右契約上の権利と住居についてN技師の処分禁止の仮処分を得たがこれも右出先機関に届け、一九五〇年一月二日、N技師とその夫人に対する家屋引渡の訴えを提起した。この間、右出先機関の長は、一九四九年一月二八日、N夫人による右土地の購入申請に対する助力をラント官署に提言し、ラント官署はこの購入を認可し、同地は九九四DMでN夫人に譲渡され、土地台帳の登記も同年五月一九日に行なわれた。原告は、そこで、被告ラントに対し民法上の損害賠償を訴求し、B G Hはこれを認容したが、その理由はつぎのとうりである。

アメリカ地区軍政府の法律第五四号は、ドイツ国防軍の財産を入植者のために資するため必要な措置をとることを諸ラントに義務づけ、バイエルンの入植地の調達と土地改革のための法律第四八号は、旧ドイツ軍の所有地を戦争浮浪者の入植用に供することを定める。これらの法状況のもとでは、入植者は、かれらに対する土地配分の要件

が明確にされた後は、一定の時期に土地所有権を得ることができると期待でき、他方、この任務遂行にあたるラント官署とその出先官庁は、任意に特定の入植者への土地配分を排除するという権限はもたない。けだし、公行政がその任務を直接に履行するにあたり、特定の利益団体に対し私法上の法形式 (privatrechtlicher Rechtsformen) を利用するときでも、憲法上の平等原理が公行政を拘束するからである。同等の利益をつうじて結ばれた団体構成員は、他の者に対しては付与された給付を自らに対しては sachremden und unbilligen な理由から付与されなかったときは、直接の給付請求権をもつ。当部は、とくに労働法上展開された原則が、本件のように生存配慮領域において民法上の法形式の助けをかりて行政上の任務を遂行する場合に、準用さるべきことに疑問をもたない。かくて、被告が、他のすべての入植者に対して土地所有権を配分しながら原告のみを除外する理由のないかぎり、原告には所有権譲渡の請求権が帰属する。もつとも、原告が契約上の権利をN技師に譲渡したのであれば同請求権の主張は妨げられるが、しかし、原告は、出先官署に対し欺罔を理由とする譲渡取消しを明らかにし、N技師による処分禁止の仮処分をも得ている。このような事情のもとでは、被告は、N技師への授益によって原告の平等取扱請求権を無にしてはならない義務を負うのに、これに違反した⁽¹⁾。なお、同判決は、行政の私法上の行為は公権力の行使を意味しないとして、基本法三四条・民法八三九条にもとづく職務義務違反による損害賠償の可能性は否定したようである。

以上のように、BGHは、平等原則にもとづいて行政の私法上の行為の拘束性を承認する。ところで、行政の私法上の行為のほかにも、行政作用の拘束性の根拠として平等原則があげられることがある。とくに、行政実務ない

し慣行の拘束性の根拠として信頼保護の原則ないし信義則をあげる見解もないではないが、判例通説は、基本法三一条一項の平等原則をあげる。これは、いわゆる行政の自己拘束の問題であるが、そこでも述べたように、信頼保護の原則ないし信義則と、他方、平等原則とは、その適用の場面を区別して考えるべきではないかと思われる。⁽³⁾ むぎB G Hの判決も、同事案においては平等原則を適用すべきであり、妥当であると考えられる。わが国においても、近時、資金交付行政の法的解明の必要性が増しつつある状況下で、昭和四〇年、日銀法二五条にもとづいて山一証券等に対し特別の融資がされたが、他の証券会社に対してはされなかった、という事案があった。もし、山一証券と他の証券会社における事情が等しく、他の証券会社も山一証券に対すると同様の融資を求めたのに、行政がこれをしりぞけるときは平等原則に違反することになる。⁽⁴⁾ いずれにしても、ヴォルフおよびバッハオフが、あらゆる場合に信義則の適用を排し、すべて平等原則にもとづいて行政私法の効力を説こうとするのであれば、これには無条件には従うことができない。

(二) 信頼保護の観点から行政の私法上の行為の拘束性を認めることに對する難問は、これにより行政の私法上の行為を規律する行政法令の規定に違反することは許されてよいかであろう。西ドイツでいわれるように、これら規定の目的が公の団体ないし住民等の全体の利益擁護にあるとしても、現代における行政法令の量的増大・質的複雑化の現象下における行政解釈の重要性を考えると、田中博士の前記見解にもあるように、常に、相手方の信頼保護を否定し、違法な行政の私法上の行為の効力を否定するのは妥当ではない。結局、このような行政の私法上の行為の拘束性を認めるかどうかは、ニッパードイもいうように、具体的事案において、相手方の信頼保護の要請と当

該の行政法令の規定に化体された価値等との比較衡量により決めるほかあるまい。

- (1) BGH Urt. v. 10. 12. 1958, JZ 1959 S. 405.
 - (2) 同判決を評釈する Kaiser, JZ 1959 S. 408.
 - (3) 拙稿「行政の自己拘束の法理」民商法雑誌七一巻五号八一―一頁。なお、同誌八四四頁では、若干の疑問を留保しながらも平等原則を根拠として行政実務を介在しない行政規則じたいの拘束性も認めうるように述べているが、これは改め、消極に解するものとする。
 - (4) 原竜久助・公物營造物法五四頁、成田・前掲書四〇二頁、同・公法研究二八号一五五頁、室井力・現代行政法の原理八五、九六頁。なお、山田幸男「給付行政法の理論」現代法シリーズ4四八頁も同旨であろうか。
- 五、九六頁。なお、山田幸男「給付行政法の理論」現代法シリーズ4四八頁も同旨であろうか。
- 西ドイツにおいても、行政が私法形式の行為をするとき、基本権の拘束(Grundrechtsbindung)とくに平等権に服することは一般に承認されている。問題は、この場合に生ずる平等取扱の権利義務の性質が公法的か私法的かにあるようであり、このいづれに解するかによって、平等取扱の権利義務に関する紛争の管轄権が行政裁判所にあるかどうか分かれることになろう。この点に関し、基本的には、「二段階理論(Zwei-Stufen-Theorie)と行政私法の理論(Theorie vom Verwaltungsprivatrecht)との対立があるようである(M. Waltherath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968 S.115)。前者の系統に属するとみられる Kaiser, JZ 1959 S. 407f. は、本文にあげたBGHの判決は私法ないし労働法上の平等取扱請求権の理論の適用をも認めるとし、これに反対して、同事案における平等取扱請求権の公法的性質をつぎのように説く。土地の所有権、用役権をだれに配分するかというラント官署の決定は行政行為であり、その後私法上の履行行為が続く。この決定は高権的行為であるから、それが基本法三条一項に違反するときは取消訴訟に服する。さらに、官庁のその他すべての決定が平等原則違反のゆえに瑕疵あるものとなるときは、原告は所有権配分を求める実体的な公権を有するから、原告は基本法三条一項にもとづいて行政の特定の行為をも訴求しうることになる。この公法上の請求権のほかには、私法上の給付

請求権の余地はない。国家は、その高権的活動を私法的に義務づけられないからである。ただし、ライザーは、本件では、結局、原告には行為要求訴訟は可能ではなく、しかし、行政はその決定において憲法上の平等原則を顧慮することは原告に対する職務義務であり、これに有責的に違反したから職務義務違反にもとづく損害賠償責任を負わねばならない、と説く。

これに対し、行政私法論の観点から、H. J. Mertens, *Das Recht auf Gleichbehandlung im Verwaltungsprivatrecht*—BGHZ 29, 76, *Jus* 1963 S. 391ff. は、本文にあげたBGHの判決を紹介したのち、つぎのようにいう。公法および私法上の平等取扱を求める権利の構造は同じであって、本質的には消極的機能を有し私的自治にもとづく法形成の直接の目的ではなく、その社会的限界を意味する（公法上も、平等は、行政が実現すべき直接の法的価値ではなく、そのさいの限界をなすにすぎない）。この権利は、公法、私法の両法域で規制的なもの（Regulativ）にすぎず、そのため、裁判所は、平等取扱を顧慮しない差別を取り消しうるにすぎず、裁判所みずからの差別的基準を設定し、これにより直接に特定の給付請求権を付与するものではない。平等原則は、行政裁量を排除するのではなく意味深く制限するにすぎない。公法、私法の両法域において、平等原則は、絶対的拘束をもたらすのではなく他の基礎的形成原理と衡量関係にたつ。しかし、裁量は、常に公益すなわち市民全体の利益において行使され、この衡量関係の相違のために、平等取扱を求める公法上の権利と私法上の権利の区別は維持しなければならない。行政の私法的形成のみが望まれているときでも、国家の私的自治の限界づけが問題とされているのではなく、国家の裁量拘束性が問題とされている。問題の解決は、公目的とその私法的形成という複合性を考慮して行なうべきである。この場合、ライザーが依拠する二段階理論は、とくに、行政裁判所が行政の私法上の措置を審査するための手段を確保する点において正しいが、行政の私法上の行為の公法ないし私法的評価に分けるべき論理的基礎を提示しない。しかし、行政の私法上の措置が公法、私法の両面から評価されるべきとき、私法上の平等取扱請求権はしりぞけられる。したがって、さきのBGHの判決における事案では、原告は、行政裁量の範囲内で尊重されるべき平等取扱を求める公法上の権利を有し、官庁が公権力の行使すなわちN夫人への土地配分により原告の公請求権を侵害したのであるから、被告ラントは職務義務違反にもとづく責任を負う。

行政の自己拘束の適用領域の一つとして、行政の私法上の行為における平等原則について述べる Wallerath, aaO S. 115ff. も、基本的にはメルテンスと同旨であるが、行政私法と純然たる国庫活動を区別し、後者における平等拘束性は、前者におけるような基本法三条一項の直接の適用ではなく、民法の一般条項を経由した間接的拘束性であり、したがって、この場合の平等取扱義務の紛争は、民事裁判所が民法の一般条項の範囲内において審査することになるという (S. 118ff.)。

なお、西ドイツの労働法その他私法における平等原則については、稲田陽一・憲法と私法の接点九五頁以下に詳しい。

三 適用要件・効果

(一) 行政の私法上の行為に対する信頼保護の原則の適用要件に関しては、たとえば、ニッパードイおよびショルツもいうように、相手方が行政機関の無権限その他の行政法令の規定違反を知っていたか、あるいは知ることができたときは、行政の私法上の行為の拘束性は認められないであろう。このことは、わが国において公法人に対する民法の表見代理の規定の類推適用を主張する見解にあっても、たとえば、民法一一〇条にいう「正当ノ理由」の有無の判断において、同様に解されることになろう。なお、民法の表見代理責任を問うためには、信頼の対象たりうる行態（信頼基礎）、その本人への帰責可能性および相手方の信頼があれば足りるとされるようである。⁽¹⁾これに対し、民法の規定の文言上は、相手方が信頼にもとづいて契約上の義務の履行など一定の措置をしたことは表見代理成立の要件とはされないようにみえるが、この点は若干の修正を必要とするように思われる。すなわち、「法律による行政」の要請のもとでは、行政機関の無権限その他違法な私法上の行為についてその拘束性を認めるには、相手方には右のような信頼のほか、信頼にもとづく一定の措置を要し、この措置は行政の私法上の行為の拘束性を認めなければ相手方は重大な具体的不利益をこうむるといふほどのものでなければならぬ、と

考えるべきではないかと思う。前述のように、シュルツも、代理権を欠く行政の私法上の行為に対し信義則を適用する要件の一つとして、このような相手方の措置が必要であると解するようにも思われるし、また、シュティヒは、より明確に、行政の私法上の行為に対する信頼保護の原則の適用の要件としてこのような相手方の措置を要すると解するものと考えられる。⁽²⁾

(二) 行政の私法上の行為について行政主体の責任を問おうとする判例および通説は、まず、表見代理の責任を問うことによって行政の私法上の行為の有効性を説き、表見代理責任の成立が否定されるとき補完的に民法四四條の法人の不法行為責任を問おうとする傾向にあるようである。⁽³⁾ 表見代理の規定が行政に対する相手方の信頼保護の機能ないし目的をもつものであると解しうることは前に述べた。ところで民法四四條の規定にいう「職務ヲ行フニ付キ」の解釈は、いわゆる外形理論によるものとされ、この「外形理論に信頼の要素を導入する立場」があり、たとえば、「相手方が、当該行為は、法人の職務行為でないことを知っている場合（悪意の場合）は、保障の対象である信頼の要素が欠ける」として当該行為の職務行為性を否定することが可能となり、最近、このことを認めた点に「先例的価値がある」最高裁の判決がある、という。⁽⁵⁾ この見解によれば、民法四四條にもとづく行政主体の損害賠償責任も、信頼保護の一つの効果たる意義を失なわない、ということになる。

他方、ドイツにおいて、前記のシュルツ、シュティヒ、バイチケ、ヴィルトの見解をみれば、（信頼保護の機能・目的ないし観念を含む）信義則ないし信頼保護の原則の適用は、もっぱら、公の手の私法上の法律行為の有効性を認めることにあるのに対し、この有効性を否定し契約締結上の過失責任などにもとづき行政主体の損害賠償責任

任を問うことではない、と説くようにもみえる点が注目される。

信頼保護の原則ないし信義則の適用の目的効果が、まず、行政の私法上の行為の有効性を説くことにある、とみるのは正しい。これらの法原則が補完的であれ損害賠償・損失補償をもその適用の目的・効果とするかどうかは問題があるが、いずれにしても、行政の私法上の行為の有効性が否定されるとき、損害賠償・損失補償のための要件が充足されるかぎり、相手方の損失の調整をこれら手段によらしめることは許されてよい。

- (1) 四宮・前掲書二六三頁。
- (2) 拙稿・神戸学院法学六巻一号二四六頁参照。
- (3) いずれも判例を評釈する、我妻栄・法協七八巻二号二二二頁、谷口知平・民商四八巻六号九〇五頁、星野英一・法協八巻六号七〇三頁、林・法律時報三六巻一号八九頁。反対、川島・法協八一巻一号九四頁、原島重義・銀行判例百選九二頁、平井・法協八四巻五号七三六頁。
- (4) 金原光蔵「使用者責任と表見代理責任」現代損害賠償法講座六巻一二七、一三三頁。
- (5) 前田達明「判例評釈」民商法雑誌七四巻四号六七五頁。なお、谷口・民商四八巻六号九〇七頁は、前記最判昭和三七年九月七日の評釈において、「相手方の犠牲において村の免責を認めるのは信義則にも反するといわれうるので、職務執行行為と解して」民法四四条の責任を認め相手方を救済するのが「公平」である、と説かれる。

四 おわりに

一 現代行政において、行政の私法上の行為形式のはたす役割は決して無視することはできず、これについて法

的考察を加える必要性も増してきている。ところで、行政の私法上の行為の効力に関し、わが国では、従来、代理権限なき行政機関（とくに市町村長）の私法上の法律行為に対する民法の表見代理の規定、さらには不法行為責任の規定の類推適用の是非の面から考察されてきたにとどまるように思われる。このような現状からすれば、西ドイツにおいて公の手の私法上の法律行為に対する信義則あるいは信頼保護の原則の適用の問題に関する理論は、わが国においてこの問題を考察するにさいしても参考になる点が少なくないように思われる。本稿では、この西ドイツにおける理論状況の一端を明らかにすることができたのではないかと考えている。

二 わが国および西ドイツにおける若干の判例学説を少しく検討して、まず感じられるのは、行政の私法上の行為の拘束（存続・有効）性も相手方の信頼保護の観点から基礎づけることができるように思われる点である。また、右の検討の結果は、行政法における信頼保護一般に関しても、たとえば、信頼保護の法的根拠として法的安定性説、信義則説、基本法一四條の財産権の保護その他基本権説などのうち、いずれが妥当であるか、また、信頼保護の目的ないし効果として行政作用の拘束性か補（賠）償か、などの論点に関し、少なからぬ教示を与えてくれるように思われるが、行政法における信頼保護一般については、後の機会にふれることにする。⁽¹⁾

(1) なお、西ドイツ行政手続法五九條は、「公法上の契約の無効」と題し、その第一項は、民法の定める法律行為の無効理由（一二五條・一三四條・一三八條・一四二條・三〇六條など）が公法上の契約にも妥当するとし、第二項は、相応する内容をもつ行政行為が無効であるとき（一号）、または、行政行為の違法性が行政手続法四六條にいう単なる手続・形式上の瑕疵のためのみによるのではなく、かつ、この違法性が契約締結者に知られていたこと（二号）などを従属法上の契約の無効理由として定める。同法は、行政行為におけるように、公法上の契約の違法性を理由とするその取消（同法六〇條は、公

法上の契約の変更・解除理由として、重要な事情の変更・公共の福祉に対する重大な不利益をあげるを認めないから、違法な公法上の契約は、五九条に定める無効理由にあたらないうかがり、違法を理由に取り消されることもなく、有効のままである。また、公法上の契約の締結には、とくに法規に別段の定めのある場合を別として、書面形式によらねばならず(五七条)、書面によらない公法上の契約は無効となり(五九条一項による民法一二五条の準用)、また、相応する行政行為の発布に他官庁の認可・同意等を要するとき、この行政行為に代わり公法上の契約を締結するときは、この認可・同意等を得てはじめて公法上の契約は完全に効力を生ずる(五八条二項)。このような行政手続法の定めは、公法上の契約の内容が授益的か侵益的かを区別しないで一律に規律する点において、問題があるが、さらに、授益的な公法上の契約についても、行政官庁が誤って当該の公法上の契約は特別の法規の定めにより書面性を要しないなど言明し契約を締結した場合に、この契約はすべて無効であるとするのはどうか。この点に関し、Meyer/Borgs, Kommentar zum Verwaltungsvorfahrgesetz, 1976 § 59 RN 30 も、民法一二五条に関する判例によれば、書面性の瑕疵を招いたもの、契約を有効として取り扱い契約上の利得を得たもの、あるいは、契約の履行後に契約の書面性の瑕疵を援用するものは、悪意があるから、信義則を定める民法二四二条のもとでは許されないとし、この判例を公法上の契約に導入することになら妨げはない、と述べている。

違法な公法上の契約に関する行政手続法の右の規定は、従来の判例とも異なるものといえよう。同法の制定の直前ともいえる BVerwG, Urt. v. 14. 11. 1975, DVBl 1976 S. 217 は、官庁は将来、相手方に対し建築許可を發布するかわりに、相手方は、その隣人に対し発布された建築許可の効力を争う訴えを取り下げるといふ内容の契約(公法上の契約である、という)は、官庁が相手方への建築許可の発布を確約した時点で法律違反であるとし、この契約の法的効力に関し、次のように判示している。

行政行為による違法な給付授与にあっては、官庁はすでに法律違反を犯しており、この法律違反のゆえに給付を再び取り消しうるかが問題となるのに対し、同一の給付授与を約束する契約にあっては、法律違反はいまだ生ぜず、将来の一定の時

期にはじめて生ずるから、過去にした約束のために官庁がこれから法律を犯してよいかどうかが問題となる。この両者には根本的差異があるから、「契約による給付の約束は、行政行為による給付授与とは同視できず、一方的な給付（ないし行態）約束である Zusage（ないし Zusicherung）——行政法では契約よりも實際上多く行なわれるくらいである——と広く同視される。したがって、法律違反の法的効力に関しても、同等に取り扱うべきは、契約と行政行為ではなく、契約による給付約束と Zusage とである。……公法上の契約のこの『効力の弱さ』は——行政行為に比較して——違法な契約による給付約束は、その受領者に対し、原則として、その履行に向けて支持するにたる信頼基礎（Vertrauensgrundlage）を与えない。なお、違法な確約の法的効力については、拙稿「行政法における教示・確約と信頼保護の原則（一）」神戸学院法学三卷二・三号一〇六頁参照。

なお、筆者は、わが国およびドイツの民法に関し明らかなことから思わぬ大きな過誤を犯しているかとも思うが、その場合には、御叱正と御指導をお願いすることにしたい。