

# 公法における信義誠実の原則の 適用について的小論

— 行政法を中心として —

楠 元 茂

- 一 問題の提起
- 二 禁反言および信義誠実の原則の概念
- 三 行政法理論における信義誠実の原則の適用
- 四 その他の公法関係における適用
- 五 信義誠実の原則の適用の限界
- 六 むすび

## 一 問題の提起

千代田税務事務所長の、財団法人文化学園に対する、非課税取扱いの決定後になされた、過年度の課税処分について、英米法の禁反言の法理（Estoppel）の適用を認めて差し押え処分を取り消した東京地方裁判所の判例、および、同じ事件について、禁反言の法理の適用を否定して、原判決を取り消した東京高等裁判所の最近の判例<sup>(1)</sup>は、下級審の判例ではあるが興味深いものであった。

この判例自体については、すでに解説が試みられているので、ここでは事実、判旨を重複して掲げることには避け、とくに重要と思われる、第一審判決の要点を指摘するに止める。（2）

1 国家、公共団体も、国民と同様に法の支配に服することを建前とするわが憲法の下では、公法の分野においても、禁反言の原則ないし信義誠実の原則の適用を否定するものではない。

2 国家、公共団体の行政は、権力作用によってのみ行なわれるものではなく、通達、通知等数多くの事実上の行政作用によって行なわれるから、国民はかかる事実上の行政作用を信頼して行動せざるをえない。とくに、租税通達の多く行なわれる税法の分野にこの傾向は著しい。

3 禁反言の原則は、もともと、制定法上、形式的には適法とされる行為であるにかかわらず、具体的事情の下で、これを行なうことが正義の理念に反するところから、これを行なうことを許さないとするもの、すなわち信頼利益の保護に根拠を置くものである。

租税の減免が、法律上の根拠に基づいてのみ行なわる

べきであるとする原則を、形式的に貫くことよりも、事実上の行政作用を信頼したことにつき、なんら責めらるべき点のない市民の信頼利益を保護することが要請されるのであるから、禁反言の原則の適用を拒否すべきではない。

4 ただし、この原則の適用にあたっては、私法分野における同じ要件の下に、同じ範囲、程度において適用されるのではない。とくに、税法の分野では、厳格な法律の遵守が要請されるからである。

5 この原則の適用の要件としては、行政庁の誤った言動をするに至ったことにつき、相手方国民の側に責められるべき事情があったか、行政庁の行動がいかなる方式で表明されたか、相手方がそれを信頼することが無理でないと認められるような事情にあったか、その信頼を裏切られることによって被る不利益の程度等が考慮されねばならず、適用の範囲としては、相手方の信頼利益が将来に向かっても保護されるべきかどうかの点が吟味されねばならない。

裁判所は、以上の点を考慮し、かつ、行政庁の表示が口頭でなく公文書による通知であり、納税者の長期間にわたる信頼が破壊された事実を重視して、エストoppelの原則を適用し差し押え処分を取り消したのであった。

この判決では、とくに法的拘束力のない事実上の行政作用に対する国民の信頼の保護をはかり、禁反言の原則の公法関係への適用についての要件、範囲を明示した点に、その特徴をみることができる。

しかし、第二審は、この判決を取り消すに至った。

行政庁の表示は単なる意見の表示に過ぎず、納税者は

かかる表示によって、その行動決定につき特別の影響を受けたものでないことが、その主な理由であると思われる。ただし、重要なのは、第二審においても、事情によっては信義誠実の原則ないし禁反言の原則の適用によって、救済できる場合のあることを認めている点である。

第一審の判決は、租税法律主義が厳格に適用される税法の分野に、一定の要件を明示しつつ、禁反言の原則の適用を認めた最初の判決として注目されるのであるが、ここで想起されるのは、信義誠実の原則の行政法上の法律関係における適用をめぐる、原、高橋両教授の論文である。(3)

後に述べるように、元来は私法の領域に発達した信義誠実の原則は、単に私法の領域に止まらず、次第に法の一般原理(Der allgemeine Teil des Rechts)として法律上重要な地位を与えられてきたのであるが、とくに行政法上の法律関係における適用につき、昭和十二年の秋に発表された両論文の意義は大きく、その後この論点について多くの意見が発表されたのであったが、今回の判決を機として、信義則論は再燃してきたかの観がある。(4)

現在においては、信義誠実の原則が、法の一般原理として、実定法の解釈上広く適用される概念であることについては、ほぼ通説<sup>(5)</sup>といえる地位を確立していると考えられる。とくに、民法第一条第二項に「権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス」との規定が設けられて以来、私法の領域にではあるが、信義則は、有力な実定法上の根拠を得るに至ったわけである。

なお、直接に信義誠実の原則の適用を認めていなくても、条理を行政法の法源と認めることは、一部の例外を除いては通説といえるところである。(6)

条理と信義誠実との関係については、ともに正義・衡平の理念から発した観念であることは通説の認めるところであるが、条理すなわち信義誠実とされる我妻博士の説もあり、高橋教授は、信義誠実の原則は条理に含まれた一原則であるとされている。(8)

ただ、理論上は公法の分野において信義誠実の原則の適用が認められていても、これを実際問題に適用するに当たっては、その要件、範囲などについて困難な問題があり、間接的に適用を認めた判例、あるいは後に述べる権力性に関連するのであるが、国民の側についてこの原則の適用を認めた判例は近時かなりみることができるが、直接、国家の側にその遵守を求めた判例は、文頭に掲げたもの以外に見当たらない。(9)

そこで、今回は、この判例を参考にしつつ、信義誠実の原則の行政法上の法律関係への適用に当たって生ずる問題点を整理し、従来あまり論じられていないが、単に行政法の分野に止まらず、広く公法関係、なかでも憲法、刑法、訴訟法等における適用におよび、最後に、困難な問題であるが、法律による行政の原理と信義誠実の原則との関係について考察してみたい。

(1) 東京地裁昭和40・5・26判決 行裁例集16巻6号、東京高裁昭和41・6・6判決 行裁例集17巻6号判例時報411号、同461号

(2) ジュリスト年鑑1967年版 255頁藤田助教授重要判例紹介

(3) 田村徳二編「憲法及行政法の諸問題」中、原竜之助「行政法における信義誠実の原則序説」、高橋貞三「行政法における信義誠実の問題」

(4) その経過については、林信雄「法律学における信義誠実の原則」22頁以下「昭和期における信義則論」に詳しい。

(5) 田中二郎「新版行政法」上70頁、同「行政法総論」183頁、同シュミット「行政法に於ける信義誠実」(国家学会雑誌50巻4号)原竜之助「行政法における信義誠実の原則」(法学雑誌6巻3号)、杉村敏正「行政法講義」総論上57頁。

(6) 杉村章三郎「行政法要義」上16頁では条理を法源とはせず、解釈の一標準とするに止められ、柳瀬良幹「行政法教科書」19頁では、法治主義との関係から、条理を法源と認めるのに疑問を残しておられるが、美濃部達吉「日本行政法」上60頁、佐々木惣一「日本国行政一般法」(→)41頁、田中「行政法総論」161頁、佐藤立夫「行政法総論」105頁、園部敏「行政法論」18頁、原竜之助「新版行政法概説」12頁はすべて条理を法源とされる。

(7) 我妻栄「民法総則」218頁

(8) 高橋前掲論文2頁

(9)

1 開墾地を未墾地と誤認して買収し、立入禁止措置をしておきながら、後にその誤認を認めて買収処分を取り消したところ、この間の時日の経過のため、土地が荒地になったので、改めて未墾地として買収した知事の買収処分を無効とした判例がある。(昭和40・8・17最高裁判決、判例時報425号)

これは、行政庁自ら作り出した違法な状態を利用してそのような状態の存在を要件とする処分を行なうことは許されない、とする考え方に基づくものである。

2 財産税の徴収に関連して、民法第177条の第三者

該当性の判断に信義誠実の原則の適用を認めた判例として、昭和35・3・31最高裁判決がある。背信的悪意者を民法第177条の第三者の範囲から除くことは、近時の学説、判例のとりどころである。（舟橋諄一物権法182頁）

3 私人による公法行為の撤回の例であるが、小学校教師の退職願の撤回に際し、辞令交付前であっても、これを撤回することが、信義に反すると認められるような事情があれば、撤回は許されないとした、昭和34・6・26の最高裁判決がある。

4 その他、疵瑕ある行政行為の治癒、無効な行政行為の転換に関し、昭和36・5・4最高裁判決、昭和29・7・19最高裁判決等がある。

## 二 禁反言および信義誠実の原則の概念

前掲判例で問題になったのは、直接には禁反言の法理についてであったが、学説、判例は、禁反言を含む信義誠実の原則の概念として問題を提起している。（1）

わが公法関係の立法には、直接この原則を規定したものはないので、その概念を明らかにしておく必要がある。

1 禁反言の法理は英米法上の理論であるが現在英米においても、通達による行政に関して問題を提起している。すなわち、違法な通達を発することによって、善意の国民の利益を害することは、それが国家の行為であっても許されないというのがその骨子である。（2）

この法理については、商法上、いわゆる外観主義に関連して、外形を信じた善意者の保護ないし取引の安全という観点から、不実登記の公信力（商法第14条）、名板貸の責任（商法第23条）、表見支配人（商法第42条）、表見代表取締役（商法第262条）等多くの規定があり、有価証券の文言証券性も同じ精神に基づくものである。更に、これと同趣旨の規定の例として、民法の公信の原則（民法第192条、468条）表見代理（民法第110条以下）債権の準占有者に対する弁済（民法第478条）等をあげることができる。

禁反言の法理を、最初に用いたといわれている、コーク卿（Sir Edward Coke）は、禁反言とは「ある人が自己の行為もしくは承諾によって、以後自己の口から真実の事実を主張することを禁止もしくはかん黙せしめられることである」という定義を下している。（3）

結局、伊沢教授もいわれるように、この法理は過去の行動に矛盾する事実の主張を禁止することであり、これ

を法律的に言えば、反証を許さない法理であるといえる。

（1）末延三次「英米法の研究（下）」705頁「おもうに禁反言の原則は、現実の社会生活に根ざした柔軟にしてかつ強靱な、揺がしえない信義則である」

前掲東京高裁判決「禁反言の法理ないしそれを含む信義誠実則に違背し……」

（2）下山瑛二「英米行政法におけるEstoppel」（法学雑誌4巻3・4号）

（3）伊沢孝平「英法に於ける表示による禁反言の法理と其の商事への適用」（法学協会雑誌46巻3号141頁）  
花岡敏夫「禁反言の法理に関する概論」（法学協会雑誌32巻11号150頁）  
阿多実秋「法律におけるEstoppelの原理について」（商大論叢8・9号）

2 法律における信義誠実の原則（Prinzip von Treu und Glauben）は、ローマ法における一般的悪意の抗弁（Exceptio doli Generalis）にその起源を有し、これが次第に客観化され、抽象化されて信義則となったものである。（1）

この原則は、元来私法の領域に発達したものであり、債権法における帝王規定（Königliche Paragraphen）とまで称されているのであるが、諸外国の私法の立法例にも多く規定があり、（スイス民法2条、ドイツ民法157条等）わが民法もこれについて新らしく規定を設けたことは、前に述べたとおりである。

これに反し、公法の分野で問題とされるようになったのは比較的新らしく、実定法上も規定はなかったのであるが、1931年に完成されたヴェルテンベルグ修正行政法典草案中公法上の債務関係についてであるが、192条Ⅱ項に「債務者ハ公ノ利益ヲ顧慮シ信義誠実ニ従ヒ給付ヲ為ス義務ヲ負フ」と規定されるに至った。（2）

近時、アメリカにおいても、制定法（The Portal-to-Portal Act 1947）にこの原則がとり入れられ、更に、留保条項付ではあるが、この法理を広汎に行政機関の行為に適用しようとする、アメリカ法曹協会の草案が発表されている。（3）

信義則論はいわゆる「全法律における信義誠実の原則」ないし一般法律概念として、広く私法・公法を貫く高次の理念としての地位を与えられるに至ったのであるが、これは大正後期から昭和期にかけてのわが国資本主義の飛躍的な展開が、民法の分野における所有権の絶対と契約の自由に対する反省として、刑法の分野では罪刑法定主義の伝統に対する批判として表現され、これが大きな契機となったものであった。（4）

なお、最初にあげた判例は、国家、公共団体も「法の支配」に服することは国民と同様であるから、公法の分野においても禁反言の適用を受けることを否定しないという理論をとって、禁反言の原則の公法における適用を認めている。

この信義誠実の原則は、いわゆる一般条項（*Generalklausel*）であるために、その内容を確定することは不可能であり、その個別的具体的な確定は、裁判所の判断に帰するのであるが、その判断に当たって裁判官の恣意が加わる可能性がないとはいえないので、この概念に実質的な内容を与え、客観的な基準を構成しようとする試みが数多く存在する。

その中で公法学者の説をあげてみると、あるいは「信義誠実に反するとは信頼を裏切ることの意味し、このような信頼は相手方の負うべき義務と態度にその基礎を置く。相手方に課せられた義務が法律をもって定められている場合には、信義誠実の発現の余地はない。これに反して、法律関係について予期しない違背行為によって始めてその存在の認められるような不文の義務の違反、および、その存続を正当にも期待し得べき既存の行為について相手方の背反が行なわれたとき、そこに信義誠実の違反を生ずる」というワルター・イエリネック（*W. Jellinek*）の見解や、「信義誠実は、公序良俗とともに、ワイマール憲法第 151 条 1 項にその実定法的表現をみるところの、法的秩序の最高目標たる正義理念を指示している概念で、一方においてそれは公の意思表示についての法規および契約の解釈規範たるとともに、他方公法上の取引における行為規範たる作用をなすものである」というギーゼ（*Giese*）の見解などがある。（6）

これらの見解にみられる特徴は、前者が一定の実質的標準を示しているのに対し、後者は形式的にこの原則の適用の基準を示している点である。

わが国では、鳩山博士が取引慣習と文化規範にその標識を求められ、牧野博士、田中裁判官、原教授は正義と衡平に根拠を求められている。また林教授は、衡平と信頼並びに全体の利益がその標識であるとされる。（7）

信義誠実に一定の客観的概念を与えることは至難の業であるが、以上の諸説を総合して考えると、結局、正義と衡平に基づいた高次の理念であって、相手方の信頼を裏切らないように誠意をもって行動するという態度が、その中核をなしているとみるのは誤りであろうか。

（1） 林・前掲書14頁，原・前掲雑誌論文1頁

（2） 田中二郎・佐藤功共訳

（3） 下山・前掲論文158頁

（4） 林・前掲書22頁，原・前掲論文19頁

（5） 「経済生活の秩序は各人をして人間に値すべき生活を得しむることを目的とし、正義の原則に適合することを要す……」

（6） 原・前掲雑誌論文7頁，高橋・前掲論文18頁

（7） 鳩山秀夫「債権法における信義誠実の原則」13頁，牧野英一「刑法における信義誠実の原則」3頁，田中・前掲論文1頁，原・前掲書論文18頁，林・前掲書38頁

### 三 行政法理論における信義誠実の原則の適用

信義誠実の原則の行政法上の法律関係における適用の例として、瑕疵ある行政行為の効力の解釈、行政行為の撤回および行政上の救済の問題をあげることができる。これら問題は、多くは他の法律部門でも問題となるところである。

#### 1 瑕疵ある行政行為の効力

瑕疵ある行政行為が、無効又は取消し得べきものであることは一般原則であるが、具体的な場合に一般原則に従うことが、相手方の信頼を裏切り法律生活の安定を害する場合には、信義誠実の原則を適用して、無効又は取消すことを得ないものとせねばならない。以下、瑕疵ある行政行為の効力に関する解釈について、信義誠実の原則の適用がある場合、あるいはこの原則による解釈原理の表現とみられるものをあげてみよう。

イ．事実上の公務員（*de facto Beamten*）の観念もその一つである。これは、会社法上の事実上の会社（*de facto Gesellschaft*）に類似の観念であって、公務員でない者の行為であっても、その者が長年公務員であることについて何人も疑を持たなかった場合には、有効と解する理論である。（2）（3）

#### ロ．瑕疵ある行政行為の治癒（*Heilung*）

瑕疵の治癒というのは、違法な行政行為が、その後の事情によって適法要件を具備するものと解釈され得るに至った場合とか、行政行為に瑕疵があっても、それが取消さなければならないほどの瑕疵でなく、しかも、それを前提として次の手続きが進められたような場合には、法的安全の見地から、その行為を有効と解しようとするものである。

その具体例として、土地収用における買収計画の公告にさ細な瑕疵があっても、その後買収処分がなされたのみならず、相手方はすでに十分買収計画に対する不服申立の手段をつくしている場合をあげることができる。（4）

#### ハ．無効な行政行為の転換（*Konversion*）

これは、私的自治（Privatautonomie）の観点から認められている、民法上の無効行為の転換（その例として遺言書に関する民法第971条がある）に類似の観念であって、一つの理由によってなされた行政行為が、その理由によれば違法であるが、他の理由によれば適法とされる場合に、両者の間に処分の同一性が認めらる限り、その行政行為は適法であるとして、結果において同一の手続を繰り返すことを避けようとする理論である。

その例として、死者に対してなされた鉱業許可を、相続人に対してなされたものとして有効と解する場合があげられる。（5）

## ニ．行政行為の一部無効

行政行為が多数の意思表示の結合によって成立する場合に、その一部に無効の行為が混合していても、行為全体としては有効と看做される場合である。（6）

これも民法の法律行為の一部無効と同様の考え方である。（7）

ホ．なお、行政事件訴訟法第31条のいわゆる事情判決の規定も、信義則の適用の一つの場合である。

## 2 行政行為の撤回

行政行為の撤回（Widerruf），すなわち、その成立に瑕疵のない行政行為について、公益上の理由から、将来にわたってその効力を失なわしめるに際し、信義誠実の見地から制限が認められるかの問題である。

この場合、行政行為の存続を認めることによって保護される私益と、それを撤回することによって得られる公益との比較衡量によって、撤回の可能性が基礎づけられるものとし、とくに、国民に権利、利益を賦与する行政行為の撤回は、原則として許さず、公益上やむなく撤回したときは相当の補償を必要とするという考え方は、信義誠実の原則の適用される場合である。（8）

## 3 行政上の救済

違法又は不当な行政行為によって、国民の権利利益が侵害された場合の救済の手段としては、その取消し・変更を求めるための手続法として行政不服審査法、行政事件訴訟法が制定されたのであるが、実体面においては、憲法の規定をうけて、行政上の違法行為に対する損害賠償、適法行為についての損失補償の制度が充実されることになった。（9）

とくに国家賠償法の制定によって、従前は否定されていた公権力の行使に関する賠償責任を認めた意義は大きいのであるが、これらはいづれも負担の衡平という見地

から認められる救済手段であって、基本的人権を保障した憲法の下における信義則の適用の場面といえる。

- （1） 田中「新版行政法上」134頁，同「行政行為論」28頁，原・前掲雑誌論文17頁
- （2） 鈴木竹雄「会社法」66頁
- （3） 田中・前掲書126頁，原前掲書33頁
- （4） 田中・前掲書128頁，杉村・前掲書43頁
- （5） 田中前掲書128頁，杉村・前掲書51頁
- （6） 杉村・前掲書50頁
- （7） 我妻前掲書220頁
- （8） 田中・前掲書140頁，園部・前掲書59頁，原・前掲書37頁
- （9） 田中前掲書183頁，原・前掲書52頁

## 四 その他の公法関係における適用

信義誠実の原則を広く一般法律概念と解する場合、公法一般についての適用を考えなくてはならないが、私法の分野と異なり、明確な実定法上の根拠がないので、その理論構成には少なからぬ困難が伴うのであるが、憲法、刑法、訴訟法等の理論にも、その根拠を信義誠実に発すると考えられるものが散見される。

### 1 憲法における適用

憲法の分野にも、この原則を直接にうたった規定はないが、その思想は随所に汲み取ることができる。

イ．この点に関して林教授は「いま新憲法・日本国憲法の基本理念とされるものを考えるに、客観的に、信義則を措いて他に何を求めることができるだろうか」とされ、前文の「恒久の平和を念願し人間相互の関係を支配する崇高な理想」を実現すべき理念として信義誠実をあげられ、更に第三章の基本的人権の規定は、やはり理念的基礎を信義誠実におくものとされる。（1）

たしかに「国政は国民の厳粛な信託によるもの」であり、国家と国民の間に信義誠実の裏付けがなければ、多くの宣言的保障の文言の存在にもかかわらず、国家は人権の保障を全うすることはできないであろう。

外国の憲法の中にも興味ある規定を見出すことができる。「人および市民のすべての義務は、自然によってすべての心の中にほりつけられてある次の2つの原理から出てくる。——他人からされたくないと思うことを他人にするな。他人からされたいと思うことを他人にせよ」と規定したフランス共和3年（1795）の憲法2条、「およそ自由なる政治をあるいは自由の享受を、人民に確保するには、ひとり正義・中庸・節制・質素および廉潔を

固守し、人権の基本的諸原則をしばしば想起すること以外には方法がない」とあるヴァージニア憲法（1776）の規定などは、いずれも信義誠実を別の形をもって表現している。（2）

ロ．いわゆる権利の濫用と信義誠実との関係については、わが民法第1条の条文の位置の関係から、ともに基本原則である「公共の福祉」の適用の場面であって、同条2項の信義誠実の規定は、特定の契約当事者間に適用があり、3項の権利の濫用の規定は、広く一般人に対する権利の主張に際して適用がありと解されている。（3）

このように信義則と密接な関係にある権利の濫用については、直接に規定をおいている立法例が多く、ワイマール憲法の名で知られるドイツ・ライヒ憲法（1919）、バアデン憲法（1947）、ラインラントファルツ憲法（1947）などがそれである。ブラジル連邦憲法は、経済力の濫用に関する規定をおいている。（4）

ハ．すでに行政法の分野で述べたところであるが、公務員の不法行為についての国又は公共団体の賠償責任に関する憲法第17条の規定、損失補償に関する憲法第29条3項の規定、あるいは刑事補償に関する憲法第40条の規定は、国家が憲法第3章で人権を保障したことの実質的な裏付けとして、衡平・信義の精神から国民の権利としての国家に対する救済を認めたものである。

ニ．最近注目をひいているものに、抵抗権（**right of resistance**）の理論がある。

抵抗権とは、合法的に成立した法律上の義務を、それ以外の何らかの義務を根拠として否認することを正当とする主張であるが、ここにいうところの法律上の義務を否認する何らかの義務とは、広く自然法秩序すなわち実定法秩序を超えた秩序を指すのであって、このような秩序は信義誠実によって形成されるのである。（5）

抵抗権については、フランス1789年の人権宣言、1946年のフランス第四共和制憲法、ヘッセン憲法、1947年のブリューメン憲法、マルクブランデンブルグ憲法などに規定がある。

## 2 刑法における適用

この問題につてまず想起されるのは、牧野博士の「刑法における信義誠実の原則」である。博士はつとにその自由法論の立場から、伝統的な罪刑法定主義に関する思想、ないし概念法学の立場を批判せられ、信義誠実を基調として、新しい教育刑論の立場を打ち出されたのであった。

刑法の分野で問題になるものとして、不真正不作為犯における作為義務の範囲、責任の原則、背任罪の本質な

どをあげることができよう。

イ．不真正不作為犯の作為義務の範囲を決定するに当り、条理ないし信義誠実の原則を基準にすることは、現在の通説、判例であるということが出来るが、かつてはこれは法と道徳との混同であり、単純なる道徳上の義務の違反によって犯罪が成立するのは不当であるとして反対する向が多かったのである。（6）

近時の判例も、とくに詐欺罪（刑法第246条）における告知義務違反について、多くの条理上の義務を認めている。（7）

ロ．刑法第38条1項は、いわゆる責任の原則を定めた規定であって、故意ある者に対してのみ犯罪の成立を認めるのが原則であるということを規定している。すなわち、国家は真に罰すべき必要がある者に対してのみその刑罰権を行使するに止めねばならないのであって、刑罰権の濫用は許されないのであるが、このような考え方はまさに信義誠実から発しているのである。（8）

ハ．背任罪（刑法第247条）の本質については、説の分かれるところであるが、信頼を裏切る罪としての背信説が通説であり、これは一般的な信義誠実の原則を基礎とした、客観的な信託関係がその根底にある。（9）

## 3 訴訟法における適用

訴訟法の分野において、直接にこの原則の適用を認めた理論はないようであるが、次にあげる理論に、信義誠実の原則の一端をみる事が出来る。

イ．刑事訴訟法におけるおとり捜査ないしアジャン・プロボカトゥール（**agent provocateur**）の理論においてである。

おとり捜査というのは、捜査機関またはその依頼を受けた者が、犯罪を教唆し、その実行を待って逮捕する場合であって、麻薬犯罪についてその実例を多くみることが出来る。

従来大陸法では、教唆者を **agent provocateur** として処罰できるかどうか問題となっており、被教唆者を処罰しうることは当然とされてきた。

しかし、アメリカにおける理論では、教唆によって初めて故意を生じたのであるときには、被教唆者を処罰できないとされている。これは、国が犯罪を作っておきながら、国がこれを処罰するのは、信義に反し公正でないという考え方に基づくものである。（10）

ロ．異議申立と瑕疵の治癒

先に行政法で問題とした瑕疵の治癒は、再びここでも論点になる。

いわゆる職権主義の刑事訴訟手続のもとでは、訴訟行為の効力の有効・無効を判断するについては、常に裁判所がその責任を持っている。

これに対して、新しくわが法に導入された英米流の当事者主義のもとでは、訴訟行為の無効を指摘する責任は訴訟の相手方にあり、異議を申し立てない限り、裁判所は有効として取り扱ってよいのである。

わが法はこの点では職権主義をすててはいないが、刑事訴訟法第 309 条が、裁判長の処分に対する異議、証拠調に関する異議を認めているのは、その反面として、異議を申し立てないことによって、瑕疵が治癒することもあり得ることを認めたものである。(11)

その他、自白の取調請求についての制限(刑事訴訟法第 301 条)に違反した場合にも同様の問題がおこる。

次に、民事訴訟法の分野にも同様な考え方をみることができる。いわゆる質問権の放棄(民事訴訟法第 141 条)原審の管轄違背の主張の禁止(民事訴訟法第 381 条)等による瑕疵の治癒がそれである。(12)

以上のように公法の各分野において、信義誠実の原則の適用とみられる理論を発見することができる。

もちろん、公法の領域がこれらに尽きるわけではないので、これをもって全公法を律するわけにはいかないが、少なくとも信義誠実が、全法律の基調をなす原則であるとする事の裏付けとすることができると考えられる。

(1) 林・前掲書 28 頁

(2) 宮沢俊義「憲法Ⅱ」11 頁, 102 頁

(3) 我妻「民法案内」Ⅱ 63 頁

(4) 大石義雄「世界各国の憲法典」

(5) 宮沢・前掲書 132 頁

(6) 牧野・前掲書 9 頁, 団藤重光「刑法綱要」総論 100 頁, 植松正「刑法概論」Ⅰ 115 頁

(7) 抵当権の設定を黙秘して不動産を売買し(大判昭和 4・3・7 刑集 8 巻 107 頁)既往症を黙秘して保険契約を締結して保険金を受け取る(大判昭和 6・7・16 刑集 10 巻 337 頁)などの判例は著名な例である。

(8) 牧野・前掲書 18 頁

(9) 木村亀二「刑法各論」144 頁, 団藤・刑法各論 374 頁

(10) 平野竜一「刑事訴訟法」85 頁, 高田卓爾「刑事訴訟法」354 頁

(11) 平野・前掲書 37 頁, 259 頁, 高田・前掲書 129 頁

(12) 兼子一「民事訴訟法体系」195 頁

## 五 信義誠実の原則の適用の限界

信義誠実の原則が広く公法関係に適用があることは認められるにしても、公法と私法の概念の相異に応じて、元来、私的自治の原則の行なわれる私法の領域に発達してきたこの原則を、そのまま公法の領域に採り入れてよいかどうかは、当然に問題になるところである。(1)

信義誠実の原則の公法、とくに行政法上の法律関係への適用に当っては考えられる限界としては、行政法関係の特色と考えられる権力性、公益性、法律による行政の原理をあげなければならないであろう。

これらの特性は、私人間の利害の調節を目的とする私法関係にはみられない原理であるから、信義誠実の原則の適用の限界の問題としては、当然に採りあげらるべきところである。

### 1 権力性との関係

行政法上の法律関係といっても、広く権力関係とそれ以外の関係に分けることができ、権力関係でない私法関係その他の関係に、信義誠実の原則の適用の認められることはもちろんであるが、権力関係自体にも適用を認めてよいかが問題になる。(2)

適用を認めるとしても、権力の主体である国、公共団体の側にその遵守を求めることができるかどうかは、従来大きな問題とされてきた。

かつて、ドイツ大審院の判例は、公法関係を権力関係と非権力関係とに区分し、前者についてはこの原則の適用を否定したのであった。

また、かつてのナチス・ドイツの公法を代表するカール・シュミット(C. Schmitt)の理論でも、命令強制の客体たる国民の側にのみ信義誠実の遵守を要求したのであった。(3)

しかし、権力の主体であるからといって適用を認めないのでは、信義誠実が法の一般原理であり、国も国民もともに法の支配に服する以上、いわゆる平等原則に反することになる。今回の判例もこの理論を認めているし、今日では権力性のゆえに信義誠実の適用を否定する説は見当たらない。

### 2 公益性との関係

公益性の追及ないし公益優先性は行政法の中心概念であるが、シュミットやドイツの判例は、信義誠実が法律関係の当事者間の利益の顧慮を要求する原理であることを理由として、当事者間の利益を顧慮することが公共の利益と相容れない場合には、信義誠実は公共の要求の前

に退かなばならないとして、公益性をもって信義誠実の原則の行政法における適用を制限する一般原理であるとした。

しかし、公益性という概念は、抽象的で不明確な概念であり、時代によって不断に変化する概念であるから、このような概念を基準にして、信義誠実の適用を全面的に排除することは妥当でない。(4)(5)

### 3 法律による行政との関係

最後に最も困難な問題は、法律による行政(*Gesetz-mässige Verwaltung*)の厳格に行なわれる行政の分野において、一般条項である信義誠実の原則の適用が果して可能であるかということである。

私法の分野においては、いわゆる私的自治の要請が働くので、実定法上の規定の存在と相まって、一般条項がその機能を発揮する場面は多いのであるが、公法の分野では、法の羈束が厳重であり、強行法規性が強いので、ここに一般条項である信義誠実の原則の機能する範囲が問題になるのである。

今回の判例においても、被告側は、租税の賦課、減免にはすべて法律の根拠を必要とするから、行政庁に処分権の認められていない分野に、禁反言の適用は認められないと主張している。

とくに国会の最高機関性と、唯一の立法機関たることを明記し、(憲法第41条)民主的統制の強化された日本国憲法の下にあっては、「法律による行政」の原理はより徹底した形をとることになる。

そして、一切の行政が、法の下で行なわねばならないことはもちろんであるが、国家形態がいわゆる奉仕国家(*Leistungsstaat*)ないし福祉国家(*Wohlfahrtsstaat*)に変化し、行政権の肥大現象が顕著になってきた今日でも、法的安定ないし将来の予測可能性のために、できるだけ行政活動の根拠を法律によって明確にしようとする傾向が強い。(6)

これを「法律による行政」の原理の一つの内容である法律の留保(*Vorbehalt des Gesetzes*)についていえば国家の権力的活動に関する限り、単に国民の権利・自由を制限する場合に止まらず、国民の自由を回復し、権利を与え、義務を免除する場合にも、すべて法律の規定を要するという学説すら存在するに至っている。(7)

なお、行政法の強行法規性は、「法律による行政」の原理の一つの内容をなす「法律の優位」(*Vorrang des Gesetzes*)から生まれるのである。(8)

このように徹底した形の「法律による行政」あるいは強行法規性の支配する行政法の分野において、一般条項

である信義誠実の原則を適用することは、たとえそれが法の一般原理であっても、行政法の本質をそこなう結果になるのではないかという疑問がでてくる。

従来も、このような点について、種々の観点から批判がなされてきた。

かつてカール・シュミットが、信義誠実をもって実定法規より一段と上位にある概念、超実定法的存在としてとらえ、実定法規が存在する場合にも、これを排除して優先適用できると説いたのに対して、高橋教授は法的安定および立法による法の変動性の双方の見地から批判せられ、わが国ではナチス・ドイツと異り、法の下に立つ行政が健在することを強調されたのであった。(9)

又、大石博士も、シュミットの信義則論をもって「国法に優越する高次の実定法秩序」とされ、このような自然法秩序は、わが国の国体そのものから存在を許さないのであるとされた。(10)

しかし、シュミットの信義則論は、ナチス・ドイツ行政法に理論的支柱を与えるものではあっても、それがそのまま現代の民主国家に適用するわけではない。われわれは超実定法的な信義誠実を考えているのではなく、あくまでも実定法のわく内での原則、ないしは実定法的原理としてとらえているのである。(11)

次に、ヘーデマン(*Hedemann*)のいわゆる「一般条項への逃避」(*Die Flucht in die Generalklauseln*)の危険の問題がある。

彼は、信義誠実の原則は一般条項であるため、法律の軟化、法律の不確定、恣意の支配の入りこむ危険性が多いというのであるが、一般条項はこれらの危険を補っても余りある多くの利点を持っている。

それは、法律の形式に基づく主張と、事物の衡平による要求とが調和せしめられ、法律の形式から離れた解決がくり返されることにより、自ら一種の新しい法律制度が創造され、裁判の地位が高まるという機能である。(12)

ここで注目されるのは、罪刑法定主義(*Principe de la légalité des délits et des peines*)の支配する刑法の分野における牧野博士の見解である。すでに述べたように、博士はその自由法論の立場から、伝統的な立場を批判せられ、公序良俗ないし信義誠実をもって実定法規解釈の基準とされたのであったが、行政法の分野についても、「法規の明文は常にその合理性に関連せしめて理解されねばならぬ」とされ「行政が法律の下に行なわれねばならぬことは疑ない。しかしその法律は理論的に妥当なる方法によって運用されねばならぬのである」とされており、法律の運用の手段として信義誠実を用いよう



とされたのであった。(13)

今回の判例は、厳格なる租税法律主義の支配する税法の分野における適用であったので、とくに注目されたのであったが、たとえ税法の分野においても、信義誠実の原則をもって、法を形式的に適用することによって生ずる欠陥を除く安全弁を考え、あくまでも実定法秩序において、実定法規の欠陥を補い、更に法と実社会の要求との間に生じ易い間げきを埋める機能を期待できるのであれば、それは法律による行政の原理と矛盾するものでもなければ行政法の強行法規性を弛緩せしめるものでもなく、まして、税法で強調される平等原則に反する結果をもたらすものでもないと考えられる。今回の判例もこの趣旨を強調している。(14)

ただ、判例もいっているように、公法と私法の類型の相異に応じて、具体的事例に際し、一定の適用の要件を設けることは必要であろう。

(1) ただし、最近公法・私法の二元論を否定する説(今村成和「行政法入門」27頁)があらわれた。

(2) その分析については、国家作用の変化につれて困難な問題がある。(雄川一郎「公法と私法」憲法行政法論集205頁)

(3) 高橋・前掲論文28頁、原・前掲雑誌論文17頁

(4) 田中・行政法総論105頁

(5) 原・前掲雑誌論文19頁

(6) 田中・前掲書29頁

(7) 柳瀬・前掲書24頁、杉村(敏)・前掲書43頁

(8) 杉村・前掲書48頁

(9) 高橋・前掲論文29頁

(10) 大石「わが国行政法理論における信義則」13頁(公法研究6巻5号)

(11) 田中「法律による行政の原理」37頁

(12) 林・前掲書35頁、原・前掲雑誌論文6頁

(13) 牧野・前掲書4頁、同・信義則の新しき展開(自治研究15巻1号)21頁

(14) 杉村(敏)教授も法律の留保について「全部留保説」をとられているが、信義則の適用を認めておられる。(杉村・前掲書57頁)

## 六 む す び

以上、粗雑な構成ではあったが、今回の判例の有する意義から発足して、順序としてエストoppelおよび信義誠実の原則の概念を整理し、次いで信義則と行政法上の法律関係に関する従来の学説を明らかにし、広く公法関係における適用を考え、信義則がいまや一般法律概念としての地位を占めるに至ったことを確認し、最後に適用の限界について論じ、法律による行政の原理と信義誠実の原則の適用とは矛盾するものではないが、それには一定の要件を要する旨述べたのであるが、その理論については不満足なものに終った。

しかし、「法律による行政」は、「法の支配」とともに現代行政法を貫く大原則であり、かたわら、信義誠実も広く現代法の基底によこたわる正義・衡平の観念から発した原則であることを考えると、この問題は無視することのできない基礎的な論点であると考えられるのであって、今後の学説、判例の集積を待って、更に研究していきたいと考える。(67—9—7)