



Title	行政契約の法理論 ( 4 )
Author(s)	岸本, 太樹
Citation	北大法学論集, 53(1), 87-126
Issue Date	2002-05-31
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15135">http://hdl.handle.net/2115/15135</a>
Type	bulletin (article)
File Information	53(1)_p87-126.pdf



[Instructions for use](#)

論  
說

# 行政契約の法理論（四）

岸  
本  
太  
樹

目次

序章 問題提起

第一節 序

第二節 行政契約論の動向と課題

一 我が国における行政契約論の動向

二 課題

第三節 叙述の順序

第一章 公法契約形式の一般的許容要件

第一節 本章の課題

第二節 ドイツ公法契約論の歴史的展開と立法者意思

一 ドイツ公法契約論の歴史的展開

二 立法者意思（連邦行政手続法第五四条）

第三節 公法契約と法律の留保

一 法律の留保をめぐる学説と判例の状況—本質性理論〔Wesentlichkeitstheorie〕—

二 本質性理論と公法契約

三 連邦行政手続法第五四条と法律の留保の関係

第四節 判例の分析

第二章 公法契約の交渉手続

第一節 本章の課題

第二節 行政手続の通則規定と公法契約

一 行政手続に關与する法主体に關する諸規定の準用

二 技術的規定の準用

三 手続の実施方法に關する諸規定の準用

第三章 公法契約の内容

第一節 本章の課題

第二節 和解契約

一 客観的不明確性の存在

二 和解締結の合目的性審査

（以上五二卷四号）

第三節 交換契約

一 成立過程

二 交換契約の許容要件

三 判例の動向

第四節 中間総括

第五節 遅滞利息・違約罰・即時執行の合意

一 議論の前提

二 遅滞利息の合意

三 違約罰の合意

四 即時執行の合意

第六節 解約の事前合意

一 議論の前提

二 解約条項の意義

第四章 公法契約の成立

第一節 本章の課題

第二節 第三者及び他の行政庁の同意

一 第三者の同意

二 他の行政庁の同意

第三節 書面化

第五章 瑕疵ある公法契約の存続効

第一節 本章の課題

第二節 一般的無効原因

一 民法典の準用

(以上五二卷五号)

(以上五二卷六号)

- 二 対応する内容を持つ行政行為の無効
  - 三 違法性の認識
  - 四 部分無効
  - 第三節 和解契約と交換契約に固有の無効原因
    - 一 和解契約の無効
    - 二 交換契約の無効
  - 第四節 連邦行政手続法第五九条の合憲性
    - 一 違法ではあるが有効な契約
    - 二 連邦行政手続法第五九条に対する学説の評価
  - 第五節 合憲説と違憲説の接近
    - 一 契約締結上の過失法理 (*culpa in contrahendo*)
    - 二 行為基礎欠如論及び国家賠償請求
    - 三 連邦行政手続法第六〇条・連邦憲法裁判所法第七九条第二項
    - 四 中間総括
  - 第六章 民事契約法との比較における公法契約法の理論的特色
  - 第七章 私法契約法
- 終章 総括的考察と今後の課題

(以上本号)

## 第五章 瑕疵ある公法契約の存続効

### 第一節 本章の課題

以上、前章までにおいて、公法契約形式の一般的許容要件、公法契約の交渉手続、公法契約の内容、そして公法契約の成立要件について検討を加えてきた。

さて、次に検討すべき課題は、瑕疵ある公法契約の存続効をめぐるドイツの議論である。例えば、連邦行政手続法の第五四条が規律する公法契約の許容要件に違反して締結された契約―「法律の禁止」に違反して締結された契約―や、手続の瑕疵を帯びて締結された契約など、そこに何らかの瑕疵を帯びた公法契約は、全てその存続効を否定され、無効と評価されるのであろうか。

以下では、公法契約の無効原因を規律する連邦行政手続法の第五九条の内容を検討した上で、前章までに考察した契約法理に違反して締結された公法契約のうち、具体的にいかなる契約が、第五九条のどの条項に該当して無効になるのかを検討する。<sup>(1)</sup> 連邦行政手続法の第五九条は、次のように規定する。

#### 「第五九条 公法契約の無効

(一) 公法契約は、無効が民法の規定の準用により生じる場合は無効とする。

(二) 第五四条第二文の意味での公法契約は、さらに次の各号に該当する場合、無効である。

一 対応する内容を持つ行政行為が無効である場合。

二 対応する内容を持つ行政行為が、第四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらず違法となるときで、かつこれが契約締結者に知れていた場合。

三 和解締結の前提が存在せず、かつ対応する内容を持つ行政行為が、第四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらず違法である場合。

四 行政庁が第五六条により許容されない反対給付を約束させた場合。

(三) 無効が契約の一部にのみ関わる場合で、無効部分がなければ契約が締結されなかったであろうことが認められる場合、その契約は全部無効である。」

この規定は、一九六三年の模範草案第四五条を基礎とする<sup>(2)</sup>。第五九条の第一項と第二項は、模範草案の段階では分離されておらず、第一項に相当する規定は、模範草案の第四五条第一項の第五号に、また第二項の第一号乃至第四号に相当する規定は、そのまま模範草案の第四五条第一項の第一号乃至第四号に存在した。また第三項に相当する規定は、模範草案の第四五条第二項に存在した。<sup>(3)</sup>その意味で、現行の第五九条と模範草案の第四五条は、内容の点で全く同じであり、条文構成が成立過程で修正されたに過ぎない。ちなみに、現行の第五九条と同じ型式が採用されたのは、一九七〇年の連邦政府草案第五五条以降のことである。<sup>(4)</sup>

いずれにせよ公法契約は、第五九条に掲げられた無効原因のいずれか一つに該当すれば無効と評価される。第五九条の第一項、第二項の第一号と第二号、及び第三項は、公法契約の一般的な無効原因を規律する。他方、第五九条第二項の第三号と第四号は、それぞれ、第五五条が規律する和解契約と、第五六条が規律する交換契約にのみ妥当する特別な無効原因である。

第二節 一般的無効原因

一 民法典の準用

第五九条の第一項は、ドイツ民法典に規定された契約の無効原因が、公法契約にも準用される旨を規定する。我々はここに、民事契約法と公法契約法とが理論的に交錯する一面面を見出す。公法契約に準用される民法上の無効原因規定として、学説は一般に、行為無能力(民法典第一〇四条乃至第一一五条)、心裡留保(民法典第一一六条第二文)、仮装行為・通謀虚偽表示(民法典第一一七条)、非真意表示(民法典第一一八条)、方式欠如(民法典第一二五条)、善良風俗違反(民法典第一三八条)、原始的客観的履行不能(民法典第三〇六条)の他、錯誤(民法典第一一九条)、詐欺・脅迫(民法典第一二三条)などをあげている。<sup>(5)</sup>

他方、学説上対立が見られるのは、民法典第一三四条の準用可能性についてである。<sup>(6)</sup>この規定は、「法律の禁止に違反して締結された契約の効力」に関する規定であって、次のように規律する。

「民法典第一三四条

法律の禁止に違反する法律行為は、当該法律により別段の結果を生ぜざる限り無効とする。」

右の規定が公法契約に準用されるか否かは、その結論如何により、連邦行政手続法の第五四条に違反して締結された公法契約の存続効に影響を及ぼす。本稿の第一章でも述べたように、連邦行政手続法の第五四条は、「法規定に反しな

い限り」で公法契約による法律関係の規律を許容している。それは、公法契約が「法律の禁止」に違反しえないことを意味する<sup>(7)</sup>。したがって、仮に民法典の第一三四条が公法契約に準用されるとの見解に立つならば、連邦行政手続法の第五四条に違反する公法契約は無効と評価されることになり、逆にその準用が否定されるとの見解に立つならば、第五四条に違反して締結された公法契約は、一他の民法典規定の準用から無効が生じない限り一、連邦行政手続法の第五九条第一項において無効と評価されることはないのである。

### 「一」準用否定説

民法典第一三四条を公法契約に準用することに反対するのは、模範草案の作成委員会である。委員会は、理由書において次のように述べている<sup>(8)</sup>。

「行政行為の無効原因の場合と比較して、公法契約の無効原因を拡大したのは、契約の絶対的拘束性という原則と、法律による行政の原理とを調整した結果である。対応する内容を持つ行政行為が行政庁によって取り消される場合に、契約当事者が常にその契約を廃止する可能性を与えられているとすれば、それは契約の本質に反するであろう。これにより契約の存続は負担をかけられ、また場合によると、一度締結された契約に対する市民の信頼は動揺するであろう。他方、市民と行政が公法契約を利用し、一意識的に協力して一法律規定に矛盾する状態を生み出すなら、それは秩序ある社会状況とは相容れないであろう。〔中略〕こうした二つの観点を考量した結果、委員会は幾つかの狭く限定された特別の無効原因を規定することにした。この場合に限り、行政と市民間で締結された契約は無効という重大な留保に服する。したがって、それ以外のケースにおいて、対応する内容を持つ行政行為の違法性は、締結され

た公法契約の有効性に影響を及ぼさない。委員会の見解によれば、法律から別段のことが生じない限りで法律の禁止に違反する法律行為を無効にする民法典の第一三四条が公法契約に準用されることにより、それが間接的に形骸化するようなことがあつてはならない。」

このように模範草案の作成委員会は、契約の存続に対する当事者の信頼を保護する必要性を根拠として公法契約の無効原因の限定を正当化し、結局、法律の禁止に違反して締結された契約を無効とする民法典第一三四条の公法契約への準用を否定するのである。<sup>(9)</sup>

### 〔二〕 準用肯定説

しかし、民法典の第一三四条を公法契約に準用することを否定しようとした立法者に対しては、その後多くの批判が展開された。その代表例としてクレプスの見解を見てみよう。

後に本章の第四節でも述べるが、クレプスは、当事者の信頼保護を理由に公法契約の無効原因を限定し、違法ではあるが有効に存続する契約の存在を正当化しようとした立法者の立場を基本的に支持している。しかしながら、「法律の禁止への違反」という重大な法律違反を犯した契約にまで存続効を付与するべきではないこと、また法律違反の全てが民法典の第一三四条にいう「法律の禁止への違反」を意味するわけではないこと、したがって、仮にこの規定を公法契約に準用したところで、違法な公法契約にも一定の範囲で存続効を認め、もって契約の存続に対する当事者の信頼を保護しようとした立法意思は没却されないことを指摘し、民法典第一三四条の公法契約への準用可能性を肯定している。彼は次のように述べている。<sup>(10)</sup>

「民法典の第一三四条と結びついた連邦行政手続法の第五九条第一項によって、法律違反を犯した契約の全てが無効になるわけではない。したがって、民法典第一三四条の準用は、洗練された無効効果という立法目的とも折り合う。またそれは、連邦行政手続法の第五九条を憲法に適合するよう解釈すべしとの要請にも適合する。結果的に、民法典の第一三四条は、連邦行政手続法の第五九条第一項の領域において、公法契約にも準用可能である。」

右に見たクレプスの見解は、ウレとラウビンガー、スパノヴスキー、シンプフ、オーバーマイヤー、クナツクなど、数多くの学者によって支持されており、いずれも「法律の禁止」に違反して締結された公法契約（第五四条違反）は、民法典の第一三四条と結びついた連邦行政手続法の第五九条第一項によって、無効と評価されるとの結論を示している。<sup>(1)</sup>

## 二 対応する内容を持つ行政行為の無効

他方、第五九条の第二項第一号は、対応する内容を持つ行政行為が無効である場合に、公法契約が無効になる旨を規律する。その意味で、行政行為の無効原因は同時に公法契約の無効原因でもある。模範草案の作成委員会は、こうした規定を置いた理由を明確には述べていないが、シンプフは、「公法契約（例えば義務づけ契約）が行政行為（例えば確約）と同一の機能を果たし、かつ両者ともに法律適合性原理に服することに鑑みると、行政行為を無効にするほど重大な瑕疵を帯びる公法契約を有効と評価すべき理由はない。」として、行政行為の無効原因を公法契約のそれとすることを理論的に正当化している。彼は次のように言う。<sup>(12)</sup>

「公法契約の無効を、対応する内容を持つ行政行為の無効に依拠させることは、これまで学説によって主張されてきた観念ないし要請に合致する。実際、契約と行政行為という二つの行為形式が一般に機能的に同一であること、また両者ともに原則として法律適合性原理に服することに鑑みると、「行政行為の無効原因を規律した」筆者註」連邦行政手続法の第四十条第一項・同第二項に掲げられた重大な瑕疵を帯びた契約を有効に存続せしめる理由は、どこにも存在しない。」

### 三 違法性の認識

さらに、第五九条の第二項第二号によると、対応する内容を持つ行政行為が、第四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらず違法であつて、かつ契約の両当事者が契約の違法性を認識していた場合にも、契約は無効となる。この規定により公法契約が無効と評価されるためには、「対応する内容を持つ行政行為の違法性」と「契約の両当事者による違法性の認識」という二つの要件が重疊的に充足されなければならない。以下、この二つの要件を個別に検討しよう。

#### 「一」対応する内容を持つ行政行為の違法性

公法契約が第五九条の第二項第二号によって無効となるためには、まず、「対応する内容を持つ行政行為が違法」でなければならぬが、ここで契約の存続効に影響を及ぼす違法性は限定されており、「第四六条の意味での手続・形式の瑕疵を理由とした違法性」は、契約の存続効に影響を及ぼさない。<sup>(13)</sup>

問題となるのは「第四六条の意味での手続・形式の瑕疵」の具体的内容であり、またこの瑕疵を理由とした違法性が契約の存続効に影響を及ぼさない理由である。この問題を検討するために、まず第四六条の規定を確認しておく。連邦行政手続法の第四六条は、次のように規定する。<sup>(14)</sup>

「第四六条 手続及び形式の瑕疵の効果

第四四条の規定により無効とはならない行政行為については、手続、形式または場所的管轄に関する規定への違反が、事案において決定に影響を及ぼさなかったことが明らかである場合には、当該規定に違反して成立したという理由のみでは、取消しを求めることはできない。」

このように第四六条は、行政行為が手続・形式又は場所的管轄に関する規定に違反して瑕疵を帯びており、その瑕疵が第四四条によって行政行為が無効とせず、また当該手続・形式の瑕疵が事案において決定に影響を及ぼさなかったことが明らかである場合に、行政行為の取消可能性を排除する。

したがって第四六条は、行政行為が実体法上違法である場合や、<sup>(15)</sup>それが第四四条の第一項により無効となる場合、さらにそれが第四四条第二項の第一号乃至第三号に列記された形式の瑕疵を帯びて無効となる場合<sup>(16)</sup>には適用されない。<sup>(17)</sup>この規定は、関与能力に関する第一一条や行為能力に関する第二二条、除外と忌避に関する第二〇条及び第二一条、さらに教示・情報提供に関する第二五条、記録閲覧に関する第二九条への違反などのように、行政行為を無効にしない手続・形式の瑕疵が存在し、<sup>(18)</sup>かつそれが、事案において決定に影響を及ぼさなかったことが明白である場合に適用されるのである。<sup>(19)</sup>というのも、行政行為が手続・形式の瑕疵を帯びて形式的に違法であるとしても、手続・形式の瑕疵が事案にお

いて決定に影響を及ぼさなかったのであれば、当該瑕疵を理由に行政行為を取り消したところで、行政庁は再び同じ内容の行政行為を發動することになり、それは「手続経済 (Verfahrensökonomie)」に反するからである。<sup>(20)</sup>

第四六条によって確立された右の法理は、そのまま公法契約にも妥当する。契約が手続の瑕疵を帯びて締結され、形式的には違法だとしても、手続の瑕疵が契約内容に影響を及ぼさなかったのであれば、当該瑕疵を理由に契約の存続効を否定したところで再び同じ内容で契約が締結されることは明らかであり、契約の存続効を否定することは手続経済に反するからである。第五九条第二項の第二号はこれを確認した規定であり、第四六条の意味での手続・形式の瑕疵は、それが行政行為の存続効に影響を及ぼさないと同様、公法契約の存続効に影響を及ぼすこともない。<sup>(21)</sup> 公法契約が第五九条の第二項第二号により無効となるためには、少なくとも契約が実体法上違法であるか、或いは、手続・形式の瑕疵が契約の内容に影響を及ぼしたことが必要なのである。

## 「二」 違法性の認識

結局、公法契約が第五九条の第二項第二号によって無効になるためには、それが第四六条の意味での手続・形式の瑕疵のみの理由によらず違法であることに加え、契約の両当事者がその違法性を明白に認識していたことが必要である。<sup>(22)</sup> 模範草案の理由書は次のように述べている。

「契約締結者が、意図的かつ意識的に協力して公法契約により違法な効果を招く場合、行政の法律適合性の原理は、契約の絶対的拘束性の原則に対して優位せしめられなければならない。この場合、公法契約の存続に対する契約当事者の信頼を保護すべき理由は存在しないからである。」

この規定は、契約の当事者が共謀して違法効果を招来せしめることを防止することを目的としており、その意味で、契約の両当事者が契約の違法性を明確に認識していることを前提としている。<sup>(23)</sup>したがって逆に、契約の両当事者が共に違法性を認識していなかった場合や、一方当事者が違法性を認識していたに過ぎない場合には、当該契約はいかに違法であろうとも、第五九条の第二項第二号によっては無効とはならない。<sup>(24)</sup>

#### 四 部分無効

第五九条の第三項は、契約の部分無効に関する規定である。<sup>(25)</sup>それによると、公法契約の一部が無効であり、当該無効部分なくして契約が締結されなかったことが認められる場合には、契約は全部無効となる。したがって逆に言えば、公法契約の一部が無効である場合でも、当該無効部分が契約の締結にとつて大きな意味を持たず、無効となった部分がなくとも契約が締結されたことが明らかである場合にのみ、契約は無効となった一部を除いて有効に存続することになる（無効部分が存在せずとも契約が締結されたか否かが不明確な場合には、やはり契約は全体として無効となる<sup>(26)</sup>）。公法契約の部分無効に関する連邦行政手続法の第五九条第三項は、民事契約の部分無効の効果を規律する民法典第一三九条と内容的に同じであり、この点について、公法契約法と民事契約法の間に理論的差違は存在しない。<sup>(28)</sup>

#### 第三節 和解契約と交換契約に固有の無効原因

以上検討した第五九条の第一項、第二項の第一号と第二号、及び部分無効に関する第三項は、公法契約一般に妥当す

る無効原因であつた。これらの無効原因は、それが和解契約か交換契約かに関係なく、連邦行政手続法の適用を受ける全ての公法契約に等しく適用される。これに対し本節で検討する第五九条第二項の第三号と第四号は、公法契約のうち、特に第五五条が規律する和解契約と、第五六条が規律する交換契約にのみ適用される特殊な無効原因である。

### 一 和解契約の無効

第五九条の第二項第三号は、第五五条が規律する和解契約に固有の無効原因を規律する。和解契約は、「和解締結の前提が存在しないこと」、及び「対応する内容を持つ行政行為が、第四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらず違法であること」の二つの要件を重疊的に満たす場合には、第五九条の第二項第三号により無効となる。<sup>(29)</sup>

第三章の第二節でも指摘したが、連邦行政手続法の第五五条が規律する二つの和解類型―事実関係の和解と法的状況の和解―は、いずれも潜在的に違法な法律関係を規律する可能性を持つ<sup>(30)</sup>。したがって、右の危険性にも関わらず、第五五条が定める要件下で和解契約を許容する以上、その違法性のみを理由として存続効を否定することは妥当ではない。違法であることのみを理由に和解契約の存続効を否定すれば、そのほとんどが常に無効の危険性にさらされ、それを一定の要件下で許容した意味が失われるからである。実際、連邦行政手続法の立法者も、「対応する内容を持つ行政行為が違法であること」という要件の他に、「和解締結の前提が存在しないこと」という要件をおき、和解契約の違法性のみを理由にその存続効を否定する立場には立たなかつた。<sup>(31)</sup>

「和解締結の前提」とは、第五五条に掲げられた二つの許容要件―すなわち「事実関係ないし法的状況の客観的不明確性の存在」と「和解締結の合目的性」―を意味する。<sup>(32)</sup> よって、第五五条に違反して締結された和解契約は、―その内

容が実体法上適法である場合か、又はそれが先に検討した連邦行政手続法第四六条の意味での手続・形式の瑕疵を帯びて違法であるに過ぎない場合という極めて希なケースを別として、基本的に第五九条の第二項第三号により無効と評価されることになる。

## 二 交換契約の無効

他方、第五九条の第二項第四号は、第五六条に規律された交換契約の無効原因を規律する<sup>(33)</sup>。これによると、行政庁が第五六条により許容されない反対給付を契約相手方に対して約束させた場合には、交換契約は無効となる<sup>(34)</sup>。第三章の第三節でも述べたが、私人の反対給付の提供を条件に、行政給付の提供を約束する交換契約は、反対給付が行政給付の法的前提を創設することに仕える場合にのみ許容される<sup>(35)</sup>。したがって、私人の反対給付は、行政行為を発動するための法的前提を整え、あるいは行政行為の発動を法的に不要ならしむるために必要・十分な範囲で約束され、また右の目的のためにのみ使われなければならない<sup>(36)</sup>。さらに行政庁は、私人が行政権限の発動を求める法的請求権を持っている場合には、直ちにそれを発動しなければならず、私人が反対給付を提供するまでその発動を留保することは、法治国原理の現れとしての連結禁止原則に違反して許されない<sup>(37)</sup>。連邦行政手続法の第五六条はこれを確認した規定であり、他方、第五九条の第二項第四号は、第五六条に違反して締結された交換契約を例外なく無効にする規定である<sup>(38)</sup>。

## 第四節 連邦行政手続法第五九条の合憲性

以上、公法契約の無効原因を規律する連邦行政手続法第五九条の規定内容を確認し、いかなる契約が、第五九条のどの条項により無効となるのかを概観した。これにより、瑕疵ある公法契約の多くが、第五九条のいずれかの条項に該当して無効になる旨が明らかになった。

他方、我が国でも既に指摘されているように、瑕疵ある公法契約の中には、違法ではあるが有効に存続するものがある。<sup>(39)</sup> その多くは、瑕疵ある交渉手続を経て締結された契約である。以下、第二四条「職権探知義務」、第二五条「教示・情報提供義務」、第二九条「記録閲覧権」、第二〇条乃至第二二条「除斥・忌避」に違反して締結された契約を順に取り上げる。

一 違法ではあるが有効な契約

〔一〕職権探知義務違反

既に述べたが、行政庁は契約の交渉手続においても事実関係を職権で探知する義務を負う。<sup>(40)</sup> 確かに、職権探知義務に違反して締結された「事実関係の和解」は、第五九条の第二項第三号により無効となる。なぜなら、和解において前提とされた事実関係が真の事実関係と附合することが希であることに鑑みると、事実関係の和解のほとんどは実体法上違法であり、また事実関係の職権探知は、事実関係の客観的不明確性の存在をもって和解を許容する連邦行政手続法の第五五条において、和解締結の前提要件とされているからである。<sup>(41)</sup>

しかし、職権探知義務に違反して締結された契約が「事実関係の和解」ではない場合、その契約は、違法ではあるが、基本的に有効に存続する。

まず、職権探知義務違反は、対応する内容を持つ行政行為を無効にするとは限らないため、この義務に違反して締結された契約は、必ずしも第五九条の第二項第一号によっては無効にならない<sup>(42)</sup>。

次に、職権探知義務への違反は、通常、契約の内容に影響を及ぼす。このため、対応する内容を持つ行政行為は、第四六条の意味での手続・形式の瑕疵のみの理由によらず違法となる。しかし、この契約が第五九条の第二項第二号により無効と評価されるためには、契約の両当事者が当該手続の瑕疵（違法性）を明確に認識していることが必要であり、この要件が満たされないかぎり、契約は第五九条の第二項第二号によってもまた無効とはならない<sup>(43)</sup>。

さらに、職権探知義務に違反して締結された契約を無効とする民法規定など存在しないため、この契約は第五九条の第一項によってもまた無効にはならない。

結局、職権探知義務に違反する中で締結された契約は、それが「事実関係の和解」である場合か、それが第五六条に違反する交換契約であるが故に第五九条の第二項第四号により無効となる場合は別として、第五九条により無効と評価されることはない。

## 〔二〕 教示／情報提供義務違反・記録閲覧権の侵害

行政庁が契約の交渉手続において適切に教示・情報提供義務を果たさなかった場合や、正当な理由なく関係人に対して記録閲覧を認めなかった場合もこれと同じことが言える。

右の義務違反は対応する内容を持つ行政行為を無効にするとは限らないため、契約は必ずしも第五九条の第二項第一号<sup>(44)</sup>によっては無効にはならない。

また、右の義務違反は、通常、契約の内容に影響を及ぼす。このため、対応する内容を持つ行政行為は、第四六条の

意味での手続・形式の瑕疵のみの理由によらず違法となる。しかし、この契約が第五九条の第二項第二号により無効と評価されるためには、契約の両当事者が当該手続の瑕疵（違法性）を明確に認識していることが必要であり、この要件が満たされないかぎり、契約は第五九条の第二項第二号によつてもまた無効とはならない<sup>(45)</sup>。

さらに、職権探知義務違反の場合と同様、教示・情報提供義務に違反し、或いは関係人の記録閲覧権を侵害する中で締結された契約を無効とする民法規定など存在しないため、この契約は第五九条の第一項によつてもまた無効にはならない<sup>(46)</sup>。

結局、教示・情報提供義務に違反し、或いは関係人の記録閲覧権を侵害する中で成立した契約は、それが第五五条に違反する和解契約であるために第五九条の第二項第三号により無効となる場合か、第五六条に違反する交換契約であるがゆえに第五九条の第二項第四号により無効となる場合は別として、第五九条により無効と評価されることはない。

### 〔三〕 除斥・忌避規定違反

さらに、第二〇条と第二一条により、行政手続から除斥・忌避されるべき行政職員が契約の交渉手続に参与し、当該手続の瑕疵を理由に契約が違法となる場合も同じである。

確かに、手続の関係人であるがために除斥されるべき行政職員がこれに違反して契約の交渉手続に参与し、自ら契約を締結した場合には（第二〇条第一項第一文の第一号への違反）、当該契約は対応する内容を持つ行政行為の無効を理由に、第五九条の第二項第一号により無効となる<sup>(47)</sup>。

しかし、第二〇条の第一項第一文の第二号乃至第六号により除斥されるべき行政職員や、第二一条により忌避されるべき行政職員がこれに違反して契約の交渉手続に参与したとしても、右の瑕疵は、対応する内容を持つ行政行為を直ち

に無効にはしない<sup>(49)</sup>（第四四條の第三項第二号はこれを規定する）。そのため、右の瑕疵を帯びて締結された契約は必ずしも第五九條の第二項第一号によつては無効とならない。

また、除斥・忌避規定（第二〇條の第一項第一文第二号乃至第六号、及び第二二條）への違反があつたために、契約の内容に影響が生じた場合、対応する内容を持つ行政行為は第四六條の意味での手続・形式の瑕疵のみの理由によらず違法となるが、この契約が第五九條の第二項第二号により無効となるには、契約の両当事者が当該瑕疵の存在を明確に認識していることが必要であり、この要件が存在しないかぎり、契約は第五九條の第二項第二号によつても無効とは評価されない<sup>(50)</sup>。

結局、除斥・忌避規定に違反する中で成立した契約は、それが第五五條に違反する和解契約であるために第五九條の第二項第三号により無効となる場合か、第五六條に違反する交換契約であるがゆえに第五九條の第二項第四号により無効となる場合は別として、第五九條により無効と評価されることはない。

#### 〔四〕基本法違反

最後にシンプフは、この他にも、連邦憲法裁判所が基本法に反して無効と宣言した法律に基づいて締結された契約や、連邦憲法裁判所が基本法に反する旨を宣言した法解釈を前提として締結された契約のほか、行政主体が法規命令を制定し、これに基づいて契約を締結したが、後にこの法規命令の違法ないし無効が判明した場合などを挙げ、これらの契約が、いずれも違法ではあるが、しかし第五九條によつては無効とならず、有効に存続することを指摘している<sup>(51)(52)</sup>。

## 二 連邦行政手続法第五九條に対する学説の評価

## 「一」 違憲説

このように、違法ではあるが有効な契約は複数存在する。問題は、全てではないにせよ、違法な契約に対して存続効を認める連邦行政手続法の第五九条が、行政の法律適合性を要求する基本法の第二〇条第三項との関係で正当化されるのかである。<sup>(53)</sup>

結論から述べると、連邦行政手続法の第五九条は、既に立法過程の段階において、一部の学説により批判された。この規定を最も痛烈に批判する論者の代表として、フォルクマル・ゲッツ (Volkmar Götz) の見解を見てみよう。ゲッツは、「違法な行政法上の契約」の中で、一九七〇年の連邦政府草案第五五条 (現行法第五九条と全く同じ) を批判して次のように述べた。

「公法契約が違法でも、それを無効にする四つの個別要件が存在しなければ、無効の効果は生じない。それは契約の無効を導くこともなければ、市民ないし行政に対して、契約行為の破棄をもたらす権利を与えることもない。こうした結論は、いかに強調されようとも、法国的に受け入れられない。〔中略〕違法ではあるが有効に存続する行政行為と同様に考えることは間違っている。また実際に、違法ではあるが有効な行政行為との類似性は全く問題にならない。というのも、違法な行政行為は、さし当たって有効であるに過ぎず、それは不服申立てや取消訴訟といった権利保護手続において除去され、また行政庁は〔職権―筆者註〕取消しを通じて違法な授益的行政行為を除去することができるからである。これに対して、違法ではあるが有効な行政法上の契約は、最初から最後まで有効である。それはもはや、その違法性を理由として除去され得ない。市民はそれに対して何らの権利保護も持たない。行政は違法に与えられた授益をもちや破棄できない。<sup>(54)</sup>」

「連邦行政手続法の草案第五五条（現行法第五九条―筆者註）は、改めて十分検討されなければならない。若干のごく限られた無効原因に該当する場合以外、契約の違法性がその有効性に何ら影響を及ぼさないといいコンセプトは放棄されなければならない。こうした考え方は、違法な負担賦課に対する市民の権利保護が問題となる限りで、法治国家原理や基本法の第一九条第四項に反する。<sup>(55)</sup>」

つまりゲッツは、違法・有効な契約を認める第五九条が「法律適合性原理」を毀損すること、違法・有効な契約を訴訟で争えない事実が、基本権侵害に対する出訴を保障する基本法の第一九条第四項と矛盾することを理由に、この規定に対し「法治国的にみて決して承認できるものではない」との評価を行ったのである。

結局ゲッツは、違法な公法契約による権利侵害から市民を保護するためには、現行の第五九条を別の規定に代えるべきだとし、以下に述べる三つの選択肢を提案した。<sup>(56)</sup> 第一は「（和解契約は別として）違法な公法契約を全て無効にする」という選択肢、第二は「（和解契約は別として）違法な契約に対する取消訴訟の可能性を認める」という選択肢、<sup>(57)</sup> 第三は「行政手続を、行政行為によって終結させる請求権を市民に対して認める」という選択肢である。

ゲッツによって提案された右の三つの選択肢の評価はともかく、違法・有効な契約を認める第五九条が基本法の第二〇条第三項や第一九条第四項に照らして憲法上疑義がある旨の指摘は一定の評価を受け、この他にもエリクセン（Hans-Uwe Erichsen）やマルテンス（Wolfgang Martens）等も、これとほぼ同じ主張を展開して、第五九条の憲法適合性に疑問を投げかけている。<sup>(58)</sup>

これに対し、違法・有効な契約の存在を認める第五九条が、行政の法律適合性を要求する基本法の第二〇条第三項や基本権侵害に対する出訴の途を保障する基本法の第一九条第四項のいずれに照らしても、違憲と判断されてはならない旨を主張する学者も複数存在する。その代表がクレプスである。

彼によれば、行政の法律適合性を要求する基本法の第二〇条第三項は、何も違法な行政活動を全て例外なく無効にすることまでは要求しておらず、立法者は、法治国家原理から読みとられるべき「法的安定性の原理」や「信頼保護の要請」を考慮しながら、違法な行政活動に対する効果を立法裁量の範囲内で自由に決定しうる<sup>(59)</sup>。また、一定期間が経過した後、違法・有効な行政行為に対する取消訴訟の提起が制限されるように、違法な権利侵害に対して裁判出訴の途を保障する基本法の第一九条第四項も、法的安定性等の憲法原理を考慮して、一定限度制約されることがあり得る<sup>(60)</sup>。したがって、法的安定性の原理や信頼保護を考慮して違法な契約の一部を有効とする規定を設けたとしても、何ら基本法の第二〇条第三項や第一九条第四項に対する違反は生じない。クレプスはこれを次のように述べている<sup>(61)</sup>。

「無効という脅しのみが唯一考え得るサンクションというわけではなく、また規範妥当性にとつての不可欠の条件というわけでもない。〔中略〕我々は、基本法の第二〇条第三項が、法律違反に対する恣意的なサンクションの放棄を立法者に対して禁じている旨を読み込むことはできる。しかし法律違反に対する例外なきサンクションの要請や、高権行為のあらゆる法律違反が無効というサンクションを受けなければならないとの要請は、基本法の第二〇条第三項からは読みとられない。むしろ立法者には憲法上、裁量が与えられており、立法者はその範囲内で、《立法者によって公布された法規範の規範的通用力の程度を》自ら決定しなければならないのである。法秩序、特に行政行為に関する瑕疵の効果は、当該立法裁量の規模と、法律違反に対するサンクションの多様性を物語っている。〔中略〕行政行

為における様々な瑕疵の効果に関するルールは、行政の法律適合性という憲法原理と、法治国原理から読み込まれるべき法的安定性や信頼保護という要請を法律上考慮したことの現れである。同様の憲法原則は、違法な公法契約の瑕疵の効果に関するルールにも当てはまる。立法者は、かかる基本原則を考慮する中で違法な行政法上の契約の一律的な無効を命じなかったのであり、なにも憲法に反して活動を行ったわけではない。」

#### 第五節 合憲説と違憲説の接近

問題は、連邦行政手続法第五九条の憲法上の評価として、違憲説と合憲説のいずれが妥当なのかであるが、この問題をめぐるドイツ行政法学説の趨勢は合憲説に依拠しており、先に見たクレプスの他にも、フランク (Götz Frank)、シンプフ、ウレ・ラウビンガーは、いずれも合憲説に立っている。<sup>(62)</sup>

他方、近年、この規定を合憲とし、違法・有効な契約の存在を一応肯定する学者の中に、民事契約法理などの様々な制度を駆使して違法・有効な契約を事実上骨抜きにし、それが無効となったと同様の効果を達成しようとする動きが存在することは注目されてよい。<sup>(63)</sup>特にシンプフは、「契約締結上の過失」、「信義則」、「行為基礎欠如論」等の民事契約法理の他、「国家賠償」、「連邦憲法裁判所法の第七九条第二項」などを適用することにより、連邦行政手続法の第五九条によつては無効にならない違法な契約の多くが、結局は何らかの意味で無効となる事実を指摘する。

以下では、彼の説明に依拠しながら、第五九条によつては無効とならない違法な契約の多くが、これらの制度により事実上無効となる事実を検証してみよう。

一 契約締結上の過失 (culpa in contrahendo)

既に述べた様に、第二四条が規律する「職権探知義務」、第二五条が規律する「教示・情報提供義務」、第二九条が規律する「記録閲覧権」、第二〇条が規律する「除外」、そして第二一条が規律する「忌避」に違反し、手続に瑕疵を帯びて違法に締結された公法契約は、基本的に第五九条によつては無効にならない。<sup>(64)</sup>しかし行政庁が右の規定に違反したために、相手方が不利な内容で契約を締結させられた場合、当該私人は「契約締結上の過失 (culpa in contrahendo)」を主張し、付随的義務に違反した行政庁に対して損害賠償請求権を行使しうる。連邦行政手続法の第六二条第二文は、公法契約に民法規定を準用することを認めるが、この民法規定の中には、判例・学説によつて発展せしめられてきた「契約に関連する法原則」が含まれるからである。<sup>(65)</sup>

問題は、「契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権」の具体的内容であるが、ドイツの民法学説及び判例によると、契約締結上の過失は、契約の解除権発生の一要因と考えられている。<sup>(66)</sup>

シンプフは、契約の解除権を基礎づける契約締結上の過失が、公法契約にも準用されることを前提としつつ、行政庁が手続上の義務に違反し、そこに契約締結上の過失が認定されるなら、仮に契約が第五九条によつて無効と評価されなくとも契約は解除され、必然的に無効になると結論づける。シンプフは次のように述べている。<sup>(67)</sup>

「契約締結上の過失に基づく損害賠償義務は、違法ではあるが有効な契約を挫折させるきっかけを提供する。〔中略〕高権の担い手は、職務上の権力を濫用することを全て抑止し、自己とコンタクト関係にある私人を、違法な侵害から保護することを義務づけられる。判例は、契約締結上の注意義務および情報提供義務を重要だと考えている。事情に

通じた契約相手方は、契約の締結を準備するために、他方当事者にとって何が重要であるかを明らかにしなければならない。また信義かつ誠実にそれを通知しなければならない。こうした義務は、違法な契約の締結に際してもまた違反される。契約を締結した行政庁は、法的状況が認識できている限りで、私的な契約相手方に対し、以下の点について情報提供しなければならない。すなわち、相手方私人が引き受ける契約上の義務が本来要求されてはならないものであること、相手方私人は、彼が獲得しようとしている行政庁の反対給付を求める法律上の請求権を持っており、給付を提供する必要はないことである。行政庁が必要とされる教示をし、損ない、市民が通常通りの教示が行われていた場合に、契約を締結しなかつたであろう場合、市民には契約の解除を求める損害賠償請求権が帰属する。」(傍点筆者)

## 二 行為基礎欠如論及び国家賠償請求

他方、第五九条の第二項第二号によると、対応する内容を持つ行政行為が第四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらず違法であつて、契約の両当事者が違法性を明確に認識している場合には、公法契約は無効となる。よつて既に述べたとおり、いかに公法契約が実体法ないし手続法的に違法であろうとも、契約の両当事者が違法性を認識しておらず、若しくは契約の一方当事者のみが違法性を認識するに過ぎない場合、契約は、第五九条が定めるその他の無効原因に該当しない限り、第五九条の第二項第二号によつては無効にならない。<sup>(68)</sup>しかし、第五九条の第二項第二号によつては無効にならない違法な契約も、以下の場合には無効となる。

まず、契約の両当事者が、その違法性を認識せずに契約を締結した場合を考えてみよう。確かにこの契約は、第五九条の第二項第二号によつては無効とは評価されない。しかしシンプフによれば、契約の両当事者が、契約を締結するに

あたり、明確にその適法性を前提としていた場合には、行為基礎の欠如（不存在）が認定され、「行為基礎欠如原則（Grundsatz über das Geschäftsgrundlage）」の準用により、契約の解除が認められる。<sup>(69)</sup>

では、契約の違法性を契約の一方当事者のみが認識している場合は、どうであろうか。

シンプフによれば、契約の違法性が行政サイドによつて認識されていた場合、そこには、職務上の義務違反の存在が認定される。このため、契約の相手方私人は、民法典の第八三九条及び基本法の第三四條に従い、国家賠償請求を行いうる。すなわち、仮に行政庁が契約の違法性を認識しつつ交渉を行い、かつ適切な情報提供を為さなかったがために、相手方私人が契約の違法性を知らないまま金銭の支払いに応じた場合、彼は、契約締結上の過失法理を援用して契約を解除するか、職務上の義務違反を理由に民法典の第八三九条及び基本法の第三九條に従つて国家賠償請求を行い、違法・有効な契約に基づいて支払われた金銭全額を取り戻すことができるのである。<sup>(70)</sup>したがつて、契約の違法性を知らずに私人が金銭の支払いを契約上義務づけられた場合、行政庁サイドによる違法性の認識を立証できる限りで、私人は契約の履行義務から事実上解放され、契約は解除されたと同じ状況に置かれることになる。<sup>(71)</sup>

逆に、公法契約の違法性が私人サイドによつて認識されていた場合はどうであろうか。私人がその違法性を認識しつつ公法契約を締結するのは、通常、契約により彼に対して授益的措置が発動される場合である。繰り返し述べるように、行政サイドが違法性を認識していなければ、この契約は第五九條の第二項第二号によつては無効にならない。しかし、この場合行政庁は、詐欺（民法典第一二三條）を理由に契約を取り消すことができ、またそれが要素の錯誤にあたる場合<sup>(72)</sup>には、民法典第一一九條により契約を取り消すことができるのであつて、やはり契約は結果的に無効にならう。

### 三 連邦行政手続法第六〇條・連邦憲法裁判所法第七九條第二項

最後に、公法契約を締結する際に基礎とされた法規範が後に連邦憲法裁判所により基本法違反を理由に無効と宣言された場合や、契約を締結する際に採用された法律解釈が後に基本法に反する法解釈である旨を宣言された場合の他、行政主体が基本法に反する法規命令を制定し、これに基づいて契約が締結された場合を検討しよう。いずれの公法契約も瑕疵を帯びて違法であるが、学説・判例上は、第五九条によって無効になるとは考えられていない。<sup>(73)</sup>しかしシンプフによると、第五九条によつては無効と評価されないこれらの公法契約もまた、連邦行政手続法の第六〇条により解除され、或いは、連邦憲法裁判所法 (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht) の第七九条第二項や、法の一般原則たる信義則の準用により、事実上無効と同様の状態におかれる。<sup>(74)</sup>

本稿の第三章第六節の二でも述べたが、連邦行政手続法の第六〇条は、その第一項で、契約内容の確定にとつて決定的な諸関係が契約締結後に根本的に変化し、現在の状況下においては契約が締結されなかつたであろうという意味で契約締結行為の基礎 (行為基礎) が喪失した場合、契約の内容を現在の状況に合わせて改訂 (適状) し、それが不可能である場合に契約の解約を認める。<sup>(75)</sup>したがつて、契約の内容を確定する際に基礎とされた法規範が事後に連邦憲法裁判所により無効宣言を受けた場合や、契約の内容を確定する際に用いられた法律解釈が後に基本法に反する旨を宣言された場合、契約は確かに第五九条によつては無効とは評価されないものの、第六〇条の第一項によつて適状・解約され、結果的に無効となる。<sup>(76)</sup>

他方、基本法に反して無効と宣言された法規範や、基本法に反する旨を宣言された規範解釈に依拠して締結された公法契約は、連邦憲法裁判所法の第七九条第二項によつてもまた事実上無効となる。連邦憲法裁判所法の第七九条第二項は、無効と宣言された法規範に基づいて出された決定がいかにも有効に存続しようとも、当該決定に基づいて強制執行を行うことを禁じているからである。<sup>(77)</sup>シンプフは、この規定に現れた法的思想を一般化し、「無効な法規範に基づいて締

「結された公法契約は、それが第五九条に該当せず有効に存続しようとも履行されてはならない。」と述べ、履行請求権の否定を通じて契約を事実上無効にしている<sup>(78)(79)</sup>。

#### 四 中間総括

以上、シンプフの説明を手掛かりとして、連邦行政手続法の第五九条によつては無効と評価されない違法な公法契約の多くが、実際には民事契約法理など、第五九条以外の様々な法律制度によつて、事実上無効と同じ状態におかれる現実を確認した。むしろ、第五九条によつて契約の有効性を是認しておきながら、他方では、契約締結上の過失を援用して契約の解除を認め、信義則や連邦憲法裁判所法の第七九条第二項を援用して履行請求権を否定し、或いは、違法な公法契約に対する国家賠償請求（損害賠償請求）を認めることにより、結果として有効な契約を事実上無効にすることが「評価矛盾ではないのか」という批判はあり得よう<sup>(80)</sup>。しかし少なくともシンプフの見解は、違法ではあるが有効な公法契約の存在を認める連邦行政手続法第五九条の憲法適合性をめぐる合憲説と違憲説を接近させることに寄与し、違法・有効な公法契約の存在を認めつつ、行政の法律適合性原理を考慮してこれを可能な限り限定する試みとして、注目に値しよう。

結局、第二章乃至第五章において指摘した法理に違反する公法契約をはじめ、何らかの瑕疵を帯びる公法契約のほとんどは、連邦行政手続法の第五九条ないし本章第三節において指摘した法律制度の援用により無効となるのであって、違法ではあるが有効に存続する公法契約は、第五五条に規律された許容要件を満たして締結された和解契約が結果として違法であつた場合や、契約が違法であるにもかかわらず、第五九条のいずれの要件にも該当せず、かつ本章の第五節一

乃至三に掲げた諸制度によっても対応できない場合など、ごく希にしか存在しないものと考えられる。<sup>(81)</sup>

(1) 連邦行政手続法の第五九条が規律する瑕疵ある公法契約の存続効については、石井昇「行政契約の理論と手続」弘文堂(一九八七年)一五七頁以下、大橋洋一「行政契約の比較法的考察」同「現代行政の行為形式論」弘文堂(一九九三年)二〇二頁以下、南博方「西独の行政手続法と公法契約」同「行政手続と行政処分」弘文堂(一九八〇年)八八頁以下を参照。

(2) 模範草案の第四五条を紹介するものとして、参照、藤原淳一郎「西ドイツ行政手続法草案をめぐる公法契約論」法学研究第四四巻第七号(一九七一年)九一頁以下、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点(一・完)」法律時報第四一巻第三号(一九七〇年)九四頁。

(3) 模範草案の第四五条は次のような規定であった。(Vgl. Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 2. Aufl., S.30f.)

「第四五条 公法契約の無効

(一) 公法契約は以下の場合にこれを無効とする。

一 行政庁の契約上の義務と同じ内容を持つ行政行為が無効である場合。

二 行政庁の契約上の義務を内容とする行政行為が、第三二六条の意味における手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらず違法であり、かつ契約当事者がこれを認識している場合。

三 和解締結の前提が存在せず、かつ行政庁の契約上の義務を内容とする行政行為が、第三二六条の意味における手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらず違法である場合。

四 交換契約において、行政庁が許容されない反対給付を約束させた場合。

五 民法規定の準用から無効が生じる場合。

(二) 無効部分がなければ契約が締結されなかったであろうことが認められる場合、契約は全部無効となる。」

(4) Vgl. Friedrich Eichler, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, § 59, S.1.

(5) Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl., S.542ff.; なお、この点については、参照、石井・

前掲書(註1)一七五頁以下、大橋・前掲論文(註1)二〇七頁。

(6) 民法典第一三四条の公法契約への準用可能性をめぐるドイツの議論を検討したものととして、参照。石井・前掲書(註1)一七六頁以下、大橋・前掲論文(註1)二〇七頁以下。

(7) 第一章第二節一を参照。

(8) Musterentwurf, a.a.O(Fn.3), S.199f.

(9) この点については、大橋・前掲論文(註1)二〇七頁を併せて参照。

(10) Eberhart Schmidt-Abmann/Walter Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, S.220.

(11) Uel/Laubinger, a.a.O (Fn.5), S.543ff.; Willy Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandels durch Verträge und Absprachen, S.305ff.; Christian Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswirksamkeit, S.284ff.; Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, § 62, Rdnr.62.; Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 5.Aufl., S.930.

(12) Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.270.

(13) Klaus Obermayer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3.Aufl., § 59, Rn.75-Rn.77.

(14) 連邦行政手続法は、一九九六年の九月十二日に一部改正された。ここで検討する第四六条も、この時改正された規定の一つであるが、本文で引用した第四六条の規定内容は、改正後の新规定である。なお、改正前の第四六条は、次のような規定であった。

「第四六条 手続及び形式の瑕疵の効果

第四四条の規定により無効とならない行政行為については、事案において別段の決定がなされる可能性がなかった場合には、手続、形式又は場所的管轄に関する規定に違反して成立したという理由だけから、その取消しを求めることはできない。」

これを見てもわかるように、旧第四六条は、行政行為が手続・形式又は場所的管轄に関する規定に違反して瑕疵を帯びており(形式的瑕疵の存在)、その瑕疵が第四四条によって行政行為を無効とはせず(行政行為の有効性)、さらに当該瑕疵を理由に行政行為を取り消したところで別段の決定が為される可能性がなく、同じ内容の行政行為が繰り返し発動され

るに過ぎない場合（選択可能性の不存在）に、行政行為の取消可能性を排除するものであった。つまり旧規定は、手続・形式の瑕疵を帯びた行政決定が「羈束行為」であるがゆえに、それを取り消したところで行政庁に別段の決定を行う選択可能性がなく、同じ内容の行政行為が繰り返し発動される場合を念頭においた規定であつて、裁量行為への適用を前提としたものではなかつた（裁量行為に対しては、いわゆる裁量ゼロ収縮が生じ、手続・形式の瑕疵を理由に当該裁量決定を取り消したところで行政庁に選択可能性がなく、同じ内容の行政行為が再度発動されることが認められる場合）のみ、例外的に、旧第四六条の適用が肯定されたに過ぎない。以上の点については、Vgl. Uel/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4Auff., S.576ff.; なお、旧第四六条に関する邦語文献として、参照、海老沢俊郎『行政手続法の研究』成文堂（一九九二年）三四九頁以下、山田洋『手続的瑕疵の効果』成田編『行政法の争点』有斐閣（一九九〇年）九二頁以下、同『大規模施設設置手続の法構造』信山社（一九九五年）二八六頁以下、高木光『技術水準と行政手続』弘文堂（一九九五年）一六〇頁以下。

(15) Obermayer, a. O. (Fn. 13) § 46, Rn. 18.

(16) 連邦行政手続法の第四四条第二項は、行政行為を無効とする形式・手続・管轄の瑕疵として、「書面により行われたが処分庁が知れない場合」（第一号）、「法規により、証書の交付によつてのみ行うことができるが、この形式を満たしていない場合」（第二号）、「第三条第一項第一号により成立した管轄の範囲外で、行政庁が授権を受けることなく活動を行った場合」（第三号）をあげている。

(17) Obermayer, a. O. (Fn. 13), § 46, Rn. 10.

(18) 連邦行政手続法の第一条「関与能力」、第二条「行為能力」、第二〇条「除斥」、第二一条「忌避」、第二五条「教示・情報提供」、第十九条「記録閲覧」への違反が行政行為を無効とはしないことについては、Vgl. Uel/Laubinger, a. O. (Fn. 14), S. 577.

(19) したがつて現行の第四六条（新規定）は、改正前の旧第四六条とは異なり、羈束行為はもとより裁量行為にもまた適用されうる（改正前の旧規定については、本章註（14）を参照）。確かに、手続の瑕疵を帯びた裁量決定が、第四六条によりその取消可能性を否定されるケースは希であろう。なぜなら、手続の瑕疵は通常裁量決定に影響を及ぼすからであり、当該瑕疵を理由に裁量決定を取り消し、適正な手続の下で改めて裁量を行使させた場合に、行政庁が行政行為の内容を変え

- る可能性は残っているからである(その限りで、第四六条(新规定)の適用は問題にならない)。しかし個別の事案において、手続の瑕疵が裁量決定に影響を及ぼさなかったことが明らかで、当該瑕疵を理由に裁量決定を取り消したところで行政庁が再び同じ内容を持った行政行為を發動するであろうことが明確な場合も存在する(そしてそれは、裁量ゼロ収縮が生じる場合に限定されない)。第四六条(新规定)は、このような場合にもまた適用を見るのであり、それが裁量決定であっても、「手続・形式の瑕疵が、事案において決定に影響を及ぼさなかったことが明らかである場合」には、行政行為の取消可能性を否定するのである。」の点については Vgl. Obermayer, a.a.O. (Fn.13), § 46, Rn.22-Rn.29.
- (20) Vgl. Obermayer, a.a.O. (Fn.13), § 46, Rn.2.
- (21) したがって、仮に契約が手続の瑕疵を帯びていることを契約の両当事者が認識していたとしても、当該瑕疵が、事案において契約内容に影響を及ぼさなかったことが明らかであるなら、その契約は、第五九条の第二項第二号によって無効とは評価されることとなる( Vgl. Schimpf, a.a.O. (Fn.11), S.273)。
- (22) Mustertwurf, a.a.O. (Fn.3), S.201.
- (23) Ute/Laubinger, a.a.O. (Fn.5), S.549.
- (24) ちなみに連邦議会の内務委員会は、一方当事者が違法性を認識していた段階で契約の存続効を否定すべきとの見解を示していたが、結局この提案は連邦議会によって退けられている (zitiert nach Eichner, a.a.O. (Fn.4), § 59, S.4; Ute/Laubinger, a.a.O. (Fn.5), S.549.)。
- (25) この点を紹介するものとして、参照、石井・前掲書(註1)一七九頁。
- (26) Ute/Laubinger, a.a.O. (Fn.5), S.550.
- (27) Ute/Laubinger, a.a.O. (Fn.5), S.550.
- (28) したがって公法契約の部分無効に関する第五九条の第三項は、行政行為の部分無効を規律する連邦行政手続法第四四条の第四項とは異なる。行政行為の部分無効に関する第四四条の第四項にあつては、無効部分が存在しない場合に、行政庁が行政行為を發動しなかったであろうことが明確でない限り、行政行為は全部無効とはされないからである。高権的措施としての行政行為の場合、仮に部分無効が生じようとも、行政行為がそれ自体に対する適法・有効推定力が働くため、無効部分があれば行政行為が發動されなかったことが明らかである場合の他は、行政行為の有効性は否定されないものである。

- この点については、石井・前掲書（註一）一七九頁を参照。ドイツ語文献として、Vgl., Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.5), S.550.
- (29) Vgl., Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.273.
- (30) 第三章第二節一〔一〕及び〔二〕を参照。
- (31) 模範草案理由書は、次のように述べている。「この規定〔模範草案第四五条第一項第三号〕現行法第五九条第二項第三号一筆者註〕は、和解契約に関する規定の遵守を保護すべきものである。この規定は第四一条〔現行法第五五条一筆者註〕とともに、和解契約が実質的な前提（互譲）なしに締結され、あるいは形式的な前提（事実関係・法的状況の不明確性）なしに締結されることを禁止し、かつ対応する行政行為が第三六条（現行法第四六条一筆者註）の意味における手続・形式の瑕疵のみの理由によらず違法である、そうした和解の締結を法律上禁じているのである。」と（Vgl., Musterentwurf, a.a.O (Fn.3), S.201.）。
- (32) Vgl., Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.274.
- (33) 交換契約の無効原因を規律する連邦行政手続法の第五九条第二項第四号を紹介・検討するものとして、参照、石井・前掲書（註一）一七四頁以下。
- (34) Vgl., Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.5), S.531f.; Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.277.
- (35) 参照、第三章第三節二〔一〕。
- (36) 参照、第三章第三節二〔二〕。
- (37) 参照、第三章第三節二〔三〕。
- (38) 模範草案の理由書は次のように述べている。「この規定〔模範草案第四五条第一項第四号〕現行法第五九条第二項第四号一筆者註〕は、行政庁との間で交換契約を締結した市民のための保護規定である。この規定は、行政庁が第四二条〔現行法第五六条一筆者註〕によって許容されない給付を約束させるために、公法契約の領域で自己の優越的な地位を濫用しないということを保障すべきものである。」と（Musterentwurf, a.a.O (Fn.3), S.201.）。
- (39) 参照、石井・前掲書（註一）一七九頁以下、大橋・前掲論文（註一）二〇二頁以下。
- (40) 参照、第二章第二節三〔一〕。
- (41) 参照、第三章第二節一〔一〕。

- (42) ウレ・ラウビンガーは、「瑕疵ある事実解明の効果は、行政手続法においては明示的には規律されていない。しかし瑕疵ある事実解明の効果は、連邦行政手続法の第四六条に依拠する。〔中略〕かかる手続の瑕疵を帯びた行政行為は、第四六条により、事案において別段の結果がなされたであろう場合に限り取り消されることになる。」と述べ (Vgl. Ule/Laubinger, aaO (Fn.14), S.225)、職権探知義務違反が、行政行為の取消原因であることを前提としている。
- (43) 本章第二節三を参照。
- (44) ウレ・ラウビンガーは、行政庁の教示・情報提供義務違反が行政行為の取消原因であることを前提として、次のように述べている。「保護義務違反は手続の瑕疵を意味し、それは内容が実体法に適合している場合にもまた、行政手続を終結させる行政行為を違法にする。〔中略〕むしろ関係人は、当該行政行為が無効ではなく、かつ法的に、事案において別段の決定が為されなかったであろう場合には (第四六条)、当該行政行為の取消しを求めることはできない。」と (Ule/Laubinger, aaO (Fn.14), S.266)。
- (45) 本章第二節三を参照。
- (46) ただしシンプフによれば、行政庁が悪意的に教示・情報提供義務を怠ったが故に、不利な内容で契約を締結させられた私人は、詐欺を理由とした意思表示の取消し (民法典第一二三条) を為しうるため、その限りで、教示・情報提供義務に違反して締結された契約が、第五九条第一項により無効と評価される余地はある。しかしシンプフ自身が認めるように、教示・情報提供義務への違反は常に詐欺を構成するとは限らない。したがって、教示・情報提供義務に違反して締結された契約は、必ずしも常に第五九条の第一項によって無効になるとは限らない (Schimpf, aaO (Fn.11), S.297)。
- (47) ウレ・ラウビンガーによると、関係人としての地位を持つ者が、同時に行政職員としての地位に基づき行政行為を發動した場合、当該行政行為は重大かつ明白な瑕疵を帯び、連邦行政手続法の第四四条第一項により無効となる。したがって同じく関係人たる地位を持つ者が、同時に行政職員としての地位に基づき、自ら公法契約を締結した場合、当該公法契約は、対応する内容を持つ行政行為の無効を理由に、連邦行政手続法の第五九条第二項第一号により無効となる。この点については、Vgl. Ule/Laubinger, aaO (Fn.14), S.138f.
- (48) この点については、参照：第二章第二節一「三」。
- (49) ウレ・ラウビンガーは、第二〇条第一項第一文の第二号乃至第六号によって除外される行政職員が、これに違反して手

続に関与し、行政行為を發動した場合、それが行政行為の取消原因であり無効原因とまでは言えない旨を指摘して次のように言う。「第二〇条第一項第一文の第二号乃至第六号によって除外されるべき者が手続に参加した場合、仮にその違反が明白である場合でも、行政行為は無効とはならない（連邦行政手続法第四十条第三項第三号）」と（Vgl. Ule/Laubinger, a. a. O. (Fn.14), S.138）。他方、同じくウレ・ラウビンガーによると、第二十一条により忌避されるべき行政職員が、これに違反して行政手続に関与して行政行為を發動した場合も、当該瑕疵は行政行為の取消原因である（Ule/Laubinger, a. a. O. (Fn.14), S.142）。

(50) 本章第二節三を参照。

(51) Schimpf, a. a. O. (Fn.11), S.305-318.

(52) さらに、「法律の留保」に違反して締結された公法契約もまた、違法ではあるが第五九条によっては基本的に無効とは評価されない。確かに、法律の留保が及ぶ行政領域において今なお法律が存在しないのであれば、公法契約を含む行政活動の実施は禁じられている。しかしそれは、法律が存在しない状況下での法律関係の規律を禁ずるに過ぎず、契約による法律関係の規律それ自体を例外なく全面的に禁じたわけではないため、法律の留保が及ぶ行政領域における法律の不存在は、「法律の禁止」とは区別されなければならない。したがって、仮に法律の留保に違反して公法契約が締結されたとしても、この契約は、確かに違法ではあるが、連邦行政手続法の第五四条への違反とは評価されず、民法典第一三四条の準用を認める連邦行政手続法の第五九条第一項によっては無効と評価されることはない（Schimpf, a. a. O. (Fn.11), S.276ff.）。また法律の留保違反は、対応する内容を持つ行政行為を無効にする瑕疵だとは考えられてはいないため、これに違反する公法契約は、第五九条第二項第一号によってもまた無効にならない。結局この契約は、契約の両当事者が、法律の留保違反（契約の違法性）を明確に認識している場合（第五九条第二項第二号により無効）、第五五条に違反して締結された和解契約である場合（第五九条第二項第三号により無効）、あるいは第五六条に違反して締結された交換契約である場合（第五九条第二項第四号により無効）を除き、第五九条によつては無効とならない。

(53) この点を検討するものとして、参照、石井・前掲書（註一）一五七頁以下、大橋・前掲論文（註一）二〇四頁以下。

(54) Volkmar Götz, Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag, DÖV, 1975, S.299.

(55) Götz, a. a. O. (Fn.54), S.302.

- (56) Götz, a.a.O. (Fn.54), S.302.
- (57) 実際、シュレスビヒルホルシュタイン州の一般行政法第二二六条は、違法な公法契約に対して一ヶ月以内での取消可能性を認める(これを紹介するものとして、参照、石井・前掲書(註一)一九六頁以下)。ゲッツが提案した第二の選択肢は、右法律規定の趣旨と同じである。しかしゲッツは、右法律規定の趣旨に賛成しつつも、違法な行政活動に対する法的救済手段は「連邦法」の規律事項であり、ラント法で規律することは失当だと批判している(Götz, a.a.O. (Fn.54), S.301f.)。
- (58) Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1975, S.217f.; 彼等は次のように言う。「一九七三年の行政手続法草案によって示された規定に従えば、違法な契約は無効ではなく有効である。違法な行政契約は、行政行為の場合とは異なり、市民による上訴によっては攻撃できないと言われている。他方問題となるのは、かかる規定の内容が基本法第一九条第四項という憲法条項を背景に存続しうるかである。：基本法第一九条第四項によって保障された基本権(裁判を受ける権利―筆者註)を放棄することには憲法上疑義があるため、一九七三年の行政手続法草案第五九条〔現行法第五九条―筆者註〕は、極めて疑わしい規定である。」と。
- (59) Schmidt-Almann/Krebs, a.a.O. (Fn.10), S.206f.
- (60) Schmidt-Almann/Krebs, a.a.O. (Fn.10), S.209f.
- (61) Schmidt-Almann/Krebs, a.a.O. (Fn.10), S.207f.
- (62) Götz Frank, Nichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), DVBl, 1977, S.682ff.; Schimpf, a.a.O. (Fn.11), S.257ff. (S.269.); Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.5), S.541.
- (63) この点については、参照、大橋・前掲論文(註一)二〇五頁。
- (64) 本章第四節一〔二〕乃至〔三〕を参照。
- (65) Vgl., Obermayer, a.a.O. (Fn.11), § 62, Rdnr.40.; Knack, a.a.O. (Fn.11), S.928.; Schimpf, a.a.O. (Fn.11), S.320.; Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner S.427.
- (66) Schimpf, a.a.O. (Fn.11), S.321f.; なおこの点については、参照、高橋真「契約締結上の過失論の現段階」奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理―制度的競合論の視点から―』有斐閣(一九九六年)二二二頁以下(特に二二六頁)。
- (67) Schimpf, a.a.O. (Fn.11), S.322.

- (68) 参照、本章第一節三。
- (69) Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.309f.
- (70) Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.318f.; なお、この点は、連邦通常裁判所判決によってもまた認められている (BGH, Urt.v.14.12.1978 (NJW, 1979, S.643.))。
- (71) Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.319.
- (72) 詐欺取消しに関する民法典第一二三条、及び錯誤取消しに関する民法典第一一九条が公法契約にもまた準用されることに ついては、本章第二節一を参照。
- (73) 参照、本章第四節一 [四]。
- (74) Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.305-318.
- (75) Ue/Laubinger, a.a.O (Fn.5), S.556f.; Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.303ff.
- (76) Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.305.
- (77) 連邦憲法裁判所法第七九条は、次のように規定する。  
 「連邦憲法裁判所法第七九条  
 (一) 基本法に反すると宣言され、あるいは第七八条により無効と宣言された規範や、連邦憲法裁判所により基本法と合致しない旨が宣言された規範解釈に依拠する刑事確定判決に対しては、刑事訴訟法の規定による再審手続が許される。  
 (二) それ以外の場合、第七八条により無効と宣言された規範に基づいて出された、もはや取り消すことができない決定 [Entscheidungen] は、第九五条第二項ないし特別法規定に留保されつつも、影響を受けることなく存続する。かかる決定に基づく強制執行は許容されない。民事訴訟法による強制執行が実施されなければならない限りで民事訴訟法第七六七条が準用される。不当利得に基づく請求権は、排除される。」
- (78) Schimpf, a.a.O (Fn.11), S.315f.; なお、ここで紹介したシンプフの見解は、連邦行政裁判所一九七三年十二月十八日判決 (NJW1974, S.2250ff.) によってもまた支持されている。事案は行政庁が基本法に反して無効な法規命令を制定し、これに基づいて契約が締結されたケースである。連邦行政裁判所は、基本法に反する無効な法規命令を行政庁が制定し、これに基づいて契約が締結された場合、この契約がいかにも有効であろうとも、行政庁はこの契約に基づいて履行請求を行うこと

はできないと判示したが、その際の理由として、契約に基づく行政庁の履行請求が、民法典第二四二条の信義則に反することと並んで、無効な法規範(法規命令)に依拠して締結された契約が、連邦憲法裁判所法の第七九条第二項により、履行を禁じられることを挙げている(NW, 1974, S.2252)。

(79) なおスパノヴスキーは、「違法・有効な契約」に基づいて発動された行政措置の取消し・撤回を認めることにより、「違法・有効な契約」を事実上無効にしようとする。彼は次のように述べている。曰く、「違法な行政行為が、原則取消しという効果を伴う連邦行政手続法の第四八条に服す一方、契約に内在し、契約上の義務として執行される違法な処分が、連邦行政手続法の第五九条に従い、義務を生み出した契約の強められた存続効を享有するのは疑わしい。もし契約の実施行為もまた強められた契約の存続効に服す旨の結論を導くならば、法形式の操作、とりわけ契約制度の濫用が助長されることになる。つまり、強められた契約の存続効を実施行為に共有させるために常に実施行為が契約と結びつけられ、違法な処分行為の取消可能性という法的効果が回避されることになる。こうした濫用の可能性は一般に、連邦行政手続法の五九条によつて強められた義務づけ契約の存続効を、契約に内在する処分に与えないことで排除される。それは一濫用を防止するために一契約に内在する違法な処分を、その法的取り扱いに関して行政行為と同列の立場に置き、したがつて行政行為の場合と同様、連邦行政手続法第四八条・第四九条の類推適用による取消可能性の下に置くことを意味する。」  
 2) (Spannowsky, a.o.(Fn.1): S.206f.)。

しかしこれに対してクレプスは、違法ではあれ有効な契約は法源たる意義を持ち、有効な契約に基づいて発動された行政行為は、もはや連邦行政手続法第四八条・同第四九条の取消し・撤回には服さないとして次のように言う。「契約は、個々のケースにとつての法源である。これにより有効な契約は、様々な観点で行政行為法を修正している。つまり一方では、抽象的な考察に当たつて契約が違法であろうとも、有効な契約は給付の提供を義務づけるのであって、行政庁は行政行為の発動を義務づけられる。したがつて行政庁は給付提供の主観的な不能を援用することはできない。それは、行政庁が無効に至るまで一違法な行政行為を発動しうるためではない。法源としての契約の意義に鑑みて、契約に適合した行政行為は適法なのである。よつて給付提供の不能という抗弁は役に立たない。したがつて有効な契約は、行政行為の取消しに關するルールに影響を及ぼす。契約に適合した行政行為が適法であることにより、かかる行政行為には、連邦行政手続法第四八条の規定は適用できない。ゆえに、契約に適合した行政行為の廃止については、せいぜいのところ、連邦行政手続

法の第四九条が問題となるに過ぎない。連邦行政手続法第四九条の適用可能性が、同法の第六〇条により頓挫しないのかは、最終的に決定される必要はない。いずれにせよ、おそらく法実務においては、連邦行政手続法の第六〇条による解約根拠を越えた、同法の第四九条による撤回根拠が存在することは希であろう。」と (Schmidt-Abmann/Krebs, a.O. (Fn.10), S. 213ff.)。

違法・有効な契約の大半が、「契約締結上の過失」や「国家賠償」等の法制度の援用によって事実上無効になることに鑑みると、違法・有効な契約に基づいて発動された行政行為の法的取り扱いをめぐる両者の対立は、実際それほど大きな意義を持たないであろうが、ともあれ、契約に基づいて発動された行政行為の取消し・撤回の可能性を認めるスパノヴスキーの見解は、違法・有効な契約を事実上無効にするための法理論の一つに位置づけられることは確かであり、注目に値しよう。

(80) こうした批判を展開する代表的な論者としてシュレットをあげることができる。彼は、手続に瑕疵を帯びて違法ではあるが、しかし第五九条によつては無効とは評価されず、なお有効に存在する契約について、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求や国家賠償請求を行う可能性自体は肯定する。しかし、違法ではあるが有効な契約の存在を認めようとした第五九条の趣旨に鑑みると、損害賠償請求の内容は金銭賠償に限定されるべきで、契約の解除権までは認められるべきではないとする (Vgl. Schlette, a.O. (Fn.65), S.428f.)。なお、契約の有効性を認めつつ、損害賠償等の方法（とりわけ契約の解除）により、これを事実上無効にすることに對する批判は、ドイツ及び我が国の私法学説の中にも存在する。最もまとまつた主張を展開するものとして、参照、潮見佳男「規範競争の視点から見た損害論の現状と課題（一・完）」奥田編「取引関係における違法行為とその法的処理―制度間競争論の視点から」有斐閣（一九九六年）一八頁以下。

(81) 石井・前掲書（註一）一九八頁は、違法・有効な契約の存在を認める連邦行政手続法の第五九条が法治国家原理に照らして問題だとし、立法論として、これと同じ内容の規定を我が国に導入することはできないと主張する。しかし、本稿でも指摘したとおり、第五九条によつては無効にならない公法契約のほとんどが、その他の法制度の援用により事実上無効と同じ状態におかれる事実を鑑みれば、第五九条に對する右の批判は、それだけ意義を失っているようにも思われる。

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇〇年三月二四日授与）に補筆したものである。