



Title	行政契約の法理論（2）
Author(s)	岸本, 太樹; KISHIMOTO, Taiki
Citation	北大法学論集, 52(5), 169-217
Issue Date	2002-01-11
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15108">https://hdl.handle.net/2115/15108</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	52(5)_p169-217.pdf



# 行政契約の法理論(二)

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

第六節 解約の事前合意

第四章 公法契約の成立

第五章 瑕疵ある公法契約の存続効

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

第二章 公法契約の交渉手続

第一節 本章の課題

前章で述べた通り、公法契約は「法律の禁止」に違反せず、かつ「民主制原理を考慮して要請される法律の留保（法

(以上本号)

律の留保の客観法的側面」に違反しない限りで許容される。ここに契約交渉が開始する。本章の課題は、「公法契約の交渉手続に妥当する法理論」の検討である。

序章でも述べたが、連邦行政手続法が規律する公法契約規定（第五四条乃至第六二条）には、契約の交渉手続に関する規定が存在しない<sup>(1)</sup>。しかしそれは、公法契約の交渉手続を法的に統制することが断念されたことを意味しない。連邦行政手続法の第二編には、「行政手続の通則規定」が存在し、その大部分は、同法の第六二条第一文を經由して公法契約に準用されるからである<sup>(2)</sup>。したがって、契約の交渉手続に妥当する法理論を検討するためには、公法契約にも準用される「行政手続の通則規定の範囲と、その内容」を確認する必要がある。

## 第二節 行政手続の通則規定と公法契約

連邦行政手続法の第二編が規律する「行政手続の通則規定（第九条乃至第三四条）」は、第一章「行政手続の一般原則（第九条乃至第三〇条）」、第二章「期間・期日・現状回復（第三一条・第三二条）」、第三章「職務上の認証（第三三条・第三四条）」の三章からなるが、規律事項の性質に注目すると、これらは以下の三つに再分類しうる。第一は「行政手続に關与する法主体に関する規定」であり、第二は「行政手続を実施する上での法技術的事項を定める規定」であり、第三は「行政手続の実施方法に関する規定」である。

### 一 行政手続に關与する法主体に関する諸規定の準用

〔二〕関与能力・行為能力・代理

連邦行政手続法の第六二条第一文を経て、公法契約に準用される規定としては、「関与能力」に関する同法の第一一条と、「行為能力」に関する同法の第一二条があげられる。<sup>(3)</sup>

まず「関与能力」に関する連邦行政手続法の第一一条は、自然人及び法人（第一号）、権利を帰属させうる団体（第二号）、及び行政庁（第三号）に対し、行政手続へ関与する能力を認める。この規定は、関与能力という用語を用いているが、内容は、行政手続に関与し、権利義務の担い手になる能力（権利能力）に関するものである。<sup>(4)</sup>

他方「行為能力」に関する連邦行政手続法の第一二条は、民法典により行為能力を有する自然人（第一号）、民法典により行為能力を制限されてはいるが、行政手続の対象については行為能力を持つ自然人（第二号）、法人及び権利帰属性を肯定される団体（第三号）の他、行政庁（第四号）に対し、手続行為を行う行為能力を認める。<sup>(5)</sup>

さらに、代理人に関する連邦行政手続法の第一四条乃至第一九条の規定もまた、同法の第六二条第一文を経て公法契約に準用される。<sup>(6)</sup>

結局、これを公法契約に引き直すと次のようになる。すなわち、連邦行政手続法の第一一条により関与能力を認められる主体は、公法契約の当事者となることができ、また同法の第一二条により行為能力を認められた者、或いは、同法の第一四条乃至第一九条により代理権を付与された者は、契約の交渉を行い、契約の締結を為し得る。<sup>(7)</sup>

〔二〕関係人の参加

他方「関係人の参加」に関する連邦行政手続法の第一三条も、同法の第六二条第一文を経て公法契約に準用される。<sup>(8)</sup> すなわち、第一三条によって行政手続への参加を認められる関係人は、公法契約の交渉手続への参加を認められる。

関係人の概念と参加形態について規律する連邦行政手続法の第一三条は、次のように規定する。

「第一三条 関係人

(一) 次の者を関係人とする。

一、申請人及び申請に反対する者。

二、行政庁が行政行為を向けようとし、又は向けた者。

三、行政庁が公法契約を締結しようとし、又は締結した者。

四、第二項の規定により、行政庁によって手続に参加させられた者。

(二) 行政庁は職権により又は申立てにより、手続の結果により法律上の利益に影響を受けることがあり得る者を、関係人として参加させることができる。手続の結果が第三者に対して権利形成的効果を持つ場合、申立てに基づき、この者を関係人として手続に参加させなければならない。この者が行政庁に知れている場合、行政庁はその者に手続の開始を通知しなければならない。

(三) 聴聞されるべき者は、第一項の要件が存在しなければ、関係人になることはない。」

我が国においても、既に海老沢俊郎教授が指摘したように、第一三条の関係人は、第一項の第一号乃至第三号が規律する関係人と、第一項の第四号及び第二項が規律する関係人に分類され、前者は「本来の関係人」、後者は「手続への参加による関係人」と呼ばれる<sup>(9)</sup>。

さて、これを特に公法契約の視点で見た場合、そこには二種類の関係人が存在することがわかる。第一は、行政庁の

契約相手方として行政手続に参加する「本来の関係人(第一三条第一項第三号)」であり、第二は、第一三条の第一項第四号、及び同条の第二項により、契約の交渉手続への参加を認められる「手続への参加による関係人」である。

問題は、第一三条の第一項第四号、及び同条の第二項により関係人の地位を与えられる者(手続への参加による関係人)の具体的範囲であり、またその参加形態である。この点ウレとラウビンガーは次のように述べている。<sup>(10)</sup>

「この規定〔第一三条第一項の第四号、及び同条の第二項―筆者註〕の目的は、申請人・申請に反対する者・行政行為の名宛人・公法契約の相手方としての関係人ではないが、行政手続によりその法的利益に影響を受けるものを手続に召還し、その利益を主張する機会を与えることにある。したがって、既に第一三条第一項の第一号乃至第三号により関係人となった者は、この規定により手続へ召還されることはない。〔中略〕行政裁判所法は、単純参加(第六五条第一項)と、必要参加(第六五条第二項)とを区別している。なるほどそうした概念を用いてはいないが、これに対応して行政手続法も、単純参加(第一三条第二項第一文)と必要的参加(第一三条第二項第二文)とを区別している。以上二つの行政手続への召還形式については、異なった前提要件が妥当する。単純参加は任意的なものであり、これに対して必要的参加は強制的なものである。」

右の説明からも明らかなように、第一三条の第一項第四号、及び同条の第二項によって「関係人」となり得るのは、行政手続の結果により権利又は法的利益に影響を受ける者である。したがって逆に、手続の結果により、単なる事実上の利益を侵害されるに過ぎない者には関係人の地位は認められない。<sup>(11)</sup>

他方、手続の結果により法的権利・利益に影響を受ける関係人の参加方式には、「参加させるか否かについて、行政

庁に裁量が認められる「単純参加」と、「行政庁が参加させることを義務づけられる「必要的参加」の二種が存在する。ここで「単純参加」とは、第一三条第二項の第一文により、「手続の結果により法律上の利益に影響を受けことがあり得る場合の参加形態」を指し、他方「必要的参加」とは、第二三条第二項の第二文により、「手続の結果が第三者に対して権利形成的効果を持つ場合の参加形態」を意味する。

問題は、必要的参加と単純参加の具体的な振り分けである。第一三条第二項の第二文・同第二文は、「手続の結果によって法律上の利益に影響を受けることがあり得る場合に単純参加」、「手続の結果が権利形成的効果を持つ場合に必要的参加」としているが、単純参加と必要的参加を振り分ける右の抽象的なメルクマールは、具体的にどのように理解されるべきであろうか。<sup>(12)</sup>

オーバーマイヤー (Klaus Obermayer) によると、「単純参加」とは、手続の結果が、当該手続の対象ではない、別の、法的問題の解決にとつて拘束的な事前決定としての性格を持ち、そのため第三者の権利領域に間接的に影響が及ぶ場合に、行政庁が義務に合った裁量に従い、当該第三者を手続に参加させることを意味する。<sup>(13)</sup>

他方、「必要的参加」とは、手続の結果により、第三者の法的に保護された権利・利益が直接影響を受ける場合に、必ず行われるべき手続への参加である。<sup>(14)</sup> 例えば、建設許可の名宛人たる建築主の隣人は、建築許可 (手続の結果) により直接、法的に保護された権利・利益に影響を受ける為、第一三条第二項の第二文により、行政手続への必要的参加が認められるのである。<sup>(15)</sup>

したがって、これを公法契約の場合に引き直すと、次のようになろう。すなわち、公法契約の締結により、直接、自己の法律上の権利・利益を侵害される第三者は、第一三条第二項の第二文により、手続への参加を申し立て、行政庁はこの者を必要的参加させなければならず、他方、公法契約により、直接的には自己の法律上の権利・利益に影響を受け

ないものの、別の法律問題についての判断が、右公法契約の存在により論理的に決定される結果、将来間接的に自己の法律上の権利・利益に影響を受ける第三者の場合は単純参加が問題となり、この場合行政庁は、職権により、又は申立に基づいて、この者を義務に適った裁量により参加させることができる。<sup>(16)</sup>

### 〔三〕 除斥・偏頗の危惧

以上検討した「関与能力」、「行為能力」、「関係人」、及び「代理」に関する連邦行政手続法の第一一条乃至第一九条の規定が、契約の交渉手続に参加しうる法主体の範囲と参加の態様に関する規定であるのに対し、行政職員の「除斥」と「忌避」を定めた同法の第二〇条と第二一条は、逆に「誰が公法契約の交渉手続から除外されるのか」に関わる。

右の二規定は、「非党派的職務遂行の原則 (Grundsatz der unparteiischen Amtsausübung)」<sup>(17)</sup> という法治国家の当然の原理を、行政手続の場面で具体化したものであり、<sup>(18)</sup> 関係人と特殊な関係にある行政職員を行政手続から除斥・忌避し、公正な判断を保障するものである。<sup>(19)</sup> ドイツの判例・学説は、右の二規定が公法契約の交渉手続にも妥当することを認めている。<sup>(20)</sup>

第二〇条は、関係人と特殊な関係にあり、予断を持つと推定される行政職員を定型的に定め、これを機械的に職務遂行活動から除外する。すなわち、行政職員自身が関係人である場合(第一号)、関係人が行政職員の親族(同条第五項に定義規定がある)である場合(第二号)、行政職員が関係人の代理人である場合(第三号)、関係人の代理人が行政職員の親族である場合(第四号)、行政職員が関係人に雇用され、あるいは役員等の構成員である場合(第五号)の他、行政職員が、職務外で手続の対象につき鑑定等を行った場合(第六号)のいずれかに該当する行政職員は、法律上当然に、行政手続への参加を認められず除斥される。<sup>(20)</sup>

他方、第二一条は、行政職員が予断を抱いている旨の憂慮を正当化する客観的な手掛かりが存在する場合に、行政庁の長が、決定を以て当該行政職員を行政手続から排除（忌避）することを認める。第二一条による忌避は、実際に行政職員が予断を持っている必要なく、不公正な職務遂行が為される疑いがあれば認められる<sup>(21)</sup>。

## 二 技術的規定の準用

連邦行政手続法の第二編が規律する「行政手続の通則規定」の中には、職務用語（第二三条）や、期間・期日（第三一条）、現状回復（第三二条）などの技術的な事項を規律する規定が存在する。これらの規定が、同法の第六二条第三一文を経て、公法契約に準用されることについても、学説上争いはない<sup>(22)</sup>。

## 三 手続の実施方法に関する諸規定の準用

最後に、連邦行政手続法の第二編が規律する「行政手続の通則規定」のうち、「行政手続の実施方法に関する諸規定」の公法契約への準用可能性について検討しよう。ここでは、第二四条「職権探知原則」、第二五条「助言・情報提供」、第二六条「証拠方法」、第二八条「関係人の聴聞」の他、第二九条「関係人による記録閲覧」などの準用可能性が問題となる。端的に述べると、関係人の聴聞を規律した第二八条は別として、それ以外の規定は全て、公法契約への準用を肯定されている。

「一」職権探知原則と証拠方法

個々の行政決定が、特定事実と特定の法規範を適用して導かれることに鑑みると、行政決定が法律や法に適合するた  
めには、その前提として事実関係が正しく認識されなければならない。その意味で、事実関係の調査は行政手続の出発  
点<sup>(23)</sup>である。

問題は、行政決定の基礎となる事実関係の調査方法・手続である。これに関して連邦行政手続法は、第二四条と第二  
六条をおく。まず両規定の内容を確認しておこう。

「第二四条 職権探知原則

(一) 行政庁は、職権により事実関係を調査する。行政庁は調査の方法及び範囲を決定する。行政庁は、関係人の主  
張および証拠の申出に拘束されない。

(二) 行政庁は、関係人に有利な情報を含めて、個々の場合で重要な一切の事情を考慮しなければならない。

(三) 行政庁は、事案においてそれが許されない、若しくは理由がないとして、その管轄範囲に属する陳述又は申立  
ての受理を拒絶することはできない。」

「第二六条 証拠方法

(一) 行政庁は義務に合った裁量により事実関係を調査するために必要と認める証拠方法を用いる。行政庁は、特に  
以下の各号に掲げることを為しうる。

一 各種の情報を収集すること。

二 關係人を聴聞し、証人及び鑑定人を尋問し、又は關係人及び証人から書面による意見を聴取すること。

三 文書及び記録を取り寄せること。

四 検証すること。

(二) 關係人は、事実関係の調査に際し、協力するものとする。關係人は、特に自己の知る事実及び証拠方法を申告するものとする。それ以上に、事実関係の調査に際し協力すべき申告義務、特に出頭義務又は意見陳述義務は、法規により特に定められている場合に限り存在する。

(三) 証人及び鑑定人は、法規により定められている場合、意見を陳述し、又は鑑定を行う義務を負う〔以下略〕。

右に掲げた二ヶ条に示された事実関係の調査方法・調査手続は、概略的に以下の三点に要約しうる。

第一に、行政庁は關係人との交渉により事実関係を確定するのではなく、關係人の意見に拘束されずに職権でこれを調査する(第二四条第一項)。これが職権探知原則であり、それは行政手続をはじめ、公益の実現が問題となる全ての手続に妥当する共通原理である。<sup>(24)</sup>

第二に、行政庁は事実関係の調査方法や、調査範囲につき決定権を持ち(第二四条第一項第二文)、第二六条第一項の各号に掲げられた方法を採用する。

第三に、職権探知原則は、事実関係の調査につき、行政庁の恣意を許すものではなく、また關係人を事実関係の調査から例外なく排除するものではない。<sup>(25)</sup> 第二六条の第一項第二号は、關係人の聴聞ないし意見陳述による事実関係の調査を認め、また第二六条の第二項は(違反に対するサンクションがないとはいえ)、手続に参加した關係人に対し、事実関係の調査に協力し、自己の知る事実や証拠方法を申告する義務を負わせるからである。<sup>(26)</sup> この場合行政庁は、關係人に

よる陳述や申立ての受理を拒絶することはできず(第二四条第三項)、関係人に有利な情報を含め、重要な事情の全てを考慮して事実関係を確定する義務を負う<sup>(27)</sup>(第二四条第二項)。

こうした事実関係の調査方法・調査手続に関する基本原則は、全ての行政手続に妥当し、それが行政行為の発動で最終するか、公法契約の締結で終了するかには関係ない。すなわち、公法契約の交渉手続においても、行政庁は契約締結の基礎となる事実関係を職権で探知する義務を負い、その際、契約相手方を含む関係人により申告された事実及び証拠を受領し、これを考慮する義務を負う。逆に、契約相手方を含む関係人は、契約締結の基礎となる事実関係の調査につき協力し、特に自己の知る事実や証拠を行政庁に申告する義務を負うのである。<sup>(28)</sup>

## 「二」記録閲覧権と行政庁の助言・情報提供義務

さて、行政行為手続の場合、第二四条及び第二六条により職権で事実関係を探知した行政庁は、第二八条に従い、関係人に対して「法的聴聞」を行った上で行政行為を発動し、行政手続を終結させる。法的聴聞に関する連邦行政手続法の第二八条は、次のように規定する。

### 「第二八条 関係人の聴聞

(一) 関係人の権利を侵害する行政行為の発動に先立ち、この者に対し、決定にとって重要な事実について意見を述べる機会を与えなければならない。

(二) 個々の事件の状況により、その必要がない時は、聴聞を省略することができる。特に、  
一 遅滞のおそれがあるため、又は公益上即時の決定が必要と認められる場合。

二 聴聞を行うことにより、決定の為に定められた期間の遵守が疑わしくなる場合。

三 申請又は意思表示の際に関係人が為した事実に関する主張から、その者の不利益となるように逸脱しない場合。

四 行政庁が一般処分若しくは大量に同種の行政行為を發動し、または自動装置を用いて行政行為を發動しようとする場合。

五 行政執行上の措置を行う場合。

(三) 強行的公益が聴聞に反対する場合、聴聞は行われない。」

第二八条が規律する聴聞制度は、以下の二点に要約し<sup>(29)</sup>うる。

第一に聴聞は、第二八条の第二項、及び同条の第三項の要件に該当しない限り、関係人の権利を侵害する行政行為が發動されるであらう場合に行われる。問題は、「関係人の権利を侵害する行政行為」の概念であるが、これには不利益処分の他、授益的行政行為の拒否（申請拒否処分）も含まれる。<sup>(30)</sup>

第二に、第二八条を文字通り解釈すると、聴聞の対象は、決定にとつて重要な事実である。すなわち行政庁は、関係人の権利を侵害する行政行為を發動するに先立ち、当該行政行為を發動する際に基礎となつた事実関係について、これを関係人に通知し、意見を述べる機会を与えなければならない。<sup>(31)</sup>この点、第二八条には明示的に規律されていないが、行政庁は、関係人が為した陳述の内容を認識し、それを真摯に考慮した上で行政決定を為す義務を負う。これを行政庁の斟酌義務とい<sup>(32)</sup>う。

問題は、聴聞を保障する第二八条の公法契約への準用可能性であるが、学説の趨勢は、これを否定する傾向にある。例えばウレとラウビンガーは、「聴聞」が、行政行為に特有の手續原則であるとし、第二八条を公法契約に準用するこ

とに反対<sup>(33)</sup>する。

「例えば、連邦行政手続法の第二八条〔聴聞〕の他、同法の第三五条乃至第五三条〔行政行為の成立・存続効及び時効法上の効果〕のように、特に行政行為に焦点を当てた規定は、同法の第六二条第一文により、公法契約に準用することはできない。」

これと同じ見解を示す論者は多く、ボンク<sup>(34)</sup> (Heinz Joachim Bonk)、クナツク<sup>(35)</sup> (Hans Joachim Knack)、クレプス<sup>(36)</sup>、オーバーマイヤー<sup>(37)</sup>、そしてシュレツテ<sup>(38)</sup> (Volker Schlette) 等も、聴聞を保障する第二八条を公法契約に準用する必要性を否定している。

問題は、第二八条「聴聞」が公法契約への準用を否定される理由であるが、例えばボンクは、公法契約の交渉手続の特色に焦点を当てて次のようにい<sup>(39)</sup>う。

「行政行為を發動するに先立つ関係人の聴聞に関する第二八条の規定は、「第六二条第一文による一筆者註」公法契約への準用から除外される。というのも、契約相手方は、交渉過程において、必然的に、聴聞を行われ、行政庁に対して異議を申し立てることが、できるからである。」(傍点筆者)

つまりボンクは、「契約交渉」に「聴聞」と同一の機能を見出し、「聴聞」を保障する第二八条を敢えて契約の交渉手続に準用する必要はないと結論づけるのである。したがって「公法契約に第二八条の聴聞が準用されない」としても、

第二八条「聴聞」に関する法理論は、そのまま聴聞と同一の機能を果たす「契約交渉」にも妥当することになる。すなわち、契約上義務の引受けを求める場合、行政庁は基礎となるべき事実関係を職権で調査し、それを契約交渉において関係人に通知し、意見を述べさせ、かつ陳述内容を斟酌しなければならぬのであって、単に「義務引受けに同意するか否か」の判断のみを迫つてはならないといふべきであろう。

また「契約交渉」が「聴聞」と同一の機能を果たす以上、「聴聞」を効果的に行う為に設けられた緒制度は、そのまま「契約交渉」を効果的に行う為の制度として、公法契約への準用を肯定されることになる。すなわち、連邦行政手続法の第二九条が保障する「記録閲覧」と、同法の第二五条が規律する「助言・情報」である。

「記録閲覧 (Akteneinsicht)」を保障する第二九条の第一項第一文によると、法律上の利益を主張し、防御する為に必要な限りで、行政庁は、手続に参加する関係人に対し、手続に関連する記録の閲覧を認めなければならない。<sup>(40)</sup> 閲覧の対象は、関係人が参加する手続に関連する文書である。これには、他の行政庁の記録や、行政庁を召還した裁判所の記録が含まれるが、逆に、手続に關与する行政職員の履歴書など、手続に直接関係ない記録は閲覧の対象にはならない。<sup>(41)</sup> また記録の閲覧により行政任務の秩序ある実施が阻害される場合や、記録内容が知れることにより連邦又はラントの福祉に不利益が生じるおそれがある場合の他、法律上またはその性質上、関係人ないし第三者の正当な利益のために秘密にする必要がある場合にも、記録の閲覧は否定される(第二九条第二項)。

いずれにせよ、関係人の法的利益の主張ないし防御の為に必要な限りで、記録閲覧が認められる事実を鑑みると、この制度は「聴聞」と密接な関係を持ち、<sup>(42)</sup>したがって「聴聞」と同一機能を果たす「契約交渉」においても、重要な制度に位置づけられることになる。実際、ドイツの学説は、第二九条が保障する「記録閲覧権」の公法契約への準用を肯定している。<sup>(43)</sup>

同じことは、第二五条が規律する「助言・情報提供」についてもいえる。連邦行政手続法の第二五条は次のように規定する。<sup>(44)</sup>

「第二五条 助言・情報提供

それが、もっぱら明白な過誤により若しくは不知により行われず、又は不正確に提出され、若しくは行われた場合、行政庁は、陳述、申立てを促し、若しくは陳述や申立の補正を促すものとする。行政庁は、必要と認める限り、行政手続において、関係人に属する権利及び、その者に課せられている義務につき情報を与える。」

第二五条の第一文によれば、明白な過誤・不知により、陳述・申立てが行われなかった場合や、それが不正確に行われた場合、行政庁は関係人に対し、職権で陳述・申立てを行うよう促し、あるいは不正確に為された陳述・申立てを補正するよう促す義務を負う。これを一般に、教示義務 (Belichtungspflicht) とい<sup>(45)</sup>う。

他方、同条の第二文は情報提供に関する規定である。この規定において行政庁は、関係人に帰属する権利の内容や、彼に課せられた義務の内容について情報を提供する義務を負<sup>(46)</sup>う。

ウレとラウビンガーによると、教示義務と情報提供義務は、憲法上の社会的法治国家原理に根拠を持つ「国家の保護義務」の低位概念であり、教示義務と情報提供義務のみを規律する第二五条は、その意味で国家の保護義務の一部を規律したに過ぎない。<sup>(47)</sup>しかし、第二五条が規律する「教示・情報提供義務」が、聴聞権の保障をその目的の一つとすることが明白である以上、この規定は、記録閲覧を保障する第二九条とともに、聴聞と同一の機能を果たすべき契約交渉にも等しく妥当することになる。<sup>(49)</sup>つまり、関係人が法的専門知識を有した弁護士等をつけることなく契約の交渉手続に關

与した結果、<sup>(50)</sup> 明白な過誤や不知により陳述や申立てを行わず、或いはこれを不正確に行う場合には、行政庁はその旨を教示して、関係人に対し適切な交渉活動を行うよう促す義務を負う一方、同じく関係人が、法的専門知識を持った弁護士等をつけることなく契約の交渉手続に関与し、自己の手続上、実体上の権利義務の内容を把握しないまま契約交渉を行っている場合には、行政庁は、当該関係人に対して、情報を提供する義務を負うのである。<sup>(51)</sup>

(1) 序章第二節二を参照。

(2) Vgl. Walter Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL, 52, S.260; なおシユレットは、契約の交渉手続に連邦行政手続法の第九条以下の規定が準用される理由を次のように述べている。「拘束力を持った個々のな決定の実施を旨とした行政手続が常に基本構造を持っており、それは、行政行為の発動が問題となっているのか、それとも契約の締結が問題となっているのかには左右されない旨が明らかになる。したがって、行政行為と契約は、それを実体的に見れば完全に対立的な決定類型〔Entscheidungsstypen〕でありうるが、手続的観点においては、明らかに、相互に接近せしめられている。行政行為と契約という二つの行為形式を手続に関して融合するという法律領域での決定は、明らかに正当である。なぜなら、手続の開始時点では、最終的にいかなる決定が行われるかを、必ずしも常に見極めることはできないからである。したがって、当初は、一方的・高権的な措置が予定されていたものの、関係する市民との接触が始まった際に、契約の締結をふさわしい〔vorzugwürdig〕と思わせるような状況が判明する場合があります。逆に、何らかの理由により、契約の合意が獲得され得ない場合に、もともとはコンセンサスを取り付けることを意図した行政の活動が、一方的・高権的な措置に行き着く場合もあり得る。場合によると、手続が、完全に《結果について懸案のまま》とりあえず開始され、行為形式の決定が、後の手続状況において初めて、包括的な利益衡量に従って行われることもあり得る。これらは全て、手続の進行が相互に統一化されることにプラスの材料を提供する。」と〔Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.412.〕。

(c) Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 3.Aufl., S.520; Steikens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahren-

- rensengesetz, Kommentar, 4Aufl., § 62 Rn.5; Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 5Aufl., § 62 Rn.2.1; Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, § 62 Rn.10ff.
- (4) Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.3), S.520; なおシュレツテは、連邦行政手続法の第一条が、同法の第六十二条第一文を経て公法契約にも準用されること自体は認めるが、しかし、「行政上の法律関係において権利義務の担い手になる能力(権利能力)を持ち、契約当事者になりうるものは、原則として行政主体(連邦・ラント・郡・ゲマインデ・その他の公法上の法人)であり、行政主体に帰属し、行政主体の為に活動する行政庁は、法律が個別に当該行政庁に対して権利能力を与えた限りにおいてのみ権利能力を持ち、契約当事者になりうる。」とした上で、行政庁に権利能力がある旨を規律する第一条第三号は、行政庁が(個々の法律による授權に係らず)一般に権利能力を持つたこと誤解を招くとして、この規定の文言を批判している(Vgl. Schlette, a.a.O. (Fn.2), S.438f.)。
- (5) Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.3), S520.
- (6) Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.3), S.520; Bonk, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.5; Obermayer, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn. 10 und Rn.19.; Schlette, a.a.O. (Fn.2), S.440f.
- (7) 行為無能力者が締結した公法契約の存続効については、本稿の第五章第二節一を参照。
- (8) Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4Aufl., S.167; Obermayer, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.17; Knack, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.2.1; Bonk, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.5.; Schlette, a.a.O. (Fn.2), S.414.
- (9) 海老沢俊郎『行政手続法の研究』成文堂(一九九二年)三三五頁以下(特に一四二頁以下)を参照。
- (10) Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.8), S.167.
- (11) Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.8), S.167; 海老沢・前掲書(註9)一四七頁も参照。
- (12) 連邦行政手続法第一三条第二項の第一文・同第二文が規律する「単純参加」と「必要的参加」の振り分けについては、海老沢・前掲書(註9)一四六頁以下を参照。
- (13) Obermayer, a.a.O. (Fn.3), § 13 Rn.27.
- (14) Obermayer, a.a.O. (Fn.3), § 13 Rn.38ff. なお、連邦行政手続法第一三条第二項の第二文を文言通り解釈すると、必要的参加は「申立て」により行われることとされているが、オーバーマイヤーはこれを批判し、行政手続の結果が第三者に対して

権利形成的効果を持つ場合には、当該第三者の申立てがあるか否かを問わず、常に必要的参加が行われなければならないと考えている。第三者による申立てを必要的参加の要件とする連邦行政手続法の第一条第二項第二文に対する学説の批判については、海老沢・前掲書(註9)一四八頁が詳しい。

(15) Obermayer, a.a.O. (Fn.3), § 13 Rn.38.

(16) なお、連邦行政手続法第一条第二項により「単純参加」乃至「必要的参加」を認められる第三者関係人と、同法第五条により契約に対する同意権限を与えられる第三者関係人の関係については、本稿の第四章第二節一「三」を参照。

(17) Eberhard Bohne, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, Verwaltungs-Archiv 75, S.351ff.; なお、海老沢教授は、「非党派的職務遂行の原則」を「公正判断保障原則」(Objektivitäts- und Unbefangensprinzip)と呼び、それがドイツの判例・学説上「法治国的行政手続の重要な構成要素」と理解されてきた事実を指摘する(海老沢俊郎「行政手続法の諸問題」公法研究第五六号(一九九四年)有斐閣二二六頁)。

(18) UfL/Laubinger, a.a.O. (Fn.8), S.128. は、次のように言う。「公正判断保障原則は、行政手続においても妥当する。この原則は、以下の三つの機能を果たす。第一に、偏見を持たない職務遂行者が手続に参加することを利害関係人に対して保障する。第二に、行政の利益が職務遂行者の利益と衝突するケースにおいて、行政の利益を保護する。第三に、個人的に利害関係を持つ職務遂行者を紛争から保護する。」と。

(19) UfL/Laubinger, a.a.O. (Fn.3), S.520; Bonk, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.5; Knack, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.2.1; Obermayer, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.22ff.

(20) UfL/Laubinger, a.a.O. (Fn.8), S.131ff.; の点については、山田洋「大規模施設設置手続の法構造」信山社(一九九五年)六七頁参照。

(21) UfL/Laubinger, a.a.O. (Fn.8), S.129; 山田・前掲書(註20)六七頁参照。

(22) UfL/Laubinger, a.a.O. (Fn.3), S.520; Knack, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.2.1; Obermayer, a.a.O. (Fn.3), § 62 Rn.31ff.

(23) 参照、海老沢・前掲書(註9)七三頁以下。

(24) UfL/Laubinger, a.a.O. (Fn.8), S.222; 海老沢・前掲書(註9)七五頁。

(25) 参照、海老沢・前掲書(註9)七六頁。

- (26) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.8), S.223f.
- (27) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.8), S.224.
- (28) Schlette, a.a.O (Fn.2), S.416f.
- (29) 連邦行政手続法の第二八条が規律する「聴聞」については、参照、海老沢・前掲書(註9)一五四頁以下二三八頁、同・前掲論文(註17)二一九頁以下。
- (30) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.8), S.235.; 海老沢・前掲書(註9)一六四頁以下一七〇頁参照。
- (31) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.8), S.236f.; 海老沢・前掲書(註9)一八二頁以下、同・前掲論文(註17)二二〇頁参照。
- (32) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.8), S.238.; 海老沢・前掲書(註9)二〇一頁以下参照。
- (33) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.3), S.521.
- (34) Bonk, a.a.O (Fn.3), § 62.Rn.5.
- (35) Knack, a.a.O (Fn.3), § 62.Rn.2.
- (36) Krebs, a.a.O (Fn.2), S.260.
- (37) Obermayer, a.a.O (Fn.3), § 62.Rn.30.
- (38) Schlette, a.a.O (Fn.2), S.423f.; なお、我が国においても、海老沢・前掲書(註9)一四四頁は、契約の相手方私人及び関係人には、「第二八条「聴聞」の保障が及ばない旨を指摘している。
- (39) Bonk, a.a.O (Fn.3), § 62.Rn.5.
- (40) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.8), S.242.; なお連邦行政手続法の第二九条が規律する記録閲覧制度を詳しく研究したものとして、参照、海老沢・前掲書(註9)二一九頁以下参照。
- (41) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.8), S.243.
- (42) Ute/Laubinger, a.a.O (Fn.8), S.236.も、連邦行政手続法第二八条の「聴聞」と同法第二九条の「記録閲覧」を一体として把握して次のように言う。「行政庁は第二八条により、発動される行政行為により権利を侵害される関係人に対し、証拠調べの結果を通知する義務を負う。この義務は、決定にとって重要な証拠調べの結果に限定されている。(中略)これに対応して関係人は、第二九条による記録閲覧権を行使することができるのである。」と。なお第二八条の「聴聞」と第二九条の「記

録閲覧」の関係については、海老沢・前掲論文（註17）一二〇頁、同・前掲書（註9）二四四頁を参照。

- (43) Ule/Laubinger, aa.O (Fn.3), S.520; Obermayer, aa.O (Fn.3), § 62, Rn.10; Knack, aa.O (Fn.3), § 62, Rn.2.1; Bonk, aa.O (Fn.3), § 62, Rn.5.

- (44) 連邦行政手続法の第二五条が規律する「助言・情報提供」について詳しく検討したものととして、参照、海老沢・前掲書（註9）一九四頁。

- (45) Ule/Laubinger, aa.O (Fn.8), S.260f. は、市民の申請に基づき与えられる事実及び法律状態の説明を「助言」、他方、行政庁が自らの主導で、職権により、行う事実及び法律状態の説明を「教示」と呼ぶべきことを主張し、第二五条第一文は、行政庁の助言義務ではなく、むしろ教示義務を規律したものだという。この点については、海老沢・前掲書（註9）一九九頁の註(10)を参照。

- (46) Ule/Laubinger, aa.O (Fn.8), S.257f.; なお、連邦行政手続法の第二五条が定める情報提供義務の範囲については、学説上争いがある。ポーネは、第二五条の情報提供義務の範囲を狭く捉え、ここには関係人の実体法上の権利義務に関する情報は含まれないと理解する (Bohne, aa.O (Fn.17), S.347ff.)。ポーネによれば、仮に行政庁が関係人に対して、実体法上の権利義務について情報を与えるなら、それは法的に要請される範囲を広く超えたインフォーマルな行政活動である (Bohne, aa.O (Fn.17), S.349)。しかしこれに対してウレとラウベンガーは、関係人に対して提供されるべき情報の範囲は、単に手続上のみならず、実体法上の権利・義務を含むと考えて次のように言う。「第二五条の文言は、例えば、関係人が記録の閲覧をなし得るのか否か、関係人がいつまでに申請を行わなければならないのか、現状回復が可能か否かなど、手続の進行に関連する、手続上の権利義務に關してのみ、情報が提供されなければならない旨の推論を想起させる。この規定は、およそことうした厳格な解釈を価値のないものとしており、かつ文言上かかる解釈を命じてはいない。むしろ《行政手続における》という限定文言は、開始された行政手続に關して重要な権利乃至義務についてのみ、行政庁は法的情報提供をする必要があるという意味に解釈されなければならない。こうした前提の下、関係人は、その実体的権利義務に關する情報提供を求めることができるのである。」と (Ule/Laubinger, aa.O (Fn.8), S.258.)。

- (47) Ule/Laubinger, aa.O (Fn.8), S.254.

- (48) 海老沢・前掲書（註9）一九六頁参照。

(49) Schlette, aaO (Fn.2), S.419.

(50) シュレットは、連邦行政手続法の第二五条を通じて行政庁に課せられる教示・情報提供義務の範囲が、関係人の認識レベルに応じて相対的に伸縮する旨を主張し、行政庁は、行政庁と市民の間に根本的な情報格差が生じている場合（つまり、契約交渉に関与する関係人が、法的専門知識を持った弁護士に弁護されていない場合）にのみ、第二五条に従い、教示・情報提供義務を負うと結論づける。その結果、彼によると、契約相手方私人が、高度に熟練した顧問弁護士に弁護された大企業である場合や、弁護士に弁護された私人である場合、原則として、第二五条の教示・情報提供義務は問題にならない（Schlette, aaO (Fn.2), S.419f.）。

(51) スパノヴスキーは、次のように述べている。「契約の相手方は、連邦行政手続法の第二五条に従い、行政庁の助言義務や情報提供義務によって保護されている。したがって行政庁は、契約相手方に存在する権利に関し、広範囲に渡る助言を行うことを義務付けられる。〔中略〕助言義務に対する違反は、契約交渉段階での過失に基づく損害賠償請求権を導く。」と（Willy Spanowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.249.）。

## 第三章 公法契約の内容

### 第一節 本章の課題

附合契約のように、契約当事者の一方が、他方当事者によってあらかじめ決められた契約条項以外に契約内容を選択する自由がない場合は別としても、通常、契約は、当事者による交渉を経て、徐々に内容が確定され、合意に至る。この点は、民事契約も公法契約も同じである。前章では、公法契約の交渉手続に妥当する法理論を検討してきた。

次の問題は、契約交渉を経た上で、「公法契約が具体的にいかなる契約条項（内容）を持ちうるのか」である。民事

契約の場合と同様、公法契約が強行法規や公序良俗に違反する契約条項を持ち得ないことについては、一般に承認されているが、<sup>(1)</sup> 法治主義が妥当し、公益の実現に密接な関係を持つ行政の行為形式たる公法契約の場合、合意可能な契約条項の範囲が限定され、あるいは公益を理由に民事契約には見られない契約条項が出現することがある。本章の課題は、民事契約との違いを意識しながら、公法契約の内容的特殊性を解明することにある。

以下、第二節及び第三節では、公法契約の具体的な類型である「和解契約」と「交換契約」に焦点をあて、これを規律する連邦行政手続法の第五五条と第五六条が、契約条項についてどのような法的統制を図っているのかを検討する。また、続く第五節以下第六節では、公益の実現に寄与する公法契約が、和解・交換以外に、いかなる契約条項を持ちうるのかを検討する。

## 第二節 和解契約

和解契約とは、事実関係ないし法的状況について不<sup>(2)</sup>明確性が存在し、争いとなっている場合に、当事者双方が互いに譲歩（互譲）し、争いをやめることを内容とする契約である。<sup>(2)</sup> 連邦行政手続法の第五五条は、公法契約の<sup>(3)</sup>一類型として和解契約をあげ、次のように規律する。

### 「第五五条 和解契約

第五四条第二文の意味における公法契約であつて、事実関係ないし法的状況を理性的に評価した場合に存在する不<sup>(2)</sup>明確性を互譲により除去するもの（和解）は、行政庁が義務に適った裁量に従い、当該不<sup>(2)</sup>明確性を除去するために和

解を締結することが合目的であると認める場合に締結することができる。」

この規定の基になったのは、一九六三年に公表された模範草案の第四一条である。模範草案の第四一条は、一九七〇年に公表された連邦政府草案の第五一条、及び一九七三年に公表された連邦政府草案の第五五条へと引き継がれたが、途中、一九七〇年の連邦政府草案第五一条が公表された段階で、若干の修正を受けている。<sup>(4)</sup> 模範草案の第四一条は、次のような規定であった。

「第四一条 和解契約

理性的評価に際して存在する、事実関係ないし法的状況に関する不明確性が除去される場合には、和解を対象とする公法契約は締結されうる。」

現行法の第五五条と模範草案の第四一条とを比較して気づくのは、以下の三点である。

第一に、「理性的な評価に際して存在する不明確性を除去する為に和解契約が許容される」としている点で、両者は共通は見られない。

第二に、和解契約の具体例として、「事実関係の和解」と「法的状況の和解」の二つを上げている点でも、両者は共通する。

しかし第三に、両者の違いは以下の点に現れる。すなわち、模範草案の第四一条が、理性的評価に際し、事実関係ないし法的状況について不明確性が存在する場合に、直ちに和解契約の締結を許容するのに対し、現行法の第五五条は、

右の要件に加え、「行政庁が義務に適った裁量に従い、当該不明確性を除去するために、和解を締結することが合目的と認められる場合」という要件を追加しているのである。

現行法の第五五条が、模範草案の第四一条には見られない新たな許容要件を追加したこの意味は後に検討することにして、先に、模範草案以来一貫して受け継がれてきた許容要件である「理性的評価に際して存在する不明確性」について、「事実関係の和解」と「法的状況の和解」に分け、その意義を検討しておく。

### 一 客観的不明確性の存在

#### 〔一〕事実関係の和解

前章の第二節三の「一」でも述べたが、公益の実現に関わる手続では、それが行政行為の発動で終結するか、公法契約の締結で終了するかに関係なく、事実関係は職権で探知される（職権探知主義・連邦行政手続法第二四条）。

しかし、人間の知覚能力の限界に起因して、いかに努力しても事実関係を説明できない場合がある。「事実関係の和解」は、法律要件事実の存否について争いが生じている場合に、行政と私人が互譲して当該紛争をやめる手段である。<sup>(5)</sup> それは事実関係の不明確性に起因して生じる規律の遅れを回避し、また事実関係の調査にかかる時間と経費を削減する点で、行政経済に資するという利点を持つ。実際、模範草案の作成者は理由書の中で次のように述べている。<sup>(6)</sup>

「契約による法律関係の規律は、行政経済 (Verwaltungsökonomie) にも奉仕しうる。契約による法律関係の規律により、もはや引き延ばすことのできない、法的ないし事実関係の不明確性を処理することが可能になり、事実の確

定にとって全く不適切な調査費用の支出を抑えることにも役立つ（いわゆる和解契約、参照第四一条）。」

しかし右の利点にも関わらず、「事実関係の和解」に対しては、根強い批判が存在した。というのも、和解が法律関係の迅速な規律に寄与するとはいえず、和解において前提とされた事実関係が、真の事実関係と異なるならば、和解の内容は「違法」と評価されるからである。特に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（厳密には）違法であり、その許容は法治主義の形骸化を招きかねないのである。<sup>(7)</sup>

他方、事実関係に關して不明確性が存在する場合には、「立証責任の分配ルール」に従って事案を処理すればよく、敢えてこうした和解類型を認める必要はないとの批判も存在した。<sup>(8)</sup>

問題は、右の批判にも関わらず、「事実関係の和解」が実定法化された理由であるが、この点、最も明快な説明を行うのはシンプフである。彼は「法治主義の形骸化」及び「立証責任分配ルールの存在」が、「事実関係の和解」を否定する根拠たり得ない旨を主張して、次のように言う。<sup>(9)</sup>

「確かに法は、事実関係が不明確なケースのために、当該不明確性を考慮に入れたルール網、つまり立証責任分配ルールを用意している。立証責任は、決定にとって重要な事実関係の不明確性が、誰の負担となり、いずれの紛争当事者が、事実関係の不明確性によって不利益を被るのかを意味する。このルールの存在を理由に、事実関係の不明確性が和解を正当化しない旨が主張されている（市民に対する負担的措施の場合は行政庁が事実要件の立証責任を負い、市民が授益を要求する場合は、市民が立証責任を負えばよいというのである）。（中略）この見解は、立証責任の特性に

つき短絡的な顧慮に基づいている。立証責任自体は、決して規範の適用範囲の遵守を保障してはいない。事実関係は、立証責任ルールの適用を通じて確定されるのではなく、その存在が擬製される。(中略)立証責任自体は、それにより導き出された結論が、法律と合致することを保障してはいない。立証責任は、行政の法律適合性を保護してはいないのである。」

すなわち彼は、立証責任の分配ルールが、和解と同様、事実関係の存否を擬製する理論である点に注目した上で、この理論に従って規律された法律関係もまた、必ずしも適法とは限らないと主張するのである。彼によれば、「事実関係の和解が法律違反を犯す可能性」と「立証責任の分配ルールが法律違反を犯す可能性」は、同程度なのである。したがって、法律違反の危険性を根拠に「事実関係の和解」を否定することは妥当ではなく、それは「立証責任の分配ルール」と並ぶ正当な地位を与えられるべきことになる。各草案の立法者もこれと同じ立場に立ち、法律違反を犯す危険性を認識しつつ、事実関係の和解を許容した<sup>(10)</sup>。したがって問題は、「和解による法治主義の形骸化をいかに防ぐか」である。

「理性的な評価に際して存在する不明確性」という許容要件が、模範草案以来一貫して受け継がれてきたのも、実はそのためである。すなわち連邦行政手続法の立法者は、模範草案以来一貫して、「事実関係の不明確性」に限定をかけ、当該不明確性が、「理性的に評価した場合の不明確性であること」を要求し、契約当事者が恣意的に事実関係の不明確を主張し、安易に和解契約を締結して、法律とは異なった内容の法律関係を創設することを防止したのである。シンプフも、「事実関係の和解」が許容されるためには、少なくとも、契約当事者が事実関係を説明する為に、あらゆる手段を尽くしていることが前提で、事実関係が客観的に不明確でなければならぬとして、次のように述べている。<sup>(11)</sup>

「和解契約は、あらゆる拳証手段を尽くしたにも関わらず事実関係が明らかにならず、かつ当該不明確性が互譲を通じて考慮される場合には、行政の法律適合性との矛盾には陥らない。他方、拳証手段を尽くす旨の要請は、厳格でなくしてはならない。全く解明することができない事実関係の場合に限り、拳証責任の結果を回避するために和解が行われうる。事実関係の隠蔽の中には、まさに規範や形式の濫用という大きな危険性が存在しているからである。先に述べたように、和解契約を締結した場合における法律違反の蓋然性が、和解契約を締結しなかった場合（における法律違反の蓋然性―筆者註）と同じ程度であるが故に、事実状況の和解が法律適合性原理と衝突しない場合であって、事実関係のさらなる解明を通じて当該法律違反を回避する可能性がない場合に限り、事実状況に関する和解は正当化される。したがって事実関係は客観的に不明確でなくならず、契約当事者の視点において「主観的に―筆者註）不明確であってはならないのであって、また客観的に、さらなる解明が期待し得るものであってはならない。」

## 〔二〕 法的状況の和解

「法的状況の和解」は、法律の意味内容について不明確性が存在し、当事者間で争いが生じている場合に、その争いを解決し、法律関係の規律を可能にするために締結される契約である。具体例を挙げよう。<sup>(12)</sup>

「連邦イミツション防止法上、許可を得なければ建設できない施設の中に、工場の冷暖房施設が入るか否かについて、争いが生じた。行政庁と工場経営者は、イミツション防止法上、許可を要する施設の範囲について不明確性が存在することを理由に和解し、冷暖房施設が同法の第三条以下の施設に該当せず、建設にあたり許可を必要とする工場施設には該当しない旨を合意した。」

この和解類型もまた、「事実関係の和解」と同様、強い批判にさらされた。なぜなら行政庁は、法律解釈を通じて不確定法概念の意味内容を確定した上で法律関係を規律しなければならず、また行政解釈の是非は、最終的には裁判所によつて判断されるべきだからである。<sup>(13)</sup>特に裁判所が行政解釈を支持する可能性が残っている事実を鑑みると、「法的状況の和解」は違法状態を生み出し、法治主義を形骸化させる危険性を持つ。<sup>(14)</sup>

学説も、「法的状況の和解」に内在する右の危険性を考慮して、これを認めるにせよ、その為には少なくとも、「法的状況が理性的評価に際して不明確であること」を要求している。すなわち「法的状況の和解」は、(不確定法概念の解釈をめぐつて学説及び下級審判例が様々な見解を出して対立し、最終審裁判官の判断を待たなければ、その意味内容が解明できないという意味で)客観的に不明確でなければならないのである。<sup>(15)</sup>

## 二 和解締結の合目的性審査

他方、和解契約は、事実関係や法的状況につき客観的な不明確性が存在することのみを以て、直ちに許容されるわけではないことにも注意しなければならない。事実関係や法的状況の客観的な不明確性の存在のみを以て和解契約の許容性を肯定した模範草案の第四一条は、その後、一九七〇年の連邦政府草案第五一条において修正され、「和解契約締結の合目的性審査」という許容要件が新たに追加されたからである。<sup>(16)</sup>

例えばシンプフは、「事実関係の和解」について、事実関係の客観的な不明確性が存在する場合でも、和解契約の締結が許容されない場合があると、次のようにい<sup>(17)</sup>う。

「立証責任の結果を回避するために和解契約が締結されてもよい旨の基本原則には、重大な例外が存在しなければならぬ。問題となるのは、構成要件事実が立証されない場合に、いかなる法的効果が生ずべきかを、実体法自らが決定しているケースである。それは構造的には、以下に述べる二通りの方法で起こりうる。

第一に、行政措置の実体法上の前提要件の範囲が排他的で、さらに立証責任ルールがどのように機能するのかに関する正式な規律が付加されており、規範の前提要件が充足されているか否かが確定していないかぎり、当該規範が適用されない場合である。第二に、その他の構成要件事実の立証それ自体が、行政措置の実体法上の（付加的な）前提要件とされ、他の前提要件が肯定的に立証され得ない場合には、行政措置の実体法上の前提要件が存在しない旨が確定する場合である。」

右の説明からは、「和解締結の合目的性審査」という許容要件が、「事実関係や法的状況の客観的不明確性」という要件とともに、和解による法治主義の形骸化を防止する為に設けられた特別要件であることがわかる。そしてこの点にこそ我々は、単に契約当事者の主観的な不明確性の存在のみで締結することが可能な民事法上の和解契約と、公法上の和解契約との間に、根本的な法理論上の相違点を見出しうるのである。<sup>(18)</sup>

### 第三節 交換契約

次に、連邦行政手続法の第五六条が規律する交換契約を検討しよう。交換契約とは、私人による反対給付の提供を前提に、行政給付を提供する旨を内容とする契約である。例えば、私人が一定の金銭を支払う旨を約束し、これに対して

行政庁が、建築許可や義務免除を約束する契約は、まさに交換契約である。交換契約において約束される、行政給付と私人の反対給付は、作為義務を内容とするともあれば、不作為義務を内容とすることもあり、また必ずしも金銭的価値を有するとは限らない<sup>(19)</sup>。反対給付の存在が行政給付の前提となっており、そこに交換関係が存在すれば、交換契約の存在が認定される<sup>(20)</sup>。交換契約に関する連邦行政手続法の第五六条は、次のように規定する<sup>(21)</sup>。

「第五六条 交換契約

- (一) 第五四条第二文の意味での公法契約であつて、行政庁の契約相手方に反対給付の提供を義務づけるものは、特定の目的のために反対給付が契約中で約束され、それが行政庁にとって公けの任務の遂行に役立つ場合に締結することができ。反対給付は、全事情に従つて相当で、かつ行政庁の契約上の給付と実質的に関連しなければならぬ。
- (二) 行政庁の給付を求める請求権が存在する場合、行政行為の発動に際して、第三六条の規定に基づく付款の内容になりうる反対給付に限り、約束されうる。」

一 成立過程

この規定は、一九六三年の模範草案の第四二条、一九七〇年の連邦政府草案の第五二条、一九七三年の連邦政府草案の第五六条を経て実定法化された<sup>(22)</sup>。和解契約とは対照的に、交換契約を規律した模範草案の第四二条は、立法過程で内容での修正は全く受けていない。しかし右の事実は、交換契約に対して全く批判がなかったことを意味しない。中でも、交換契約を最も痛烈に批判したのは、ブリンガー (Martin Bullinger) であつた。彼は、模範草案が公表される前年

(一九六二年)に、『契約と行政行為』において、交換契約に対して、概略的に次のような批判を展開していた。<sup>(23)</sup>

「公行政と市民の間での契約の締結は、友好関係の象徴として、あるいは、官憲と服従者の間の權威的關係克服の象徴として説明されている。行政庁がその高位から降り、市民と対等秩序の基盤に立つことが民主的行政とみなされ、あるいは、それが行政行為に対する契約の利点であると多くの人々によって信じられている。…しかし、公行政における契約の実際の姿は、法論理上、法治国観念と至る所で調和しない。以下の事例は、それを示している。ラントが大規模駐車場を建設するための資金として、建築主が十万マルクを支払うことが契約上約束され、これを理由にゲマインデが、建築主に課せられた駐車場設置義務を免除しつつ、建築許可を与えたとしよう。…連邦通常裁判所は、こうした対等当事者間での合意を契約と認め、それを公法契約としている。なぜなら、この契約の対象は、公法上の駐車場設置義務の引受けにあるからである。…しかし、法治国家において、法律上定められた駐車場設置義務が、金銭の支払いによって免除されてよいのかという、重大な疑問が提起されなければならない。…契約が法治国的行政の基本原則との関係で紛争をもたらすことは明らかである。契約と法治国的行政の基本原則との間に生じる紛争は、数多くの観点の中に現れる。法治国家においては、行政活動は法律により正当化されなければならないが、これに対して契約は、『合意は拘束する』ということの中に、正当性を持つ。これにより契約が法律違反を犯す危険性が生じ、契約の正当性が法律適合性に違反する危険性が生じる。特に、公行政の商業化のおそれが契約によって生じる。契約は、『汝が与うが為に与う』という交換的正義の理念によって支えられている。反対給付を得るために、授益的な行政決定や負担の行政決定の免除を経済的価値として契約に持ち込むことが許されるなら、国家行政の高権性は、商人根性的な値切りの中で失われ、正当な決定に代わり、商人的計算が登場することになる。」

交換契約による法治主義の形骸化を懸念したブリンガーの見解は、その後の学説・判例によっても基本的、支持されている。例えば、連邦行政裁判所の一九七三年七月六日の判決は、「連結禁止原則」という用語を用いつつ、次のように述べる。<sup>(24)</sup>

「連結禁止原則は、以下に述べる二つの異なった意味内容を持つ。第一に、行政契約によってもまた、相互に内的関連性を持たないものが結びつけられてはならないということである。〔中略〕第二に、往々にして、以下に述べる原則もまた、連結禁止原則の現れだと理解されている。すなわち、通常、高権的措置は、付加的な経済的反対給付に依存せしめられてはならないということである。」

しかしその一方で、連邦行政裁判所が、行政給付と市民の反対給付の連結(交換)<sup>(25)</sup>を、一定の要件下で許容してきたことも事実である。先に引用した一九七三年七月六日の判決は、次のようにいう。

「連結禁止原則は例外を許さないものではない。一般的な見解によると、以下の場合には、行政権限と私人の反対給付の結合は正当化されるべきである。すなわち、経済的反対給付が、疑義ある行政決定の実施を可能にする場合であり、また反対給付によって、行政決定を妨げる法的障害が克服される場合である。」

すなわち判決は、私人の反対給付が、行政権限を発動する法的前提を整える場合や、逆に行政権限の発動を行う法的必要性を失わせしめる場合には、行政権限を私人の反対給付に依存せしめても法的に問題はないと考えるのである。交

換契約が許容される場合とは、右にみた「連結禁止原則の例外状況」である。そして連邦行政手続法の立法者もまた、これと同じ立場から、「連結禁止原則の例外状況」において交換契約を許容することとし、そこに幾つかの許容要件をおいた。それが連邦行政手続法の第五六条に規律された交換契約の許容要件である。

## 二 交換契約の許容要件

「一」 反対給付の目的拘束—行政給付との実質的関連性—

第五六条第一項の第一文は、私人の反対給付が「特定の目的のために契約中で合意され、かつ行政庁の公の任務の遂行に役立つこと」を要求する。また同条第一項の第二文後段は、「反対給付が行政給付と実質的な関連性を持つこと」を要求する。私人の反対給付が、行政権限を発動するための法的前提を整え、或いは権限の行使を法的に不要ならしむる為に約束される以上、反対給付の使用目的は限定されるからである。<sup>(26)</sup> 模範草案の理由書も次のように述べている。<sup>(27)</sup>

「経済的な反対給付と結びつけられて、公法上の義務が免除されるなら、当該反対給付は、以下のように、その使用目的が限定されなければならない。すなわち、当該反対給付は、契約によって免除される法律上の義務と同じ目的に仕えなければならない。これにより、権利や特典を購入する事態が防止されるはずである。公的任務は、市民の反対給付が、行政庁の契約上の義務と実質的に関連性をもつことにより具体化される。したがって、建築に関する契約における市民の金銭給付は、建築法上の行政任務を遂行することに仕えなければならず、例えば社会福祉基金の為など、行政の思うがままの公的任務の為に支払われてはならない。」

## 〔二〕 比例原則

他方、第五六条第一項の第二文前段は、「反対給付が全事情に従って相当であること」を要求する。反対給付が行政権限を発動するための法的前提を整え、或いは、権限の行使を法的に不要ならしむる為に合意される以上、それは右の目的を達成するに十分なものでなければならぬからである。<sup>(28)</sup> 逆に行政庁が優越的地位を濫用し、右目的の達成に不必要な過大なる反対給付の提供を約束させるなら、それは私人の権利を不当に侵害することにもなる。<sup>(29)</sup> 連邦行政手続法の立法者は、この点を念頭に置いて、反対給付の使途に限定を加えつつ、比例原則の観点から反対給付の範囲に限定をかけ、それが全事情に従って相当であることを要求した。模範草案の理由は、次のようにい<sup>(30)</sup>。

「反対給付は、相当なものでなければならぬ (muss angemessen sein)。それは、行政法を支配する比例原則 (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) に対応する。行政庁の契約相手方の反対給付について、それを超える義務が定められてはならない。」

## 〔三〕 付款論

最後に、第五六条の第二項は、「私人に行政給付を求める請求権が存在する場合、反対給付は付款の内容になりうるものに限られること」を要求する。その理由は、私人に行政給付を求める法的請求権が存在する以上、ここに行政権限の発動を妨げる法的障害はなく、私人は、反対給付を約束せずとも、行政給付を請求しうるからである。それにも関わらず、行政庁が優越的な地位を濫用して、相手方に反対給付を求め、その提供があるまで行政権限の発動を留保するならば、それはまさに連結禁止原則への違反であり、違法である。模範草案以来の立法者は、行政庁が私人の法的無知に

つけ込み、法律上問題なく発動されるべき授益的決定を、不必要な反対給付に依存せしめる事態を回避するために、敢えてこうした規定をおき、「行政権限の発動を求める法的請求権を持った私人に対して反対給付を要求し、授益的決定を当該反対給付の提供に依存せしめてはならないこと」を改めて確認しつつ、例外的に、「授益的行政決定を発動するにあたり、法律上付款を付すことが認められている場合のみ、その内容となりうるものに限って、反対給付となしうること」を明文化したのである。この点、模範草案の理由書は次のように述べている。<sup>(31)</sup>

「市民が法律上、行政給付を求める実質的請求権を持っている場合：公法契約の締結は希であろう。しかしそれでも、第四二条の第二項〔現行法第五六条の第二項―筆者註〕は、特に法的に無知な者を保護すべきである。というのも、彼は自分が獲得しようとしている行政給付を、行政行為によって要求することができることを知らず、行政行為の発動を請求する権利を持っていることを知らないからである。こうした場合、市民が事実上正当でない反対給付を義務づけられることは阻止されるべきである。なぜなら、その者は、行政給付を、契約において反対給付を提供することなく要求しうるからである。〔中略〕したがって反対給付は、行政行為による規律の際、付款の内容となりうるものに限定されるのである。」

### 三 判例の動向

それでは、以上の検討結果を前提に、都市法や環境法の領域において締結され、判例において問題となった具体的な交換契約を取り上げ、その許容性を検討しよう。

「一」公害防止協定<sup>(32)</sup>

「被告ゲマインデYは、原告企業Xの操業規模を拡大するために必要な措置として、訴外企業Dを別の場所に移転させるための費用を引き受けることを約束した（産業育成措置）。ただ、Xの操業活動に対して、これまで騒音や悪臭に関する苦情が耐えなかったため、Yは、付近の住環境に配慮する必要性に鑑み、Xと交渉を行い、本件契約が締結された。その内容は、〔YはXに対して上記の産業措置をとる代わりに、Xは、新たに工場建造物を新築・改修する際、必ずYの承諾をとる〕というものであった。

その後Xは、新たに倉庫を建設することを企画し、本件契約に基づいてYに対して承諾を求めた。この建設案は、計画法や建設規制法上の許可要件を満たしており、また連邦イミッション防止法上も問題ないものであったが、Yは本件契約に基づき、Xに対して、付近の住環境を維持するために必要なイミッション防止措置の実施を要求し、これが実施されるまで、建設措置に対する同意を留保した。」

本件契約では、Xの反対給付（イミッション防止措置の実施）が、Yの給付（産業育成措置の実施）の条件となっており、ここに交換関係（牽連関係）が存在する。よって本件契約は、まさしく交換契約である。したがって問題は、この契約が連結禁止原則に違反しないかであった。

連邦行政裁判所の一九八九年二月一日の判決は、「産業育成措置を実施するゲマインデには、法定基準を上回る基準でイミッションの防止を行う権限がある」とした上で、産業育成措置の実施を、Xの（法定基準より強められた）イミッション防止策の実施に依存せしめても連結禁止原則には違反せず、法的に問題はないと結論づけた。Xが提供する反対給付によって、産業育成措置を実施する為の法的前提が整うからである。判決は次のように言う。<sup>(34)</sup>

「イミッシェン」を防止するための特別な建設上の予防措置をとらずに企業の拡大を行うと、企業と住宅が相互に近郊に混在することによる衝突が、ますます激しくなる。(中略)原告企業の周辺住民から多くの苦情が提起されたことから、被告ゲマインデがおさら、イミッシェン状況の悪化に対する予防策なしでの企業拡大を支援するに値しないとみなしたことは明白である。ゲマインデが企業投資の支援に関する契約において反対給付を約束させ、本件のように、プロジェクト計画への関与を通じて、近隣への広範なイミッシェンによる負担を回避する場合、それは相当かつ適切なものである。こうした反対給付によつて初めて、ゲマインデは、投資により、自ずと生じる疑念(イミッシェン発生という疑念―筆者註)を除去することが可能になるからである。」(傍点筆者)

「二」 駐車場設置義務免除契約<sup>(35)</sup>

「被告Yは、K市の中心部に土地を所有していた。原告Xは、一九六九年、Yが六階建ての住居と、その背後に二階建ての事務所を建設することを許可した。バーデン・ヴュルテンベルク州の建設規制法第六九条に従った算定によると、本件土地には、二〇台分の駐車場設置が必要であった。しかし、これだけの収容能力を持つ駐車場を設置することが物理的に無理であったため、同年九月四日にXYの間で契約が締結された(本件契約)。その内容は、以下の三点にわたった。

一、Yが、K市内にある大規模駐車場との間で、二〇台分の駐車につき、長期賃貸借契約を締結することを条件に、Xは、二〇台分の駐車場設置義務を免除する。

二、何らかの理由により右長期賃貸借契約が廃止された場合は、Y所有地の周辺三〇〇メートル以内にある別の駐車場との間で、二〇台分の駐車場を借りなければならない。

三、仮にこれも不可能である場合は、一台につき六千マルク、二〇台分総額二二万マルクを分担金としてXに支払わなければならない。Xはこの分担金を、公営駐車場の設置費用に充てるが、仮に公営駐車場が建設されたとしても、Yには、その優先的利用権を認めない。

当初Yは、K市内の民間駐車場に二〇台分の駐車場を賃借していたが、一九七〇年、これが解約された。またその後の調査で、Yが建設計画に違反して、土地を住宅地として利用している為、実際は三三台分の駐車場が必要であり、それだけの駐車場が確保されていない事実が判明した。そこでXは本件契約に基づき、六千マルク／一台×三三台分の総額十九万二千マルクの支払いを求めた。Yがこれを拒否した為、Xは訴訟を提起した。」

本件契約は、駐車場設置義務免除契約と呼ばれるもので、車の出入りが予想される建築物を建設する際、建築主に法律上課される駐車場設置義務を、一定の反対給付の提供を条件に免除することを内容とする。<sup>(36)</sup> 私人の反対給付と行政給付（義務免除）には交換関係が存在する為、この契約は交換契約に分類される。

同じく駐車場設置義務免除契約の許容性を判断した連邦通常裁判所の一九七八年二月一日の判決は、一定額の方担金の支払い（反対給付の提供）を条件に、駐車場設置義務の免除（行政給付）を行うこと自体は否定しなかったが、それが認められるためには、以下の二つの要件が満たされなければならないと判示した。すなわち、第一に、駐車場の設置義務を免除する代わりに支払われた分担金は、ゲマインデによる公益駐車場の設置費用に当てられなければならないこと、第二に、分担金を支払って駐車場設置義務を免除された者には、右公営駐車場に対して優先的利用権を認められなければならないことである。<sup>(37)</sup>

連邦通常裁判所が「連結禁止原則」を意識して、こうした見解を示したことは明らかである。分担金が公営駐車場の

建設費に充てられ、かつ分担金を支払った建築主に公営駐車場の優先的利用権が認められる場合にのみ、彼に駐車場設置義務を課す法的必要性がなくなるからである。

そして右の判例理論に従えば、本件契約は「連結禁止原則」に違反して、許容性を否定されることになる。公営駐車場を優先的に利用する権利を持たないYには、駐車場設置義務を免除する法的前提が存在しないにも関わらず、それが金銭供与により免除されているからである。実際、原審であるマンハイム上級行政裁判所は、本件契約を連結禁止原則違反と認定し、これが連邦行政手続法の第五六条に違反して許容されない旨を判示している。<sup>(38)</sup>

〔三〕 開発費用負担契約<sup>(39)</sup>

「被告企業Yは、原告ゲマインデX内の集落に、八八棟の一戸建て住宅を建設するために、建設許可申請を行った。原告ゲマインデXは、開発後に必要となる自治体施設（学校・病院など）の建設費用の一部として、住居一棟につき一五〇〇マルクの開発費用負担金の納付を求め、これについて合意が成立した（本件契約）。納付額が多額であった為、契約において分割払いが合意され、総額十三万二千マルクのうち、その半額は建設許可の付与と同時に支払われるべきこと、残る半額は、建設許可付与の半年後に支払われるべきこととされた。Yが後に開発費用の納付を拒絶したため、原告ゲマインデXは訴訟を提起した。」

新たな宅地開発により、必然的に公共施設の整備が必要となるが、ドイツの建設法典は、公共施設のうち、道路、上下水道、公園、緑地、ゴミ焼却施設、電気・ガス供給施設など、建設による土地利用を行うために必要な施設を「地区施設（Erschließungsanlage）」と呼び<sup>(40)</sup>、その整備がゲマインデの任務であること、整備費用のうち、建設法典ないし地方<sup>(41)</sup>

租税公課法に基づいて徴収可能とされているものについては、事後に施設利用者（受益者）から徴収すべきことを規定している。<sup>(42)</sup>

他方、開発によって必要となる公共施設ではあるが、右に述べた意味での地区施設には該当しない学校、病院等の建設費用（開発費用）は、本来、ゲマインデが支出しなければならぬ。しかしそれが自治体財政を圧迫することから、ゲマインデは頻繁に「開発費用負担契約」の締結を試みる。ここでは、開発費用負担金の提供（反対給付）を条件に、建築許可ないし地区詳細計画の策定（行政給付）が約束される。<sup>(43)</sup>

問題は、建設許可等の行政給付を、開発費用負担金の納付（経済的反対給付の提供）に依存させ、両者に交換関係（牽連関係）を持ち込むことが、連結禁止原則の観点から許容されるのかである。

この点、今までの議論を前提にすると、「開発費用負担契約は連結禁止原則に違反するのではないか」との疑義が生じる。その理由は以下の点に求められる。

建設許可の付与や、地区詳細計画の策定により必要となる公共施設が自治体財政を圧迫するという事実から、ゲマインデは右行政権限の発動に消極的になる。しかし法律が、地区詳細計画の策定や建築許可の付与に際し、財政状況を考慮するよう要求していないことに鑑みると、「自治体財政の圧迫」は、行政権限の発動を妨げる法的障害ではなく、単なる事実上の障害ではない。そうすると、地区詳細計画の策定や建設許可は、自治体財政の圧迫を理由に、私人の反対給付（開発負担金納付）に依存せしめられてはならないことになり、それを内容とする開発費用負担契約は、連結禁止原則に違反するとの評価を受けかねないのである。

こうした事情を考慮したのである。本件連邦行政裁判所は、「開発費用負担契約が連結禁止原則に違反するか否か」を判断するにあたり、「私人の反対給付が、行政権限の発動を妨げる法的障害を除去するか」という視点ではなく、別

の視点からこの問題を考察し、概略的に次のように述べた。<sup>(44)</sup>

「連結禁止原則は例外を許さないものではない。一般的な見解によると、以下の場合には、行政権限と私人の反対給付の結合は正当化されるべきである。すなわち、経済的反対給付が、疑義ある行政決定の実施を可能にする場合であり、また反対給付によって、行政決定を妨げる法的障害が克服される場合である。それが支持されるべきか否かは、ここでは議論しない。開発費用負担契約は、これとは別の理由により、連結禁止原則の例外に服しているからである。〔中略〕開発費用負担契約については、高権の切り売り (Verkauf von Hohheitsakten) の危険性が存在するという主張がある。こうした指摘は有意義なものであり、開発費用負担契約の事物に即した評価に役立つ。というのも、この指摘は、開発費用負担契約の許容性の重大な限界を意識させるからである。しかし、こうした主張を、開発費用負担契約の許容性に対する原理上の異議として支持することはできない。…開発費用負担契約に際しては、高権の「切り売り」ではなく、地区詳細計画の公布や建設許可が生ぜしめた、あるいは生ぜしめるであろう支出の軽減が行われる。つまり民法典第三二〇条以下の売買契約についてみられる厳格な意味での給付交換ではなく、いわば民法典第六七〇条による費用償還と類似する軽減が問題となっているのであり、故に高権的行為が商品とみなされることはなく、正当化されない経済的不当利得になるという批判も問題にならない。」(傍点筆者)

つまり本判例は、「行政権限の発動を妨げる法的障害が存在し、私人による反対給付の提供が、当該法的障害の除去に仕え、行政権限発動の法的前提を生み出すことに寄与するのか」に焦点を当てたのではなく、私人による開発費用の負担を条件に、建築許可の付与や地区詳細計画の策定を約束したところで、連結禁止原則が防止すべき高権の売買が生

しないことを理由として、開発費用負担契約の連結禁止原則への違反可能性を否定し、その許容性を肯定したのである。

(1) 公序良俗や強行法規に違反する公法契約が無効となることについては、本稿の第五章第二節一を参照。

(2) 民事上の和解は、訴訟法上の和解と裁判外の和解とに分類される(日本の民事訴訟法第一三六条及び民法第六九五条)。ドイツの場合も同様であり、ドイツ民法典(BGB)の第七七九条が和解に関する規定をおき、訴訟上の和解、裁判外の和解ともにこの規定の適用を受ける(参照、柚木馨他編『独逸民法(Ⅱ)債務法』(復刻版)有斐閣(一九五五年)七六一頁以下)。これに対応して行政上の和解も、訴訟上の和解と裁判外の和解に区別される。前者を規律するのが行政裁判所法の第一〇六条であり、後者を規律するのが連邦行政手続法の第五五条である。ここでは、連邦行政手続法の第五五条が規律する裁判外の和解についてのみ検討を加える。なお行政裁判所法の第一〇六条が規律する行政訴訟上の和解については、参照、南博方『行政訴訟上の和解』同『行政訴訟の制度と理論』有斐閣(一九六八年)一三三頁以下。

(3) 公法契約の一類型として和解契約をあげたのがザルツヴェーデルであったことは、本稿第一章の註(40)でも述べたとおりである。なお、連邦行政手続法の第五五条が規律する和解契約について紹介・検討するものとして、参照、大橋洋一「行政契約の比較法的考察―建設法領域を中心として―」同『現代行政の行為形式論』弘文堂(一九九三年)一六五頁以下、石井昇「行政上の和解契約の許容性」甲南法学第三〇巻第三・四号(一九九〇年)五五五頁以下。

(4) したがって、現行法第五五条の文言は、一九七〇年の連邦政府草案第五一条によって確立されたものである。一九七〇年の連邦政府草案が審議未了のまま廃案となったため、連邦政府は一九七三年に再び連邦政府草案を提出しているが、一九七三年の連邦政府草案は、公法契約規定については一九七〇年の連邦政府草案をそのまま継受し、両草案の間に違いは見られないからである。なお、連邦行政手続法の制定過程については、海老沢俊郎『行政手続法の研究』成文堂(一九九二年)六二頁以下が最も詳しい。

(5) Vgl. Christian Schimpf, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswirksamkeit, S.221.

(6) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 2. Aufl., S.187.

(7) シンプフは、事実関係の和解が、真の事実関係を捉えて適法である可能性と、逆に真の事実関係を捉え損ねて違法であ

- る可能性の双方を持つ旨を繰り返して述べている (Vgl. Schimpf, a.a.O. (Fn.5), S.223f.)。
- (8) 事実関係が不明確な場合に敢えて「事実関係の和解」を認めずとも事案の処理が可能であることを指摘するスパノヴスキは次のように言う。「行政手続及び行政訴訟手続においては、職権探知主義が妥当するため、利害関係人は原則として、事実関係について自由に処分することを禁じられている。行政庁及び裁判所は、原則として、職権に基づいて確定された事実関係を基礎として決定を行わなければならない。〔中略〕なお確定されるべき事実が十分な確信に至らない場合には、原則として、立証責任の分配ルールが適用されることになる。」と (Willy Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.212.)。
- (9) Vgl. Schimpf, a.a.O. (Fn.5), S.222f.
- (10) 模範草案の理由書は次のように述べている。「公法上の和解契約は、事実関係ないし法的状況の不明確性を、両当事者の話し合いによる合意を通じて除去する点で、民法上の和解と共通性を持つ (民法典第七七九条)。他方、公法上の和解契約の許容性に対する疑義は、以下の点に存在する。すなわち、私法における契約当事者は、その権利に関して自由に処分することが可能であり、契約自由の範囲内で、相互の交渉内容について合意しうる。これに対し行政庁は、法律による行政の原理、行政の法律適合性原理、平等原則などといった、行政活動を支配する諸原則に拘束されている。契約の締結もまた法律執行に仕えること、及び契約もまた公行政の手段であることに鑑みると、それらは公法契約にもまた適用されることになる。しかし、だからといって、公法上の和解契約が許容できないという考え方は極端過ぎる。」と (Musterentwurf, a.a.O. (Fn.6), S.195.)。
- (11) Schimpf, a.a.O. (Fn.5), S.223.; なお、ウレとヘッカー (Carl Hermann Ule/Franz Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, S.67f.) を始め、シュレツテ (Volker Schlette) もまた、シンプフと同様の見解を主張している。特にシュレツテは次のように言う。曰く「客観的に解明することができない不明確性が存在する場合、つまり、事実関係の疑義に関しては、あらゆる手段が利用しつくされたにも関わらず事実関係の解明に至らず、事実関係を立証する手段が総じて存在しない場合には、和解を締結する」ことが得るのである。」と (Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.488f.)。
- (12) Spannowsky, a.a.O. (Fn.8), S.212f.
- (13) Spannowsky, a.a.O. (Fn.8), S.213.; Schlette, a.a.O. (Fn.11), S.486f.

- (14) Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 3. Aufl., S.523; Schimpf, a.a.O (Fn.5), S.228.
- (15) Schimpf, a.a.O (Fn.5), S.231; Spannowsky, a.a.O (Fn.8), S.214.
- (16) ただし、一九七〇年の連邦政府草案の理由書は、「行政庁は、具体的ケースにおいて、常にあらゆる諸状況を考慮し、和解の締結が合目的であるかを付加的に審査しなければならない。従って、現に不明確性が存在するというだけでは、和解契約の締結には不十分である。」と述べるのみで、こうした要件を追加した理由を詳しく述べているわけではない (Ziethnach, *Friedrich Eichler, Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 55, S.11.)。
- (17) Schimpf, a.a.O (Fn.5), S.225; なお、ウレとラウビンガーも、「存在する不明確性を除去するために要する費用があまりにも大きいが為に、和解の締結が合目的と見なされる場合でなければ和解の締結は許容されない」とし、客観的不明確性の存在のみを理由に即座に和解が締結され、安易に違法状態が生み出されてはならない旨を述べている (Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.14), S.25f.)。またスバノヴァスキも、「通常、不明確性の除去が極端な費用支出を意味し、かつ行政庁によって追求されるべき公益が、讓歩〔和解―筆者註〕によって著しく抑制されない場合に限り、義務に適った裁量の行使は〔和解締結の一訳者註〕合目的性を肯定する。」と述べ (Spannowsky, a.a.O (Fn.8), S.214)、同じく客観的不明確性が存在することのみを理由に、直ちに和解が締結されるわけではないことを指摘している。したがって、シュレットが適切に指摘するように、事実関係や法的状況について客観的不明確性が存在する場合でも、行政庁は和解の締結を法的に義務づけられるわけではない。事実関係が客観的に不明確ではあるが、和解の締結が合目的ではないと判断する場合、行政庁は立証責任分配ルールに従って法律関係を規律することができるのである。また不確定法概念の意味内容が客観的に不明確ではあるが、後に裁判所が行政解釈を支持する可能性が高いと考えるのであれば、行政庁は和解締結の合目的性を否定することができ、敢えて和解を締結する必要はない。この場合、行政庁は法律を自ら解釈して不確定法概念の意味内容を確定した上で、法律関係を（行政行為を通じて）規律し、その是非を裁判所の判断に委ねればよいのである (Schlette, a.a.O (Fn.11), S.491.)。
- (18) 民事法上の和解が、主観的不明確性の存在をもって直ちに許容されることについては、参照、柚木・前掲書（註2）七六三頁。
- (19) Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.14), S.529.
- (20) Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.14), S.527f.

- (21) 連邦行政手続法の第五六条が規律する交換契約について紹介・検討するものとして、参照、大橋・前掲論文(註3)一六八頁以下、石井昇『行政契約の理論と手続―補助金契約を題材にして―』弘文堂(一九八七年)一三五頁以下。
- (22) なお、和解契約と同様、交換契約を公法契約の一類型としてあげたのがザルツヴェーデルであったことについては、本稿第一章の註(40)を参照。
- (23) Martin Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S.17f.; なおプリンガーの見解については、参照、塩野宏「紹介マルティン・プリンガー『契約と行政行為』」同『行政過程とその統制』有斐閣(一九八九年)二六二頁以下、石井・前掲書(註21)一三頁以下、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」法学研究第四四卷第七号九一頁以下(一〇三頁以下)。
- (24) BVerwG, Urt.v.6.7.1973 (BVerwGE42, S.38ff.); なお、連結禁止原則の意義を詳細に検討したものとして、参照、高橋正徳「連結(Koppelung)の法的統制」名大法政論集第一一一卷(一九八六年)一頁以下、同第一一二卷(一九八六年)一一二頁以下。
- (25) BVerwGE42, S.339.
- (26) Schimpf, aa.O (Fn.5), S.250f.; Uiel/Laubinger, aa.O (Fn.14), S.530.; Spannowsky, aa.O (Fn.8), S.218f. und S.343.
- (27) Musterentwurf, aa.O (Fn.6), S.197.
- (28) Uiel/Laubinger, aa.O (Fn.14), S.530.; Spannowsky, aa.O (Fn.8), S.347.
- (29) この点、模範草案の理由書は次のように述べている。「模範草案の中に持ち込まれた保護措置は、交換契約の承認により危惧される高権の大安売りを防止すると共に、契約関係及び契約関係から生み出される「汝が与うが故に与う」を考慮し、てもなお正当化され得ない拘束から市民を保護しなければならぬ。」と (Musterentwurf, aa.O (Fn.6), S.196.)。
- (30) Musterentwurf, aa.O (Fn.6), S.197.
- (31) Musterentwurf, aa.O (Fn.6), S.198.
- (32) BVerwG, Urt.v.15.12.1989 (NVwZ, 1990, S.665ff.); なおこの判決については、Vgl. Spannowsky, aa.O (Fn.8), S.344ff.
- (33) 判決は次のように言う (NVwZ, 1990, S.666)。「基本法第一八条の第二項第一文は、法律の範囲内で、自らの責任の下、地域共同体に関するあらゆる事項を規律する権利をゲマインデに対して保障している。地域経済構造の改善のため、また

雇用の創設や維持のために、企業の誘致や拡張を促進することがこれに含まれる点は一般に認められている。こうした権限は、ゲマインデの都市建設上の任務とも密接な関係に立つのであって、それはとりわけ建設管理計画の策定を通じて保障されている。その際、一方では経済や雇用の維持、確保、創設といった事項が、他方では、健全な住宅事情や労働環境に関する一般的要請、ならびに環境保護という事項が考慮されなくてはならない（建設法典第一条の第一号・第七号・第八号）。また建設法典は一般的に、建設管理計画に関し、人間の尊厳に適った環境を確保するという目標をゲマインデに対して課している（建設法典第一条V）。他方ゲマインデは、右の目標を追求する際、排出施設の企業が、イミッション防止により一般的に許容された限界内で活動しうる旨を、建設管理計画において決定することに制約されない。むしろゲマインデは、連邦イミッション防止法によって定められた基準よりも強められた基準によって、防止されるべきイミッション防止を達成しようとするのが、できるのである。」と（傍点筆者）。

(34) NVwZ, 1990, S.667.

(35) BVerwG, Urt.v.13.7.1979 (DöV, 1979, S.756ff.); なおこの事件の事実の概要については、NJW, 1980, S.1294ff.が詳しい。

(36) 駐車場設置義務免除契約については、参照、大橋・前掲論文（註3）一八七頁以下。

(37) BGH, Urt.v.14.12.1978 (NJW, 1979, S.642).

(38) 原審マンハイム上級行政裁判所判決については、Vgl., DöV, 1979, S.757; 他方、本件控訴審である連邦行政裁判所の一九七九年七月一三日判決は、駐車場の建設義務を免除する代わりに支払われた分担金が、ゲマインデによる公営駐車場の建設費用に充てられている事実をもって、本件契約の連結禁止原則違反を否定し、逆にその許容性を肯定した（BVerwG, Urt.v.13.7.1979 (DöV, 1979, S.758)）。連結禁止原則の厳格なる適用という視点から見た場合、右の連邦行政裁判所判決には疑問が残るところではあるが、Y（建築主）が優先的に利用できる公営駐車場を、Y所有地の近隣に設置することが現実には不可能であることに鑑み、学説も、右の連邦行政裁判所判決を是認する傾向にある。右の連邦行政裁判所判決を支持する学者として、Vgl., Spanowsky, a.a.O. (Fn.8), S.380f.

(39) BVerwG, Urt.v.6.7.1973 (BVerwGE42,S.331ff.).

(40) 地区施設概念の具体例については、Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Baugesetzbuch, Kommentar, § 123, Rn.1ff.; Hans-Joachim Drehauss, Erschließungs- und Ausbaubetriebe, 4. Aufl., S.55ff.

- (41) Driehaus, a.a.O. (Fn.40), S.60f.
- (42) 建設による土地利用にとつて必要不可欠な歩道・住宅道・児童公園・緑地・イミッション防止施設などは、建設法典の第一二七条により、また電気・ガス・水道などの供給施設の他、下水道処理施設などは、地方租税公課法により徴収される。この点については、参照、原田純孝他編『現代の都市法』東京大学出版会（一九九五年）一一八頁以下。なお、地区施設整備契約を含め、地区施設整備費用の徴収システムを検討するものとして、三木義一『受益者負担制度の法的研究』信山社（一九九五年）一三三頁以下、大橋・前掲論文（註3）一八三頁以下を参照。
- (43) 開発費用負担契約については、三木・前掲書（註42）一三三頁以下、大橋・前掲論文（註3）一八六頁、原田他・前掲書（註42）一一四頁以下を参照。
- (44) BVerwGE42, S.339f.

※ 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。