



Title	行政契約の法理論（3）
Author(s)	岸本, 太樹; KISHIMOTO, Taiki
Citation	北大法学論集, 52(6), 53-92
Issue Date	2002-02-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15125
Type	departmental bulletin paper
File Information	52(6)_p53-92.pdf



論
說

行政契約の法理論（三）

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

（以上五一卷四号）

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

（以上五二卷五号）

（以上本号）

以上、和解契約、交換契約という公法契約の具体的類型について、これを規律する連邦行政手続法の第五五条及び第五六条の内容と、その意義を検討してきた。他方注意すべきことは、公法契約の内容は、何も「和解」と「交換」に限定されず、それ以外にも様々な内容を持ちうる事実である。説明の便宜上、一つのテストケースを以下に掲げる。これはドイツで実際に生じた実務事例である。⁽⁴⁶⁾

「Xは、ゲマインデYに存在する自己所有地に四階建ての住宅を八棟建設することを計画し、建設許可を受けた上で建設行為に入っていた。工事の途中でXは屋上に増築を行いたいと考え、屋上増築の許可申請を行った。Xの所有地は、既存の建築物が作り出す地域構造の固有性を基準にして建設案の許容性が審査される連担建設区域に存在していたが、周辺領域では四階建て以上の家屋が多く存在していたため、屋上増築の申請を拒否すべき法的理由はなかった。ところが、X所有地の隣でマンションを建設していた訴外Sが、Xによる屋上の増築計画に異議を唱えた。増築部分の部屋からはS所有のマンションの各部屋を展望でき、マンションの価値が下がって販売が困難になると危惧したからである。当初ゲマインデYは、Xの屋上増築計画が法的には問題ないものであることを理由に、Sの主張を根拠なしと考えていたが、ゲマインデYの市長はSに便宜を図り、Xに対して屋上増築の許可を付与しないよう指示するとともに、Xが以下の提案に同意した場合に限り、屋上増築の許可を与える旨の見解を表明した。すなわち第一に、四階以上の部分にはS所有のマンション側に窓を設置してはならないこと、四階以上の部分につながる階段に設置される窓は磨りガラスとし、開閉不可能なものにすること、最上階は家屋として利用しないことである。Xは、このまま工

事が遅れると賃貸料等の収入が遅れて損害を被ると考え、不本意ながらこれに合意した。」(傍点筆者)

言うまでもなく、本件交換契約は「連結禁止原則」に違反して許容されない。行政権限の発動が反対給付の提供に依存せしめられ得るのは、反対給付の提供により、行政権限を発動するための法的前提が整う場合である。本件の様に、建設許可の法定要件が整い、Xに許可を求める法的請求権が存在する場合、ここに許可の発動を妨げる法的障害の存在は認められない為、許可の発動を反対給付の提供に依存せしめることは連結禁止原則違反となり、特に連邦行政手続法の第五六条第三項に違反して許容されない⁽⁴⁶⁾のである。

しかし、許可要件が充足されている以上、行政庁は機械的に許可を義務づけられると結論づけることにも、理論的に飛躍がある。Xの増築計画に対して反対運動が生じている場合に、行政庁が紛争を回避する為に、Xに何らかの提案を行ふこと自体は法的に可能だからである。

したがって、行政庁の提案にXが同意しない場合でも、法定要件を充足した増築許可を付与することを認めた上で、S所有のマンションに面した部分に窓を設置しない一仮に設置するにしても磨りガラスにする一ようXに提案し、Xがそうした提案を引き受ける法的義務がないことを十分認識した上で、この提案に理解を示し、任意にこれを承諾するのであれば、その合意は法的に問題なく許容される⁽⁴⁷⁾。なぜなら、この契約は連結禁止原則に違反せず、またXがこうした法定外の義務を任意に契約上引き受けることは、自由権的基本権の行使として、法律上禁じられていないからである。

そして右の事実は、連邦行政手続法が規律する様々な要件や法律の留保などの憲法原則に違反しない限りで、行政主体と私人が広く契約内容についての交渉を行い、任意にこれを合意しながら法律関係を規律しうること、すなわち、公法契約の内容が何れも和解と交換に限定されるわけではないことを意味するのである。事実、ドイツの学説・判例は、こ

の他にも契約の履行や解除に関わる事項を公法契約において合意しうる旨を認め、また公益の観点から、それらについて、むしろ積極的に合意すべきことを主張する者が存在する。次節（第五節）では公法契約の履行に関わる契約条項として「遅滞利息」、「違約罰」、「即時執行」について、また第六節では、公法契約の解除に関わる契約条項として「解約の合意」について検討する。

第五節 遅滞利息・違約罰・即時執行の合意

一 議論の前提

公法契約が行政の行為形式の一つとして公益の実現に仕える以上、合意事項は誠実かつ迅速に履行されることを要する。それにも関わらず、契約の一方当事者が、契約において合意した事項を遵守せずに債務の履行を怠る場合、債権者は、いかなる方法により自己の契約上の権利を主張し、それを達成しうるのかが問題となる。この点、連邦行政手続法には債務不履行に関する規定が存在しない。しかし、第六二条の第二文が、第五四条から第六一条までの規定から別段のことが生じない限りで民法典の規定（*Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches*）を準用する旨を規定しているため、公法契約において債務不履行が生じた場合、基本的には民法典の債務不履行に関する諸規定が準用され、これに従った法的処理が行われることになる。⁽⁴⁸⁾ 判例も、公法上の債権債務関係が、対等な当事者間において存在し、その債務不履行が生じた場合には、そこに民法典の規定が準用される旨を基本的に肯定している。⁽⁴⁹⁾

しかし、民法典の債務不履行規定に従って公法契約の義務履行確保を行うことに問題がないわけではない。この方法

では、債務不履行の時点から、契約が実際に履行されるまでの間に時間的な空白が生じるため、その期間、契約が履行されないことによる公益侵害の発生を防げないからである。⁽⁵⁰⁾ 公法契約が行政の行為形式の一つとして公益の実現に仕える以上、適法ないし有効に存在する公法契約は、確實かつ迅速に履行されることが公益の観点から望ましいことはいまでもない。本節で検討する「遅滞利息」、「違約罰」、「即時執行」の各合意は、公法契約の確實かつ迅速な履行確保を実現するための手段として、近年、ドイツでその積極的な活用が主張されている制度である。

二 遅滞利息の合意

遅滞利息とは、金銭債務が履行遅滞に陥った段階で、債務者が損害賠償として支払わなければならない金銭をいう。⁽⁵¹⁾ ドイツ民法典の第二八八条が遅滞利息に関する規定であり、次のように規定する。

「民法典第二八八条 遅滞利息

(一) 遅滞がある間は、金銭債権について年四分の割合で利息をつけなければならない。債権者が法律上の原因により、これを超える利息を請求しうる場合は、その利息を支払わなければならない。

(二) その他の損害の主張は妨げない。」

右の規定によれば、民事契約が履行遅滞にある場合、契約中に遅滞利息条項が存在するか否かに関係なく、債務者は法律上、年四％の利率で利息を支払わなければならない。また契約当事者が、契約締結時に遅滞利息に関する合意を行

い、法定の四％を超える利息を支払うことも許容されている。遅滞利息制度は、債務の履行を心理的に強制し、債務の履行を確実にする機能を持つ。

問題は、公法契約の履行遅滞に際し、遅滞利息の請求がいかなる要件下で許容されるのかである。この問題について、ドイツの学説は対立している。

ウレとラウビンガーは、民法典の第二八八条が連邦行政手続法の第六二条第二文を経て公法契約に準用されることを前提に、契約中に遅滞利息条項が存在しない場合でも、債権者は常に、年四％の遅滞利息を請求できると考える。彼等は次のように言う。⁵²⁾

「履行遅滞中、民法典の第二八八条にしたがい、金銭債務には少なくとも年四％の利息をつけなければならない。」

これに対しパノヴスキーは、右の見解を厳しく批判する。彼は、「契約中に遅滞利息条項が存在する場合」か、「契約上の金銭債務につき、遅滞利息請求を認める公法規範が存在する場合」⁵³⁾に限り、遅滞利息の請求は法的に許容される。とし、次のように述べている。

「行政とその契約相手方が、給付義務の遅滞した履行に対する遅滞利息の支払いを合意した場合には、それが不当でない限りで、契約によって合意された利息請求権の行使を行うことには原則として何らの疑義も存在しない。しかし、利息請求が契約による合意に基づかない場合は別である。〔中略〕契約当事者の対等性を前提とした民事法規定の適用によって、行政が対等秩序というマントを覆い、法律による明示的な正当化根拠もなく、市民の負担を拡大しうる

ことに行き着いてはならない。ゆえに原則として遅滞利息は、それが給付の遅滞のケースのために、契約当事者間で適法に合意されている場合に限り承認されうる(55)ことが、要請されなければならない。行政の契約相手方が契約における主要な義務に関して遅滞に陥っている場合でも、民法典の第二八八条が無条件に準用されてはならない。」

スパノヴスキーが右の主張を展開した背景には、「法律の留保」への配慮がある。第一章の第三節でも述べたが、法律の留保について本質性理論を採用するドイツでは、人民の自由・財産への侵害的效果を伴う行政活動は、今なお法律の留保領域に属する(基本権的法律留保)。ただし、契約において私人が義務を引き受けること自体は、自由権的基本権の行使であり、基本権の侵害にはあたらないため、仮にそれを認める個別の法律規定が存在しない場合でも、私人が契約において、金銭債務の履行遅滞に際して遅滞利息を支払う旨の義務を引き受けることは法的に可能である(この場合、遅滞利息についての合意(契約条項)が法的根拠となつて、遅滞利息の請求が許容される)。しかし、遅滞利息条項が契約中にならぬ場合、私人の財産にとつて侵害的效果を持つ遅滞利息請求は、その正当化根拠を(契約以外の)法律に求めなければならないのである。(54)

法律の留保論との整合性という視点で見た場合に、スパノヴスキーの見解の方が説得力を持つように思われるが、いづれにせよ、行政主体と私人が、金銭債務の履行遅滞を見越して遅滞利息条項を契約中に設け得る点では学説上争いはない(55)。また遅滞利息の合意が、契約の履行可能性を高め、特に私人の履行遅滞による公益侵害の発生を抑制する事実に鑑みると、行政主体は遅滞利息の合意を、むしろ積極的に活用すべきことにならう。(56)

三 違約罰の合意

他方、違約罰は、債務不履行に陥った債務者が債権者に対して支払う旨を約束した金銭である。⁽⁵⁷⁾ その意味で違約罰の合意は、債務者に対して契約の履行を促す効果を持つとともに、債務不履行により生じた損害の一部を確実に賠償させる機能を持つ（債権者は、不履行に基づいて損害が発生したことを立証することなく、違約罰を損害賠償の一部として受け取ることができる⁽⁵⁸⁾）。違約罰については、ドイツ民法典の第三三九条以下に規定が存在する。問題は、この民法規定が連邦行政手続法の第六二条第二文を経て公法契約にも準用されるのか、すなわち、公法契約において違約罰条項を設けることが法的に許容されるのである。

この問題を検討した判例を検討しよう。事案は次の通りである。⁽⁵⁹⁾

「被告Yは、ラントLが所有する土地を賃貸借し、そこに建築資材置場と事務所を建てていた。Yは特別許可を得ることなく既存の自動車道路を拡張し、工所用車両の乗り入れを可能なものにした。道路建設局は、右の拡張行為を否認した。一九七一年二月五日、ラントLを代理した連邦とYとの間で契約が締結され、Yは同年十二月三十一日までに建築資材置場を明け渡し、許可なく拡張した道路を自らの費用で除却することを義務づけられた。またYが約束期日までに明け渡しを行わなかった場合には、一万マルクの違約罰を支払う旨が同時に合意された。」

マンハイム上級行政裁判所は、本件違約罰の合意の法的許容性を肯定して、次のように述べた。⁽⁶⁰⁾

「違約罰の合意が一般に公法において許容されるかについて、当法廷は、この場で必ずしも排他的に決定する必要はない。いずれにせよ、本件のような事実関係においては、こうした合意は法的に問題ない。というのも、本件違約罰

は、行政強制に匹敵する強制という目的を追求するのみで、道路建設庁は、本件契約の第二条の規律を、行政行為により行うことができ、また強制執行の要件が存在する場合には、例えば強制金などで威嚇することができるからである。また、本件で合意された違約罰の額については、比例原則の観点の下、何らの疑義も生じない。」

つまり判決は、本件土地の明渡義務を、行政行為形式でYに課し得たこと、また、その義務不履行に際して法律が行政強制を用意していることに鑑み、これと同じ内容の義務が契約によって引き受けられた場合に、契約当事者が義務不履行を見越して違約罰を合意したとしても、その額が比例原則に違反しない限りで、法的問題はないと考えたわけである。⁽⁶¹⁾

問題となるのは、その不履行に際して行政強制を認める法律が存在しないところの義務が契約上引き受けられる場合に、行政主体と私人が同時に違約罰を合意しうるのかであるが、この点本稿でも既に述べたように、契約上任意に義務を引き受ける市民の行為は基本権の行使であり、法律の留保を呼び起こす基本権の侵害ではない。⁽⁶²⁾ このため、その不履行に際して行政強制を認める法律が存在するか否かに関係なく、行政主体と市民が任意に違約罰を合意することは法的に許容されよう。⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾むしろ、近年のドイツ行政法学説の中には、違約罰の合意が、公法契約の履行可能性を高めることに鑑み、この制度をより積極的に活用すべきことを主張する論者も存在する。⁽⁶⁵⁾

四 即時執行の合意

〔一〕意義

他方、公法契約の迅速かつ確実な履行を確保するための手段は、この他にも、連邦行政手続法の第六一条が定める「即時執行制度」がある。⁽⁶⁶⁾ 連邦行政手続法の第六一条は、次のように規定する。

「第六一条 即時執行への服従

(一) 各契約締結者は、第五四条第二文の意味における公法契約に基づく即時の執行に服することができる。行政庁はこの場合において、行政庁の主催者、その一般代理人または裁判官資格を有する公務員もしくはドイツ裁判官法第一一〇条第一文の要件を満たす公務員により代理されなければならない。即時執行への服従は、それが契約締結の専属管轄を有する監督庁によつて認可された場合に限り効力を有する。この認可は、服従が連邦の最高官庁もしくはラントの最高官庁から、またはこれらに対して宣言されたときは不要である。

(二) 第一項第一文の意味での公法契約については、契約締結者が第一一条第一項第一号の意味における行政庁である場合は、連邦行政執行法が準用される。私法上の自然人、法人または権利能力なき社団が、金銭債権を理由とする執行を行うおとすときは、行政裁判所法第一七〇条第一項から第三項までの規定を準用する。執行が、第一一条第一項第一号の意味での行政庁に対し、作為、黙認または不作為の強制に関して向けられる場合、行政裁判所法第一七二条を準用する。」

第六一条の第一項は、即時執行の合意が行われるために必要な要件を、同条の第二項は、即時執行の具体的実施方法について規定している。

第六一条第一項の第一文が規定するように、公法契約の各当事者は、公法契約に基づく即時執行に服することができる。

「各契約当事者は」となっていることからわかるように、行政庁の契約相手方たる私人のみならず、行政庁もまた、公法契約に基づく即時の執行に服従することができる。⁽⁶⁷⁾それが合意され、公法契約に即時執行条項が盛り込まれると、その公法契約は、強制執行によって実現される請求権の存在を公に証明する文書、すなわち「執行名義」となり、債務不履行が生じた場合、これに基づいて直ちに強制執行が開始される。特に行政庁が強制執行をかける場合、ここに連邦行政執行法が準用されるため(第六十一条第二項第一文)、行政庁は裁判所を経由することなく、公法契約を執行名義として自力執行を行いうる。⁽⁶⁸⁾したがって、即時執行が合意され、公法契約が執行名義とされている場合、債務不履行から強制執行が行われるまでにかかる時間が大幅に短縮される。その意味で、先に検討した「遅滞利息」や「違約罰」の合意が、適時かつ確実な債務の履行確保を目的として、債務者に対して心理的圧力をかけ、債務不履行を事前に予防する手段であったのに対し、「即時執行の合意」は、不履行に陥った債務の迅速な履行確保に仕える手段である。特にこの規定が、金銭給付のみを即時執行の対象とすることを認める民事訴訟法とは対照的に、給付の種類に関係なく、広く契約上の権利義務一般を即時執行の対象としていることに鑑みると、公法契約は、民事契約に比べて執行名義として認められる範囲が広く、それだけ迅速な履行を確保された義務の範囲は広い。⁽⁶⁹⁾ここに我々は、行政の行為形式の一つとして、公益の実現に寄与すべき公法契約の迅速かつ確実な履行を広く保障しようとした立法者の意思を読みとることができる。

〔二〕即時執行の要件

(a) 即時執行条項

公法契約に基づいて即時執行を行うためには、契約当事者が、即時執行に服す旨を契約中において明確に合意しなけ

ればならない⁽⁷⁰⁾。換言すれば、公法契約の「内容として」即時執行条項⁽⁷¹⁾が存在しなければならぬ。

こうした要件が設けられた背景には、やはり「法律の留保論」が存在する。本質性理論に立つドイツにおいて、人民の自由・財産への侵害的效果を持つ行政強制は、「法律の留保事項」である。したがって行政強制は、原則として法律がそれを認めていない限り法的に許容されない。そのため、行政強制を認める法律が存在しないにも関わらず、それを行うためには、それを法的に正当化する根拠が法律以外に求められなければならない。即時執行条項(即時執行の合意)はまさに、法律に代わって行政強制を正当化する法的根拠であり、これがあって初めて、公法契約を執行名義として行政強制を行うことが法的に正当化されるのである。この点は、模範草案以来の立法者が、繰り返し強調してきた点である⁽⁷²⁾。

(b) 監督庁の認可

公法契約に基づく即時執行は、即時執行条項に対する監督庁の認可を要する(第六十一条第一項第三文)。その例外は、公法契約を締結する行政庁が、連邦ないしラントの最高官庁である場合に限られる⁽⁷³⁾(第六十一条第四文)。この要件は、一九六三年の模範草案第四七条には存在しておらず、現行の第六十一条第二項とともに、一九七〇年の連邦政府草案の第五七条の段階で追加されたものである。一九七〇年の連邦政府草案の理由書には、こうした要件を追加した理由は明確に示されていないが、義務不履行に対する行政強制を授權する法律の多くが、監督庁の認可を行政強制の要件として示していることに鑑み、公法契約に基づく即時執行についても、監督庁の認可を要求したようである⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾。

第六節 解約の事前合意

一 議論の前提

公法契約は、行政の行為形式として、公益の実現に仕えなければならない。前節で検討した「遅滞利息」、「違約罰」、「即時執行」に関する契約条項は、公法契約の確実かつ迅速な履行確保をめざして合意されるものであり、これらはいずれも、公法契約の履行が公益の実現に仕えることを前提とした議論であった。

しかし、公法契約の履行は、常にそれが公益に適合するとは限らない。逆にその履行により公益が侵害される場合もあり得る。特に、継続的な債権債務関係を生み出す公法契約の場合、それを取り巻く環境の変化により、契約が違法・不当になり、その公益適合性が失われる場合は少なからず存在する。また契約締結後の事情変更により、公法契約が違法・不当となった場合、その履行は、単に公益のみならず、契約当事者にとっても、好ましくない場合が多い。公法契約も行政の行為形式として、公益適合性や法律適合性に服す以上、契約締結後の事情変更により、それが違法・不当になった場合、何らかの法的対処が必要となる。連邦行政手続法の第六〇条は、まさにその為に設けられた規定であり、次のように規律する。⁽⁷⁶⁾

「第六〇条 特別な場合における適状と解約告知

(一) 契約内容の確定にとって決定的な諸関係が、契約締結後、一方当事者に対して当初の契約規律への固執を期待することができないほど本質的に変化した場合、その契約当事者は、変化してしまった関係に、契約内容を適状

させるよう要求し、適状が不可能であるとき、または適状を相手方当事者に対して期待することができない場合には、契約を解約告知しうる。行政庁はさらに、公共の福祉に対する重大な損害を防止し、または除去するため、契約を解約告知しうる。

(二) 解約告知は、法規範により別段の形式が定められていない限り、書面形式を必要とする。解約告知には理由を付すものとする。」

第六〇条第一項の第一文は、契約内容を確定する際に決定的であつた諸状況が契約締結後に本質的に変化し、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、契約締結行為の基盤（行為基礎）が喪失した場合、契約内容を現在の状況に合わせて改訂し、それが不可能である場合に契約の解約を認める（事情変更原則）。

シンプフによると、「契約内容確定の際に基礎とされた法規範が後に改正された場合」⁽⁷⁸⁾や、「契約内容を確定する際に基礎とされた法規範が、後に連邦憲法裁判所の判決により無効とされた場合」⁽⁷⁹⁾、さらに「契約内容を確定する際に基礎とされた法規範が、後に連邦憲法裁判所の判決により、基本法に反する解釈である旨を宣言された場合」⁽⁸⁰⁾には、行為基礎の喪失が認められ、契約は適状・解約されうる。その意味で、事情変更による契約の適状・解約を認める第六〇条第一項の第一文は、違法となつた契約の履行を回避し、公益侵害の防止に一定限度寄与する。

しかし、第六〇条第一項の第一文は、その履行が公益を侵害する全ての公法契約の適状・解約を保障していない。なぜなら、この規定による適状・解約は、事情変更原則の適用を前提としており、「契約内容を確定する際に決定的であつた諸状況が契約締結後に本質的に変化し、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、契約締結行為の基盤（行為基礎）が喪失していること」を要求するからである。したがって、いかに契約の履行により公

益侵害の危険性があるとしても、この要件の存在が認められなければ、第六〇条第一項第一文の適用は問題にならず、この規定による適状・解約は法的に不可能なのである。

第六〇条第一項の第一文による契約の適状・解約に右の限界があるため、模範草案以来の立法者は、行政の公益適合性原理を考慮し、契約の履行による公益侵害を防止するため、契約の履行が、公共の福祉にとつて著しい損害となる場合に、契約を一方的に解約する権限を行政庁に与えた。これが第六〇条第一項の第二文による解約である。⁽⁸²⁾

二 解約条項の意義

このように、公法契約の解約に関する連邦行政手続法第六〇条第一項の第一文、同第二文は、契約の履行による公益侵害を防止することに一定限度寄与する。しかし、これによつてもなお対応できない場合がある。

先にも述べたとおり、第六〇条第一項の第一文による適状・解約を行う為には、契約内容を確定する際に決定的であつた諸状況が契約締結後に本質的に変化し、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、契約締結行為の基盤（行為基礎）が喪失していることが必要である。

また、契約の履行が、公共の福祉にとつて著しい障害となることが肯定されなければ、第六〇条第一項の第二文による解約は許容されない。契約が現在の法的状況との関係で違法・不当であり、その履行が何らかの意味で公益上好ましくないとしても、その履行が、公共の福祉にとつて著しい損害と評価されなければ、契約を解約することはできないのである。⁽⁸³⁾

しかし、公益の擁護者としての行政庁は、仮に第六〇条第一項による解約可能性を否定されたとしても、その活動を

常に公益に適合させる任務から解放されたわけではない。また契約の解約は、何も第六〇条第一項の要件を満たした場合に限定されるわけでもない。したがって、第六〇条第一項の存在にも関わらず、なお契約による公益侵害を防止するための法的措置を講ずる余地は存在する。「解約の事前合意」は、まさにそのための手段である。行政庁は、第六〇条第一項では解約できない公法契約が履行され、公益が侵害される状態を回避するために、契約に解約条項を盛り込むことを私人に納得させ、第六〇条第一項の第一文・同第二文よりも広げられた解約権を獲得することができるのであって、それは法的義務ではないにせよ、むしろ望ましい措置である。最近、この問題を論じたスパノヴスキーは、公益保護の為に解約条項を積極的に活用すべきことを説き、概略的に次のように述べている。⁽⁸⁴⁾

「市民全体の利益〔公益―筆者註〕は、公法契約については、連邦行政手続法の第六〇条に規律された特別要件下でのみ、ただ限定的にしか考慮され得ない。したがって行政庁は、既に契約交渉の段階で、適切な形成形式を選択することにより、公益の損害発生を排除しなくてはならないのである。こうして行政庁が、公法的拘束に矛盾する契約拘束を生み出すことが回避される。」(傍点筆者)

(45) Spanowsky, a.a.O (Fn.8), S.394ff.

(46) Spanowsky, a.a.O (Fn.8), S.397.

(47) ちなみに、本件の様に、反対給付の提供を行うまでもなく建設許可発動の法的前提が存在している場合、相手方私人が、敢えて行政庁の提案に従って、法定外の義務を契約によって引き受けることは、現実には希であろう。したがって、このような場合に、相手方私人が行政庁の提案通りに義務を引き受けたとするならば、私人は「行政庁の提案に従わなければ建設許可が下りない」と錯誤をきたしているか、行政庁が優越的地位を濫用し、「行政庁の提案に従わない限り、建設許可

- を付与しない」と強制した(連結禁止違反)可能性が強い。スパノヴスキーは、こうした事情を考慮して、私人による義務引受けの意思表示が、私人の錯誤や行政庁の優越的地位の濫用に基づくものではなく、真に任意的なものであるというためには、「行政庁の提案通りに義務を引き受けずとも建築許可が与えられることが適切に教示されていること」が必要で、かつ「相手方がそれを十分理解した上で、任意に義務を引き受けたことにつき、行政庁が立証責任を負うこと」を主張している (Spannowsky, aa.O. (Fn.8), S.417-S.421.)。なお、これとほとんど同旨の見解を主張するものとして Vgl., Schlette, aa.O. (Fn.11), S.421f.
- (48) Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrgesetz, § 62, Rn.101.; Ule/Laubinger, aa.O. (Fn.14), S.560f.
- (49) 例えは BGH, Urt.v.1.10.1981 (NJW, 1982, S.1277f.) は、公法契約などの公法上の対等秩序関係に民法の債務不履行規定が準用される旨を肯定する。
- (50) ウレ・ラウビンガーは、民法の債務不履行規定に従った公法契約の義務履行確保が、多くの時間とコストを要する事実を指摘している (Ule/Laubinger, aa.O. (Fn.14), S.567.)。
- (51) Spannowsky, aa.O. (Fn.8), S.253.
- (52) Ule/Laubinger, aa.O. (Fn.14), S.563.
- (53) Spannowsky, aa.O. (Fn.8), S.253ff.; なお、Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 5.Aufl., S.932f. は、た、スパノヴスキーと同様の見解を示して次のように言う。「遅滞利息は、それが法律上ないし契約を通じて決定されている場合に限り支払われなければならない。遅滞利息を支払うことを義務づける行政法の一般的な基本原則は存在しない。公法上の金銭債権の不履行の効果は、個々のケースで規律された特別法に従う。連邦行政手続法の第六二条における、私法および民法典第二八八条への包括的な参照指示は、準用という方法により、これまで行政法において一般的に妥当してきた法的思考を、逆転させることに行き着いてはならない。行政庁と市民が、その裁量に従い、行為形式を選択できるとしてもしても、かかる行為形式の選択は、利害関係人の権利および義務の性質および範囲にとつて意義を持つてはならない。〔とはいえ、筆者註〕行政行為にあつては遅滞利息が生じない場合でも、当該行政行為に代えて公法契約が締結され、かかる契約において、遅滞利息請求権が、明示的に基礎づけられている場合は別である。」と(傍点筆者)。
- (54) 連邦行政裁判所もまた、こうした見解を示している。 Vgl., BVerwG, Urt.v.26.3.1965 (DVBl, 1965, S.731).

- (55) 遅滞利息条項が契約中に存在するか否かに関係なく遅滞利息の請求可能性を肯定するウレ・ラウビンガーも、公法契約中に遅滞利息条項を設けることを否定している(Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.14), S.563.)。
- (56) Spannowsky, a.a.O. (Fn.8), S.256.
- (57) Spannowsky, a.a.O. (Fn.8), S.252.; Obermayer, a.a.O. (Fn.48), § 62, Rdnr.179.
- (58) Obermayer, a.a.O. (Fn.48), § 62, Rdnr.180.
- (59) VGH Mannheim, Urt.v.18.5.1981 (NVwZ, 1982, S.252f.).
- (60) NVwZ, 1982, S.253.
- (61) 学説も一般に、マンハイム上級裁判所判決を支持している。本件判例を紹介するものとして、Vgl., Spannowsky, a.a.O. (Fn.8), S.252.; Knack, a.a.O. (Fn.53), S.934.
- (62) 本稿第一章第三節一を参照。
- (63) Spannowsky, a.a.O. (Fn.8), S.252f.; 特にシュレットは次のように言う。曰く「民事契約、並びに行政法上の契約の締結は、それが著しい義務への拘束を生み出す場合においてもまた、個々の市民にとつてみれば、私的自治による自己決定の現れであり、基本権の行使である。よつて、基本権的侵害留保という意味での《侵害》が欠如しているが為に、契約による違約罰の合意の許容性は、一市民の、他のあらゆる任意的な契約上の義務と同様に、個別の法律による授權を必要とはしないのである。」と (Schlete, a.a.O. (Fn.11), S.527f.)。
- (64) なお、オーバーマイヤーは、違約罰が債務不履行によつて生じる損害を補填するために用いられなければならない、それが営利的な利得になつてはならないこと、したがつて、損害賠償額を超えるような多額の違約罰は、合意し得ないことを主張している (Obermayer, a.a.O. (Fn.48), §62, Rn.182ff.)。
- (65) 特にスバノヴスキーは、「公共の福祉との特殊な関連性に鑑みると、個別に違約罰を通じて義務を強化することは正当化されうる」と述べ、公益の観点から違約罰の合意を活用すべきことを主張している (Spannowsky, a.a.O. (Fn.8), S.253)。またシュレットも次のように言う。曰く「行政庁の契約上の義務、及び市民の契約上の義務の履行を確実なものとするために、行政法上の契約において違約罰を合意することは、基本的に許容される。いずれも法律適合性には違反しない。特に市民による違約罰の合意には、今後も実務上の必要性が存在する。他方、こうした理由に基づいて、契約による違約罰の

- 合意が許容される旨が、法律上明示的に保障されることが望まれる。」と (Schlette, aaO (Fn.11), S.528)。
- (66) 連邦行政手続法の第六一条が規律する即時執行制度については、大橋・前掲論文(註3) 二二四頁以下、石井・前掲書(註21) 二六六頁以下参照。
- (67) Uf/Laubinger, aaO (Fn.14), S.567.
- (68) Uf/Laubinger, aaO (Fn.14), S.566.
- (69) Uf/Laubinger, aaO (Fn.14), S.569.; なお、即時執行の対象が金銭給付に限定されないうことについては、模範草案以来、一貫して認められてきたことである (Vgl. Musterentwurf, aaO (Fn.6), S.204.)。
- (70) ウレ・ラウビンガーは、次のように述べている (Uf/Laubinger, aaO (Fn.14), S.567)。「公法契約の相手方及び行政庁は、契約に基づく請求権を、いとも簡単に強制執行することはできない。そのためには、権限ある行政裁判所への請求を通じて獲得しうる執行名義が必要である。こうした一時間と費用がかかる一方法は、執行を受ける債務者が、公法契約に基づく、即時執行に服従した場合に限り、踏まれる必要性がなくなるのである。」と (傍点筆者)。
- (71) 一般的には、書面化が必要だと考えられている (Vgl. Uf/Laubinger, aaO (Fn.14), S.568)。
- (72) Musterentwurf, aaO (Fn.6), S.203f.
- (73) Uf/Laubinger, aaO (Fn.14), S.568.
- (74) 義務不履行に対する行政強制を授權する法律の多くが、監督庁の認可を要求している事実については、Vgl. Musterentwurf, aaO (Fn.6), S.204.
- (75) 即時執行の実施方法について敷衍しておこう。連邦行政手続法第六一条第二項の第一文により、行政庁が公法契約に基づいて即時執行を行う場合には、連邦行政執行法が規律する行政強制手続に従うべきことになる。
- 他方、連邦行政手続法第六一条第二項の第二文および同第三文は、行政の契約相手方私人が、公法契約に基づいて、行政庁に対して強制執行を行う場合の手續に関する規定である。これによると、即時執行条項を持つ公法契約における行政庁の義務が金銭給付を内容とし、これが債務不履行にある場合、行政裁判所法の第一七〇条第一項乃至第三項に従って即時執行が行われる(連邦行政手続法第六一条第二項第二文)。つまり、債権者たる私人による申立てにより、第一審裁判所は、行おうとする執行措置を行政庁に通知し、一ヶ月以内に執行を免れるための措置をとるよう催告した上で、強制執行

を行う。他方、即時執行条項を持つ公法契約における行政庁の義務が、作為・黙認・不作為を内容とし、これが債務不履行にある場合には、行政裁判所法の第一七二条に従って即時執行が行われる（連邦行政手続法第六一条第二項第三文）。つまり、債権者たる私人による申立により、第一審裁判所は、一定期間内に義務の履行が行われなければ、二千マルク以下の強制金を賦課する旨を警告し、義務が履行されるまで繰り返しこれを課すことになる。なお、ドイツ行政裁判所法の規定内容については、最高裁事務総局行政局監修「欧米諸国の行政裁判法制について」（行政裁判資料）第六九号（法曹会）一九九六年一頁以下を参照。

(76) 連邦行政手続法の第六〇条が規律する公法契約の適状及び解約告知については、大橋・前掲論文（註3）二〇五頁、石井・前掲書（註21）二四八頁以下を参照。

(77) Ule/Laubinger, aaO (Fn.14), S.556; Schimpf, aaO (Fn.5), S.303f.

(78) Schimpf, aaO (Fn.5), S.304f.

(79) Schimpf, aaO (Fn.5), S.305.

(80) Schimpf, aaO (Fn.5), S.305.

(81) なおシンプフによれば、「契約が締結された後に法律が改正され、合意事項の履行が法律上禁じられた場合」には、事情変更原則によってではなく、客観的、発的、履行不能の問題として、民法典の債務不履行規定に従った処理が行われることになる（Schimpf, aaO (Fn.5), S.306）。Obemayer, aaO (Fn.48), § 62, Rdnr.111.もこれと同旨の見解を主張する。

(82) Schimpf, aaO (Fn.5), S.307; Ule/Laubinger, aaO (Fn.14), S.559. なお、公共の福祉に対する著しい損害の発生を防止する為に、契約を一方的に解約することを認める連邦行政手続法の第六〇条第一項第二文には、損失補償に関する規定が存在しない。ウレとベッカーは、模範草案が公表されて以来、この場合には、損失補償が必要であることを説き、その旨を明文化するよう主張してきたが、結局、現行法には盛り込まれなかった。ただし、現在のドイツ行政法学の通説によれば、行政行為の撤回に関する補償規定である連邦行政手続法の第四九条第五項の類推適用が認められており、公共の福祉に対する著しい損害を防止するために公法契約が一方的に解約された場合、相手方たる私人には、損失補償請求権が生じるものと理解されている。ウレとベッカーの見解については、Vgl. Ule/Becker, aaO (Fn.11), S.72.

(83) Schimpf, aaO (Fn.5), S.307f. は、違法な行政活動の全てが、常に公共の福祉に対する著しい侵害とみなされるわけではない。

いとし、それが、必ずしも連邦行政手続法の第六〇条第一項第二文によって解約されるわけではないことを指摘する。
(84) Spannowsky, a.a.O. (Fn.8), S.321.

第四章 公法契約の成立

第一節 本章の課題

前章では、法律適合性原理や公益適合性原理に服す公法契約が、いかなる契約条項を持ちうるのかを検討した。契約当事者は、連邦行政手続法の第五五条及び第五六条に違反しない限りで、和解契約や交換契約を締結しうる。特に行政庁は、遅滞利息、違約罰、即時執行及び解約に関して交渉し、それを契約条項とすることができる。契約内容は、交渉を経て徐々に具体化され、最終的には合意により確定される。この点は民事契約の場合と同じである。

他方、民事契約は、一部の例外を除いて⁽¹⁾諾成契約であり、合意の成立は契約の成立を意味する。これに対して公法契約は、単に「合意の存在」だけでは成立しない。それが法的拘束力をもって成立する為には、連邦行政手続法が定める一定の要件が充足されなければならないのであって、その意味で公法契約は要物契約化されている。本章の課題は、契約交渉を経て内容が確定した公法契約が、実際に成立して法的拘束力を備えるための要件、すなわち「契約の成立要件」について、連邦行政手続法がいかなる観点の下、どのような規定をおくのかを検討することにある。

第二節 第三者及び他の行政庁の同意

公法契約の成立に関する規定は、連邦行政手続法の第五七条と第五八条に存在する。説明の便宜上、第五八条が規律する契約の成立要件から先に検討する。⁽²⁾ 連邦行政手続法の第五八条は、次のように規定する。

「第五八条 第三者及び他の行政庁の同意

(一) 第三者の権利を侵害する公法契約は、第三者が書面により同意した場合にはじめて有効になる。

(二) 法規定により、その発動に際して他の行政庁の認可、同意又は了解を必要とする行政行為に代えて契約が締結された場合、この契約は、他の行政庁が定められた形式で協力を行った後、はじめて有効になる。」

第五八条の第一項によると、交渉を通じて確定された契約内容が、第三者の権利を侵害する場合、当該第三者が書面により同意を行って初めて契約は有効に成立する。⁽³⁾ また同条の第二項によると、その発動にあたり、他の行政庁の認可等が必要な行政行為に代えて契約を締結する場合、当該第三者行政庁が所定の形式で同意して初めて契約は有効に成立する。⁽⁴⁾ その意味で、第三者及び他の行政庁の同意は、契約の有効要件であり、また成立要件でもある。

第五八条が規律する契約の成立要件は、一九六三年に公表された模範草案の第四四条に、その原型を見出しうる。模範草案の第四四条は、「第三者の権利を侵害する公法契約は、第三者が同意して初めて有効になる。」と規定し、書面化こそ要求していなかったものの、現行の第五八条第一項に相当する規定を持っていたからである。⁽⁵⁾ ちなみに、第三者の同意について「書面化」が要求され、新たに「他の行政庁の同意」が契約の成立要件とされたのは、一九七〇年の連邦政府草案の第五四条以降のことである。⁽⁶⁾

一 第三者の同意

〔一〕存在理由

ウレとラウビンガーは、第三者の権利を侵害する公法契約が、当該第三者の書面による同意があるまで暫定的に無効とされる理由を、「公法契約における取消訴訟の機能不全」に求めている。すなわち、行政行為を通じて権利を侵害される第三者が、行政行為の取消訴訟を提起しうるのに対し、公法契約によって権利を侵害される第三者はその提起を認められず、これを事後に争う方法が存在しない。したがって、第三者の権利を保護するためには、取消訴訟に代わる、第三者の権利保護制度が用意されなければならない。第五八条の第一項に規律された「第三者の同意」がそれであり、それは「取消訴訟と同一の機能を果たすべき第三者の権利救済制度」に位置づけられる。彼等はこれを次のように説明している。

「行政手続法の第五八条によると、第三者の権利を侵害する公法契約は、当該第三者が書面により同意した場合に初めて有効になる。この規定の背後には、以下に述べる考慮が存在する。すなわち、公法契約は、行政行為と同様、第三者の権利を侵害することがある。行政行為の場合に保障されている第三者の権利保護は、公法契約の場合に否定される。なぜなら法的救済手続は、行政行為を念頭において作られているからである。それゆえに、第三者の権利を侵害する公法契約は、当該第三者の同意があるまで、暫定的に無効とされるべきなのである。」

第五八条の第一項が規律する第三者の同意に取消訴訟と同一の機能を期待するウレとラウビンガーの見解は、ドイツ

における一般的な見解であり、連邦行政手続法の立法者も、一九六三年の模範草案以来、一貫してこれと同じ説明を行っている。⁽⁸⁾
⁽⁹⁾

「二」同意権限を与えられる第三者の範囲

このように、第三者の権利を侵害する公法契約が、当該第三者の書面による同意があるまで暫定的に無効とされる理由が、「公法契約における取消訴訟の機能不全」に求められ、第三者の同意が、取消訴訟に匹敵する第三者の権利保護制度に位置づけられるとするならば、第五八条の第一項により、公法契約に対する同意権限を付与される第三者の範囲は、自ずと限定されてくるはずであり、それが、取消訴訟を提起する資格（原告適格）を認められる第三者の範囲と完全に一致するであろうことは容易に想像がつく。事実、シュミットIIアスマンとクレプスは、第五八条の第一項により同意権限を与えられる第三者と、取消訴訟において原告適格を有する第三者とを同義とみなして、次のように述べている。⁽¹⁰⁾

「連邦行政手続法の第五八条第一項は、行政行為を發動することに代えて契約を締結した行政庁が、行政行為による活動の場合と比較して、契約活動の場合における第三者保護を弱めることによって生じる第三者保護の欠如を回避しようとしている。（中略）第三者の法的地位は、行政庁が行政行為を通じて活動する場合と、契約を通じて活動する場合とで、実定法上また憲法上、異なってはならないのである。」

他方シンプも、公法契約によって規律された法律関係が、仮に行政行為により規律されたであろう場合に、権利侵

書を理由に取消訴訟を提起する資格（原告適格）を認められたであろう第三者には、第五八条の第一項により、公法契約に対する同意権限が与えられるべきだとして、これを次のように言う⁽¹¹⁾。

「同意の必要性は、対応する内容の行政行為の取消権限と同じ範囲でなければならぬ。したがって、第三者に対して明らかに負担を課す契約が問題となる場合はもちろん、例えば競業者に対して授益的な措置を講じる契約に基づき第三者に負担が生じる場合、当該第三者が、行政行為に対する訴訟を提起する為に必要な要件（競業者訴訟の場合でいえば、彼の保護に値する経済的機会の平等性、その他の利益が、恣意的に毀損されていること）を証明することができるのであれば、この者に公法契約に対する同意権限を与える必要がある。」

したがって逆に、契約により規律された法律関係が行政行為を通じて規律されたであろう場合に、当該行政行為に対する取消訴訟を提起する資格を認められない第三者は、第五八条第一項の同意権限を認められない。すなわち、行政行為を通じて、単に事実上の利益や反射的利益を侵害されるに過ぎない第三者が、当該行政行為に対する取消訴訟を提起できないことに対応して⁽¹²⁾、公法契約により、事実上の利益や反射的利益を侵害されるに過ぎない第三者もまた、第五八条の第一項による同意権限を認められないのである⁽¹³⁾。第五八条の第一項により同意権限を与えられる第三者は、行政行為に対する取消訴訟を提起する資格を持つ第三者であり、それは、行政行為ないし公法契約により、法律上保護された権利・利益を侵害される第三者である。シュミット・アスマンとクレプスも、次のように述べている⁽¹⁴⁾。

「契約が第三者に対して、間接的あるいは事実上、負担的效果を生ぜしめるに過ぎない場合、それが連邦行政手続法

の第五八条第一項の意味での第三者の権利への侵害だと評価されるのが問題となる。この点、第三者に対して負担を課す行政行為の場合と同じ問題が生じており、間接的ないし事実上の基本権侵害からの基本権保護をめぐる教義には、著しい不確実性が内在している。その際、先ずはじめに指摘されなければならないのは、第三者は、行政行為や私法契約の場合と同様、行政法上の契約（公法契約―筆者註）による事実上の利益侵害に対する絶対的な保護を獲得しないということである。…これに対し、第三者の利益は、個々の立法者がそれを規範上保護した場合には、強く保護される。隣人保護規定や第三者保護規定は、連邦行政手続法の第五八条第一項の意味での同意権限を、第三者に対して斡旋する。」（傍点筆者）

問題は、いわゆる「義務づけ契約（Verpflichtungsvertrag）」の取り扱いである。例えば、一定の金銭を支払うことを条件に、建築主に課せられた法律上の義務を免除する契約は、行政庁に対し、将来的に義務の免除を義務づける「義務づけ契約」である。⁽¹⁵⁾ この契約の特色は、その履行によって初めて、具体的な権利形成的效果が生じる点に存在する。⁽¹⁶⁾ すなわち、契約の第三者としての隣人は、義務づけ契約によって直接その法律上の権利・利益を侵害されるのではなく、それが将来履行され、実際に、建築主に対する義務免除が行われることによって初めて、その法律上の権利・義務を侵害されるわけである。⁽¹⁷⁾

「義務づけ契約」に見られる右の特色は、その履行により将来、法律上の権利・利益を侵害される第三者の法的地位に関して、見解の対立を生み出している。

ある論者は、第五八条の第一項が、第三者の権利を侵害する公法契約を第三者の同意に依存せしめていること、第三者の法的権利利益は、義務づけ契約自身によってではなく、その履行行為により侵害されることを理由に、「義務づけ

契約については、第五八条第一項の第三者の同意は必要ない」と主張する。この見解によると、「第三者は履行行為の取消訴訟を提起できるため、義務づけ契約を第三者の同意から解放しても権利保護に欠けることはない」のである。こうした見解を主張するのが、ウレトラウビンガーであつて、彼等は次のように述べている。⁽¹⁸⁾

「契約それ自身が、第三者の権利を侵害する場合にのみ、同意が必要となる。例えば建築許可を行う行政庁が、建築主に対し、契約を通じて、隣人保護のための免除の付与する場合があるが、こうした契約は、利害関係を有する隣人が同意を与えた場合に初めて有効となる。これに対して、行政庁が契約において、免除の付与を義務づけられるに過ぎない場合、「契約それ自身による一筆者註」隣人の権利領域への侵害は欠如している。したがって行政庁は、隣人の同意なく、こうした性質の義務を引き受けることができる。通説は、義務づけ契約の場合にも、第三者の同意が必要だと考えるが、これを支持することはできない。第一に、通説の見解は、行政手続法の第五八条第一項の文意と結びつかない。行政行為の発動を義務づける契約は、今なお第三者の権利を侵害しておらず、第三者の権利は、契約に従つて発動された行政行為によつて侵害されるからである。(中略)行政行為によつて権利を侵害される第三者は、義務づけ契約を通じて権利侵害を受けていない。故に、この第三者は、「契約に従つて発動された一筆者註」行政行為を取り消すべきなのである。」

これに対してシンプフは、義務づけ契約の履行により、法的権利利益を侵害される第三者にも、第五八条の第一項による同意権限が与えられ、義務づけ契約は、当該第三者の同意があるまで暫定的に無効になるべきことを主張する。彼は次のように言う。⁽¹⁹⁾

「状況は、補助金の交付を約束する行政行為〔確約―筆者註〕とよく似ている。この場合第三者は、確約に続く補助金の交付、すなわち、確約に基づいて履行された事実行為を通じて初めて、実質的に権利を侵害される。しかしながら彼は、確約を攻撃することができる。行政行為が違法ではあるが、しかし有効である場合に、それが補助金交付の法的根拠となるように、違法ではあるが有効な契約もまた、履行される授益的措置の法的根拠である。我々が〔義務づけ契約を根拠に―筆者註〕履行される行政行為の取消しを第三者に対して認めるとしても、契約当事者間においては、給付の法的根拠は除去されないであろう。そのうえ、履行に際して行政行為が全く問題とはならない場合や不作為が義務づけられた場合、実体的および裁判による第三者の権利保護は困難であり、不可能である。…こうした理由から、我々は、契約の履行が第三者の権利を侵害するであろう場合、それは契約による第三者の侵害だと理解しなければならぬのである。」

つまりシンプフは、確約の履行により法的権利利益を侵害される第三者が、確約の取消訴訟を提起しうる事実を鑑みると、（確約と同じ機能を果たす）義務づけ契約の履行により法的権利利益を侵害される第三者には、取消訴訟に代わる第三者保護制度として、義務づけ契約に対する同意権限を与えられるべきだと主張するのである。

義務づけ契約の履行により、将来、法的権利利益を侵害されることになる第三者に対しても、第五八条の第一項による同意権限を与えるシンプフの方が、これを否定するウレとラウビンガーの見解よりも理論的にも一貫している。実際（彼等自身認めるように）ウレ・ラウビンガーの見解は少数説であり、クレプス、クナック、シュレット等は、いずれもシンプフの見解を支持している。⁽²⁰⁾

〔三〕 第一三条の關係人と第五八条の同意権限を持つ第三者の關係

それでは、以上の検討結果を前提に、連邦行政手続法の第五八条第一項により同意権限を与えられる第三者と、同法の第一三条第二項第一文・同第二文により、公法契約の締結を旨とした行政手続（公法契約の交渉手続）に参加することを認められ、あるいは参加せしめられる第三者關係人とが、いかなる關係にあるのかを、検討しておこう。

既に本稿の第二章でも述べたが、連邦行政手続法にいう行政手続には、行政行為手続と公法契約手続が含まれる（第九条）。このため、公法契約の交渉手続にも、同法の第二編が規定する「行政手続に関する通則規定（第九条乃至第三四条）」が適用される。したがって行政庁は、連邦行政手続法の第一三条が規律する「關係人」を、第一三条が規律する要件に従い、行政手続に關与させることができ、また一場合によると一關与させなければならない。

特に第三者關係人についてみると、行政手続の結果が、第三者に対して權利形成的効果を持つ場合、すなわち、行政手続の結果が、直接第三者の權利を形成、承認、確認、変更または消滅する場合、行政庁は一申し立てに基づいて一右の第三者を行政手続に参加させなければならない。これが第一三条第二項第二文の「必要的参加」であつた。⁽²¹⁾

他方、行政手続の結果が、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、そのため第三者の權利領域に間接的に影響が及ぶ場合、行政庁は義務に適った裁量に従い、当該第三者を手続に参加させることができる。これが第一三条第二項第一文の「單純参加」であつた。⁽²²⁾

そして、行政手続の結果、事実上の利益に影響を受けるに過ぎない第三者は、第一三条にいう關係人としての地位を認められないため、行政手続への参加は問題にすらならない。⁽²³⁾

したがって、第一三条により「必要的参加」乃至「單純参加」する第三者と、第五八条の第一項により、契約への同意権限を与えられる第三者の關係は、次のように整理されよう。

まず、契約により法的権利利益を侵害され、第五八条の第一項に従い同意権限を与えられる第三者は、第一三条の第二項第二文に従い、一申立に基づき一必要的参加を認められる。換言すると、契約により法的権利利益に直接影響を受ける第三者は、第一三条の第二項第二文に従い、契約の交渉手続への必要的参加を認められるとともに、その法的権利利益を侵害する契約が実際に締結されようとしている場合には、第五八条の第一項により、これに同意するか否かを決定する権限を与えられる。⁽²⁴⁾

第二に、行政手続の結果が、当該手続の対象ではない別の法的問題の解決にとっ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、行政庁は、第一三条の第二項第一文により、義務に適合した裁量に従って、この者を行政手続（契約の交渉手続）に参加させることができる。ただし、仮にこの者に契約の交渉手続への参加が認められたとしても、彼には、第五八条の第一項による同意権限は保障されない。第五八条の第一項は、契約により直接、法的権利利益を侵害される者のみ同意権限を与え、契約により間接的に法的権利利益に影響を受ける第三者には、同意権限を保障していないからである。⁽²⁵⁾

最後に、行政手続の結果により、単に事実上の利益への影響を受けるに過ぎない第三者は、第一三条における関係人ではなく、契約の交渉手続への参加を認められなければかりか、契約締結段階においても、第五八条の第一項による同意権限もまた与えられない。⁽²⁶⁾

二 他の行政庁の同意

他方、連邦行政手続法の第五八条第二項によれば、その発動に際して他の官庁の認可、同意ないし了解を必要とする

行政行為に代えて締結される公法契約は、当該第三者行政庁による協力が無い限り、暫定的・相対的に無効である。既に述べたとおり、現行の第五八条第二項に相当する規定は、一九六三年の模範草案第四四条には存在せず、一九七〇年の連邦政府草案第五四条第二項によって初めて創設された規定である。一九七〇年の連邦政府草案は、その第五四条第二項で、現行の第五八条第二項に相当する規定を盛り込んだ理由を次のように述べている。⁽²⁷⁾

「この規定は、従属法契約を締結した行政庁が、それに対応する内容の行政行為を發動する場合に、他の行政庁の認可、同意、了解を得なければならぬケースを規律する。管轄を有する行政庁が行政行為を發動することに代えて公法契約を締結する場合に、他の行政庁の利益がもはや守られないという事態を阻止するために、そうした契約は、他の行政庁が定められた形式で協力を行って初めて有効となるのである。」

例えば、欧州連合加盟国は、欧州委員会に補助金支出計画を通知し、その承諾を得なければ補助金を拠出できない(欧州連合法第九三条第三項)。⁽²⁸⁾これはまさに、行政行為を發動する際に、他の行政庁の関与が法律上認められた事例である。仮に加盟国が、欧州委員会の承諾なく、契約により補助金を拠出するならば、その契約は、第三者行政庁の関与権を保障した法律規定を無視し、法律の優位に反することになる。またこの場合、第三者行政庁に対して関与権を認めた法律によって追求される公益侵害が生じることになる。⁽²⁹⁾

一九七〇年の連邦政府草案は、契約によるこうした法律違反ないし公益侵害を防止するために、第五四条の第二項(現行の第五八条第二項)を新たに挿入し、その発動に際して、他の行政庁の関与権が認められている行政行為に代えて締結される公法契約を、第三者行政庁の協力があるまで暫定的・相対的に無効としたのである。

第五八条と並び、第五七条もまた、公法契約の成立要件に関わる規定である。連邦行政手続法の第五七条は次のよう(30)に規定する。

「第五七条 書面形式

公法契約は、法規定が別段の形式を定めていない限り、書面により締結しなければならない。」

第五七条によると、公法契約は、法規定が他の形式を指定していない限り、書面により締結されなければならない。第五七条は、この要件に違反して締結された契約の効力について何も述べていないが、法定形式の欠如を無効とするドイツ民法典の第一二五条が連邦行政手続法の第五九条第一項により公法契約に準用される結果、第五七条に違反して書面形式を欠いた公法契約は、無効となる。⁽³¹⁾ その意味で、第五七条が規律する書面化は、公法契約の成立要件である。一九六三年の模範草案の理由書は、こうした要件を置いた理由を次のように説明している。⁽³²⁾

「なるほど国民は、公法契約の締結後においても、法的には同一の当事者と関わり合う。しかし、私法上の法律行為の場合とは対照的に、実際には、常に同一の当事者と関わり合うとは限らない。なぜなら行政庁の為に活動する人は、頻繁に交代するからである。」

つまり立法者は、公法契約に書面化を要求することにより、契約の存在とその内容を証拠として残し、以て、担当職員の交代に起因して契約の存在が忘れ去られ、契約内容について事後に紛争が生じることを防止しようとしたのである。その意味で、第五七条が規律する書面化は、一般に、「証拠保全機能 (Beweissicherungsfunktion)」ないし「明確化機能 (Klärungsfunktion)」を果たすと言われるが、最近ではさらに、合意事項の書面化が、契約により生じる法的拘束力 (Verbindlichkeit) を、関係人に明確に認識させる機能をも果たすことに注目し、書面化には、証拠保全機能や明確化機能と並んで、「警告機能 (Warnfunktion)」乃至「軽率さからの保護機能 (Überlegungsschutzfunktion)」があると説明されている⁽³³⁾。

問題は、第五七条が、求められる書面の内容について具体的に何も述べていない点である。一般には、契約の両当事者が契約書に自筆にて署名し、あるいは裁判所や公証人によって認証された花押にて署名することを要求するドイツ民法典の第一二六条第一項 (自筆署名の原則) と、各当事者が、同一の契約書に自筆ないし花押にて署名することを要求する同法の第一二六条第二項 (同一文書の原則) を公法契約に準用する見解が多数を占めている⁽³⁴⁾。したがって右の通説的見解に従えば、口頭によって公法契約を締結することはもちろん、申込み書面と承諾書面の交換が行われたに過ぎない場合や、契約書に自筆ないし花押による署名が行われず、ワープロ等の機械により記名されたに過ぎない場合、当該契約は、書面形式を満たさず無効と評価されることになる。

しかし近年、第五七条が要求する書面形式の具体的内容を、民法典の第一二六条に求める右の通説に対しては、以下に述べる有力な批判が存在する。通説を最も痛烈に批判するのがクナックである。

彼は、書面により発動される行政行為の場合、当該書面には自筆による署名までは要求されておらず、ワープロ等の機械を使った記名で十分とされていること (連邦行政手続法第三七条第三項)、公法契約の書面が行政行為の書面よりも厳しい要件に服することを正当化する理由が見あたらないこと等を理由に、まず自筆署名の原則を規律する民法典の第

一二六条第一項を公法契約に準用することに反対する⁽³⁶⁾。

次いで彼は、公法契約に対し、あまりに厳格な書面形式を要求することが、行政活動の効率性を阻害することになるとして、同一文書の原則を規律する民法典の第一二六条第二項についても、これを公法契約に準用することに反対する。彼によると、申込みの意思を記載した文書と、承諾の意思を記載した文書が別個に存在し、それが相互に交換される場合にも、第五七条が目指す書面化の証拠保全機能や警告機能は十分果たされるのであり、各当事者の債権と債務の内容（合意事項）を同時に記載した文書が存在する必要はないのである⁽³⁶⁾。

右に見たクナツクの見解に対しては、当然、通説に立つ論者からの再批判が為されている。特にシユレットは、自筆署名こそ証拠機能の本質的な要素であること、各当事者の債権債務の内容（合意事項）を全て記載した文書に、両当事者が自筆で署名する場合に、当該文書の証拠保全機能と警告機能が十分果たされること、自筆署名の原則と同一文書の原則を要求したところで、行政活動の効率性が著しく阻害されるとは考えられないことを指摘して、クナツクの見解を批判している⁽³⁷⁾。

書面形式が契約の存在と契約内容を証拠として保全し、また当事者が軽率に契約を締結することを防止する機能を果たすことに鑑みれば、通説のごとく、自筆署名の原則と同一文書の原則を規律する民法典の第一二六条を公法契約に準用し、当事者の債権債務の内容を全て記載した文書に、両当事者の自筆による署名が存在することを要求することが理想であることは言うまでもない。ただ、同一文書の原則と自筆署名の原則を要求する通説が、Eメールやインターネットを媒介とした、いわゆる電子取引の急速な普及に果たして対応できるのかは一つの問題であり、その意味では、文書交換による契約の締結を認め、かつ自筆署名に加え、記名方式をも許容するクナツクの見解は、傾聴に値しよう。実際、公法契約の書面形式について厳格な要求を行う通説の立場からも、この点に関する懸念が表明されており、シユレット

は、今後、自筆署名と並んで、デジタル方式での署名(記名)を許容するよう、立法措置を講じる必要性があると解いて⁽³⁸⁾。
 して⁽³⁹⁾。

- (1) 消費貸借契約、使用貸借契約、寄託などの要物契約がその具体例である。この点については、遠藤浩編『基本法コンメンタール債権各論Ⅰ(契約)「第四版」(別冊法学セミナー)日本評論社(一九九五年)六頁参照。
- (2) 連邦行政手続法の第五八条については、参照、石井昇『行政契約の理論と手続』弘文堂(一九八七年)一四五頁以下、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)一三二頁。
- (3) Vgl., Willy Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandels durch Verträge und Absprachen, S.323.; Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 3.Aufl., 537ff.; Christian Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, S.280ff.; Walter Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL, 52, S.261f.
- (4) Vgl., Spannowsky, a.a.O.(Fn.3), S.309f.; Ule/Laubinger, a.a.O.(Fn.3), S.539f.
- (5) Vgl., Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 2.Aufl., S.30.; なお模範草案の第四四条については、藤原淳一郎「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九二頁を参照。
- (6) 現行法第五八条の文言は、一九七〇年の連邦政府草案第五四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第五四条は、そのまま一九七三年の連邦政府草案第五八条へと引き継がれ、現行法第五八条となっている。
- (7) Ule/Laubinger, a.a.O.(Fn.3), S.537.
- (8) シンプフもまた同様の立場に立ち、次のように言う。「行政手続法の第五八条第一項は、契約の有効性を第三者の同意に依存せしめる為に、契約形式の利用のみを射程においている。その根底には、契約は権利を侵害しないという伝統的な理解に基づき、権利救済手続が行政行為を念頭において作られている事実が存在する。」と(Schimpf, a.a.O.(Fn.3), S.280.)。
- (9) Musterentwurf, a.a.O.(Fn.5), S.199. は次のように言う。「公法契約も行政行為と同様に、許可を対象としうる。それゆえ第三者の権利は、公法契約によってもまた同様に侵害される。行政行為の場合保障されている第三者の保護は、公法契約

の場合には否定される。なぜならば、権利救済手続は、行政行為用に作られているからである。」と。

(10) Eberhard Schmidt-Abmann/Walter Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, S.228f.

(11) Schimpf, a.a.O (Fn.3), S.281.

(12) この点については、中川義朗「取消訴訟における「第三者」の原告適格の基準としての基本権適用論序説—ドイツ法との比較研究—」大隈義和編「公法学の開拓線」(手島還暦)法律文化社(一九九三年)二四一—頁以下参照。

(13) スパノヴスキーは次のように言う。曰く、「単なる事実上の利益や反射的利益は、通常、行政手続法第五八条第一項による第三者の同意要件を根拠つけない。特に、(ある者との—筆者註)契約締結により(それ以外の者との間で—筆者註)契約締結の可能性が減少したとしても、それは通常、同意要件を根拠つけない。例えば補助金に関し、会計年度に於ける補助金について、財政資金のうちの限られた額のみが自由に処理され、かつ受益者との間で次々と補助金契約が締結されたとしても、この場合、受益者の範囲は実際に限定され、かつ新たに来た助成志願者の契約締結のチャンスは、既に行われた契約締結により減少している。しかし、こうした間接的な侵害は、行政手続法の第五八条第一項によっても、また制度濫用論によってもまた防止され得るのである。」と(Spanowsky, a.a.O (Fn.3), S.324)。

(14) Schmidt-Abmann/Krebs, a.a.O (Fn.10), S.228.

(15) Schmidt-Abmann/Krebs, a.a.O (Fn.10), S.227.

(16) Spanowsky, a.a.O (Fn.3), S.205.

(17) 逆に、契約の締結により権利が創設され、あるいは義務が免除されるなど、履行行為を待つまでもなく、権利形成的効果が発生する契約を処分契約と呼ぶが、この処分契約が、直接、第三者の法律上の権利・利益を侵害する場合、それが第五八条の第一項により、当該第三者の書面による同意があるまで無効となる旨は一般的に肯定されており、学説上対立は見られない。処分契約については、Vgl.: Spanowsky, a.a.O (Fn.3), S.205.

(18) Uel/Laubinger, a.a.O (Fn.3), S.537f.

(19) Schimpf, a.a.O (Fn.3), S.282.

(20) Schmidt-Abmann/Krebs, a.a.O (Fn.10), S.227.; Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 5. Aufl., S. 892f.; Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.432.

- (21) 第二章第二節一 [二] 参照。
- (22) 第二章第二節一 [二] 参照。
- (23) 第二章第二節一 [二] 参照。
- (24) クレプスは次のように述べている。「行政手続法の第五八条は、第三者の権利を侵害する契約の有効性を、当該第三者の同意に依存させることにより、第三者の権利保護を考慮している。この規定は、契約が第三者に負担となつてはならないという私法上の基本原則にも一致する。〔中略〕このことから、第三者の必要的参加に関する手続規定（行政手続法第一二三条第二項第二文）は、法教義上、行政手続法の第五八条第一項と平行させられなければならないことになる。第三者にとつて負担となる措置の発動が契約上行行政庁に対して義務付けられる場合に、それが第三者の同意に留保されなければならないならば、当該第三者は、契約締結前の手続に参加させられなければならないのである。」と（Krebs, aaO (Fn.3), S.261f.）。
- なお、これと同じ見解を主張する者として、Vgl. Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, § 13, Rdnr. 38f.; Schiele, aaO (Fn.20), S.433.
- (25) Krebs, aaO (Fn.3), S.261f.; 第一二三条第一項第一文の單純参加人については、第五八条第一項の同意権限を認めていない。
- (26) しかし近年、公法契約により事実上の利益侵害を受けるに過ぎない第三者を可能な限り保護する必要性を説き、そのための理論を模索する動きがあることは注目されてよい。特にスパノヴスキーは、環境立法が排出基準の數値化を避け、不確定法概念を用いていること、他方行政庁は、排出基準を具体化する為に大企業と交渉し、非常に厳しい排出基準を決定し、事実上他の企業に対しても同じ排出基準の遵守を要請していること、それが財政基盤の弱い中小企業にとつて大きな負担となり、競争阻害要因となつてゐることを指摘する。その上で彼は、一部の大企業との間で締結された契約により、事実上不利を受ける第三者企業を保護する為には、「全体的な利害関係人の聴聞が行われた上で、排出基準を決定する必要がある」とし、手続の公正さを確保すべきことを主張した。この見解は、連邦行政手続法第一二三条によつては手続参加権を認められず、また第五八条によつても同意権限を与えられない第三者を保護する為の法理論を模索するものであり、注目に値する。右に紹介したスパノヴスキーの見解については Vgl. Spannowsky, aaO (Fn.3), S.327.
- (27) Zitiert nach, Friedrich Eichler, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, § 58, S.2.
- (28) Spannowsky, aaO (Fn.3), S.310.

- (29) スパノヴスキーは次のように言う。「行政手続法の第五八条第二項により、第三者行政庁の関与権が従属法契約の有効要件とされたことで、当該第三者行政庁によって擁護されるべき公益の保護が考慮されている。行政手続法の第五八条第二項によれば、法規定により、その発動に際して第三者行政庁の認可、同意、承諾を必要とする行政行為に代替する公法契約は、当該第三者行政庁が定められた形式で協力した後、初めて有効になるのである。」と (Spanowsky, a.a.O. (Fn.3), S. 310)。
- (30) 連邦行政手続法の第五七条が規律する書面化については、石井・前掲書(註2)一四三頁以下、大橋・前掲論文(註2)二二八頁以下、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)八七頁以下を参照。
- (31) この点については、本稿の第五章第二節一を参照。
- (32) Musterentwurf, a.a.O. (Fn.5), S.198f.
- (33) Schlette, a.a.O. (Fn.20), S.452; Wolf/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10.Aufl., § 54, Rn.37.
- (34) Schimpf, a.a.O. (Fn.3), S.129f.; Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.3), S.535f.
- (35) Knack, a.a.O. (Fn.20), S.886f.
- (36) Knack, a.a.O. (Fn.20), S.887f.
- (37) Schlette, a.a.O. (Fn.20), S.455ff.
- (38) Schlette, a.a.O. (Fn.20), S.464.

※ 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。