



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	行政法における事情変更の原則
Author(s)	五十嵐, 清; IGARASHI, Kiyoshi
Citation	北大法学論集, 27(3-4), 83-107
Issue Date	1977-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16214
Type	departmental bulletin paper
File Information	27(3-4)_p83-107.pdf



行政法における事情変更の原則

—— ドイツ連邦憲法裁判所一九七三年一月三〇日判決 (BVerfGE 34, 216) をめぐって ——

五十嵐 清

目 次

- I はじめに
- II 連邦憲法裁判所一九七三年一月三〇日判決 (BVerfGE 34, 216) の内容と問題点
- III 従来の学説・判例・立法
- IV むすびにかえて

I はじめに

私はかねてより事情変更の原則に関心を有しており、先年、小著『契約と事情変更』を発表したが、そこでの考察は主として私法に限られていた。この原則は私法を中心に発達してきたものであるので、このような限定も許される

であろう。しかし、「事情変更の原則は、私法上のみならず、公法上も問題となりうる」⁽¹⁾のであり、公私法の接近・融合が問題となっている今日では、公法とくに行政法における事情変更の適用は現実性をおびてきたといわなければならない。

この点で参考になるのは、フランス法である。ここでは、民事の契約については、学説・判例一致して、事情変更の原則のフランス版というべき「不₂予見理論 (théorie de l'imprévision)」を認めていないが、これに対し、行政裁判所 (Conseil d'Etat) の判例は、一九一六年三月三〇日のポルドー・ガス会社事件判決以来、行政契約に不₂予見理論の適用を認め、今日に至っている。⁽²⁾このことは、行政法においては、私法よりも、より事情変更の原則が適用される可能性のあることを示すものといえよう。しかし、行政法における事情変更の原則の適用については、より広い比較法的考察が必要であり、⁽³⁾とくにドイツ法の考察は不可欠であるが、私にとり従来その機会がなかった。ところが、ドイツ連邦憲法裁判所は、一九七三年一月三〇日の判決において、「*clausula rebus sic stantibus* (事情不₅変更約款) は連邦憲法の不文の構成部分である。」と宣言し、⁽⁴⁾学界に大きな波紋を投じた。⁽⁵⁾本稿はこの判決の紹介を中心とし、それをめぐる西ドイツ学界の状況を伝えることにより、わが国で行政法における事情変更の原則の適用の問題を考える場合の一資料を提供しようとするものである。

私は、本稿が捧げられる今村成和先生から、過去四分の一世紀にわたり、行政法上の問題について御教示を受けることが多かったが、日頃の不勉強のため、本稿において、それを十分に生かしえなかったことをおわびしなければならぬ。

(1) 五十嵐清『契約と事情変更』(一九六九年)一五二頁。

(2) 五十嵐・前掲四三頁以下。

(3) なお、イギリス法においては、大陸法のような公法・私法の区別がないので、比較が困難であるが、フランス法でいう行政契約（地方自治体と建設請負業者間で結ばれた請負契約）についてフラストレーション法理の適用が争われた Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council [1956] A. C. 696 が参考にならう。そこでは、結論としてフラストレーション法理の適用が否定されているが、貴族院判例として一貫したものがあり、他の契約類型との区別は見られない。五十嵐・前掲一八頁注(11)参照。

(4) BVerfGE 34, 216 (231).

(5) この判決(「コメント」)は「Büchsteigel, Wegfall der Geschäftsgrundlage und clausula rebus sic stantibus im Staatsvertrags- und Völkerrecht, Jus 1973, 759; Krämer, JZ 1973, 365 f.; Pappernann, DVBl. 1973, 362; Bethge, NJW 1973, 1483 f. などがあるはか、Fiedler, Zum Wirkungsbereich der clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht, Verw Arch 67 (1976), 125 は、本判決を機縁とし、行政法における事情変更の原則の適用の問題を論じた本格的論文であり、本稿はこの論文に負うところが大きい。

II 連邦憲法裁判所一九七三年一月三〇日判決 (BVerfGE 34, 216) の内容と問題点

一 本件は、つぎのような事案を問題とするものである。一九二〇年二月一四日にバイエルン州 (Freistaat Bayern)⁽¹⁾ とノーブルグ州 (Freistaat Coburg)⁽²⁾ との間で、コーブルグ州のバイエルン州への編入についての条約 (Staatsvertrag)⁽³⁾ が結ばれたが、その二条二文において、「コーブルグの近くのノイシュタット市 (Neustadt bei Coburg, 以下、単に「ノイシュタット」と呼ぶ) は、直属性を維持する (bleiben unmittelbar)」⁽⁴⁾ とが協定された。ところが、一九七一年一月二七日のバイエルン州の命令 (Verordnung) により、ノイシュタット市はコーブルグ郡 (Landkreis Coburg)⁽⁵⁾ に編入された。これが条約に適合するかについて、争いがおこった。そこでノイシュタット市は (コーブルグ市とともに) 上記編入は一九二〇年条約に違反することの確認を、連邦憲法裁判所に求めた。

連邦憲法裁判所は、つぎの事実を認定した。一九二〇年二月一四日のバイエルン州とコーブルグ州の条約二条二文には、「コーブルグ、ノイシュタット、ローダッハ三市は、直屬性を維持する」と規定されている。なお、ローダッハについては、直屬性の喪失が留保されている。一九七一年二月二七日の命令により、バイエルン州の領域改正 (Gebietsreform) がはじまったが、オーバー・フランケン県では、ノイシュタットをコーブルグ郡に編入し、その「郡より独立の市 (Kreisfreie Stadt)」としての地位を失わせた。その理由として、この改正により、給付能力のある行政単位の形成と行政の統一地域性 (Einräumigkeit) の原理が実現されることがあげられる。すなわち、バイエルンでは、郡の基準人口は八万人、独立市の基準人口は五万人とされているが、ノイシュタットの人口は一万三〇〇〇人にすぎない。新しいコーブルグ郡は、ノイシュタットを加えると、約八万四〇〇〇人となる。なお、改革後の独立市の人口は、最小のものでも三万人に達する。したがって、ノイシュタットを新しい郡に編入することは、その給付力の向上に本質的に貢献する。なお、一九三五年にノイシュタットは独立の市としての資格を失い、一九四〇年にはコーブルグ郡に編入されたが、一九四六年に再び市としての独立性を回復した。

以上のような事実のもとに、ノイシュタット市とバイエルン州政府の間で金銭的補償について話しあいがなされたが、挫折した。なお、住民に対する公的アンケートによると、有権者の五六%の参加者のうち、その八五%が、市の独立性を維持するための訴訟の遂行に賛成した。

二 当事者の主張 (一) まず申立者 (コーブルグ市とノイシュタット市) は、つぎのような主張をした。

(1) 申立者は当事者適格を有する (詳細省略)。

(2) 一九二〇年の条約では、ノイシュタット市の独立は無条件に保障されており、一九七一年の郡への編入は、この条約に違反する。条約についても、*clausula rebus sic stantibus* (以下、*cl. r. s. st.* または *clausula* と略称) は妥

当するが、本件では、その要件が欠けている。まず、条約締結当時、領域の改正は予見しえた。さらに、*cl. r. s. st.* は厳格に解釈されなければならない。根本的な事情変更が必要であり、また、ノイシュタットの郡への編入は必然的でなければならぬが、そうはいえない。

(二) 以上のような申立者の主張に対し、バイエルン州政府は、つぎのように反論した。

(1) まず、申立者の当事者適格を争う。

(2) 一九二〇年条約は、ノイシュタットの市の独立性を無条件に保障したのではなく、バイエルンの他の市と同様に扱うことを義務づけたにすぎない。一九七二年の改革では、ノイシュタットを他のバイエルンの市と同一に扱っている。一九二〇年当時のバイエルンの独立市制の基準人口は五〇〇〇人であったので、ノイシュタットについては保証の必要はなかった(その点で、ローダッハは例外)。また、一九七二年の基準人口が五万人であることは、当時予見しえなかった。一九七二年の領域改正は、根本的な事情変更と近代的行政の要請から必然的なものである。

さらに、バイエルンは今日 *cl. r. s. st.* を援用することができる。たしかに、一九二〇年当時、行政改革は話題になっていた。しかし、ここでは、改革が行われるかどうかではなく、どのような改革が行われるかが、問題なのである。この点では、一九二〇年以来、事情は根本的に変った。今日では、効果的な行政は、はるかに大きな単位で行われなければならない。ノイシュタットを前世紀の行政構造にしばりつけておくのは、バイエルンにとって正当視されない。それゆえ、バイエルンは条約二条の義務から一方的に免れることができる。

三 判決理由 (一) 本件申立は適法である(理由略)。

(二) 本件申立には理由がない。

(1) 一九二〇年二月一四日の条約は、今日でも有効である。戦時中にノイシュタットは郡よりの独立性を失った

が、それは条約違反であり、条約二条の効力には関係がない。そのことは、一九四六年六月七日のバイエルン州首相の文書で確認されている。したがって、ノイシュタットは、一九七一年一月二七日の命令の施行まで、郡より独立の市としての身分を保有していた。それゆえ、条約二条は、今日でも、争いのあるときには基準となる。

(2) 条約二条二文の「ノイシュタット市は直属性を維持する」というのは、ノイシュタット市は郡に属せず、その上級行政区域である県(当時の Kreis、今日では Regierungsbezirk)に直接属することを意味する。今日のことばでは、「郡より独立 Kreisfreiheit」であることを意味する。二条二文では、ノイシュタットは無制限に郡よりの独立性を保証されている。条約の他の規定との関係でも、何らの留保はない。

(3) 「また、この合意は行為基礎の喪失(Wegfall der Geschäftsgrundlage)の原則によって効力を失うことはない。それ(行為基礎の喪失)についての要件は、契約当事者が一致して一定の専態の存続を基礎とし、この専態の(両当事者に)共通に認識される将来の変更を、合意の終了原因とみなすということから出発した、ということである。それについては、ここでは問題となりえない。」(229 f. 判例集のページ数、以下同じ)一九二〇年にバイエルンで行政改革について語られたとしても、今回のような改正は全然問題とされなかった。当時、そのような専態の変更は、当事者のいづれも考えなかった。したがって、それは、契約解消の黙示的基礎とされることはありえなかったで、行為基礎の喪失の観点からの法律効果は、ここでは考慮されない。

(4) 「しかし、契約により無制限かつ無留保に与えられた保障は、*cl. r. s. st.*の留保のもとにある。この原則は、種々様々の法領域において、とりわけ、国際法、教会法、国内民法、ドイツ行政法、ドイツ憲法において、あるいは実定法として、あるいは成文の一般条項として、はたまたま文の法規として、そして、必ずしもここで使用された方式のもとではなく、また、この原則の内容には非常に異なる限界があるが、その核心において、*Pacta sunt servanda*

(合意は遵守せざるべからず)の一般法原則の例外として、一定の役割を演じている。(しかし)この広がりにおいて *clausula* を論ずることは、本件では必要ない。」(230)

(a) ここでは、上述の原則が、二つのラントの間で基礎づけられた義務を免れさせるかどうかについて、判断しなければならぬ。

(b) 「*cl. r. s. st.* は連邦憲法の不文の構成部分である。」(231)ラント間の関係は、現行連邦憲法により規制される。そのかぎり、国際法適用の余地はない。もっとも、従来連邦とラントの関係について、国際法適用の余地はなかつたが、「今日では、連邦国家におけるラント相互間の関係は、連邦憲法、すなわち、基本法に明定された規定、または連邦憲法裁判所によって発展せしめられた連邦に好意的な態様の原則 (*Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens*) により、あますところなく規制されている。……この憲法的原則のなかに、ドイツ連邦共和国の分岐 (ラント)間の条約的關係に影響を及ぼす *cl. r. s. st.* の不文の原則が、体系的に基礎をおいている。この原則をドイツ憲法のために解釈することは、連邦憲法裁判所の仕事である。」(232)

(c) 「この解釈は、以下のことを明らかにする。すなわち、*cl. r. s. st.* の不文の憲法原則は、*Pacta sunt servanda* という条約法 (*Staatsvertragsrecht*) の原則を制限する。契約締結時に存した事情がその間に根本的に変更し、この変更のため、契約(全体)または契約中の個々の合意への拘束が義務者に正当視されなくなったときにのみ、その適用の余地がある。そのさい、正当視されえないかどうか (*unzumutbar*) の評価にとり、契約(全体)または個々の契約の合意から権利を有する者の利益の考慮、もまた必要である。それは、事情の根本的変更により重要性を失う場合もあれば、また意義を獲得する場合もありうる。*clausula* は、正当視されえなくなった契約上の義務、さらには契約全体に対する拘束から、直ちに解放するのではない。それは、まず変更された事情に契約を適合させ、さらには、

場合によっては、契約によって引き受けた義務を緩和させる。そして、契約により引き受けた給付の内容的修正が不可能となるときは、それが契約において合意された給付と反対給付の均衡の維持のため必要であるかぎり、金銭による調整が行われる。」(232 f.)

(5) ドイツ連邦共和国の条約法の上述の内容によれば、今回のノイシュタット市の郡への編入は、一九二〇年条約と矛盾しない。

(a) 行政における諸事情は、バイエルンにおいて、他のラントと同様、一九二〇年以来根本的に変った。その間、行政の任務は著しく増大し、そのためには、より大きな行政単位が必要とされる。それに、行政の統一地域性の要請が加わる(以下、郡や市の基準人口に言及しているが、前述したので省略)。「これらすべての考慮を総括すれば、近代的行政への必要条件が、今日一九二〇年の諸事情に対し根本的に変ったことは、明らかである。」(234)

(b) 一九七一年のバイエルンの行政改革は、その改正目的と基本的に矛盾する例外を認めるものではない。一万三〇〇〇人の人口と平均以下の経済力しかないノイシュタットは、将来独立市に課せられる任務を果すことができない。また、特別の財政援助などによって、ノイシュタットの事情を考慮することも不可能である。その結果、ノイシュタット市の独立性を維持すれば、バイエルンは、その領域の一部において、あるべき改革を妨げられ、ノイシュタット市のみならず、コーブルグ郡にとっても、古ぼけた特権を維持し、一ラント内部での統一的行政組織を放棄することになる。

他方、ノイシュタットに対する保障は、今日なお主として理念的な価値をもっている。しかし、今日の事情のもとでは、郡よりの独立性は、むしろ負担となっている。そのかぎり、条約による保障の意義は変化した。今日では、都市にとり適当でなく、市民に損害をもたらすような独立市としての特権を維持するよりは、他のバイエルンの自治体

と平等にあつかわれる方が、より重要である。

「したがって、条約二条二文における保障は、それがノイシュタットに関するかぎり、事情の根本的変更により、今日バイエルン州にとり正当視されえないものとなった。かかる事情のもとで、バイエルン州は、*O. T. S. St.*により、条約二条二文にもかかわらず、その領域改正を旧コーブルグ領域に拡張し、これまで郡より独立であったノイシュタット市をコーブルグ郡に編入することを妨げられない。」(236)

(6) 本件の争いは、当事者間で、契約を変更された事情に適合させることができれば、解決したであろう。しかし、その試みは、口頭弁論において失敗に終わった。ノイシュタットは二〇〇〇万マルク(二十数億円)を主張したのに対し、バイエルンは一五〇万マルク(一億五千万円余り)しか提供できないとした。「バイエルン州がいまやそれより解放された契約上の義務の性質によれば、*O. T. S. St.*の適用において、契約上の給付と反対給付の均衡の維持のためには——それについて、条約二条二文の保証は少なからぬ意義をもっていたのであるが——金銭給付による適当な調整(*Ausgleich*)だけが問題となるにすぎない。」この調整は損害賠償(*Schadenersatz*)でもなければ、損失補償(*Entschädigung*)でもなく。したがって、その算定のためには……自由な評価(*Schätzung*)で足りる」(237)とし、具体的には以下の諸事情、すなわち、市の独立性の喪失により、理念的な損失のほか、当座の間は経済的損失(たとえば、行政ポストの廃止・縮小、それによる役人の過剰)もあること、市の人口増が制約され、それにより経済の発展もおかれること、企業誘致への努力が減退すること、市民が遠方の郡役所を利用しなければならぬこと、などを考慮し、調整として六〇〇万マルク(六億六千万円)の金銭給付が必要である。(なお、判決は以上の金銭の支払時期についても論じているが、省略する)

以上の判決は、金額の点では五対一にわかれたが、その他は、主文・理由とも全員一致である。

四 本件判旨の問題点 以上のような本判決の結果の当否についての判断は、私のなしうるところではない。ここでは、「行政法における事情変更の原則」の観点から、若干の問題点を指摘するにとどめる。

(一) 本件は何について事情変更の原則を適用したのか。一応問題となるのは国際法、憲法、行政法であるが、判旨は、本件につき国際法の適用を否定し、国内法、とくに憲法・行政法の問題としている。本件では、二つのラント間で結ばれた契約の効力が争点となっており、実質的には、一種の行政契約に事情変更の原則が適用された判例として位置づけられよう。

(二) 本件判旨は、事情変更の原則に関する諸理論のうち、行為基礎論と *cl. r. s. st.* の両者をとらあげ、前者については、その適用を否定し、後者については肯定した。最近のドイツ私法学説では、*cl. r. s. st.* はすでに克服された理論であり、行為基礎論がそれに代るものとして登場したと解されている。⁹⁾なぜ、本件では、*cl. r. s. st.* がとらあげられたのであろうか。しかも、本件判旨の行為基礎論は、ラーレンツのいう主観的行為基礎論のことであり、これに対し、*cl. r. s. st.* の内容は、客観的行為基礎論と一致するところが多い。¹⁰⁾それにもかかわらず、本件判旨が、*cl. r. s. st.* を適用したのはなぜであらうか。

(三) 本件における *cl. r. s. st.* の要件は、従来の *clausula* 理論または客観的行為基礎論の要件にくらべ、妥当か。私法契約の場合にくらべ、要件がややゆるやかではないか。そうだとすると、その理由はどこにあるのか。

(四) 本件判旨は、*cl. r. s. st.* の効果として、第一次的に、変更した事情への適合 (*Anpassung*) を問題とし、本件ではそれが不可能のため、代わりに金銭による調整を命じた。ここに、*cl. r. s. st.* が行政契約に適用される場合の特色が見出されるのではないか。

以上のような本件判旨の問題点の解明のためには、まず行政法における事情変更の原則が、従来ドイツの学説・判

例・立法において、どのようにとりあつかわれていたかを明らかにすることが必要である。章を改めて、この問題につき一瞥することにした。

- (1) 本件当時も今日も、バイエルンは共和国 (Freistaat) と称しているが、本稿では「州」と呼ぶことにする。他のラントも同様。
- (2) コーブルグは Oberpfälzen 地方にある小国で、コーブルグ市を中心とし中世以来の歴史を有するが、本文記載のような経過で、一九二〇年にバイエルン州に編入された。
- (3) Staatsvertrag をどう訳すかは一つの問題であるが、本稿では、当時のラントの独立性を考慮して「条約」で統一することにする。
- (4) 現在の西ドイツのラントの行政区画は、Regierungsbezirk (県) → Landkreis (郡) となっており、市のなかには、郡と独立のもの、郡に従属するものがある(一応、日本の市と町村の区別に対応する。したがって、本件は日本流に言えば、市が町に格下げになったことを意味する)。
- (5) この原理は、地方行政の課題が特別行政機関によつて行われる場合には、できるかぎりその行政区画が一致することが望ましいとするもの。具体的には、第一審裁判所の管轄区域、財務局・保健局・測量局の地域的管轄区域を郡および独立市の領域に一致させることを意味する。BVerfGE 34, 233 f.
- (6) 条約当事者であるコーブルグ州がすでに消滅しているのに、コーブルグ・ノイシュタット両市が当事者資格を有するかが争われた。しかし、本稿では手続的問題は省略する。
- (7) *clausula rebus sic stantibus* (事情不変更約款) は、通常、「事情変更の原則」と訳されているが、本稿では、「事情変更の原則」をより広義に用い、*cl. r. s. st.* はそのまま使うことにする。
- (8) 本件判旨の論ずる行政の近代化の要請は理解できるし、またそれは住民の福祉の増進に、より資することになる。しかし、法学外のことであるが、これでドイツ地方都市の美しい伝統がまた一つ消えてゆくのかという感慨を禁じえない。
- (9) 五十嵐・前掲七二頁以下参照。
- (10) ラーレンツの行為基礎論については、五十嵐・前掲一〇二頁以下参照。

III 従来の学説・判例・立法

一 学説⁽¹⁾

(一) ドイツの行政法学者のうち、行政契約における事情変更の原則の問題を、もっとも早く論じた一人は、アペルト (Apelt) である⁽²⁾。彼は一九二〇年に発表された『行政契約 (Der verwaltungsrechtliche Vertrag)』と題する教授資格取得論文の末尾において、つぎのように論じている。⁽³⁾

行政契約の効力は、意思表示の瑕疵のほか、公益優先の原理による制約を受ける。具体的には、バイエルンやバーデンやザクセンの行政判例または学説において、行政契約（とくに水法に關し）は、その後の法令の改廃や經濟事情の変更により効力を失うとされた例が多い。かくして、「法律取引の需要は、その取引が行政法による規制を維持するに過ぎ、以下のこと、すなわち、法律關係の基礎をなす現実の事態の發展により、出発点および当初の契約理念から、はるかに離れ、その結果、当事者の一方または他方にとり、法的拘束からの解放が必要欠くべからざるものとなったときは、その契約の拘束力が破られること、を求め⁽⁴⁾る。」

契約成立後の事情変更にさいしては、通常、当事者間で協議し、それにより契約を変更または解消すべきであるが、そのできないときは、実務は自衛策を講じ、本能的に一つの手段をとる。「それは、行政契約およびその効力に対する *cl. r. s. st.* の原則的承認において存する⁽⁵⁾。」

後発的不能の場合は、行政契約でも問題は無い。しかし、そのほか、「上述の例が示すように、公共福祉の利益は以下のこと、すなわち、自由な意思の合致により基礎づけられた義務は、その内容の實質的前提が変り、それにとつて、別の法的秩序が必然的または合目的となった場合には、その形式的拘束力を維持しないこと、を要求する。」

……以上の考察により、つぎのこと、すなわち、実定法の発展は、行政契約の形式的法的拘束力を絶対的なものと認めず、事情の変更が到来し、当事者の一方または他方にとり、公共福祉を考慮して、その内的目的がなくなつたような意思の合致から離れることを要求する場合には、一方的解除の道を開くということ、は十分明らかである。⁽⁸⁾

訴訟において、一方が事情変更による解除を主張した場合、裁判所は、その当事者が履行すべき条件や、相手方に対する補償を確定すべきである。さらに、相手方も公益と無関係でない重要な利益を有し、かつ損害を受けたときは、一方当事者は相手方に対し金銭による調整をしなければならない。

アベルトは、以上のように論じたのち、さいごに、「普通法においては広汎な意味をもっていたが、後には信用を失つた *d. r. s. st.* の承認は、最近の学説が示すように、私法においても著しい進展を見せている。そして、実際それとともに、ふたたび一つの健全な法観念 (*d. r. s. st.*) が、上述したところにより、公法において欠くことができないとともに、私法においても、長期間抑圧されないような然るべき通用をもつに至るのである。」と結んでいる。⁽⁹⁾

以上のような、行政契約に *d. r. s. st.* の適用を認めようとするアベルトの見解は、公益優先の点を除けば、当時（第一次大戦中）の私法理論の影響の下に形成されたものである、ということができよう。⁽⁸⁾ところが、ドイツ私法学においては、事情変更の原則は、一九二一年にエルトマン (*Oertmann*) によって創始された行為基礎論に沿つて発展することとなり *d. r. s. st.* は、私法理論としては退せられた。⁽⁹⁾しかし、同様な発展は行政法上は見られなかつたようであり、当時の代表的教科書においても「*d. r. s. st.* は、行政法においても意味をもつ。」とくたんに触れられているにすぎない。⁽¹⁰⁾それにもかかわらず、行政契約に *d. r. s. st.* の適用を認めるアベルトの見解は、その要件においても、また効果においても、今回の連邦憲法裁判所の判決理由の基本的構造に影響を与えている。

(二) 第二次大戦後の学説のうち、まず注目されるのは、スイスのイムボーデン (*Imboden*) の見解である。彼は、

一九五八年に発表した『行政契約』において、*cl. r. s. st.*の適用可能性について、以下のように論じている。⁽¹¹⁾ すなわち、この問題においては、型にはまった公式は退けられるべきである。原則として、*cl.*は当事者意思の修正に奉仕すべきであり、客観的な正しい解決をめざすものであってはならない。事情変更による権利の放棄や義務の免責がどれだけ認められるかは、だれが当事者であるかによる。公法人や施設にとっては、私人よりも、契約上の権利の放棄がより正当視される。公共団体と私人の間の契約においては、私人よりは公共団体の負担において、適合が実現されるべきである。しかし、原則として、正当視されうるか否かの限界は、具体的契約を顧慮してのみ決定される。「公法契約においては、大抵一方に公共団体が関与しているので、*cl. r. s. st.*のより容易な援用というテーゼは、一般的には適切であろう。しかし、二人の私法的法主体間の行政契約の場合には、事態はまた異なるであろう。」

以上のようなイムボーデンの見解は、行政契約に対する *cl. r. s. st.*の適用については、他の学説にくらべ慎重であるとする事ができよう。

(3) これに対し、行政法における事情変更の原則の適用を積極的に押しすすめようとしたのは、シモンズ(Simons)である。彼は、一九六七年に発表された博士論文『行政法的債務関係の給付障碍』の第四章で、「行政基礎の喪失(Wegfall der Verwaltungsgrundlage)」と題して、⁽¹²⁾ おおよそつぎのように論じた。

公法における行為基礎論(または *cl. r. s. st.*)⁽¹³⁾の適用の問題については、学説はすでに詳細な検討を加えているが、通説・判例は行政法におけるその適用可能性を認めている。反対説は旧い説であり、当時は私法における行為基礎論がまだ確定していなかったからである。ところで、行政法における行為基礎論の適用にさいしては、つぎのような問題点がある。(a) 私法における行為基礎論の基礎となつてゐるのは信義則であるが、それは行政法上も妥当するか。この点、今日では疑問の余地がない。(b) 行政法の特徴は、行為基礎論の適用にさいし、どのような影響を与え

るか。行政法の特色として公益の遂行があげられる。事情変更により、当初の義務の履行が公益に反する場合に、行為基礎の喪失が認められやすい（たとえば、BVerwGE 17, 339. 後述）。(c) 行為基礎論という術語は、行政法においても適当か。行為基礎論は、本来個人的利益の追及を問題としているので、行政法上は「行政基礎」という概念がふさわしい。(d) 行為基礎論は行政債務法に適用が限られるか。それに限るべきではなく、一旦なされた行政手続の再考の場合や、継続的效果をもつ行政行為についても、適用を認めるべきである。かくして、行為基礎論は、行政債務法に関するだけでなく、「行政法全体の一般原理として特徴づけられる」⁽¹⁵⁾さらに、行政法における行為基礎論の適用にさいしては、私法の場合とちがひ、主観的な考慮ではなく、客観的基準が重視されなければならない。また、行為基礎に関する規定は、行政法上も多い。(e) 行為基礎喪失の効果については、私法と同様である。まず、変更された事態への適合が問題となり、そのできないときには、契約の廃棄が考えられる。補償義務については、消極的である。

以上がジモンスの見解の骨子である。本書は博士論文にすぎないので、大きな影響力をもつものではないが、⁽¹⁶⁾それだけまたこの問題についての最近の西ドイツ行政法学の一般的風潮を示すものといえよう。⁽¹⁶⁾

四 さいごに、現在の代表的教科書である、フォルストホフの『行政法教科書』の所説を紹介する。彼は、行政契約の箇所⁽¹⁷⁾で、つぎのように論じている。「双方向的拘束は契約を硬化化し、そのため、専断的または法的事情の根本的変更⁽¹⁷⁾にさいして、新事態への適合を困難にすることがありうる。そのような場合に、契約上の結びつきが公の需要のために退ぞかなければならないとするならば、そのことは、契約の公法および行政の関連への位置づけに適合する。契約からの解放を可能にする法制度は *cf. H. S. St.* であり、それは民法および国際法においてはつとに承認されていたが、ここでも（行政法でも）また作用する。その適用は、公益によってどうしても必要とされる場合にも、ま

た許される。しかしながら、利益・不利益の後発的変更だけでは、そのために十分ではない。⁽¹⁸⁾だが、*clausula* は民法では例外的な場合に制限されるのに対し、公法ではより拡張された適用が承認されなければならない。⁽¹⁹⁾二四二条が援用される民法と同様、行政法においてもまた、*clausula* は法益衝突の決定のための手段を示す。そのさい行われるべき考量のためには、契約の拘束との関係における公益が、私法契約にとり契約上の結びつきの解消についての私的利益に関して適当であるよりも、ここではより以上に考慮されなければならない。」

以上により、西ドイツ行政法学の通説は、行政契約にも *cl. r. s. st.* の適用を認めていること、しかも行政契約の公益性を重視して、私法契約よりも容易に認める傾向にあることは、明らかである。

二 判例

(一) 行政契約に *cl. r. s. st.* の適用を認めた判例としてよく引用されるのは、連邦行政裁判所一九五六年一月二一日決定 (DOV 1956, 410) および同一一九六一年一月二五日判決 (DOV 1962, 72) である。しかし、両者とも雑誌には判決要旨が掲載されているにすぎない。とくに前者は、「*cl. r. s. st.* は公法契約においてもまた適用される。」と判示するものの、契約が当事者の意思によれば変更しえない場合や、当事者の態様から、契約変更権能は一定の条件においてのみ行使可能とされるのに、その条件が満たされない場合には、契約の変更はできない、と附加しているので、傍論にすぎないように思われる。

後者も、「その成立にとって決定的な事情の変更による契約廃棄の法制度 (*cl. r. s. st.*) が公法契約にも適用されるということは、判例および近時の学説において支配的な見解に一致する。」と判示するが、本件では、一九二八年に市当局と建築用地所有者との間に結ばれた私道の建設等に関する契約の効力が争われたのであり、その間の建築法規の変更と都市建設についての基本的観念の変化のため、いずれにせよ契約は失効されたと解されるので、とくに

cl. r. s. st. を適用する必要はなかつた事件のようである。

(二) これに対し、以下の二件は、公式判例集に掲載されたものとして、注目に値する。

(1) 連邦行政裁判所一九六三年一月二十九日判決 (BYerwGE 17, 339) 本件は、行政契約に行為基礎論を適用した判決である。まだ住宅関係に公法的規制の存した一九五五年、原告は、財政援助なしに住居および営業用家屋一棟を建てたが、建築工事中、原告がうしろの建物の一階の旧築住宅を倉庫として使用することを被告(市当局か?)は認めた。建築工事終了後、原告・被告間で話しあいをした結果、同年一月三〇日、原告は新築家屋の二階の住宅を統制に服せしめる代わりに、従来の旧築住宅を期限の定めなく統制外におく許可を得た。ところが、連邦行政裁判所一九五六年一月二十四日の判決 (BYerwGE 4, 111) は、かかる新築住宅には統制法は及ばず、それを統制に服せしめようとする合意は無効である、と判示した。この結果、本件新築住宅を統制に服させようとした原告・被告間の合意も無効であると判明したので、被告は、無効な合意を前提とする、本件旧築住宅を統制外におく許可を取り消した。これに対し、原告が異議をのべたのが本件訴訟である。原審は、行為基礎の喪失を理由として、被告の許可取消を認めたが、連邦行政裁判所も、「高等行政裁判所が、行為基礎の消失についての民法の原則は、民法のみならず、行政法をも支配する信義則の現われであるとして、その原則を準用したのは、正当である。」と判示した。

本件は共通の動機錯誤を問題としており、エルトマンの行為基礎論またはラーレンツの主観的行為基礎の喪失の場合にあたる。しかも、行為基礎が当初から存在しなかつた場合であるので、cl. r. s. st. の適用の余地はない。⁽²⁰⁾

(2) 連邦行政裁判所一九六六年一月二十五日判決 (BYerwGE 25, 299) 本件は、ライヒと市町村との間の駐屯契約 (Garnisonvertrag) 2 cl. r. s. st. の適用を認めた事件である。一九三五年、原告(市)はドイツ・ライヒ国庫との間で駐屯契約を結び、ライヒは原告より無償で譲渡された土地に三個の兵舎を建てた。その他、原告は、契

約により、水、ガス、電気について特別料金で供給し、また運河を特別料金で使用させることを認めた。戦後、二兵舎には、ベルギー軍とアメリカ軍が駐屯し、第三兵舎は病院として利用された。原告は一九五七年末に連邦財務部 (Bundesvermögensstelle) に対し、二つの駐屯契約の解約の申入をした。しかし、財務部がそれを認めなかったの²⁰で、最終的に連邦共和国を相手に訴えたのが、本件である。一審は、本件契約に *q. i. s. s.* の適用を認め、原告を勝訴させた。二審もそれを支持し、公法においても *q. i. s. s.* が適用されるべきであるとしたが、「しかしながら、この原則の適用は、公益によって必要とされる場合にのみ、許される。……そのさい、原則として、利益衝突の解決のために、私法の原則の場合にふさわしいよりも、より拡張された適用可能性から出発すべきである。」²¹と附加した。上告審も「連邦行政裁判所の確定した判例によれば、*q. i. s. s.* は公法契約にも適用される。²²そのさい、ライヒ通常裁判所と連邦通常裁判所の判例に結びつく。その判例は、契約内容にはならないが、しかし単なる動機にとどまることなく、両当事者によって行為の基礎とされた基本的な事情が本質的に変更する場合に、行為基礎の喪失を認めている。」として、原審の一般原則を認め、その原則の具体的適用についても、本件契約の基礎は、ドイツ国防軍と駐屯軍の存続であり、ライヒの崩壊とドイツ国防軍の消滅により本件契約の基礎は喪失し、ライヒが契約上の義務を履行することができない以上、戦後の変動により負担が著しく増大した原告が、それを守ることは正当視されないとし、さらに本件では、利益考量をしても、変更された事態への適合は適當ではなく、義務の消滅のみが考えられるとした。なお公益性に関しては、それにより、「公益もまた侵害されない。むしろ、公施設にとって必要な費用は、その費用の担い手の予算によって支出されることが公益に適する。」²³と判示している。

本件は、*q. i. s. s.* にとって典型的なケースである。一審以来それを認めたのも当然であるが、連邦行政裁判所の判決理由では、*q. i. s. s.* と行為基礎論との区別ははっきりせず、むしろ行為基礎の喪失の概念で説明されてい

る。なお二審では、公益性が強調され、*C. I. S. S. T.* については、私法よりも公法において拡張された適用が見られるとされ、フォルストホフの影響が看取される。連邦行政裁判所も公益性を重視するが、本件では、契約解消を認めるのが公益に適するとのべ、何が公益かについて問題を残しているように思われる。

以上、個々の判例については問題がないわけではないが、全体として、西ドイツ行政裁判所の判例においては、行政契約に対し *C. I. S. S. T.* の適用が認められることは確立している。

三 立法

西ドイツでは、かねてより懸案であった行政手続法 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) がこのほど成立をみたが (一九七六年五月二五日)、そこには、事情変更による行政契約の適合と解約告知についての規定が見られる (六〇条)²¹。いま、その規定を一九七三年草案 (五六条) によって示すと、つぎのとおりである。

五六条 (特別の場合における適合と解約告知)

(1) 契約内容の確定にとって決定的であった事情が、契約の締結以来本質的に変更し、このため契約当事者の一方にとり本来の契約的規制の遵守が正当視されなるときは、その契約当事者は、変更された事情に契約内容を適合させるよう請求するか、または、適合が不可能であるか、もしくは契約当事者の一方にとり正当視されない場合には、契約の解約告知をすることができる。官庁は、公共福祉に対する重大な損害を防ぎ、または除去するためにも、解約告知をすることができる。(2)項は略)

この規定の趣旨については、草案の理由書によると、かかる法的観念は「公法においても支配する *C. I. S. S. T.* の原則、および民法において発展した行為基礎喪失という法制度のなかに具現したものに²²」に適應するとされる。この説明によると、本規定は *C. I. S. S. T.* を具現したもののか、行為基礎論の表われか必ずしもはっきりしないが、一般的に

説は前者と解されているようである。⁽²⁸⁾ いずれにせよ、このような規定が成立した以上、今後の西ドイツにおいては、行政契約における事情変更の原則の適用の問題は、行政手続法六〇条の解釈の問題となり、少なくとも形式上は新たな局面を迎えることとなった。

(1) 以下は、フィードラーの前掲論文(四四三頁注5参照)により、重要と思われる文献のみとりあげる。ただし、本稿にとり最も重要と思われる Tober, Die «*clausula rebus sic stantibus*» bei *verwaltungsrechtlichen* Verträgen, Diss. München 1970 は、参照しえなかつた。

(2) フィードラーは、アベルトを「行政法における *clausula* 理論の開拓者の一人」と位置づける。Fiedler, a. a. O. S. 130.

(3) Apelt, Der *verwaltungsrechtliche* Vertrag, 1920, S. 217 ff. なお本書については、田中二郎「公法契約論序説」『行政行為論』(一九五四年)二八二頁以下、淡川典子「公法契約論序説」名大法政論集四七号一七頁以下参照。後者は「公法契約と事情変更の原則」についても言及している。三四頁以下参照。

(4) A. a. O. S. 220.

(5) A. a. O. S. 222.

(6) A. a. O. S. 222 f.

(7) A. a. O. S. 225.

(8) 第一次大戦当時 Krückmann などにより、私法における *cl. r. s. st.* の復活が提唱されていた。勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』(一九二六年)七三二頁以下、ラーレンツ(神田・吉田訳)『行為基礎と契約の履行』一九頁以下参照。

(9) 五十嵐・前掲八八頁以下参照。

(10) W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1931, S. 254. なお、イェリネクは、注において、アベルトの前掲書と若干の判例を引用しているにすぎない。

(11) Imboden, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1958, S. 107 f. なお本書については、山田幸男『行政法の展開と市民法』(一九六一年)三三三頁以下、長尾久衛「マクス・インボーデン公法契約の類型」名城法学一六卷三・四号、一七卷一・二号(一九六七年)参照。

- (12) Simons, Leistungsförderung verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, 1967, S. 178 ff.
- (13) 両者を区別しない点に注意。
- (14) Simons, a. a. O. S. 184.
- (15) フリードラーは、本書を「法原則の根本的な新構成ではない」と評している。Fiedler, a. a. O. S. 133.
- (16) なお、シモンスの指導教授は、代表的行政法学者の一人である Hans J. Wolf である。
- (17) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, 10. Aufl. 1973, S. 282 f.
- (18) フォルストホフは「訂正訳(誤訳)」Götz, Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Jus 1970, 5 をあげている。Forsthoff, a. a. O. S. 283, Anm. 1. ゲッツによれば、通説は、cl. r. s. st. の適用を認める学説が行政行為の原則的撤回可能性の原理の承認されていた時代に成立したものであることを、見すとしている。法律にしたがい契約により市民に給付を保證した行政庁は、なにゆえこの保證を公共福祉の必要を顧慮して補償もなしに取り消すことができるのか、理解できないとされる。
- (19) フォルストホフは「第一〇版におおづべ」cl. r. s. st. の適用を認めた判例として、今回の連邦憲法裁判所の判決をあげている。Forsthoff, a. a. O. S. 283, Anm. 3.
- (20) 本件につき、ボッセは、公法においては当事者の過った表象は問題にならないと批判している。Boesse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S. 84.
- (21) BVerwGE 25, 303. 後述のように、このことはフォルストホフの影響が見られる。
- (22) ここで引用されている判例は、前掲連邦行政裁判所一九六一年一月二二日決定、同一九六一年一月二五日判決のほか、Pr OVG 84, 301 である。BVerwGE 25, 302 f.
- (23) A. a. O. 304.
- (24) Maurer, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, Jus 1976, 495.
- (25) BT-Drucks 7/910 (Fiedler, a. a. O. S. 128 以下引用)
- (26) たむら、Maurer, a. a. O.

IV むすびにかえて

行政法における事情変更の原則の適用に関し、以上のような学説・判例・立法の動向をふまえ、それと行為基礎の喪失に関する私法理論を対比しつつ、連邦憲法裁判所一九七三年一月三〇日判決の問題点を再考することによつてむすびにかえたい。

一 事情変更の原則の適用範囲について。連邦憲法裁判所一九七三年判決の理由中には、*C. I. S. St.* はドイツ行政法にも適用されるとあるだけで、とくに行政契約に限るとされてはいない。しかし、本判決をふくめ、これまで発表された判例は、いずれも何等かの意味の行政契約を問題としており、学説もまた事情変更の原則の問題を行政契約の中で論じている（例外、ジモンズ）。私法理論との関係においても、また比較法的にみても、今後も行政法における事情変更の原則は行政契約に限るとすることが、望ましいであろう。¹⁾

二 つぎに判決の理論構成について。前述のように、連邦憲法裁判所の本件判決は、事情変更の原則に関する諸理論のうち、行為基礎論と *C. I. S. St.* の両者を取りあげ、前者の適用を否定し、後者を肯定した。内容的にも両者は区別され、ここでいう行為基礎論はエルトマンの理論またはラーレンツの主観的行為基礎論に相当する。これに対し、本判決のいう *Contractus* はラーレンツの客観的行為基礎論に対応するものである。西ドイツ私法學において、ラーレンツの行為基礎論は一応定着しているように思われるのに、連邦憲法裁判所はなぜこのような区別をしたのであろうか。これが本判決の問題点の一つであるが、行政法上の従来の学説・判例との関連でいえば、かかる区別は、学説および従来の行政裁判所の判例に必ずしも対応していない。従来の学説・判例はもっぱら *C. I. S. St.* を問題としており、行為基礎論は例外的に言及されるにすぎず（この点、連邦行政裁判所一九六三年二月一九日判決は

例外)、その場合も両者を区別しない者が多い。⁽²⁾したがって、本判決が両者を明白に区別したことは、学界に波紋を投ずるであらう。⁽³⁾もっとも、民法との関連でいえば、第二次大戦後の民事判例は、事情変更の原則の適用について必ずしも行為基礎論にとらわれず、もっぱら *unzumutbar* だけで判断した時期があったし、⁽⁴⁾他方、近時の学説において、ラーレンツの行為基礎論に対する批判も強く、とくにウィアッカー (*Wiacker*) にいたると、主観的行為基礎と客観的行為基礎の区別を徹底させ、後者を *c. i. r. s. st.* と呼ぶことを提唱している。⁽⁵⁾まさに本判決のとする立場である。したがって、連邦憲法裁判所の本判決のとする理論構成は、今日の私法理論と両立しないものではない。いずれにせよ、この点では今後の学説・判例の発展が注目される。

三 それはともあれ、連邦憲法裁判所は本件につき *c. i. r. s. st.* を適用している。これは、ドイツ行政法の従来の学説・判例に従ったものである。私法の世界では、前述のように、*c. i. r. s. st.* は一八世紀までは全盛を極めたが、一九世紀に入ると、それは取引の安全を阻害するものとして退けられ、やがて忘れられていった。第一次大戦により、事情変更の原則の必要性が痛感されるようになって、ドイツでは(他の国も同様) *c. i. r. s. st.* の復活の形をとらず、主として行為基礎論の発展によって問題を解決してきた(ウィアッカー説は、あくまでも例外)。どうして行政法では別の道がとられたのか。この点は推測の域を出ないが、前述のように、アベルトの研究の出た当時は、私法でも *c. i. r. s. st.* の復活のきざしがあったし、それ以後、行政法上ではそれほど事情変更の原則が問題とならなかったため、行政法への行為基礎論の導入が不十分となったのではなからうか。しかし、事情変更の原則としての行為基礎論はドイツ私法学に特有のものであり、比較法的にはむしろ *c. i. r. s. st.* の方が一般性をもつといえる。⁽⁶⁾したがって、行政法で *c. i. r. s. st.* が今日まで保持されたことは、かえって幸運であったといえよう(実際はそれに徹することができず、今日では行為基礎論も導入され、両者の関係があいまいになったこと、前述したとおりである)。

以上はしかし、いづれにせよ理論構成上の問題である。実質的な問題点としては、西ドイツ行政法では、*pro-rata*の適用を認めるのみならず、私法よりも「拡張された適用」を認めることがあげられる。そして、その理由として、公法における公益性の尊重が説かれている。この点、フランスの行政判例が行政契約に不_レ予見理論を適用する根拠として公役務の継続性の確保という公益的理由をあげているのと、一脈あい通ずるものがある。行政法において公益性が重視されるべきことはいうまでもないが、しかし、何が公益かということになると、西ドイツでもはっきりせず、公益の名のもとに、行政庁により *pro-rata* が濫用されるおそれなしとしない。これでは、国民の利益が無視されることになる。このことは、若干の西ドイツ行政法学者の指摘する点でもあるので、行政法における事情変更の原則をわが国に導入する場合には、慎重な配慮が必要である。

四 効果の点について。連邦憲法裁判所は、本件の解決として、最終的に金銭による調整を認めた。この制度は、すでにアペルトの提案するところであるが、その後の学説・判例には十分な展開は見られない。したがって、この点は、本判決の特徴の一つといえることができる。同種の制度として、フランスの行政判例の下でも「不_レ予見補償」が認められているので、かかる制度を、行政契約に事情変更の原則が適用される場合の特色として位置づけることが可能であろう。

五 さいごに全体的な感想をのべるならば、行政法における事情変更の原則の適用の問題について、ドイツの学説・判例は、(私の不勉強を別とすれば)私法にくらべると、比較にならぬほど論じ足りなく、ただ公益優先だけが先行しているように思われる。したがって、わが国で今後この問題をと_リあげる場合に、西ドイツの理論の軽率な導入については、十分な注意が必要であることを重ねて強調したい。

