慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	西ドイツ行政手続法草案をめぐる公法契約論
Sub Title	Dispute über den öffentlich-nechtlichen Vertrag in deutschen Musterentwurf eines Verwaltung-verfahrensgesetzes (EVwVert G1963)
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Jun'ichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.7 (1971. 7) ,p.91- 111
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710715-0091

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

西ドイツ行政手続法草案をめぐる公法契約論

藤原淳一郎

一、序　言
二、行政手続法草案中の公法契約
三、草案をめぐる公法契約論
四、結　語

一、序　言

近時、従来の伝統的な行政法理論に対する批判が強まり、「公法と私法」の区別論に対して、その鋒先が向けられているのは、周知の通りである。その観点からは、「公法契約論」は、影の薄い存在に思えるかも知れない。しかしながら、伝統的なドイツ行政法学において、公法契約論が、いわば継子扱いにされて来たにも拘らず、現在の西ドイツにおいては、判例・実務上に確固たる地位をしめているということは、仮にそうした現象を肯定的に考えるならば、逆に、従来の学説を、改めて検討し直す必要のあることを示すものではなかろうか。このことは、我国において、いわゆる「公害防止協定」の法的性質をめぐる議論の中で、公法契約論が、再び脚光をあびてきたことと、考えあわせるべきであろう。(1)

本稿では、公法契約論を歴史的に再検討する際の準備作業として、現在西ドイツでの、公法契約論を、整理してみようとするものである。ただその際に、現在における問題の所在を探るという目的との関係で「行政手続法草案」(2)中の、公法契約の規定をめぐる議論に限定したことを、予めお断わりしておかねばならない（又、当然のことながら、判例についても整理すべきであつたが、これについては別の機会に譲らせていただくことにした）。

以下において、先ず、行政手続法草案を紹介した後に、これに対する学説の反応について、紹介していくことにしよう。

(1) 原田尚彦「行政契約論の動向と問題点1・2完」（法律時報四二巻一号六九頁、三号八五頁）において、詳細に論じられているところである。本稿も、右記原田論文に負うところが大きい。

(2) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes. (1963)

以下、断わりなきかぎり、右草案のことを指す。次節註1を参照のこと。

二、行政手続法草案中の公法契約

行政手続法草案（一九六三年）[1]は、その第四部において、公法契約についての規定をおく。以下、各条文について、訳出する。[2]

★

第四部　公法契約

第四〇条（公法契約の許容性）　(1)公法領域の法律関係は、法令の規定に反しない限り、契約（公法契約）によつて、創設され、変更され、又は終了されることができる。

(2)四一条乃至四二条の特別要件、及び四五条一号乃至四号の無効原因〔の規定〕は、そうでなければ行政行為を向けられたであろう人と、行政庁とが、行政行為の代りに締結した契約に対してのみ、妥当する。[3]

第四一条（和解契約）[4]　妥協をその対象にもつ公法契約は、その契約によつて、事実関係又は権利状態に関して評価の際に存在している不明瞭さが、除去されるならば、締結されることができる。

第四二条（交換契約）[5]　(1)契約相手方が行政庁に反対給付を約束する公法契約は、その反対給付が特定の目的のために、契約において合意され、行政庁にその公の任務の達成に対して奉仕するならば、締結されることができる。反対給付は相応なものでなければならず、行政庁の契約上の義務に即した関係になければならない。

(2)行政庁に給付に関して請求権が存在するならば、そのような反対給付は、行政行為をなす際に、〔本草案〕二八条にしたがつて、付款の内容となりうる、そのようなもののみが合意されることができる。

第四三条（書面形式）　公法契約は、法令の規定により他の形式が定められない限りは、書面によつて締結される。

第四四条（第三者の同意）　第三者の権利がそれによつて侵害される公法契約は、当該第三者が同意した時に、初めて有効となる。

第四五条（公法契約の無効）　公法契約は、

1　行政庁の契約上の義務を内容としている行政行為が、無効になる限り、

2　行政庁の契約上の義務を内容としている行政行為が、〔草案〕三六条の意味での手続又は形式の瑕疵[6]のみによらずに違法であつて、且つ、契約当事者にこれが知られている限り、

3　和解契約の締結の前提条件がなく、且つ行政庁の契約上の義務を内容としている行政行為が、〔草案〕三六条の意味での手続又は形式の瑕疵のみによらずに違法である限り、

4　行政庁が、交換契約において、許されない反対給付を約束した限り、

5　無効が、民法典の規定の準用から生じる限り

〔右の1号から5号までの限りで、〕無効である。[7]

契約は、無効の部分がなければ締結されなかつたであろうことが

容認されるならば、全部無効である。

第四六条（公法契約の解約）　各契約締結者は、締結時以来、関係が余りに本質的に変わってしまったので、彼に契約のそれ以上の履行をもはや望めない場合には、その契約を解約できる。行政庁はまた、公益への重大な不利益を予防又は除去するために、契約を解約できる。解約告知には、理由をあげられるものとする。

第四七条（即時執行の受諾）　各契約当事者は、公法契約において、即時執行を受諾することができる。この場合、行政庁は、行政庁の長（Behördenleiter）、彼の一般代理人又はドイツ裁判官法によつて裁判官資格を有する公務員により、代理されなければならない。

第四八条（規定の補充適用）　本節〔第四〇条から本条〕の規定から、例外規定（Abweichendes）が存在しない限り、本法の他の規定は妥当する。民法典の規定は、補充的に準用妥当する。

★

右の草案の規定中、公法契約の許容性について概括条項をとつた四〇条に、最大の論議が集中するであろうことは、想像にかたくない。そこで、草案理由書の説くところを要約しておきたい（頁数は、草案理由書頁を指す）。

㈠まず、公法契約否定説のオットー・マイヤーを経て、アペルト、ヴュルテンベルク行政法草案四七条にみられる、法令が禁じない限り、公法契約が可能であるとの説や立法案が出てきたことを述べる（S. 185）。[8] 戦後において、ブリンガーの公法契約否定論が出されていることに対しては、行政実例上の立場から反論すると共に、「国家と国民の関係についての現代的理解は、高権手段適用は、可能な限り最後の手段として行なわれるべきである、というのに一致する」との、アイエルマン・フレーラーの言を引用する（S. 186）。[9] このように学説を通覧した後に、本草案の任務としては、行政実務のために是非とも必要な範囲の規定条文化に満足し、公法契約拒否説に対処するため、現在可能な範囲での誰もに拘束的な決定を通して、不安定さと見解の対立とを終わらしうるように、方向づけねばならぬとする。そして、公法契約には、このような行政手続法は適当な場であり、行政行為と並んで、定義・許容性・実体法が定められるとする（SS. 186-7）。

公法契約の実際上の必要性として、行政行為よりも運用しやすい面を強調している。行政行為は、あれかこれかという二者択一的にしか許されていないので、しばしば硬直化しすぎる。通常は予期していなかつた事態に対しても、公法契約であれば、交換契約のように、弾力的に処理できる。又、行政経済上無駄と思えるような、あれこれの探求を避けて、和解契約を結ぶ途もある。一方的に行政処分をなすのとは異なるので、行政と国民の公行政の関係をスムースにして、後の争訟を減らすこともできる。ことに、義務・負担を課する場合で法不明瞭の時には、行政行為よりも契約によつて解決される。又、公益上の理由から、便宜を与えることもできる――但しこの場合に、非公開による危険があるが、公法契約の前提要件と限界とを規定すれば、解決されるとする（SS. 187-8）。

㈡　右に述べたような考え方を背景として、草案理由書は、各条文の解説に移っていくのである。次に、条文中の「法令の規定に反しない限り」公法契約を許容したことについて理由書をみてみることにしよう。

公法契約の許容性は、憲法・法律・一般行政法原則からの制限という問題もあるが、狭義には、法律の授権の有無との関連である。前者は、許容された公法契約の実質的制限の問題であり、四一条以下の問題――と、概念から論じ始める。対等関係契約（koordinationsrechtliche Verträge）が、法律から自由な領域で、明文の規定なく許されるのはよいとして、従属関係契約（subordinationsrechtliche Verträge）の場合は争いがある。[10a] これにつき、判例上も対立があるが、草案は、強行法と法原則に反しないかぎりこれを肯定する立場を採った判例を通説と考え、これによった。換言すると、「公法契約を許さないということが、法律の本文、意味、目的から生じない限り」契約は許されるとするものである[10]（SS. 189-90）。

四〇条一項で、明示的に公法契約に授権した場合以外にも広く契約方式を認めていることは、何ら行政の法適合性の原理と矛盾するものではない。この観点は、連邦行政裁判所も、いわゆる自由建築契約において肯定している。裁量の幅が少なければ、その範囲内で（羈束裁量の場合には、それと同一内容であれば結果的に肯定）可能なのである。行政の法適合性の原理は、専断的な行政の侵害・違法な命令から、国民を保護すべしということを意味し、行政の行為の予測性に奉仕するだけなのである。「平等原則」の問題を持ち出すことは、公法契約への異議とはなり得ない。と言うのは、公法契約であっても、行政処分類似に規制されうるからである。しかも、処分も契約も、個別の事案にかかわるという点では、平等原則に関しては、言わば同罪である（SS. 192-3）。なお、拘束された行政（gebundene Verwaltung）では、行政行為のみによってなされる建前なので、例外的規定のある場合にのみ、契約は許されるが、しかし、いずれに該当するのかの判断は、具体的には困難だろう（SS. 193-4）。

㈢以上を要約すると、個別実定法において公法契約を認めている場合でなくとも、自由裁量領域や、法律から自由な行政領域では、法令に違反しなければ、公法契約は可能である（SS. 190-191）。ただ、従属関係契約は、四一条と四二条などで、厳しく制限される（四〇条二項）という規定になっている（S. 195）ということなのである。

次に、節を改めた上で、右の「公法契約の許容性」を最大の論点としつつ、本草案中の公法契約に関する規定に関して、公にされた見解をみていくことにしよう。

（1）Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, (1963, Verlag Grote) 本稿においては、本草案の全般にわたる検討は、これを断念せざるをえない。概要については、以下の文献を参照されたい。A. Koehler Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, MDR 1964 S.274. F. Rietdorf, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes—Einführung und leitende Gesichtspunkte—, DVBl. 1964. S. 293 und 333., W. Thomas, Musterentwurf für ein Verwaltungsverfahrensgesetz, DöV 1964 S. 361, Schmitt-Lermann, Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, JZ 1964. S. 402.

なお、一九七〇年五月十五日に、右草案をほぼ踏襲したと思われる政府草案が、連邦参議院に送付され、参議院は若干の修正提案付きで、同年六月六日に回答を行なつている。（蛇足ながら、西ドイツにおける政府提出法案の立法手続きについては、基本法七六条乃至七八条を参照のこと）、右政府草案を、本稿執筆の時点で参照できなかつたのは残念である。(H. Spanner, Der Regierungsentwurf eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes, JZ 1971. S. 671.によるが、BR-Drucksache 269/70).

(2) 本草案のニュアンスをできるだけ正確に伝えるため、敢えて、日本文らしからぬ、直訳文体とした、この点、御了承願いたい。

(3) 四〇条一項の条文は、政府草案（一九七〇年）においても、そのまま維持されている。(Spanner, a. a. O., S. 674).

四〇条二項の条文は、実にまわりくどい表現であるが、これは、公法契約を「対等関係契約」(koordinationsrechtliche Verträge) と「従属関係契約」(subordinationsrechtliche Verträge) とに分けた場合の、後者のことを指しているものであると、理由書は述べている、(S. 195)（同旨、Koehler, a. a. O, S. 276)

(4) Vergleichsvertrag を、原田教授は「妥協契約」と訳しておられるが、行政裁判所法上の裁判上の和解と比較して理由書でも述べている(S. 196)こともあり、ここでは「和解」と訳しておいた。(原田尚彦「行政契約論の動向と問題点2」法律時報四二巻三号八八頁)

(5) C・H・ウーレ「ドイツ連邦共和国における公法の発展」（田口精一監訳）一〇七頁では、Austauschvertrag を「報償契約」と訳しているが、これは訳語としては、不適切のきらいがある。

(6) 草案二六条は、行政経済上の配慮から、単なる手続・形式上の瑕疵のみを理由として、行政行為を攻撃しないために設けられた規定であると、理由書は述べている (S. 162)。本条においても、右趣旨から、単なる形式・手続上の瑕疵では不十分であると規定しているのも、うなすけよう。

(7) 原田・前掲論文九四頁註2に、本条の訳があるが、多少、不正確のようである。

(8) 別段、目新しい主張でなく、我国でも紹介済みの点である。田中二郎「公法契約論序説」（「行政行為論」所収）、山田幸男「ドイツの公法契約論」（「行政法の展開と市民法」）などで述べられてきた。原田尚彦・前掲論文(1)（法律時報四二巻一号）には、要領よく述べられている。

(9) ブリンガーの公法契約論については、次節においても、多少言及するが、塩野宏「紹介・マルティン・ブリンガー『契約と行政行為』」（国家学会雑誌七七巻一・二号六九頁）に詳しい。

(10) 次いで理由書は、「規範的授権 (normative Ermächtigung)」説によつて、従属関係契約を正当づける立場には組しないとする。全ゆる高権的行為は反対の特別規定がなければ、行政行為によつてのみなしうるということから、賛成できないのだとする。かと言つて、国民は国家と契約できないと、オットー・マイヤー的に考えるのも、現在の社会的法治国家における権利主体としての国民ということから、論外であるとする。かといつて、行政行為が、国家・国民間の可能な限りの最後の手段という風に考える必要もないという (S. 190)。しかし、これでは理由書自身の見解が明確でないことに気付かれるであろう。そこで、四〇条二項についての説明をみてみると、「契約相手方の同意により初めて、強く拘束され殆んど弾力的でないところの行政行為を、拒絶しなければならないという、解決を可能にする」（傍点筆者）と説き、その場合に、真の „do ut des-Beziehung“ が生じうるとしている (S. 195)。果たして、右に述べたことが、どう調和するのか、筆者には十分には理解し

難い点である。ただ、繰り返しになるが、従属関係契約については、四〇条二項による制限がかぶさつてくる。そこで、四〇条一項の概括条項の読み方として、一項では、対等関係契約のみについて念頭においている、との説明がとられている（Koehler, a. a. O., S. 276）ようである。

(10 a) 対等関係契約（koordinationsrechtliche Verwaltungsverträge）と従属関係契約（subordinationsrechtliche Verträge）の言葉の説明をしておく。訳語としては、「対等的契約」「従属的契約」とするものがある（山田幸男・前掲書二六三頁）が、ここでは「対等関係法上の契約」「従属関係法上の契約」（ウーレ・前掲田口監訳一〇六―七頁）にならつておいた。前者は、公行政の対等な担い手（行政主体相互間。例外的に私人相互間）相互の契約である。後者は、公行政の担い手と私人間の契約を指す。（山田・二六三頁以下参照。H. J. Wolff, Verwal tungsrecht I, 7 Aufl. S. 281 f., G. Pieper, Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, DVBl 1967, S. 11, V. Götz, Hauptprobleme des verwaltungsrecht lichen Vertrages, Jus. 1970, S. 1 参照）。

三、草案をめぐる公法契約論

前節に掲げた、草案中の公法契約の規定に関して、公にされた解説批判を、原則として発表順に紹介していくが、本節については、文献の要旨を、直接説話（Indikativ）形態で述べたことを、お断わりしておきたい（これは、本稿が論説でなく資料である点考慮したため）。

㈠　ケーラーの解説[1]は以下の通り。

行政の行為に関して、行政行為と行政契約とのうち、いずれが望ましいかということを不問に付して、草案は、行政契約締結につき無制約的必要的規定をおいた。規定の不完全さは、四八条による民法準用で補つている。四〇条一項の概括条項は、対等関係契約のみであり、従属関係契約は、四〇条二項で、制限的に規定している。

㈡　トーマスの解説[2]は以下の通り。

行政実例で有用な手段（brauchbares Instrument）になつている公法契約について、これを拘束する原則がなかつたので、これをつくる試みである。行政行為の代りになす公法契約は、四一条と四二条とが考えられる。

㈢　リートドルフの解説[3]は以下の通り。

公法契約の中心問題は、第一には、従属関係契約と契約拘束の原則との、第二には、行政の法適合性と公法契約の締結との、おのおのの関係にある。ここでは、許容性・存続性・執行可能性の三つの個別問題に分かつて解説していく。

①許容性（Zulässigkeit）につき、「単に法令の規定に反するかどうか」を問題にする規定をおく（四〇条）。例外的に契約が許されることを予想するのではなく、逆に、契約が除外されることを予想している。そこで、ある特定の行政の法的行為が、拘束的に法令で予定されているのかどうか、契約が除外されていないかどうかの、解釈の困難を伴うことになる。したがつて、行政手続法で包括的に許容しても、片付けられえない問題である。

②行政行為におけるとは異なり、行政庁と相手方とは対等なので、両当事者に解除権が与えられる（四六条）が、公益との関係で、契約拘束の原則の限界（同条二文）が定められている。

③執行可能性（Vollstreckbarkeit）について。契約からは直接には執行できぬとの原則により、訴え（Klage）により、執行権を得なければならない。ここにおいて、行政庁には何ら特権は存しない。即時執行受諾約款があれば別となる（四七条）。

㈣　ウーレとベッカーの批判[4]は以下の通り。

草案理由をまとめると、公法契約の規定を置いた理由は次の二つである。第一は、公法契約の適用領域について以前から争われており、立法者のみが解決しうる動揺がみられること。第二は、行政実務における契約の重要性から考えて、もしも公法契約について何ら規定しなければ、契約への回避によつて、本手続法自体が、その適用を回避されてしまうこと。この見解には、賛意を表するし、個々の規定も、歓迎すべきものであり、本質的内容的には、異議をとどめない。ただ、四一条と四六条について、若干の批判的見解を要求するのである。

①和解契約（四一条）について。

草案理由書が、和解契約は慣習法的に認められていると主張することは、同意されえないし、行政裁判所法一〇六条の裁判上の和解の規定も、論拠たりえない。すなわち、私法では処分権があるが、行政法では、職権探知主義（Untersuchungsgrundsatz）と法の拘束（Grundsatz der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht）が働いているからである。

この職権探知主義に際して、例外を認めることができる。（個人がある請求権を主張しているような場合で、しかも明白な積極・消極の結論を導き出せぬ場合に）、行政庁が合法的な全ゆる事実解明の手段を尽し、請求人の責任には属さない、ある事実の不証明が存在したときである。この時には、和解が許される。[5]次に、権利状態に関しては、行政庁が裁量により決定しうる処分権又は事柄が問題になつていれば、和解契約は可能である（但し、裁量の違法、なかんずく平等条項違反をさけることが考慮されねばならない）。逆に、請求権者の側で、彼が処分権を有する限り、その請求を放棄することにより、和解契約は可能である。しかしこの場合にも、強行法効果（zwingende Rechtsfolge）を和解できない。このように、権利状態に関して、不明瞭さが存しても、[6]強行法規のときには、和解契約は疑わしい。

以上の説明から分るように、公法上の和解契約は、その締結を公に保障するには極めて問題がある。殊に、権利状態に関する和解についての疑念からみると、四一条は大まかすぎる。四一条は、行政の法適合性（gesetzmäßigkeit der Verwaltung）の原理を無価値にするおそれがある。

四〇条で、公法契約の許容性について十分規定しているので、この四一条（事情によつては、次の四二条も）は、削除するか、あるいは次のような限定的規定に変えるべきである（考え得るのは、行政裁判所法一〇六条による表現である）。すなわち「その対象に和解を有する公法上の契約は、行政庁と関係人とが、手続きの対象に関して処分できるときに、締結されうる」と。[7]

②公法契約の解約（四六条）

四六条二文において、行政庁側の、（公益を理由とする）広い解約権

が認められており、その表現はたとえ「解約」であれ、個人に対して、覆面形式で高権を行なえるという印象を与える（しかも、授益的行政行為の撤回に関する三八条二項五号と、本四六条二文とが、文言的には殆んど共通である）。行政庁と国民との間の契約的釣合いを保持するには、同じ前提――公益（Gemeinwohl）の要請――の下で、両当事者に解約権を認めねばならない。

それでは、四六条二文を一文に吸収する意味で、削除できないだろうか。一文は、公法契約の効果によつて、公益に重大な不利益の存する場合をも包含しうる筈である（二文の規定が、行政庁に対して、違法な公法契約を一方的に解約することを誘うことにも注意しなければならない）。[8] 行政庁が余りに巨大な公益条項を取り扱うことにより、草案の構想を無為にしないために、四六条二文を削除する提案に、なお優先権を与えるべきだろう。なお締結当初から公益侵害の公法契約は、「無効」とするのが妥当な解決だろう。

さらに考えるべきは、解約に伴う損失補償の問題である。草案委員会は、契約当事者の利益衡量によればよいとして、規定しなかつたのだが、少なくとも原則的規定をおくことが望まれる。殊に、四六条二文を維持するならば、（三八条の行政行為の撤回の時と同様に）国民の側で補償請求できる旨を明文化すべきである。

最後に、（草案委員会が最初四六条二文による解約について予定した規定のように）、解約理由を書面で示すことを考慮すべきである。行政庁の解約によつて、概して個人は権利授与を取り消されるのであり、彼が、行政庁の解約の事実的・法的理由を知るときに、その法適合性を確信することができるのである。なお、三文の理由づけ義務[9]（Begründungspflicht）は、行政庁の軽々しい解約を防ぐ。

(五) シュパンナーの批判[10]は以下の通り。

四〇条における公法契約の一般的許容性に対しては、少なからぬ疑念が存在する。理由書も認めるように、契約の許容性が法令に反するかどうかは、一見しただけではしばしば判らない。しかも、このような一般的原則的な公法契約の許容性は、非常に重大な現存行政体系の変更（Änderung des bestehenden Verwaltungs-system）を意味するので、行政手続法において、ついでながらに企てることをよくよく考えねばならない。すなわち、行政の法適合性の原理[11]の回避・平等条項侵害の下での恩恵の授与といつた危険である。

ウーレとベッカーが、公法契約の一般的な許容性に同意しながらも、四一条の和解契約に疑問をいだいているのに、賛成する。

(六) ペッターの批判[12]は以下の通り。

四〇条乃至四八条の九ケ条は、本質的には現在の学説・判例を描いているものであるが、しかし、公法契約が法典編纂するほどに明らかになつているかは、疑いをもつている。四八条の民法の一般的準用は、公法契約の特殊性を不十分にする。実体法的により明確にされねばならない。[13]

争訟手段につき、従来は、公法契約上の争いは行政裁判所とされていた。が、実体法から導き出して、公法契約の許容性については行政裁判所、法効果については民事裁判所となつても、驚くべきことではない。いずれの途を選ぶのかを、はつきりと規定すべきであ

る。

これらの問題を、法典編纂の前に明らかにすべきである。

(七) バーリンクの批判[14]は以下の通り。

①草案第四部（公法契約）は、草案全体からは、大失敗と言われうるだろう。四〇条の概括条項によりグローバルに公法契約の形を与えるという冒険をしていなければよかったろうに、と思われるのである。[15] 立法者が、信頼しうる行政を危険にさらし、権利保護の責務を負う法治国家的原理を侵害し、「不確かさへの跳躍」を惹起することに対する抗議が、ここでの批判の目的である。本草案第四部（公法契約）は法律にされてはならないのである。

②草案は、元来は行政行為による行政手続について編まれているものであるが、だからと言って、行政契約による行政活動を野放しに出来ないので、契約についても規定したものである。その意味では、契約は異物（Fremdkörper）である。あたかも草案三部の行政行為が原則（Regel）で、四部の契約が例外（Ausnahme）と言える。ところで、四〇条の概括条項・グローバルな授権規定により、法治国家的特色の、一方的且拘束力ある規範執行（Normvollzug）が、当事者の合意によって空洞化されることになる。このような発展性を制御できないだろうし、このような実際が、合法か否か、したがって、自治体監督（Kommunalaufsicht）がこれを拒絶しないかどうかという問題を検討することなしに、広い契約行使の前に、降伏してしまうことになりかねない。[16] 法治国における公権力（öffentliche Gewalt）行使を行政契約で行なうことは、民主的な表現だとか、法治国にふさわしいと主張したとしても、正しくない。高行政においては、行政（verwalten）であり、奉仕（service zu üben）ではないのである。[17]

四〇条のグローバルな許容性を排除して、法令に基づかぬ契約を「無名契約（unbenannte Verträge）」と呼ぶとするなら、「無名契約は、それ自体（nichts anders）有効なときに、許される」と言うべきである。そのような条文は空虚なものである。しかし、四〇条は、そのように理解されなければならない。[18]

②四三条の規定は不十分である。州憲法で、間接的国家行政の行政庁（eine Bohörde der mittelbaren Staatsverwaltung）、したがって特に自治体の庁（Kommunalbehörde）が締結する契約は、予め、監督庁の同意を必要とすると規定しなければならないだろう。尤もその際、監督庁は、特定のグループの契約について、一般的に同意を与えておくこともできよう。もしオムブズマン（Ombudsman）制度を採用するなら、[19] 直接的国家行政の行政庁（eine Bohörde der unmittelbaren Staatsverwaltung）——連邦であれ州であれ——は、公法契約〔バーリンクの言う「無名契約」〕の締結に、予めオムブズマンの同意を予定すべきだろう。[20]

③次に、国民の側の権利救済についてみておく必要がある。将来の契約締結が違法性を免れるものであるならば、国民にとって確実に不利益となろう。四五条一項は、彼が契約を絶とうとするときの無効原因を提出している。

国民が契約によって一義的に受益状態なら、争訟はありえず、黙っているというのでは、法治国家に望ましい情景でない。他方、彼

が侵益的状態にあり、その時にのみ当該契約を争いうるというのも、少なからず望ましくない。もし草案が法律になるなら、国民とその代理人に、しかるべき保護を与えねばならぬ。

④国民と申し合わせた時にのみ、特に当該国民の権利を厚く保護するとの考えは正当視されない。しかしながら、行政行為をなすのに困難が伴う場合――「事実拘束的」法不明の場合だけでなく、法の根拠なしに他の権利を与える場合――に、契約の途が選ばれる。四〇条の規定によつて、行政庁の右のような姿勢――一方で自在、怠慢、他方で不決断、不安――が、助長されてしまう。

（契約締結の際、将来国民をかすめたり、べてんにかけたりすると、忠告される思いやりを、公務員に示さねばならない。もしもこのような方法で貧者が債務を負つたなら、立法者は非難をうけねばならない。）

法政策的に結論づけるならば、――概観しうる――個別法律において行政契約が予見されねばならないか、又は、既に「宣伝効果（Werbewirkung）」を及ぼさぬため、行政契約をよりよく（明文化するのを）断念するかを、吟味することである。[21]

(ハ)　クナックの論説[22]は以下の通り。[23]

①バーリンクは、四〇条の概括的公法契約の許容に対して考察を向けて、特別の法律が許容するときにのみ契約は認められると感じている。[24]これは結局、いわゆる無名契約（unbenannte öffentlich-rechtliche Vertrage）の禁止に帰着する。この根底には、個人の国家に対する関係は、従属が特色であり、同位における出会いは、可能でもなければ望ましくもないという考えがある。しかしこの考えは、今日ではもはや維持されない。というのは、国民は、受身的な臣民から、権利保護されうる市民になつたのである（単に手続的にのみでなく、行政の行為形式においても）。さらに、行政実務的に、行政契約が多く行なわれ、個別立法も契約を予定しているのは、行政処分のみが単なる行政の行為形式でないことのあらわれである。「全てか無か（entweder alles oder nichts）」のみでは硬直化をもたらす。殊に、授益行政で、請求理由が疑わしいときには、弾力性が要求される（後に、裁判上で和解する可能性を残しながら、棄却決定をするのならば、行政手続内で、和解できねばならぬだろう。又、たまたま出訴すれば和解の可能性があるのに、出訴しないため不利益になるというのでは筋が通らないだろう[25]）。

②行政行為を包括的に規定した法律では、契約は許されない。そのような規定がなければ、行政は、従属関係契約によつて、行政行為の規定を回避する。[26]

個別の法律で認められた公法契約も、その内容・形式・解除についての規定を欠いている。

公法契約について草案で規定しようとするのも、「事実上の発展への法的追従（das Nachhinken der rechtlichen Bestätigung hinter der tatsächlichen Entwicklung）」であり、主要任務は、濫用の可能性をできるかぎり除去することにある。

(i)「契約」というと契約自由（Vertragsfreiheit）を想起し、高行政に適合しないと考えがちである。しかし、立法者は、行政庁は平等条項に拘束され、契約締結の際に、行政の法適合性の原理に拘束

されることを考慮しなければならない。換言すると、契約によつて生じた定め（Regelung）は、単に法律の執行（Vollzug des Gesetzes）たりうる。このことにより国民は、行政庁が法的に権限がないと主張してはならない。更に、定め（Regelung）は、裁量違法を内容にできぬ。この限りで、契約自由の原則は制限される。四〇条は、この制限をもたらすものである。

(ii)公法における契約自由は広くないので、自由裁量領域でも、被拘束行政（gebundene Verwaltung）領域でも、ある給付の授与は、国民による反対給付と結合されねばならないし、そうでなければ無効（nichtig）と、法律により明言されねばならない。四五条四号と結びついて、四二条二項は、この趣旨の規定を含んでいる。

(iii)公法契約濫用のもう一つの可能性は、行政庁が公法契約によつた場合、行政裁判所の審査の可能性を妨げることである。確かに取消訴訟は除外されるけれども、確認・給付・義務づけ訴訟については〔行政裁判所法で〕言及されていない。この問題は、個別法による公法契約に際しても問題になるところで、行政裁判所法の規定の不備によるのである。

国民は、契約的に拘束される義務はなく、契約の定めを拒否して、行政行為の発動を要求することにより、国民の権利保護への自己拘束による危険は、緩和される。他方、行政庁の側にとつては、行為自由を、契約相手方との関係で拘束される危険性があるが、この場合、「若し事情がこのままで存続するならばという約款（clausula rebus sic stantibus）」[27]学説が、公益の観点から適用され、四六条の二文の定めるところである。

(iv)バーリンクは、草案規定により、一方的高権行為の放棄による、国家性（Staatlichkeit）の見切売りを伴う、契約に対する「宣伝効果（Werbewirkung）」ということをおそれている。しかし、四二条二項による付款の許容性類似の規定と、四五条の無効原因が考慮されねばならず、むしろ正反対の結論を導く。このような多くの規定を従属関係契約の際に考慮せねばならぬので、長たらしい手続の代りに、むしろ行政行為によるかどうかを熟慮するのである。[28]

③草案の個々の規定を完全に免れる、濫用の例外が生じないように、用心しなければならない。それについては、行政法も私法もカバーできないだろうから。

四〇条乃至四八条の規定は、〔公法契約の問題について〕満足すべき解決をもたらすだろう。[29]従来より、よりよくなることはあつても、悪くなることはないだろう。

(九)　レデカーの論説[30]は以下の通り。

草案において公法契約をとりあげた意義は認められるが、公法契約の特殊性から、一般部の方法によるか、あるいは多くの契約内容を特別部の方法により体系づけるかは、今後の問題である。ここでは、刺激を与えるために、個別論点につき述べていく。

①先ず、民法における、原因債務行為と無因物権行為の分離を、公法契約の側面においても採用することができよう。すなわち、原因契約（kausaler Vertrag）と、履行々為（Erfüllungshandlung）とである。このような構成をとることにより、従属関係契約の許容性・構造・

履行の説明がつくのである（類似の方法論は、いわゆる二段階説[31]においてみられる）。すなわち、かかる契約は、行政行為を行なうという契約上の義務を発生させる、単なる原因（causa）たるにすぎない。そして、履行々為の方は、私法行為であれ行政行為であれ、公法上の行為として、行政法の規律に従うのである。このことは、行政行為が〔法律で〕義務づけられているときにも妥当する。このような義務契約が存在する時、行政行為は、法律による場合と、形式・内容等において変わらない。行政行為の名宛人（契約相手方）は、当該行政行為が、契約上の行政庁の義務に相応していない時に、権利侵害をいうことができる。[32]

②行政庁給付の不能として、右に掲げる意味での、「履行々為」が、法的不能の場合をあげうる。[33]

③契約上の請求の実現。

裁判上の和解については特則がある。[34]その他の公法契約では、履行請求は問題である。

(i)国民が、私法的にのみ給付が義務づけられると、契約で同意すれば、私法上の給付訴訟によるしかない。公法契約は、たとえ相手方が行政執行法上の執行に明確に従うとしても、同法での債務名義たりえない。どの程度まで、このような際に、行政執行法が適応するかについては、未解決のままにしておく。

国民が、契約で、支払義務（保証給付や違約金もこれに含む）を同意したときは、行政の出訴の途を肯定できる（給付訴訟として）。[35]

(ii)行政行為によつて命令しうる特定の行為を、国民が契約により義務づけられ、その義務不履行ならばどうであろうか。判例では、一般的秩序行政権から（OVG Lüneberg）、あるいは契約義務の基礎状態の秩序規定（Ordnungsverfügung）（OVG Münster）から、強制されるとするが、両者に同意できない。法律上の義務も一たび契約上の義務となつてしまえば、法律から分離され、履行請求については、給付訴訟によるしかない。[36]

(iii)行政庁が公法上の義務に従わなければ、（純私法的義務でない限り）給付訴訟の途で実現される。その義務が行政行為の発動に存するならば、行政裁判所法四二条の義務づけ訴訟による。[37]

同様にして、交換契約に際し、草案四二条による反対給付の目的拘束の保持（Einhaltung der Zweckbindung）についての、国民の請求を、承認しなければならない。何故なら、契約対象の目的拘束性は、相手方の承認によつてのみ変えうるので。

(iv)公法上の契約の義務違反に基づく損害賠償請求は、連邦通常裁判所（BGH）の判例では、公の手に向けられている限り、行政裁判所法四〇条二項により、通常裁判所に属す。しかし、これは体系的にも実際的にも正しくない。給付訴訟〔公法上の〕に補助的に損害賠償請求がしばしば起こるが、これが別の出訴の途〔行政裁判所と通常裁判所〕に指定されるのでは、不適切である。

④公法契約の確定力（Bestandskraft）

公法契約はそもそも「契約は厳守せざるべからず（pacta sunt servanda）」に拘束される。草案四六条は、右の例外である。

(i)後に法変更の場合に、後法の規定を承認するとしても、それ

は、法律規定による直接の効果である。契約の法的構成・義務の変更が後法で行なわれても、既に締結された契約は変わらぬのが原則である。行政行為をなした後に、その全部又は一部を〔後法との関係で〕撤回するかどうかは、一般原則と、具体的な条文とによる。このことは、契約上の理由から継続的効果の行政処分がなされた場合にも同様である。もし法律で、遡及効を命じておれば、極端な場合には、当該契約が初めから無効になることもある。

法律の変更による損失補償・損害賠償は、特則なき限り、収用又はそれ以外の侵害の一般原則による。[38]

(ii)契約締結後の本質的変化の場合については、契約当事者の予めの解約告知に依存させる考えを、草案四六条は採用している。「若し事情がこのままで存続するならばという約款（clausula rebus sic stantibus）」は、しばしば、単に契約の新契約への適応をもたらすのみであるが、四六条の規定のように、解約であると、契約終了になつてしまう。[39]

契約関係の変化による、契約取り止め又は適応の結果について、草案は規定するのを断念している。[40]

(iii)四六条二文の規定は、clausula rebus sic stantibus の原則承認で足るので、必要性は疑わしい。契約当時に、既に公益を害する状態にあつたのに、それを看過したときに、この規定の意味が存在するといつてよかろう。なお、解約は収用として、損失補償必要。

(iv)四六条により、法律関係の変更・公益侵害の防止といつた前提なしには解約できない。それに反する解約は許されない。同意を得た契約取消しは許される（その際監督庁の同意が必要な場合もある）。[41]

⑤契約の無効

いかなる時に公法契約が無効になるかは、公法契約の許容性[42]の問題と不可分である。

草案は、無効の効果につき、明確に定めるべきであつた。四五条一文一乃至二号の事例は稀である。履行々為の全部又は一部がなされ、無効が、後の争訟で明らかになつたとき、それは原因（causa）を欠き、私法的給付は戻され、行政行為はそれ自体無効（形式上は撤回による）となる。受益者は信義則をもち出せないが、損害賠償請求（国家賠償 Schadensersatzanspruch auf Amtspflichtsverletzung でなく、契約違反の）の可能性はある。[43]こうした結果が、民法からのみ導き出せるかは、吟味が必要である。

⑥給付不履行

不履行の場合の損害賠償請求は問題ないが、履行遅滞については、不明瞭である。反対給付を内容とする行政行為であつても、債務法的に義務づけられているなら、特則なき限り、遅滞になりうると考えるべきだろう。[44]

㈢ ブリンガーの批判[45]は以下の通り。

①本草案は、単なる手続法なのか、それとも実体法なのか未解決である。[46]公法契約について言えば、第二次草案から顔を出したが、[47]そもそも行政手続法でこれを定めたのは前例のないことである（よく例に引かれるヴュルテンベルク草案は、一般行政法の編纂である）。草

案理由書は、ある箇所では、行政の行為の原則を定めることは、実体法の問題だから、本法では断念すると言いながら（S. 33 f.）公法契約に関する限り、むしろ、手続的問題がスミにやられた。

すなわち、四〇条乃至四二条は、行政の行為の法適合性についての、（契約の許容性への）実体的な規定というべきである。他方、四四条・四七条が手続規定と呼ばれうるくらいのものである。四五条・四六条は、法律的・法原則的前提条件（Voraussetzung）でなく、単にこれら前提を欠くときの結果（Folge）を規定するのみである。

いわゆる従属関係契約を考慮するならば、教示の必要・弁護士強制・熟慮期間といつた手続規定が必要なのに、これに目をつぶり、実体法にのみ目を向けているのである。[48]

更に、四二条（交換契約）と二八条（付款）をパラレルにおいているが、手続法において、国民の負担と引換えに授益処分をなすことができるかどうか疑問であるばかりでなく、そもそも、四〇条の一般的授権に相応する規定を、行政行為においては見いだし得ないのである。

草案理由書は、行政実務上の緊急の必要ということを言つているが、規定でみる限り、そのようなものは何物もない。[49]

②草案の規定が、一般行政法の法典編纂の弁護者の意味で、一般理解性と実用性を促進するほどに、意義深く形成されているかを探ることは、重要である。[50]

(i)四〇条が、私法上の、法律の範囲内における契約自由と、パラレルに、「公法契約」を考えているなら、問題であろう。行政には、個人保護のための法治国家的制限（たとえば専断禁止）があり、高権行使を契約で行なうことはできぬ。[51]

公法契約の役割りというのは、行政行為よりも形成自由という点にある。が、このように、特定の場合に法律から解放し、執行権に処分権を与えることは、立憲君主制の下で、その失敗が明らかにされたのではなかつたか（草案理由書によると、法律の留保と、行政の法拘束性に打ち勝つ役割が、契約に考えられているようにみえる）。

他方、契約が、行政行為より弾力的なものとして、一貫して考えられているのでもない（たとえば、反対給付の対等性という要件の四二条は、二八条の付款よりも限定的）。

行政庁は、本草案が法律になれば、法令が契約を禁じているかどうか（四〇条）を解釈することが要求され、しかもそれは、当該法律の全内容にかなつて解釈しなければならぬので、法の特定の授権と同じになりかねない。[52]

(ii)草案の規定は、（ヴュルテンベルク行政法草案と異なり）、民法への単なる依存でなく、特則をおいて「公法性」を明らかにしようと努めているものの、無効事由の規定にみられるように、契約と行政処分の混合物状態（Gemengelage）である。[53] レデカーの、義務と履行々為とを分ける考え方（筆者註・本節(九)①）は、この不明確さと困難さとを除去するだろう。[54]

(iii)行政行為と比較するとき、公法契約はまだぼんやりした存在であるとの印象をぬぐうことはできない。[55] 又、憲法問題として、包括的授権（四〇条）の許容性の問題がある。[56]

③公法契約締結のための一般的授権ではなくて、個別の行政領域に則した、異なった規律がなさるべきなのである。[57] もしも法律が定めてなければ、行政庁・学説・裁判所により、行政の任務の意味から考慮されねばならぬ。公法契約は、給付行政においてとられうると一応いいうるであろう。

以下、給付行政と公法契約との関係につき言及しておくと、

(i)契約の形式が問題なのでなく、機能が問題なのである。[58]

(ii)給付行政が公法か私法かが問題なのでなく、給付の担い手がどの程度契約自由か、どの程度契約強制などの公的拘束が及ぶか、行政庁による監督が義務を伴う決定を予見できるかといった事柄である。公の手の給付の担い手の負う契約上の特別義務は、「公法契約」と発展させたり、「公法的」とみなされたりすることなしに、契約自由に対する、公の拘束一般と並んで考えられるべきである。[59]

(iii)当該活動が法ドグマティークの上で、公法か私法かという考慮なしに、エネルギー法・信用供授法などと分類されればよいのであり、共通法的に判断されるべきなのである。[60]

㈢ ゲッツの批判[61]は以下の通り。

①草案における公法契約の規定は、実体法に関するもので、本来の任務からは自明でない。殊に、公法契約の広大な許容性は問題である。

(i)法律に根拠のない契約の許容性については、通説によると、形式については、行政行為のみが許される場合を除いて肯定し、内容については、強制づけられた行政法内容から離れる可能性はないとする。[62] この観点から草案理由書をみてみると、四〇条一項は、行政契約の許される行為形式(zulässige Handlungsform)について、いっているのであって、内容(Inhalt)や契約自由(Vertragsfreiheit)を基礎づけるつもりはないのである。[63] 内容の点については、四〇条二項乃至四二条が定めているのである。しかし、行政の法拘束性の原理との関係は、草案では、あいまいである。[64]

(ii) 契約という行為形式には、いかなる場合にその必要性があるだろうか。

行政が法律に拘束されてしまっており、行為〔選択〕余地がなければ、契約は不要である。給付—扶助行政における、公法的便益利用関係(öffentlichrechtliches Benutzungsverhältnis)を、公法契約で説明する必要もない。[65]

授益的裁量的決定の前に(行政の観点から、関係人の有利に裁量権を積極的に行使する前提としての)、国民の特定の義務を契約によって確定しておくことは、実際、必要性がある。[66] この場合に、付款によって同じ目的を達しうる場合にも、契約の必要性を認められる。[67]

②公法契約の権利救済については、負担的契約義務と、受益的契約義務とに分けて考える。

(i)負担的契約義務の場合。国民が当該拘束を違法とする訴えは、確認訴訟(たとえば契約無効確認)、給付訴訟(既になされた給付の返還)が許されるが、取消は、契約の違法が無効をもたらすときにのみ可能となる。

四五条の規定は、負担的契約義務の違法(関係人は無条件に解かれ

得ねばならぬ）の問題と、違法な受益（事情によつては、その存続につき保護に価する利益をもちうる）とを混同している。契約上の負担の際には、契約締結の違法は契約を無効にし、契約義務から免れえなければならないのである。契約締結を訴権放棄とするのは正しくない。

(ii)受益的契約行為の際には、行政行為の場合と同じ規定が貫徹されねばならない。違法な行政契約は無効との基本原則は、信頼保護原則によつて補われねばならない。

適法な授益行為の法的安定（Rechtsbeständigkeit）は、「若し事情がこのままで存続するならば という約款 clausula rebus sic stantibus」の留保の下にある。四六条二文は、公益上の理由による行政庁の解除権を定める。その際に、何故行政庁が補償なしに、公益上の理由で、国民との合意を〔一方的に〕解約できるのかは、理解できない。[68]

③契約形式を許容するといつても、行政法における契約自由の存在をもたらしてはならない。行政は、法律により課せられた任務に対して他律的（heteronom）なのである。法律の優位（Vorrang der Gesetze）は無制限に有効であり、「契約要求の行政利益」によつて、わきへやられてはならない。

行政が義務にかなつた裁量をなす権限を有し、それによつて行動選択余地（Handlungsspielraum）が拡大される限りで、行政契約の内容的形成の領域が残つている。それをこえて一般的に和解契約締結の可能性が存在する。

(i)交換契約は、行政に与えられた義務にかなつた裁量活動の行使において締結できる。この契約の定義を、個人が行政庁に「反対給付の義務を負う」とするのは問題である。というのは、ここでいうのは、義務にかなつた裁量権行使の前提とするための給付であつて、行政の行為に対して支払うべき手数料的反対給付ではないからである。

交換契約の許容性は、高権的措置を、当該措置と実質的関連（sachlicher Zusammenhang）をもたぬ反対給付と関わらせてはならぬという、法治国家的「連結禁止（Koppelungsverbot）」に依存する。いわゆる特例契約（Dispensvertrag）は、契約上の国民の反対給付が（免除された義務を定める）法律の当初の目的を、他の方法で満たすときに、実質的関連性が肯定される。[69]

警察―秩序行政においても、交換契約は、裁量行使において締結される。[70]

(ii)和解契約は、事実又は権利状態の不明瞭を決定するために締結される（挙証責任の問題に吸収すると不十分であるので、契約でも合意されるとしたもので、歓迎すべきである）。

自由裁量領域のみならず一般の法拘束行政の法的行為においても可能であり、事実関係のみならず、権利状態の不明瞭の場合も――殊に「不確定概念」の解釈の場合――可能である点に意義がある。

しかし、事実又は権利状態の不明瞭の場合にのみ許されるのであつて、随意に公法規律をつくりだせるものではない（行政裁判所法一〇六条の裁判上の和解には、この危険があるが）。四一条は、この意味で限界づけを行なつているのであつて、この前提を欠けば、無効（四五

条一文三号）である。[71]

㈢　シュパンナーの[72]批判は以下の通り。

「法令の規定に反しない限り」という公法契約の許容は、しばしば困難を伴う。特定の場合、公法契約によつて、行政庁に、ある行政行為をなす契約上の義務があるとするのには、疑いがなくはない。継続的負担の契約であれば、財政圧迫になりかねないのである。殊に、授益的行政処分の法律的前提には属さないような契約上の保証によつて、法律による行政の原理が害されることがあつてはならない。

バーリンク（筆者註・本節㈡）により指摘された公法契約締結の余りにも広い開放は、一九七〇年の連邦政府草案でも制限していない。ここに、理論的に基礎づけられた〔公法契約への〕願望と、社会国家原理の誤解が、法治国への最初の危険とならぬかどうかは、経験が示すであろう。契約が可能である個別の場合の、法律の規定というものが、好ましいだろうに。

(1) A. Koehler, Musterentwurf eines Verwaltungs-verfahrensgesetzes. M.D.R. 1964, S. 276.

(2) W. Thomas, Musterentwurf für ein Verwaltungs-verfahrensgesetz, DöV 1964, S. 361 (S. 364)

(3) F. Rietdorf, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes－Einführung und leitende Gesichtspunkte－. DVBl. 1964, S. 333 (S. 336)

(4) C. H. Ule—F. Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat 1964, S. 64 ff.

(5) 法定要件事実が明らかになり、行政庁が、これに基づいて行政行為をしなければならぬ場合には、当該事実存在についての和解は許されない。(ibidem S. 68)

(6) 最高の判決（連邦行政裁判所が典型）が、当該権利問題に関してあるかどうかは、ここでは問題でない。仮に未だ判決による裁判所の判断が示されていなければ、重要な判決が行なわれるという可能性があるにすぎない。(ibidem S. 69)

(7) この表現でも、和解契約の問題を解決しないが、学説・判例によるより以上の解明のためには、十分弾力的だろう。(ibidem S. 70)

(8) （無効原因を別として）行政行為の違法性の問題を、ストレートに、公法契約における合意の効力の問題に類比的に用いることは適当でない。四六条二文は、使い方によると、公法契約の中へ、違法な行政行為の共通問題性がもちこまれてしまうのである。(ibidem S. 71 f.)

(9) ウーレは、以上述べてきたように、本草案に好意的である。なお、ウーレ「ドイツ連邦共和国における公法の発展」田口精一監訳の一〇六―九頁に、要領よく彼の見解を述べているので、参照されたい。

(10) H. Spanner, Ein Entwurf eines Verwaltungs-verfahrensgesetzes 1964. S. 845 (S. 849)

(11) 草案理由書は、その一八八頁で、フォルストホッフが、租税法分野において例外的場合に、法政策的考慮として公法契約が可能であるとしているのを論拠の一つとしている (E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I. 9 Aufl. S. 265)けれども、ここでは、公開性 (Publizität) が欠けているので、一般的公法契約許容性の論拠として引用することはできない。(ibidem S. 849)

(12) W. Pötter, Gegenwartsfragen der Verwaltungs-gerichtsbarkeit, Der Staat, Bd. 3 (1964) S. 183 (S. 184 f.)

(13) たとえば、以下のような問いを発することができる。動機の錯誤について民法と異なった意味を与えることは正しくないか。行為基礎状態又は契約上の過失の法、積極的契約違反の法が有効でないか。契約不履行・不完全履行・遅滞が妥当するか。どの範囲で損害賠償責任か。責任は民法も公法契約も同じか……等々。(ibidem S. 185)

(14) M.Baring, Zur Problematik eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1965, S. 180 (S. 181 ff.)

(15) 法ヒントグマティークとして、公法契約が許されるかどうかの点や、特別立法による行政行為と並ぶ行政契約についての点は、ここでは問題にしているのではない。(ibidem S. 181)。

(16) 高行政において、一般的に、行政行為にかわって行政契約をおくという要求はない。草案委員会の意図とは異なるこうした危険性は、当然予想される。(ibidem S. 182)。

(17) 「顧客のサービス (Dienst am Kunden)」というのは儀礼的表現であって、何らかの実態を付与するものでない。フォルストホッフの言をひいての草案のグローバルな授権規定（四〇条）は、このことから引き出すことはできない。(ibidem S. 183)

(18) ibidem S. 184

(19) オムブズマン制度については、國部逸夫「オムブズマン制度」（渡辺宗太郎先生古稀記念「行政救済の諸問題」所収）六六―七頁に、主要な文献がリストアップされている。ベーリンクは、ここでは註として、Redeker, Ein Ombudsman für Bund und Länder?, DVBl. 1964, S. 221 を挙げ、オムブズマン制度の評論を行なっていない。

(20) ibidem S. 182.

(21) ibidem S. 184.

(22) H. J. Knack は、草案委員会のメンバーであった。(M. Bullinger, Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen—Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes—, Gedächtnisschr. f. H. Peters. 1967, S. 674 f. 参照)

(23) H. J. Knack, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes—Zugleich eine Entgegung auf Baring, DVBl. 1965, S. 180—, DVBl. 1965, S. 709.

(24) ibidem S. 709.

(25) ibidem S. 710 f. (筆者註・草案理由書の説明を踏襲している。註22参照。)

(26) 行政行為の成立と存続の規定をおく法律は、公法契約を野放しにしておくことはできない。たとえば、草案二八条二項は、「特別の法令により許されているか、又は行政行為の法律上の前提が満たされることを確実にするときに、付款」が許されると規定しているが、公法契約と付款とが並列的でないときには、付款は契約に吸収されうることで、適用される。又、三六条は、形式的瑕疵のみによる行政行為の無効を、手続経済上の観点から、妨げる規定であり、公法契約にも考えるべきである。(筆者註・三四条で一般的な行政行為の無効原因を挙げ、三六条で、制限している。この趣旨は、四五条に生かされている)。ibidem S. 710.

(27) 岩波法律学小辞典（昭和二一年）四五七頁訳によった。事情変更の原則である。

(28) Knack, ibidem S. 711 f.

(29) ibidem S. 712.

(30) K. Redeker, Die Regelung des öffentlichrechtlichen Vertrages im Musterentwurf, DöV, 1966, S. 543.

(31) 二段階説については、藤原淳一郎「『公法上の当事者訴訟』につい

て(2)」（六甲台論集一五巻三号二五頁）参照。

(32) Redeker, ibidem SS. 543~5.

(33) たとえば、契約当事者以外の者への同意・認可は、合意しうる給付ではないので、無効。ただ、いわゆる双面的効果（Doppelwirkung）の場合には、草案四四条で、第三者の同意があつて、はじめて有効となる。しかし、この規定は、実際的でない。と言うのは、第三者を侵害するのは、契約ではなくて、それから発せられた行政行為なのである。第三者としては、取消訴訟で争うべきで、彼が勝訴すれば、契約当事者間には、損害賠償の可能性が残る。ibidem S. 545.

(34) 行政裁判所法一六八条一項三号により、一六九条以下の手続で行なわれる。

(35) 支払請求の履行は、公法に異物でなく、履行される行政行為への負担としてうけいれられる。ibidem S. 545.

(36) ibidem S. 546.

(37) 草案四二条の意味での行政行為発動への権利は、法律からではなく、契約から生じ、義務づけ訴訟の分類に親しむからである。裁判所は、ここでは、権利請求が契約から与えられるかどうかのみを吟味せねばならぬ。ibidem S. 546.

(38) 草案はこの問題群について規定していない。しかし「履行々為」という考え方からすれば、単に、撤回・行政行為の変更の一般原則で足りるのである。(ibidem S. 547)

(39) 四八条により、解約告知については民法を準用することになる。解約告知の形成権は失効できる。関係人は、契約関係の変更は長い間続いており、その間解約しなかつたのだから、その状態を維持するようにと主張するものであろう。ibidem S. 547.

(40) 原因契約（causa）が失われ、履行々為としての行政行為が撤回可能となる。（受益の相手方は信頼の原則で対抗できない）。少なくもこの限りで、単なる高権行為よりも、契約の方が、可動性を与える。(ibidem S. 547)

(41) ibidem S. 548.

(42) 草案は、交換契約（四二条）と和解契約（四一条）とを挙げる。四〇条一項の制限の下で、可能と解すべきか。他の無名契約も勿論、四〇条一項の下で可能である。(ibidem S. 548)

(43) ibidem S. 548.

(44) ibidem S. 549.

(45) M. Bullinger, a.a.O., (Gedächtnisschr. f. Peters, 1967) S. 667.

(46) ibidem S. 668.

(47) ibidem S. 670（このことは、ウーレも指摘する。Ule-Becker, a.a.O., S. 64)。

(48) ibidem S. 671 f.

(49) むしろ、委任立法の問題や、特別権力関係の問題こそ、緊急性がある。ibidem S. 673.

(50) というのは、シュレスヴィヒ－ホルシュタイン一般行政法案が、公法契約につき、本草案にならつて規定しているからでもある。ibidem S. 674.（筆者註・同州の一般行政法は、ブリンガーのこの論文の書かれた一九六七年に制定されている。そして、本草案の規定を一部手直しして、一二一条乃至一二九条に、公法契約についての規定をおいている。V. Götz, Hauptprobrem des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Jus. 1970, S. 1. 参照）

(51) クナックは（筆者註・本節八(2)(i)、契約の定めが「法の執行にすぎぬ」かも知れないなどと主張している。しかし、何処から、行政行為と並ぶ役割りが考えられるのか。何故、契約のために、受身の国民から

積極の国民に変わるのか。又、実際上の必要が導かれるのか。（ibidem S. 675）

(52) ibidem SS. 675-7. なお、和解契約（四一条）は、行政裁判所法一〇六条のように要件に制限がない。しかし、行政庁は、疑わしければ、負担的措置を当該国民にとれないと考える。行政庁はこの場合、処分権を有するのでなくて、保護・免除義務（Verschonungs oder Entlastungspflicht）を負うのである。反対給付の妥協により、行政庁の義務にかなつた行動を合意するということはできない。（ibidem S. 675, Fußn. 36）

(53) これは、公法契約の内容が、行政庁と国民との特定の行為様式の相互的義務であるのか、あるいは、少なくも行政庁の合意による決定が、（通常の決定の性格を失い）、契約意思表示になるのかにつき、明らかにしていないことに帰因する。（ibidem S. 677 f.）

(54) 瑕疵にしても、契約無効原因と、約束された行政行為及びその他の給付の無効原因とは区別されうる。が、四五条はこれを一緒に規定している。（ibidem S. 678）

(55) 行政行為と行政契約とは、一方的責任的決定対契約的合意、法律執行対法律拘束からの解放、形成行為形式対混合形式。（ibidem S. 678）

(56) ibidem S. 679.

(57) 草案は契約自由・交換契約・和解契約の契約法の探求によつて、統一的公法契約を発展させたが、その方法論は、E・カウフマンにより既に批判されたO・マイヤーのそれの助けを借りている（ibidem S. 680）

(58) ibidem S. 681 f.（この項については、塩野宏「紹介・マルティン・ブリンガー『公法と私法』」法学協会雑誌八六巻七号七六六―七頁が、要領よくまとめているので、本稿では省略させていただいた）。

(59) ibidem S. 683.

(60) ibidem S. 684（筆者註・ブリンガーは本論文において、既に「共通法 Gemeinrecht」の考え方を主張しており、これが彼の著書 Öffentliches Recht und Privatrecht 1968. へと発展していくのである。同書については、註58の、塩野教授の詳細な紹介がある）。

(61) V. Götz, a.a.O., (Jus. 1970) S. 1.

(62) ただ、ザルツヴェーデルは、「強制的公法の不可侵のドグマ」は、「強制づけられた契約要求利益」から制限されるとする。彼は、公法規定の「判断 Beurteilung」の可能性を、契約対象に関する契約当事者の処分が〝どの程度〔国家利益に〕対立しているかにみる。J. Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages, 1958, S. 113.（Götz, ibidem S. 3）

(63) 〝バーリンクやブリンガーは、締結・形成自由の意味での契約自由（Vertragsfreiheit）をみとめたものと批判しているが。（ibidem Fußn. 22）

(64) ibidem S. 3.

(65) ibidem S. 3 f.

(66) 連邦通常裁判所は初め、駐車場設置義務免除契約を承認していた〔建築許可の際に、当該土地に駐車設備を建築するという義務を免除する代りに、公の駐車場のために、負担金を支払わせるというもの〕が、後に、それは、私法上の契約たりうるとした。しかし、かかる義務免除・特例と結びついた、特定処分をなす前提としての金銭支払は、公法上のものというべきである。（ibidem S. 4）

(67) 契約によるならば、行政庁は相手方に対して、反対給付の支払いを訴えることができる。これに反し、付款のうちの条件（Bedingung）であれば、建築主は建築してはならぬ代りに、行政庁からは支払請求できない。負担（Auflage）であれば、支払請求できる代りに、関係人が

受益的行政行為を主張するまで待たねばならぬのである。（実際には、最初に例外契約、次に契約履行を負担とする行政行為というように、複数段階手続きがみられる）。（ibidem S. 4）

(68) ibidem S. 4 f.

(69) 註66参照。

いわゆる文化分担金（Kulturbeitrage）はどうであろうか（建築計画の合意授与の前提として、建築主による学校・幼稚園等の費用への分担金を約束させる場合）。建築計画が完全に法に合致しておれば、市町村はそもそも給付を請求できない。この原則に対する例外的な場合として、建築計画が管区外（Außengebiet）であり、公の利益を害するかどうかを判断しなければならない場合が考えられる。建築計画の許可への「公の利害（öffentliche Belange）」という不確定概念による規制の遂行を確立するために、反対給付が、実質的関連をもつものとして、認められるべきである。（ibidem S. 5 f.）

（筆者註・交換契約に関する連邦裁判所の判決につき、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点2」法律時報四二巻三号八九頁以下参照のこと）

(70) 公の秩序の危害の問題があるかどうかが、こうした契約では考慮されねばならぬ。

(71) Götz, ibidem S. 6.

(72) H. Spanner, Der Regierungsentwurf eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes, JZ. 1970, S. 671 (S. 674)（筆者註・これは、一九七〇年の政府草案について述べたものであるが、便宜上、ここにつけ加えておいた）。

四、結　語

以上に紹介したように、公法契約をめぐる議論が、本草案によつて、より細かくなつたことは注目に価しようが、しかし、公法契約の許容性についての論争は、相変らず平行線の感を強くする。これらに対して、何らかの評価を下すことは、本稿の任務外であるので、いずれ別の機会に論じることにしたい。それと共に、政府草案（本稿第二節註1参照）以後の動向については、文献を入手次第、改めて検討するつもりである。

※本稿において、「公法契約」と「行政契約」とは、同義語として用いられている。vgl. V. Götz, a.a.O., (Jus 1970) S. 1, H. Spanner, a.a.O. (JZ 1970), S. 674.

（付記）本稿作成にあたり、昭和四五年度・慶應義塾学事振興資金による研究補助を受けている。

（一九七一・五・一九）