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

Title	西ドイツにおける行政契約論 : W・ボーゼ「公行政の行為形式としての従属的行政契約」を中心として
Sub Title	Die Verwaltungsvertrags-lehre von Wolfgang Bosse
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Jun'ichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1975
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.48, No.11 (1975. 11) ,p.57- 79
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19751115-0057

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.

研究ノート

西ドイツにおける行政契約論

——W・ボーゼ「公行政の行為形式としての従属的行政契約」を中心として——

藤原淳一郎

本書は、一九七三～七四年冬学期に、テュービンゲン大学のバッハオフ教授の下に提出された、著者の学位論文（Dissertation）を公刊したものである。[1] 論題は、正確には「公行政行為形式としての従属関係行政契約」と訳すべきものであり、副題として、「資金交付関係を特別に考慮して（unter besonderer Berucksichtigung der Subventionsverhaltnisse）」と付けられている。一般的に言つて、西ドイツにおける学位論文の内容の程度は、日本に比べると、数段低いと言われている。しかし、その中でも優秀なものは、本書のように、公法叢書（Schriften zum Öffentlichen Recht）などにとりあげられ、広く一般に公刊されているようである。[2]

本書を読了した感じでは、それほど画期的な業績とは言えないが、それは、西ドイツにおける行政（公法）契約論の脈絡との関係での判断でしかない。換言すれば、我国の行政法学における、いささかお粗末過ぎるほどの行政（公法）契約論の現状[3]からみれば、本書は、西ドイツにおける現在の学界の水準を示すものとして、腰を落ち着けて、精読するだけの価値があると思われる。

本書は全体七章から成り、以下のような構成になつている。

第一章　序説（SS. 15—19）、第二章　行政契約の定義づけと、他の概念との区別（SS. 20—36）、第三章　行政行為と従属関係行政契約との二者択一関係の価値（SS. 37—44）、第四章　従属関係行政契約の許容性の限界（SS. 45—73）、第五章　行政契約と第三者の権利（SS. 74—80）、第六章　行政行為と従属関係行政契約との法理の違い（SS. 81—93）、第七章　資金交付関係——殊に貸付——規律への従属関係行政契約の適性（SS. 94—115）、最後に要約（SS. 116—118）

と、文献一覧表（SS. 119—128）、判例一覧表（SS. 129—133）である。

以下において、本書の順に従つて、その内容の概要を紹介していくことにする。その場合、「従属関係行政契約」を、特に断わりなき限り、単に「行政契約」と表記することにする。また、数字は、特に断わりなき限り、本書の頁数を示すものとする。

（1）従属関係契約と対等関係契約との区別については、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」法学研究四四巻七号一四四八頁註10a を参照。

（2）学位論文の殆んどは、三部乃至十部程度しか印刷されないそうである。したがつて、一般の書店で入手できるものは、一応の水準にあると考えて、まず問題なさそうである。

（3）戦後における我国の行政契約論で目につくものは、山田幸男教授の業績（山田幸男「行政法の展開と市民法」一九六一年、有斐閣）を別にすると、皆無に等しいといつても過言ではなかつた。しかし、最近五ケ年の間に、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点」法律時報四二巻一号、三号を筆頭にして、浜川清「フランスにおける行政契約一般理論の成立」民商法雑誌六九巻六号、七〇巻一号、藤原淳一郎「ザルツヴェーデルの公法契約論」法学研究四八巻一号など、中堅・若手の研究者の業績が発表されるようになつてきた。

（一）第一章の序言において、著者は、本書における問題設定を行なう。まず、「行政契約」の概念上の整理として、第一段階として、私法契約と公法契約とが区別され、第二段階として、後者のうち、「国家法上の契約（staatrechtliche Verträge）」と「経済計画領域の、私的経済主体との、公行政の合意（Vereinbarungen eines Träger öffentlicher Verwaltung mit privaten Wirtschaftsträgern auf dem Gebiet der Wirtschaftsplanung）」[4]とを除いたものを「行政法上の契約（verwaltungsrechtliche Verträge）」または単に「行政契約（Verwaltungsvertrag）」と呼び、第三段階として、「行政契約」が、さらに、従属関係契約 koordinationsrechtliche Verträge と対等関係契約 subordinationsrechtliche Verträge に分類される。本書では、従属関係契約のみが取り扱われる（S. 15f.）。

行政実務上の行政契約の重要性は、既に、一九五八年に、ザルツヴェーデル[5]が述べたところであるが、著者によれば、その後の発展は、ザルツヴェーデルが懸念した点——行政契約と法治主義原理との関係——にではなく、別の点、すなわち、契約が行政行為に代り、行政の典型的行為形式になりつつあることから、契約規定の異型性（Atypik）がゆきずまつた点にこそ、問題があるとする。このように、行政契約が、伝統的な行政行為の領域に、「選択的行為形式（alternativ Handlungsform）」[6]としてあらわれ、行政契約を、公行政における行為形式として理解しなければならないことが、中心問題であるとする（S. 16 f.）。

著者は、このような認識の下に、行政契約の概念の再構成を行なうとして、その場合に、一方では、従来の「行政私法 Verwaltungsprivatrecht」[7]と、他方では、「行政行為」との区別を、明確にしなければならないとする。そして、この両者が不幸にも結びついた「二段階説 Zweistufen-theorie」[8]に対しては、「行政契約」説によ

つて、資金交付行政の法律関係を説明できるので、これを拒否するとする（詳論は、第七章においてみられる）(S. 18 f.)。

(4) 「経済計画の分野での合意」について、著者は、「たとえば『「経済活動のための各階層の」協調 die konzertierte Aktion』と関連して」と述べ、イプセンの論文 H.P. Ipsen, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, Planung II (Hrsg. J.H. Kaiser), 1966, S. 63ff. の参照を指示するのみである (S. 15 Anm. 3)。イプセンは、この中で「契約による経済計画 Vertragliche Wirtschaftsplanung」という項目を立てて、論じている (SS. 100—106) が、本稿では、詳論を断念せざるをえない。

(5) ザルツヴェーデルの所説については、藤原・前掲（註3）参照。

(6) 著者によれば、行政契約に対して、行政行為は、なお、「選択的」たりうる。というのは、負担付行政行為として、契約と同じ内容を、実現できるからであるとする (S. 17)。

(7) 西ドイツにおける「行政私法」論は、我国において、必ずしもその全貌が紹介がされていない。成田・荒・南・近藤・外間「現代行政法」一九六八年有斐閣、一七—八頁参照。

(8) いわゆる「二段階説」については、その概略は、我国にも紹介されている。成田頼明「非権力行政の法律問題」公法研究二八号、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、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。しかし、いずれの紹介も、やや断片的に過ぎる感しがないでもないので、別稿にて、詳しく論じたいと思つている。

(二) 第二章において、著者は、行政契約と私法（民事法上の）契約の区別ならびに行政契約と行政行為の区別の問題を取扱う。

①行政契約と私法契約との区別の問題は、公法と私法の問題にかかわつてくる。ここでは、法律関係についての、公・私法の区別の問題であり、判例・多数説によるならば、それは、契約規律対象 der Gegenstand der vertraglicen Regelung についての区別の問題である。法規の上から明らかに区別できぬ場合は、従属説 Subjektions-theorie 主体説 Subjektstheorie[9] 利益説 Interessen-theorie の三つの公私法区別の学説の助けによることになる (S. 20 f.)。ところが、従来の公私法の区別に関する学説判例には、重大な問題点が含まれていた。その第一は、当該事実関係について、法律が何も定めをおいていない場合に、どう取り扱うかという問題である。第二の、より重大な点は、行政が公任務遂行[10]にあたつて、公法形式と私法形式とを選択できるという前提（通説）に立つ限り、公・私法の客観的な法領域の区別は、不可能になるということである (SS. 22—24)。

著者によれば、行政が公法形式と私法形式とを選択できるとする学説は、単に歴史的制約性からきたものであつて、何ら理論的なものではない。かつての国庫説 Fiskustheorie の流れの中から、現在では、給付行政において、私法形式がとられうるとする見解、すなわち行政の公任務 öffentlicher Aufgabe と〔法形式的〕手段 Mitteln とを分離する見解がとられている。しかし、この見解は、公行政領域における私法的形式を一応肯定しながらも、結果的には公法からくる特殊な制約を否定することができず、「行政私法 Verwalt-

-ungsprivatrecht」と呼ばざるをえなくなつている。すなわち、ここにおいて、公法と私法の「選択自由性 Wahlfreiheit」は、何ら体系的な説明にはなつていない。これは、行政契約概念を回避するために生まれてきた見解であるが、今日では、もはや行政契約の許容性は疑いを入れないところであるから、「行政私法」に代えて、「行政契約」で対処しうる（SS. 24—26）。

著者は、行政が公行政任務を遂行するに際して、公法的法形式間での選択の可能性を認めるが、公法形式と私法形式との間での選択権は有しないと主張する。その論拠とするところは、公法と私法との区別は、法の体系上の区別 eine rechtssystematische Unterscheidung des objektiven Rechts であつて、客観的に定まるべきもの[11]であり、立法者のみが、ある規範を公法にするか私法にするかの権限を有するとするところである（S. 26）。この、客観的な公法と私法との区別は、契約の場面では、関連規範により、規律対象と法律関係の性質が定まつてくるが、それが不可能な場合には「公任務の直接の遂行のため zur unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben に締結された契約は、公法契約である」との基準[12]によるべきであるとする。公任務概念は、問題があり、未だ確定的ではないが、私法的行政活動の公法的拘束の問題に際しては、既に避けられぬ概念である。この概念を国家の各生活配慮行政に拡張することは、拒否されねばならない[13]。個々の行政の法律関係の分類に際し、疑わしい場合にのみ、歴史的発展が考慮されうる[14]、と主張するのである（SS. 28—30）。

②行政契約と行政行為との区別として、後者は、行政の側の一方的意思表示のみで成立し、前者は、契約相手方との意思の合致によると言いうる。が、「同意を要する行政行為（mitwirkungsbedürtigen Verwaltungsakte）」と行政契約との区別は、困難な問題である。もつとも、法律に明示の授権があるときにのみ、行政契約が可能であるとする「規範授権説 normative Ermächtigungslehre」に立てば、さしたる問題ではないが[15]。ところで通説は、「両当事者の意思表示の同等性 Gleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen」と、「対等権利者の基礎に立つ一致 Begegnung auf dem Boden der Gleichberechtigung」があれば、行政契約であるとする。その際、相手方人民が、契約規定の内容に影響力をもつことが、不可欠とされる（SS. 30—32）。しかし、著者によれば、通説が、契約内容への影響力行使 inhaltliche Einflußnahme を、契約の重要な基準としている点は、概念上も、実際上も、無意味なものである。すなわち、民事法においても、労働法においても、契約締結の自由はあつても、内容形成の自由は、稀薄になつてきており、行政契約のみに形成の自由を要求することは、道理にかなわない[16]。また、内容について人民が影響力をもつ行政法上の法律関係という観点からみれば、行政行為における付款においても、それがみられることもありうるので、契約の場合に限定されない。他方、実際上も、契約内容への影響力行使があつたかどうかについての判定が、困難である。したがつて、このような基準は、不必要に

行政契約の範囲をせばめるだけで、同意を要する行政行為との区別を可能にすることはない（SS. 33—34）。

それでは、著者は、どのようにして、行政契約と、同意を要する行政処分とを識別するかと言うと、第一に、当事者の法効果意思に求める。すなわち、両者は、執行可能性、拘束力、拘束発生その他の法効果に違いがあるので、当事者が、いずれによるつもりであるかを、形式、定めの表現、内容などから、客観的にわりだすのである。第二に、給付義務が片務的ならば、行政処分であるという、給付義務の双務性である。この二つの基準で分り切れない場合に、補助的に、第三として、行為余地がみとめられていない領域では、行政行為と解さざるをえないのである（S. 34f.）。

著者の右のような見解に従う限り、たとえ人民に内容形成の影響力が否定される場合であつても、行政庁は、自由な裁量に従つて、同意を要する行政行為と行政契約とを選択できることになる。この新しい基準に従い、行政契約と行政処分との代替交換性は、三つのグループに分けて説明できるとする。すなわち、第一に、具体的給付行政では、行政の給付が人民の反対給付にかかるとき、負担付授益的行政行為か、交換契約としての行政契約かが問題になる。主要点は、ここでは、補助金契約のように、もつぱら人民の利益に定められる行政の給付である。第二に、具体的侵害行政では、行政の反対給付の定めが、法適合約定であれば、負担付行政行為か、行政契約かが問題になる。人民の給付が行政の反対給付にかかるとき、交換契約が問題となる。主要点は、ここでは、もつぱら行政の利益に定められる人民の給付（たとえば収用契約）である。第三に、各種の行政活動に際して、事実状況もしくは法状況に関する真の疑いがあるような場合には長たらしい、多分成功の見込みのない解明努力をしたのち、和解契約によるか、それとも行政行為によるかが問題となる（S. 35f.）。

（9）ここで注意を要するのは、二番目の「主体説」で、古典的な意味でのそれとは異なり「関係主体 Zuordnungssubjekt 説」とでも呼ぶべきものである（Vgl. H.J. Wolff, O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 99f.）。なお、本書著者によれば、第一説の「従属説」が、現在なお通説である（Bosse, S. 21 Anm. 7）。

（10）著者は「全く通説」として、E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl. 1973, S. 410, 476f. その他の文献を挙げている（S. 22 Anm. 10）。

（11）ここで言つているのは、先験的に公法と私法とが区別されるというのでなく、あくまで、実定法秩序上、機能的にみて、公・私法の区別があるとするものである。（S. 26 Anm. 23）Vgl. Bachof, a. a. O.(oben Anm. 13), S. 227f., H. J. Wolff, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR, Bd. 76 (1951) SS. 205—207.

（12）「直接性 Unmittelbarkeit」は、まさしく契約相手方に対して、公任務を遂行する場合（たとえば、凶作農家への特別信用供与契約）がそうである。また、行政が、特定の給付によつて、目指す私人を助成しようとするとき（たとえば、休業助成 Stillegungsprämien）も肯定されると、著者は主張する。次に、「公共性 Öffentlichkeit」は、行政が、特定給付に対して、義務 Garantiepflicht である場合に出てくる。すなわち、給付が、一般 Allgemeinheit にとつて特別な意味があり、私人では、なされぬか、もしくは不完全にしかなされないような

ものであるときに、この給付が、義務 Garantiepflicht となつてくるとする。ただし、ここでいう「公の任務」は、西ドイツ、市町村法上の「公の目的 öffentlichen Zweck」という概念よりは狭く、これと区別されねばならぬとする（SS. 29, 30 Anm. 38）。

(13) 著者は、ここで、「生活配慮」を、オーゼンビュールのように狭義に解した場合には、こういう問題は生じないとする（SS. 15 Anm. 1, S. 29 Anm. 36）Vgl. Ossenbühl, F., Daseinsvorsorge und Verwaltungs privatrecht, DÖV 1971, S. 513ff.、すなわち「個人の生命領域に対する給付の切実さの程度」によつて、広義の「生活配慮」と狭義の「生活配慮」とを区別するのである（Ossenbuhl, a. a. O., S. 516）。最近、我国においても、「生活配慮」もしくは「給付行政」についての議論が盛んであるが、オーゼンビュールの見解は、注目に価しよう。

(14) 著者は、脚注の中で「歴史的発展は、〔公私法〕分類理論より優先権が帰すべきである」と述べている。その意味するところは著者の説明不足のため、評者なりに補うとすると、いかなる公私法論も、実際に絶対的な基準となつたことはなく、殊に実務においては、場合によつては理論はおかまいなしに、機能的に公私法を区別してきた。そうした歴史的な経験からすれば、公私法の区別の理論を適用して結着のつかぬ問題については、理論にこだわらぬ実際的解決が望まれるのである（S. 30 Anm. 37）。Vgl. O. Bachof, Teilrechtsfahige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR, Bd. 83 (1958), S. 208ff. (S.229))

(15) 評者は、かつて「規範的授権説」と訳した（藤原・前掲註1、一四四頁註12）が、このように改める。「規範授権説」に立つシュテルンによれば、同意を要する行政行為は同価値の合意（gleichwertige Mitwirkung）を含まぬが、行政契約は、法律上、真の同意（echte Mitwirkung）が予定された場合である（K. STern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Ver w. Arch. Bd. 49 (1958), 106 ff, (SS. 141, 145f.)。なお藤原・前掲註3・四八頁三行目―四行目は「シュテルン」の誤り。

(16) 星野英一「現代における契約」（岩波講座「現代法」第八巻、一九六六年所収）参照。

(17) 第三章において、著者は、行政契約と行政行為との二者択一関係の価値（Welt eines Alternativitatsverhältnisses zwischen sVV und VA）について論じている。

(1) 行政従属関係においては、そもそも対等当事者は存在しえないので、従属関係行政契約というのは、概念上自己矛盾である（contradictio in adiecto）との疑念が、古くから存在する。しかし、抽象的な対等・従属関係ではなくて、行政が個別的に優越性を放棄し、契約上対等の基礎に立ちうるという、具体的な場合が問題なのである、概念論理が問題なのではなく、行政の法的拘束性が問題なのである（S. 37f.）。

残る次の問題は、概念上の疑念であつて、人民と形式上対等といつても、行政庁は、行政行為における一方的拘束的規定権限の陰に立つているということである（im Schatten einseitiger Regelungskompetenz）。しかし、(1)で述べたように、内容上の形成自由を、契約の基準としなければ、行政の側に実質的な形成権があることは、何ら構わない。したがつて、著者によれば、行政行為か行政契約かは、いずれが合目的的かということで、公の利益の遂行のため

の行政の権限である。もちろん、人民は、契約締結を拒否することによつて、その契約の規定をやめるか、あるいは、行政行為によるかという、消極的選択の可能性は有している。しかし、公行政の行為形式としての行政行為と行政契約との共存は、人民のためにあるのでなく、国民と行政との利益に直接奉仕するものである（S. 38f.）。

さらには、「契約自由」ということが、高権行政において、可能かどうかという疑念がある。たとえば、ブリンガーは、高権行政において、行為形式としての契約を、きつぱりと拒否する。[18] しかし、著者によれば、ブリンガーが、無制約的契約自由の存在を、行政契約の前提にすること自体、契約への消極的評価に根ざしている。すなわち、行政契約も、法治国家的行政原則と一致させうるのである。真の行政行為と行政契約との二者択一は、行政契約も、法治国家上の原則、ことに、法適合性と平等原則にかなうものであつて、初めて成り立つのである[19]（S. 39f.）。

行政契約に対する偏見の問題が残つている。バーリンクは、公法契約が行政行為に代つて行なわれるとすると、法治国における公権力行使の意味が失われ、全てを国家に任ねてしまうという危険を犯すと主張する。[20] しかし著者によれば、現時点においては、行政をますます法的に拘束することが志向されており、行政合目的性にも、この拘束が向けられるとする。他方、アイエルマン＝フレェーラーは、現在では、可能な限り、高権的手段は最後の手段として行なわれるべきであると主張する。[21] しかし、行政行為よりも行政契約が民主的規定形式であると主張する根拠はないと著者はいう。行政の行為形式は、合目的的体系であり、個々の場合に、法適合性の視点を考慮しつつ、合目的性と利益正当性を決定しうるものである。したがつて、単に、行政契約であるだけでは、行政行為よりも民主的であると言い得ない。行政行為によつたのでは存在しなかつたような条項がある時に、契約をより民主的と言い得る可能性があるに過ぎない（S. 40f.）。

②法律によつて、行政の活動を、個別にまで操縦しようとする傾向はあるが、しかし、今日なお、行政は、法律執行に限定されず、「共同体目的の実現のための、広範囲の自由な創造的形成的活動」をなすことができる。法律の規定を欠いている、行政庁と人民とに広い行為余地のあところでは、その弾力性と、永続性とから、行政行為よりも、行政契約が好まれる。しかし、注意を要するのは、行政契約が、異型的状況に適用されうるということから、例外状況という主張によつて、違法な行政の行為の正当化につながりはしないかということである[22]（S. 42f.）。

契約によることの利点として、右の弾力性の外に、法的平和の保障を挙げることができる。すなわち、たとえ行政行為によるのと本質的な差異がない場合ですら、契約による方を、人民は、心理的に、評価し、そのことによつて、争訟に事案がもちこまれるのが減少することになる。また、契約による方が、個別の事案の要求により適合するので、法的平和に奉仕しうる（S. 43）。

実務上、行政契約の中でも、とりわけ和解契約は必要性がある。

行政処分の場合には、行政庁に包括的な事実解明義務 die Pflicht zu umfassender Sachaufklärung があるだけではなくて、授益的処分を求める場合に、人民に、処分要件についての実体的挙証責任がある場合がある。そのため、無駄な事実解明のための行政の出費を避けるため、行政にも人民にも、和解契約が有用である。さらに、行政処分は、処分をなすか、処分をなさないか ein Entweder-Oder の二者択一しかなしえないが、事実又は法状態に疑いある場合、和解契約ならば、行政経済と個人の利益のための、よりよい解決が可能である（S. 43f.）。

（17）この問題については、我国においては、すでに戦前に、「公法上に於ける契約の可能乃至不自由」と題する論文の中で、柳瀬良幹教授が、明快に答えておられるところである（柳瀬「行政法の基礎理論」第一巻、一九六七年再刊、清水弘文堂、所収、二四四頁以下）。なお、綿貫芳源「公法上の契約」（行政法講座、第二巻、一九六四年、有斐閣、所収）一〇三―四頁参照。

（18）ブリンガーの見解については、塩野宏・前掲（註7）に譲る。

（19）著者は、ザルツヴェーデルの見解には与していない。すなわち、ザルツヴェーデルは「契約要求の行政利益」を平等取扱原則より優位においたが、このような見解は、行政契約への一致した共感を得るようにみえないと断ずる（s. 40）。この点につき、藤原・前掲（註3）五一、六一―二頁参照。

（20）M. Baring, Zur Problematik eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1965, S. 180 (SS. 182―4). 本稿については、藤原・前掲（註1）一四五一―二頁参照。

（21）Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl., 1974, S. 134 (§40 Rdn. 10)。

（22）たとえば、市に学校用地を有償で譲渡する代りに、六階建の建物の建築許可を例外的に得るといつた交換契約を考えてみる。交換契約の許容性を肯定するザルツヴェーデルですら、右の行政行為（例外的建築許可）と反対給付の事実関連性の瑕疵のため、当該行政行為が違法になりうるとする。しかし、逆に言つて、行政行為としてではなく、行政契約で定められているからというだけの理由で、人民の反対給付と行政庁の給付の事実関連性の瑕疵が、法的に疑いなくなりうるというのは、理解し難いことである。したがつて、交換契約では、しばしば、違法なことが、異型であるとの仮面をかぶつてでてくることがある（S. 42f.）。

（四）第四章において、著者は、行政契約の許容性の問題を、取扱う。すなわち、行為形式としての、行政行為（同意を要する行政行為）と行政契約との自由選択性は、(三)に述べた処から、疑いないので、次いで、行政契約適用の合目的的考慮が、法治国家的原理と、果たしてどの程度まで一致しうるかという、行政契約の法的許容性限界の問題を扱うのである（S. 45）。

学説史的には、O・マイヤーの影響で、[23]行政契約は、長い間、公行政の行為形式として認められなかつた。[24]しかし、すでに、ラーバントは、一方的支配行為によつて形成されうる法律関係の基礎づけに際して、関係人に、同意権 Mitwirkungsrecht をみとめていた。[25]さらに、規範授権説 normative Ermächtigungslehre が、フライナーらによつて主張されるところとなつた。[26]しかし、行政契約の大規模な承認は、法律において明示的に予定されていない場合でも、許

容されるとする、アベルトの見解[27]以後である。そして、「法令に反しない限り」行政契約が自由であるとする、連邦行政手続法草案[28][29]に至つては、規範授権説からは、ほど遠いものである。このように、規範授権説が、最終的に、主張されえないのは、法的な必然性なしに、公行政の実際の必要性から、広く、遠ざかるからである（SS. 45—47）。

ところで、行政契約の許容性 Zulässigkeit の問題は、一つは、契約が行為形式として許されるかどうかという問題であり、他の一つは、契約の定めについての、法的な内容制限の問題である。前者は、契約形式が許されるのかそれとも、行政行為が発せられねばならぬかである。後者は、契約が、一般行政法の原則に反しないかどうかである（S. 47f.）。

①契約形式の許容性

行政を行為形式の上で行政行為にのみ限定するという法律も法原則も存在しない。契約形式については、規範授権が存在すべきだとする見解は、国家が人民に対し常に一方的に決しうるとする思想の名残りに外ならぬ。それは、ラーバントが的確に批判したように、行政法の妨げとなり、法的形式の多様性を縮小し、一方的行為の型に全てを押しこむものでしかない。かくして、著者は、契約も又、公行政の行為形式としてみとめられており、このことを「行為形式自由の原則 Grundsatz von der Freiheit der Handlungsformen」と呼びうるとする（S. 48）。

次いで、著者は、いかなる行政の行為も、その形式を問わず、法適合性の原則、なかんずく、法律の優位 Der Vorgang des Gesetzes の原則に従うとして、行政契約については、「何が契約形式の禁止なのか」が困難な問題であるとする。第一に、行政行為が、行為形式として、明文で命じられていれば、[30]契約の余地はない。しかし、殆んどの場合、条文の表現は、明確でないし、一義的でない。[31]仮に、行政行為と解釈しうる用語が用いられている場合であつても、法律が、行政行為のみを予定して、明示的に規定したものなのか、あるいは、単に典型的なものとして、行政行為を掲げただけかが、吟味されねばならない。第二に、行政に法効果裁量[32]がみとめられている場合には、個々の場合の合目的性を認め、行政の行為を唯一の形式に押しこまないものとして、行政契約の許される場合と解せられる（SS. 48—50）。

②交換契約の法適合性

交換契約については、人民の側の給付と、行政庁の側の給付の、二つの異なる問題がある。

(イ)人民の給付の適合性

第一に、法律の留保の原則から、法律の上で予定されていない人民の給付を、そもそも合意できるか、仮にできるとすれば、どの範囲までできるかという問題がある。行政行為によつては課しえない給付を、契約当事者の合意があるからといつて、契約で課しうるとの見解がある。[33]この見解は、「同意を与えた者に権利侵害は成立しない Volenti non fit injuria」との原則[34]に根拠をおくものであろう

が、著者によれば、この原則はもはや成り立たない。行政の全領域の規範化と、国家の給付・許可への人民の依存度の増大という現状を考えると、疑わしくなつた意思合致概念をもつて、法律に代えることはできない。したがつて、立法者が、当事者の合意に、構成要件的性格を与えた場合にのみ、意味を有するものにすぎない。近時の、ブレックマンの、法律の留保は「強制と命令による行為にのみ」及ぶべきであり、行政契約締結の行政の一般的な権力というのは、今日では大きくなく、一般的な制限を必要としないとの見解は、[35] 行政契約が行政行為の代替物として締結されうるということを無視するものである。また、イーレの、法律の留保の原則が、「関係人の〔同原則〕放棄が、法律の中間目的項に関連し、それに関係して、行政が、目的適合性又は手段交換を考慮する場合に」除外されるとする見解は、[36] 法目的といえども、専ら法律上の手段によつて実現されねばならぬということを等閑視している。

著者の見解によれば、行政の行為のいかなる形式も、全く同等に、法律の留保に拘束される。だからといって、ブリンガーがいうように、契約が無意味になるのではない。つまり、行政契約の合目的性は、違法な給付を得る可能性にあるのではなくて、契約によることによる弾力性、継続的法律関係に対する適性にあるからである。法律の留保との関係では、契約に際して、当該法律の解釈が、決定的な意味をもつてくるのは当然である（SS. 51-55）。

第二に、法律の留保の原則の例外としての、比例原則 Verhältnismäßigkeitprinzip の問題がある。ここでいう比例原則とは、本来なら、人民に授益的規定が全く適用されない事案において、法に明記されていない人民の給付を要求することにより、授益的規定の適用拒否を解くための一つの原則である。仮に、人民の給付が、法律上強制的に、授益行為の前提として予定されておれば、何ら問題はないが、人民の給付が、自己に有利な裁量決定のためである場合は、問題である。著者によれば、法治国家では、義務にかなつた裁量が行なわれねばならぬので「当該給付なくしては、授益的な、瑕疵なき裁量行為が拒否されえた場合にのみ、授益的裁量決定のための給付は、許容される」のである。そして「給付と、反対給付とが、直接的即物的関連性 unmittelbarer sachlicher Zweckzusammenhang」[37][38] を有する場合にのみ、適法である（SS. 55-57）。

(ロ)行政庁の給付の法適合性

行政庁の給付につき、法律が規定しておれば問題はないが、ことに補助金行政については、法律の根拠のないものが多い。給付行政の領域において、国家の給付に、法律の授権が必要かどうかという問題は、どのような法形式により、給付が可能かという論点に関する限り、意味はなく、議会の、たとえば予算措置が、[39] 行政の給付を正当化するという一般原則に従うことになる。行政の給付についても、一般行政法の原則ならびに法律の規定との関係で、法適合性を吟味するだけである（S. 60f.）。

③和解契約の法適合性

和解契約の許容性について考察する場合には、「訴訟上の和解

Prozeßvergleich」の問題を無視できない。何故なら、ドイツの通説によれば、行政訴訟上の和解は、実体法上の和解契約と、訴訟上の和解契約との、両性 eine Doppelnatur を有するからである。[40] しかし、この、行政訴訟上の和解と、一般の行政手続上の和解とは、時折、和解の前提の原則上の差異から、別の結論状況を可能にするのである (S. 61f.)。

(イ)訴訟上の和解の許容性[41]

判例の上で、訴訟上の和解は、今日では、好意的に扱われ、和解の前提も、第一に、行政庁が事物管轄と土地管轄とを有すること、第二に、和解によつて、より重要な公益を侵害しないことの、以上二つを必要とするのみである[42] (SS. 62-64)。しかし、学説上は、より厳格な基準を要求するものがある。たとえば、請求の要件事実について和解できるが、法律問題について和解できぬとしたり (メルヴィツ)、請求の額について和解できても、原因については和解できぬとしたり (クレーブス)、異型的場合にのみ限定したり (ハウアイゼン)、あるいは、自由裁量領域においてのみ肯定したり (バート、ケーラー) するのである[43] (S. 64)。

しかし、著者は、結論において、判例の見解が、実際上の観点を考慮し、法的平和の重要性を担つているので、支持できるが、ただ、そのためには、十分な原理的理由づけが必要であるとする(S. 64f.)。

和解契約の許容性を論じる場合、第一に、行政の法律適合性の原則との関係が問題になる。著者によれば、和解契約の許容性を、実体法上の和解契約の原則、すなわち、法律適合性の原則によつて決するという見解は、以下の理由で、誤まりである。すなわち、訴訟上の和解に関する規定自体、法律による行政の憲法上の原則の変型であり、具体化である。従つて、行政裁判所法第一〇六条の「訴えの対象を処分することができる場合にかぎり」[44] という制約は、「法律と同一の和解 gesetzeskonforme Vergleiche」を意味するのでない。訴訟上の処分権限は、和解の法適合性の問題から、基本的に自由であり、もつぱら、管轄権の問題と、より重要な公益侵害の問題にのみかかわるのである。その根拠としては、立法者が、和解をそもそも認めていることに求められると著者はいう。すなわち、和解は、本質的内在的に、現時点の真の法状態によることなく、将来にわたり、法律関係を、合意によつて、形成するものだからである。この意味で、和解についての処分権限に法適合性原則をもちこむとするならば、[45] 立法者の基本的決断を無にし、和解に関する規定を、無駄にすることになる (S. 66f.)。

次いで著者は、行政裁判所法第一〇六条の制約は、従来「処分」することができる」を一方的に強調し、その結果、和解契約の許容性を制限していたが、より正しくは、「当事者〔関係人〕」を強調して読むべきである。すなわち、当事者は、事物管轄と、土地管轄とをこえることができないということと、[46] 当事者の和解利益よりも、より重要な公益によつて、公法的に制限されるということなのである。ここでいう、より重要な公益 das überwiegende öffentliche Interesse が侵害されるかどうかというのは、個々の場合の利益衡量によるが、一般原則として、第一に、明らかに、処分をなすかど

うかの二者択一しかない領域では、和解は受け容れられぬ。[47]第二に、公の秩序の保護のための要件については、一般への直接の危険のため和解できぬ。[48]第三に、法が全然予定していない給付も、法秩序をおびやかすので、和解でみとめられない。和解によつて、新たな法を生みだしえないのである。[49] (S. 67f.)。

(ロ)訴訟外の和解契約の許容性

訴訟外において、行政庁は、行政行為の要件につき、調査をし自ら決定する。そこで、外的な制約がなければ、調査を断念し、容易に和解をする可能性がある。他方、訴訟外の和解は、一般的根拠規定を欠くので、法適合性の原則に服さねばならぬ。しかし、訴訟外といえども、法的平和の保障の手段として、後の争訟を妨げるという目的のために、和解を評価せねばならぬ。しかし、それとても、法の平和のみが絶対ではないので、職務調査原則と、法適合性の原則との結びつきにおいてである (S. 68—70)。訴訟外の和解については、事物管轄をもつことと、より重要な公益を侵害しないことという、(イ)で述べた訴訟上の和解と同じ原則の外に、「特別の不明瞭状況 die besondere Zweifellage を挙げねばならない。たとえば、仮に、強行法領域での和解は許されぬとの有力説[50]によつたとしても、強行法というのは、その法律要件に該当すれば、特定の法効果がでてこなければならぬとするものであるが、その際、法律要件が、法的に又は事実について、不明瞭な場合がでてくるのを避けられぬのである。

著者によれば、事実の不明瞭さに関しては、請求の存否の事実関係確定のため、期待しうる可能性をつくしたのちにのみ、肯定される。行政庁の調査の期待可能性は、請求の重要性と、時間的経済的な調査の出費と結果の見込みとから、考察される。[51]他方、法律の不明瞭さの問題に関しては、事実に関するのと、全く異なる。すなわち、法状態の不明瞭は、法治国家の行政たる以上、つねに解明されるべきである。仮に、行政の出費の関係上、純粋法律問題の解明を断念するとすれば、法秩序が危険になつてしまう。但し、裁判所の確定した判決が出ていないか、もしくは、互いに矛盾した判例しかないような法律問題については、法状態が客観的に不明瞭であるので、和解の余地はあるとする (SS. 70-73)。

(23) O・マイヤーの公法契約論については、柳瀬・前掲（註17）二四四頁以下、塩野宏「オットー・マイヤー行政法学の構造」一九六二年、有斐閣、二七二頁註四、長尾久衛「オットー・マイヤー公法契約論」名城法学一五巻一・二号所収　参照。

(24) P. Laband, Besprechung von Otto Meyer: Theorie des französischen Verwaltungsrecht, AoR 2 (1886) S. 149 (S. 159).

(25) 前註15参照。著者は、この説は、現在は少数説であるとして、シュテルンらの名を挙げている (S. 46 Anm. 10)。

(26) フライナーの見解については、山田・前掲（註3）、淡川典子「公法契約論序説」名大法政論集四七号、K. Stern, a. a. O. (oben Anm. 15), S. 114f.

(27) アペルトの見解については、田中二郎「公法契約論序説」（「行政行為論」所収、一九三三年稿、一九五四年、有斐閣）、淡川・前掲（註26）、K. Stern, a.a.O., S. 117f.

(28) 西ドイツ連邦行政手続法草案の条文については、H. U. Erichsen und W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1975, Walter de Gruyter, SS. 467-490 に収められている。その外、H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974 にも、項目毎に、収められている（たとえば、公法契約については S. 343f.）。なお、一九六三年のモデル草案については、藤原・前掲（註1）参照。

(29) 連邦行政手続法草案（一九七三年）第五〇条「（公法契約の許容性）公法領域の法律関係は、法令に反しない限り、契約（公法契約）によって、基礎づけ、変更し、又は終了できる。ことに、行政庁は、行政行為に代えて、行政行為を向けたであろう者と、公法契約を締結することができる」

(30) 法律の条文上、「決定 Bescheid」「行政行為 Verwaltungsakt」「処分 Verfugung」となっている場合。

(31) たとえば「決定するfestsetzen」「認める gewahren」「免除する Befreiung erteilen」「同意 Bewilligung」「許可 Erlaubnis」（S. 49）.

(32) 山田幸男「自由裁量」（「行政法講座第二巻」一九六四年、有斐閣）一四二頁以下参照。

(33) 著者は、この見解に立つ者として、ザルツヴェーデルの外、数名の学者を挙げている（S. 51 Anm. 31）。

(34) 守屋善輝「英米法論」一九七三年、鳳舎、六四三頁の訳によった。

(35) A. Bleckmann, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmaßigkeit der Verwaltung, VerwArch. Bd. 63 (1972) S. 404 (S. 433).

(36) K-J. Ihle, Der verwaltungsrechtliche Vertrag aus entscheidungstheoretischer Sicht, Diss. Koln, 1972, S. 115f.

(37) 著者は、さらに、「人民に有利な裁量決定」という概念を、以下の二つの例を用いて分析する。第一例は、建築主が自治体に分担金を支払い、それにより、自治体が、建築予定地への排水管敷設計画を、建築主に有利に変更する場合である。第二例は、ある自治体に、幼稚園とプールの建築計画があるときに、水泳団体と一部利害関係人の分担金提供により、プール建設を、優先させる場合である。この二例は、なるほど、両給付に直接的目的関連性はあるが、とくに第二例のように、計画が買収されるということで、法治国家的疑いが生じる。つまり、計画決定というのは、一般にかかわることである。したがって、計画契約というのは、概念上、否定されるべきだし、人民の権利に直接かかわる事案ではないので、先の命題から外すべきである（S. 57f.）。

この二例は、著者によれば、対等関係契約 Koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag と考えるべきであり、その場合、従属関係契約のような、法律の留保はかぶさってこない。問題は、行政の側の給付にある。第二例は、社会国家原理からみて、違法な裁量であるが、第一例は、適法と考えられるとする（S. 58f.）。

(38) 両給付間の「事物に反する結合の禁止 das Verbot sachwidriger Koppelung」の原則が、法律の留保の原則を補うと同時に、国家が、給付を独占している領域において、相手方人民から、本来不許容な反対給付を引き出すといったことから、人民を保護することになる。交換契約において、両給付間の「直接的即物的目的関連性 unmittelbarer sachlicher Zweckzusammenhang」が、法適合性の前提とされるのは、この故である（S. 59f.）。

(39) 著者は、給付行政における法律の留保の一般論は、ここでは言及しないとする（S. 61 Anm. 71）。著者は、当然のことながら、全部留保

説に与しない。なお、塩野宏「資金交付行政の法律問題」（国家学会雑誌七八巻三・四号以下所収）参照。

(40) Vgl. K. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Klasur, 2. Aufl., 1974, (Jus-Schriftenreihr Heft 3) S. 14 民事訴訟法における議論につき、斎藤秀夫「民事訴訟法概説」一九六九年、有斐閣、三四七頁註1。石川明「訴訟上の和解の研究」一九六六年、慶応通信、三―二五頁、参照。なお、南博方教授は「わが国の〔民訴法上の〕判例・学説は、両行為競合説〔両性説〕をとつているもののようであり」とされるが、判例はともかくとして、学説上は、そうは言いえない。たとえば、兼子一「民事訴訟法体系」一九六五年、三〇六頁、三ヶ月章「民事訴訟法」一九五九年、有斐閣、二八八頁、小山昇「民事訴訟法」一九七三年、青林書院新社、三九八頁らは、訴訟行為説を唱えているのである（南博方〔行政訴訟の制度と理論〕一九六八年、有斐閣、一四九頁）。

(41) 我国における、行政訴訟上の和解に関する文献としては、南博方「行政訴訟上の和解」前掲（註40）〔行政訴訟の制度と理論〕所収）が、最も詳細なものである。近時の文献としては、南博方編「注釈行政事件訴訟法」一九七二年、有斐閣、八〇頁（高林克巳判事執筆）、富沢達「行政事件における和解」（「実務民事訴訟講座」第八巻、一九七〇年、日本評論社所収）があるにとどまる。

(42) Vgl. Eyermann / Fröhler, a.a.O. (oben Anm. 21),S. 625.

(43) これらは、すでに、南教授により、詳細に紹介されているところである。南、前掲（註40）一五九頁以下参照。

(44) 西独連邦行政裁判所法第一〇六条「（裁判上の和解）関係人は、訴えの対象を処分することができる場合にかぎり、主張にかかる請求の全部または一部を解決するため、裁判所または受命もしくは受託裁判官の調書に記載させる方法により、和解をすることができる」（南編・前掲（註41）・「注釈」四二三頁訳による）。

(45) 和解の許容性を、このように厳格に考える見解として、近時の代表者は、シュレーダーである。J. Schroder, Der Prozeßvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten, Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 143, 1971, (Diss. Koln).

(46) 南教授も「VWGO第一〇六条は、行政庁が和解を履行しうべき事物管轄をもたねばならぬことを要請しているのである」とされる（南・前掲（註40）・一五五頁）。

(47) たとえば、団体法による結社禁止。

(48) たとえば、武器携帯許可書の付与。

(49) 和解は、新たな法を生み出すのではなく、当該合意が、真実の法状態であるかのように、互いに、将来扱おうというもの（S. 68).

(50) Vgl. Schroder, a. a. O. (oben Anm. 45), SS. 87, 203, ブリンガー、シュタイン、シュレーダーらである（S. 70 Anm. 116)。

(51) 著者によれば、この点で参考になるのは、一つは、行政裁判所法第七五条（不作為訴訟）であり、他は、行政実務においてあらわれた、戦争・追放命令などにかかる補償や年金についての取扱いである。前者から、三ヶ月以内に結論を出すのが基準とされるのである。また、調査が、もはや「明白ナラズ non liquet」との判断は、行政庁の裁量である（S. 71f.)。

（五） 第五章において、著者は、行政契約と第三者の権利について論じる。著者によれば、契約によつて第三者の権利がかかわつてくる場合の問題点について、従来、十分な注意が払われていない。行政手続法草案は、第三者の権利を侵害する契約を許容しつつ、契

約の効力を、第三者の同意にかからしめるという「実際的な解決」をとつている。[52] しかし、これによると、たとえば、例外的建築許可が、行政処分として行なわれれば、争訟は、全て第三者の危険において行なわれ、建築主は、単に利害関係人たる地位を占めるのに過ぎないのに対して、行政契約として行なわれれば、第三者の同意が構成要件的効果を有するため、同意をとりつけないと、建築主は工事できぬというように、全く対照的なことになる。[53] (SS. 74-76)。

著者によれば、行政契約による第三者の権利保護のためには、私法学における、債務負担行為と処分行為 (Verpflichtungs- und Verfügungsgesgeschäft) あるいは原因行為と履行行為 (Kausal- und Erfullungsgeschäft) の区別が有用である。[54]

第一に、行政庁の給付が、もつぱら法的規律 (たとえば、特別使用許可) にある場合には、処分契約 verfügender Vertrag である。第三者の権利侵害の問題に関しては、契約を、債務負担行為的効果に限定し、具体的な履行行為としては、それに続く独立した行政庁の行政処分と構成するのである。そうすれば、第三者効をもつ行政行為(Verwaltungsakt mit DrittwirKung) の体系によつて、第三者の権利救済を取扱えるのである (SS. 76-78)。[55]

第二に、行政庁の給付が、単純な行為である場合 (たとえば、補助金支給) には、債務負担契約 verpflichtender Vertrag である。この場合、競願者が、正当な理由なく、権利を侵害されることになる場合には、新たに行なわれる履行行為に対し、予防的不作為の訴え die vorbeugende Unterlassungsklage を提起できる (確認の訴えは、確認の利益の問題があり、困難である) (S. 78f.)。[56]

(52) 連邦行政手続法政府草案(一九七三年)「第五四条一項、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つて同意した場合に、初めて有効である」。なお、同モデル草案 (一九六三年) 第四四条につき、藤原・前掲(註1)・一四四四頁参照。

(53) 行政処分の場合には、原告が当該第三者、被告が行政庁であり、出訴期間の定めもあるし、執行停止に対して、不停止の申立て (西独行政裁判所法第八〇条二項四号) で対抗できる。ところが、行政契約の場合、工事を始めてから、第三者の権利を侵害するとわかつた場合には、同意が得られぬ限り、無効な建築許可になつてしまう。ここでは、出訴期間のようなものもない。そして、確認訴訟提起により、許可の適合性と、第三者の権利侵害性について、裁判所の判断を待たぬばならぬことになる。このようにして、建築主の立場は、全く対照的になる (SS. 74-76)。

(54) レデカーも、この必要性を認めている。藤原・前掲(註1)。一四五三—四頁参照。なお、語義については、末川博編「民事法学辞典」一九六四年、有斐閣、四六九頁、一〇一八—九頁。

(55) 遠藤博也「複数当事者の行政行為」(北大法学論集二〇巻一号以下) 参照。

(56) 我国における議論については、市原昌三郎「抗告訴訟の類型」(行政法講座第三巻、一九六五年、有斐閣)一五八—九頁参照。なお、Vgl. Eyermann／Fröhler a. a. O. (oben Anm. 21), S. 230f. によると、西独ではこの訴えは一般に承認されている。

(六) 第六章で、著者は、行政契約の効力、執行方法などについて、行政行為との比較を行なつている。

①効力 (Bindungswirkung)

著者によれば、当初から違法な契約は、何らの法律効果をもたらさない。契約では、違法と無効とが同時におこるのが、行政行為と異なる点である。しかし、今日の通説や、行政手続法草案[57]は、無効原因を制限し、その理由として、今日では、法的安定の国家利益は、行政契約が行政行為より少ないとは言えないことと、人民の信頼保護とを挙げている。この見解を、著者は、次の理由で拒否する。すなわち、契約の拘束力は、それに対立する法令と、公序良俗条項によつて、はかられるという原則は存在するが、当初から違法な契約が無制限に拘束力を有するという原則は存在しないからである。そして、行政契約においては、公法規範に反するかどうかが、まず決せられ、次いで、補充的に、民事法違反かどうかが決せられねばならない。信頼原則は、個別の特別な状況下において、無効な契約を有効になし得るに過ぎない[58]。違法と無効との区別が行政行為で行なわれるのは、背後に、公定力や自力執行力を控えているからに外ならない（SS. 82–85）。

次いで、後発的違法の場合には、clausula rebus sic stantibus（若し事情がこのままで存続するならばという約款）[59]の原則が適用される。すなわち、公益に反するとか、給付義務をもはや要求できないという場合において、変化した状況への適応 Anpassung を要求し、それができぬ時に、初めて無効になるのである。ただ、事実状況の変化と、法状況の変化とを、区別しなければならぬ。後者は、直接に、契約に影響を及ぼし、遡及的変更の場合には、契約の基礎がなくなつてしまう場合すらありうる[60]（S. 85f.）。

意思表示の瑕疵による取消権は、人民の側にのみ存する。なぜなら、行政庁には、意思の瑕疵の法理は適用されず、法適合性のみが問題たからである。しかも、仮に違法な契約があつても、行政庁の何らかの行為を要せず、当然無効であり、行政庁は、たかだか、違法な契約の解約をするにとどまる（S. 87）。

拘束力の面で、行政行為と行政契約とは、結局、次の点において異なる。事情変更の原則により、契約は弾力的である（行政行為の場合は、撤回されねばならぬ）が、他方、原始的に違法な契約は、無効であり、且つ、民法により、人民からの意思表示の瑕疵を主張される可能性があり、行政行為よりも弱い（S. 87f.）。

②権利救済

行政契約は、行政行為のような形式的確定力（不可争性）がないので、いつでも、裁判所によつて、完全に審理されうる。その場合行政裁判所法第四〇条一項一文により、行政裁判所の管轄になるが、契約にかかる損害賠償請求も、同条二項の限定解釈により、行政裁判所の管轄と考えるべきだと、著者は言う[61]。

個々の契約規定ならびに全体としての契約の効力の確認のためには、行政裁判所法第四三条の確認訴訟が、給付請求については、給付訴訟が認められる。人民が契約の締結を訴訟上求めることは通常できぬが、法拘束的規定があれば、義務づけ訴訟が可能である〔後述(七)③(ロ)〕。他方、行政の側が人民の給付を、当事者手続で請求せねばならぬのか、それとも、給付決定 Leistungsbescheid をなし得

るのかは、争いがあるが、著者の見解によれば、給付決定を肯定することは、体系上も、実際上の衡量上も、みちびき出しえないことである。何故なら、行政自らが、行政行為によるか、対等当事者としてふるまうかを、選びとつたのだから。従つて、行政も、給付訴訟によらねばならない（SS. 88—91）。

③執行可能性

契約の場合、即時執行受諾かない限り[62]、契約から直接に、執行することはできない。ただ、訴訟上の和解については、特則がある[63]（S. 91）。

④手続と形式

行政契約は、直接人民が法形式に参画するので、行政行為で説かれるような、聴聞とか、救済の教示などという問題は必要でない。立証と上級庁の監督・統制のため、契約は原則として書面でなされるべきである[64]。しかし、用益契約、営造物利用契約などにおいては、書面によらせるのは実際的でないので、例外として、書面によらなくてよい（S. 91）。

⑤給付　障害 Leistungsstörungen

債務不履行があつた場合、無条件に、民法の債権法上の、債務不履行、不完全履行、遅行遅滞その他の規定を適用できるか、あるいは、何らかの修正が必要かという問題がある。著者によれば、人民は国家の給付・許可への依存度が高くなつているので、人民を予想できぬような危険にさらすような形での、損害賠償請求は導くべきではなく、単なる受領した給付の返還のみでよいとの考えがとれぬだろうかとする（S. 92f.）。

(57) 連邦行政手続法草案第五五条「（公法契約の無効）第一項、公法契約は、民法の準用から、無効が生じる場合に、無効である。第二項　五〇条二文〔評者註・（前註29）参照〕の意味の契約は、さらに、以下の場合に無効である。
1. 対応する内容をもつ行政行為が、無効になる場合
2. 対応する内容をもつ行政行為が、四一条の意味での手続又は形式の瑕疵のみによらず、違法であり、且つ、契約当事者にこれが知られている場合
3. 和解契約締結の前提が存在せず、対応する内容の行政行為が、四一条の意味での手続又は形式の瑕疵のみによらず、違法である場合
4. 行政庁が、五二条〔交換契約〕にしたがうと許されない反対給付を約束した場合
第三項（略）」なお、モデル草案四五条につき、藤原・前掲（註1）・一四四七頁。

(58) Vgl. G. Puttner, Vertrauenschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL32 (1974) S. 214.

(59) 「岩波法律学小辞典」一九三八年、四五七頁訳による。

(60) レデカーの見解につき、藤原・前掲註1・一四五四—五頁参照。なお、評者は、そこで、Bestandskraft を「確定力」と訳したが、この語はかなり多義的で、「形式的確定力（不可争性）」を意味する場合の外、広く「効力の存続（存続効）」を指すこともある。Vgl. H. U. Erichsen und W. Martens, a. a. O. (oben Anm. 28), SS. 275f. 283ff., H. J. Wolff/O. Bachof, a. a. O. (oben Anm. 28), S. 443, P. Krause,

Rechtsformen des Verwaltungshandelns (Schriften Zum Öffentlichen Recht, Bd. 229), 1974, S. 179ff.

(61) 行政裁判所法第四〇条「（出訴の途の許容性、概括条項）第一項 行政裁判所の出訴の途は、連邦法によつて他の裁判所に明示に指定されない限り、憲法上の争いでない全ての公法上の争訟に与えられる。州法領域の公法上の争訟は、州法によつて他の裁判所に指定されうる。

第二項　公共の福祉のための犠牲又は公法上の寄託にもとづく財産権上の請求ならびに公法上の義務違反にもとづく損害賠償請求には、通常裁判所の出訴の途が与えられる。官吏法の特別の規定は無関係である」

著者は、四〇条二項は、体系上異質な規定なので、限定解釈として、官吏義務違反、法律上の義務違反に限定し、権利保護の、通常裁判所と行政裁判所の複線化は、避けるべきとする(S. 88)。Vgl. K. Stern, a. a. O. (oben Anm.40), SS. 13f., 25f.

(62) 行政手続法草案第五七条「（即時執行の受諾）第一項　各契約当事者は、五〇条二文〔前註29〕の意味における公法契約から、即時執行を受諾しうる。行政庁は、この場合、行政庁の長、彼の一般代理人又はドイツ裁判官法による裁判官資格を有するか若しくは同法第一一〇条一文の前提を満たす公務員によつて、代理されねばならない。即時執行受諾は、それが契約締結庁の監督庁によつて承認されてはじめて有効である。監督庁がない場合には、会計検査院が承認を与える。」

なお、モデル草案第四七条につき、藤原・前掲註1・一四四五頁参照。

(63) 行政裁判所法第一六八条一項三号により、訴訟上の和解は、執行の債務名義になる。

(64) 行政手続法草案第五三条「（書面形式）公法契約は、法令が他の形式を規定していない限り、書面によつて締結される」モデル草案第四三条につき、藤原・前掲註1・一四四四頁。

（七）第七章で、著者は、資金交付行政における法律関係への、行政契約論の有効性について論じている。

資金交付の法律関係につき、私法契約、公私法混合構造（二段階説）、行政行為、行政契約の四つが、法形式として説かれるが信用供与と保証に関しては、依然として、二段階説[8]を無視できぬので、まず、二段階説の検討から始められる (S. 94f.)。

①二段階説批判

今世紀中頃までは、資金交付関係について、私法契約説が通説であつた。二段階説は、交付をみとめるかどうかの第一段階を行政行為としつつも、第二段階では、従来の私法契約を踏襲したため、抵抗なく、新たな通説として受容された。他面、複雑な継続的資金交付の法律関係規律のための公法的法形式、殊に行政契約は、十分に認識されなかつたし、「貸付」「売買」といつた実定法上の用語が、公法関係的考察の足かせとなつていた (S. 95f.)。

二段階説と言つても、公法的段階と私法的段階とから成るというのが共通の指標であるだけで、両段階の境界設定や、両者の依存性については、争いがある。その原因は、公法と私法との区別が、困難であり、資金交付法律関係が、公私法混合状態にあることに求められる (S. 96f.)。

二段階説は、「交付を行なうかどうか Ob」を第一の公法段階、「どのように交付するか Wie」を第二の私法段階と構成するもの

である。しかし、第一段階を公法と構成した趣旨が、人民に平等取扱いと権利保護とを保障するためであれば、第二段階で私法の契約自由を妥当させることは、この理論を無為なものにしてしまうのである。ことに貸付などにおける経済的価値は、個々の貸付の条件にかかるからである。そこで、今日では「どのように交付するか」も高権的決定と構成するようになつてきたが、いくら公法的段階を拡張してみても、それによつて私法的段階との区別が有意義になるわけでもない。あるいは、一部には、私法契約の締結による授益的行政行為の執行が、公法関係の消滅をもたらすとの見解があるが、このような構成は非実際的である。また、他方では、公法関係と私法関係が相互の組合せの下に、共存しているということで、何とか説明しようとするものがある。すなわち、第一に、行政の表示としての行政行為、第二に、私法上の意思表示、第三に、私法形成的行政行為であり、正しい出訴の途の選択（行政裁判所か民事裁判所か）は、人民にとつてカケであるとするものである。この組合せ論から、たとえば、公法上の義務が存在しているときでも、なお私法を選択できるといつた見解もあるようだが、しかし、公法と私法とは互いに対立し合うものだから、公法上の義務が私法上の義務に同時になりうることはない。法的性質ならびに関係人の人格によつて違う異なる法律関係のみが、共存しうるのである（SS. 97—99）。

右に述べた、両段階の区別の問題の外に、その法的依存関係の性質が未解決である。第一に、行政庁の同意決定を、契約の行為基礎 Geschäftsgrundlage とみて、決定の撤回と無効とを、契約の解消条件として合意することは、体系上可能であるが、実際上、起こりえないし、仮になされても、将来に向つてしか、効力がない。第二に、同意決定を契約の法的基礎 Rechtsgrund とみる見解も同意できぬ。契約はそれ自身に理由 causa があり、補助金契約には、私法におけるとは別のものがある筈である。第三に、同意決定を、私法形成的行政行為とみ、この行為は、公・私法両効果をもつとみる見解がある。しかし、同意決定は、本来、行政庁が撤回できるものでなければならないが、私法形成的行政行為は、撤回できないものである。また、私法形成的行政行為は、法律の授権を欠いている。債務関係の基礎は、私法においても、法律か、法律行為であるが、法の根拠のない私法形成的行政行為は奇怪である。補助金関係への国家の介入が、私法的契約形成で行なわれるというのは、法治国家的疑念を強くするのである（SS. 100—102）。

②公法契約論の長所

資金交付行為を行政行為と構成して、資金交付法律関係を、統一的公法関係 einheitlich öffentliche Konstruktion と考える見解が今日通説的である。たとえば補助金といつた、単純な法律関係には、行政行為という説明が成り立つけれども、しかし、複雑で継続的な資金交付関係については、行政契約がよりふさわしいのである。ところが、資金交付行政において、行政契約は、一般論としては、原則的に承認されていたものの、実際上の意味はもつていなかつた[65]（SS. 103—105）。行政行為によるのに比して行政契約の利点は、

第一に、国家信用供与のような、複雑な継続的関係においてあらわれる。行政行為の付款として、負担や条件についてもりこむのは困難であり、仮に、行政行為でやれば、当事者の誤解とか、のちの法的紛争をもたらすだろう。第二に、資金交付行政の交付目的達成のため、反対給付の形で、資金交付を相手方の何らかの行為にかからしめることができることである。もちろん、行政行為の付款中にもりこむことも可能としても、双務契約による方が、心理的に、好ましい結果をもたらすのである（S. 106f.）。

③資金交付の中心問題

(イ)資金交付の法律関係の中心問題は、人民が申請を拒否された場合に、どのように権利救済をうけるかということである。資金交付申請の、行政庁による拒否は、申請人が当該申請の権限をもたぬという拘束的確認であるので、つねに行政行為と構成すべきである(66)（S. 107f.）。

(ロ)申請拒否への権利救済

申請拒否への権利救済の問題は、資金交付が行政行為によるか契約によるかとは無関係に論じられるべきことは、(イ)で述べたとおりであるとして、著者は、以下のように説く。(67)

まず、申請人は、単に拒否決定の解消ではなく、積極的に交付承認を求めているので、「取消訴訟」は目的にそぐわない。(68)かと言つて、直ちに「給付訴訟」も提起できない。何故なら、行政庁の同意をまつて初めて、請求権が発生するからである。そこで、行政庁の同意を求めての「義務づけ訴訟」が考えられる。もつとも、行政裁判所法四二条一項は、行政行為に限定しており、契約締結請求は、不可能のように読めるが、しかし、同法を限定列挙と読まず、拡張解釈すべきである。

行政契約の場合には、次の四点が重要である。第一に、行政行為における場合と同じく、異議申立ての前置手続を経なければならない（行政裁判所法第六八条二項参照）。第二に、契約締結については、従属関係として、義務づけ訴訟で争うが、その後は、対等関係として、通常の給付訴訟の余地がある。第三に、行政庁は、行政行為におけると同様、法にかなつた契約締結拒否であつたかどうかが問われる。第四に、最終的にそれが行政行為によるものか、それとも行政契約によるものかと無関係に、全ての資金交付の拒否について、同一の義務づけ訴訟が許されるべきである（SS. 108–110）。

(ハ)資金交付関係の障害 Störungen

資金交付の法律関係に障害があつた際、行政契約論によれば、以下のように、いとも簡単に解決されると、著者は言う。

第一に、資金交付の前提条件に関しての錯誤があつた場合、当該契約は違法で無効であり、取消すまでもない。ただし、信頼保護の法理が適用される場合もありうる（仮に相手方が即時執行を受諾していなければ、給付訴訟による返還請求によらざるを得ず、他方、人民は、契約が有効である旨の確認訴訟で争える）。第二に、資金交付の前提が、後発的になくなつた場合、行政庁は、「若し事情がこのままで存続するならばという約談」の原則により、解約できる。交付前提がなく

なつたのちにおいてなされた給付については、信頼保護法理の適用がありうる。（人民は、契約がなお存続しているとの確認訴訟を起こせる）。第三に、行政が、契約内容を後に変えたい場合には、人民に授益的な変更は困難なく、負担的な変更は「若し事情がこのままで存続するならばという約款」にてらして、許容されうる。変更意思表示は、行政行為ではない。契約上の形成権も、事情変更原則もみとめられない場合には、契約変更は効力がない（人民は、もとの契約が存続しているとの確認訴訟を提起できる）。第四に、負担的付款が付加された場合に、人民は、個々の契約条項の違法無効の確認を訴求できるが、かといつて、全体としての契約が根拠のないものになるのでもない。すなわち、行政は、違法な条項を除いて、契約を適法と扱いたい可能性かあるからである。第五に、契約締結後、行政による資金交付がなければ、給付訴訟、場合によつては国家賠償請求を、行政に対しなしうる。第六に、人民の契約義務不履行の場合は、行政による資金交付の返還請求が行なわれうるが、人民への損害賠償請求は、資金交付受領者の経済的危険を大きくするので、みとめるべきでない。また、義務不履行が、予見しがたい場合には、信頼保護原則が働きうる（SS. 101—112）。

④資金交付の三面関係

信用供与 öffentliche Kredite においては、行政が人民に直接交付をせずに、銀行などの信用機構が中間に介在する。

第一に、通常の信用供与では、銀行は、単なる補助者であつて、何の決定権も有せず、公任務の委譲も公任務遂行もないので、銀行・行政間と、銀行・人民間とは、私法上の契約にすぎない（行政・人民間は行政契約）。

第二に、利子補給 Zinszuschusse の場合は、銀行に申請審査についての決定権があり、行政・銀行間は、同位関係行政契約である。銀行・人民間は、私法上の貸付契約と、それに付随する銀行の私法上の利子補給義務（行政・人民間は行政契約で、銀行による行政の代理もある）である（SS. 113—115）。

(65) その原因としては、第一に、行政契約について、規範授権説（前註15参照）に代表されるような、ドグマティッシュな見解が存在したこと、第二に、古い契約概念にとらわれる結果、資金交付契約の内容に人民が影響を与える可能性を要求したこと〔前述(二)② 参照〕に求められる。しかし、一方では、人民による内容形成の可能性を行政契約の前提として要求しておきながら、他方では、二段階説の中で、行政行為によつて一方的に内容を決められる私法契約を肯定することは、ドグマティークの珍奇なゆきづまりを示すものである（S. 104f.）。そして、人民の契約内容への影響力行使の可能性という指標は、資金交付行政への行政契約の適用に、何ら妨害とはならない〔前述(二)② 参照〕（S. 106）。

(66) このことは、資金交付承認の法形式とは無関係の問題である。承認について、第一に、行政行為と構成しうるし、第二に、（申請を申込の誘引、承認を申込み、それに続く人民の承諾というように）行政契約として構成しうる（S. 108）。

(67) 行政行為により資金が交付されるのか、行政契約によるのかによつて、異なる解決を唱えることは、個別の状況下の考慮における弾力的合目的的解決をもたらさない。行政が行政行為によるか行政契約によるか

の判断を、救済を求める人民に負担させるべきでない。よつて、申請拒否には、ただ一つの、同一の救済手段がありさえすればよい（S. 108）。

(68) 授益的行政行為の拒否処分については、西ドイツでは、義務づけ訴訟で争えるので、取消訴訟は不許容である Vgl. Eyermann/Fröhler (oben Anm. 21) S. 218f., Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., 1975, S. 129.

（八）評者の所感

以上、やや詳細過ぎるほど、著者の見解を紹介してきた。最後に、評者の所感を述べておこう。

第一に、著者の最大の主張点と思われる行政行為と行政契約との二者択一的選択可能性の命題の論拠〔㈢①、㈣①〕（S. 48）が、「行政を行政行為という行為形式に限定するという、いかなる法律も法原則も存在しない」ということから発しているのは、いかにも消極的過ぎるきらいがある。立法段階において、行政の法的行為形式についての、選択の自由があることは疑いないとして、行政自らに、選択の自由があるかどうかは、より積極的な根拠づけを展開する必要を感じる。

第二に、著者が、行政の法的行為形式の何たるかを問わず、常に、行政の法適合性の原理に服さなければならないと主張する点〔㈢①、㈣②㈠、③㈡〕（SS. 41, 51—54, 69）は、注目に価する。何故なら、著者が拒否する「規範授権説」は、まさしく、行政の法適合性の原理を貫徹せんがために主張されているからである。しかし、著者が、いわば行政裁判所法により認められたとして、例外として扱う「裁判上の和解」が、法適合性の原理を克服していく〔㈣③㈠〕のを別として、行政契約に法適合性の原理をかぶせてしまえば、そこには、おそらく、実際上の妙味というものは、消え去つてしまいはしないだろうか。もちろん、制約つきではあつても、行政行為に比しての、弾力性や法的平和への貢献性〔㈢②、㈣②㈠、㈦②〕はありうるであろう。しかし、法適合性の原理に屈服することは、間接的にではあれ、「規範授権説」と土俵を同じくしてしまうのではなかろうか。

第三に、著者が、契約と第三者との関係に着目し、第三者に争訟の可能性を与える立論を試みている点〔㈤〕は、細部の技術論を別にして、支持されてよかろう。しかし、評者は、より広く、契約を統制しうる制度論を展開していくのが、より望ましいと考える。

第四に、本書の副題にもなつている、資金交付行政への公法契約論の導入〔㈦〕部分は、二段階説批判は別として、積極的に、公法契約論を、第一次的に主張することの論拠と実益とを十分示しておらず、これは、明らかに、失敗である。評者は、詳論は別稿に譲るとして、多様な資金交付行政の法律関係につき、二段階説が全てを説明しきれなかつたと同様に、公法契約論も、それだけで全てを説明しきれないと考えるからである。

第五に、行政契約の瑕疵論として、行政行為と異なり、違法即無効とする〔㈥①〕のは、行政行為との比較においては、一つの説得力をもつかも知れないが、他面、私法上の契約についての瑕疵論と、均衡がとれるであろうか。やや疑問が残る。

第六に、行政契約上の義務不履行について、人民の側の不履行は、つねに損害賠償請求の原因たりえないとする点〔(六)⑤、(七)③八〕は、納得できない。損害賠償の要件認定とか、賠償の範囲について、何らかの特別の配慮がなされ得るとしても、一般的に、損害賠償責任が免責されるというのは、暴論でしかない。

第七に、資金交付申請をなした場合の拒否について、救済手段を考えている点〔(七)③(ロ)〕については、我国と西ドイツとでは、義務づけ訴訟の許容性について、法制上、差異がある点を捨象しても、興味深い。ただ、行政裁判所法第四二条一項に、契約締結を読みこむことは、おそらく著者の発案であるから、支持されるかどうか不明である。我国であれば、拒否処分と構成して、取消訴訟ということになるであろう。

その他、論ずべき細かい点は、他にもあろうが、ボーゼの所説の骨格については、一応言及し尽したと思う。

（一九七五年八月二十五日、西ドイツ、ケルンにて）